



**HAL**  
open science

## Nationalité et souveraineté

Jules Lepoutre

► **To cite this version:**

Jules Lepoutre. Nationalité et souveraineté. Droit. Université de Lille, 2018. Français. NNT : 2018LILUD007 . tel-02426220

**HAL Id: tel-02426220**

**<https://theses.hal.science/tel-02426220>**

Submitted on 2 Jan 2020

**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.

**ComUE Lille Nord de France**

**Université de Lille**

N° attribué par la bibliothèque

\_\_\_\_\_

# **Nationalité et souveraineté**

THÈSE

**Pour obtenir le grade de Docteur en droit public**

Présentée et soutenue publiquement par

**Jules LEPOUTRE**

le 24 novembre 2018

**JURY**

**Jean-Yves CARLIER**

Professeur de droit, Université catholique de Louvain

**Christine MAUGÜÉ**

Présidente de chambre, Conseil d'État

**Etienne PATAUT**, *rapporteur*

Professeur de droit privé, Université Paris I, Panthéon Sorbonne

**Catherine TEITGEN-COLLY**, *rapporteur*

Professeure de droit public, Université Paris I, Panthéon Sorbonne

**Muriel UBÉDA-SAILLARD**

Professeure de droit public, Université de Lille

**Xavier VANDENDRIESSCHE**, *directeur de thèse*

Professeur de droit public, Sciences Po Lille

**Patrick WEIL**, *président*

Directeur de recherche au CNRS, Paris I, Panthéon Sorbonne – Senior Research Scholar, Yale Law School







## Avertissement

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



## Note de version

Suite aux remarques formulées par les membres du jury lors de la soutenance, cette version de la thèse présentée dans le cadre de la campagne de qualification 2019 comporte certaines modifications formelles destinées à en améliorer la lisibilité. Ainsi, la mise en forme des titres a été accentuée, la pagination a été revue, et un index des matières et des principaux auteurs a été réalisé.





À Manon,

À mes parents,



## Remerciements

Mes remerciements vont d'abord à mon directeur de thèse, le professeur Xavier Vandendriessche. Son engagement et son soutien ne se sont jamais démentis. Il a dirigé ces recherches avec soin et rigueur ; qu'il puisse trouver ici l'expression de ma profonde gratitude. Je tiens ensuite à adresser mes très sincères remerciements aux membres du jury qui ont accepté de lire les nombreuses pages de ce manuscrit, et qui me font l'honneur de participer à la soutenance. Je souhaite enfin adresser des remerciements affectueux à ma famille et à mes amis qui ont marqué, depuis le début, de l'enthousiasme et de l'intérêt pour cette belle aventure.

Cette thèse n'aurait pas pu être écrite sans le soutien financier de l'Université de Lille et de la région Hauts-de-France. De même, les moyens humains, matériels et financiers que le Centre de recherche Droits et perspective du droit met à la disposition de ses chercheurs ont largement contribué à l'aboutissement de ce travail. Mon séjour de recherche à la Westminster Law School en 2015 fut à ce titre d'une grande richesse, et j'adresse de chaleureux remerciements au professeur Hélène Lambert qui m'a accueilli dans son groupe de recherche. Quelques mots enfin pour Patrick Weil, à qui j'exprime ici mon infinie reconnaissance.



## Principales abréviations

<i>Act. Jur.</i>	Actualités juridiques
<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international
<i>AFRI</i>	Annuaire français des relations internationales
<i>AJDA</i>	Actualités juridiques droit administratif
<i>AJIL</i>	American Journal of International Law
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. Nat.	Assemblée Nationale
ATF	Recueil des arrêts du Tribunal fédéral suisse
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin civil de la Cour de cassation
<i>BYIL</i>	British Yearbook of International Law
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CDH	Comité des droits de l'homme
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch.	Chambre
Ch. Dép.	Chambre des Députés
Ch. r.	Chambres réunies
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
CIJ	Cour internationale de Justice
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
Dir.	Sous la direction éditoriale
<i>DP</i>	Dalloz périodique
FF	Feuille fédérale suisse
<i>Ibid.</i>	Même référence qu'à la note précédente
IDI	Institut de droit international
JCI.	JurisClasseur
<i>JCP A</i>	La semaine juridique édition administrative
<i>JCP G</i>	La semaine juridique édition générale
<i>JDI</i>	Journal de droit international (Clunet)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Lebon	Recueil Lebon des décisions du Conseil d'État
Macarel	Recueil Macarel des décisions du Conseil d'État
<i>NRDIP</i>	Nouvelle revue de droit international privé (1934-1946)

<i>Op. cit.</i>	Même référence déjà citée dans le chapitre
<i>RBDI</i>	Revue belge de droit international
<i>RCADI</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international (La Haye)
<i>RCDI</i>	Revue critique de droit international (1934-1947)
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé (depuis 1947)
<i>RDI</i>	Revue de droit international
<i>RDIP</i>	Revue de droit international privé (1905-1933)
<i>RDILC</i>	Revue de droit international et de législation comparée
<i>RDP</i>	Revue du droit public et de la science politique
<i>Rev. Aff. Eur.</i>	Revue des affaires européennes
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RGDIP</i>	Revue générale de droit international public
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RO</i>	Recueil officiel suisse
<i>RSA</i>	Recueil des sentences arbitrales
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD Eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>Sect.</i>	Section du Conseil d'État
<i>Ss.</i>	Sous-section du Conseil d'État
<i>Ssr.</i>	Sous-sections réunies du Conseil d'État
<i>T.</i>	Tome
<i>TA</i>	Tribunal administratif
<i>Trib. civ.</i>	Tribunal civil
<i>Vol.</i>	Volume
<i>ZaöRV</i>	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

#### Abréviations spéciales

Recueil Fenet	Pierre-Antoine Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 8 vol., Paris, Videcoq, 1836.
AP	Archives Parlementaires de 1787 à 1860 (1ère série de 1787 à 1799, 2ème série de 1800 à 1860).







## Sommaire

### Partie I.

#### Le caractère territorial de la nationalité et l'encadrement de la compétence de l'État

##### Titre I. – La construction territoriale de la nationalité

*Chapitre 1.* – La territorialité du statut et des fonctions de la nationalité en France

*Chapitre 2.* – La territorialité des fonctions de la nationalité dans les structures fédérales  
(Allemagne, Suisse, États-Unis, et Union européenne)

##### Titre II. – L'encadrement territorial de la compétence de l'État

*Chapitre 3.* – La condition territoriale de validité dans l'ordre interne

*Chapitre 4.* – La condition territoriale d'opposabilité dans l'ordre international

### Partie II.

#### Le caractère fondamental de la nationalité et le recul de la discrétionnarité du pouvoir de l'État

##### Titre III. – L'extension des normes de référence

*Chapitre 5.* – Les normes imposant des obligations procédurales à l'État

*Chapitre 6.* – Les normes imposant des obligations substantielles à l'État

##### Titre IV. – L'approfondissement du contrôle juridictionnel

*Chapitre 7.* – L'établissement d'un contrôle juridictionnel administratif

*Chapitre 8.* – L'intensification du contrôle juridictionnel administratif



## Introduction

« À l'État qui revendique un individu comme son national, il ne suffit pas de dire : "Cet homme est à moi parce que je suis souverain." »<sup>1</sup>

Albert DE LAPRADELLE

1. Lorsqu'Albert de Lapradelle exprime en 1930 l'idée qu'il ne suffit pas à un État d'affirmer sa « souveraineté » pour s'arroger un individu, il suggère l'existence d'un lien entre souveraineté et nationalité et d'un certain degré de contrainte en droit de la nationalité. De longue date pourtant, les juristes considèrent que la nationalité est liée au concept même de souveraineté, et qu'en ce sens la contrainte ne saurait s'y épanouir. Pierre Louis-Lucas retient ainsi à la même époque qu'en matière de nationalité l'État agit « suivant ses convictions personnelles », « dans la maîtrise et dans l'indépendance de sa souveraineté », pour déterminer « quels sont les êtres humains qu'il tient pour ses sujets ; quels sont ceux, au contraire, qu'il ne tient pas pour tels »<sup>2</sup>. D'aucuns considèrent ainsi que l'État agit en droit de la nationalité suivant « un pouvoir exclusif, éliminateur et illimité. »<sup>3</sup> Comment s'est donc construit ce lien entre nationalité et souveraineté ? Quel est le « poids »<sup>4</sup> de la souveraineté – ou le degré de liberté de l'État – en droit de la nationalité ?

### § 1. La construction du lien entre nationalité et souveraineté

2. L'égalité de coordination entre « nationalité *et* souveraineté » ne doit pas cacher l'inégalité dans le traitement des deux termes au cours de cette étude. Celle-ci est en effet résolument centrée sur la nationalité et son droit, ils en sont l'objet primaire. La souveraineté intervient non comme une notion autonome, mais plutôt comme une notion dérivée qualifiant le pouvoir de l'État en droit de la nationalité, elle est donc un objet secondaire dans l'étude. Après avoir défini ces deux notions<sup>5</sup> (A), l'on s'attachera à l'examen de leurs relations (B).

---

<sup>1</sup> Albert de Lapradelle, « Le droit international de la nationalité », in Académie diplomatique internationale, *Séances et travaux*, 1930, n° 2, p. 95-96.

<sup>2</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française, droit positif et conflits de lois*, Paris, Sirey, 1929, p. 12.

<sup>3</sup> Federico Castro, « La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité », *RCADI*, 1961, vol. 102, p. 550.

<sup>4</sup> C'est par ce terme que Jean Combacau ouvre son célèbre article « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, vol. 67, p. 47.

<sup>5</sup> L'on utilise le terme de « notion » dans son sens usuel, selon lequel on peut « attribuer le qualificatif de "notion" à un terme de droit positif à propos duquel une systématisation doctrinale a pu établir l'implication d'un certain

## A. L'approche statique des notions : quels sens ?

3. La nationalité, objet primaire de l'étude, sera abordée de manière extensive, en particulier sous l'angle de la généalogie du terme, sa polysémie, puis enfin son régime juridique (1). La souveraineté, objet secondaire de l'étude, sera abordée de manière plus concise, en centrant les développements sur son acception générale en théorie de l'État, puis sur ce qu'elle exprime lorsqu'elle « qualifie » un pouvoir de l'État (2).

### 1. La généalogie et la polysémie de la nationalité

4. **Généalogie de la nationalité : entre appartenance à la nation et à l'État.** – Le terme de « nationalité » entretient un rapport ambigu avec le droit. Ce n'est en effet pas dans le langage juridique que naît ce terme, ce qui est source, hier comme aujourd'hui, de nombreuses difficultés. Il revient à Madame de Staël d'avoir introduit la première ce mot dans la langue française, à l'occasion de la publication de *Corinne ou l'Italie* en 1807. La trame de ce roman, à cheval entre l'Italie et l'Angleterre, repose en partie sur les cultures fort différentes de ces deux pays ; lorsque l'héroïne les évoque, elle relève qu'elle possède une « double éducation, et, si je peux m'exprimer ainsi, deux nationalités différentes. »<sup>6</sup> La nouveauté du terme est marquée par les précautions sémantiques de la locutrice. Quant à son sens, loin du domaine juridique, il renvoie exclusivement à l'éducation et à la culture. Mais cette première occurrence du terme « nationalité » demeure isolée. Le réel acte de naissance de la « nationalité », celui qui conduira à une diffusion sans précédent, résulte de la traduction de l'œuvre de Friedrich Ludwig Jahn, *Deutsches Volksthum*, par Pierre Lortet en 1825. Lortet décide en effet de traduire « *Volksthum* » par « nationalité », au risque de « choqu[er] peut-être les oreilles des puristes »<sup>7</sup>, comme il l'indique dans sa préface. La « *Volksthum* » est elle-même un terme nouveau<sup>8</sup> forgé par Friedrich Ludwig Jahn à partir de « *Volk* » (le peuple) et le suffixe « *-thum* » (pour marquer

---

nombre d'effets de droit réguliers », voy. Xavier Bioy, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in Guillaume Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, 2009, p. 38.

<sup>6</sup> Germaine de Staël, *Corinne ou l'Italie* (1807), in *Œuvre de Madame la Baronne de Staël-Holstein*, vol. 2, Paris, Levrè, 1838, p. 695.

<sup>7</sup> Friedrich Ludwig Jahn, *Recherches sur la nationalité, l'esprit des peuples allemands et les institutions qui seraient en harmonie avec leurs mœurs et leur caractère* (1810, trad. Pierre Lortet), Paris, Bossange, 1825, p. v.

<sup>8</sup> L'auteur ne souhaite pas utiliser « *Nationalität* », qui n'est autre qu'une germanisation du français « national ». Il crée donc ce nouveau mot – « *Volksthum* » – pour rompre avec la « funeste paresse » conduisant à chercher « la vieille ressource de l'étranger » pour désigner cette « chose ». Les termes « *Nationalität* » et « *Volksthum* » demeurent donc synonymes dans l'esprit de l'auteur. Voy. *ibid.*, p. 20-21.

la collectivité et le rattachement<sup>9</sup>). Elle est un « caractère » donné en « héritage »<sup>10</sup> à un peuple, « la vraie mesure de la grandeur des peuples, et la juste balance pour peser leurs mérites. Son existence suppose celle de l'état, mais l'existence de l'état ne suppose pas celle de la nationalité. L'état est le piédestal du peuple, l'extérieure et solide enceinte de la nationalité. »<sup>11</sup> La « nationalité », traduite de l'allemand « *Volksthum* », s'entend donc des caractéristiques communes d'un peuple compris dans un État. Pour Friedrich Ludwig Jahn, elle se mesure, s'analyse et se détaille scientifiquement. Le terme de « nationalité » connaît à la suite un rapide succès, en particulier dans la littérature française du XIXe siècle<sup>12</sup> ; il est alors synonyme d'un sentiment d'appartenance à la nation, qui peut aller croissant ou décroissant. Michelet rend bien compte dans son *Tableau de la France* de l'usage de ce terme comme un révélateur de l'unité et de l'homogénéité du peuple français :

« La lutte contre l'Angleterre a rendu à la France un immense service. Elle a confirmé, précisé sa nationalité. À force de serrer contre l'ennemi, les provinces se sont trouvées un peuple. C'est en voyant de près l'Anglais, qu'elles ont senti qu'elles étaient France. Il en est des nations comme de l'individu, il connaît et distingue sa personnalité par la résistance de ce qui n'est pas elle, il remarque le moi par le non-moi. La France s'est formée ainsi sous l'influence des grandes guerres anglaises, par opposition à la fois, et par composition. »<sup>13</sup>

La première acception du terme « nationalité » est donc « anthropologique » comme a pu le relever Sébastien Touzé ; elle renvoie à des « éléments matériels, moraux et psychologiques permettant de fonder le rattachement d'individus à un groupe »<sup>14</sup>. Ce sens perdure encore au début du XXe siècle. On le trouve notamment sous la plume de Maurice Hauriou qui indique dans une formule restée célèbre qu'« une nationalité est une mentalité »<sup>15</sup>. Sont ainsi souvent opposées différentes « conceptions de la nation », certaines ouvertes et électives, d'autres fermées et ethniques. Ces conceptions n'ont toutefois rien de juridique, elles ne sont pas corrélées à des choix en faveur du droit du sol ou du droit du sang. Les travaux de Patrick Weil ont en effet montré que la France, souvent considérée comme la championne du modèle électif<sup>16</sup>, est

---

<sup>9</sup> Comme dans *Königtum* (royaume) ou *Christentum* (christianisme). Le « h » est la marque du XIXe siècle, il s'est aujourd'hui perdu.

<sup>10</sup> Friedrich Ludwig Jahn, *Recherches sur la nationalité, l'esprit des peuples allemands et les institutions qui seraient en harmonie avec leurs mœurs et leur caractère*, op. cit., p. 22.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 34-35.

<sup>12</sup> Voy. Gérard Noiriel, « Socio-histoire d'un concept. Les usages du mot "nationalité" au XIXe siècle », *Genèses*, 1995, vol. 20, p. 9-10.

<sup>13</sup> Jules Michelet, *Tableau de la France : géographie, physique et morale*, Paris, Lacroix, 1875, p. 71-72.

<sup>14</sup> Sébastien Touzé, « La notion de nationalité en droit international, entre unité juridique et pluralité conceptuelle », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 14.

<sup>15</sup> Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1930, 2<sup>ème</sup> éd., p. 8.

<sup>16</sup> La conférence de Renan à la Sorbonne le 11 mars 1882 en est l'expression la plus emblématique. Il considère que ce qui fait la nation c'est « la possession en commun d'un riche legs de souvenirs », mais aussi « le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis », plus

en réalité celle par qui le droit du sang s'est diffusé partout en Europe à partir de l'adoption du code civil ; la vive controverse franco-allemande sur la conception de la nation n'est donc pas affaire de droit mais de politique<sup>17</sup>.

5. À partir de cette approche culturelle ou anthropologique, le terme « nationalité » va progressivement gagner les rivages politiques lors de la naissance du très contesté « principe des nationalités ». De fait, il n'y a qu'un pas entre l'étude de l'unité culturelle d'une communauté d'individu et l'émission d'une prétention étatique au profit de cette même communauté. La nationalité devient alors le fondement de revendications politiques. Napoléon III en fait par exemple la pierre angulaire de sa politique étrangère, à l'occasion notamment du *Risorgimento* italien, suivant les thèses de Mancini<sup>18</sup>. Ce principe peut alors être résumé dans la formule suivante : « La nation a un droit à l'État, les frontières des gouvernements doivent s'identifier avec les limites des nations. »<sup>19</sup> Plus tard, Louis Le Fur affirme encore dans cette logique que la nationalité c'est l'« État en germe », le « peuple en construction »<sup>20</sup>. Le principe ne sera toutefois jamais réellement reçu en droit international<sup>21</sup>, la coexistence pacifique se conjuguant mal avec un prétendu « droit à l'État » ou à la « sécession » au profit de toute communauté éprouvant un sentiment de nationalité. Le principe des nationalités demeure donc hors du domaine juridique<sup>22</sup>, ce qui justifie qu'on ne s'y attarde pas davantage. Dans la pensée du XIXe siècle, la nationalité au sens culturel, c'est donc d'abord et avant tout une communauté d'individus organisée à l'intérieur d'un État.

6. En droit, l'émergence de la « nationalité » au sens juridique, c'est-à-dire comme un statut matérialisant un lien entre un individu et un État donné, est le fruit d'une double dynamique. D'abord, et cela est peu relevé, la notion de « nationalité » est connue dès le début du XIXe siècle dans le vocabulaire des douanes. Dans le cadre de la prohibition de certaines marchandises de « fabrique étrangère », les agents des douanes françaises doivent vérifier l'origine des différents biens mis en circulation sur le territoire. Lorsqu'un doute se présente, la loi du

---

loin « le consentement, le désir clairement exprimé de continuer la vie commune », et bien sûr le « plébiscite de tous les jours ». Voy. Ernest Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Paris, Calmann Lévy, 1882, 2<sup>ème</sup> éd., p. 26-27.

<sup>17</sup> Voy. Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français*, Paris, Gallimard, 2005, 2<sup>ème</sup> éd., p. 281-315.

<sup>18</sup> Voy. Pasquale Mancini, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Turin, Botta, 71 p.

<sup>19</sup> Robert Redslob, « Le principe des nationalités », *RCADI*, 1931, vol. 37, p. 13.

<sup>20</sup> Louis Le Fur, *Races, Nationalités, États*, Paris, Félix Alcan, 1922, p. 153.

<sup>21</sup> Voy. Chantal Carpentier, « Le principe mythique des nationalités : tentative de dénonciation d'un prétendu principe », *RBDI*, 1992, n° 2, p. 351-389.

<sup>22</sup> Sauf à considérer que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, dont la valeur juridique est reconnue en situation coloniale, est un « avatar contemporain » du principe des nationalités. Voy. Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, 8<sup>ème</sup> éd., n° 267, p. 453.

28 avril 1816 relative aux douanes prévoit l'examen des marchandises par un « jury » qui peut exiger des « preuves de nationalité » (l'expression est nouvelle) pour en établir le cas échéant l'« origine étrangère »<sup>23</sup>. Cette procédure est rapidement qualifiée de « vérification de nationalité »<sup>24</sup>. Les écritures des départements ministériels devant le Conseil d'État montrent encore que dès les années 1820 des « preuves de nationalité », cette fois d'une personne physique, sont exigées pour régler des créances conditionnées par la possession de la « qualité de Français »<sup>25</sup>. Le Conseil d'État fait lui-même usage du terme dès les années 1830 dans une affaire *Terscher* pour trancher une question de recrutement dans l'armée ; il y considère que lorsque la qualité de Français du requérant est litigieuse, cette « question de nationalité » doit être renvoyée aux tribunaux judiciaires<sup>26</sup>. Les travaux de Gérard Noiriel abondent dans ce sens, celui-ci ayant constaté que l'emploi du terme « nationalité » se développe dans les usages administratifs des années 1830 à l'occasion de l'accueil en France des exilés polonais et italiens<sup>27</sup>. Cette première dynamique administrative et technique se conjugue alors avec le développement de la « nationalité » au sens culturel et anthropologique dans la langue commune et scientifique. Par cette double dynamique, la « nationalité » s'impose progressivement dans le vocabulaire juridique.

7. La doctrine juridique réceptionne ainsi graduellement ce terme. Si Portalis évoque déjà dans son discours préliminaire la distinction entre « étrangers ou nationaux »<sup>28</sup>, l'emploi de la « nationalité » pour se référer à la qualité de Français n'apparaît dans les travaux des civilistes que dans les années 1840 sous la plume de Taullier<sup>29</sup>, Foelix<sup>30</sup> ou Demolombe<sup>31</sup>. Il revient surtout à Georges Cogordan, un diplomate français, auteur en 1879 d'un traité de référence sur le sujet, d'avoir formalisé la nationalité au sens juridique, en la distinguant soigneusement de la « nationalité » au sens culturel (la « *Volksthum* » de Jahn). Selon cet auteur, lorsque la nationalité gagne « les sphères tranquilles du droit pur », elle n'est plus « affaire de sentiment, de race et de sympathie », elle devient au contraire la « marque » de l'État : « Dès qu'un État

---

<sup>23</sup> Voy. la loi des finances du 28 avril 1816, spéc. la partie sur les douanes (art. 65), in Recueil Duvergier, t. 20, Paris, Guyot et Scribe, 1827, p. 438.

<sup>24</sup> Voy. Cass., crim., 3 octobre 1817, *Administration des douanes c. Noblot*, S., 1818, p. 164.

<sup>25</sup> Voy. CE, 14 août 1822, n° 5565, *Les armateurs des corsaires le Coureur, l'Anastasia et autres c. le Ministre de la guerre*, Macarel p. 224 ; CE, 13 mars 1822, n° 4975, *Sieur Teucate c. le Ministre de la marine*, Macarel p. 246.

<sup>26</sup> Voy. CE, 18 mai 1837, n° 13135, *Terscher*, Macarel p. 183. Patrick Weil relève justement que le terme de « nationalité » est employé par le maire de Bastia dans ses écritures devant le conseil de révision en 1821, voy. Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 641.

<sup>27</sup> Voy. Gérard Noiriel, « Socio-histoire d'un concept. Les usages du mot "nationalité" au XIXe siècle », *op. cit.*, p. 15-16.

<sup>28</sup> Recueil Fenet, t. 6, p. 355.

<sup>29</sup> Frédéric Taullier, *Théorie raisonnée du code civil*, vol. 1, Grenoble, Prudhomme, 1840, p. 98-102.

<sup>30</sup> Jean Foelix, *Traité du droit international privé ou Du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Paris, Joubert, 1843, p. 3.

<sup>31</sup> Charles Demolombe, *Cours de code civil*, vol. I, Bruxelles, Decq, 1847, n° 148, p. 150.



existe, c'est-à-dire qu'il est reconnu par ses sujets et par les autres puissances, il imprime une marque particulière à chacun de ceux qui le composent et chacun d'eux se rattache à lui par le lien juridique de la nationalité. »<sup>32</sup> En Allemagne, à la même époque, c'est le terme de « *Staatsangehörigkeit* » qui se diffuse pour exprimer littéralement l'appartenance juridique à l'État<sup>33</sup>. Là où le terme français de nationalité renvoie donc autant à un sentiment qu'à un statut juridique, la langue allemande distingue respectivement la « *Volksthum* » ou la « *Nationalität* » d'une part, et la « *Staatsangehörigkeit* » d'autre part. Suivant cette distinction, certains auteurs français ont ainsi pu proposer un vocabulaire de substitution plus neutre, faisant mieux ressortir que la « nationalité » révèle en droit l'appartenance à l'État et non à la nation. Pour remplacer « nationalité », Pierre Louis-Lucas propose ainsi le terme « étatialité »<sup>34</sup>, André-Daniel Tolédano celui de « ressortissance »<sup>35</sup>. Ces deux auteurs conviennent toutefois que la « nationalité » est trop inscrite dans la culture juridique pour que l'on puisse sérieusement penser la remplacer. L'emblématique loi du 27 juin 1889 sur la « nationalité »<sup>36</sup> a en effet marqué la consécration officielle de ce terme dans la langue juridique française. Ainsi se fixe dès la fin du XIXe siècle le sens juridique de la nationalité pour qualifier l'appartenance étatique des personnes physiques.

**8. Quelques distinctions sémantiques (national, citoyen, sujet, ressortissant, etc.).** – Ce qu'exprime la nationalité, d'autres notions y ont auparavant renvoyé, et s'y réfèrent encore. Il s'agit donc de voir ce qui peut être tenu pour synonyme de ce terme, et ce qui ne peut pas l'être. La nationalité « avant la lettre »<sup>37</sup> recouvre sous l'Ancien Régime les termes génériques de « sujet » ou de « Français » que l'on retrouve chez la plupart des auteurs de l'époque ; on

---

<sup>32</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, Paris, Larose, 1879, p. 4.

<sup>33</sup> Le terme apparaît d'abord dans la loi prussienne en 1842, puis est repris dans l'Empire allemand en 1870. Voy. Andreas K. Fahrmeir, « Nineteenth-Century German Citizenships : A Reconsideration », *The Historical Journal*, 1997, n° 40-3, p. 740 et 750-751.

<sup>34</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française*, Paris, Sirey, 1929, p. 1.

<sup>35</sup> André-Daniel Tolédano, « Communication sur le mot Nationalité », *Bulletin du Centre international de synthèse*, 1927, vol. 12, n° 4, p. 10. Dans le même sens, voy. Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2009, 2<sup>ème</sup> éd., p. 217.

<sup>36</sup> JORF, 28 juin 1889, p. 2977.

<sup>37</sup> Nous empruntons la formule à Peter Sahlins, « La nationalité avant la lettre. Les pratiques de naturalisation en France sous l'Ancien Régime », *Annales – Histoire, Sciences Sociales*, 2000, vol. 55, n° 5, p. 1081-1108.

trouve parfois également le terme de « régnicole », employé par exemple par Bacquet<sup>38</sup> ou Pothier<sup>39</sup>, et qui signifie littéralement « habitant du royaume »<sup>40</sup>. Ces auteurs présentent alors un statut qui confère à son détenteur la plénitude des droits civils, et notamment celle de tester, et qui est distingué de l'étranger qui, soumis au droit d'aubaine, ne peut pas hériter. Plus récemment, le terme de « ressortissant » issu du droit international peut encore être tenu pour synonyme de « national ». Jusqu'au début du XXe siècle, l'équivalence entre les termes ne pose en effet aucune difficulté, Niboyet indique ainsi que « Dans la langue juridique française, le terme de *ressortissant* est pris presque constamment comme synonyme de *national* »<sup>41</sup>, de même que la Cour permanente de Justice internationale juge que « le terme “ressortissant” (...) a généralement trait aux personnes physiques, dont la situation juridique est déterminée par le lien personnel de nationalité qui les unit à l'État »<sup>42</sup>. Toutefois, une définition plus large de la notion visant « toute personne privée relevant de la compétence d'un sujet de droit international »<sup>43</sup> peut parfois se rencontrer. C'est alors le contexte qui permettra de trancher la question de la synonymie (l'on peut ainsi être ressortissant d'une organisation internationale, ou ressortissant non national d'un État en tant que « sujet protégé ») ; mais le principe, à défaut de précision, est toujours à l'équivalence des termes<sup>44</sup>. De la même manière, le terme d'« allégeance » doit être tenu pour synonyme de nationalité. L'allégeance signifie historiquement « la fidélité due par un sujet à son roi »<sup>45</sup>. Son emploi, de par ses origines féodales, met inévitablement l'accent sur la soumission de l'individu à l'État<sup>46</sup>.

9. De manière plus ambiguë, le terme de « citoyen » est parfois employé pour désigner le lien juridique qui unit un individu à un État. Ainsi de Pufendorf qui consacre un chapitre à la

<sup>38</sup> Voy. Jean Bacquet, *Traité du droit d'aubaine* (1577), partie I, chap. VIII, § 26, in *Œuvres de Jean Bacquet*, Paris, Pierre Bienfait, 1664, p. 20.

<sup>39</sup> Voy. Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes* (1778), partie I, titre II, section IV, in André Dupin (dir.), *Œuvres de Pothier*, vol. VIII, Paris, Bechet aîné, 1825, p. 36.

<sup>40</sup> À la suite de la Révolution française et de l'abolition de la monarchie, Proudhon mentionne le terme de « républicole », sans doute dans un sens plus large que celui de régnicole puisqu'il s'étend aux étrangers admis à domicile, et non aux seuls Français. Voy. Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Cours de législation et de jurisprudence française*, vol. 1, Besançon, Tissot, 1798, p. 89. Le terme apparaît dès la Convention, voy. par ex. AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 82, p. 358.

<sup>41</sup> Jean-Paulin Niboyet, « Note sous Cass., req., 14 mai 1923 », *RDIP*, 1924, vol. 19, p. 243.

<sup>42</sup> CPJI, 25 mai 1926, Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond), série A, n° 7, p. 70.

<sup>43</sup> Sébastien Touzé, *La protection des droits de nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, n° 919, p. 340.

<sup>44</sup> Voy. Michel Verwilghen, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *RCADI*, 1999, vol. 277, n°s 67-68, p. 86-88.

<sup>45</sup> Robert Kiefé, « L'allégeance », in Institut de droit comparé, *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, Recueil Sirey, 1933, p. 50.

<sup>46</sup> Voy. Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, *op. cit.*, 1879, p. 4 ; Michel Verwilghen, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *op. cit.*, p. 50-61.

perte du statut de citoyen dans sa somme *Du droit de la nature et des gens*, ou de Pothier<sup>47</sup> et Vattel<sup>48</sup> qui utilisent régulièrement ce terme au fil de leurs traités. À cette époque, le terme de « citoyen » renvoie en réalité au « sujet ». Pour preuve, lorsque Barbeyrac traduit du latin Pufendorf, il écrit « Citoyen ou Sujet d'un Etat »<sup>49</sup> pour « *civis* » dans la version originale latine, ce qui démontre une synonymie assez manifeste. Hobbes procède même à une synthèse intéressante en utilisant le terme de « sujétion civile » propre à « l'état politique »<sup>50</sup>. De fait, suivant Jean-Marie Denquin, « un individu peut-être à la fois citoyen en tant que membre d'une société civile et sujet en tant que soumis à l'autorité d'un roi légitime »<sup>51</sup> ; les réalités des deux termes peuvent donc aisément se recouper dans l'Europe monarchique de ces différents auteurs. L'analyse est plus nuancée chez Bodin pour qui le sujet n'est pas nécessairement citoyen. Pour cet auteur, ce qui fait le « citoyen » c'est « l'obligation mutuelle du souverain au subject, auquel pour la foy et obeïssance qu'il reçoit, il doit justice, conseil, confort, aide, et protection : ce qui n'est point deu aux estrangers. »<sup>52</sup> Ici, l'on constate que le « citoyen » est aussi le « sujet » du souverain. Pour autant, chez cet auteur, tous les sujets ne sont pas citoyens. En effet, « l'esclave n'est point citoyen » car « en termes de droit [il] est conté pour rien », à la différence des « femmes, et enfants de famille, qui sont francs de toute servitude »<sup>53</sup> et qui possèdent donc la citoyenneté. Pour Bodin donc, seul le sujet libéré de la servitude est « citoyen ». Il en conclut fort logiquement « qu'on peut dire, que tout citoyen est subject, (...) mais tout subject n'est pas citoyen, comme nous avons dit de l'esclave : et se peut dire aussi d'un estrange, lequel venant en la seigneurie d'autrui, n'est point receu pour citoyen, n'ayant par aucune aux droits et privileges de la cité »<sup>54</sup>. Si « sujet » et « citoyen » s'opposent au terme d'« étranger », il n'en demeure pas moins que ces deux premiers statuts présentent une gradation en terme de droits et libertés. Deux siècles avant la Révolution, il n'est évidemment pas encore question de droits politiques<sup>55</sup>, mais bien d'une distinction sur le fondement de la liberté et de la servitude. Ces

<sup>47</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes* (1778), partie I, titre II, section 1<sup>ère</sup>, *op. cit.*, p. 22.

<sup>48</sup> Voy. Emer de Vattel, *Le droit des gens*, vol. I, livre I, chap. 19, § 212, Londres [Neuchâtel], 1758, p. 197-198.

<sup>49</sup> Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens* (1732, trad. Jean Barbeyrac), vol. II, livre VIII, chap. 11, Basle, Thourneisen, 1732, p. 495.

<sup>50</sup> Hobbes, *De Cive* (1642, trad. Sorbière), livre II, chap. 7, § 18, in *Œuvres philosophiques et politiques de Thomas Hobbes*, vol. I, Neufchatel, Imprimerie de la Société Typographique, 1787, p. 151.

<sup>51</sup> Jean-Marie Denquin, « Citoyen », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 199.

<sup>52</sup> Jean Bodin, *Les six livres de la République* (1576), livre I, chap. 6, in Henri Rochais, Marie-Dominique Couzinet et Christiane Frémont (dir.), *Les six livres de la République de Jean Bodin*, vol. I, Paris, Fayard, 1986, p. 131.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 114

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Voy. en ce sens Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 112 : « Le terme de citoyen ne doit pas faire ici illusion : il correspond à l'acceptation prérévolutionnaire qui fait du citoyen davantage le national ou le ressortissant de l'État que le membre du Souverain jouissant de droits politiques ».

nuances sont admises dès le XVIIIe siècle, Diderot dans son *Encyclopédie* relevant l'équivalence des notions à la stricte condition de prendre « le terme de sujet dans son acception stricte, & celui de citoyen dans son acception la plus étendue »<sup>56</sup>. La notion de citoyen peut donc renvoyer selon les auteurs et le contexte soit à la simple qualité de sujet – son sens large –, soit à un statut de sujet auquel sont adjoints certains droits et libertés – son sens strict.

10. La Révolution française va progressivement rompre avec le terme même de « sujet », perçu comme péjoratif, au profit exclusif d'un champ lexical fondé sur la citoyenneté<sup>57</sup>. La fin de l'Ancien Régime coïncide en effet avec l'idée que le statut de Français n'est plus un « lien d'allégeance, de sujétion à la personne du souverain »<sup>58</sup> ; c'est la figure du « citoyen » en tant que « participant à l'autorité souveraine »<sup>59</sup> pour reprendre la formule de Rousseau, qui correspond le mieux à l'époque révolutionnaire. C'est aussi l'avènement du droit de suffrage et du droit d'être élu qui vient donner corps à une véritable citoyenneté<sup>60</sup>. Autrement dit, dans le choix des termes, l'horizontalité de la citoyenneté est préférée à la verticalité de la sujétion. Il en ressort inévitablement une certaine confusion dans les discours, puisqu'il devient délicat de savoir si la citoyenneté se réfère au statut général exprimant l'appartenance juridique d'un individu à la population d'un État (le « sujet » au sens large), ou si elle se réfère plutôt au statut spécial conférant des droits politiques à une certaine étendue de la population (la « citoyenneté » au sens étroit)<sup>61</sup>. L'universalisme révolutionnaire n'aide d'ailleurs pas à clarifier cette situation puisque pour beaucoup, la citoyenneté devient avant tout une notion politique, une étiquette, qui permet de départager les partisans et les opposants aux idéaux de la Révolution, hors des frontières juridiques traditionnelles entre Français et étrangers<sup>62</sup>. De manière assez emblématique, un projet émis par un certain « Mont-Réal, citoyen du monde », adressé à la Convention le 27 mars 1793, prévoit que seront « citoyens français tous ceux qui respirent sur

---

<sup>56</sup> Denis Diderot, « Citoyen », in Denis Diderot et Jean d'Alembert (dir.), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. 3, Paris, Briasson, David l'aîné, Le Breton, Durand, 1753, p. 488.

<sup>57</sup> François Borella, « Nationalité et citoyenneté », in Dominique Colas, Claude Emeri et Jacques Zylberberg (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 221-222.

<sup>58</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, op. cit., 1879, p. 4.

<sup>59</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, livre IV, chap. 2, Amsterdam, Michel Rey, 1762, p. 31.

<sup>60</sup> Voy. Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 112 : « La révolte démocratique transformera les sujets en individus actifs, en citoyens ».

<sup>61</sup> Le terme de « citoyen » se trouve encore soumis à une certaine imprécision lorsque, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, il est (mal) distingué de la notion d'« homme ». Voy. Xavier Vandendriessche, *Le droit des étrangers*, Paris, Dalloz, 2012, 5<sup>ème</sup> éd., p. 6-8 ; Serge Slama, *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, thèse, Nanterre, 2003, p. 68-76.

<sup>62</sup> Comme le note Sophie Wahnich, *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Paris, Albin Michel, 2010, p. 66, l'« altérité [devient] purement politique ». Autrement dit, le rapport à l'autre s'entend plus en termes politiques que juridiques. Voy. également Danièle Lochak, « La citoyenneté : un concept juridique flou », in Dominique Colas, Claude Emeri et Jacques Zylberberg (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 182.

le sol de la République, et qui sont irréprochables », en particulier au regard du « culte » du « contrat social » que l'auteur propose d'établir<sup>63</sup>. À la même époque le député Jacques-Michel Coupé considère de manière plus générale que le « peuple français (...) reconnaît pour ses frères tous les enfants de la terre, les admet dans son sein, et ne connaît d'ennemis que les bêtes féroces, les oppresseurs et les rois. »<sup>64</sup> Sur le plan politique, la notion de citoyenneté prend donc une coloration idéologique orientée vers le libéralisme, elle s'acquiert par « consanguinité philosophique »<sup>65</sup>, et les distinctions plus juridiques entre « sujets » et « citoyens » apparaissent moins prégnantes.

11. Pour autant, la distinction n'est pas soudainement devenue inconnue du droit intermédiaire. Si l'ensemble des constitutions de la période révolutionnaire utilise le seul vocable de « citoyen » pour qualifier à la fois le statut général de membre de l'État et le statut spécial permettant d'exercer des droits politiques, la polysémie reste apparente<sup>66</sup>. Le député Jean-Denis Lanjuinais exprime ainsi le 29 avril 1793 dans un exposé portant précisément sur la question les distinctions sémantiques qu'il faut opérer dans les différents usages du terme « citoyen » :

« L'idée générale que réveille le mot de citoyen, est celle de membre de la cité, de la société civile, de la nation. Dans un sens rigoureux, il signifie seulement ceux qui sont admis à exercer les droits politiques, à voter dans les assemblées du peuple, ceux qui peuvent élire et être élus aux emplois publics ; en un mot, les *membres du souverain*. Ainsi, les enfants, les insensés, les mineurs, les femmes, les condamnés à peine afflictive ou infamante jusqu'à leur réhabilitation, ne seraient pas des citoyens. Mais, dans l'usage, on applique cette expression à tous ceux qui sont du corps social, c'est-à-dire, qui ne sont ni étrangers ni morts civilement, soit qu'ils aient ou non des droits politiques ; enfin, à tous ceux qui jouissent de la plénitude des droits civils, dont la personne et les biens sont gouvernés en tout par les lois générales du pays. Voilà les citoyens dans le langage le plus ordinaire. Les publicistes, et même les législateurs, confondent souvent ces deux significations très différentes ; et de là l'obscurité, l'incohérence apparente de certaines propositions. »<sup>67</sup>

La consécration de la « nationalité » au sens juridique permettra justement de faire cesser les ambiguïtés avec la notion de « citoyen ». Comme le note Cogordan dès 1879, « On appelle en général citoyen le national investi de la plénitude des droits »<sup>68</sup>. La citoyenneté est donc un

---

<sup>63</sup> AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 60, p. 616-619.

<sup>64</sup> AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 76, p. 267.

<sup>65</sup> L'on emprunte l'expression au député Antoine-Adrien Lamourette, qui l'utilise lors de la séance du 24 août 1792, in AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 48, p. 689. Sur cette notion et ses implications, voy. Serge Slama, *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, op. cit., p. 111-118.

<sup>66</sup> Une exception notable réside dans la Constitution du 3 septembre 1791 qui distingue les citoyens « passifs » des citoyens « actifs », la première catégorie recoupant celle des « sujets » ou des « nationaux ». Voy. en ce sens Benoît Guiguet, *Citoyenneté et nationalité : limites de la rupture d'un lien*, thèse, Institut universitaire européen, 1997, p. 33-36.

<sup>67</sup> AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 63, p. 562.

<sup>68</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, op. cit., 1879, p. 6.

statut qui se fonde sur la nationalité et qui confère à son détenteur un certain nombre de droits, en particulier politiques. Si tout citoyen est par principe un national, tout national n'est pas nécessairement citoyen. En France, ce principe n'a guère évolué depuis, si ce n'est par l'émergence d'une citoyenneté européenne qui a partiellement découplé l'exercice de certains droits politiques et la possession de la nationalité (voy. *infra* n° 40). La langue allemande distingue de la même manière la « *Staatsangehörigkeit* » (nationalité) de la « *Staatsbürgerschaft* » (citoyenneté)<sup>69</sup>, tandis que la langue anglaise emploie encore régulièrement le seul terme de « *citizenship* » pour se référer à ces deux sens – même si le terme de « *nationality* » est connu, en particulier au Royaume-Uni<sup>70</sup>.

**12.** Dans cette étude, on retiendra donc classiquement que la nationalité exprime « l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population constitutive d'un État »<sup>71</sup>, selon la définition donnée par Paul Lagarde, et qu'elle « renvoie toujours à un statut » qui matérialise un « lien juridique unissant un individu à un État donné »<sup>72</sup> selon Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup et Ségolène Barbou des Places.

## **2. La souveraineté dans la théorie de l'État et l'exercice du pouvoir**

**13. Le sens primaire de la souveraineté dans la théorie de l'État.** – La notion de souveraineté est d'abord et avant tout une notion « politico-juridique »<sup>73</sup> propre à la théorie de l'État. Dans son sens politique, elle renvoie au « titulaire légitime de la puissance »<sup>74</sup>. C'est suivant cette acception qu'on parle couramment de souveraineté de la nation, souveraineté du peuple, souveraineté du parlement, etc. Ce langage est également employé par le droit positif, ce qui conduit Michel Troper à considérer qu'au-delà d'une source de légitimité politique, il y a là un « principe d'imputation » qui permet de « présenter toutes les décisions comme valides

---

<sup>69</sup> Voy. Johann Caspar Bluntschli, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, Cotta, 1875, p. 235.

<sup>70</sup> Voy. François Borella, « Nationalité et citoyenneté », *op. cit.*, p. 214-216.

<sup>71</sup> Paul Lagarde, *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2011, n° 00.02, p. 1.

<sup>72</sup> Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup et Ségolène Barbou des Places. *Droit de la nationalité et des étrangers*, Paris, PUF, 2015, n° 208, p. 25. Sur la notion de « statut », voy. Catherine Colliot-Thélène, *La démocratie sans « demos »*, Paris PUF, 2011, p. 27-28.

<sup>73</sup> Olivier Beaud, « Compétence et souveraineté », in AFDA, *Les compétences*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 14.

<sup>74</sup> Éric Maulin, « Souveraineté », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 1434.

ou obligatoires »<sup>75</sup>. Olivier Beaud exprime en ce sens l'idée que la souveraineté permet la « juridification du pouvoir politique », elle est un « principe au nom duquel le Souverain est autorisé ou habilité à commander »<sup>76</sup>.

14. Surtout, dans ses acceptions purement juridiques, selon la définition bien connue de Carré de Malberg, la souveraineté est « la qualité de puissance d'un État qui ne connaît aucune puissance supérieure à la sienne au dehors, aucune puissance égale à la sienne au dedans », c'est-à-dire « d'une part en [une] absolue indépendance au regard des États étrangers, d'autre part en [une] absolue supériorité à l'intérieur de l'État. »<sup>77</sup> La souveraineté comprend ainsi deux facettes, l'une interne, l'autre externe. La souveraineté interne est la « puissance de l'État », ce que la langue allemande nomme la « *Staatsgewalt* ». Elle s'exprime sur les terrains fonctionnels et institutionnels. Sur le plan fonctionnel, la souveraineté peut se résumer dans le « monopole d'édition du droit positif »<sup>78</sup>. Bodin est à l'origine de cette formalisation autour de la fonction législative :

« Sous ceste mesme puissance de donner et casser la loy, sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté : de sorte qu'à parler proprement on peut dire qu'il n'y a que ceste seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en cestui là : comme decerner la guerre, ou faire la paix : cognoistre en dernier ressort des jugemens de tous magistrats, instituer ou destituer les plus grands officiers : imposer ou exempter les sujets de charges et subsides : ottroyer graces et dispenses contre la rigueur des loix : hausser ou baisser le tiltre, valeur et pied des monnoyes : faire jurer les sujets et hommes liges de garder fidelité sans exception à celui auquel est deu le serment, qui sont les vrayes marques de souveraineté, comprises sous la puissance de donner la loy à tous en general, et à chacun en particulier »<sup>79</sup>

Cette approche formelle rompt avec les différentes tentatives d'établir la souveraineté par référence à une énumération des « marques de la souveraineté »<sup>80</sup>. Autrement dit, depuis Bodin, la souveraineté dans son sens interne est définie par le pouvoir de donner la loi, qui comprend et subsume notamment les prérogatives considérées comme caractéristiques de la souveraineté (par exemple lever les impôts, battre la monnaie, faire la guerre, etc.). En ce sens, comme le notent Michel Troper et Francis Hamon, « la souveraineté consiste (...) [dans l'exercice] de la

---

<sup>75</sup> Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 90.

<sup>76</sup> Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>77</sup> Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. I, Paris, Sirey, 1920, p. 79. L'auteur poursuit et indique que « ces deux conséquences de la souveraineté ne sont que deux aspects d'une seule et même qualité de l'État souverain ».

<sup>78</sup> Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, *op. cit.*, p. 130.

<sup>79</sup> Jean Bodin, *Les six livres de la République* (1576), livre I, chap. 10, *op. cit.*, p. 309.

<sup>80</sup> Hobbes, *De Cive* (1642, trad. Sorbière), livre II, chap. 6, § 18, *op. cit.*, p. 125.

fonction législative »<sup>81</sup>, ou Denis Baranger, « La puissance législative est la marque du souverain. »<sup>82</sup> Sur le plan institutionnel, la souveraineté est une puissance de commandement à l'égard des « agents, officiers, ou (...) organes de l'État » qui exercent donc leurs prérogatives « au *nom* du souverain »<sup>83</sup>.

La souveraineté interne induit la « construction d'espaces de pouvoir unifiés » et « territorialis[és] »<sup>84</sup> ; leur confrontation rompt leur isolement et laisse émerger une pluralité des souverainetés externes<sup>85</sup>. La souveraineté externe procède donc de la confrontation des souverainetés internes. Quels sont alors les contours de la souveraineté externe ? C'est sans doute chez Vattel qu'on trouve la première formalisation générale de la souveraineté de l'État en droit international<sup>86</sup>. Pour cet auteur, en ce domaine, c'est l'indépendance qui fait la souveraineté :

« Toute Nation qui se gouverne elle-même, sous quelque forme que ce soit, sans dépendance d'aucun étranger, est un État *souverain*. Ses Droits sont naturellement les mêmes que ceux de tout autre État. Telles sont les Personnes morales, qui vivent ensemble dans une Société naturelle, soumise aux Loix du Droit des Gens. Pour qu'une Nation ait droit de figurer immédiatement dans cette grande Société, il suffit qu'elle soit véritablement souveraine & indépendante, c'est-à-dire qu'elle se gouverne elle-même, par sa propre autorité & par ses Loix. »<sup>87</sup>

De fait, ce que l'indépendance exprime bien pour qualifier la souveraineté externe – et la différencier de la souveraineté interne – c'est l'idée qu'en droit international la souveraineté ne peut pas s'envisager sous la forme positive d'une puissance de commandement aux autres sujets. L'horizontalité de l'ordre international, constitué de sujets étatiques égaux, ne permet à la souveraineté que de s'exprimer sous une forme négative, elle « signifie qu'aucun pouvoir légal ne peut s'exercer sur [l'État] »<sup>88</sup>. Comme l'exprime encore Anzilotti, « L'indépendance ainsi comprise n'est, au fond, que la condition normale des États d'après le droit international : elle

---

<sup>81</sup> Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2013, 34<sup>ème</sup> éd., n° 192, p. 160.

<sup>82</sup> Denis Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2017, 7<sup>ème</sup> éd., p. 36. Il faut cependant marquer certaines réserves dans le cadre du fédéralisme, où l'absence de structure étatique rend la notion de souveraineté inopérante. Voy. sur ce point Olivier Beaud, *Théorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 37-97.

<sup>83</sup> Éric Maulin, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 1435. Sous cet aspect institutionnel, on perçoit l'« unité » de la souveraineté.

<sup>84</sup> Dieter Grimm, « La souveraineté », in Dominique Chagnollaud et Michel Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. I, Paris, Dalloz, 2012, p. 584.

<sup>85</sup> Voy. Juan-Antonio Carrillo-Salcedo, « Droit international et souveraineté des états : cours général de droit international public », *RCADI*, 1996, vol. 257, p. 60.

<sup>86</sup> Voy. Peter Haggemacher, « L'État souverain comme sujet du droit international, de Vitoria à Vattel », *Droits*, 1992, n° 16, p. 11-20.

<sup>87</sup> Emer de Vattel, *Le droit des gens*, vol. I, livre I, chap. 1, § 4, *op. cit.*, p. 18. Le même auteur poursuit plus loin : « Se gouverner soi-même à son gré, c'est l'apanage de l'indépendance. Un État souverain ne peut être gêné à cet égard, si ce n'est par des droits particuliers, qu'il aura lui-même donnés à d'autres dans ses Traités (...). Hors ce cas, un Souverain est en droit de traiter en ennemis ceux qui entreprennent de se mêler autrement que par leurs bons offices, de ses affaires domestiques. » (*ibid.*, vol. I, livre II, chap. 4, § 57, p. 300)

<sup>88</sup> Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2014, 11<sup>ème</sup> éd., p. 23.



peut être aussi bien qualifiée comme *souveraineté (suprema potestas)* ou *souveraineté extérieure*, si l'on entend par cela que l'État n'a au-dessus de soi aucune autre autorité, ce n'est celle du droit international. »<sup>89</sup> Pour Jean Combacau toutefois, l'indépendance dans l'ordre international appartient au domaine du fait (c'est une condition de l'apparition de l'État, et la souveraineté en assure la traduction juridique<sup>90</sup>), et la souveraineté internationale est davantage une « liberté » entendue comme « la faculté d'agir comme on l'entend dans les limites du droit »<sup>91</sup>. Cette distinction entre « indépendance » et « liberté » n'emporte toutefois pas d'effets décisifs dans la définition de la souveraineté externe de l'État.

**15. La question du contenu matériel de la souveraineté.** – Sur le plan de l'exercice de la souveraineté, quelle est la place des « attributs » ou des « marques » de l'État ? Existe-t-il un contenu matériel de la souveraineté formé de certains pouvoirs ? Cette question renvoie aux débats entre les approches substantielles et formelles des principes d'indivisibilité et d'inaliénabilité de la souveraineté<sup>92</sup>. Autrement dit, « [un État] peut-il renoncer à n'importe laquelle de ses compétences et contraindre ses pouvoirs quels qu'ils soient, et persister néanmoins dans sa qualité d'État (...) ? »<sup>93</sup> Pour Michel Troper, tenant d'une conception formaliste, « Tous les pouvoirs qui sont compris dans la souveraineté (...) sont parfois appelés des *attributs* de la souveraineté et l'on parle alors de puissance d'État. Cette souveraineté (...) n'est nullement indivisible et l'on peut fort bien répartir les attributs entre plusieurs autorités. »<sup>94</sup> Il justifie cette position en considérant que la puissance de l'État doit se distinguer de « l'exercice effectif des compétences », l'« essentiel [étant] qu'il soit à tout moment possible à l'État de retirer ces compétences à ceux qui les exercent. »<sup>95</sup> En conséquence, nulle difficulté pour cet auteur de transférer par exemple le pouvoir de battre la monnaie à une organisation internationale. Pour les tenants d'une conception matérielle ou substantielle de la souveraineté, il existe à l'inverse des « moyens inhérents à la puissance étatique »<sup>96</sup>. Pour Stéphane Rials, certaines prérogatives sont

---

<sup>89</sup> CPJI, Avis consultatif du 5 septembre 1931, *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, op. ind. de M. Anzilotti, Recueil, série A/B, n° 41, p. 57.

<sup>90</sup> Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, op. cit., p. 236.

<sup>91</sup> Jean Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », op. cit., p. 52.

<sup>92</sup> À propos de l'approche (matérielle) du Conseil constitutionnel face à cette question, voy. Andrea Hamann, « Sur un "sentiment" de souveraineté », *Jus Politicum*, 2018, n° 21-21, p. 187-213.

<sup>93</sup> Jean Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », op. cit., p. 57.

<sup>94</sup> Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 160.

<sup>95</sup> Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 89.

<sup>96</sup> Stéphane Rials, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international », *Archives de philosophie du droit*, 1987, t. 32, p. 212.

en ce sens « indisponibles » et « inamissibles », l'État n'étant donc aucunement tenu de « son engagement » s'il a procédé à un quelconque transfert :

« [L'État] ne saurait renoncer à l'exercice, dans le respect d'éventuels principes supérieurs, de certains moyens indisponibles propres à assurer, dans le respect de ses finalités, la conservation de sa puissance – c'est-à-dire, dans l'ordre interne, à se doter d'une capacité policière (au sens large, englobant la police administrative, plutôt préventive, et la police judiciaire, plutôt répressive) et judiciaire et à préserver sa latitude d'action dans l'élaboration, notamment, de sa réglementation sur la nationalité et les étrangers résidant sur son territoire et, concernant ses prérogatives à vocation plutôt internationale, à se doter des forces militaires utiles et des moyens de participer au commerce interétatique. »<sup>97</sup>

Stéphane Rials indique ici les moyens qu'il tient pour « indisponibles », sauf à ce qu'un État se prive de sa puissance et mette en danger sa conservation. Olivier Beaud considère de la même manière que certaines prérogatives relèvent d'une « réserve d'État », c'est-à-dire d'un « contenu indisponible » de la souveraineté, qui comprend, outre la « prérogative législative », « les moyens matériels de la puissance publique »<sup>98</sup>. L'auteur juge que « De même qu'un État ne peut renoncer à sa souveraineté militaire, sans perdre le titre d'État, de même un État ne peut renoncer à sa souveraineté monétaire ou à sa souveraineté “territoriale”, sans cesser d'être un État digne de ce nom. »<sup>99</sup> Pour ces deux auteurs, le transfert de telles prérogatives demeure envisageable dans le cadre d'un fédéralisme par agrégation, mais c'est alors le seul pouvoir constituant qui peut en réaliser l'opération<sup>100</sup>. Jean Combacau indique encore qu'« il peut y avoir, dans ce qui constitue la puissance actuelle de l'État, des éléments qui feraient partie de son concept même, et desquels ils ne pourrait se dessaisir, que ce soit par aliénation ou par suspension même momentanée ou, si ces mots ont une signification quelconque, par limitation ou par transfert. Leur indisponibilité ne tiendrait pas à un choix politique qui dessinerait quelque part une frontière entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas au regard de la souveraineté, mais à une impossibilité logique de persister dans la qualité d'État en ayant renoncé à certains éléments qui en composent le statut »<sup>101</sup>. L'on verra *infra* (cf. n° 29) que ce débat rejoint justement la question de la souveraineté du pouvoir de l'État en matière de nationalité.

---

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 467.

<sup>100</sup> Voy. Stéphane Rials, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international », *op. cit.*, p. 212, note 66 ; Olivier Beaud, « La souveraineté, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, n° 6, p. 1045.

<sup>101</sup> Jean Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *op. cit.*, p. 57.

**16. Le sens dérivé de la souveraineté » dans l'exercice du pouvoir.** – Comme l'indique Louis Dubouis, « la souveraineté n'est pas seulement une qualité de l'État mais le titre à l'exercice discrétionnaire de compétences »<sup>102</sup>. C'est la souveraineté dans un sens « technique et instrumental »<sup>103</sup> en ce que le concept ne dit rien en lui-même mais qualifie plutôt dans le discours juridique le plus haut degré de liberté de l'État dans l'exercice d'une prérogative déterminée. Autrement dit, ce sens « dérivé »<sup>104</sup> est « commode »<sup>105</sup> car il met en valeur de manière très évocatrice la discrétionnarité du pouvoir<sup>106</sup> de l'État dans un champ matériel donné. En droit interne, cette acception est bien réceptionnée, notamment par Charles Eisenmann pour qui la « souveraineté » renvoie à « la discrétionnalité totale »<sup>107</sup> ou même au « paroxysme du pouvoir discrétionnaire »<sup>108</sup>. De la même manière pour Bernard Pacteau, la discrétionnarité est « choix, indépendance et même *souveraineté*. Elle est non contrainte. »<sup>109</sup> On retrouve dans ces différentes définitions ce que le vocabulaire de l'Ancien Régime reconnaissait dans la notion d'« arbitraire » : le « pouvoir arbitraire » se définit comme « un pouvoir souverain qui n'a pour règle que la volonté de celui qui le possède. »<sup>110</sup> La souveraineté peut ainsi renvoyer dans le discours juridique à l'exercice libre et non contraint de certaines prérogatives.

**17.** Chez plusieurs auteurs importants du droit international, cette bascule sémantique de la souveraineté vers la discrétionnarité est le fruit d'une démarche scientifique née dans les années 1930 visant à éliminer l'emploi du mot « souveraineté » du langage du droit. Jules Basdevant écrit ainsi que « Assurément, si l'on donne à la souveraineté de l'État un sens absolu, si on la définit comme le pouvoir de décider d'une façon entièrement libre et sans être soumis à aucune règle, la souveraineté de l'État est incompatible avec l'existence du droit international. Telle a pu être ou peut être la conception de certains philosophes ou de certains politiques. »<sup>111</sup> De fait, et comme le reconnaît Basdevant, une telle définition absolue et illimitée de la souveraineté n'est pas le fruit des juristes qui définissent plus volontiers la souveraineté comme une

---

<sup>102</sup> Louis Dubouis, « Le juge français et le conflit norme constitutionnelle et norme européenne », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 216.

<sup>103</sup> Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>104</sup> Éric Maulin, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 1434.

<sup>105</sup> Muriel Ubéda-Saillard, « Le lien entre souveraineté et droit de punir », in SFDI, *La souveraineté pénale de l'État au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Pedone, 2018, p. 20.

<sup>106</sup> Sur la notion de pouvoir, comme le note Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 9, « lorsque la puissance est légitimée par le droit, elle devient ce qu'on appelle communément le pouvoir ». L'on s'en tiendra donc à la définition classique selon laquelle un pouvoir en droit correspond à une capacité d'édicter du droit.

<sup>107</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, vol. 2, Paris, LGDJ, 1983, p. 672.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 673.

<sup>109</sup> Bernard Pacteau, « Discrétionnarité », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 374.

<sup>110</sup> Académie française, *Dictionnaire*, Paris, Coignard, 1694, 1<sup>ère</sup> éd., p. 48.

<sup>111</sup> Jules Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1936, vol. 58, p. 578.

indépendance ou une liberté, et en aucune manière comme une capacité de se soustraire à l'application du droit. Charles Rousseau identifie les origines lointaines d'une telle acception absolutiste de la souveraineté dans la pensée de Machiavel ou de Vattel, mais il considère surtout que ce sont les droits national socialiste et soviétique qui donnent corps à une telle approche de la souveraineté en droit international dès l'entre-deux-guerres<sup>112</sup>. Dès lors, en particulier dans les années 1930, le terme même de souveraineté présente des « dangers d'ordre politique »<sup>113</sup>. Comme l'exprime Kelsen, « De même que la primauté du droit international joue un rôle capital dans l'idéologie pacifiste, la primauté du droit étatique, la souveraineté de l'État jouent un rôle capital dans l'idéologie impérialiste. »<sup>114</sup> On cherche donc à cette époque à faire disparaître la souveraineté en tant que mot, et lorsque Garner dresse les « tendances » du droit international de cette époque, il indique que l'« abandon » de la souveraineté se dessine clairement : « Dans le nouveau droit international, on devrait abandonner définitivement, à la fois, l'ancienne conception de la souveraineté et le mot lui-même (...). Dans les conditions de la vie moderne, son maintien est impossible. Dans ces conditions, l'acceptation réciproque par les États de limitations à leur liberté d'action dans l'intérêt général de la communauté des nations est manifestement essentielle pour les progrès de notre civilisation commune. »<sup>115</sup> Georges Scelle affirme ainsi en 1943 que la souveraineté perd du terrain dans la langue du droit international au profit de la notion de compétence « exclusive » ou de compétence « discrétionnaire » : « Le Droit international positif a fait (...) un progrès considérable en substituant, au moins partiellement, à l'idée de souveraineté, celle de "compétence exclusive", laquelle n'est rien autre que la compétence discrétionnaire des gouvernants »<sup>116</sup>. Dans une certaine doctrine internationaliste donc, l'effacement de la souveraineté au profit de la discrétionnarité constitue la marche du progrès en ce qu'elle réfute toute idée, même implicite, de pouvoir absolu ou illimité ; la « discrétionnarité » est sans doute préférée parce que ses origines administrativistes véhiculent les idées de légalité et d'encadrement du pouvoir<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup> Charles Rousseau, « L'indépendance de l'État dans l'ordre international », 1948, *RCADI*, vol. 73, p. 183-184.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>114</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (1962, trad. Charles Eisenmann), Paris, LGDJ, 1999, p. 331.

<sup>115</sup> James W. Garner, « Le développement et les tendances récentes du droit international », *RCADI*, 1931, vol. 35, p. 702.

<sup>116</sup> Georges Scelle, « Pouvoir étatique et droit des gens », *RDP*, 1943, vol. 59, p. 204.

<sup>117</sup> Maurice Hauriou, note sous CE, 31 janvier 1902, *Grazietti*, S., 1903, III., p. 113, en témoigne dès le début du XXe siècle : « Il n'y a pas d'actes discrétionnaires : il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'administration, qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes, et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives. (...) Il y a des actes où la question d'opportunité a plus d'importance que dans d'autres, mais il n'y a pas d'actes où, à côté de la question d'opportunité, on ne puisse soulever des questions de légalité, ou même des questions de moralité administrative ». Autrement dit, dans la pensée administrativiste, discrétionnarité et légalité sont parfaitement compatibles.

18. Suivant cette acception, la souveraineté est un certain mode d'exercice d'un pouvoir par l'État. Qualifier de « souveraine » une prérogative de l'État conduirait ainsi à considérer qu'elle relève d'une « plénitude discrétionnaire (...) qui échappe à tout contrôle »<sup>118</sup>. Toutefois, parce que le pouvoir de l'État reste soumis au droit, la souveraineté entendue comme discrétionnarité « agit dans le cadre légal »<sup>119</sup> au sens général. C'est précisément en cela que la démarche des internationalistes des années 1930 est féconde pour préciser cette conception : la souveraineté, lorsqu'elle qualifie un pouvoir particulier de l'État, ne conduit pas à le soustraire à l'empire du droit ; il s'agit seulement d'exprimer le très haut degré de liberté dont profite l'État. Un pouvoir dit « souverain » représente en ce sens le plus haut degré possible de discrétionnarité, ou la plus grande étendue de liberté possible, au profit de l'autorité qui l'exerce. C'est cette définition que l'on privilégiera dans cette étude car c'est prioritairement sur ce mode que les relations entre nationalité et souveraineté s'expriment.

## **B. L'approche dynamique des notions : quels liens ?**

19. Les notions de souveraineté et de nationalité entretiennent un lien théorique particulièrement fort, en particulier lorsqu'on prend appui sur les dimensions verticale de la nationalité (le peuple objet de la souveraineté) et horizontale de la nationalité (le peuple titulaire de la souveraineté). Les déclinaisons de la nationalité en tant que pouvoir souverain de l'État sont ainsi courantes depuis le XIXe siècle (1). Mais comment s'exprime ce lien entre les notions de souveraineté et de nationalité ? L'ensemble des discours qui lient ces notions s'appuient sur la souveraineté dans son « double sens de l'exclusivité de l'exercice et de la liberté de choix. »<sup>120</sup> Autrement dit, ce lien renvoie soit à l'exclusivité de la compétence de l'État, soit à la discrétionnarité du pouvoir de l'État<sup>121</sup> (2).

### **1. La construction du lien entre les deux notions**

20. **La liaison théorique entre les deux notions.** – Pour montrer comment le lien entre nationalité et souveraineté s'est construit d'un point de vue théorique et historique, l'on peut

---

<sup>118</sup> Charles de Boeck, « L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique », *RCADI*, 1927, vo. 18, p. 473.

<sup>119</sup> Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 474.

<sup>120</sup> Georges Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987, vol. 207, p. 384.

<sup>121</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1928, n° 15, p. 29, renvoie à ces deux idées lorsqu'il écrit : « On a toujours considéré jusqu'ici qu'un État était libre de régler à son idée la matière de la nationalité. Puisqu'il s'agit, pour lui, de déterminer sa propre substance, comment cette mission serait-elle remplie par un autre État ? »

partir des deux « dimensions » de la nationalité, la première verticale, la seconde horizontale. Or, ces deux dimensions entretiennent un lien intime avec la notion de souveraineté.

**21.** La nationalité dans sa dimension verticale fournit un *cadre d'application*<sup>122</sup> pour la souveraineté de l'État. Comme l'indique Paul Lagarde, la « dimension verticale (...) relie l'individu à l'État dont il est en quelque sorte le sujet. Ce lien politique d'allégeance avait jadis une très grande importance. Il exprimait un lien personnel, comme celui du vassal envers le suzerain, et était en principe perpétuel. Il en reste aujourd'hui une situation de subordination du national envers son État, qui se manifeste par un certain nombre d'obligations (obligation de loyalisme, obligations militaires) et qui trouve sa contrepartie dans la protection, dite diplomatique, que l'État accorde à ses nationaux à l'étranger. »<sup>123</sup> Cette première liaison apparaît avec la naissance de l'État moderne à travers la distinction faite entre les sujets du royaume et les étrangers, et continue de produire des effets aujourd'hui. Denis Baranger considère ainsi que le « “peuple” désigne avant tout l'ensemble des sujets, au sens de destinataires du droit, considérés comme formant un corps. Le fait que la souveraineté ne porte que sur un groupe déterminé d'individus conduit à reconnaître au sujet un statut de droit, qui le distingue de l'étranger. »<sup>124</sup> Comme le notent encore Jean Combacau et Serge Sur, « Un État ne peut apparaître à défaut d'une collectivité de personnes physiques susceptibles d'“incorporation” dans une personne morale (...); ce n'est qu'une fois né que l'État fera de sa population, ou de la fraction de sa population sur laquelle il jugera bon de s'attribuer ce titre particulier de compétence, ses *nationaux* »<sup>125</sup>. On retrouve bien ici la marque de Rousseau pour qui les membres de l'association sont aussi « *Sujets* comme soumis aux lois de l'État »<sup>126</sup>.

**22.** La nationalité dans sa dimension horizontale fournit quant à elle un *cadre d'imputation* pour la souveraineté. Bodin l'évoque déjà à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle lorsqu'il écrit que « le chef de famille vient à sortir de la maison » pour devenir « compagnon, pair et associé avec les autres : laissant sa famille, pour entrer en cité : et les affaires domestiques, pour traiter les publiques : et au lieu du seigneur, il s'appelle citoyen »<sup>127</sup>. Ainsi, la condition de « pair » et « associé » qui caractérisent l'horizontalité du lien se traduit par la capacité de traiter les « affaires publiques ». À une époque où les droits politiques du citoyen n'ont pas encore émergé,

---

<sup>122</sup> On emprunte la formule à Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>123</sup> Paul Lagarde, *La nationalité française*, *op. cit.*, n° 00.02, p. 2.

<sup>124</sup> Denis Baranger, *Le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 48-49.

<sup>125</sup> Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 276.

<sup>126</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, livre I, chap. 6, *op. cit.*, p. 31.

<sup>127</sup> Jean Bodin, *Les six livres de la République* (1576), livre I, chap. 6, *op. cit.*, p. 111-112.

l'affirmation reste théorique. C'est évidemment la notion de « souveraineté populaire » qui va le mieux caractériser la nationalité en tant qu'outil nécessaire au principe d'imputation de la souveraineté. Rousseau exprime cette idée avec force lorsqu'il énonce que les « associés prennent collectivement le nom de *peuple*, & s'appellent en particulier *Citoyens* comme participants à l'autorité souveraine »<sup>128</sup>. La Constitution du 24 juin 1793 formalise juridiquement cette conception en prévoyant que « le peuple souverain est l'universalité des citoyens français. »

**23.** Pour conclure sur ce point avec Jellinek, on peut résumer que le double rapport de la nationalité à la souveraineté se caractérise d'abord par la formation d'un « groupement par voie d'autorité », formé « d'éléments purement subordonnés », objet de la « puissance de commandement » (c'est la verticalité de la nationalité, cadre d'application de la souveraineté), et ensuite par la formation d'une « compagnie d'associés », formée « d'éléments purement coordonnés », élevés au rang de « membre de l'État » (c'est l'horizontalité de la nationalité, cadre d'imputation de la souveraineté)<sup>129</sup>. Cet auteur indique avec clarté que « L'élément d'autorité et l'élément associationnel sont combinés dans la corporation étatique de manière à former nécessairement un ensemble homogène »<sup>130</sup>. Il s'en déduit donc un principe d'identité entre le peuple objet de la souveraineté, et le peuple titulaire de la souveraineté. Ces liens théoriques conduisent à ce que nationalité et souveraineté soient régulièrement liés dans les discours juridiques et politiques.

**24. Généalogie du lien entre les deux notions.** – Cette liaison particulièrement forte entre ces deux notions a pu produire des conséquences sur le plan de l'analyse juridique et politique. Comme le note Federico Castro, « Le concept de nationalité (...) a si directement dépendu de la souveraineté de l'État, qu'on les a confondus dans la même évaluation. »<sup>131</sup> Olivier Beaud note plus sobrement que la nationalité est le « reflet » de la souveraineté, qu'elle en partage les « caractères »<sup>132</sup>. De fait, la littérature juridique et politique est riche des formules liant les deux notions.

**25.** C'est sans doute la sphère politique qui la première a lié souveraineté et nationalité. L'une des premières traces de cette liaison peut sans doute être identifiée dans le discours que

---

<sup>128</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, livre I, chap. 6, *op. cit.*, p. 31.

<sup>129</sup> Sur l'ensemble, voy. Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, vol. II (Théorie juridique de l'État, 1900), Paris, LGDJ, 2005, p. 38.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> Federico Castro, « La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité », *op. cit.*, p. 523.

<sup>132</sup> Voy. Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 124-125.

Ludot prononce au Tribunat en 1801 en faveur du code civil, lorsqu'il énonce les caractéristiques générales régissant l'acquisition et la perte de la qualité de Français : « L'acte qui confère la qualité de Français au nom du peuple est fondé sur le droit de souveraineté »<sup>133</sup>. L'expression se diffuse alors progressivement au cours du XIXe siècle, et on la retrouve encore lors des débats relatifs à la loi du 3 décembre 1849 sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France. Le député Jules Cardon de Montigny considère alors que « s'il était un acte important de la souveraineté », ce serait « le droit de conférer la naturalisation, la qualité de citoyen, parce qu'il touche à la loi constitutive de la nation elle-même »<sup>134</sup>. Plus tard, Camille Sée, conseiller d'État et rapporteur de ce qui deviendra la grande loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, écrit que la nationalité est « une question de souveraineté »<sup>135</sup>. Au début du XXe siècle, le député André Mallarmé, alors rapporteur de la future loi du 10 août 1927 sur la nationalité, déclare encore que « L'attribution de la nationalité est une prérogative de souveraineté »<sup>136</sup>. À la même époque, l'expression fait florès dans les cénacles internationaux, comme le montrent les travaux préparatoires de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité conclue à La Haye le 12 avril 1930, de nombreux États exprimant l'idée qu'« il ne peut y avoir de limitation au pouvoir souverain qu'ont les États de légiférer en cette matière de nationalité. »<sup>137</sup> L'expression se retrouve encore régulièrement dans la période contemporaine, le rapport de la commission Marceau Long remis en 1988 retenant par exemple que la naturalisation relève du « pouvoir d'appréciation souverain de l'État »<sup>138</sup>. Très récemment, le sénateur Philippe Bas, rapporteur du projet de loi constitutionnelle de protection de la nation, écrit que « La décision de reconnaître quelqu'un comme son national ou de le lui refuser est un acte de souveraineté. »<sup>139</sup>

**26.** Dans la littérature juridique, la formule se développe plus tardivement. Despagnet écrit ainsi en 1886 que chaque loi est « formelle et souveraine » pour régler le droit de la nationalité, et plus généralement que « chaque législateur est maître absolu pour régler comme il l'entend

<sup>133</sup> Recueil Fenet, t. VII, p. 324.

<sup>134</sup> Assemblée Nationale, séance du 20 novembre 1849, in *Moniteur universel*, 22 novembre 1849, p. 3739.

<sup>135</sup> Camille Sée, Rapport du Conseil d'État, 31 mars 1883, in Sénat, *Impressions* (n° 65), vol. II, Paris, Mouillot, 1884, p. 205.

<sup>136</sup> JORF, Ch. des Dép, débats, 31 mars 1927 (1ère séance), p. 1100.

<sup>137</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), 1930, Genève, n° C. 351 (a). M. 145 (a)., p. 23.

<sup>138</sup> Commission de la nationalité, *Être Français aujourd'hui et demain*, vol. II, Paris, La documentation française, 1988, p. 145.

<sup>139</sup> Philippe Bas, *Rapport sur le projet de loi de protection de la nation*, Sénat, session ordinaire 2015-2016, 9 mars 2016, n° 447, p. 60.



l'acquisition ou la perte de la nationalité dans son pays »<sup>140</sup>. Charles Delessert considère quant à lui que la nationalité « qui rattache et enchaîne l'homme à une collectivité étatique (...) est bien le résultat d'un acte de souveraineté de l'autorité publique. »<sup>141</sup> Dans les années 1930, Jacques Maury souscrit à l'idée que la nationalité est « un lien entre l'individu et l'État, l'appartenance permanente, constitutionnelle d'un individu donné à un État donné ; elle traduit la souveraineté personnelle de l'État »<sup>142</sup>. Encore aujourd'hui, l'usage de lier les deux notions n'est pas moins courant. Cela ressort notamment des divers travaux des meilleurs spécialistes de la nationalité. Hugues Fulchiron écrit ainsi qu'« Il appartient à chaque État de déterminer quels sont ses nationaux. C'est là une question de souveraineté »<sup>143</sup>, Étienne Patout évoque le « bastion de souveraineté étatique qu'est le droit de la nationalité »<sup>144</sup>, Fabien Marchadier qu'« Il est difficile de contraindre les États [en droit de la nationalité.] dans un domaine qui s'inscrit au cœur de leur souveraineté »<sup>145</sup>, Jean-Yves Carlier et Sylvie Saolea considèrent que « La nationalité est l'expression même de la souveraineté »<sup>146</sup>, etc. Les derniers travaux de thèse sur la question de la nationalité rendent encore compte des usages de ces deux notions. Amélie Dionisi-Peyrusse évoque ainsi « le principe de détermination souveraine de la nationalité »<sup>147</sup>,

---

<sup>140</sup> Frantz Despagne, *Précis de droit international privé*, Paris, Larose et Forcel, 1886, n° 114, p. 123. On trouve une expression plus ramassée dans la 5<sup>ème</sup> édition revue et augmentée par Charles de Boeck qui écrit désormais « la loi est souveraine pour régler l'attribution ou la perte de la nationalité », in Frantz Despagne et Charles de Boeck, *Précis de droit international privé*, 1909, 5<sup>ème</sup> éd., n° 110, p. 368).

<sup>141</sup> Charles Delessert, *L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique*, Lausanne, La Concorde, 1924, p. 40.

<sup>142</sup> Jacques Maury, « Nationalité (Théorie générale) », in Albert de Lapradelle et Jean-Paulin Niboyet (dir.), *Répertoire de droit international*, vol. IX, Paris, Dalloz, 1931, n° 22, p. 255.

<sup>143</sup> Hugues Fulchiron, *La nationalité française*, Paris, PUF, 2000, p. 26. Voy. plus récemment du même auteur, « Les enjeux contemporains du droit français de la nationalité à la lumière de son histoire », *Pouvoirs*, 2017, n° 1, p. 16 : « Bien sûr, la nationalité constitue une prérogative essentielle de l'État : elle est l'expression même de la souveraineté puisqu'elle détermine la population constitutive de l'État. »

<sup>144</sup> Étienne Patout, « Les conflits de nationalités face au droit de l'Union », *Rev. crit. DIP*, 2018, n° 2, p. 241 ; « Citoyenneté européenne », *RTDE*, n° 3, 2010, p. 623. L'expression est courante, on la retrouve d'ailleurs chez Roger Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 1992, p. 180 : « *setting citizenship is the last bastion of sovereignty* », chez Jean-François Flauss, « La sauvegarde des droits politiques des doubles nationaux », *RTDH*, 2009, p. 860 : la nationalité est l'« un des derniers bastions de la souveraineté », ou encore chez Hugues Fulchiron, « Réflexions sur les évolutions récentes du droit de la nationalité en Europe », *Réalisation et défis de l'Union européenne : mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 291, qui note que le droit de la nationalité est le « [b]astion traditionnel de la souveraineté étatique ».

<sup>145</sup> Fabien Marchadier, « L'eupéanisation du droit à la nationalité », in Stéphane Doumbé-Billé, *La régionalisation du droit international*, Bruxelles Bruylant, 2012, p. 362. Voy. également l'article « Nationalité » écrit par cet auteur avec Amélie Dionisi-Peyrusse, in Pascal Mbongo, François Hervouët et Carlo Santulli (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Paris, Berger-Levrault, 2014, p. 657 : la nationalité est une « compétence souveraine ».

<sup>146</sup> Jean-Yves Carlier et Sylvie Saroléa, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 264, p. 258. Voy. déjà dans leur ouvrage collectif, Bernadette Renaud, « Le Code de la nationalité belge. Présentation synthétique et développements récents », in Jean-Yves Carlier et Sylvie Saroléa (dir.), *Droit des étrangers et nationalité*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 12 : vis-à-vis des États, la nationalité est « un élément fondamental de leur souveraineté, éléments dont ils sont, traditionnellement, fort jaloux. »

<sup>147</sup> Amélie Dionisi-Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Defrénois, 2008, n° 155, p. 57.

et Anne-Virginie Madeira mentionne le « caractère souverain du choix de l'État dans la détermination du national »<sup>148</sup>.

27. Les juges français ont par ailleurs tôt consacré cette liaison, exprimée avec une grande clarté dans un célèbre jugement du Tribunal civil de la Seine, rendu en 1917 : « les lois qui règlent la nationalité intéressent au premier chef l'existence et la conservation de l'État ; qu'elles font partie du droit public des nations, sont souveraines et excluent toutes lois étrangères »<sup>149</sup>. À la même époque, le Conseil d'État note d'ailleurs que le gouvernement « décide souverainement »<sup>150</sup> du prononcé des mesures de déchéance de nationalité. Ambroise Colin, conseiller près la Cour de cassation, écrit ainsi sans difficulté en 1921 que « les règles relatives à la détermination des individus auxquels appartient ou n'appartient pas la nationalité française (...) ont trait à l'assiette et à la constitution de la souveraineté. »<sup>151</sup> Ces formules se sont toutefois perdues et on ne les retrouve plus dans la jurisprudence récente. En revanche, le gouvernement recourt encore très régulièrement à la liaison de la nationalité et de la souveraineté. Par voie de circulaire, on trouve en 1952 la mention selon laquelle en droit de la nationalité, « C'est en effet en vertu d'un droit de souveraineté que le Gouvernement prend une décision dans chaque cas particulier. »<sup>152</sup> Plus récemment, dans une circulaire du 18 septembre 2015 émise par la chancellerie, la « nationalité » y est considérée comme « un élément essentiel de (...) [la] souveraineté [de la puissance publique] »<sup>153</sup>. Le ministre des affaires étrangères émet encore l'idée en 2017, suite à une question parlementaire, que la nationalité est « une manifestation de l'identité et de la souveraineté de cet État. »<sup>154</sup> Mais que ces discours expriment-ils du point de vue du droit ?

---

<sup>148</sup> Anne-Virginie Madeira, *Nationaux et étrangers en droit public français*, thèse, Paris, 2015, p. 20.

<sup>149</sup> Tribunal de la Seine, 7 février 1917, *T. c. Préfet de la Seine*, in *Revue de droit international privé*, p. 266. La formule est sans doute inspirée d'un article de Julien Pillaut, « Du caractère politique de la notion de nationalité », *Revue de droit international privé*, 1916, p. 15, publié l'année précédente : « L'État n'existant que par les individus qui le composent, se considère comme libre de régler comme il l'entend la matière de la nationalité, non seulement en vertu de son droit général de souveraineté, mais en raison de la nécessité d'assurer son existence et sa conservation (...) ».

<sup>150</sup> CE, 7 juillet 1916, n° 60.033, *Dreifuss*, Lebon p. 278.

<sup>151</sup> Ambroise Colin, Note sous Cass., ch. réun., 2 février 1921, affaires *Colom et Kroll, D.*, 1921, I, p. 2.

<sup>152</sup> Circulaire n° 93 du 23 avril 1952 relative à l'instruction des demandes de naturalisation et de réintégration, in Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, Paris, Sirey, 1956, n° 435, p. 178.

<sup>153</sup> Circulaire du 18 septembre 2015 relative au contentieux de la nationalité, n° JUSC1522457C, BOMJ n° 2015-09 du 30 septembre 2015, p. 1.

<sup>154</sup> JORF, Sénat, questions, 16 mars 2017, p. 1081.

## 2. L'expression du lien entre les deux notions

**28. La nationalité en tant que compétence exclusive de l'État.** – La nationalité peut d'abord être liée à la souveraineté en tant qu'elle est une compétence « exclusive » de l'État. L'exclusivité, notion de droit international public, renvoie alors très classiquement à l'idée d'un « pouvoir appartenant à un État que celui-ci ne partage avec aucun autre État, avec aucune organisation internationale et pour l'exercice duquel il n'est lié par aucune règle de droit international. »<sup>155</sup> C'est le fameux article 15 § 8 du Pacte de la Société des Nations qui consacre cette notion en excluant que le Conseil de cette organisation puisse proposer une « solution » à un « différend port[ant] sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive » d'un État partie – on reconnaît ici ce que la doctrine a rapidement appelé le « domaine réservé »<sup>156</sup>. Dès les premières interprétations de cet article – dès que l'on essaiera de déterminer matériellement ce qui relève de la compétence exclusive de l'État –, la nationalité sera évoquée. Le président américain Woodrow Wilson est ainsi l'un des premiers à fixer une « doctrine » particulièrement claire, alors qu'il s'exprime devant le Sénat américain, en considérant que l'immigration, les tarifs douaniers et la naturalisation devaient relever de la *domestic jurisdiction* au sens de l'article 15 § 8<sup>157</sup>. La Cour permanente de Justice internationale confirme quelques années plus tard cette interprétation dans l'affaire des décrets, jugeant alors que « dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans ce domaine réservé »<sup>158</sup>. Simon Rundstein écrit ainsi en 1926 que « c'est dans le domaine [de la nationalité] que les principes de la souveraineté trouvent leur application la plus certaine. »<sup>159</sup>

**29.** Encore aujourd'hui, la souveraineté en droit de la nationalité est souvent entendue comme une expression de l'exclusivité de la compétence de l'État. Dans leur récent manuel,

---

<sup>155</sup> Voy. « compétence exclusive », in Jules Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 135.

<sup>156</sup> Voy. Nicolas Politis, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, 1925, vol. 6, p. 43-59.

<sup>157</sup> Voy. la déclaration du Président Wilson devant le Committee on Foreign Relations du Sénat le 19 août 1919 : « The United States was by no means the only Government interested in the explicit adoption of this provision, and there is no doubt in the mind of any authoritative student of international law that such matters as immigration, tariffs, and naturalization are incontestably domestic questions with which no international body could deal without express authority to do so. No enumeration of domestic questions was undertaken because to undertake it, even by sample, would have involved the danger of seeming to exclude those not mentioned. », voy. US Congress, Treaty of Peace with Germany. Hearings before the Committee on Foreign Relations, US Senate, 66<sup>th</sup> Congress, 1<sup>st</sup> Session, 1919, in Senate Document, n° 106, Washington, Government Printing Office, 1919, p. 501.

<sup>158</sup> CPJI, avis, 7 février 1923, Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, série B, n° 3, p. 24.

<sup>159</sup> Simon Rundstein, « League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law », *AJIL*, 1926, vol. 20, n° 3, p. 23.

Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup et Ségolène Barbou des Places intitulent un sous-titre « Nationalité et souveraineté de l'État »<sup>160</sup>, pour renvoyer en réalité à « l'exclusivité »<sup>161</sup> de la compétence de l'État. De fait, en France, la question est régulièrement abordée sous l'angle de la construction européenne. Une certaine réflexion, si ce n'est parfois une certaine « angoisse »<sup>162</sup>, gagne en effet la doctrine juridique qui cherche à déterminer les effets de la construction européenne sur l'exercice par l'État de ses prérogatives en matière d'octroi et de perte de la nationalité. Le constat est alors régulièrement fait : la compétence de l'État en droit de la nationalité demeure souveraine en ce que son caractère exclusif n'a pas été remis en cause par les traités européens. La commission de la nationalité présidée par Marceau Long l'affirme dès 1988 :

« Le traité de Rome ne comporte aucune disposition relative à l'attribution, à l'acquisition ou à la perte de la qualité de national d'un État membre. La détermination de celle-ci reste de la *compétence exclusive des États membres* et demeure un attribut de leur souveraineté qu'ils n'ont ni abandonné ni limité au profit de la Communauté. »<sup>163</sup>

La consécration de la citoyenneté européenne depuis le traité de Maastricht a-t-elle fait évoluer ce constat ? La réponse est résolument négative. Comme le note Étienne Pataut, « la règle classique du droit international public selon laquelle la nationalité relève de la compétence exclusive de chacun des États n'a jamais été remise en cause et reste aujourd'hui encore affirmée avec la plus grande vigueur, même après l'introduction de la citoyenneté européenne. »<sup>164</sup> Cela ne signifie toutefois pas que le droit de l'Union européenne est sans influence sur le droit de la nationalité (voy. *infra* n<sup>os</sup> 544 s. et 824 s.). Il n'en demeure pas moins que pour les tenants d'une approche matérielle de la souveraineté, le transfert de tout ou partie de la compétence de l'État en droit de la nationalité à une organisation internationale, ou à une entité supranationale dans le cadre d'un fédéralisme par association, conduirait à une perte de la souveraineté de l'État – tel est notamment la position de Stéphane Rials (voy. *supra* n<sup>o</sup> 15). L'exclusivité de la compétence de l'État en matière de nationalité est alors la condition de sa souveraineté<sup>165</sup>.

---

<sup>160</sup> Voy. Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup et Ségolène Barbou des Places. *Droit de la nationalité et des étrangers*, *op. cit.*, p. 51-61.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>162</sup> Jean-Yves Carlier, « Les statuts juridiques alternatifs ou complémentaires à la nationalité », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 308.

<sup>163</sup> Commission de la nationalité, *Être Français aujourd'hui et demain*, vol. II, *op. cit.*, 1988, p. 181.

<sup>164</sup> Étienne Pataut, « Les conflits de nationalités face au droit de l'Union », *Rev. crit. DIP*, 2018, n<sup>o</sup> 2, p. 241. Dans le même sens, voy. Paul Lagarde, « Les compétences de l'État en matière d'octroi et de déchéance de la nationalité », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 91.

<sup>165</sup> Une telle approche est niée par les tenants d'une conception formaliste pour qui il n'existe pas de compétence exclusive « par nature », et qu'ainsi la compétence de l'État en droit de la nationalité pourrait être transférée sans que l'État mette en danger son existence. Voy. en ce sens Hans Kelsen, « Théorie du droit international public »,

**30. La nationalité en tant que pouvoir discrétionnaire de l'État.** – La nationalité peut ensuite être liée à la souveraineté en tant qu'elle est un pouvoir « discrétionnaire » de l'État. C'est sans doute le sens le mieux connu et le plus usuel du lien entre ces deux notions. Cette conception est largement partagée dans la doctrine juridique de langue française et anglaise, mais aussi hors du domaine juridique comme l'attestent les positions de certains philosophes, historiens et sociologues.

**31.** La littérature internationaliste est sans doute celle qui croise le plus régulièrement les notions de nationalité, souveraineté et discrétionnarité. Niboyet écrit ainsi en 1928 à propos de la naturalisation que « c'est un acte *souverain* ou discrétionnaire de la puissance publique qui reste toujours libre de l'accorder ou de la refuser sans avoir à justifier de ses motifs. »<sup>166</sup> Au-delà de la naturalisation, à la même époque, Pierre Louis-Lucas écrit volontiers qu'« En l'état actuel des mœurs juridiques, il y aurait une atteinte à la souveraineté du pays, si le pays ne pouvait pas déterminer à sa convenance les personnes qu'il considère comme seuls unies à lui par le lien intime et fort de la nationalité »<sup>167</sup> – ce qui renvoie là-encore aux idées de liberté et de discrétionnarité. Plus récemment, Joe Verhoeven écrit que « la nationalité manifeste une prérogative souveraine de l'État, ce qui explique que celui-ci soit maître des conditions qui en déterminent l'octroi ou le retrait. »<sup>168</sup> De manière plus évocatrice encore, René-Jean Dupuy écrit que « La souveraineté est discrétionnaire : dans les matières les plus diverses, l'État fixe comme il l'entend son attitude à l'égard des autres », en particulier dans le domaine des « règles de sa nationalité »<sup>169</sup> Les mêmes formules se retrouvent de longue date dans la littérature de langue anglaise. Oppenheim, dans la première version de son célèbre traité écrit que les modes de perte de la nationalité sont « laissés à la discrétion des différents États »<sup>170</sup>. Aujourd'hui, la nationalité est régulièrement associée au concept de « *sovereign discretion* », qui synthétise en

---

*RCADI*, 1953, vol. 84, p. 112 : « En fait il n'existe aucune matière qui par sa nature même serait réservée au droit national et ne pourrait être réglée par le droit international, aucune matière rentrant exclusivement dans la compétence de l'État et ne pouvant être réglée par une norme générale ou individuelle du droit international, aucune matière ne pouvant faire l'objet d'une obligation établie par une telle norme. Le droit international peut régler n'importe quelle matière, même celles qui sont normalement réglées par le droit national, comme par exemple la forme du gouvernement, l'acquisition ou la perte de la nationalité (...). »

<sup>166</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, *op. cit.*, n° 125, p. 160. La formule évolue dix années plus tard à l'occasion de la publication de son *Traité* : « [la naturalisation] ne constitue pas un droit mais une faveur : elle est un acte *discrétionnaire* de l'État qui reste toujours libre de l'accorder ou de la refuser sans avoir à justifier de ses motifs. » (Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, I, Paris, Sirey, 1938, n° 227, p. 263.)

<sup>167</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française. Droit positif et Conflits de loi*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>168</sup> Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 138.

<sup>169</sup> René-Jean Dupuy, *Le droit international*, Paris, PUF, 2001, 12<sup>ème</sup> éd., p. 40.

<sup>170</sup> Lassa Oppenheim, *International law : a treatise*, vol. 1, Londres, Longmans et Green, 1905, p. 355.

une formule l'idée de la liberté de l'État dans le domaine de la nationalité, en particulier chez David Baluarte<sup>171</sup> ou Peter Spiro<sup>172</sup>.

**32.** Hors du domaine juridique, plusieurs auteurs établissent le même lien entre nationalité, souveraineté et discrétionnarité. Le philosophe Paul Ricœur dans un texte posthume publié en 2006 écrit ainsi que « rien n'est plus absolu que la souveraineté reconnue aux États d'attribuer ou de refuser leur nationalité »<sup>173</sup>, notant plus loin « Le caractère discrétionnaire de l'admission à la nationalité, l'absence de limites à la souveraineté de l'acte politique d'accueil »<sup>174</sup>. L'historienne Claire Zalc quant à elle considère que les naturalisations sont un « Enjeu crucial de souveraineté » et qu'en ce sens elles « relèvent alors largement du pouvoir discrétionnaire du gouvernement. »<sup>175</sup> Dans le champ de la sociologie, Sarah Mazouz écrit de la même manière que « la naturalisation relève du pouvoir discrétionnaire et souverain de l'État »<sup>176</sup>. La diffusion du terme est donc remarquable en ce qu'elle a quitté le domaine strictement juridique pour gagner d'autres disciplines.

**33.** Entre ces deux acceptions – la nationalité en tant que compétence exclusive, et la nationalité en tant que pouvoir discrétionnaire –, seule la discrétionnarité se trouve aujourd'hui structurellement atteinte. Comme le relève Fabien Marchadier, « La compétence étatique conserve peut-être un caractère d'exclusivité, mais elle perd son caractère discrétionnaire. »<sup>177</sup> C'est donc ce rapport entre nationalité, souveraineté, sous l'angle de la liberté ou de la discrétionnarité du pouvoir de l'État, qui fera l'objet de cette étude, en particulier parce qu'il présente l'intérêt scientifique et pratique le plus immédiat.

## § 2. Le questionnement du lien entre nationalité et souveraineté

**34.** Après avoir établi les relations entre nationalité et souveraineté, il convient désormais de questionner ce lien. Renvoie-t-il toujours à la réalité du droit positif ? La réponse à cette

---

<sup>171</sup> Voy. David C. Baluarte, « The Risk of Statelessness : Reasserting a Rule for the Protection of the Right to Nationality », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2017, vol. 19, n° 1, p. 55.

<sup>172</sup> Voy. Peter Spiro, « Citizenship, nationality, and statelessness », in Vincent Chetail et Céline Bauloz (dir.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2014, p. 281 ; « A New International Law of Citizenship », *AJIL*, 2011, vol. 105, n° 4, p. 714.

<sup>173</sup> Paul Ricœur, « La condition d'étranger », *Esprit*, 2006, n° 3, p. 265.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 266.

<sup>175</sup> Claire Zalc, « La naturalisation acte ou vecteur d'intégration ? Retour sur l'histoire du débat dans le premier XXe siècle », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, p. 24.

<sup>176</sup> Sarah Mazouz, « Politiques de la délégitimation : de la remise en cause de la double nationalité au projet d'extension de la déchéance de nationalité », *Mouvements*, 2016, n° 88, p. 21.

<sup>177</sup> Fabien Marchadier, « L'eupéanisation du droit à la nationalité », in Stéphane Doumbé-Billé, *La régionalisation du droit international*, Bruxelles Bruylant, 2012, p. 367.

question sera l'occasion de livrer les différents paramètres de cette étude : son intérêt, sur les plans scientifique et pratique (A) ; sa délimitation matérielle, spatiale et temporelle ainsi que sa méthodologie (B) ; et, pour terminer, sa problématique et son plan (C).

### **A. L'intérêt de l'étude, à la croisée du scientifique et du politique**

**35.** Cette étude présente un intérêt sur deux plans. D'abord sur le plan scientifique, il manque encore dans la littérature juridique un travail d'ensemble couvrant les rapports entre nationalité et souveraineté par le prisme du pouvoir de l'État. L'intérêt d'une telle étude est d'ailleurs renforcé par le fait que la nationalité conserve à ce jour une importance matricielle dans l'ordre juridique étatique, loin du « déclin » souvent diagnostiqué en droit privé (1). Ensuite sur le plan pratique, la technicité voire l'obscurité de la nationalité rendent pertinente une étude et une systématisation des prérogatives de l'État en la matière, notamment à l'heure où l'autorité publique semble elle-même manquer de précision et de maîtrise quant à l'étendue de son pouvoir en droit de la nationalité (2).

#### **1. L'intérêt scientifique**

**36. L'absence d'étude des relations entre nationalité et souveraineté.** – L'on sera concis sur ce point : l'état de la littérature montre l'absence de travail monographique sur la question de l'étendue du pouvoir l'État en droit de la nationalité. Dans la littérature française, la nationalité fait l'objet de peu d'ouvrages qui lui sont entièrement dédiés. De fait, la nationalité dès le XIXe siècle fait l'attention des civilistes qui commentent « dans l'ordre du code » les dispositions de la législation civile qui sont consacrées à la qualité de Français. Mais le dépassement de la méthode exégétique éloigne progressivement la nationalité du droit civil au profit quasi exclusif du droit international privé. La nationalité est en effet un outil au service du règlement des conflits de loi et de juridiction, ce qui conduit nécessairement les internationalistes privatistes à en faire l'étude en prélude à l'examen des règles régissant les conflits. Cette tradition s'établit dès le XIXe siècle et perdure encore aujourd'hui. Les internationalistes publicistes s'intéressent également à la nationalité, notamment en ce qu'elle permet de déterminer la population constitutive d'un État, et qu'elle sert de critère à l'État pour exercer sa compétence personnelle, en particulier dans le cadre de la protection diplomatique. Les constitutionnalistes n'ont en revanche guère étudié la question, si ce n'est sous l'angle de la théorie de l'État et de la Fédération. Les travaux monographiques prenant comme objet exclusif la nationalité sont

plus rares, même si le rythme de publication tend à s'accélérer dans la période contemporaine<sup>178</sup>.

**37.** Sur l'ensemble de ces études, aucun travail monographique n'a directement et intégralement porté sur les relations entre nationalité et souveraineté, c'est-à-dire sur la supposée discrétionnarité (ou liberté) du pouvoir de l'État au regard du droit positif. En particulier, au regard des derniers travaux de thèse menés en droit de la nationalité, la thèse d'Amélie Dionisi-Peyrusse vise justement à dépasser l'approche de la nationalité par la souveraineté de l'État pour lui substituer une détermination objective qui échapperait à l'État<sup>179</sup>. Les travaux d'Anne-Virginie Madeira, dont la thèse est moins perceptible, portent davantage sur la distinction entre les nationaux et les étrangers en droit public, et en particulier sur les différentes conceptions théoriques de la nationalité. Il y a donc une lacune dans l'analyse juridique que cette étude se propose de contribuer à combler en questionnant la positivité de la relation entre nationalité et souveraineté.

**38. La pertinence et l'actualité des fonctions de la nationalité en droit public.** – Une étude inédite serait bien entendu dépourvue d'intérêt si elle portait sur une notion ne présentant plus de pertinence scientifique<sup>180</sup>. Or, à ce titre, force est de constater que plusieurs auteurs font

---

<sup>178</sup> On se bornera ici à citer les plus importants, puis les plus récents (pour les références complètes, voy. la bibliographie) : le traité de Georges Cogordan, avec deux éditions en 1879 et 1890 ; l'ouvrage d'Albert de Lapradelle sur la Nationalité d'origine publié en 1893 ; les deux éditions du manuel de Rouard de Card en 1893 et 1922 ; le manuel de Louis-Lucas publié en 1929 ; les contributions de Maury dans le Répertoire de droit international publié en 1931 ; l'ouvrage collectif de l'institut de droit comparé de la faculté de droit de Paris édité en 1933 ; le manuel de Boulbès publié en 1956 ; les quatre éditions du manuel de Paul Lagarde publiées en 1975, 1989, 1997 et 2011 ; la thèse de Benoit Guiguet sur la nationalité et la citoyenneté soutenue en 1997 ; le manuel d'Hugues Fulchiron édité en 2000 ; le manuel de Jean-Philippe Thiellay et ses trois éditions en 2000, 2005 et 2011 ; la thèse de Serge Slama soutenue en 2003 ; la thèse d'Amélie Dionisi-Peyrusse soutenue en 2005 et publiée en 2008 ; l'ouvrage collectif de la société française pour le droit international portant sur le droit international et la nationalité, publié en 2012 ; l'ouvrage collectif dirigé par Marie-Pierre Lanfranchi, Olivier Lecucq et Dominique Nazet-Allouche portant sur la nationalité et la citoyenneté dans une perspective comparée, publié en 2012 ; l'essai d'Étienne Pataut publié en 2014 ; et la thèse d'Anne-Virginie Madeira soutenue en 2015 et publiée en 2018. Il faut ajouter à cette liste les principales études de Margerite Vanel, Roger Brubaker, Patrick Weil et Gérard Légier. On constate donc sur les vingt dernières années un regain d'intérêt scientifique pour la matière, dont témoigne encore plusieurs colloques d'envergure organisés ces dix dernières années et portant principalement sur la nationalité : « le droit international et la nationalité » organisé par la société française pour le droit international en 2011 ; « la nationalité en guerre » organisé par les archives nationales et le musée de l'histoire de l'immigration en 2015 ; « la nationalité au carrefour des droits » organisé par les universités du Mans et de Rennes 1 en 2017 ; et « la nationalité, enjeux et perspectives » organisé par l'Université de Rouen en 2017.

<sup>179</sup> D'ailleurs, dans sa préface, Patrick Courbe relève que la nationalité est un « domaine de la science juridique où il n'existe plus de thèse soutenue depuis plusieurs décennies », in Amélie Dionisi-Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Defrénois, 2008, p. v.

<sup>180</sup> La question de sa pertinence politique ne sera pas abordée ici. Pour de récents débats sous forme de controverse doctrinale, voy. Yves Lequette, « La nationalité française dévaluée », *L'avenir du droit : mélanges en hommages à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 349-392 ; Étienne Pataut et Florence Bellivier, « L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré », *Rev. crit. DIP*, 1999, n° 4, p. 903-910 ; Yves Lequette, « Compte rendu du compte rendu de l'*Avenir du droit* », *Rev. crit. DIP*, 1999, n° 4, p. 911-920.



mention de la « crise »<sup>181</sup> de la nationalité, ou du « déclin »<sup>182</sup> de cette notion, en se basant sur le recul des fonctions de la nationalité dans les domaines du droit international privé<sup>183</sup>, du droit de l'Union européenne<sup>184</sup>, et plus généralement sur son incompatibilité avec la logique universaliste des droits de l'homme<sup>185</sup>, par exemple dans le domaine de la protection sociale<sup>186</sup>. S'il est vrai que les fonctions de la nationalité sont contingentes, qu'elles peuvent parfaitement reculer voire disparaître, il n'en demeure pas moins que dans plusieurs champs disciplinaires liés au droit public, la nationalité continue d'assurer des fonctions de premier plan.

**39.** Pour étudier cette question, il faut dire un mot au préalable de la contingence des fonctions de la nationalité. Hans Kelsen forme une célèbre critique de la nationalité en considérant que celle-ci n'est absolument pas « essentielle à l'État ». Voilà ce que l'auteur écrit en 1926 :

« La nationalité est sans doute une institution générale des États modernes, mais elle n'est pas non plus essentielle à l'État. Il n'y a pas d'État sans sujets ; il peut y en avoir sans nationaux. Et ainsi, l'étranger, dans la mesure où il est soumis aux règles étatiques, est partie du peuple. Même s'il est sans droits, mais non sans obligations. Le peuple ne se compose nullement des seuls nationaux ; ceux-ci forment seulement, au sein de ce peuple, un groupe d'individus munis de droits et grevés d'obligations particulièrement nombreux. »<sup>187</sup>

Kelsen confirme et développe la même idée quelques années plus tard, en 1929, en établissant la liste de ces droits et obligations propres aux nationaux, mais dont l'établissement n'est aucunement nécessaire à la conservation de l'État :

« Au fond [le rôle de la nationalité] consiste en ceci : discriminer parmi les habitants du territoire soumis à l'autorité de l'État, parmi les sujets, ceux qui doivent seuls participer à la formation de la volonté étatique, c'est-à-dire avoir des droits politiques, avoir droit de séjourner sur le territoire de l'État, droit à la protection par les agents diplomatiques de l'État à l'étranger et être soumis même contre leur volonté à l'obligation du service militaire. Cette distinction des sujets en nationaux et non-nationaux n'est aucunement liée à l'existence de l'État comme

---

<sup>181</sup> Voy. Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup et Ségolène Barbou des Places. *Droit de la nationalité et des étrangers*, Paris, PUF, 2015, n<sup>os</sup> 46 et s., p. 37 et s.

<sup>182</sup> Voy. l'essai éponyme d'Étienne Pataut, *La nationalité en déclin*, Paris, Odile Jacob, 2014, 101 p.

<sup>183</sup> Voy. déjà René Cassin, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », 1930, vol. 34, n<sup>o</sup> 99, p. 801.

<sup>184</sup> Voy. Étienne Pataut, *La nationalité en déclin*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 58 ; Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2008, 3<sup>ème</sup> éd., p. 225-226 ; Serge Slama, *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, op. cit., p. 592 et s.

<sup>185</sup> Voy. Danièle Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, p. 167-203.

<sup>186</sup> Voy. Jean-François Flauss, « L'étranger entre souveraineté nationale et droits de l'homme. Les principes en droit international », in Jean-Yves Carler (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 68-74 ; Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup et Ségolène Barbou des Places. *Droit de la nationalité et des étrangers*, op. cit., n<sup>o</sup> 62, p. 47-48 ; Lola Isidro, *L'étranger et la protection sociale*, Paris, Dalloz, 2017, n<sup>os</sup> 226-286, p. 178-235 ; Amélie Dionisi-Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, op. cit., n<sup>os</sup> 454-472, p. 173-178.

<sup>187</sup> Hans Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, vol. 43, p. 607. Il s'agit d'un abrégé de l'*Allgemeine Staatslehre* éditée en 1925 chez Springer (Berlin) et dont Charles Eisenmann assure la traduction.

tel. On ne peut la déduire de l'essence de l'État. (...) Un État sans sujets, c'est-à-dire à l'autorité duquel personne ne serait soumis, est inconcevable, car ce sont ces sujets qui forment la population, qui est, comme on l'exprime, d'ordinaire, un élément essentiel de l'État. Au contraire, un État sans "nationaux", c'est-à-dire dont certains sujets ne jouiraient pas des privilèges et ne seraient pas tenus des obligations que l'on a indiquées, est parfaitement concevable. »<sup>188</sup>

Ce que Kelsen exprime ici *in fine*, c'est le renoncement possible à la distinction entre population au sens large, et peuple au sens étroit. Un État a besoin pour exister que son ordre de contrainte puisse se projeter non seulement sur le plan territorial, mais aussi sur le plan personnel. Nul besoin en revanche selon cet auteur que la législation prévoie, parmi les individus présents sur le sol national et soumis à l'ordre étatique (la « population » au sens large), un groupe particulier auquel serait conféré certains droits et obligations particuliers (le « peuple » au sens étroit)<sup>189</sup>. Cette pensée est constante chez l'auteur qui la réitère dans ses écrits de théorie de droit<sup>190</sup> et de théorie politique<sup>191</sup>. Il rejoint et développe ainsi une position relativiste et formaliste déjà exprimée par Laband<sup>192</sup> et Isay<sup>193</sup>.

**40.** Dans le domaine du droit public, et plus particulièrement dans les domaines « régaliens » ou de « souveraineté », la nationalité conserve une grande force discriminante, qui n'est guère remise en cause : les droits politiques et les droits territoriaux<sup>194</sup> sont encore exclusivement réservés aux ressortissants nationaux – ils constituent des « privilèges »<sup>195</sup> pour reprendre l'expression de Serge Slama. Les droits politiques, dans toute leur étendue, demeurent l'apanage exclusif du national. Bien sûr, le principe démocratique, dans une approche territoriale,

---

<sup>188</sup> Hans Kelsen, « La naissance de l'État et la formation de sa nationalité. Les principes. Leur application au cas de la Tchécoslovaquie », *Revue de droit international*, 1929, vol. 4, p. 636.

<sup>189</sup> En ce sens, voy. Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 116-122, spéc. p. 121.

<sup>190</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (1962, trad. Charles Eisenmann), *op. cit.*, p. 282 ; *Théorie générale du droit et de l'État* (1945), Paris, LGDJ, 1997, p. 291.

<sup>191</sup> Hans Kelsen, *La démocratie* (1932), Paris, Dalloz, 2004, p. 17 : « Et le privilège que fonde l'institution de la nationalité apparaît comme allant absolument de soi parce que – par une erreur qui n'a pas pour moindre cause la tendance indiquée à restreindre les droits politiques – on tient cette institution pour inhérente à la notion même d'État. Cependant, l'évolution constitutionnelle la plus récente montre que le lien entre les droits politiques et la nationalité n'a rien de nécessaire. »

<sup>192</sup> Paul Laband, *Le droit public de l'Empire allemand* (trad. C. Gandilhon, revue par l'auteur), vol. I, Paris, Giard & Brière, 1900, 2<sup>ème</sup> éd., p. 281 : « Tout État unitaire peut aussi établir légalement ce principe que toutes les limitations de droit des étrangers sont levées, et qu'étrangers et nationaux doivent être traités de la même manière devant la loi ; de même encore, des États pleinement indépendants peuvent convenir, par traité, qu'ils traiteront à titre de réciprocité les sujets des autres comme les leurs propres. »

<sup>193</sup> Ernst Isay, « De la nationalité », *RCADI*, 1924, vol. 5, p. 433-434 : « il est inconcevable de citer certains droits ou devoirs qui établissent une discrimination entre nationaux et étrangers dans tous les États du monde ou même à toutes les époques d'un seul État particulier. (...) Or c'est justement pour cette raison que nous ne pouvons reconnaître en chacun des droits ou devoirs particuliers un signe essentiel de la nationalité. Mais ce que nous ne pouvons négliger, c'est le fait que les citoyens sont à un degré plus élevé que les étrangers des sociétaires de l'État. »

<sup>194</sup> L'on renvoie par cette formule aux droits relatifs à l'entrée et au séjour d'un individu.

<sup>195</sup> Voy. Serge Slama, *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, *op. cit.*, p. 670.

nécessite que « les sujets de la loi doivent en être les auteurs »<sup>196</sup>. Selon cette acception, la clôture d'une communauté nationale, seule titulaire de la souveraineté, est illégitime car elle laisse potentiellement de côté les étrangers qui résident sur le sol national, et qui sont pourtant « sujets » de la loi au même titre que les nationaux. L'argument du « droit de vote » des étrangers n'est donc en aucune manière dénué de fondement sur le plan philosophique et politique, comme le montrent d'ailleurs les exemples étrangers<sup>197</sup>. Sur le plan juridique français toutefois, l'extension de la communauté politique à l'ensemble des individus sujets de l'État (nationaux comme étrangers), comme l'imagine Kelsen, n'appartient guère à un avenir proche<sup>198</sup>. En France, seule la citoyenneté européenne remet très partiellement en cause la liaison entre nationalité et participation politique, puisque les traités confèrent au citoyen européen les droits de suffrage et d'éligibilité aux élections municipales. Il faut toutefois constater que, d'une part, l'immense majorité des élections politiques, en particulier les élections nationales, demeurent l'attribut exclusif des nationaux, et, d'autre part, que ce droit de participation aux élections locales, s'il ne repose pas sur la nationalité de l'État de résidence, repose toutefois sur la possession de la nationalité d'un État membre – ce n'est donc pas un droit politique ouvert aux étrangers en général, mais un droit ouvert aux seuls ressortissants de l'Union.

**41.** De la même manière, la nationalité demeure le critère matriciel dans l'exercice des droits territoriaux<sup>199</sup>. Dans l'ordre interne, seul le national dispose d'un droit d'entrée et de séjour absolu et d'une prohibition complète contre l'éloignement, ce qui vient à la fois garantir sur le plan individuel un ancrage territorial et une appartenance physique à une communauté humaine<sup>200</sup>, mais aussi sur le plan international une fonction primordiale de régulation des flux migratoires, l'État pouvant déterminer les conditions d'entrée, de séjour et d'éloignement des étrangers qu'il reçoit et, réciproquement, devant accepter de recevoir ses nationaux lorsqu'ils sont priés de quitter le sol de l'État étranger qui les accueille. Renoncer à cette fonction discriminatoire de la nationalité, c'est nécessairement adopter une conception ouverte des frontières

---

<sup>196</sup> Voy. Catherine Colliot-Thélène, *La démocratie sans « demos »*, *op. cit.*, p. 125. Voy. également Seyla Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 219 : « *there is a crucial link between democratic self-governance and territorial representation.* »

<sup>197</sup> Voy. Hervé Andrès, « Le droit de vote des étrangers : une utopie déjà réalisée sur les cinq continents », *Migrations et Société*, 2007, n° 114, p. 65-81.

<sup>198</sup> Pour une proposition d'extension de la citoyenneté, sans la nationalité, au profit des étrangers légalement établis et domiciliés fiscalement en France, voy. Xavier Vandendriessche, « Nationalité, citoyenneté, fiscalité », *AJDA*, 2011, n° 36, p. 2033.

<sup>199</sup> On y reviendra plus longuement dans les développements (voy. *infra* n° 69 s.).

<sup>200</sup> Comme le note Jacques Maury, « Nationalité (Théorie générale) », *op. cit.*, n° 82 bis, p. 284-285 : « La société internationale est, peut-on dire, en effet divisée en États ; l'un des éléments essentiels de l'État est sa population et, à l'intérieur de celle-ci, ses nationaux ; tout individu a un intérêt primordial à entrer dans l'un des cadres étatiques existants de façon permanente, constitutive, à être le sujet d'un État donné ».

migratoires et accepter un droit général d'établissement et de maintien sur le sol national au profit de la communauté humaine dans son ensemble – perspective dont la réalisation ne saurait être envisagée à court ou moyen terme<sup>201</sup>. Comme l'exprime Danièle Lochak : « La précarité est un élément constitutif de la condition juridique des étrangers. L'étranger, on l'a rappelé, n'a le droit d'entrer et de séjourner sur le territoire d'un pays qui n'est pas le sien qu'en vertu d'une autorisation précaire et révocable, car l'admission au séjour reste une prérogative souveraine des États (...), complétée par la faculté d'expulser les étrangers jugés indésirables. (...) C'est dans cette précarité que réside l'essence même de la condition d'étranger, ce par quoi elle se distingue fondamentalement et inéluctablement de celle du national. »<sup>202</sup>

L'émergence d'une supposée catégorie de « quasi-nationaux »<sup>203</sup> ne doit d'ailleurs pas tromper. Les garanties que certains étrangers tirent de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme peuvent les protéger de l'éloignement ou de l'expulsion lorsqu'ils possèdent une vie familiale en France plus dense et ancienne que dans leur pays d'origine. Mais cette protection n'implique toutefois pas nécessairement la régularisation du séjour, ni l'obtention d'un droit de réadmission s'ils quittent volontairement le territoire ; elle ne présente ensuite pas un caractère permanent (la situation factuelle peut évoluer) ; et elle ne s'applique enfin qu'aux étrangers particulièrement « intégrés »<sup>204</sup> en France. Il y a donc entre la nationalité et la « quasi-nationalité » une différence de nature et non de degré puisque l'étranger, même protégé par l'article 8 de la Convention, ne pourra jamais accéder à une protection absolue de ses droits territoriaux<sup>205</sup>. Quant à la citoyenneté européenne, celle-ci confère bien un droit au court séjour

---

<sup>201</sup> Voy. Amélie Dionisi-Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 486-491, p. 182-184. Pour quelques perspectives, voy. Édouard Delruelle, « Démocratie, cosmopolitisme et hospitalité », in Jean-Yves Carlier (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 113-122.

<sup>202</sup> Danièle Lochak, *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 103. L'auteur poursuit : « Or le fait d'être toujours en sursis dans le pays d'accueil rejailit sur l'ensemble de sa situation : d'abord, parce qu'il rend précaire la jouissance des droits qui ne lui sont pas expressément déniés ; ensuite, parce que les lois sur l'entrée et le séjour viennent restreindre, jusqu'à les priver parfois de toute effectivité, des droits aussi fondamentaux que la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir ou le droit de vivre en famille dont l'étranger est théoriquement titulaire, recréant des situations de discrimination. » Voy. également Xavier Vandendriessche, *Le droit des étrangers*, *op. cit.*, p. 156 : « La réserve d'ordre public apparaît comme une constante du droit des étrangers dont l'expulsion constitue le symbole. » Il y a là un acte « exprimant la souveraineté de l'État ».

<sup>203</sup> Voy. Sébastien Touzé, « La "quasi-nationalité". Réflexions générales sur une notion hybride », *RGDIP*, 2011, n<sup>o</sup> 1, p. 5-37. Pour une réflexion critique sur cette évolution, voy. Yves Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in Rémy Cabrillac (dir.), « Libertés et droits fondamentaux », Paris, Dalloz, 2018, 24<sup>ème</sup> éd., n<sup>o</sup> 174, p. 139.

<sup>204</sup> Voy. Jean-Yves Carlier, « Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ? », *RTDH*, 1993, n<sup>o</sup> 15, p. 445-466.

<sup>205</sup> Dans le même sens Jean-Yves Carlier, « Les statuts juridiques alternatifs ou complémentaires à la nationalité », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 304, qui considère que la quasi-nationalité produit un « rapproche[ment] » mais pas une « assimil[ation] » entre l'étranger et le national. Sur l'ensemble de la question, voy. Jérôme Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, thèse, Pau, 2010, 549 p.

et à l'établissement au profit de ses bénéficiaires et crée ainsi une situation privilégiée pour les ressortissants de l'Union européenne. Pour autant, ces droits restent encadrés en toutes hypothèses par une condition d'ordre public, et, dans la majorité des hypothèses, par une condition de ressources (voy. *infra* n° 255 s.). En ce sens, le citoyen européen non national demeure juridiquement un étranger en ce que ses droits territoriaux demeurent contingents. Le critère de la nationalité conserve ainsi sa pertinence et son actualité en droit des étrangers, y compris dans le cadre de l'Union européenne<sup>206</sup>.

42. Pour conclure, le temps de la disparition de la nationalité, ou de sa sourde relégation hors du *law in action*, ne semble pas encore venu<sup>207</sup>. Comme le note Étienne Pataut, « Pour ce bloc de règles, la légitimité de l'utilisation du critère de la nationalité n'est pas remise en cause. Il s'agit bien, en effet, de questions qui sont au cœur des pouvoirs souverains de l'État et, dès lors, la distinction entre l'étranger et le national garde toute sa pertinence. »<sup>208</sup> Le constat dressé par Federico Castro en 1961 n'a donc guère vieilli : « Ceux qui pensent que la flèche du progrès vise la disparition des nationalités ne doivent pas oublier que l'évolution de l'Histoire est lente et semble fréquemment se moquer de nos prédictions et de nos espoirs. »<sup>209</sup> Quant aux appartenances *infra* et *supra* nationales souvent évoquées<sup>210</sup>, elles s'établissent majoritairement hors des frontières du droit. Et lorsque le sentiment d'appartenance nourrit en droit une prétention à l'État, elle implique nécessairement le projet d'accéder à une nouvelle nationalité. Autrement dit, très concrètement, l'indépendantisme corse ou le fédéralisme européen ne menacent que la nationalité française, et certainement pas la nationalité en général<sup>211</sup>. Quant à la « citoyenneté du monde », elle n'est qu'un projet politique visant une « coexistence » avec la nationalité, et

---

<sup>206</sup> Comme le note dans une recension Paul Lagarde, « Jault-Seseke (Fabienne), Corneloup (Sabine) et Barbou des Places (Ségolène), Droit de la nationalité et des étrangers », *Rev. crit. DIP*, 2015, n° 2, p. 506 : « L'attrait qu'exerce la nationalité française sur tous ceux qui cherchent à l'obtenir, principalement pour des raisons liées aux droits de séjourner et de travailler, montre qu'elle fait toujours sens aujourd'hui. »

<sup>207</sup> Comme le notent Patrick Weil et Randall Hansen, « Citoyenneté, immigration et nationalité : vers la convergence européenne ? », in Patrick Weil et Randall Hansen (dir.), *Nationalité et citoyenneté en Europe*, Paris, La Découverte, 1999, p. 10 : « Un courant sociologique influent soutient que l'extension des droits économiques et sociaux aux résidents légaux mais non citoyens rend la citoyenneté redondante. (...) Ces arguments ne voient pas l'essentiel : seuls les nationaux jouissent de la totalité des droits et des privilèges, et doivent remplir l'ensemble des obligations liées à la citoyenneté. »

<sup>208</sup> Étienne Pataut, *La nationalité en déclin*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>209</sup> Federico Castro, « La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité », *op. cit.*, p. 525.

<sup>210</sup> Voy. en particulier Amélie Dionisi-Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, *op. cit.*, n°s 267-358, p. 99-131.

<sup>211</sup> Comme le note encore Amélie Dionisi-Peyrusse, au terme de son étude, à propos de la nationalité : il est plus question « d'un déplacement de la frontière que d'une modification de sa nature » (*ibid.*, n° 1044, p. 385).

non son remplacement<sup>212</sup>. La nationalité conserve donc un intérêt scientifique prépondérant. Le même constat peut être dressé en pratique.

## 2. L'intérêt pratique

**43. L'obscurité du droit de la nationalité.** – Face à la technicité du droit de la nationalité, une systématisation des contraintes normatives et juridictionnelles, autrement dit des limites au pouvoir de l'État, présente un intérêt pratique, en particulier pour l'autorité publique elle-même. Les mots de Michel Debré, prononcés devant le Sénat en 1960, montrent l'abandon ou le relativisme du politique face à la technicité de la nationalité :

« D'où viennent les incompréhensions et les obscurités ? Je me permets de demander à M. Carcassonne qu'il relise les lois sur la nationalité, toutes les lois. Il aura toujours le même sentiment : quand on n'examine pas les choses au cas par cas on n'y comprend rien ! Ce n'est pas notre texte qui est obscur, c'est tout le problème de la nationalité et, avant de prononcer un jugement semblable, je voudrais que vous relisiez les textes qui font de nous-tous des Français ! Tous les cas sont tellement difficiles que notre législation, comme toutes les législations de nationalité est une législation difficile à comprendre ! »<sup>213</sup>

Ce problème conserve toute son actualité<sup>214</sup> puisque récemment, différents organes de l'État ont montré que leur appréhension du droit de la nationalité et de ses contraintes connaissait quelques lacunes. Ainsi d'abord du projet de loi constitutionnelle de protection de la nation, déposé le 23 décembre 2015, et qui repose sur l'idée que la France ne possède pas – et n'a même jamais possédé – de législation permettant de priver un Français de naissance de sa nationalité à titre de sanction. L'exposé des motifs indique ainsi que « les lois républicaines ont constamment réservé la sanction qu'est la déchéance de nationalité au cas d'un binational devenu français. »<sup>215</sup> Cela n'est pas exact. Le gouvernement, dans une lecture littérale du code civil, distingue de manière trop absolue la « déchéance » qui frapperait les seuls Français par acquisition, et la « perte » qui frapperait à l'inverse l'ensemble des Français. Cette distinction est profondément artificielle. D'abord, elle ne remonte qu'au code de la nationalité de 1945, et auparavant la législation comme la doctrine employaient les termes de « perte » et de « déchéance » comme synonymes – l'on parlait alors couramment de la possibilité de « déchoir » un Français de naissance. Ensuite, la perte de la nationalité, même après 1945 et y-compris pour

---

<sup>212</sup> Voy. Jean-Yves Carlier, « Les statuts juridiques alternatifs ou complémentaires à la nationalité », *op. cit.*, p. 305 ; Sébastien Touzé, « La "quasi-nationalité". Réflexions générales sur une notion hybride », *op. cit.*, p. 5.

<sup>213</sup> JORF, Sénat, débats, 20 juillet 1960, p. 1024.

<sup>214</sup> Il est reconnue en doctrine. Voy. Xavier Vandendriessche et Zéhina Aït-El-Kadi, *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile 2018, annoté et commenté*, Paris Dalloz, 2017, 8<sup>ème</sup> éd., p. 989 : « Le droit de la nationalité (...) constitue tout d'abord une discipline particulièrement complexe en raison des multiples imbrications qu'elle comporte ».

<sup>215</sup> Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, texte n° 3381, exposé des motifs, p. 6.

les Français de naissance, n'a jamais été dénuée de caractère sanctionnateur. Comme le note Jacques Fournier dans de remarquables conclusions rendues en assemblée du Conseil d'État en 1966 : « À première vue [le décret de perte de la nationalité] peut apparaître comme la simple constatation d'une situation qui ne présente en elle-même aucun caractère répréhensible. (...) Mais la mesure présente aussi un autre caractère, répressif celui-là. (...) Le décret qui constate la perte de la qualité de français ne se borne plus alors à élaguer une branche morte. Il taille dans le vif. Il se présente comme une véritable sanction, fondée sur un manque de loyalisme à l'égard de la France. »<sup>216</sup> La modélisation d'une distinction fondamentale et absolue entre l'idée d'une « déchéance » sanctionnatrice des Français par acquisition d'une part, et d'une « perte » de la nationalité objective de l'ensemble des Français d'autre part, est ainsi particulièrement discutable scientifiquement<sup>217</sup>. Lorsque le gouvernement considère que cette distinction est si absolue qu'elle fonde potentiellement un principe fondamental reconnu par les lois de la République, et justifie ainsi une révision constitutionnelle<sup>218</sup>, l'on voit à quel point la méconnaissance de la nationalité produit des effets politiques de première importance. Récemment encore, le Conseil d'État, dans un avis rendu en assemblée générale à propos d'une proposition de loi visant à réformer l'acquisition de la nationalité par la naissance et la résidence sur le sol de Mayotte<sup>219</sup>, a fait l'économie de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'indivisibilité du territoire de la République en matière de nationalité<sup>220</sup>, pourtant bien connue des spécialistes<sup>221</sup>, alors qu'il examinait la constitutionnalité d'une telle réforme. L'intérêt pratique de cette étude pourra donc être celui d'offrir une reconstruction des relations entre nationalité et souveraineté pour mettre en lumière l'étendue du pouvoir de l'État, et ainsi « parfaire la présentation des ordres juridiques à des fins évaluatives ou prescriptives. »<sup>222</sup>

---

<sup>216</sup> Jacques Fournier, conclusions sous CE, ass., 4 février 1966, n° 58080, *Sieur Godek*, Lebon p. 79-80.

<sup>217</sup> Dans le même sens, voy. CNCDH, 18 février 2016, Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, § 21.

<sup>218</sup> Voy. Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, texte n° 3381, exposé des motifs, p. 6 et s.

<sup>219</sup> CE, ass. gén., 7 juin 2018, n° 394925, avis sur la proposition de loi tendant à adapter aux caractéristiques et contraintes particulières de Mayotte les règles d'acquisition de la nationalité française par une personne née en France de parents étrangers.

<sup>220</sup> Voy. Cons. const., 20 juillet 1993, n° 93-321 DC, *Loi réformant le code de la nationalité*, § 17.

<sup>221</sup> Voy. les déclarations de Bruno Genevois et d'Olivier Gohin à l'occasion de leur audition de leur audition par une mission d'information parlementaire, in Assemblée nationale, rapport d'information n° 2932 sur la situation d'immigration à Mayotte, 8 mars 2006, p. 225-226.

<sup>222</sup> Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, 2<sup>ème</sup> éd., n° 538, p. 332.

## B. La délimitation et la méthodologie de l'étude

44. L'explicitation de la méthodologique vise à rendre visibles les différents choix et délimitations retenus pour mener cette étude. L'on s'attachera à justifier différentes délimitations sur les plans matériels, spatiaux et temporels (1), puis à expliciter certains choix dans l'approche de différentes notions et dans le raisonnement juridique de l'étude (2).

### 1. La délimitation de l'étude

45. **Délimitation matérielle.** – Sans revenir sur le débat très ancien relatif à la nature du droit de la nationalité<sup>223</sup>, cette thèse s'inscrit résolument dans le domaine du droit public<sup>224</sup>. Elle repose sur l'étude de l'ordre juridique étatique, et donc prioritairement sur le droit public interne, notamment le droit constitutionnel. S'il n'y a plus, depuis les constitutions révolutionnaires, de définition constitutionnelle du ressortissant national<sup>225</sup>, il n'en demeure pas moins que la nationalité est une question constitutionnelle. Comme l'énonce très justement Marcel Prélot : « Pour envisager dans sa pleine intégralité le domaine logique du droit public constitutionnel, l'on doit descendre (...) jusqu'au problème de la nationalité. »<sup>226</sup> La question des rapports entre nationalité et souveraineté concerne encore le droit administratif puisqu'il revient à l'autorité publique au sens large – le gouvernement et son administration – d'adopter un certain nombre de mesures administratives individuelles en droit de la nationalité, dont la naturalisation et la déchéance de nationalité sont les exemples les plus emblématiques. L'on étudiera donc à la fois les textes qui confèrent ces pouvoirs à l'autorité publique, leurs usages et interprétations, mais aussi la jurisprudence du juge administratif en lien avec ces prérogatives. Pour étudier les pouvoirs de l'État en droit de la nationalité, il sera en outre nécessaire de s'appuyer sur le droit international public et le droit de l'Union européenne, sous deux aspects. D'abord sous l'angle

---

<sup>223</sup> Sur ce débat et son dépassement, voy. François Terré, « Réflexions sur la notion de nationalité », *RCDIP*, 1975, p. 197-214.

<sup>224</sup> L'on ne saurait mieux dire que Camille Jordan, « Examen des pouvoirs de la Chancellerie en matière de naturalisation », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1918, vol. 47, n<sup>os</sup> 5-9, p. 341 : « je considère la nationalité comme étant au premier chef un problème de droit public. Je dirai plus : je ne conçois pas de problème qui ait plus directement ce caractère. Car, que peut-on imaginer de plus essentiellement *droit public* que ce qui touche à l'organisation de l'État ? Or, c'est avec la nationalité – qu'elle soit d'origine ou par naturalisation – que se crée, non seulement la forme, mais l'être, la substance même de l'État. » Plus récemment, voy. Xavier Vandendriessche et Zéhina Aït-El-Kadi, *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile 2018, annoté et commenté, op. cit.*, p. 989 : « si [la discipline du droit de la nationalité] relève principalement du droit privé (et donc de la compétence du juge judiciaire) en tant qu'elle touche à l'état des personnes, le droit public n'en est pas absent dès lors que le lien de nationalité exprime le rattachement juridique (et également symbolique) d'un individu à un État et intéresse ainsi nécessairement la "puissance de l'État". »

<sup>225</sup> Voy. Boris Mirkine-Guetzévitch, « Les sources constitutionnelles de la nationalité », in Institut de droit comparé, *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, Recueil Sirey, 1933, p. 69-78.

<sup>226</sup> Marcel Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1948, n<sup>o</sup> 10, p. 12.



des contraintes que les différentes normes de ces deux ordres juridiques, et la jurisprudence afférente, peuvent créer dans l'ordre juridique interne d'un pur point de vue hiérarchique, à l'égard du législateur ordinaire ou du pouvoir réglementaire. Ensuite, l'on s'intéressera à l'expression du pouvoir de l'État dans ces deux ordres juridiques, et notamment aux différentes normes et obligations qui y existent. Dans cette dynamique, le poids de l'ordre juridique de l'Union européenne ne devra toutefois pas être surestimé, même si c'est là que « l'esprit s'oriente assez naturellement »<sup>227</sup>. Comme on l'a déjà établi *supra* (cf. n° 28 s.), il n'est pour l'instant pas question d'une atteinte à l'exclusivité de la compétence des États membres de l'Union européenne, les traités établissant sans aucun doute que « La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. »<sup>228</sup> Si le droit de l'Union européenne édicte donc certaines contraintes qui méritent d'être étudiées, à la fois dans son ordre propre, mais aussi dans l'ordre étatique, il ne remet pas fondamentalement en cause la nature exclusive du pouvoir de l'État en droit de la nationalité. D'un point de vue matériel, cette étude s'appuiera donc sur les quatre grands champs disciplinaires du droit public, avec un certain primat pour le droit public interne, de manière à élucider pour partie les rapports entre nationalité et souveraineté du point de vue de l'État français. La nationalité, dans son acception purement juridique, ne concerne d'ailleurs que les personnes physiques, et cette étude n'entend donc pas s'appuyer sur la « nationalité » des personnes morales ou des biens<sup>229</sup>.

**46. Délimitation spatiale.** – Cette étude porte sur le droit français de la nationalité, en lien avec la souveraineté du pouvoir de l'État. Elle n'entend pas procéder à une comparaison systémique de l'ensemble de ses éléments avec un ou plusieurs droits étrangers – l'étude d'ensemble du droit français sur une période couvrant plusieurs siècles empêche en effet toute comparaison rigoureuse. Pour autant, des incursions dans les droits et systèmes étrangers seront engagées pour éclairer le fonctionnement de l'ordre juridique français et de la nationalité en général. L'on suivra alors une méthode dite « fonctionnaliste », c'est-à-dire basée sur l'analyse de la réponse

---

<sup>227</sup> Jean-Yves Carlier, « Les statuts juridiques alternatifs ou complémentaires à la nationalité », *op. cit.*, 2012, p. 308.

<sup>228</sup> Art. 20 du TFUE. Comme le note l'Avocat général Poiras Maduro dans ses conclusions présentées le 30 septembre 2009, aff. C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 17 : « il est entendu que la détermination des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité, – et donc de la citoyenneté de l'Union –, relève de la compétence exclusive des États membres. »

<sup>229</sup> Voy. Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup et Ségolène Barbou des Places. *Droit de la nationalité et des étrangers*, *op. cit.*, n°s 31-33, p. 26-28. Voy. surtout les travaux de Niki Aloupi, *Le rattachement des engins à l'État en droit international public (navires, aéronefs, objets spatiaux)*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2011, 600 p.

donnée à une problématique commune par différentes normes propres à différents ordres juridique<sup>230</sup>. L'idée est alors de mettre en avant les ressemblances et convergences entre ordres juridiques, dans une démarche descriptive<sup>231</sup>. On mobilisera à cette fin le droit anglais qui réagit comme le droit français à une problématique de gestion du terrorisme par les moyens de la nationalité (voy. *infra* n° 569 s.). L'on fera également appel au fédéralisme comparatif pour mettre en relief certaines caractéristiques de la citoyenneté européenne dans le cadre de la construction territoriale de la nationalité (voy. *infra* n° 164 s.).

**47. Délimitation temporelle.** – Cette étude s'intéressant à la nationalité dans le cadre des pouvoirs de l'État, il est impératif de remonter à la naissance de l'État moderne et à la formalisation de son appartenance juridique sous la forme d'un statut pour identifier les dynamiques et la construction du droit positif contemporain. À quelle période faut-il commencer ? Les travaux de Léonard Dauphan ont montré que le XVe siècle voit déjà naître une certaine identité française, et il cite l'exemple de la prise de la ville de Château-Landon en 1437 par les troupes du Roi, où les soldats anglais sont expulsés, et leurs partisans « de langue française » pendus pour leur trahison – ce qui montre une distinction assez nette entre le Français et l'étranger<sup>232</sup>. Cette identité converge en droit avec le passage à la même époque d'une suzeraineté royale à une souveraineté royale, marquant l'établissement d'un droit du sol sur l'ensemble du territoire du royaume de France, et la perception du droit d'aubaine (frappant les seuls étrangers) au profit exclusif du Roi et non de ses seigneurs vassaux<sup>233</sup>. C'est évidemment une dynamique juridique progressive dont la pleine effectivité attendra les XVIIe-XVIIIe siècles<sup>234</sup>. Il n'empêche, les développements de Jean Bodin à la fin du XVIe siècle dans sa *République* sur le « citoyen » révèlent l'unité conceptuelle et juridique d'un statut de Français – la nationalité « avant la

---

<sup>230</sup> Béatrice Jaluzot, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », RIDC, 2005, vol. 57, n° 1, p. 40 : « Il s'agit (...) d'analyser la ou les fonctions que remplit une règle juridique et de rechercher leur pendant dans les droits étrangers. »

<sup>231</sup> Voy. Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, 2<sup>ème</sup> éd., n° 364, p. 223.

<sup>232</sup> Voy. Léonard Dauphan, *Le royaume des quatre rivières*, Seyssel, Champ Vallon, 2012, p. 193-194.

<sup>233</sup> Le droit d'aubaine est le droit que possède le Roi dès cette époque de percevoir les héritages des étrangers décédés sur le sol français. L'étranger, ou aubain, est en effet par principe privé de capacité successorale. La souveraineté royale peut se mesurer à l'aune de la capacité du Roi, plutôt que de ses seigneurs vassaux, à percevoir le droit d'aubaine. Sur cette dynamique, voy. les travaux de Bernard d'Alteroche, *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au royaume XIe-XVe siècle*, Paris, LGDJ, 2002, 353 p.

<sup>234</sup> Voy. Peter Sahlins, *Unnaturally French*, Ithaca, Londres, Cornell University Press, 2004, p. 31-64, en particulier pour l'application sur les territoires coloniaux ; Serge Slama, *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, op. cit., p. 45-53.

lettre » – qui peut donc être étudié dès cette époque, principalement à partir des ouvrages consacrés à la question par les légistes et philosophes jusqu’au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>235</sup>. L’on procédera à une analyse proprement juridique fondée sur les textes et la jurisprudence à partir de la Révolution française et jusqu’à la période contemporaine. À titre spécial, des sources historiques contemporaines, originales et inédites, en provenance des archives nationales, seront mobilisées pour mettre en lumière les usages administratifs méconnus de l’article 96 du code de la nationalité, aujourd’hui consacré à l’article 23-7 du code civil (voy. *infra* nos 394 et 721). Il s’agit des dossiers d’instruction de la section sociale du Conseil, prélevés de manière exhaustive entre 1950 et 1952, de manière à couvrir un tiers du total des décisions prises par l’autorité publique<sup>236</sup>. Après ces éléments de délimitation, il est nécessaire de s’intéresser à la méthodologie de l’étude.

## 2. La méthodologie de l’étude

**48. Une approche objective de la nationalité.** – Dans cette étude, on suivra une conception objective de la nationalité, à deux égards. D’abord dans un sens théorique, pour écarter une approche purement normative et formaliste ; ensuite dans un sens plus pratique, pour écarter une approche trop subjective et orientée vers la psyché et les sentiments des individus.

**49.** Sur le plan théorique, sans entrer dans des détails sur lesquels on reviendra plus précisément au fil des développements, il est possible de montrer que deux courants doctrinaux principaux s’opposent sur la nature de la nationalité. Le premier courant peut être qualifié de « sociologique »<sup>237</sup>, « institutionnaliste »<sup>238</sup> ou encore « objectif »<sup>239</sup> ; il voit dans la nationalité la traduction juridique d’un rattachement factuel à l’État. Jules Basdevant en livre dès 1909 une

---

<sup>235</sup> La mobilisation des sources primaires en langues grecque et latine dépasse notre compétence, ce qui nous empêche d’étudier en détail ces périodes dont la technicité et la pluralité imposent de pouvoir revenir à la langue originale. Certains éléments pourront toutefois être mobilisés au fil de développement, sur la base de sources secondaires, pour éclairer certains mécanismes juridiques dans l’ancien droit ou dans le droit positif.

<sup>236</sup> Les archives de la sous-direction de l’accès à la nationalité, conservées sur le site de Fontainebleau des archives nationales, sont incommunicables pour des raisons de sécurité liées à des défauts dans la structure du bâtiment. Le seul moyen d’obtenir des informations sur les mesures individuelles de perte de la nationalité adoptées par le gouvernement après la seconde guerre mondiale est donc de consulter les dossiers d’instruction de la section sociale du Conseil d’État par l’intermédiaires des archives des « dossiers d’affaires administratives » produits par les formations administratives du Conseil d’État, communicables à partir du site de Pierrefitte-sur-Seine des archives nationales (réf. 19990025/1-824). C’est donc un fonds qui n’est pas dédié à la seule nationalité, loin s’en faut, et dont la consultation des dossiers (souvent incomplets) est lente et malaisée. Dans l’attente d’une réouverture du site de Fontainebleau ou du transfert des archives de la sous-direction de l’accès à la nationalité, il n’a donc été possible de procéder qu’à des prélèvements partiels.

<sup>237</sup> Federico Castro, « La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité », *op. cit.*, p. 546.

<sup>238</sup> Olivier Beaud, *La puissance de l’État*, Paris, PUF, 1994, p. 118.

<sup>239</sup> Henri Batiffol, « Évolution du droit de la perte de la nationalité française », in *Recueil d’études en hommage à Marc Ancel*, vol. I, Paris, Pedone, 1975, p. 254.

définition qui fera date : « La nationalité, c'est l'expression juridique du fait qu'un individu est plus étroitement rattaché à la population d'un État déterminé qu'à celle de tout autre. Le lien juridique appelé nationalité a à sa base un lien social, un rapport de fait. C'est dire que ce lien juridique n'est pas la création arbitraire de l'État qui attribue à tel individu sa nationalité. »<sup>240</sup> Il est parfois considéré comme « progressiste » en ce sens que c'est ici le « fait de l'homme » qui sert de « critérium, [de] pierre de touche de la nationalité réelle »<sup>241</sup>. Le second courant peut être qualifié quant à lui de « formaliste »<sup>242</sup> ou « normativiste »<sup>243</sup> ; il considère à l'inverse que la nationalité « a un caractère abstrait, vide de contenu »<sup>244</sup> et que seul le législateur en détermine les contours dans son droit positif, selon des nécessités purement « politique[s] »<sup>245</sup>. Pour les tenants d'une telle conception, la substance de la nationalité ne peut tout simplement pas être déterminée car il n'y a dans la population des nationaux aucune « unité cohérente »<sup>246</sup>, toutes les tentatives de recherche d'un critère étant « vouées à l'échec »<sup>247</sup>. Dans cette étude, l'on s'attachera à une conception objective, en considérant que la nationalité exprime bien un fait social de rattachement qui s'exprime objectivement par un lien de sujétion avec le territoire.

**50.** Sur le plan concret, une certaine approche subjectiviste de la nationalité cherche à faire entrer cette dernière « dans le champ de la volonté individuelle, dans lequel la faveur accordée par l'État doit être “méritée” et correspondre à un désir conscient de l'individu. »<sup>248</sup> Cette approche de la nationalité généralise les qualités du naturalisé (volonté d'assimilation culturelle et linguistique, connaissance et adhésion aux valeurs de la République, etc.) pour les appliquer à l'ensemble des Français. La nationalité devient alors une affaire de sentiment, de dignité, de légitimité. Lors du récent débat sur le projet de loi constitutionnelle, cette conception trouvait des défenseurs sur l'ensemble de l'échiquier politique<sup>249</sup>. Pourtant, force est de constater que

<sup>240</sup> Jules Basdevant, « Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *Revue de droit international privé*, 1909, t. 5, p. 61.

<sup>241</sup> Charles de Visscher, « Notes sur la responsabilité internationale des États et la protection diplomatique d'après quelques documents récents », *RDILC*, 1927, vol. 54, p. 271.

<sup>242</sup> Federico Castro, « La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité », *op. cit.*, p. 552.

<sup>243</sup> Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>244</sup> Federico Castro, « La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité », *op. cit.*, p. 552.

<sup>245</sup> Berthold Goldman, « Droit à la nationalité et nationalité imposée », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1955, vol. 15, p. 50.

<sup>246</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (1962, trad. Charles Eisenmann), *op. cit.*, p. 282.

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> Anne-Virginie Madeira, *Nationaux et étrangers en droit public français*, *op. cit.*, p. 262.

<sup>249</sup> Voy. les déclarations du député Serge Grouard : « Si je tourne les armes contre la France, si je tue des Français simplement parce qu'ils sont Français, comment puis-je être encore Français ? Le lien légal qui me rattache à ma nationalité n'est plus que celui de la haine. Il est illégitime. Il doit être rompu. C'est la déchéance de nationalité. » (JORF, débats, Ass. Nat., 8 février 2016 (2<sup>ème</sup> séance), p. 1118) ; et du député Sébastien Pietrasanta : « Ceux qui attaquent notre République se mettent en dehors de notre communauté nationale et sont indignes d'être Français. Ceux qui veulent terroriser notre belle et vieille nation doivent être déchus. » (*ibid.*, p. 1122).

pour l'immense majorité, et pour paraphraser Montesquieu, « on est français que par hasard. »<sup>250</sup> Ayelet Shachar décline la même idée lorsqu'elle constate l'existence – et propose de corriger – la « *birthright lottery* »<sup>251</sup>. C'est donc la recherche du fait social de rattachement, hors de l'idée de mérite et de l'évaluation des sentiments des individus, qui guidera, lorsqu'elle sera nécessaire, notre recherche sur les fondements de la nationalité. Les notions de mérite et de dignité seront ainsi circonscrites aux seuls mécanismes législatifs qui peuvent y renvoyer, comme la naturalisation et la déchéance des Français par acquisition.

**51. Le prisme des normes d'habilitation en droit de la nationalité.** – Pour étudier le caractère souverain du pouvoir de l'État en droit de la nationalité, on procédera à une analyse par le prisme de certaines composantes de la norme d'habilitation, suivant la définition qu'en donne Guillaume Tusseau<sup>252</sup>. Ici, ce qui nous intéresse ce sont les champs d'application et de réglementation de la norme d'habilitation.

**52.** Suivant l'approche de Guillaume Tusseau, « Le champ d'application de la norme d'habilitation désigne le secteur de la réalité qu'un acteur est habilité à régir. »<sup>253</sup> On pourrait ici parler de « compétence » au sens strict, comme le note Jean Combacau : « l'usage du mot *compétence* est ainsi réservé à la désignation du champ d'application légitime de ce que les pouvoirs permettent de faire, du ressort spatial, de la sphère temporelle, du domaine matériel dans lesquels ils peuvent légalement se déployer »<sup>254</sup>. La compétence est ainsi le « coefficient du pouvoir » en ce qu'elle « le spécifie [et] le limite »<sup>255</sup>, suivant Olivier Beaud. L'étude de la norme d'habilitation permet donc de saisir l'étendue du champ d'application du pouvoir de l'État. Autrement dit, en droit de la nationalité, il s'agit de saisir vers quels destinataires – personnes physiques – la compétence de l'État peut s'exercer. Comme il s'agit d'un « champ », on pourra

---

<sup>250</sup> Montesquieu écrit : « Si je savais une chose utile à ma nation qui fût ruineuse à une autre, je ne la proposerois pas à mon prince, parce que je suis avant d'être François, (ou bien) parce que suis nécessairement homme, et que je suis François que par hasard. », in Montesquieu, *Pensées et fragments inédits*, vol. I, Bordeaux, Gounouilhou, 1899, p. 15.

<sup>251</sup> Voy. Ayelet Shachar, *The Birthright Lottery Citizenship and Global Inequality*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 2009, 273 p.

<sup>252</sup> Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, n° 593, p. 306-307.

<sup>253</sup> *Ibid.*, n° 636, p. 332.

<sup>254</sup> Jean Combacau, « Conclusions générales », in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, Paris, Pedone, 2006, p. 307. Voy. également Jules Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 591 : « Déterminer les compétences d'un État, c'est déterminer à l'égard de qui cet État peut exercer ses diverses fonctions, à l'égard de qui il peut légiférer, rendre la justice, faire la police, administrer, exercer la protection diplomatique, faire fonctionner les différents services publics. »

<sup>255</sup> Voy. Olivier Beaud, « Compétence et souveraineté », *op. cit.*, p. 21.

évaluer s'il est plus ou moins étendu, c'est-à-dire si le nombre de destinataires potentiels est plus ou moins important, et si des évolutions ou des tendances se dessinent sur le temps long.

**53.** Quant au champ de réglementation, il « désigne le type de significations normatives qu'une norme d'habilitation autorise à émettre. »<sup>256</sup> Il est ainsi question de la « latitude normative »<sup>257</sup> que laisse le champ de réglementation à l'autorité habilitée, c'est-à-dire du degré de liberté dont dispose le détenteur de l'habilitation pour déterminer la signification d'une norme. Ainsi, le champ de réglementation d'une norme peut être indéterminé, auquel cas on parle de « pouvoir discrétionnaire »<sup>258</sup>, la liberté est alors très importante. À l'inverse, le champ de réglementation peut être prédéterminé, auquel cas l'autorité habilitée peut soit avoir le choix entre différentes significations normatives limitativement fixées par l'habilitation – il s'agit encore d'un pouvoir discrétionnaire, mais d'un degré moindre par rapport à un champ indéterminé –, soit n'avoir aucun choix et ne pouvoir édicter qu'une seule et unique norme – les administrativistes parlent alors de « compétence liée »<sup>259</sup>. Là-encore, puisqu'il s'agit d'un « champ », on pourra étudier l'étendue de la latitude normative laissée à l'autorité habilitée, évaluer l'indétermination ou la prédétermination de l'habilitation, et son évolution sur le temps long, de manière à mettre en lumière le recul ou l'augmentation du pouvoir discrétionnaire de l'État en droit de la nationalité. À titre accessoire, d'un point de vue extérieur à la norme d'habilitation, mais toujours sous l'angle du pouvoir discrétionnaire, on étudiera si certaines normes viennent régler l'emploi de l'habilitation – et non plus la détermination de son contenu – sous la forme de prescriptions ou de permissions<sup>260</sup>.

**54.** Pour conclure sur ce point, cette recherche reposera donc sur l'étude de l'ensemble des normes d'habilitation conférant à l'État au sens général, à ses démembrements en particulier, le pouvoir d'octroyer ou retirer la nationalité. En droit de la nationalité, l'on peut ainsi distinguer l'édition de normes générales et impersonnelles de nature législative et réglementaire

---

<sup>256</sup> Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, n° 654, p. 340.

<sup>257</sup> *Ibid.*, n° 658, p. 342.

<sup>258</sup> *Ibid.*

<sup>259</sup> L'on devrait ici plutôt dire « pouvoir lié ». Voy. Benoît Plessix, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2018, 2<sup>ème</sup> éd., n° 494, p. 614 : « Il est au moins un point que la doctrine pourrait remettre en cause : si l'on s'accorde avec nous pour reconnaître que la compétence désigne l'autorité qui, parmi toutes celles qui sont investies d'un pouvoir identique, est habilitée à l'exercer, il serait plus exact et logique d'opposer au pouvoir discrétionnaire le *pouvoir lié*. Mais il est manifestement, en droit administratif comme ailleurs, des habitudes dont il est difficile de se défaire. »

<sup>260</sup> Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, n°s 665-680, p. 347-356.

régissant les conditions d'accès et de perte de la nationalité française<sup>261</sup>, et l'édiction de normes individuelles de nature réglementaire régissant pour un ou plusieurs individus nommément désignés l'accès ou la perte de la nationalité française. Par le prisme des champs d'application et de réglementation de ces habilitations, l'on pourra étudier de manière critique si le pouvoir de l'État en droit de la nationalité mérite son qualificatif de « souverain », entendu comme « hautement discrétionnaire ». Or, comme le note Charles Eisenmann, « Il y a des degrés, ou des doses dans la liberté : elle est, comme on dit, plus ou moins étendue. »<sup>262</sup> Dans cette optique évaluative, le champ d'application et le champ de réglementation se conjuguent : une large étendue de destinataires dans le champ d'application mêlée à une large étendue de significations normatives dans le champ de réglementation traduisent un très haut degré de liberté pour l'acteur habilité, qui renvoie justement ici à l'idée de « souveraineté » dans l'exercice d'une prérogative. À l'inverse, si l'on parvient à démontrer que le champ d'application et le champ de réglementation ne sont pas étendus, que le nombre de destinataires et de significations normatives est réduit – ou qu'il tend à se réduire –, l'on pourra alors démontrer que le qualificatif de « souverain » ne renvoie pas ou plus à une réalité reflétée par le droit positif.

### C. Présentation de la problématique

55. À partir de l'observation de l'influence du territoire dans la définition du lien de nationalité, et de l'influence des droits de l'homme dans le droit de la nationalité, il est possible d'induire deux hypothèses de recherche basées sur l'idée d'un encadrement fort, et en voie de renforcement, du pouvoir de l'État en droit de la nationalité. Pour vérifier ces hypothèses, on formulera une problématique générale centrée sur l'étude du degré de liberté de l'État lorsqu'il exerce son pouvoir en droit de la nationalité (1). La thèse de cette étude repose justement sur la généralisation de ces hypothèses – le pouvoir de l'État en droit de la nationalité, contrairement aux discours et aux représentations juridiques, est bel et bien fortement limité – que l'on tentera de démontrer par un plan en deux parties reposant sur l'étude du champ d'application puis du champ de réglementation des normes habilitant l'État et ses démembrements en droit de la nationalité (2).

---

<sup>261</sup> Sous la Vème République, le droit de la nationalité est compris entre les articles 34 et 37 de la Constitution. La loi fixe les « règles » concernant la nationalité, et le règlement en assure la mise en œuvre. Voy. Paul Lagarde, *La nationalité française, op. cit.*, n° 00.07, p. 6.

<sup>262</sup> Charles Eisenmann, *Écrits de droit administratif*, Paris Dalloz, 2013, p. 53.

## 1. Les hypothèses de recherche et la problématique

**56. Première hypothèse : l'encadrement territorial de la nationalité.** – Lier nationalité et territoire peut sembler à première vue paradoxal. En effet, la nationalité fonde en droit international une compétence personnelle de l'État, qui se distingue donc de la compétence territoriale, et qui permet justement une projection de l'ordre juridique de l'État au-delà de ses frontières. Antoine Pillet considère ainsi que « l'exercice de [la] souveraineté extérieure dont le champ d'action dépasse (...) les limites du territoire » comprend « Le droit de statuer sur l'acquisition et la perte de la nationalité »<sup>263</sup>. Beaucoup d'auteurs insistent encore sur la « permanence »<sup>264</sup> du lien de nationalité – qui se maintient donc à l'étranger, hors du territoire national – ou sur le caractère déterritorialisé de l'attribution de la nationalité par la filiation, présent dans la plupart des législations. Résumant la pensée générale, Charles Eisenmann écrit dans son *Cours de droit administratif* que la nationalité est « étrangère à toute donnée territoriale », et qu'elle exprime en ce sens une relation « purement personnelle », « complètement a-spatiale »<sup>265</sup>.

**57.** Il n'empêche, si la compétence à l'égard des nationaux n'est pas comprise dans un cadre territorial étatique, il n'est pas pour autant fait obstacle à ce qu'elle prenne en compte des éléments de nature territoriale. De fait, il y a dans la nationalité un rapport au territoire et au temps qui fonde la distinction entre national et étranger. Ce constat a été fait de longue date, quoi que discrètement, en particulier à propos de l'étranger. Grotius utilise ainsi dans l'édition latine originale de son ouvrage *Le droit de la paix et de la guerre* le terme de « *subditus temporarius* »<sup>266</sup> pour qualifier le sujet étranger, ce que Barbeyrac traduira par « sujet à tems »<sup>267</sup> dans l'édition française de 1724, et Paul Pradier-Fodéré par « sujet temporaire »<sup>268</sup> dans sa nouvelle traduction parue en 1867. Ce qui ressort de cette formule<sup>269</sup> c'est que l'étranger, par sa présence sur le territoire, est soumis temporairement à l'ordre de contrainte de l'État, c'est donc ce qui qualifie fondamentalement le lien juridique qui s'établit entre l'individu étranger et

---

<sup>263</sup> Antoine Pillet, « Recherches sur les droits fondamentaux des États », *RGDIP*, 1899, vol. 6, p. 517.

<sup>264</sup> Voy. « nationalité », in Jules Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 401 ; Jacques Maury, « Nationalité (Théorie générale) », *op. cit.*, n° 22, p. 255.

<sup>265</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif* (1982), *op. cit.*, p. 503.

<sup>266</sup> Hugo Grotius, *De Jure belli ac pacis*, livre II, chap. 11, § 5, Paris, Nicolas Buon, 1625, p. 266.

<sup>267</sup> Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, vol. I, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, p. 404.

<sup>268</sup> Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, vol. II, Paris, Guillaumin, 1867, p. 133.

<sup>269</sup> On retrouve cette même formule chez Rogers Brubaker, *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne* (1992, trad. Jean-Pierre Bardos), Paris, Belin, 1997, p. 111, qui l'emprunte à Rolf Grawert, *Staat und Staatsangehörigkeit*, Berlin, Duncker et Humblot, 1973, p. 121-122.



l'État. Jellinek confirme cette idée en substituant toutefois au concept de « *subditus temporarius* » celui de « *civis temporarius* » :

« C'est le résultat du développement général de la civilisation que dans l'État moderne tout homme, soumis à quelques titres que ce soit à la puissance publique, possède, vis-à-vis de cette puissance, les prérogatives d'une personne. Par suite, bien qu'aujourd'hui encore, la qualité de membre parfait de l'État, dépende, pour un individu, de la question de savoir s'il appartient définitivement à l'État ou non, – il n'en est pas moins vrai cependant, que l'individu soumis temporairement à une puissance publique étrangère n'est pas seulement considéré comme *subditus*, mais comme *civis temporarius*, et qu'il a, à ce titre, non seulement des obligations publiques, mais aussi des droits publics. »<sup>270</sup>

Ce que met en valeur ici Jellinek, c'est la possession de droits et d'obligations par l'étranger, qui n'est donc pas seulement un « sujet » mais aussi, sous un certain sens propre à l'auteur, un « citoyen ». L'étranger n'est toutefois pas un « membre parfait » de l'association, en ce qu'il appartient « temporairement » et non « définitivement » à l'État. Dans le même sens, Ernst Isay, dans son cours à l'académie de La Haye donné en 1924, va justement qualifier les étrangers de « membres accidentels »<sup>271</sup> de l'État. Que peut-on en déduire *a contrario* du point de vue du ressortissant national ? On peut former l'hypothèse que le lien de nationalité est caractérisé par une attache territoriale de l'individu à l'État présumée comme définitive, ou à tout le moins comme habituelle, c'est-à-dire non temporaire, ou non accidentelle.

**58.** Cette idée a déjà été indirectement évoquée en doctrine. Proudhon affirme ainsi dans son *Traité* de 1809 que « C'est par la fixation de son domicile que l'homme attache les habitudes de sa vie à un lieu plutôt qu'à un autre ; c'est aussi par la fixation de son domicile qu'il supporte les charges publiques et confère sa mise en société dans un lieu plutôt que dans un autre : c'est donc là la véritable, comme c'est la seule marque distinctive de son association civile. »<sup>272</sup> Pour cet auteur donc, la « marque distinctive » de la nationalité, c'est la fixité du domicile. Plus récemment, Patrick Dailler, Mathias Forteau, Alain Pellet définissent la population comme « la masse des individus rattachés de façon stable à l'État par un lien juridique, le lien de nationalité. C'est l'ensemble des *nationaux*. »<sup>273</sup> Le caractère « stable » du rattachement renvoie encore à une certaine temporalité dans les attaches territoriales. Étienne Patout écrit

---

<sup>270</sup> Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit* (1911), vol. II (Théorie juridique de l'État), Paris, Éditions Panthéon Assas, 2005, p. 38.

<sup>271</sup> Ernst Isay, « De la nationalité », *RCADI*, *op. cit.*, p. 457.

<sup>272</sup> Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes* (1809), vol. I, Dijon, Lagier, Paris, Joubert, 1842, 3<sup>ème</sup> éd., p. 192. Le même auteur écrit encore : « La division des territoires ne s'applique (...) pas moins aux hommes qui les habitent, qu'aux fonds qui les composent ; (...) la fixation du domicile de l'homme décide du gouvernement auquel il appartient, parce qu'il fait partie de l'association à laquelle il a voulu attacher les habitudes de sa vie, par un établissement à perpétuelle demeure. » (*ibid.*, p. 81).

<sup>273</sup> Patrick Dailler, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, n° 266, p. 451.

quant à lui que « Population et territoire sont bien deux conditions constitutives de l'existence même d'un État, et l'objectif implicite est ici de faire plus ou moins coïncider communauté nationale et territoire national. »<sup>274</sup> Pour cet auteur donc, le critère territorial est bien amené à jouer un rôle dans la définition de la nationalité. La première hypothèse est donc que la nationalité traduit un double rapport au territoire et au temps, et qu'en ce sens le pouvoir de l'État doit s'exercer dans le respect de cette nature particulière de la nationalité<sup>275</sup>.

**59. Seconde hypothèse : l'inscription de la nationalité dans le champ des droits de l'homme.** – Suivant Jean-Yves Carlier et Sylvie Saroléa, « comme tout pouvoir absolu doit un jour céder à certaines oppositions, toute souveraineté connaît des oppositions qui, de revendications en concessions, conduisent à des limites et des contrôles qui intègrent la souveraineté elle-même. L'histoire même des droits de l'homme en fait partie. »<sup>276</sup> Et cette histoire en matière de nationalité prend naissance dans le direct après-guerre et plus généralement le second XXe siècle<sup>277</sup>. En effet, depuis 1948 et la consécration d'un « droit à la nationalité » dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, la nationalité a intégré de manière symbolique le champ des droits de l'homme. Sur le plan juridique, c'est un avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme rendu le 19 janvier 1984 qui exprime avec une grande netteté cette liaison nouvelle entre nationalité et droits de l'homme :

« malgré le constat traditionnellement accepté qu'il appartient à chaque État de décider de l'attribution et de la réglementation de la nationalité, l'évolution contemporaine indique cependant que le droit international impose certaines limites aux pouvoirs étendus dont jouissent les États en la matière, et que la manière dont ces derniers règlent les questions liées à la nationalité ne peut, de nos jours, être considérée comme relevant de leur compétence exclusive ; ces pouvoirs de l'État sont également circonscrits par l'obligation d'assurer pleinement la protection des droits de l'homme. »<sup>278</sup>

---

<sup>274</sup> Étienne Pataut, *La nationalité en déclin*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>275</sup> L'on parlera alors de « lien de sujétion territorial à titre habituel » pour exprimer cette composante de la nationalité qui unit l'individu à l'État et qui vient contraindre le pouvoir de l'État. La « sujétion » renvoie à la soumission objective de l'individu à l'ordre de contrainte de l'État lorsqu'il est présent sur son territoire ; le titre « définitif » est une évaluation présomptive attachée à cette sujétion qui est établie objectivement par les faits. L'on préférera cette expression plus technique à celle de domicile et de résidence qui ont déjà en droit de la nationalité des sens juridiques précis établis par la législation et la jurisprudence, et qui ne recouvre pas de manière générale l'ensemble du droit de la nationalité.

<sup>276</sup> Jean-Yves Carlier et Sylvie Saroléa, *Droit des étrangers*, *op. cit.*, n° 33, p. 78.

<sup>277</sup> Voy. Patrick Weil, « Can a Citizen Be Sovereign ? », *Humanity*, 2017, vol. 8, n° 1, p. 2 ; Peter Spiro, « A New International Law of Citizenship », *AJIL*, 2011, vol. 105, n° 4, p. 697.

<sup>278</sup> CIADH, avis consultatif, 19 janvier 1984, Série A, n° OC-4/84, *Propuesta de modificación a la constitución política de costa rica relacionada con la naturalización*, § 32, p. 8. Traduction de Christina M. Cerna, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Les affaires récentes », *AFDI*, 1987, vol. 33, p. 354, (trad. légèrement amendée).

Cette « évolution contemporaine » que relève la Cour de San Jose est-elle applicable en Europe ? La réponse apparaît clairement positive. Elle est notamment retenue par les rédacteurs de la Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997 qui écrivent dans leur rapport explicatif qu'« Avec le développement de la branche du droit relative aux droits de l'homme depuis la seconde guerre mondiale, il est de plus en plus largement admis que le pouvoir discrétionnaire dont disposent les États en la matière doit aussi tenir compte des droits fondamentaux des individus »<sup>279</sup>. Cette dynamique progresse ainsi à rebours de l'idée d'une « cloison étanche »<sup>280</sup> entre nationalité et droits de l'homme. Elle montre que le pouvoir de l'État est soluble dans le développement contemporain des droits de l'homme, et que la nationalité – le « droit le plus précieux de l'homme »<sup>281</sup> écrit Laurent en 1880, le « droit d'avoir des droits »<sup>282</sup> écrit Arendt en 1951 – mérite des protections particulières. La seconde hypothèse est donc que le pouvoir de l'État en droit de la nationalité se trouve désormais soumis au respect des droits de l'homme.

**60. Formulation de la problématique.** – Puisque ces deux hypothèses mettent en valeur l'encadrement du pouvoir de l'État, que ce soit en vertu du caractère territorial de la nationalité, ou de son inscription dans le champ des droits de l'homme, on peut former la problématique générale suivante : Quel est le degré de liberté de l'État dans l'exercice de son pouvoir en droit de la nationalité ? De cette manière, l'on entend questionner la qualité « souveraine » du pouvoir de l'État en droit de la nationalité, et ainsi évaluer si celui-ci est libre et non contraint, ou bien si au contraire il fait l'objet d'encadrements juridiques importants remettant ainsi en cause l'emploi de ce qualificatif.

## **2. La thèse et le plan de l'étude**

**61. La thèse retenue.** – La thèse retenue est celle de la réduction – voire de l'absence en certains domaines – de la liberté de l'État dans l'exercice de son pouvoir en droit de la nationalité. Autrement dit, le pouvoir de l'État apparaît limité par plusieurs séries de contraintes juridiques. Le qualificatif de « souverain » ne renvoie ainsi plus à la réalité du droit positif ; il s'est

---

<sup>279</sup> Convention européenne sur la nationalité, rapport explicatif, § 29, p. 6.

<sup>280</sup> Jean-François Flauss, « Naturalisation et droit international des droits de l'homme », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 284.

<sup>281</sup> François Laurent, *Droit civil international*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 1880, n° 147, p. 265.

<sup>282</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme* (1951, trad. Martine Leiris, rév. Hélène Frappat), Paris, Fayard, 2010, p. 297 et p. 300.

maintenu par habitude, comme un « préjugé »<sup>283</sup> ou un « dogme incontesté »<sup>284</sup>, ne traduisant plus l'état du droit français<sup>285</sup>.

**62. Le plan de l'étude.** – Pour démontrer cette thèse, l'on s'attachera à croiser les deux hypothèses de recherche avec la méthodologie indiquée *supra* (cf. n° 51 s.) reposant sur l'étude des champs d'application et de réglementation des normes d'habilitation étatiques en droit de la nationalité.

**63.** D'abord, le champ d'application du pouvoir de l'État en droit de la nationalité (c'est-à-dire son domaine de compétence à l'égard des personnes physiques), loin d'être illimité, est particulièrement contraint par le caractère territorial de la nationalité. Le pouvoir de l'État ne peut s'exercer en matière d'octroi qu'à l'égard des individus qui possèdent un lien de sujétion territoriale à titre habituel avec l'État, et en matière de perte qu'à l'égard de ceux qui ont rompu définitivement leur lien de sujétion territoriale avec l'État. L'on démontrera ainsi dans un premier temps le caractère territorial de la nationalité à travers l'histoire et le droit positif français, et le droit de l'Union européenne sous l'angle du fédéralisme comparatif. L'on vérifiera ensuite que le droit français comme le droit international encadrent la compétence de l'État et prohibent (le premier sous un rapport de validité, le second sous un rapport d'opposabilité) toute norme relative à l'octroi ou à la perte de la nationalité ne respectant pas ce cadre territorial.

**64.** Ensuite, le champ de réglementation du pouvoir de l'État en droit de la nationalité (c'est-à-dire la latitude normative dont celui-ci dispose pour édicter une norme) est de plus en plus contraint par le caractère fondamental de la nationalité. Cette dynamique repose sur une prise de conscience, celle de l'importance fondamentale de la nationalité pour un individu, qui conduit dès lors à son inscription progressive dans le champ des droits de l'homme. L'on démontrera alors que ce recul du pouvoir discrétionnaire s'établit sur deux terrains convergents. Le premier est relatif à l'extension d'un certain nombre de normes de références de nature procédurale et substantielle qui viennent réduire la discrétionnarité du pouvoir de l'État pour déterminer quels individus il tient pour ses nationaux. Le second est relatif à l'approfondissement

---

<sup>283</sup> On emprunte l'expression à George Scelle, « À propos de la loi allemande du 14 juillet 1933 sur la déchéance de nationalité », *Revue critique de droit international*, 1934, t. 29, n° 1, p. 70.

<sup>284</sup> Hugues Fulchiron, « Réflexions sur les évolutions récentes du droit de la nationalité en Europe », *Réalisation et défis de l'Union européenne : mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 291.

<sup>285</sup> Voy. pour une réflexion similaire en droit belge des étrangers, Sylvie Saroléa, « La souveraineté en droit belge : mythe et réalité », in Jean-Yves Carlier (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 75-110, spéc. p. 108-110.

du contrôle juridictionnel, spécialement du juge administratif français, qui ne cesse de faire reculer la discrétionnarité du pouvoir de l'autorité publique.

**Partie I : Le caractère territorial de la nationalité  
et l'encadrement de la compétence de l'État.**

**Partie II : Le caractère fondamental de la nationalité  
et le recul de la discrétionnarité du pouvoir de l'État.**

## **PARTIE I. – Le caractère territorial de la nationalité et l’encadrement de la compétence de l’État**

65. La compétence de l’État en droit de la nationalité est-elle souveraine en ce sens qu’elle pourrait s’appliquer à l’égard de n’importe quel individu, à l’intérieur comme à l’extérieur du territoire ? La réponse est négative. Nationalité et territoire forment un couple conceptuel et juridique méconnu mais constant. Le territoire n’est toutefois pas exactement celui que connaît le droit international<sup>286</sup>. Le rapport de la nationalité au territoire est médiatisé par une composante temporelle. La nationalité traduit ainsi l’attachement *habituel* de l’individu au territoire de l’État. Autrement dit, révéler la dimension territoriale de la nationalité ne conduit pas – par exemple – à considérer que l’État ne peut agir qu’à l’égard des individus qui se trouvent physiquement sur le sol national, pas plus d’ailleurs qu’à considérer que l’expatriation conduit nécessairement à la rupture du lien de nationalité. Le fondement de la nationalité repose ainsi sur l’appréciation de la qualité du lien juridique qui unit l’individu à l’État : si une sujétion territoriale à titre habituel peut être relevée, alors l’État pourra mobiliser sa compétence en matière d’octroi de la nationalité ; à l’inverse, si le caractère habituel de la sujétion territoriale est définitivement rompu entre l’État et l’individu, alors l’État pourra mobiliser sa compétence en matière de perte de la nationalité.

66. Pour en faire la démonstration, il est d’abord nécessaire de montrer comment le couplage entre la nationalité et le territoire s’est formé. Or, en la matière, le rapport territorial est double et chronologique. La nationalité a d’abord émergé dès le XVI<sup>e</sup> siècle dans l’ordre interne comme un *statut* territorial dont les règles de collation et de retrait suivent un régime purement territorial. En se fondant sur cette qualité, parfaitement consacrée au XVIII<sup>e</sup> siècle, l’État a pu conférer à la nationalité des *fonctions* territoriales liées à l’admission de ses nationaux, et à la prohibition de leur expulsion, dans un mouvement juridique qui s’étend de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle à la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Ces fonctions territoriales peu explorées se retrouvent d’ailleurs de manière topique en dehors de la forme unitaire de l’État : l’étude des constructions fédérales par association (Allemagne, Suisse, États-Unis et Union européenne) révèle que la

---

<sup>286</sup> L’approche retenue n’est pas formelle. Voy. Ian Brownlie, « The Relations of Nationality in Public International Law », *BYIL*, 1963, vol. 39, p. 325 : « Territory, both socially and legally, is not to be regarded as an empty plot : territory (with obvious geographical exceptions) connotes population, ethnic groupings, loyalty patterns, national aspirations, a part of humanity, or, if one is tolerant of the metaphor, an organism. To regard a population, in the normal case, as related to particular areas of territory, is not to revert to forms of feudalism but to recognize a human and political reality, which underlies modern territorial settlements. »

circulation et l'installation au sein des États membres sont prévus par un statut commun – une nationalité – qui confère ici encore des droits territoriaux aux différents ressortissants de l'association (titre 1).

67. Et montrer la dimension territoriale de la nationalité permet justement de mettre à jour l'encadrement territorial de l'État. Autrement dit, la puissance de l'État ne peut s'exprimer en droit de la nationalité que dans le respect de cette profonde nature territoriale. Deux logiques s'expriment. La première est un rapport de *validité* confiné à l'ordre interne : l'État n'est compétent en droit de la nationalité qu'à la condition de respecter le rapport de l'individu à son territoire. La seconde est un rapport d'*opposabilité* confiné cette fois à l'ordre international : les mesures étatiques non conformes à la dimension territoriale de la nationalité peuvent être privées d'effets internationaux. Il s'en déduit un encadrement territorial général et convergent entre les ordres interne et international du pouvoir de l'État en droit de la nationalité (titre 2).

### **Titre 1 : La construction territoriale de la nationalité**

### **Titre 2 : L'encadrement territorial de la compétence de l'État**

## TITRE 1. – La construction territoriale de la nationalité

« Nationality is a problem, *inter alia*, of attribution, and regarded in this way resembles the law relating to territorial sovereignty. »<sup>287</sup>

Ian BROWNLIE

68. Comment s'est construite la composante territoriale du lien de nationalité ? En France, la grande doctrine des XVIe-XVIIIe siècle, de même que la jurisprudence des Parlements, permet d'ancrer à cette époque une conception *territoriale* de la nationalité : le national – on emploie à l'époque les termes de « sujet » ou de « citoyen » – est celui qui est uni à l'État par un lien de sujétion territoriale à titre habituel. Autrement dit, là où l'étranger est présumé de passage, le national lui est présumé s'attacher durablement au souverain territorial – ce qui n'exclut pas l'expatriation tant que subsiste l'*esprit de retour*. Ce « statut territorial » de la nationalité va directement irriguer les fonctions qui lui sont attribuées. À la faveur de l'essor économique du XIXe siècle et du développement des migrations internationales, suivant un processus qui court jusqu'au XXe siècle, l'État confère à la nationalité des « fonctions territoriales » : l'État est obligé de réadmettre sur son sol ses nationaux, et leur expulsion est prohibée (chapitre 1). Ce qui se constate à l'échelle de l'État unitaire se vérifie encore dans les structures fédérales. La nationalité fédérale confère à son détenteur des droits territoriaux liés à la libre circulation et à la libre installation sur l'ensemble du territoire de l'association, c'est-à-dire sur l'ensemble des États fédérés (chapitre 2). Il s'en déduit que la dimension territoriale irrigue la nationalité, autant en ce qui concerne son *statut* que ses *fonctions*. La démonstration achevée, il sera possible de relever que cette construction territoriale produit un encadrement du pouvoir de l'État.

---

<sup>287</sup> Ian Brownlie, « The Relations of Nationality in Public International Law », *BYIL*, 1963, vol. 39, p. 364. Dans le même sens, voy. Peter Spiro, « A New International Law of Citizenship », *AJIL*, 2011, vol. 105, p. 715 : « *The traditional approach to nationality law can be conceived as a matter of human geography, confronted on the same terms as territorial geography.* »





## Chapitre 1. La territorialité du statut et des fonctions de la nationalité en France

69. L'on perçoit souvent la nationalité comme un moyen pour l'État d'exercer une compétence personnelle matérialisée par un lien juridique et formel d'appartenance d'un individu à la population de l'État. Cette manière d'approcher la nationalité fait toutefois écran à la perception du rapport territorial de la nationalité, assez contre-intuitif quand on sait que la compétence territoriale s'oppose justement à la compétence personnelle en droit international. Cela n'a pourtant rien de paradoxal : le rapport de la nationalité au territoire en France s'inscrit sur le temps long. Un mouvement en deux temps peut être mis à jour. Le premier mouvement tire ses sources de la grande doctrine et de la jurisprudence de l'Ancien Droit. À cette époque, féodalité et Ancien Régime convergent autour d'un critère territorial tout puissant dans les mécanismes d'octroi et de perte de la nationalité. La raison en est simple, la nationalité est le moyen de faire le départ entre, d'une part, une population étrangère, présente *temporairement* sur le sol de l'État, et qui souffre pour cette raison de différentes incapacités dont le droit d'aubaine est la plus emblématique et, d'autre part, une population présumée fixée – attachée même – au sol du souverain territorial et qui ne souffre pas d'incapacités spéciales. Pourquoi cette distinction ? En raison de la peur de voir les héritages emportés hors de France : le droit d'aubaine est une incapacité successorale qui protège l'État d'une fuite à l'étranger des valeurs mobilières du royaume. Du coup, le rapport au territoire est prépondérant dans la construction jurisprudentielle du statut de sujet de l'État. Les auteurs de l'époque – arrêttistes, civilistes, théoriciens, etc. – élaborent alors entre le XVI<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle une théorie de la nationalité entièrement fondée sur des critères territoriaux. La qualité de ressortissant national a beau être un lien personnel qui unit le souverain à ses sujets, les critères relatifs à la naissance et à la résidence sur le sol français irriguent l'entièreté des mécanismes d'octroi et de perte de la nationalité (section 1).

70. Cet acquis qui fait de la nationalité un statut dominé par des critères territoriaux va être réceptionné dès la législation intermédiaire dans un second mouvement. Les phénomènes croisés de développement des migrations internationales et de clôture des États laisse émerger des problématiques d'expulsion et de réadmission des nationaux. Comment alors réguler ces situations ? Le statut de national s'impose comme un moyen d'assurer des fonctions territoriales nécessaires à l'organisation des flux internationaux d'individus. Puisque la nationalité exprime déjà depuis l'Ancien Droit le rattachement d'un individu à un État, c'est ce statut qui va devenir le support d'une part d'une obligation de réadmission mise à la charge de l'État de nationalité,

et d'autre part d'une prohibition de l'expulsion de ces mêmes ressortissants. La territorialité du statut de national sert donc de fondement à l'émergence puis à la consécration de fonctions territoriales attachées à la possession de la nationalité<sup>288</sup>. Cette dynamique va s'étendre de la fin du XVIIIe siècle à la deuxième moitié du XXe siècle. La généalogie française de l'argument territorial montre alors que, dans un mouvement continu partant du statut pour gagner les fonctions, le droit de la nationalité s'est construit sous une claire domination territoriale (section 2).

### ***Section 1. La construction d'un droit de la nationalité fondé sur le territoire (XVI-XVIIIe s.)***

« [L]es terres des particuliers réunies et contiguës deviennent le territoire public, et (...) le droit de souveraineté, s'étendant des sujets au terrain qu'ils occupent, devient à la fois réel et personnel »<sup>289</sup>.

ROUSSEAU

71. Existe-t-il, dans l'histoire et la théorie de l'État, des critères déterminant les conditions d'accès et de perte de la nationalité ? L'étude des modernes permet d'apporter une réponse résolument positive. La plupart des auteurs ayant réfléchi à une théorie de l'État ont conduit par ailleurs une réflexion sur les conditions d'appartenance à la population de cet État. La souveraineté de l'État doit nécessairement disposer d'un domaine de validité personnel. Et parmi cette population soumise à l'autorité de l'État, on distingue une population constitutive de nationaux soumis durablement à la puissance étatique. Or, l'enjeu à l'époque moderne, c'est de déterminer qui est sujet du droit d'aubaine et qui ne l'est pas. Cette inégalité qui régule la distinction entre les sujets naturels ou naturalisés et les aubains est matricielle. Seuls les premiers ont la capacité de transmettre leur patrimoine et d'hériter ; les seconds en revanche ne peuvent ni transmettre ni recevoir, c'est le souverain qui reçoit à leur place<sup>290</sup>. Ce principe repose entièrement sur une formule territoriale. Le sujet naturel ou naturalisé est présumé établir un lien définitif (ou à tout le moins durable) avec le territoire du souverain, et il ne présente dès lors pas de risque d'emporter les héritages – c'est-à-dire la richesse de la France – à l'étranger. C'est précisément ce qui fait défaut à l'aubain, le « *civis temporarius* »<sup>291</sup>, dont la présence n'est présumée que temporaire sur le territoire du souverain. Le risque est donc élevé qu'il emporte

---

<sup>288</sup> Jean Morange, « Les frontières, entre logique territoriale et logique personnelle », in Étienne Pataut, *État(s) des frontières*, Paris, Pedone, 2017, p. 196, considère ainsi que nationalité et frontière « s'entrecroisent ».

<sup>289</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, livre I, chap. 9, Amsterdam, Michel Rey, 1762, p. 43-44.

<sup>290</sup> Voy. parmi de nombreuses références Jean-François Dubost, « Étrangers en France », in Lucien Bély (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, 2010, 3<sup>ème</sup> éd., p. 519-524.

<sup>291</sup> Voy. Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit* (1911), vol. II (Théorie juridique de l'État), Paris, Éditions Panthéon Assas, 2005, p. 38.

« l'or et l'argent »<sup>292</sup> du royaume hors de France. Les auteurs modernes ont donc théorisé les conditions d'acquisition et de perte du lien d'appartenance à la population de l'État, c'est-à-dire – avant que le terme n'existe – le régime juridique d'obtention (I) et de perte (II) de la nationalité, sur un fondement territorial.

## § 1. Présence sur le territoire et accès à la nationalité

72. Dans la théorie contractualiste de Rousseau, les sujets originaires de l'État sont les individus présents sur un même territoire qui consentent à transférer leurs droits à un souverain. À cette communauté *primaire*, s'ajoutent nécessairement de nouveaux ressortissants, *secondaires* d'un point de vue temporel, qui vont acquérir la qualité de membre de la puissance publique par la résidence sur le territoire. C'est en effet par cette résidence qu'ils se soumettent à la souveraineté de l'État et qu'ils expriment ainsi le consentement à appartenir à la communauté politique :

« Si donc, lors du pacte social, il s'y trouve des opposants, leur opposition n'invalide pas le contrat, elle empêche seulement qu'ils n'y soient compris : ce sont des étrangers parmi les citoyens. Quand l'État est institué, le consentement est dans la résidence ; habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté. »<sup>293</sup>

Rousseau précise tout de même que le consentement n'est que présumé et qu'ainsi le critère territorial n'est pas absolu : « la famille, les biens, le défaut d'asile, la nécessité, la violence, peuvent retenir un habitant dans le pays malgré lui, et alors son séjour seul ne suppose plus son consentement au contrat ou à la violation du contrat »<sup>294</sup>. Cette théorie politique ne doit rien au hasard, Rousseau réceptionne une longue tradition juridique qui fait de la naissance (A) comme de la résidence (B) sur le territoire de l'État des critères d'appartenance à la communauté civile.

### A. Le droit du sol, principe matriciel de l'Ancien Droit

73. Sous l'Ancien Droit, le sujet naturel est l'individu demeurant sur le territoire de l'État où il est né. En ce sens, le droit du sol à cette époque est absolument prépondérant (1). Toutefois,

---

<sup>292</sup> L'expression est empruntée à Bacquet, voy. *infra* n° 89.

<sup>293</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, livre IV, chap. 2, *op. cit.*, p. 241. L'auteur utilise encore ce critère territorial dans son chapitre sur le « Droit de vie et de mort » lorsqu'il affirme que le citoyen enfreignant le pacte social perd sa qualité de « membre » de la patrie. Il affirme alors que le séjour de l'individu sur le territoire est le critère de reconnaissance de la qualité de citoyen (*ibid.*, livre II, chap. 4, p. 71). Dans le même sens encore, voy. Jean-Jacques Rousseau, *Émile ou De l'éducation* (1762), livre V, in *Œuvres complètes*, vol. II, Paris, Furne, 1835, p. 704 : « Par un droit que rien ne peut abroger, chaque homme, en devenant majeur et maître de lui-même, devient maître aussi de renoncer au contrat par lequel il tient à la communauté, en quittant le pays dans lequel elle est établie ; ce n'est que par le séjour qu'il y fait après l'âge de raison qu'il est censé confirmer tacitement l'engagement qu'ont pris ses ancêtres. »

<sup>294</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, livre IV, chap. 2, *op. cit.*, p. 241, en note.

certain auteurs ajoutent parfois à ce droit du sol une condition supplémentaire tenant en la filiation avec un Français originaire. Mais en réalité cette *origo* issue du droit romain renvoie encore au territoire, de sorte que de manière constante, le lien territorial est le critère constant d'accès à la nationalité du XVIe au XVIIIe siècle (2).

## 1. Le droit du sol, un héritage féodal maintenu dans l'Ancien Droit

**74. Le droit du sol, un héritage féodal.** – Le droit du sol réceptionné et théorisé au XVIe siècle est un avatar de l'époque féodale, tirant lui-même sa source de l'époque francque, comme Lapradelle le soutient dans son ouvrage sur la *Nationalité d'origine* publiée en 1894 :

« La féodalité, dont le système entier repose sur le territoire, devait le fortifier et l'élargir : "L'homme et la terre étaient une seule et même chose, et l'un se confondait dans la nature de l'autre" (Boissy d'Anglas, séance du 29 frimaire an X). L'homme devenant l'accessoire du sol, il était dans la logique du système qu'il en reçut une patrie. »<sup>295</sup>

Beudant, ancien Doyen de la Faculté de droit de Paris et professeur de droit civil, affirme de la même manière en 1856 que « la terre, cette puissance nouvelle, va tout subordonner à son influence (...) : dans chacune de ces petites sociétés féodales, la nationalité se confond avec l'idée de souveraineté territoriale. »<sup>296</sup> Ce principe territorial s'inscrit en revanche en rupture avec les principes du droit romain, reposant essentiellement sur le droit du sang<sup>297</sup>. L'époque moderne et la centralisation du pouvoir au profit de la royauté ne changent pas le principe, si ce n'est ses limites territoriales car, comme le note Weiss dans son *Traité* : « La victoire longtemps disputée de la royauté sur les prétentions féodales ne modifia en rien le système suivi jusque-là pour fixer l'allégeance de chacun. L'idée d'extranéité se précise et s'étend. L'aubain est désormais la personne étrangère aux possessions de la couronne ; mais le *jus soli* conserve tous ses droits. »<sup>298</sup>

---

<sup>295</sup> Albert de Lapradelle, *De la nationalité d'origine. Droit comparé, droit interne, droit international*, Paris, Giard et Brière, 1893, p. 12.

<sup>296</sup> Charles Beudant, « De l'effet de la naissance en France sur la nationalité », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1856, vol. 9, p. 66.

<sup>297</sup> Sur ce point, voir les développements de Marguerite Vanel, *Évolution historique de la notion de Français d'origine du XVIe siècle au code civil : contribution à l'étude de la nationalité française d'origine*, Paris, Ancienne imprimerie de la Cour d'Appel, 1945, p. 18 : « Désormais, le rattachement des individus s'effectue d'après le territoire sur lequel ils sont nés, et non plus d'après l'origine de leur famille. Le *jus soli* s'est substitué au *jus sanguinis*. »

<sup>298</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, Paris, Larose et Forcel, 1892, 1<sup>ère</sup> éd., p. 39-40.

**75. La continuité dans l’Ancien Droit.** – Plusieurs décisions des Parlements d’Ancien Régime viennent confirmer ces analyses et la consécration du *jus soli* dans l’Ancien droit. Papon (décès vers 1585), conseiller du Roi et arrêviste du XVI<sup>e</sup> siècle, cite notamment dans son *Recueil d’arrests notables des Cours souveraines de France* une décision du Parlement de Paris rendue le 23 février 1515 jugeant que les enfants nés en France d’un étranger non naturalisé peuvent lui succéder, ce qui revient dans les termes de l’époque à considérer que les enfants nés en France de parents étrangers sont des sujets naturels, c’est-à-dire des Français :

« Bened. & autres, qui ont escrit dudit droit d’Aubeine, ont eu opinion, qu’un estrangier mourant au Royaume, ayt enfans ou non, a le Roy pour seul hériter. En quoy ils se sont deceus : car par la Loy de France sur ledit Aubeine, qui est enregistrée, & religieusement gardée en la chambre des Comptes, les enfans legitimes, & descendans en droite ligne, nays & demeurans en France, succedent à leur pere, ayeul, ou autre ascendant en droite ligne estrangier non naturalisé : mais les collatééraux, point. Et ainsi jut jugé par arrest de Paris du 23 iour de Fevrier 1515. »<sup>299</sup> (nous soulignons)

L’opinion est partagée par les plus grands auteurs de l’époque moderne, notamment et surtout par Bacquet (décès vers 1597), avocat du Roi, dans son *Traité du droit d’aubeine* qui précise sans équivoque que « Les vrays et naturels François sont ceux qui sont naiz dedans le royaume, païs, terres et seigneureries de la nation, domination et obéissance au Roy. »<sup>300</sup> Il précise encore à propos des étrangers : « L’autre sorte d’habitants du Royaume est, des Aubeins, c’est à dire estrangers qui ne sont naiz en France, ains en pays estrange, auquel le Roy de France n’est reconneu, ny obey, & sont venus demeurer au Royaume »<sup>301</sup>. Charondas le Caron (1536 – 1614), jurisconsulte parisien, confirmera à la même époque que « l’empeschement qu’on pourroit alleguer contr’eux, d’estre estrangiers, est purgé par le moyen de la demeure & residence qu’ils font au Royaume. Aussi qu’il est sans doute que les enfans de l’estrangier nez au Royaume lui succede demeurans en icelui »<sup>302</sup> dans ses *Responses et décisions du droict français*. Encore une fois, c’est à l’occasion de l’examen des incapacités successorales que l’homme de loi révèle en creux la qualité de Français des enfants nés sur le sol du Royaume, même de parents étrangers, puisque disposant du droit de leur succéder. Charondas va même plus loin que ses contemporains en affirmant que la demeure et résidence sur le territoire du Royaume fait perdre la

<sup>299</sup> Jean Papon, *Recueil d’arrests notables des cours souveraines de France*, vol. I, livre V, titre II, arrêt n° III, Lyon, Jean de Tournes, 1562, 4<sup>ème</sup> éd., p. 146-147.

<sup>300</sup> Jean Bacquet, *Traité du droit d’aubeine* (1577), partie I, chap. I, § 2, in *Œuvres de Jean Bacquet*, Paris, Pierre Bienfait, 1664, p. 2.

<sup>301</sup> *Ibid.*

<sup>302</sup> Louis Charondas le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droict François* (1593), livre II, chap. 8, in *Œuvre de Charondas*, vol. II, Paris, Estienne Richer, 1637, p. 216.

qualité d'étranger – peut-être fait-il implicitement référence aux lettres de naturalité que peuvent demander les étrangers dans le but justement d'échapper au droit d'aubaine ? L'opinion que la simple résidence ferait acquérir la qualité de sujet ne se retrouve en tout cas pas dans les écrits des autres auteurs modernes. L'essentiel demeure, la naissance sur le territoire confère la qualité de sujet naturel.

76. Domat (1625 – 1696), avocat à Clermont-Ferrand puis attaché au service du Roi, consolidera au XVII<sup>e</sup> siècle cet acquis juridique dans *Les quatre livres du droit public*, publié en 1697 à titre posthume. Il déclare que « Les enfants des étrangers, qui naissent dans un état où leur père était étranger, se trouvant originaires de cet état, ils en naissent sujets, et y ont les droits de naturalité, comme si leur père avait été naturalisé, et ils lui succèdent, quoiqu'il meure étranger. »<sup>303</sup> Ici, Domat procède à une analogie intéressante, considérant que la naissance sur le territoire français emporte de plein droit la naturalisation. Et l'obtention de la nationalité permet à l'enfant de succéder à son père, sans que ce dernier perde d'ailleurs sa qualité d'étranger. Pour terminer, Pothier (1699 – 1772) confirme au XVIII<sup>e</sup> siècle dans son remarquable *Traité des personnes*<sup>304</sup> que « Les citoyens, les vrais et naturels Français, suivant la définition de Bacquet, sont ceux qui sont nés dans l'étendue de la domination française, et ceux qui sont nés dans nos colonies, ou même dans les pays étrangers, comme en Turquie et en Afrique, où nous avons des établissemens pour la commodité de notre commerce. »<sup>305</sup> La référence à Bacquet, par delà deux siècles, confirme la profonde unité conceptuelle du rapport territorial de la nationalité dans la pensée des auteurs modernes<sup>306</sup>. Mais cette unité ne va pas sans certaines divergences à propos de l'origine des parents, certains autres auteurs privilégiant des critères renforcés par la filiation pour faire application du droit du sol.

---

<sup>303</sup> Jean Domat, *Les quatre livres du droit public* (1697), livre I, titre VI, section 4, § 5, in Joseph Rémy (dir.), *Œuvres de Jean Domat*, Paris, Firmin Didot, 1829, p. 122.

<sup>304</sup> Œuvre influençant très largement, par sa clarté, la rédaction du code civil de 1804.

<sup>305</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes* (1778), partie I, titre II, section 1<sup>ère</sup>, in André Dupin (dir.), *Œuvres de Pothier*, vol. VIII, Paris, Bechet aîné, 1825, p. 22 La référence aux comptoirs de commerce montre que la vision du territoire est particulièrement large, qu'elle suit l'ordre de contrainte (la « domination ») de l'État. L'auteur précise encore : « Au reste, pour que ceux, qui sont nés dans les pays de la domination française, soient réputés Français, on ne considère pas s'ils sont nés de parens français ou de parens étrangers, si les étrangers étaient domiciliés dans le royaume, ou s'ils n'y étaient que passagers. Toutes ces circonstances sont indifférentes dans nos usages : la seule naissance dans ce royaume donne les droits de naturalité, indépendamment de l'origine des père et mère, et de leur demeure » (*ibid.*, p. 23).

<sup>306</sup> L'opinion de Margerite Vanel, *Evolution historique de la notion de Français d'origine*, *op. cit.*, p. 35-36, selon laquelle « il apparaît certain que le jus soli n'est pas le système traditionnel français en matière de naturalité, mais un simple accident historique » apparaît donc excessive.

## 2. La question de l'origine des parents

77. **L'ajout d'une condition originaire issue du droit romain.** – Pour certains auteurs majeurs comme Bodin ou Vattel, la seule naissance sur le territoire n'emporte pas l'attribution de la nationalité. Sous l'influence du droit romain, ils apportent dans leurs constructions théoriques une condition liée à la filiation avec un Français. Cette divergence, intéressante sur le principe quoi que peu conforme au droit positif de l'époque, ne remet toutefois pas en cause le caractère territorial de l'attribution de la nationalité dans la pensée moderne. Bodin (1530 – 1596) dans sa *République* parue en 1576, définit ainsi le citoyen comme né sur le territoire d'un parent disposant lui-même de la nationalité, notant d'ailleurs qu'au regard des sources anciennes, le droit français s'était assoupli :

« le citoyen naturel est le franc subject de la République où il est natif, soit de deux citoyens, soit de l'un ou de l'autre seulement. Vray est qu'anciennement (et encores à present en plusieurs Républiques) pour estre citoyen, comme en Grece, autrement on appelloit *nothos*, ou mestifs ceux qui n'estoyent citoyens que d'un costé, et ne pouvoient, ni leurs enfans, avoir part aux benefices ni aux grands estats. »<sup>307</sup>

Près de deux siècles plus tard, Vattel (1714 – 1767) publie en 1758 *Le droit des gens* et y reprend une définition fondée sur un critère de filiation :

« Les Citoyens sont les membres de la Société Civile : Liés à cette Société par certains devoirs, & soumis à son Autorité, ils participent avec égalité à ses avantages. Les *Naturels*, ou *Indigènes* sont ceux qui sont nés dans le pays, de Parens Citoyens. (...) Je dis que pour être d'un pays, il faut être né d'un père Citoyen ; car si vous y êtes né d'un Etranger, ce pays sera seulement le lieu de votre naissance, sans être votre Patrie. »<sup>308</sup>

Ces définitions enrichies sont particulièrement intéressantes chez ces deux auteurs. En effet, ce n'est que chez Bodin et Vattel que l'on trouve un chapitre spécialement dédié à l'étude du Citoyen, c'est-à-dire au sens contemporain du terme, du ressortissant national<sup>309</sup>. Ces auteurs dépassent donc l'approche purement civiliste et fondée sur le droit d'aubaine pour faire du Citoyen une catégorie pleine et entière – et non plus une catégorie émergeant par défaut de l'étude des incapacités qui pèsent sur l'étranger. Que révèle donc cette définition justement différente de ceux qui ne s'attachent à définir le national qu'en opposition avec l'étranger ?

---

<sup>307</sup> Jean Bodin, *Les six livres de la République* (1576), livre I, chap. 6, in Henri Rochais, Marie-Dominique Couzinet et Christiane Frémont (dir.), *Les six livres de la République de Jean Bodin*, vol. I, Paris, Fayard, 1986, p. 116.

<sup>308</sup> Emer de Vattel, *Le droit des gens*, vol. I, livre I, chap. 19, § 212, Londres [Neuchâtel], 1758, p. 197-198.

<sup>309</sup> Vattel marque ainsi une originalité remarquable, notamment face à Wolff, dont il est souvent soupçonné de simplement transposer la pensée. Voy. Carlos Santulli, « Vattel », in Jean-Louis Halpérin et Olivier Cayla (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2010, p. 593.



78. Les penseurs modernes ont souvent emprunté au droit romain des notions et des concepts pour enrichir les définitions héritées des catégories féodales<sup>310</sup>. Les approches de Bodin et Vattel qui ajoutent au critère territorial de la naissance celui de la filiation avec des parents eux-mêmes nationaux en sont de bonnes illustrations : c'est l'« *origo* » ou le domicile originaire qui enrichit ici leurs écrits<sup>311</sup>. Comme le note Yan Thomas, « L'«origine» s'analyse comme un lien transgénérationnel et permanent, selon le mode si caractéristique des institutions romaines (...). Selon ce système, chacun était citoyen du lieu d'où son père lui-même était citoyen parce qu'il en tirait son origine. »<sup>312</sup> Bien sûr, ni Bodin, ni Vattel ne vont si loin, c'est-à-dire admettre un droit du sang absolu ; l'origine des parents n'est qu'un critère supplémentaire à celui de la naissance sur le territoire. En ce sens, Lapradelle concluait que :

« Jamais il n'est dit que le domicile des parents détermine la nationalité de l'enfant. Il en est seulement tenu compte pour concilier le principe féodal du sol avec le principe romain de la nationalité paternelle. (...) D'une part, il ne suffit pas d'être issu de parents nationaux, à l'étranger, pour partager leur titre ; il faut encore que les parents soient domiciliés dans le pays. *D'un autre côté, la naissance sur le sol ne suffit pas pour rendre naturel, il faut qu'elle procède de parents domiciliés. Le conflit du droit féodal et du droit romain est ainsi tranché par l'intervention du principe du domicile.* »<sup>313</sup> (nous soulignons)

79. **La condition personnelle renvoie en réalité à une condition territoriale.** – Mais ces définitions révèlent une aporie. Si pour déterminer la nationalité de l'enfant, il faut se référer à la nationalité des parents, alors comment déterminer la nationalité des parents ? Sur cette question Bodin ne précise rien. Il semble donc implicitement se reporter aux apports du droit romain : « A travers l'*origo* du père, il fallait remonter jusqu'à celle de l'aïeul paternel, qui l'avait à son tour héritée »<sup>314</sup>, et ainsi de suite ; « Pratiquement, le temps écoulé devait faire l'affaire, et il suffisait sans doute de quelques générations pour fixer une lignée en un lieu. »<sup>315</sup> Donc, il est possible de former l'hypothèse que dans la pensée de Bodin, ce sont les naissances successives sur le territoire du Royaume qui permettent de déterminer que les parents sont citoyens. Vattel, percevant sans doute l'insuffisance d'une telle définition, se fait plus précis. Dans sa définition du Citoyen déjà citée, il conclut son analyse en déclarant que « La Patrie des Pères est donc celle des enfans ». Or, le publiciste suisse a déjà précisé auparavant dans son traité que

---

<sup>310</sup> Dans le même sens, voy. Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne* (1975), Paris, PUF, 2013, p. 463-467.

<sup>311</sup> Voy. Anne Lefebvre-Teillard, « Ius sanguinis : l'émergence d'un principe. Éléments d'histoire de la nationalité française », *Rev. crit. DIP*, 1993, n° 2, p. 230-232.

<sup>312</sup> Yan Thomas, « Le droit d'origine à Rome », *Rev. crit. DIP*, 1995, n° 2, p. 278.

<sup>313</sup> Albert de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, op. cit., p. 95.

<sup>314</sup> Yan Thomas, « Le droit d'origine à Rome », op. cit., p. 278.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 282.

« [la Patrie] désigne l'Etat (...) où nos Parens avoient leur Domicile, au moment de notre naissance »<sup>316</sup>, et que « Le *Domicile naturel*, ou d'*origine*, est celui que la naissance nous donne »<sup>317</sup>, l'opposant au « *Domicile acquis* (...) que nous nous établissons par notre propre volonté »<sup>318</sup>. Donc, Vattel considère que pour se voir attribuer la nationalité à la naissance, il faut naître sur le territoire d'un État où l'un de ses parents<sup>319</sup> dispose de son domicile, c'est-à-dire soit le territoire où il est né (domicile d'origine), soit le territoire où il a décidé de s'établir (domicile acquis). Le premier cas revient à une forme de « double droit du sol » (naître sur le territoire où l'un de ses parents est lui-même né), tandis que le second cas est une condition de « résidence habituelle » des parents au moment de la naissance (Vattel exclut par exemple que l'individu présent sur le territoire d'un autre État pour ses affaires y soit considéré comme domicilié).

**80.** Les auteurs contemporains comme Marguerite Vanel ou Anne Lefebvre-Teillard ramènent *in fine* cette problématique au droit de la preuve :

« La preuve en matière de nationalité est, en effet, comme en matière de propriété, une véritable *probatio diabolica*. Comment démontrer que l'on est né d'un père Français, si pour prouver que celui-ci est Français on doit apporter la preuve qu'il est lui-même né d'un père français ? Toute preuve directe est impossible. Il faut alors s'en tenir aux présomptions dont la plus probante est encore le lieu de la naissance, on revient au jus soli. (...) Rechercher le lieu d'origine de la famille, c'est encore appliquer le jus soli. »<sup>320</sup>

« [l'origine paternelle] est pour l'enfant légitime celle de son père qui elle-même n'est pas déterminée par l'*origo* de l'aïeul, sans quoi (...) il faudrait remonter à Adam, mais par le lieu de naissance du père. »<sup>321</sup>

En conclusion donc, même lorsque les auteurs modernes se réfèrent à la filiation et à l'origine pour établir la nationalité de l'enfant, ils renvoient inévitablement au droit du sol et aux critères territoriaux ; le droit du sol est seulement aménagé<sup>322</sup>. La prise en compte de la filiation dans l'Ancien Droit n'est donc jamais l'expression d'une remise en cause de la territorialité des critères d'accès à la nationalité. Pourquoi dès lors recourir à une définition plus restrictive que celle du droit de l'époque ? Il est probable que Bodin et Vattel, tous deux proches des Rois de

<sup>316</sup> Emer de Vattel, *Le droit des gens*, vol. I, livre I, chap. 19, § 212, *op. cit.*, p. 197-198. Dans le même sens voy. encore le chap. 11, § 122, p. 112-113.

<sup>317</sup> *Ibid.*, chap. 19, § 215, p. 199.

<sup>318</sup> *Ibid.* Une même distinction se retrouve chez Jean Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*, partie V, chap. 39, § 9-10, *op. cit.*, p. 82.

<sup>319</sup> Le père en cas de naissance légitime, dans les autres cas la mère.

<sup>320</sup> Marguerite Vanel, *Évolution historique de la notion de Français d'origine*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>321</sup> Anne Lefebvre-Teillard, « Ius sanguinis : l'émergence d'un principe. Éléments d'histoire de la nationalité française », *op. cit.*, p. 231.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 240, note à propos du droit du sang « la place modeste qui lui est techniquement faite » dans l'Ancien droit. Dans le même sens, voy. Yan Thomas, « Le droit d'origine à Rome », *op. cit.*, p. 283-284.

leurs époques, aient cherché à restreindre en théorie l'accès aux corps des nationaux de manière à augmenter le corps des étrangers, dont on connaît la soumission à des prérogatives royales très étendues (notamment le droit d'aubaine). Il est en tout cas certain que cette doctrine n'a pas été reçue par le droit français, car comme le précise Pothier à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle dans son *Traité des personnes* : « Toutes ces circonstances sont indifférentes dans nos usages : la seule naissance dans ce royaume donne les droits de naturalité, indépendamment de l'origine des père et mère, et de leur demeure. »<sup>323</sup>

## **B. La naturalisation, entre discrétionnarité et territorialité**

**81.** La naturalisation est un acte manifestant la souveraineté du Roi. Elle est donc prononcée suivant un régime ultra-discrétionnaire, signifiant l'absence de toutes conditions préalablement fixées (1). Les récents travaux de Peter Sahlins démontrent cependant que la naturalisation demandée par l'étranger n'est jamais refusée, et qu'une fois prononcée, seule une condition rend la naturalisation valide : la présence sur le territoire (2).

### **1. Le régime ultra-discrétionnaire de la naturalisation**

**82. Une discrétionnarité en trompe l'œil.** – Le régime juridique de la naturalisation est paradoxal. Si tous les auteurs s'accordent sur son caractère souverain et donc discrétionnaire, il n'en demeure pas moins que dans les faits, la naturalisation demandée par l'étranger au Roi n'était jamais refusée. Georges Picot, dans son *Histoire des États Généraux* publiée en 1872, rapporte la demande du Tiers-Etat à propos des lettres de naturalité lors des Etats de Blois de 1576 :

« aussi suppliait-il le roi de “n'accorder lettres de naturalité et bourgeoisie aux étrangers, et défendre à tous juges d'y avoir égard, sinon qu'ils aient demeuré en votre royaume le temps de dix ans et en icelui acquis 200 livres de rente pour le moins, et ayant femmes et enfants, auquel cas lesdites lettres leur serviront seulement pour les successions et non pour tenir offices, ni bénéfices vacants, ni ferme de votre domaine ; et où ils s'absenteroient de votre royaume pour plus d'un an, ou acquerroient hors d'icelui, ils perdront les bénéfice de leursdites lettres.” Malgré la défaveur avec laquelle les étrangers étaient traités par l'ancien droit et la méfiance qu'ils inspiraient à la nation, les justes garanties réclamées par le tiers état ne parvinrent pas à prévaloir contre l'arbitraire royal. *Le prince conserva le droit de naturaliser sans conditions d'aucune sorte l'étranger auquel il lui plaisait de donner la jouissance des droits civils (...).* »<sup>324</sup> (nous soulignons)

---

<sup>323</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes*, partie I, titre II, section 1<sup>ère</sup>, *op. cit.*, p. 23.

<sup>324</sup> Georges Picot, *Histoire des États Généraux*, vol. II, Paris, Hachette, 1872, p. 538-539.

L'auteur qualifie ainsi d'arbitraire le pouvoir de prendre des lettres de naturalité, ce qui revient à relever l'existence d'une prérogative ultra-discrétionnaire, inconditionnée juridiquement. De fait, la naturalisation est prononcée par le Roi « car tel est nostre plaisir », mention inscrite en clôture de la lettre<sup>325</sup>. Dans le même sens, les auteurs modernes s'accordent sur l'absence de conditions pour naturaliser un étranger. Bacquet précise ainsi que « le Roy seul peut naturaliser l'étranger ; c'est à dire le faire comme naturel François, tel que s'il estoit nay en France, & luy donner permission de demeurer & acquerir biens au Royaume, avec congé de tester & succeder à ses parens naiz & demeurans en France. »<sup>326</sup> Domat mentionnera « une grace du prince »<sup>327</sup> sans fixer davantage de conditions que Bacquet. Pothier conclura *in fine* que « Le roi seul peut naturaliser les étrangers : cet acte est un exercice de la puissance souveraine, dont il est le seul dépositaire. »<sup>328</sup> Par ailleurs, la décision du Roi n'interviendra que sur la demande de l'individu étranger, comme le note Bodin en recourant à la métaphore civiliste : « Car tout ainsi que la donation ne vaut rien si le donateur n'a présenté, et le donataire accepté l'offre à luy faite : aussi l'étranger n'est point citoyen ni subject du Prince étranger, s'il n'a receu le benefice du Prince étranger »<sup>329</sup>.

**83.** Peter Sahlins, dans son étude d'envergure sur la naturalisation sous l'Ancien Régime à partir de documents d'archives, a constaté que la naturalisation était toujours accordée à l'étranger qui la demandait :

« Affirmer que la naturalisation était automatiquement octroyée semble paradoxal car, juridiquement, ce privilège demeurait une prérogative discrétionnaire du Roi. Mais de fait, l'automatisme croissante de la naturalisation traduisait administrativement la transformation de la nationalité, passant du domaine de la politique vers celui du droit, celle-ci subissant une dépolitisation au début de la période moderne. Spécialement au début du règne de Louis XIV, toutes les matières commencèrent à relever du droit administratif, du protocole. Si le protocole – incluant un enregistrement en bonne et due forme – était correctement exécuté, la couronne ne refusait que rarement, voir jamais, les demandes de naturalisation (...). »<sup>330</sup>

---

<sup>325</sup> Voy. le modèle présenté par Jean Papon, *Secrets du troisième et dernier notaire*, livre VI, chap. 3, Lyon, Jean de Tournes, 1583, 2<sup>ème</sup> éd., p. 461.

<sup>326</sup> Jean Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*, partie III, chap. 24, § 1, *op. cit.*, p. 53.

<sup>327</sup> Jean Domat, *Les quatre livres du droit public*, livre I, titre II, section 2, § 9, *op. cit.*, p. 30.

<sup>328</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes*, partie I, titre II, section 3, *op. cit.*, p. 33.

<sup>329</sup> Jean Bodin, *Les six livres de la République*, livre I, chap. 6, *op. cit.*, p. 138.

<sup>330</sup> Peter Sahlins, *Unnaturally French*, Ithaca, Londres, Cornell University Press, 2004, p. 78. L'auteur ne donne par la suite aucun exemple de refus. Dans un article en français, il précise encore : « Tout concourt à montrer que, si le postulant acceptait de suivre les longues procédures bureaucratiques et si le protocole était correctement observé, l'octroi des lettres était automatique. », voy. Peter Sahlins, « La nationalité avant la lettre. Les pratiques de naturalisation en France sous l'Ancien Régime », *Annales – Histoire, Sciences Sociales*, 2000, vol. 55, n° 5, p. 1086.

Une telle analyse est confirmée par Denisart dans sa *Collection de décisions et de notions* publiée entre 1754 et 1756 dans laquelle il énonce que « Ces Lettres [de naturalité] ne se refusent jamais aux Etrangers qui en demandent : à peine témoignent-ils quelque inclination pour rester en France, que le Prince les adopte & les aggrege au nombre de ses Sujets »<sup>331</sup>. Paradoxalement donc, l'exercice d'une prérogative ultra-discrétionnaire n'exclut pas que les demandeurs à la naturalisation obtiennent tous satisfaction.

## 2. La clause de résidence

**84. L'exigence de transposer sa résidence en France.** – Dans ses lettres de naturalités, le Roi offre à l'individu naturalisé « qu'il puisse, & luy soit loisible, demeurer, resider & habiter en cestuy nôtre Royaume, Païs, terres & Seigneuries de nôtre obeïssance »<sup>332</sup>. Loin d'être purement formelle, cette condition de résidence est en droit une condition de validité de la lettre de naturalité : l'étranger naturalisé doit fixer en France sa résidence pour que la lettre produise ses effets.

**85.** Bodin en fait mention sans équivoque dans sa *République* en notant que « Si l'étranger qui a obtenu lettres de naturalité hors de son païs n'y veut demeurer, il perd le droit qu'il y pretend »<sup>333</sup>. Domat mentionne quant à lui que la naturalisation intervient « lorsqu'un étranger veut établir sa demeure dans un état »<sup>334</sup>. Au XVIII<sup>e</sup> siècle Pothier consacre le principe avec la plus grande clarté : « il faut observer que les lettres de naturalité sont censées renfermer la condition de demeurer dans le royaume, et que, pour que l'étranger puisse en profiter sans cette demeure, il faut qu'il y ait une clause qui l'en dispense. »<sup>335</sup> Denisart confirme par ailleurs dans sa *Collection* : « Les Etrangers Naturalisés doivent faire résidence constante & permanente en France : s'ils n'y faisoient qu'une résidence momentanée, & s'ils demeuroient tantôt dans un pays, tantôt dans un autre, leur Lettres de Naturalité, seroient sans effet. »<sup>336</sup>

**86.** Quel est le sens de cette clause de résidence ? Pour Peter Sahlins, elle apporte d'abord la preuve de l'assimilation sociale et de l'intégration du demandeur, chère aux juristes de l'époque. Elle apporte ensuite la preuve de la loyauté de l'individu à la couronne qui l'a fait

---

<sup>331</sup> Jean-Baptiste Denisart, « Naturalisation », in *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, vol. II, t. 2, Paris, Desaint, 1766, 5<sup>ème</sup> éd., p. 228.

<sup>332</sup> Voy. les modèles présentés par Jean Papon, *Secrets du troisième et dernier notaire*, livre VI, chap. 3, *op. cit.*, p. 461 ; le modèle présenté par Jean Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*, partie III, chap. 22, *op. cit.*, p. 51.

<sup>333</sup> Jean Bodin, *Les six livres de la République*, livre I, chap. 6, *op. cit.*, p. 139-140.

<sup>334</sup> Jean Domat, *Les quatre livres du droit public*, livre I, titre II, section 2, § 9, *op. cit.*, p. 30.

<sup>335</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes*, partie I, titre II, section 3, *op. cit.*, p. 35.

<sup>336</sup> Jean-Baptiste Denisart, « Naturalisation », in *Collection de décisions*, *op. cit.*, p. 230.

national, par la soumission territoriale au pouvoir temporel du Roi<sup>337</sup>. Sans surprise, cette clause de résidence témoigne à nouveau de l'essence territoriale de la nationalité. Les différentes tentatives de faire de cette exigence de résidence effective dans le royaume une simple condition de domicile d'intention ont échoué devant les Cours<sup>338</sup>. Le seul moyen de tenir en échec cette condition territoriale est d'obtenir du Roi une mention expresse dans les lettres de naturalité dispensant son récipiendaire de fixer sa résidence sur le sol français. En pratique, une telle dispense n'était accordée qu'aux familles de haute noblesse expatriées à l'étranger<sup>339</sup>.

## § 2. Sortie du territoire et perte de la nationalité

« La manière la plus commune de cesser d'être Citoyen d'un Etat, c'est lors que, de son pur mouvement (...) on va s'établir dans un autre. »<sup>340</sup>

PUFENDORF

« Défendons à tous nos sujets de s'établir sans notre permission dans les pays étrangers (...) à peine de confiscation de corps et de biens, et d'être réputés étrangers. »<sup>341</sup>

Ordonnance royale de 1669

**87.** Si la présence sur le territoire permet l'accès à la nationalité, l'Ancien Droit et ses penseurs consacraient aussi – réciproquement – la perte de la nationalité par la sortie du territoire. La sortie volontaire, c'est-à-dire l'expatriation, conduit à la perte de la nationalité lorsque se trouve perdu l'esprit de retour. Le droit du sang va toutefois progressivement aménager ce principe sans le remettre en cause (A). La sortie involontaire du territoire, c'est-à-dire à titre de peine, conduit en revanche à une perte de la nationalité définitive (B).

### A. Perte de la nationalité par la sortie volontaire : un principe aménagé par le droit du sang

**88.** Le principe est édicté très tôt et suit la territorialité de la nationalité : la sortie du territoire conduit nécessairement à la perte de la qualité de sujet (1). La sévérité de ce principe est

---

<sup>337</sup> Voy. Peter Sahlins, *Unnaturally French*, *op. cit.* p. 93.

<sup>338</sup> *Ibid.*

<sup>339</sup> *Ibid.* Voy. également Jacques Boizet, *Les lettres de naturalité sous l'Ancien Régime*, thèse, 1943, Paris, Maurice Lavergne, p. 76-77.

<sup>340</sup> Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens* (1732, trad. Jean Barbeyrac), vol. II, livre VIII, chap. 11, § 2, Basle, Thourneisen, 1732, p. 495.

<sup>341</sup> Cette ordonnance est rapportée Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes* (1778), partie I, titre II, section 4, *op. cit.*, p. 36-37.

cependant rapidement aménagée par l'introduction d'une part de droit du sang au système territorial de la nationalité, la nationalité pouvant être recouvrée par filiation à la condition du « retour » sur le sol français (2).

## 1. La perte de la nationalité par la sortie du territoire

**89. La perte par la rupture définitive de la sujétion territoriale.** – Le déplacement hors des frontières du Royaume conduit nécessairement à soustraire à l'individu à la souveraineté royale, et la perte de ce lien de sujétion conduit à la perte de la nationalité<sup>342</sup>. En effet, le Français parti s'installer à l'étranger, perd ses droits successoraux, ce qui le ramène *de jure* à une condition d'étranger. Bacquet indique ce principe dans son *Traité* avec la plus grande clarté :

« le François qui s'est retiré & habitué hors de France (...) ne peut aucunement succeder en France : Soit que le François demeure perpetuellement hors de France, & ne vienne aucunement demeurer au Royaume, auquel cas il est sans doute qu'il ne peut succeder, d'autant (...) qu'il emporteroit l'Or & l'Argent hors de France »<sup>343</sup>

Et Bacquet précise par ailleurs que la résidence habituelle hors de France s'entend de l'individu marié en pays étranger, y ayant eu des enfants, accepté des charges ou offices, ou s'étant fait naturaliser<sup>344</sup>. *A contrario*, le Français résidant à l'étranger pour le commerce, ou « pour autres causes & occasions momentanées »<sup>345</sup>, pourra réclamer sa succession une fois de retour sur le territoire. Le souci, comme toujours, est d'éviter que les successions ne soient emportées à l'étranger et privent le royaume de sa richesse mobilière. Le maintien du terme de « François » pour parler du Français expatrié ne doit pas tromper : dans une telle situation, le Français a perdu sa nationalité et devient juridiquement un étranger. Loisel le confirme dans ses *Institutes coutumieres* : « Aubains sont estrangers qui sont venus s'habiter en ce Royaume, ou qui en estant natifs, s'en sont volontairement estrangez. »<sup>346</sup> (nous soulignons) Pothier, dans son *Traité des personnes*, consacre encore le principe au XVIII<sup>e</sup> siècle :

« Le Français, sorti du royaume sans conserver l'esprit de retour, devient presque de la même condition que les étrangers. Il y a seulement une différence entre les étrangers et les Français expatriés, qui est que les Français recouvrent les droits de régnicoles, en revenant dans leur patrie avec dessein d'y fixer leur demeure (...). Ce Français, qui revient en France, ne recouvre

---

<sup>342</sup> L'individu ne peut d'ailleurs sortir du territoire sans obtenir l'autorisation du souverain. Voy. Emer de Vattel, *Le droit des gens*, vol. I, livre I, chap. 19, § 220 et s., *op. cit.*, p. 201 et s. ; Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625, trad. Jean Barbeyrac), vol. I, livre II, chap. 5, § 24, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, p. 306-307 ; Jean Bacquet, *Traité du droit d'aubeine*, partie V, chap. 37, § 2, *op. cit.*, p. 77.

<sup>343</sup> Jean Bacquet, *Traité du droit d'aubeine*, partie V, chap. 37, § 4, *op. cit.*, p. 77

<sup>344</sup> *Ibid.*, § 2.

<sup>345</sup> *Ibid.*, § 8, p. 78.

<sup>346</sup> Antoine Loisel, *Institutes coutumieres* (1607), livre I, titre I, § 48, Paris, Henry le Gras, 1637, p. 9.

les droits de régnicole que du moment de son retour : ainsi il ne peut recueillir les successions qui lui sont échues, ni les dispositions faites à son profit pendant son absence. »<sup>347</sup>

Pothier estime que l'esprit de retour est perdu si le Français établit « le centre de sa fortune en pays étranger, s'il s'y était fait pourvoir de quelque office ou bénéfice, surtout s'il s'y était fait naturaliser »<sup>348</sup>. À la différence de Bacquet, il considère que le mariage n'est qu'un indice et ne permet pas à lui seul de présumer l'absence d'esprit de retour<sup>349</sup>. Il reconnaît par ailleurs à un droit à la réintégration lors du retour sur le territoire.

## 2. La conservation de la nationalité, à la condition du retour, par le droit du sang

**90. Le droit du sang, un aménagement prétorien.** – Le XVI<sup>e</sup> siècle et son essor économique entraîne des mouvements migratoires importants, notamment parmi les élites issues de la noblesse. La perte de résidence des parents et surtout l'absence de naissance sur le territoire français des enfants conduisent à l'impossibilité de transmettre la nationalité française. Ces enfants, élevés dans la culture française sans être nés sur le territoire français, sont placés dans l'incapacité de succéder à leurs aïeux, quand bien même ils rentreraient en France.

**91.** Le Roi va longtemps pallier les inconvénients de cette situation en délivrant aux enfants de Français n'étant pas nés en France des lettres de naturalité leur permettant de succéder à leurs parents, à condition évidemment de revenir s'installer sur le territoire français<sup>350</sup> (« les lettres de naturalité effacent toute marque de pérégrinité »<sup>351</sup>). Mais cette solution, fort peu systématique, ne permet pas de trancher le conflit né de deux logiques inconciliables : d'une part une logique économique qui veut que seuls les Français, c'est-à-dire les individus disposant d'un lien territorial permanent avec la France, puissent succéder (pour ne pas provoquer un déplacement des richesses à l'étranger) ; d'autre part une logique héréditaire qui fait du droit de succession un droit « naturel » des enfants, sans regard pour le lieu de résidence<sup>352</sup>.

**92.** Le problème est tranché par l'introduction d'une part de droit du sang dans le droit de la nationalité de l'époque par le Parlement de Paris dans l'arrêt *Marie Mabile*, « point de plus

---

<sup>347</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes* (1778), partie I, titre II, section 4, *op. cit.*, p. 37.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> Voy. Jacques Boizet, *Les lettres de naturalité sous l'Ancien Régime*, *op. cit.*, p. 71-77.

<sup>351</sup> Jean Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*, partie V, chap. 39, § 15, *op. cit.*, p. 83.

<sup>352</sup> Voy. ce qu'en dit Bacquet, *ibid.*, § 16, p. 85 : « que le lien de parenté & consanguinité est naturel & indissoluble, ne se peut oster, effacer, ny tollir, par la mutation du domicile », mais aussi Emer de Vattel, *Le droit des gens*, vol. I, livre I, chap. 19, § 215, *op. cit.*, p. 199 : « Par la Loi Naturelle seule, les enfans suivent la condition de leurs pères, & entrent dans tous leurs droits ; le lieu de la naissance ne fait rien à cela, & ne peut fournir de lui-même aucune raison d'ôter à un enfant ce que la nature lui donne ».



fameux ni de plus formel »<sup>353</sup> selon d'Aguesseau, rendu le 7 septembre 1576. Dans cette affaire, que relate longuement Bacquet dans son *Traité*, et après lui d'Aguesseau dans son 32<sup>e</sup> Plaidoyer<sup>354</sup>, était en cause la succession d'Annette de Vaux, née en France et décédée en 1560. Lors du décès, la succession fut distribuée entre les héritiers français de Madame de Vaux, c'est-à-dire deux de ses enfants nés en France. Mais sa petite-fille, Marie Mabile, née en Angleterre, réclama dès son retour en France en 1570 une part de la succession. Le Parlement de Paris jugea finalement que Marie Mabile, bien que non native de France, obtenait la nationalité française par la conjonction de sa filiation française et de son installation en France, et pouvait ainsi hériter :

« apres que l'inthimée mandée & ouye en la Cour, eut déclaré qu'elle estoit veuve, sept ans y avoit, qu'elle estoit retournée en ce Royaume (...) en esperance de n'en bouger : Et où elle abandonneroit & delaisseroit ce Royaume pour retourner en Angleterre, consentoit d'estre privée des biens à elle escheus & qui luy appartenoient par le deceds d'Adnette de Vaux son ayeule. La Cour par Arreste solmnellement prononcé par Monseigneur le Président de Thou, le septiesme Septembre, 1576, a confirmé la sentence donnée par le Prévost de Paris, en ce faisant adjugé à l'inthimée le tiers des biens demeurez par le deceds & succession d'Adnette de Vaux pour un tiers »<sup>355</sup>

« Sur ces différens Moyens, intervint Arrêt qui fut prononcé par M. le Premier Président de Thou, le 7 Septembre 1576, par lequel, après la déclaration de Marie Mabile, qu'il y avoit cinq ans qu'elle étoit revenue en ce Royaume, qu'elle ne prétendoit plus retourner en Angleterre, qu'elle consentoit d'être privée de tous biens si elle y retournoit, l'Appellation fut mise au néant, & la Sentence confirmée. »<sup>356</sup>

Dès cet arrêt, dont le principe est encore confirmé par Charondas<sup>357</sup>, il est donc établi que les enfants nés en territoire étranger de parents français obtiennent la nationalité en cas de « retour » sur le sol français. Le fondement de cette évolution juridique est double. Le premier se trouve dans la notion d'*origo*, déjà étudiée à propos des conditions d'application du droit du sol. D'origine romaine, cette notion met l'accent sur la transmission par la filiation des éléments

<sup>353</sup> Henri-François d'Aguesseau, « 32<sup>ème</sup> plaidoyer (1694) », in *Œuvres du Chancelier d'Aguesseau*, vol. III, Paris, Desaint & Saillant, Herissant, Savoye, Simon, Durand, 1762, p. 135.

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 135 et s.

<sup>355</sup> Jean Bacquet, *Traité du droit d'aubeine*, partie V, chap. 39, § 25, *op. cit.*, p. 85.

<sup>356</sup> Henri François d'Aguesseau, « 32<sup>ème</sup> plaidoyer (1694) », *op. cit.*, p. 137.

<sup>357</sup> Louis Charondas le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droict François* (1593), livre II, chap. 8, *op. cit.*, p. 216 : « Et par l'argument des arrests, par lesquels a esté jugé que les enfans d'un naturel François, qui s'estoit retiré hors du Royaume, encores qu'ils ayent esté nez hors d'iceluy, en revenant demeurer en France, sont capables d'apprehender les biens delaissez par le decez de leur pere ou mere, du 14 Aoust, 1554 au profit de Geoffroy de Cenamy. Et du 7 Septembre, 1576 pour Marie Mabile native d'Angleterre, & du mois de Juillet, 1603 sur un appel d'Auvergne pour les enfans de pere & mere qui avoient par un long temps demeuré en Espagne, où lesdits enfans nommez Armandiers avoient esté nez : mais ledit arrest porte, à la charge que l'enfant venu d'Espagne fera désormais sa demeure & habitation continuelle au Royaume avec sa famille : laquelle charge est remarquable. »

constitutifs de l'état civil, notamment la qualité de citoyen, en dehors de tous critères territoriaux. D'Aguesseau le confirme :

« il n'est pas au pouvoir d'un pere de priver ses enfants de l'avantage inestimable de leur origine ; & puisque le Droit a décidé dans plusieurs Loix, que personne ne pouvoit, par sa propre volonté, changer son origine, à plus forte raison l'origine des enfants ne peut être changée par la volonté du pere »<sup>358</sup>.

Autrement dit, les hasards de la naissance sur un territoire étranger, par le seul fait d'un déplacement géographique des parents, ne sauraient faire perdre aux enfants la qualité de sujet (« un droit qui leur est si avantageux »<sup>359</sup>) qu'ils tirent de leur *origine* familiale. Le second fondement de cette évolution est une application du droit de *postlimine*, droit romain initialement conféré au prisonnier libéré (et revenu dans sa patrie) de reprendre possession de ses biens : le droit de *postlimine* est ainsi « le droit que l'on acquiert par un retour dans les frontières »<sup>360</sup> comme le décrit Grotius. Logiquement, les auteurs voient dans l'arrêt *Mabile* « une espèce de Droit de *postliminium*, si l'on ose ainsi parler »<sup>361</sup>, puisque l'enfant né à l'étranger de parents français retournant sur le territoire d'origine de ses parents obtient les mêmes droits que les individus nés et demeurant sur le territoire français. Ainsi, la conjugaison des notions d'*origo* et de *postlimine* « vise à neutraliser les effets de l'installation durable dans une autre cité »<sup>362</sup>.

**93.** Pour sécuriser cette nouvelle voie d'accès à la nationalité, Bacquet mentionne dans son *Traité* l'intérêt d'obtenir du Roi, non pas des lettres de naturalité, mais des lettres d'habilitation, encore appelées lettres de déclaration<sup>363</sup>. Ces lettres de déclaration devraient selon cet auteur faire « narration (...) que [les enfants] sont originaires de France, naiz de pere & mere François, que le lien de parenté & consanguinité est naturel & indissoluble, ne se peut oster, effacer, ny tollir, par la mitation du domicile, sera mandé les faire jouyr de la succession contentieuse, sans d'arrester ny avoir esgard au lieu de leur naissance, ny retraite faite par leur pere & mere hors de France, dont ils seront relevez, sans que lesdites retraites & naissances leurs

---

<sup>358</sup> Henri François d'Aguesseau, « 32<sup>ème</sup> plaidoyer (1694) », *op. cit.*, p. 134.

<sup>359</sup> *Ibid.*

<sup>360</sup> Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625, trad. Barbeyrac), vol. II, livre III, chap. 9, § 2, *op. cit.*, p. 834. Le chapitre entier est consacré à ce thème.

<sup>361</sup> Henri François d'Aguesseau, « 32<sup>ème</sup> plaidoyer (1694) », *op. cit.*, p. 134.

<sup>362</sup> Anne Lefebvre Teillard, « Ius sanguinis : l'émergence d'un principe. Éléments d'histoire de la nationalité française », *op. cit.*, p. 230.

<sup>363</sup> Voy. Jean Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*, partie V, chap. 39, § 25, *op. cit.*, p. 85 : « Toutesfois la faveur des enfans venans és secessions de leur pere & mere, ayeul, ou ayeule, est si grande, qu'il semble que cét Arrest doit estre observé en tous les enfans naiz hors de France, de François & de Française, ou bien de peres François, qui viennent en France pour y demeurer perpetuellement, lesquels doivent estre preferez aux autres parens, ensemble aussi que en obtenant lettres du Roy, par lesquelles ils seront habilitéz, selon la forme prescrite au present Chapitre. »

puissent nuire ne préjudicier. »<sup>364</sup> Comme le précise d'Aguesseau, « il n'est pas nécessaire, mais plus sûr »<sup>365</sup> d'obtenir de telles lettres. Il s'agit donc d'un acte *déclaratif* produisant des effets rétroactifs, à la différence des lettres de naturalité, acte *constitutif* d'une nouvelle qualité, ne produisant ainsi pas d'effets rétroactifs. Les lettres de déclaration sont donc avant tout un mode de preuve de la nationalité, prévenant les contentieux.

**94. L'émergence de l'idée d'un sang français.** – Cette introduction parcimonieuse du droit du sang dans le corpus juridique de l'Ancien droit relatif à la nationalité témoigne de la progression de l'idée d'un « sang français »<sup>366</sup> dont Antoine Le Maistre, célèbre avocat, se fera le défenseur dans une formule restée célèbre lors d'une plaidoirie devant le Parlement de Paris en 1634 :

« n'est-il pas juste que le pere qui donne la vie, qui donne le nom, qui donne la famille, donne aussi l'origine à son enfant ? La ville d'où est sorty le pere est appelée par Ciceron, la vray patrie, la patrie de la nature ; parce, dit Monsieur Cujas, que c'est l'origine naturelle du pere qui fait la patrie des enfans, & non pas le lieu où il sont nez. D'ou nous voyons que Vopisque dans la vie de l'Empereur Carus, appelle Romain celui qui est né d'un pere Romain. Et que dans le Droit, c'est toujours l'origine paternelle que l'on considère, & non pas l'origine propre des enfans & le lieu de leur naissance. Et qui peut douter que ce ne soit plus d'estre né d'un François, que d'estre né seulement en France ; que le pere ne soit plus à son enfans, que le lieu où il vient au monde ? Le pere luy est naturel, le lieu luy est étranger. *En l'un c'est le sang qui est François, en l'autre il n'y a que l'air qui soit de France.* »<sup>367</sup> (nous soulignons)

Cette distinction entre le « sang » et l'« air » de France est profondément excessive. La naissance et la résidence sur territoire sont dans l'Ancien Droit les fondements majeurs d'accès à la nationalité. Le droit du sang ne sert qu'à pallier les difficultés d'une naissance hasardeuse à l'étranger d'enfants issus de parents français désirant s'établir en France. La condition absolue fixée par cet assouplissement est bien le retour en France. En cela, la condition territoriale de résidence sur le sol français demeure prépondérante, et le sang à lui seul est bien incapable de conférer la nationalité à un individu.

**95. Droit du sang et droit du sol convergent plutôt autour d'un impératif unique :** la présence de l'individu sur le territoire français. L'individu né en France de parents étrangers obtient la nationalité s'il réside sur le sol français ; réciproquement, l'individu né à l'étranger de parents

---

<sup>364</sup> *Ibid.*

<sup>365</sup> Henri François d'Aguesseau, « 32<sup>ème</sup> plaidoyer (1694) », *op. cit.*, p. 135.

<sup>366</sup> Voy. ce qu'en dit Anne Lefebvre Teillard, « Ius sanguinis : l'émergence d'un principe. Éléments d'histoire de la nationalité française », *op. cit.*, p. 238-240.

<sup>367</sup> Antoine Le Maistre, « 22<sup>ème</sup> Plaidoyez (1634) », in Jean Issali, *Les plaidoyez et harangues de Monsieur Le Maistre*, Paris, Pierre le Petit, 1671, 6<sup>ème</sup> éd., p. 410.

français obtient la nationalité à la même condition de résidence sur le sol français. Pothier souligne cette relation avec la plus grande netteté :

« Les enfans, nés hors de France, de Français expatriés, ne sont privés des droits de regnicoles, qu'autant qu'ils demeurent en pays étranger. S'ils viennent en France, ils recouvrent tous les droits de citoyens. (...) Cela a été ainsi jugé par arrêt vulgairement appelé l'*arrêt de Langloise*. (...) *[I]l est constant que les enfans, nés en France d'un étranger, lui succèdent, quoique l'étranger ne puisse pas transmettre sa succession, il en droit être de même de l'enfant établi en France, qui est né en pays étranger d'un Français expatrié ; car il n'est pas moins Français, que celui qui est né en France de parens étrangers : sa condition doit donc être la même.* »<sup>368</sup> (nous soulignons)

Le territoire demeure donc le titre absolu d'accès à la nationalité française, nonobstant les assouplissements des principes anciens par l'introduction d'une part mesurée de droit du sang. Le rapport de la nationalité au sol trouve encore une illustration dans la perte de la nationalité par la sortie involontaire du territoire suite à un bannissement à perpétuité.

## **B. Perte de la nationalité par la sortie involontaire : le bannissement à perpétuité hors du royaume**

« Ceux qui ont écrit sur le droit des gens se sont fort tourmentés pour savoir au juste si un homme qu'on a banni de sa patrie est encore de sa patrie. C'est à peu près comme si on demandait si un joueur qu'on a chassé de la table du jeu est un encore un des joueurs. »<sup>369</sup>

VOLTAIRE

**96.** La sortie du territoire peut encore résulter d'un mouvement involontaire de l'individu résultant du prononcé d'une mesure de bannissement. La notion de bannissement, qui n'est plus en vigueur en droit français, mérite d'abord quelques éléments de contexte (1). Cette peine, lorsqu'elle est prononcée à perpétuité et sur l'ensemble du territoire français, emporte la perte de la nationalité – tel est bien l'opinion des grands auteurs de l'Ancien Droit. Cet argument clôturait la démonstration selon laquelle le rapport de l'individu au territoire conditionne intégralement la possession de la nationalité (2).

### **1. La peine de bannissement dans l'Ancien Droit : éléments d'appréciation**

**97. Les contours de la peine de bannissement.** – La peine de bannissement (parfois aussi appelée « relégation » ou « interdiction ») est une peine très répandue sous l'Ancien Régime.

---

<sup>368</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes* (1778), partie I, titre II, section 4, *op. cit.*, p. 37.

<sup>369</sup> Voltaire, « Bannissement », *Dictionnaire philosophique* (1764), vol. II, in *Œuvres de Voltaire*, vol. 27, Paris, Lefèvre, 1829, p. 278.

Elle est une forme de « confinement territorial »<sup>370</sup>, pour reprendre les termes de Bentham, qui permet d'exclure l'individu de la société sans recourir à la peine de mort ou à la prison (encore peu développée à cette époque). La peine est infligée par le juge, et seule la justice royale dispose du pouvoir de bannir de toute l'étendue du royaume – les justices seigneuriale, ecclésiastique et municipale ne peuvent bannir que de leur ressort territorial<sup>371</sup>. Le bannissement est en outre prononcé « à temps » (pour un temps donné) ou « à perpétuité » (ou encore « sans rappel » ou « perpétuel »). Cela en fait donc une peine susceptible de gradations subtiles entre le ressort de l'exclusion territoriale et sa durée. Elle ne suscite au surplus aucune dépense pour l'autorité publique, elle est donc largement utilisée jusqu'à la fin du XVIIIe siècle. Il est difficile de déterminer précisément les infractions auxquelles la peine de bannissement répondait. L'Ancien Droit ne connaît en effet pas le principe de légalité des délits et des peines : le droit pénal de l'époque trouve ses sources dans les différentes coutumes du lieu où la justice s'exerce, mais aussi dans les ordonnances royales<sup>372</sup> et surtout dans le droit naturel, fondé en partie sur la notion d'équité. Les peines sont donc généralement « arbitraires », sans que ce terme renvoie à un sens nécessairement péjoratif. Comme le précise Bernard Schnapper, le juge d'Ancien Régime dispose d'une très grande liberté pour prononcer la peine qu'il juge la plus adéquate en fonction des circonstances propres à l'affaire qu'il a à juger<sup>373</sup>. Charondas le confirme dans ses *Pandectes* : « Davantage, les peines qui estoient constituees par les loix Romaines, mesmement pour les jugements publics, n'ont plus de lieu en France : où toutes les peines sont tenues pour arbitraires, dependans de la discretion & arbitrage des juges »<sup>374</sup> (nous soulignons) ; Loisel l'érige même en coutume dans ses *Institutes* lorsqu'il écrit que « Les amendes & peines coutumieres ne sont à l'arbitrage du juge, les autres si »<sup>375</sup>. Pour autant, comme le précise Yvonne Bongert, le bannissement à perpétuité réprimait majoritairement « outre l'homicide, les coups

<sup>370</sup> Jérémie Bentham, *Traité des peines et des récompenses*, Londres, Dulau, 1811, p. 106.

<sup>371</sup> Voy. p. ex. Yvonne Bongert, *Histoire du droit pénal. Cour de doctorat (1972-1973)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2012, p. 190 ; Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990, p. 223.

<sup>372</sup> La peine de bannissement perpétuel est notamment prévue par l'ordonnance criminelle d'août 1670, titre XXV, article XIII. Voy. pour le texte et son commentaire, Jacques-Antoine Sallé, *L'esprit des ordonnances de Louis XIV*, II, Paris, Samson, 1758, p. 302 et s. L'auteur cite d'ailleurs le cas de la famille du régicide Robert-François Damiens, bannie à perpétuité du royaume par un arrêt du 19 mars 1757, *ibid.*, p. 311.

<sup>373</sup> Bernard Schnapper, « Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècles », *Revue d'histoire du droit*, 1974, t. 42, p. 81-112, spéc. p. 110 en conclusion : « la période qui s'étend du milieu du XIVe siècle au milieu du XVIIe est celle de l'apogée de l'arbitraire. C'est au cours du XVIe siècle que l'adage "toutes peines sont arbitraires" est reçu sans discussion par la doctrine française. »

<sup>374</sup> Louis Charondas le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droict François*, livre IV, partie 2, chap. 11, *op. cit.*, p. 729.

<sup>375</sup> Antoine Loisel, *Institutes coutumieres*, livre VI, titre II, § 1, *op. cit.*, p. 150.

et blessures, le vagabondage, les infractions à la trêve et le vol »<sup>376</sup>, autrement dit, les infractions présentant « un certain degré de gravité »<sup>377</sup>.

**98. L'usage préventif de la peine de bannissement.** – Surtout, la peine de bannissement était encore employée lorsque les preuves retenues contre un individu étaient insuffisantes pour entrer en voie de condamnation. Dans cette situation, le seul fondement de la dangerosité de l'individu et du risque pour l'ordre public conduisait les juges à prononcer une peine de bannissement, y-compris à perpétuité. Tanon, dans son *Histoire des justices* publié en 1883, le relève très clairement :

« Le bannissement était une peine essentiellement arbitraire qu'on appliquait, soit à titre principal, soit à titre accessoire, aux délits les plus divers. (...) Ce qui marque le mieux le caractère arbitraire de cette peine, c'est l'application qu'on en faisait parfois aux accusés de délits graves, qui échappaient à la peine normale de leur crime, parce que la preuve n'était pas suffisamment faite, mais qu'on bannissait néanmoins à cause des soupçons qui subsistaient contre eux, ou de leur mauvaise renommée. »<sup>378</sup>

Paradoxalement, Beccaria fut un défenseur de l'usage du bannissement à cette fin. Il le précise sans équivoque dans son *Traité des délits et des peines* :

« Il semble que la peine de bannissement devrait être prononcée contre ceux qui, accusés d'un crime atroce, sont soupçonnés avec une grande vraisemblance, mais non pas tout à fait convaincus de l'avoir commis. Il faudrait une loi, la moins arbitraire & la plus précise qui fut possible, qui décernât le bannissement contre celui qui a mis la nation dans la fatale alternative, ou de le craindre, ou de lui faire une injustice, en laissant cependant au banni le droit sacré de pouvoir toujours prouver son innocence. »<sup>379</sup>

Cette opinion étonne chez l'auteur qui a contribué notablement à la révolution juridique du droit pénal, en inscrivant ce dernier dans le sillage des principes fondamentaux du siècle des Lumières, notamment du principe de légalité des délits et des peines et de la garantie des droits de la défense. Beccaria considère ainsi que l'État doit, face à la crainte de maintenir un individu potentiellement dangereux sur le territoire, préférer une mesure de bannissement, tout en autorisant le banni à prouver à nouveau son innocence – alors même qu'aucune culpabilité n'aura été retenue, et que l'on imagine mal de nouvelles preuves être apportées de l'étranger. L'arbitraire est donc encore renforcé par l'usage du bannissement non plus dans une logique répressive mais bien préventive.

---

<sup>376</sup> Yvonne Bongert, *Histoire du droit pénal*, op. cit., p. 191.

<sup>377</sup> *Ibid.*

<sup>378</sup> Louis Tanon, *Histoire des justices*, Paris, Larose et Forcel, 1883, p. 40. Dans le même sens, Yvonne Bongert, *Histoire du droit pénal*, op. cit., p. 192-193.

<sup>379</sup> Cesare Beccaria, *Traité des délits et des peines* (1764), Philadelphie, 1766, § 17, p. 73. L'auteur concède tout de même qu'« Il faudrait des raisons plus fortes pour bannir un citoyen qu'un étranger ».

99. La doctrine n'acquiesce cependant pas dans son ensemble à cet usage de la mesure de bannissement ; Pufendorf par exemple s'y oppose avec force et considère qu'un national (il utilise le terme de citoyen) ne peut être chassé dans son pays qu'en répression d'un crime qu'il a commis :

« On demande encore, si l'Etat, de son côté, peut, quand il lui plaît chasser un Citoyen, sans qu'il l'ait mérité par aucun Crime ? (...) Car quiconque entre dans Etat, attache, du moins pour le présent, tous ses intérêts, tous ses biens, & toute sa fortune, à la protection de cet Etat ; de sorte qu'il seroit ruiné, ou du moins ses affaires y perdrieroient beaucoup, s'il pouvoit être chassé à tout moment, par pur caprice. Comme donc cela lui seroit fort fâcheux & fort préjudiciable, il est censé avoir stipulé de l'Etat, qu'il ne pourroit être chassé du País sans l'avoir mérité par quelque Crime. »<sup>380</sup>

L'opposition demeure toutefois de principe face à une pratique assez constante sous l'Ancien Droit. À l'arbitraire de cette peine de bannissement à perpétuité hors du royaume s'ajoute une conséquence bien identifiée par de nombreux auteurs, la perte de la nationalité.

## 2. La peine de bannissement et la perte de la nationalité

100. **La perte de la nationalité par l'effet même du bannissement.** – Les auteurs les plus anciens comme Loisel précisent que « Bannis à perpetuité, ny condamnez aux galeres, ne succedent »<sup>381</sup> ou encore que « L'homme condamné aux galeres, ou banny à perpetuité, ou a plus de dix ans confisque ses biens, & ne peut succeder. »<sup>382</sup> Chez cet auteur, le bannissement à perpétuité entraîne la perte du droit de succéder et ramène le national à un statut d'aubain. Loisel mentionne cependant étonnamment que la peine des galères ou le bannissement à temps peuvent emporter cette même conséquence. Cette opinion demeure toutefois isolée. En effet, seul le bannissement à perpétuité marque une rupture territoriale (contrairement à la peine des galères) définitive (contrairement au bannissement à temps) qui seule conduit à la perte de la nationalité, c'est-à-dire dans l'esprit des juristes comme Loisel, la perte du droit de succéder. La même opinion est exprimée avec davantage de clarté encore par Bodin. L'auteur précise que l'individu demeure citoyen tant qu'« il n'avoit point faict acte contraire au subject »<sup>383</sup>. Or, pour Bodin, « Les actes contraires sont le *bannissement perpetuel*, ou le refus d'obeïr à son Prince étant sommé : ou s'il obtient lettres de naturalité d'un Prince estrange »<sup>384</sup> (nous soulignons). Très classiquement, la naturalisation en pays étranger ou le refus d'obéir emporte la rupture du

---

<sup>380</sup> Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, vol. II, livre VIII, chap. 11, § 6, *op. cit.*, p. 499. L'auteur préfère à cette peine une déportation aux colonies, « un moyen moins odieux d'éloigner les Citoyens suspects ».

<sup>381</sup> Antoine Loisel, *Institutes coutumieres* (1607), livre II, titre V, § 30, *op. cit.*, p. 61.

<sup>382</sup> *Ibid.*, livre VI, titre II, § 23, p. 153.

<sup>383</sup> Jean Bodin, *Les six livres de la République* (1576), livre I, chap. 6, in *op. cit.*, p. 139-140.

<sup>384</sup> *Ibid.*

lien de sujétion. Surtout, le « bannissement perpétuel » est considéré comme un « acte contraire au subject » et conduit donc à perdre la nationalité française.

101. Deux autres grands auteurs du XVIIe siècle, Grotius et Hobbes, confirment cette analyse. Grotius le premier, dans *De jure* publié en 1625, explique qu'« un Etat n'a plus de juridiction sur ceux qui en ont été bannis ; comme le soutient *Iolas*, dans une Tragédie d'Euripide, au nom des *Héraclides*, ses Cousins, dont il étoit le Défenseur ; & comme Isocrate le fait dire au fils d'*Alcibiade*, en parlant du tems auquel *Alcibiade* avoit été chassé d'*Athènes*. »<sup>385</sup> Grotius se fonde ici en partie sur une scène d'une tragédie d'Euripide, les Héraclides, dans laquelle Iolas, ancien compagnon d'Hercule, banni à perpétuité d'Argos par le Roi Eurysthée, fait face à un envoyé du Roi qui lui ordonne de regagner Argos. Iolas lui indique alors que, banni, il est désormais « étranger » et ne peut être réclamé suivant une qualité qu'il a perdue<sup>386</sup>. Hobbes, moins lyrique, écrit sommairement en 1651 dans son *Léviathan* que « Si le souverain bannit l'un de ses sujets, durant le bannissement il n'est pas sujet. »<sup>387</sup> Il avait auparavant davantage détaillé cette position dans *De Cive*, publié en 1642 :

« les particuliers peuvent être délivrés légitimement de la sujétion, par la volonté et sous le bon plaisir de celui qui gouverne absolument, pourvu qu'ils sortent des limites de son royaume : ce qui peut arriver en deux façons, à savoir, par permission, lorsqu'on demande et qu'on obtient congé d'aller demeurer ailleurs, ou quand on fait commandement de vider le royaume, comme à ceux que l'on bannit. »<sup>388</sup> (nous soulignons)

Pufendorf en 1672 synthétisera l'ensemble de la pensée des XVIe et XVIIe siècles dans sa somme sur *Le droit de la nature et des gens*, au chapitre interrogeant « Comment on vient à n'être plus Citoyen ou Sujet d'un Etat » :

---

<sup>385</sup> Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, vol. I, livre II, chap. 5, § 25, *op. cit.*, p. 307. L'auteur confirme encore : « Je mets au même rang la retraite que l'on donne aux Exilez : car, comme nous l'avons remarqué ailleurs, après Euripide, l'Etat, d'où ils sont sortis, n'a plus aucun droit sur eux. Et en effet, à quoi bon ordonner un bannissement, si le Banni ne trouve point d'endroit où on veuille le recevoir ? » (*ibid.*, vol. II, livre III, chap. 20, § 41, p. 959).

<sup>386</sup> « Iolas. Prince, je jouis dans tes Etats de cet avantage qu'il m'est permis d'entendre et de parler à mon tour, et que personne ne me chassera d'abord, comme on a fait ailleurs. Rien de commun entre cet homme et nous ; car, puisque nous n'avons plus de rapport avec Argos en vertu du décret rendu, et que nous sommes exilés de notre patrie, à quel titre cet homme pourrait-il nous réclamer comme Argiens, nous qui avons été expulsés du pays ? Nous sommes dès lors étrangers. » (nous soulignons), voy. « Les Héraclides », in *Théâtre d'Euripide* (trad. Emile Personneaux), I, Paris, G. Charpentier, 1880, 3<sup>ème</sup> éd., p. 318-319. Le second exemple de Grotius, vraisemblablement tiré du *Discours sur le couple de chevaux ou pour le fils d'Alcibiade* d'Isocrate laisse place à un récit d'exil, moins intéressant du point de vue strictement juridique, voy. *Œuvres complètes d'Isocrate* (trad. Aimé-Marie-Gaspard de Clermont-Tonnerre), vol. III, Paris, Firmin Didot, 1874, p. 264-303.

<sup>387</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), livre II, chap. 21, in William G. Pogson Smith, *Hobbes's Leviathan*, Oxford, Clarendon Press, 1909, p. 171 : « If the sovereign banish his subject, during the banishment he is not subject. »

<sup>388</sup> Hobbes, *De Cive* (1642, trad. Sorbière), livre II, chap. 7, § 18, in *Œuvres philosophiques et politiques de Thomas Hobbes*, vol. I, Neufchatel, Imprimerie de la Société Typographique, 1787, p. 151.



« On ne cesse donc d'être un Citoyen d'un Etat, malgré soi, que quand on est banni à perpétuité en punition de quelque Crime vrai, ou faux, dont a été accusé en Justice. Car du moment que l'Etat ne plus reconnoitre quelcun pour un de ses Membres, & qu'il le chasse de ses terres, il le tient quitte des engagements où il étoit entant que Citoyen, & il ne conserve plus sur lui aucune Juridiction ; comme le soutient Iolas, dans une Tragédie d'Euripide, au sujet des Héraclides, qui avoient été chassés d'Argos. »<sup>389</sup>

La filiation est claire entre Pufendorf et Grotius qui développent ainsi les mêmes démonstrations – au support des mêmes références helléniques. Pufendorf affirme toutefois avec davantage de clarté que le banni n'est plus membre de l'État et perd donc sa citoyenneté, c'est-à-dire sa nationalité au sens moderne du terme. L'auteur insiste encore sur la rupture territoriale qui conduit à cette relégation au statut d'étranger.

**102. La perte de la nationalité par la mort civile inhérente au bannissement.** – Le bannissement perpétuel hors du territoire national se résume chez d'autres auteurs, plus tardifs, à une mort civile. Cette idée se retrouve chez Pothier, « Le bannissement à perpétuité et hors du royaume emporte la mort civile »<sup>390</sup>, et « les morts civilement perdent tous les droits qui sont, soit du droit civil, soit du droit des gens. »<sup>391</sup> Nul doute donc que chez cet auteur, le banni perd tous ses droits de nationaux, autant sur le versant civil (droit de tester notamment) que sur le versant international (droit de protection du souverain). Beccaria analyse par ailleurs dans les mêmes termes la peine de bannissement :

« Le coupable doit perdre tous ses biens, si la loi qui prononce son bannissement a déclaré rompus tous les liens par lesquels il tenoit au corps politique. Alors le citoyen est mort ; il ne reste que l'homme ; & par rapport au corps politique, la mort du citoyen doit avoir les mêmes suites que la mort naturelle. »<sup>392</sup>

Aucune ambivalence ne ressort de ces écrits, le bannissement à perpétuité induit nécessairement la rupture avec le corps politique et donc la mort du citoyen. La pensée du XVIII<sup>e</sup> siècle s'accorde donc parfaitement avec les démonstrations déjà formées au XVI<sup>e</sup> siècle<sup>393</sup>. Voltaire affirmera, non sans un certain dédain, que la question ainsi posée est profondément artificielle, et

---

<sup>389</sup> Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, vol. II, livre VIII, chap. 11, § 7, *op. cit.*, p. 499-500.

<sup>390</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes*, partie I, titre III, section 2, *op. cit.*, p. 48. Le Chancelier d'Aguesseau le confirme encore dans une lettre du 8 juin 1742 au Parlement de Genoble : « Dans les principes de l'ordre public, l'effet du bannissement hors du royaume, est de retrancher absolument le condamné de la société qui est entre tous les sujets du même prince ; c'est ce qui fait que cette peine est regardée comme une mort civile », in Joseph-Nicolas Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, II, Paris, Visse, 1789, p. 133.

<sup>391</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes*, partie I, titre III, section 2, *op. cit.*, p. 48.

<sup>392</sup> Cesare Beccaria, *Traité des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 73-74.

<sup>393</sup> Le début du XIX<sup>e</sup> siècle marque un infléchissement de cette logique liant perte de la qualité de sujet au prononcé de la mort civile : le code civil considère en effet comme deux causes distinctes de perte des droits civils d'une part la privation de la qualité de Français, et d'autre part le prononcé de la mort civile. À cette période donc, il ne peut plus être soutenu que le prononcé de la mort civile entraîne la perte de la nationalité.

qu'être chassé définitivement de son pays, c'est nécessairement en perdre la nationalité, nul besoin de se tourmenter pour chercher en d'autres fondements une solide explication<sup>394</sup>.

\*

**103. Conclusion de section : la territorialité toute puissante de l'Ancien Droit.** – La période s'étendant du XVI au XVIIIe siècle jette les fondations de la nationalité moderne. Les critères d'accès et de perte sont alors profondément inscrits dans le territoire, comme le note Vanel :

« Le jus soli a (...) une place très importante dans la théorie de l'Ancien Droit. Si l'on peut être Français sans être né en France, il n'en reste pas moins que la résidence en France est exigée, pour que joue le principe du jus sanguinis. Inversement, tout individu qui se fixe à l'étranger sans esprit de retour, perd la qualité que lui conférait sa naissance en France. La notion de domicile, de fixation sur le sol du royaume, a donc toujours une extrême importance pour la connaissance de la qualité d'un individu. »<sup>395</sup>

Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'à cette époque le statut de sujet français est surtout inscrit dans une logique civile : la qualité de Français est fondée sur la présomption selon laquelle l'individu qui en bénéficie va se maintenir physiquement sur le territoire de l'État, et ainsi maintenir la domiciliation française de ses richesses. Ce que l'on fixe sur le territoire à travers les hommes, c'est surtout « l'Or & l'Argent » pour reprendre les termes de Bacquet. Comme le note encore très justement Jean-Christophe Gaven, « La mobilité des personnes n'est donc pas essentiellement en cause. Celle des fortunes, en revanche, est inenvisageable, redoutée comme un appauvrissement mécanique du royaume. »<sup>396</sup> Mais ce mouvement pratique, dont la jurisprudence des Parlements se fait justement l'écho, alimente en retour une réflexion plus générale, doctrinale cette fois, sur ce qui fait la qualité de sujet d'un souverain. L'on constate donc bien que, dès cette époque, la qualité de Français est le fruit d'un lien personnel unissant l'individu à un État et reflétant un attachement non seulement territorial, mais aussi durable. Le droit du sol, le droit du sang sous condition de retour, et la naturalisation sous condition de résidence en sont les manifestations positives. À l'inverse, la perte de la nationalité par la sortie définitive du territoire, qu'elle soit volontaire ou non, en est la manifestation négative. Le lien de sujétion d'un individu à un État consacre donc en droit une situation factuelle inscrite dans

---

<sup>394</sup> Voltaire, « Bannissement », *Dictionnaire philosophique* (1764), vol. II, in *Œuvres de Voltaire*, vol. 27, Paris, Lefèvre, 1829, p. 278 : « Ceux qui ont écrit sur le droit des gens se sont fort tourmentés pour savoir au juste si un homme qu'on a banni de sa patrie est encore de sa patrie. C'est à peu près comme si on demandait si un joueur qu'on a chassé de la table du jeu est un encore un des joueurs. »

<sup>395</sup> Marguerite Vanel, *Évolution historique de la notion de Français d'origine*, op. cit., p. 66.

<sup>396</sup> Jean-Christophe Gaven, « La déchéance avant la nationalité. Archéologie d'une déchéance de citoyenneté », *Pouvoirs*, 2017, n° 1, p. 91.

le territoire. C'est ce puissant statut, précisément en raison de cette inscription territoriale, qui va être mobilisé dès la fin du XVIIIe siècle pour devenir le réceptacle de nouvelles fonctions territoriales nécessaires au bon ordre des migrations internationales.

## ***Section 2. La consécration des fonctions territoriales de la nationalité (XIX-XXe s.)***

« [C'est] dans l'Etat auquel l'individu appartient par sa nationalité, que se trouve son domicile naturel (...). Par là se différencie essentiellement le national de l'étranger (...). »<sup>397</sup>

René BRUNET

« Parmi les droits les plus importants du national, d'après l'organisation que cette institution a subie en fait dans les droits modernes, se trouve le droit de séjourner sur le territoire de l'Etat. »<sup>398</sup>

Hans Kelsen

**104. Principe territorial : continuité du régime entre Ancien Droit et Droit intermédiaire.** – Les principes arrêtés par l'Ancien Droit forment le substrat philosophique et juridique de la nationalité : elle est un statut fondé sur un lien territorial entre l'individu et l'Etat. Le droit intermédiaire, souvent enclin à une refondation révolutionnaire du droit, va laisser parfaitement intact l'édifice savamment construit par les juristes de l'Ancien régime. Robespierre s'en fait le témoin le plus éclatant lorsqu'il déclare dans son fameux discours sur le marc d'argent le 25 janvier 1790 : « Tous les hommes *nés et domiciliés* en France sont membres de la société politique, qu'on appelle la nation française, c'est-à-dire citoyens français. Ils le sont par la nature des choses et par les premiers principes du droit des gens. »<sup>399</sup> La Révolution en réalité sera plus formelle que substantielle : pour la première fois les conditions d'accès à la nationalité française sont établies dans un texte, il s'agit de l'article 2 du titre II de la Constitution du 3 septembre 1791 qui consacre le droit du sol à titre principal et le droit du sang sous condition

---

<sup>397</sup> René Brunet, *La nationalité dans l'Empire allemand*, thèse, Paris, Giard et Brière, 1912, p. 158.

<sup>398</sup> Hans Kelsen, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, vol. 42, 1932, p. 254.

<sup>399</sup> AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 11, p. 321. Il poursuit encore : « Les droits attachés à ce titre ne dépendent ni de la fortune que chacun d'eux possède, ni de la quotité de l'impôt à laquelle il est soumis, parce que ce n'est point l'impôt qui nous fait citoyens ; la qualité de citoyen oblige seulement à contribuer à la dépense commune de l'Etat, suivant ses facultés. Or vous pouvez donner des lois aux citoyens, mais vous ne pouvez pas les anéantir. »

de retour<sup>400</sup>, ce qui fait de cette première législation révolutionnaire une transcription parfaite de l'héritage monarchique<sup>401</sup>. Le principe territorial se maintient donc sans ambiguïté.

**105. Principe territorial : du régime aux fonctions.** – L'important à ce stade est de constater que ce régime territorial d'acquisition et de perte a conduit au développement des « fonctions territoriales » de la nationalité au cours des XIXe et XXe siècles. Les dynamiques migratoires allant croissantes dès la fin du XVIIIe siècle, et surtout au XIXe lors des révolutions industrielles, il devient impératif d'organiser juridiquement de manière rationnelle et efficiente les mobilités internationales. Rogers Brubaker décrit fort brillamment ce phénomène dans son ouvrage *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, publié pour la première fois en 1992 :

« Si rien ne venait l'en empêcher, l'État territorial pourrait chercher à externaliser les coûts matériels et moraux induits par les résidents réfractaires, chômeurs, incompetents, inassimilés ou indésirables à tout autre titre, quel que soit leur statut, en les expulsant. Mais l'État territorial en est empêché : maintenant qu'il n'existe plus sur la planète de "non État, semi-État ou pseudo-État", chaque pays est inscrit dans un système d'États territoriaux coordonnés, dont chacun a le même intérêt vital à contrôler les flux migratoires. Réunies, leurs juridictions territoriales recouvrent entièrement les surfaces habitables de la planète. Dans un monde comme celui-là, un individu ne peut pas être expulsé d'un territoire, et ne peut se voir refuser l'entrée dans un pays sans être obligé de rester dans un autre. (...) Permettre aux États d'exclure ou d'expulser des individus à volonté, dans de telles conditions de somme nulle, ne ferait que multiplier les occasions de conflits entre États. Ceux dans le territoire desquels les indésirables auraient été expulsés pourraient vouloir riposter par une sorte de *dumping*. Un État hésiterait à admettre un exclu, par crainte d'avoir à le garder pour toujours si son pays d'origine ne l'autorise pas à revenir. Bref, les conditions de base pour les déplacements réglementés des individus d'un État à l'autre ne seraient pas remplies. »<sup>402</sup>

Pourquoi faire de la nationalité telle qu'elle a été pensée dans l'Ancien Droit le support de nouvelles fonctions régulatrices de la mobilité ? Simplement parce que la nationalité, en tant que statut territorial par essence, révèle l'attachement d'un individu à l'État, elle laisse apparaître en dernière analyse le lieu où tout individu doit pouvoir résider lorsqu'aucun autre territoire étatique ne s'offre à lui. Au moment de l'émergence des problématiques migratoires au

---

<sup>400</sup> « Sont citoyens français : - Ceux qui sont nés en France d'un père français ; - Ceux qui, nés en France d'un père étranger, ont fixé leur résidence dans le Royaume ; - Ceux qui, nés en pays étranger d'un père français, sont venus s'établir en France et ont prêté le serment civique ; - Enfin ceux qui, nés en pays étranger, et descendant, à quelque degré que ce soit, d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion, viennent demeurer en France et prêtent le serment civique. » Les débats relatifs à cet article lors de la séance du 9 août 1791 révèlent une brève discussion (à laquelle participent notamment Tronchet et Le Chapelier) portant sur les expatriés pour cause de religion et les enfants nés de parents inconnus ; les principes de l'Ancien régime sont ainsi adoptés sans discussion. Voy. AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 29, p. 302-303.

<sup>401</sup> Voy. Serge Slama, *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, thèse, Nanterre, 2003, p. 85-90 qui note tout de même des spécificités nouvelles liées à la naturalisation, devenue automatique.

<sup>402</sup> Rogers Brubaker, *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne* (1992, trad. Jean-Pierre Bardos), Paris, Belin, 1997, p. 52.

tournant du XIXe siècle, aucun mécanisme mieux que la nationalité (la qualité de « sujet » Français ou de « citoyen » dit-on encore à l'époque) ne répond à l'exigence d'assigner un individu de manière certaine à un État – Paul Weis parle en ce sens du caractère « allocatif »<sup>403</sup> de la nationalité. C'est par la nationalité que chaque État va pouvoir « trier » entre les individus autorisés à rester sur son territoire (les nationaux), et les autres soumis à une possible expulsion (les étrangers) ; et réciproquement, les États acceptent de la même manière de réadmettre leurs nationaux expulsés. L'ensemble « présuppose l'institution de la nationalité, et des règles internationalement reconnues pour attribuer un individu à un pays »<sup>404</sup> comme le note encore Brubaker.

**106.** Surtout, ces fonctions territoriales deviennent cardinales : l'impératif territorial ne fonde pas seulement l'acquisition du statut, mais aussi les fonctions qui lui sont assignées. La nationalité confère dès lors nécessairement des droits territoriaux absolus, sans quoi elle ne saurait définir la population de l'État. Le national est celui que l'État doit accueillir lorsqu'il est hors de ses frontières (I), et qu'il ne peut expulser lorsqu'il est à l'intérieur de ses frontières (II), sans quoi il manquerait à l'impératif d'une répartition ordonnée des individus entre États. L'histoire de ces fonctions territoriales est celle de leur émergence graduelle.

### § 1. L'obligation de réadmission des nationaux

« Le retour volontaire de tout homme dans sa patrie, aussi longtemps qu'il n'a pas cessé de lui appartenir, est un droit tellement fondé sur la nature, qu'il semble ne pouvoir être circonscrit et bien moins encore détruit par aucune loi. »<sup>405</sup>

Maximilien DE RAYNEVAL

**107.** Le droit intermédiaire consacre implicitement l'obligation de réadmission<sup>406</sup> des nationaux par l'État de nationalité. Les temps sont alors troublés, et la législation sur les émigrés

---

<sup>403</sup> Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, Alphen aan den Rijn, Sythoff & Noordhoff, 2<sup>ème</sup> éd., 1979, p. 59.

<sup>404</sup> Rogers Brubaker, *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>405</sup> Maximilien de Rayneval, « Note de l'ambassadeur de France aux Commissaires Fédéraux », 29 mai 1827, in Jules de Clerq (dir.), *Recueil des traités de la France*, vol. III, Paris, Pedone et Lauriel, 1880, p. 446.

<sup>406</sup> Nous ne distinguons pas l'obligation de réadmission du droit au séjour sur le territoire national qu'elle emporte nécessairement. Le droit d'entrée n'est que la manifestation externe du droit de séjour absolu dont dispose chaque national, Ernst Isay, « De la nationalité », 1924, vol. 5, p. 433, parle ainsi du « droit d'habitation à l'intérieur ». Charles Delessert, *L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique*, Lausanne, La Concorde, 1924, p. 40, est sans doute l'auteur qui a le mieux résumé cette idée : « Un des principaux pouvoirs accordés par la nationalité à l'individu comme sujet actif de ce rapport juridique est (...) le droit subjectif de demeurer sur le territoire de l'État. En attribuant dans certaines conditions la qualité de national à l'être humain, l'État lui confère en effet, en échange de sa soumission volontaire ou supposée telle et de sa collaboration plus ou moins effective, un droit de résidence perpétuelle sur son territoire. Cette faculté est le complément nécessaire et

démontre que la privation du droit de retour sur le sol national s'analyse en réalité comme une perte de la qualité de Français, ce qui permet de lier en creux la possession de la nationalité et le droit d'entrer sur le territoire. C'est surtout au XIXe siècle naissant que l'obligation de réadmission des nationaux apparaîtra comme un impératif juridique servant la régulation des flux migratoires (A). La démarche, d'abord inscrite dans un droit international empirique et bilatéral, laissera vite la place à des consécutions générales au XXe siècle, notamment en droit international des droits de l'homme qui conduira à l'approfondissement de l'obligation étatique de réadmission par la création d'un droit subjectif d'entrer dans son pays de nationalité (B).

### A. L'émergence du principe, approche empirique et négative

**108. Approche renversée chez les modernes : le régime des étrangers.** – Chez les modernes, la réflexion ne porte pas sur l'obligation de l'État d'accueillir ses propres nationaux, mais plutôt sur leur droit de ne pas accueillir les étrangers. La doctrine de Vattel est la plus autoritaire en la matière :

« (...) toute Nation est en droit de refuser à un Etranger l'entrée de son pays, lorsqu'il ne pourroit y entrer sans la mettre dans un danger évident, ou sans lui porter un notable préjudice. Ce qu'elle se doit à elle-même, le soin de sa propre sûreté, lui donne ce droit. Et en vertu de la Liberté naturelle, c'est à la Nation de juger si elle est, ou si elle n'est pas dans le cas de recevoir cet Etranger. Il ne peut donc s'établir de plein droit & comme il lui plaira, dans le lieu qu'il aura choisi ; mais il doit en demander la permission au Supérieur du lieu ; & si on la lui refuse, c'est à lui de se soumettre. »<sup>407</sup>

Grotius, tout en reconnaissant le principe de la compétence souveraine de l'État pour décider de l'accueil des étrangers sur le territoire, admet des limites à cette compétence tirée d'une synthèse entre les considérations d'ordre public et le devoir d'humanité : « Il doit être aussi permis à ceux qui passent, soit par terre ou par eau, de *rester quelque tems* dans le païs, pour rétablir leur santé, ou pour quelque autre raison légitime (...). On ne doit pas non plus refuser

---

naturel de l'appartenance du national à la collectivité étatique ; elle est précisément la condition primordiale de l'accomplissement normal et régulier des très nombreuses obligations qui incombent à l'individu du fait de la nationalité. »

<sup>407</sup> Emer de Vattel, *Le droit des gens*, vol. I, livre I, chap. 19, § 230, *op. cit.*, p. 210. L'auteur précise encore : « Le Souverain peut défendre l'entrée de son territoire, soit en général à tout étranger, soit en certain cas, ou à certaines personnes, ou pour quelques affaires en particulier, selon qu'il le trouve convenable au bien de l'Etat. Il n'y a rien là qui ne découle des droits de Domaine & d'Empire ; tout le monde est obligé de respecter la défense, & celui qui ose la violer, encourt la peine décernée pour la rendre efficace. Mais la défense doit être connue, de même que la peine attachée à la désobéissance ; ceux qui l'ignorent doivent être avertis, lorsqu'ils se présentent pour entrer dans le pays. Autrefois les Chinois, craignant que le commerce des étrangers ne corrompît les mœurs de la Nation & n'altérât les maximes d'un Gouvernement sage mais singulier, interdisaient à tous les peuples l'entrée de l'Empire. Et cette défense n'avoit rien que de juste, pourvû que l'on ne refusât point les secours de l'humanité à ceux que la tempête, ou quelque nécessité contraignoit de se présenter à la frontière. » (*ibid.*, livre II, chap. 7, § 94, p. 324).

une *demeure fixe* à des Etrangers, qui étant chassés de leur pays cherchent ailleurs quelque retraite : bien entendu qu'ils se soumettent aux Loix de l'Etat, & qu'ils s'abstiennent d'ailleurs de tout ce qui pourroit donner lieu à quelque sédition. »<sup>408</sup> Pufendorf, sans surprise, confirme très largement cette analyse : « J'avoue qu'il y auroit de l'inhumanité à refuser de donner retraite à un petit nombre de gens, qui ne sont pas bannis de leur Patrie pour quelque crime ; surtout s'ils ont de l'industrie, ou du bien, & qu'ils ne viennent point troubler la Religion, ni les Loix établies par autorité publique. La bonne Politique veut aussi que, tant qu'on le peut sans aucun inconvénient, on fasse un bon accueil aux Etrangers. »<sup>409</sup>

**109.** Pour autant, l'implicite demeure concernant l'obligation des États d'accueillir leurs propres ressortissants, en témoigne le droit intermédiaire multipliant les interdictions d'entrée sur le territoire à l'encontre de la catégorie des « émigrés » en les privant de leur nationalité (1). Cette obligation émergera dans les conventions de réadmission dressées entre États au début du XIXe siècle pour faciliter l'organisation de la mobilité des travailleurs et le rapatriement des indigents (2).

### **1. L'existence implicite en droit intermédiaire : la situation des « émigrés »**

**110. La perte du droit d'entrer sur le territoire est une perte de la qualité de Français.** – Le droit intermédiaire comprend une série importante<sup>410</sup> de mesures destinées à frapper les émigrés quittant le territoire français pour gagner les pays voisins aux fins notamment d'organiser la « Contre-Révolution ». Considérés comme présentant une menace pour l'ordre, les personnes émigrées sont privées de leur droit de retour sur le territoire national, ce que les révolutionnaires analysent dès cette période comme une perte de nationalité.

**111.** Les émigrés ayant fui la France depuis 1789 sont frappés par une mesure générale d'interdiction de retour par le décret du 23 octobre 1792 adopté par la jeune Convention :

« La Convention nationale décrète que tous les émigrés français sont bannis à perpétuité du territoire de la République, et que ceux qui, au mépris de cette loi, y rentreraient, seront punis de mort, sans néanmoins déroger aux décrets précédents qui condamnent à la peine de mort les émigrés pris les armes à la main. »<sup>411</sup>

---

<sup>408</sup> Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, vol. I, livre II, chap. 2, § 15-16, *op. cit.*, p. 239-240.

<sup>409</sup> Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, vol. I, livre III, chap. 3, § 10, *op. cit.*, p. 499-500. Pufendorf, L. III, c. III, §X, p. 337.

<sup>410</sup> Pour un recensement exhaustif : *Tables générales des Lois publiées dans le Bulletin des Lois*, I, Paris, Rondonneau et Declé, 1816, p. 469-482.

<sup>411</sup> Décret du 23 octobre 1792 qui bannit à perpétuité les émigrés français, B. 25, 105, in Duvergier, *Collection*, t. 5, Paris, Guyot et Scribe, 1834, 2<sup>ème</sup> éd., p. 27 et les intéressantes notes sur la jurisprudence.

Le texte prévoyait initialement la peine de mort pour ces individus<sup>412</sup>, mais Buzot et Danton tiennent à ramener le texte sur le terrain territorial, comme le précise ce dernier à la séance du 23 octobre 1792 : « Ce sont les émigrés eux-mêmes qui se sont bannis de la France. Eh bien ! rendez perpétuel le bannissement qu'ils se sont imposés. »<sup>413</sup> Le recours à la notion de « peine de bannissement » est donc trompeur, en aucune manière il n'est imposé à ces individus de quitter le territoire français puisqu'ils s'en sont déjà exilés. C'est en réalité leur retour qui est interdit. Lors de la constitutionnalisation de ces mesures à l'article 373 de la Constitution du 5 Fructidor an III, le terme de bannissement perpétuel sera d'ailleurs écarté au profit d'une formule plus rigoureuse : « La Nation française déclare qu'*en aucun cas elle ne souffrira le retour des Français qui, ayant abandonné leur patrie depuis le 15 juillet 1789, ne sont pas compris dans les exceptions portées aux lois rendues contre les émigrés* » (nous soulignons). Quant aux personnes visées, malgré les tentatives de Tallien et Camille Desmoulins de définir plus précisément la notion d'« émigré » en la remplaçant notamment par « Français fugitifs et rebelles »<sup>414</sup>, la Convention adopte cette formule générale et présume de manière irréfutable que l'émigré est coupable de crime contre la sûreté de l'Etat. Il faudra attendre le grand décret du 28 mars 1793 concernant les peines portées contre les émigrés pour que des définitions et exceptions précises concernant les émigrés frappés par cette interdiction du territoire soient adoptées<sup>415</sup>.

**112.** Peut-on imaginer qu'en réalité cette mesure puisse s'analyser comme une perte de la nationalité suivant les mêmes motifs que l'Ancien Droit ? Comme il a déjà été démontré, le bannissement perpétuel emportait, avant la Révolution, la perte de la qualité de Français. Ici, le rapporteur Charles-Nicolas Osselin semble suivre cette interprétation lorsqu'il déclare à la séance du 19 octobre 1792 : « ceux que le sort des armes ne livrera pas à notre vengeance, seront désormais forcés de trainer, chez tous les peuples qui les méprisent, l'image honteuse, et mille fois plus affreuse que la mort, de la misère, de la proscription, et de l'état le plus dégradé où l'homme puisse descendre, *celui de n'avoir plus de patrie.* »<sup>416</sup> (nous soulignons) Buzot confirme encore cette interprétation en déclarant à la séance du 23 octobre de la même année qu'en agissant de la sorte, « vous ne violez aucun principe ; vous punissez les traîtres *indignes*

---

<sup>412</sup> « La peine de mort, portée au Code pénal pour la punition des crimes contre la sûreté extérieure et intérieure de l'Etat, est proclamée contre tout Français émigré, et contre quiconque sera convaincu d'avoir favorisé, aidé ou conseillé l'émigration », in AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 52, p. 578.

<sup>413</sup> *Ibid.*, p. 635.

<sup>414</sup> *Ibid.*

<sup>415</sup> Décret concernant les peines portées contre les émigrés, B. 28, 516, in Duvergier, *Collection*, V, Paris, Guyot et Scribe, 1834, 2<sup>ème</sup> éd., p. 218 s.

<sup>416</sup> AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 52, p. 577-578.



*du nom français*, qui ont été susciter dans les cours étrangères des ennemis à leur patrie »<sup>417</sup> (nous soulignons), opinion à laquelle se range Danton qui énonce à la même séance : « Qu'ils aient été faibles ou lâches, ils ne doivent plus revoir la patrie. Que leur dit la patrie ? « Malheureux ! vous m'avez abandonnée au moment du danger, *je vous repousse de mon sein*. Ne revenez plus sur mon territoire, il deviendrait un gouffre pour vous. Et s'ils osent braver la loi, que la loi fasse tomber leur tête. »<sup>418</sup> (nous soulignons)

**113. Confirmation jurisprudentielle du principe.** – Cette interprétation, plus lyrique que juridique même si la filiation avec l'Ancien Droit est manifeste, est surtout confirmée par la jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour juge d'abord que ces mesures d'interdiction de retour s'analysent en une mort civile, ce qui emporte très certainement la perte de la qualité de Français<sup>419</sup>. Mais plus certainement encore, une affaire rendue en 1806 relative à l'exécution des jugements étrangers en France va donner l'occasion d'une décision de principe sur ce point. L'article 121 d'une ordonnance de 1629 réservait aux seuls sujets français le droit d'obtenir une révision en France des jugements rendus à l'étranger<sup>420</sup>. La Cour de cassation juge dans un arrêt du 7 janvier 1806 qu'un émigré banni a perdu la qualité de sujet français et ne peut donc exercer cette prérogative : « Attendu que les dispositions de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 ne s'appliquent qu'aux jugements rendus en pays étrangers, entre un étranger et un Français ; et que, dans l'espèce, le jugement de Neufchâtel a été rendu contre des étrangers. »<sup>421</sup>

**114.** C'est donc la privation du droit d'entrée sur le territoire qui conduit à juger que les individus ne sont plus Français, solution qui consacre implicitement le droit d'entrée des Français sur le territoire. Le débat juridique en reste là, même si l'acquis théorique est important : il s'agit bien d'une première reconnaissance implicite des fonctions territoriales de la nationalité. Le basculement vers la sphère de l'explicite s'opère rapidement dès le début du XIXe siècle.

---

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 635. Les propos de Buzot sont différemment retranscrits dans Philippe-Joseph-Benjamin Buchez et Pierre-Célestin Roux, *Histoire parlementaire de la Révolution française*, t. 19, Paris, Paulin, 1835, p. 369 : « Celui qui a fui son pays est un lâche ; celui qui est allé lui chercher des ennemis est un traître. Ni l'un ni l'autre n'est digne d'être citoyen français » (retranscription conforme au *Moniteur universel*, n° 298, 24 octobre 1792, p. 1261).

<sup>418</sup> AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 52, p. 635.

<sup>419</sup> Voy. p. ex. Cass, 26 janvier 1807, *Ficheux*, S. 1807. I. 127.

<sup>420</sup> « Les jugements rendus, contrats ou obligations reçues ès royaumes et souverainetés étrangers, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque, ni exécution en notredit royaume : ains tiendront les contrats, lieu de simples promesses, et nonobstant les jugemens, nos sujets, contre lesquels ils auront été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits pardevant nos officiers comme entiers », in Isambert, Taillandier et Decrusy (dir.), *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XVI, Paris, Belin-Leprieur, 1829, p. 262.

<sup>421</sup> Cass., 7 janv. 1806, *Chaillet c. Nicolas*, S. 1806. I. 135.

## 2. Le développement des conventions bilatérales de réadmission en droit international

**115. Approche internationale et bilatérale de la réadmission.** – L'essor des flux migratoires européens au tournant du XIXe siècle conduit les États à devoir organiser les conditions de séjour des étrangers, de même que celles de leur retour dans leur pays de nationalité. Sur ce dernier point, le droit international conventionnel et bilatéral est venu consacrer cette obligation de réadmission fondée sur la nationalité, jusqu'alors implicite et dormante. Les États font dès cette époque apparaître clairement dans des conventions commerciales ou consulaires l'obligation qu'ils entendent assumer à l'égard de leurs ressortissants. Les premières traces françaises de cette obligation apparaissent ainsi en 1827 dans deux conventions internationales. La première est relative à l'établissement réciproque des Français en Suisse, et des Suisses en France. Elle prévoit explicitement l'obligation inconditionnelle et absolue de l'État d'origine de recevoir ses ressortissants :

« Art. 5. Les sujets ou ressortissants de l'un des deux États établis dans l'autre, et qui seraient dans le cas d'en être renvoyés par sentence légale, ou d'après les lois et règlements sur la police des mœurs et la mendicité, seront reçus en tout temps, eux et leur famille, dans le pays dont ils sont originaires et où ils auront conservé leurs droits, conformément aux lois. »<sup>422</sup>

D'ailleurs, à propos de cette Convention, un échange de lettres entre les représentants helvétiques et français donne à voir que l'exécution de cette obligation n'est pas le produit d'un engagement conventionnel mais plutôt d'un principe général du droit, dont la précision *in extenso* dans une convention ne fait que favoriser la bonne exécution. L'ambassadeur de France en Suisse précise en effet dans une lettre du 29 mai 1827 adressée aux Commissaires fédéraux helvétiques que « Le retour volontaire de tout homme dans sa patrie, aussi longtemps qu'il n'a pas cessé de lui appartenir, est un droit tellement fondé sur la nature, qu'il semble ne pouvoir être circonscrit et bien moins encore détruit par aucune loi. »<sup>423</sup> La position juridique exprimée par un haut membre de la diplomatie française est déterminante. Cette obligation juridique de réadmission est donc préexistante à ce processus conventionnel, mais la conclusion des traités bilatéraux permet de la mettre à jour. Une telle obligation ressort encore d'une convention de 1827 signée entre la France et la Prusse, cette fois à propos des ouvriers migrants :

---

<sup>422</sup> Convention signée à Berne, le 30 mai 1827, entre la France et la Confédération Helvétique, au sujet de l'établissement réciproque des Français en Suisse et des Suisses en France, in Jules de Clerq (dir.), *Recueil des traités de la France*, vol. III, Paris, Pedone et Lauriel, 1880, p. 449-450.

<sup>423</sup> Maximilien de Rayneval, « Note de l'ambassadeur de France aux Commissaires Fédéraux », 29 mai 1827, in *ibid.*, p. 446.

« Le Gouvernement français et le Gouvernement Prussien pénétrés de la nécessité de se donner mutuellement la garantie, qu'à l'avenir leurs sujets respectifs de la classe ouvrière qui se rendent du territoire d'un des deux gouvernements sur celui de l'autre pour exercer leurs professions, seront toujours reçus à leur retour dans leur patrie (...). »<sup>424</sup>

L'idée principale qui ressort de ces deux premières conventions est que le Français présent à l'étranger qui ne sera plus en situation de pourvoir à ses besoins devra être rapatrié dans son pays d'origine, car il ne revient pas au pays hôte d'accueillir les « indigents » ou « aliénés » qui n'appartiennent pas à sa population. L'argument n'est pas nouveau et répond à la dynamique déjà ancienne de sécularisation de la lutte contre la pauvreté et l'aliénation<sup>425</sup> : depuis la naissance de l'État moderne, la prise en charge de l'indigence échappe progressivement à l'Église pour passer entre les mains de l'autorité publique. À chaque État – et plus concrètement à chaque Commune – de s'occuper de ses pauvres ; le développement des migrations internationales emporte dès lors la nécessité de mettre en place un système de rapatriement des indigents vers leur État d'origine<sup>426</sup>. C'est d'ailleurs précisément sur ce thème que plusieurs conventions postérieures rappelleront l'obligation de réadmettre ses nationaux, comme l'atteste une convention consulaire conclue entre la France et l'Espagne en 1862 :

« Art. 17. Les mendiants ou les vagabonds déclarés tels par les lois de chacun des deux Pays, et qui auraient été détenus à la demande des Agents consulaires respectifs ou par ordre des autorités territoriales pour être expulsés du Pays, seront mis à la disposition desdits Agents. Ceux-ci seront tenus de pourvoir à leur entretien, jusqu'au moment où ils auront pris les mesures nécessaires pour les rapatrier (...). »<sup>427</sup>

Une déclaration de 1866 entre la France et la Ville de Brême permet même de constater que des négociations internationales portent directement sur la question du rapatriement des indigents dans leurs pays de nationalité :

« Chacun des deux États Contractants s'engage à reprendre ses nationaux atteints d'aliénation mentale ou de maladies graves leur donnant droit aux secours publics et même toute personne dans ces conditions qui aurait perdu sa nationalité d'origine sans être devenue sujet d'un autre État. »<sup>428</sup>

---

<sup>424</sup> Déclaration en date du 13 juin 1827, échangée entre la France et la Prusse, le 9 juillet suivant, au sujet des ouvriers émigrants, in *ibid.*, p. 451.

<sup>425</sup> Voy. Michel Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique* (1972), Paris, Gallimard, 1977, p. 56-91 et spéc. p. 60 s. à propos de la fondation en 1656 de l'hôpital général de Paris en charge des pauvres et aliénés.

<sup>426</sup> Voy. Léon Lallemand, *Histoire de la charité*, vol. IV (Les temps modernes), 1<sup>ère</sup> partie, Paris, Alphonse Picard, 1910, p. 169-173.

<sup>427</sup> Convention consulaire conclue à Madrid, le 7 janvier 1862, entre la France et l'Espagne, in Jules de Clerq (dir.), *Recueil des traités de la France*, vol. VIII, Paris, Pedone et Lauriel, 1880, p. 379.

<sup>428</sup> Déclaration échangée, le 20 octobre 1866, entre la France et la Ville Libre de Brême, pour le rapatriement des malades et des aliénés, in Jules de Clerq (dir.), *Recueil des traités de la France*, vol. IX, Paris, Pedone et Lauriel, 1880, p. 620.

Dans chacune de ces conventions, figure donc l'obligation pour l'État de nationalité de réadmettre ses ressortissants. Un même phénomène se constate en Allemagne où les premières conventions de réadmission entre États germaniques sont datées de 1816<sup>429</sup>, le phénomène se consolidant durant le premier XIXe siècle<sup>430</sup>. Cette consécration, qui demeure à ce stade cantonnée au droit international conventionnel bilatéral – et dont l'expression perdure encore aujourd'hui<sup>431</sup> –, ne tarde pas à être consacrée en droit international général.

## **B. La consécration du principe : généralisation et subjectivisation**

**116.** Les travaux de l'institut du droit international, précurseurs, proposeront les premiers le principe général de l'obligation faite aux États d'admettre leurs ressortissants, ouvrant la voie à une consécration générale, sous la forme d'un principe international puis de normes conventionnelles (1). Le droit international des droits de l'homme prendra dès la seconde moitié du XXe siècle le relai de cette dynamique en affirmant que chaque national dispose du droit d'entrer dans son pays de nationalité (2).

### **1. La consécration du principe en droit international général**

**117. La reconnaissance d'un « principe » du droit international.** – L'une des premières affirmations doctrinales de cette obligation revient à Johann Kaspar Bluntschli, qui fut longtemps professeur à Heidelberg, dans son ouvrage *Le droit international codifié*. L'auteur décide d'établir en 1872 « les principes qu'il y a lieu de faire prévaloir »<sup>432</sup> dans la matière juridique internationale. Dans cette première grande œuvre de collecte et de proposition des principes généraux qui structurent alors l'ordre international, figure sans ambiguïtés l'obligation faite aux États de recevoir leurs nationaux :

« § 368. Chaque Etat est obligé de recevoir ceux de ses ressortissants [*Angehörigen*] qui sont expulsés par les autorités étrangères ou renvoyés dans leur patrie, et aucun Etat n'est autorisé à faire conduire des condamnés à la frontière d'un Etat sans le consentement de celui-ci. »<sup>433</sup>

---

<sup>429</sup> Andreas K. Fahrmeir, « Nineteenth-Century German Citizenships : A Reconsideration », *The Historical Journal*, 1997, vol. 40, n° 3, p. 734.

<sup>430</sup> Rogers Brubaker, *Nationalité et citoyenneté*, *op. cit.*, p. 106-118.

<sup>431</sup> L'Union européenne propose même un « accord type » entre un Etat membre et un Etat tiers : Recommandation du Conseil, 30 novembre 1994, concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un État membre et un pays tiers, JOCE, C 274, 19 septembre 1996, p. 20-24.

<sup>432</sup> Johann Kaspar Bluntschli, *Le droit international codifié* (1872, trad. Lardy), Paris, Guillaumin, 2<sup>ème</sup> éd., 1874, p. 30.

<sup>433</sup> *Ibid.*, p. 217. L'autre précise en note : « L'expulsion ou le renvoi ont lieu pour deux motifs principaux : a) lorsqu'un individu n'est pas en position de subvenir lui-même à ses besoins et doit être assisté ; b) lorsqu'il menace la sûreté et l'ordre public de l'Etat étranger. La patrie ne serait plus la patrie, si elle se refusait à recevoir les personnes qui se trouvent placées dans les conditions ci-dessus ou dans une position analogue. »

Surtout, vingt années plus tard, l'Institut de droit international va adopter une résolution qui prévoit le même principe. Fondé en 1873 à Gand en Belgique, cette association scientifique aura un rayonnement sans précédent en droit international à la croisée des deux siècles<sup>434</sup>, bien avant l'existence des grandes organisations internationales. Lors de la séance du 9 septembre 1892 de la session de Genève, les membres de l'Institut adoptent une résolution sur les règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, qui stipule en son article 2 :

« En principe, un État ne doit pas interdire l'accès ou le séjour sur son territoire soit à ses sujets, soit à ceux qui, après avoir perdu leur nationalité dans ledit Etat, n'en ont point acquis une autre. »<sup>435</sup>

Le principe n'est que fort peu discuté par les membres de l'Institut. La proposition d'inclure cette règle avait d'abord été formulée par Ferdinand von Martitz, professeur à l'Université de Tübingen, en 1888 lors de la session de Lausanne de l'Institut. Il proposait alors d'écrire que « Le droit international est contraire à tout acte qui interdirait *aux nationaux* l'accès ou le séjour sur le territoire de l'Etat auquel ils appartiennent. »<sup>436</sup> Cette proposition est reprise dans le projet de résolution de Ludwig von Bar, professeur à l'Université de Göttingen et président de l'Institut, présenté à la session de Hambourg en 1891<sup>437</sup>. La formule est cependant considérée comme un peu trop « ambitieuse »<sup>438</sup> par certains membres de l'Institut lors de la session de Genève en 1892, elle est donc adaptée dans le sens reproduit ci-avant avec une précaution sémantique – « En principe » – sans qu'aucun membre ne puisse toutefois mentionner une exception à ce principe. La formule est donc plus absolue qu'elle ne paraît.

**118.** De nombreux auteurs confirment cette obligation au XXe siècle, parmi lesquels Paul Fauchille en 1922 dans son *Traité*<sup>439</sup>, John Fischer Williams dans un célèbre article sur la dénaturalisation publié en 1927 dans le *British Yearbook of International Law*<sup>440</sup>, ou encore Hans

---

<sup>434</sup> L'Institut est d'ailleurs récipiendaire du prix Nobel de la paix en 1904.

<sup>435</sup> IDI, *Annuaire*, 1894, vol. 12 (1892-1894), p. 219.

<sup>436</sup> IDI, *Annuaire*, 1889, vol. 10 (1888-1889), p. 238.

<sup>437</sup> IDI, *Annuaire*, 1892, vol. 11 (1889-1892), p. 283.

<sup>438</sup> IDI, *Annuaire*, 1894, vol. 12 (1892-1894), p. 188.

<sup>439</sup> Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, tome I, partie I (Paix), Paris, Arthur Rousseau, 8<sup>ème</sup> éd., 1922, n° 451, p. 983 : « il n'y a pas à craindre que les expulsés soient refoulés par l'Etat de destination, car si tout Etat a le droit d'interdire son territoire aux étrangers dangereux, l'Etat national ne peut pas refuser ses propres sujets même s'ils sont indésirables. »

<sup>440</sup> John Fischer Williams, « Denationalization », BYIL, 1927, n° 8, p. 55 : « [The] rule of international law that every state is obliged to receive its own nationals, but not to receive aliens (...) is now well recognized and has acquired prominence at the expense of the earlier rules of free migration, which were admitted by our more individualist ancestors. »

Kelsen dans son cours donné en 1932 à l'Académie sur la théorie générale du droit international public :

« l'Etat dont l'expulsé est le ressortissant est obligé de le recevoir à nouveau si l'Etat de la résidence l'expulse comme étranger, et cela alors même que l'individu qui doit être reçu à nouveau par sa patrie d'origine aurait perdu sa nationalité d'après le droit de cet Etat. Ceci est la conséquence de l'obligation générale qui existe à la charge de l'Etat d'accueillir à nouveau ses ressortissants à la demande de tout autre Etat qui ne tolère pas leur séjour sur son territoire. *Cette obligation existe donc d'après le droit international général, même lorsqu'elle n'est pas établie par traité.* »<sup>441</sup> (nous soulignons)

Le principe est quasiment unanimement réceptionné, comme le relève Erik Castrén, professeur de droit international à l'Université d'Helsinki, dans un célèbre article publié pendant la seconde guerre mondiale à la revue de droit international de Heidelberg : « La doctrine actuelle, à quelques exceptions près, est d'avis que chaque État est dans l'obligation d'accueillir sur son territoire ceux de ses nationaux [*Staatsangehörigen*] qui n'ont pas de droit au séjour [*Aufenthaltsrecht*] dans les pays étrangers. »<sup>442</sup> Il n'est d'ailleurs guère douteux que dès cette époque, l'obligation générale de réadmission des nationaux acquiert une valeur coutumière en droit international<sup>443</sup>.

**119.** Le principe a par ailleurs fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle remarquable par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Van Duyn* rendu le 4 décembre 1974 : « un principe de droit international, que le traité CEE ne peut pas être censé méconnaître dans les rapports entre les Etats membres, s'oppose à ce qu'un Etat refuse à ses propres ressortissants le droit d'avoir accès à son territoire et d'y séjourner »<sup>444</sup>. La même Cour, dans un autre arrêt *McCarthy* rendu le 5 mai 2011 a encore étendu ce principe sous l'angle du droit au séjour inconditionnel dans son Etat de nationalité : « [la requérante] bénéficie, en vertu

---

<sup>441</sup> Hans Kelsen, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, vol. 42, 1932, p. 254. Voy. encore Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État* (1949, trad. Laroche et Faure), Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 287.

<sup>442</sup> Erik Castrén, « Die gegenseitigen Pflichten der Staaten in bezug auf den Aufenthalt und die Aufnahme ihrer Staatsangehörigen und der Staatenlosen », *ZaöRV* (Heidelberg Journal of International Law), vol. 11, 1942/1943, p. 372 : « *Die heutige Doktrin steht mit einigen wenigen Ausnahmen auf dem Standpunkt, dass jeder Staat verpflichtet ist, diejenigen seiner Staatsangehörigen, denen die fremden Staaten kein Aufenthaltsrecht bewilligen, auf seinem Gebiete zu belassen.* »

<sup>443</sup> Voy. Haro Frederik Van Panhuys, *The Rôle of Nationality in International Law*, Leiden, A. W. Sythoff, 1959, p. 56 ; José-Francisco Rezek, « Le droit international de la nationalité », *RCADI*, 1986, vol. 198, p. 356.

<sup>444</sup> CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41-74, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, § 22, Recueil p. 1337. Pour une confirmation récente en droit français, voy. CE, ord., 7 octobre 2016, n° 403552, *A. Hicheur*, inédit : « M.B..., qui dispose de la double nationalité algérienne et française, demande à tout le moins à être autorisé à être autorisé à quitter la France pour s'installer en Algérie, (...) il résulte de l'instruction que l'intéressé pourrait à tout moment retourner en France depuis l'Algérie, pays où résidaient des membres d'Al Quaida au Maghreb islamique avec lesquels il avait été en relation, sans que les autorités françaises ne puissent s'y opposer » (nous soulignons).

d'un principe de droit international, d'un droit de séjour inconditionnel au Royaume-Uni dès lors qu'elle possède la nationalité du Royaume-Uni. »<sup>445</sup>

**120.** Sans surprise, un tel principe « repose sur la souveraineté personnelle et territoriale des Etats » précise Kay Hailbronner en 1997, « l'ordre international présuppose que chaque Etat s'occupe au moins de ses propres nationaux. »<sup>446</sup> L'obligation est parfaitement réceptionnée de nos jours ; Jean Combacau et Serge Sur affirment ainsi par exemple que « Le droit d'admission des nationaux sur le territoire paraît aller de soi »<sup>447</sup>. Cette obligation internationale et coutumière de réadmission des nationaux se retrouve par ailleurs en droit international conventionnel.

**121. La valeur conventionnelle du principe.** – Deux « *draft conventions* » établies par différents comités de juriste à la fin des années 1920 proposent de soumettre à la codification internationale l'obligation de réadmission des nationaux. La dynamique est intéressante, elle révèle la percée académique du principe de réadmission des nationaux dans les travaux préparatoires à l'activité diplomatique. Le premier de ces projets fut rédigé par l'*International Commission of American Jurists*, réunie à Rio de Janeiro entre le 18 avril et le 20 mai 1927. Ces délégués américains adoptent plusieurs articles relatifs au statut de l'étranger et consacrent à cette occasion l'obligation de réadmission des nationaux dans leur projet : « Les États sont tenus d'accueillir leurs ressortissants nationaux expulsés d'un pays étranger qui cherchent à entrer sur leurs territoires. »<sup>448</sup> Il sera repris *in extenso* dans l'article 6 de la Convention relative au statut des étrangers, signée le 20 février 1928 à La Havane à l'occasion de la sixième conférence internationale des États américains<sup>449</sup>. Cette Convention est aujourd'hui ratifiée par quinze États du continent américain, dont les États-Unis d'Amérique, le Mexique, le Brésil ou l'Argentine. Il s'agit de la première consécration conventionnelle de cette obligation de réadmission des nationaux en droit international régional.

---

<sup>445</sup> CJUE, 5 mai 2011, aff. C-434/09, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, § 50, Rec. I, p. 3375. Voy. encore CJCE, 7 juillet 1992, aff. C-370/90, *Singh*, § 22, Rec. I, p. 4265 ; CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-291/05, *Eind*, § 31, Rec. I, p. 10719.

<sup>446</sup> Kay Hailbronner, « Readmission Agreements and the Obligation on States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals », *ZaöRV* (Heidelberg Journal of International Law), vol. 57, 1997, p. 11-15 : « *The foundation of the obligation of a state to readmit its own nationals is found to lie in the personal and territorial sovereignty of states. International order presupposes that each state take care at least of its own nationals.* »

<sup>447</sup> Jean Combacau, Serge Sur, *Droit international public*, Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 2014, 11<sup>ème</sup> éd., p. 369.

<sup>448</sup> International Commission of Jurists, Project n° III, Status of Aliens, art. 3 § 4, in « Projects of Public International Law », *AJIL*, vol. 22, n° 1, supp. Codification of International Law (janvier 1928), p. 242 : « *States are required to receive their nationals expelled from foreign soil who seek to enter their territory.* »

<sup>449</sup> « Convention on the Status of Aliens », *AJIL*, vol. 22, n° 3, supp. : Official Documents (juin 1928), p. 136-138.

122. Le second de ces projets est issu du célèbre *Harvard Draft* établi en 1929 par des juristes nord-américains dans le cadre de la réflexion sur les sujets choisis par la Société des Nations pour la codification, sous l'égide de la Harvard Law School. L'un de ces sujets était justement la nationalité, et le *Harvard Draft* portant sur *The Law of Nationality*, dont Richard Flournoy Jr assure le rapport, prévoit un article (dont la rédaction est davantage soucieuse de précision que d'élégance) sur l'obligation de réadmission des nationaux : « Un État ne peut pas refuser de recevoir sur son territoire un individu expulsé du territoire d'un autre État si cette personne est un ressortissant du premier État, ou si cet individu était auparavant un ressortissant de cet État et a perdu cette nationalité sans posséder ou acquérir la nationalité d'un autre État. »<sup>450</sup> Mais le *Harvard Draft* n'aura, sur ce point, pas le même succès que le projet de Rio. En effet, lors de l'adoption de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signée à La Haye le 12 avril 1930<sup>451</sup>, sous l'égide de la Société des Nations, l'obligation de réadmission des nationaux n'est pas formellement consacrée. En revanche, les travaux préparatoires de cette Convention, et en particulier ceux de la première commission sur la nationalité, sont confirmatifs d'une consécration générale mais implicite de l'obligation de réadmission des nationaux. En effet, ces travaux révèlent qu'était soumis à l'approbation des représentants un dispositif relatif à la réadmission des anciens nationaux, ayant perdu leur nationalité après s'être établis sur le territoire d'un État hôte<sup>452</sup>. En creux, il faut voir dans cette discussion une preuve certaine de la consécration de ce principe : en étendant la réflexion vers la réadmission des *anciens* nationaux, les États ont implicitement accepté qu'il existait un principe positif de réadmission des nationaux *actuels*. Autrement dit, comme l'analyse fort justement Erik Castrén en 1942, « le Comité a estimé que les États ont l'obligation implicite [*die unbedingte Pflicht*] de réadmettre ceux de leurs nationaux [*Staatsangehörigen*] qui sont renvoyés de l'étranger »<sup>453</sup>.

<sup>450</sup> « The Law of Nationality », AJIL, 1929, vol. 23, n° 2, supp. Codification of International Law, p. 77: « A state may not refuse to receive into its territory a person, upon his expulsion by or exclusion from the territory of another state, if such person is a national of the first state or if such person was formerly its national and lost its nationality without having or acquiring the nationality of any other state. »

<sup>451</sup> Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, La Haye, 12 avril 1930, in Société des Nations, *Recueil des Traités*, 1937, vol. 179, p. 90-113.

<sup>452</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), Genève, N° officiel C. 351 (a). M. 145 (a), p. 36-44. Sur cette question, le protocole spécial qui sera adopté, et la théorie de l'abus de droit, voy. *infra* n° 499 s..

<sup>453</sup> Erik Castrén, « Die gegenseitigen Pflichten der Staaten in bezug auf den Aufenthalt und die Aufnahme ihrer Staatsangehörigen und der Staatenlosen », *op. cit.*, p. 375 : « Dabei ist zuerst einmal festzustellen, daß das sog „Comité préparatoire“, das die vorbereitende Arbeit für diese Konferenz leistete, sich auf den Standpunkt stellte, die Staaten hätten die unbedingte Pflicht, diejenigen ihrer Staatsangehörigen, die aus dem Ausland zurückgeführt werden sollten, aufzunehmen. » Cette position est d'ailleurs exprimée par la Finlande dans les travaux du



**123. Destinataire de l'obligation en droit international général.** – Cette obligation internationale, de nature coutumière et conventionnelle, n'est pas un droit consacré au profit de l'individu. C'est une obligation que peut actionner l'État hôte à l'encontre de l'État de nationalité lorsqu'il souhaite donner effet à, par exemple, une mesure d'expulsion. Mais cette obligation internationale ne crée pas de droits dans le chef des particuliers, comme le note très justement Haro Frederik van Panhuys : « suivant le droit international, le devoir d'admission [*duty of admission*] ne profite qu'à l'Etat étranger et non aux nationaux »<sup>454</sup>.

**124.** Une récente législation britannique illustre ce principe. Le Counter Terrorism and Security Act du 12 février 2015<sup>455</sup> prévoit que le gouvernement peut émettre une « mesure d'exclusion temporaire [*temporary exclusion order*] »<sup>456</sup> qui empêche le retour d'un ressortissant britannique sur le sol national, notamment par l'invalidation de son passeport, pour une durée maximale renouvelable de deux années<sup>457</sup>. Les individus visés sont les Britanniques soupçonnés de s'être livrés à des activités terroristes à l'étranger et qui pourraient en conséquence constituer, à leur retour, un risque pour l'ordre public britannique sur le territoire national<sup>458</sup>. La loi prévoit que le gouvernement délivrera à ces individus des « permis de retour »<sup>459</sup> pour mieux organiser leur réadmission sur le territoire : « Tous les individus concernés auront le droit, qui leur est garanti par leur nationalité, de retourner au Royaume-Uni. Mais quand ils le feront, cela sera selon nos propres termes – et très probablement avec la compagnie d'un agent de police »<sup>460</sup>, précise Theresa May, à l'époque *Home Secretary* du gouvernement de David Cameron, devant la House of Commons lors de la séance du 2 décembre 2014. La législation prévoit toutefois que la mesure d'exclusion temporaire ne peut pas faire obstacle à l'exécution d'une

---

Comité préparatoire, Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international : bases de discussion établies par le comité préparatoire à l'intention de la conférence, I (Nationalité), N° officiel C. 73. M. 38. 1929, p. 16 : « S'il doit être considéré comme généralement établi qu'aucun Etat ne doit se refuser à recevoir sur son territoire un individu de sa propre nationalité, et qu'il ne doit pas non plus expulser une personne de cette nationalité, il importe de constater : a) La perte de la nationalité, statuée ou prononcée par un Etat, ne doit jamais avoir le caractère d'une peine infligée à un de ses nationaux ni viser le but de se débarrasser, par la voie d'expulsion, d'une personne peu désirable. Ce principe ne s'applique pas au cas où la personne en question peut se prévaloir d'une autre nationalité ou se trouve au service d'un Etat étranger ».

<sup>454</sup> Haro Frederik Van Panhuys, *The Rôle of Nationality in International Law*, *op. cit.*, 1959, p. 56 : « According to international law, the duty of admission only exists towards foreign States and not towards the national, though the custom, not to deny admission to nationals, is sometimes reflected in municipal law. »

<sup>455</sup> *Counter Terrorism and Security Act* du 12 février 2015, disponible sur :

[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/6/pdfs/ukpga\\_20150006\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/6/pdfs/ukpga_20150006_en.pdf) (consulté le 20 septembre 2018).

<sup>456</sup> *Ibid.*, part. I, chap. 2, 2.

<sup>457</sup> *Ibid.*, part. I, chap. 2, 4., (3), (b) et (8).

<sup>458</sup> *Ibid.*, part. I, chap. 2, 2., (3) et (4).

<sup>459</sup> *Ibid.*, part. I, chap. 2, 5.

<sup>460</sup> House of Commons Debates (Hansard), vol. 589, col. 211 : « *All those concerned will have the right, which their citizenship guarantees, to return to the UK. But when they do, it will be on our terms – quite possibly in the company of a police officer.* »

mesure d'expulsion prise par un État étranger : « Une mesure d'exclusion temporaire est une mesure qui fait obligation à un individu de ne pas retourner au Royaume-Uni sauf (...) si le retour est le résultat d'une mesure d'expulsion de l'individu [*individual's deportation*] à destination du Royaume-Uni. »<sup>461</sup> Autrement dit, les ressortissants britanniques ne disposent pas d'un droit individuel général et absolu de pénétrer sur le territoire de l'État dont ils possèdent la nationalité<sup>462</sup>. En revanche, le Royaume-Uni, lorsqu'il est requis par un autre État, a l'obligation générale et absolue de réadmettre ses nationaux.

**125.** C'est pour pallier cette difficulté, bien identifiée dès le lendemain de la guerre, que cette obligation de réadmission a été consacrée dans des instruments du droit international des droits de l'homme, cette fois au profit directement de l'individu.

## **2. La consécration du principe en droit international des droits de l'homme**

**126. Consécration politique dans la déclaration universelle des droits de l'homme.** – La déclaration universelle des droits de l'homme du 10 novembre 1948 stipule en son article 13, § 2 que « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. » L'obligation interétatique de réadmettre les nationaux est ainsi portée au bénéfice des individus : l'on passe d'une obligation à la charge des États à un droit individuel en puissance, puisque pas encore consacré dans un instrument juridique obligatoire.

**127.** L'adoption de cette stipulation n'a d'ailleurs posé aucune difficulté. Certes, les textes initiaux rédigés par le comité de rédaction ou la commission des droits de l'homme ne comprenaient pas cette garantie. Mais lorsque Karim Azkoul, le représentant du Liban, à la séance du 2 novembre 1948 de la troisième commission de l'Assemblée générale, propose d'ajouter qu'il est possible à chaque individu, en plus de quitter son pays de nationalité, d'y *revenir*<sup>463</sup>, l'amendement est adopté par trente-trois voix favorables, aucune opposition, et huit abstentions<sup>464</sup>.

---

<sup>461</sup> *Counter Terrorism and Security Act* du 12 février 2015, part. I, chap. 2, 2., (1), (b).

<sup>462</sup> La loi n'est pas sans contrarier quelques principes internes de *Common Law*, comme l'a précisé le Député Dominic Grieve lors des débats à la séance du 2 décembre 2014 : « *It is a fundamental principle of the common law in this country that an individual, unconvicted – the presumption of innocence applies – should be free to reside in his own land. The principle of exile, as a judicial or even an administrative tool, has not been tolerated in this country since the late 17th century. It is certainly no part of our criminal justice panoply, and certainly not part of administrative provisions or powers given to the state. (...) The point is often well made that as Parliament is sovereign, it can exclude the common law whenever it likes, but the fact is that the more fundamental the common law principle, the more careful we should be before excluding it.* », in *House of Commons Debates* (Hansard), vol. 589, col. 228.

<sup>463</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> Commission, 120<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 2 novembre 1948, A/C.3/SR.120, p. 316.

<sup>464</sup> *Ibid.*, p. 325.

Karim Azkoul justifie son projet en considérant que la libre émigration est un objectif souhaitable pour l'ordre international, mais qu'à défaut d'un tel droit, « Le minimum exigible (sic) est que toute personne ait le droit de rentrer dans son propre pays. »<sup>465</sup> Les États-Unis comme le Royaume-Unis soutiennent publiquement cet amendement ; le représentant de l'URSS y voit un principe « patriotique »<sup>466</sup>, tandis que la Pologne ne manque pas de préciser qu'elle applique déjà ce principe à tous ses ressortissants, notamment à ses ouvriers expulsés par la France à la suite des mouvements de grève de 1948<sup>467</sup>. À la lecture des débats, il ne fait donc guère de doute que « revenir *dans son pays* » signifie revenir dans son pays de nationalité.

**128. Consécration juridique progressive en droit conventionnel.** – Le pacte international relatif aux droits civils et politiques signé le 16 décembre 1966 va consacrer juridiquement ce droit individuel d'entrer dans son pays de nationalité, tout en réservant une protection aux seuls cas de privation arbitraire de ce droit. Cet instrument général de protection des droits de l'homme mentionne ainsi à l'article 12 § 4 que « Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays. »

**129.** La filiation avec le texte de la déclaration universelle des droits de l'homme est manifeste. La lecture des travaux préparatoires révèle en effet que c'est à nouveau Karim Azkoul, représentant du Liban à la Commission des droits de l'homme, qui propose d'enrichir le projet de pacte de cette formule – qu'il avait déjà réussi à faire adopter en 1948. Le diplomate annonce en effet, lors de la séance du 31 mai 1949 de la Commission des droits de l'homme, que sa délégation souhaite voir inscrit « le droit pour tout individu de revenir dans son propre pays » dans cette future convention, sur le modèle de la déclaration universelle<sup>468</sup>. Le représentant de l'URSS fait cependant valoir que le terme « propre pays » est d'une définition malaisée et qu'il

---

<sup>465</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>466</sup> *Ibid.*

<sup>467</sup> *Ibid.* p. 320-321 : « Même en France, les atteintes portées récemment au droit de grève, parfois au prix d'incidents sanglants, et les déportations de grévistes étrangers, dont certains résidant en France depuis plus de vingt ans, ont participé à la défense du pays et à sa reconstruction, constituent des violations non moins graves des droits les plus sacrés de l'homme. La représentante de la Pologne ne se préoccupe pas seulement du sort des Polonais expulsés à la suite de ces mesures – citoyens que son pays recevra toujours à bras ouverts – mais de celui de tous les autres travailleurs qui sont dans le même cas. C'est pourquoi la délégation polonaise appuiera l'amendement présenté par la délégation du Liban. » Sur cet épisode, voy. Stéphane Dufoux, *Politiques d'exil : hongrois, polonais et tchécoslovaques en France après 1945*, Paris, PUF, 2002, p. 97-100.

<sup>468</sup> Nations Unies, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 5<sup>ème</sup> session, 106<sup>ème</sup> séance, compte rendu, 31 mai 1949, E/CN.4/SR.106, p. 3.

permettrait par exemple aux apatrides de revenir dans leurs pays d'origine<sup>469</sup>, en faisant probablement référence aux dénationalisés de son propre régime<sup>470</sup>. Pour pallier cette difficulté, Cassin fait alors la proposition de remplacer ce terme par « pays dont il est le national », en précisant d'ailleurs qu'un tel droit est « fondamental »<sup>471</sup>. Cette formulation est adoptée à l'unanimité<sup>472</sup>. Étonnamment, presque trois années plus tard, la même Commission amende à nouveau l'article et revient à la formulation de la déclaration universelle des droits de l'homme : « entrer dans son propre pays ». Le représentant australien fait en effet valoir que dans son État, ce sont les individus qui ont une « résidence permanente [*permanent home*] » qui ont droit d'entrer sur le territoire, et que sa législation n'entre ainsi pas dans les prévisions du projet de Convention. Le président propose alors de revenir à la formule générale « propre pays »<sup>473</sup>, ce qui est adoptée par dix voix contre deux et six abstentions<sup>474</sup>. Il ne faut donc pas surestimer un tel changement sémantique, qui traduit sans doute aussi une volonté de continuité avec la déclaration universelle. D'ailleurs, les débats au sein de la troisième Commission démontrent que pour une très grande majorité des orateurs, la notion de « propre pays » se confond avec celle de nationalité, certains États comme le Japon<sup>475</sup>, le Canada<sup>476</sup>, le Royaume-Uni<sup>477</sup> ou la Tchécoslovaquie<sup>478</sup>

---

<sup>469</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>470</sup> Voy. *infra* n° 561 s.

<sup>471</sup> Nations Unies, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 5<sup>ème</sup> session, 106<sup>ème</sup> séance, compte rendu, 31 mai 1949, E/CN.4/SR.106, p. 8.

<sup>472</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>473</sup> Nations Unies, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 5<sup>ème</sup> session, 315<sup>ème</sup> séance, compte rendu, 29 mai 1952, E/CN.4/SR.315, p. 12-14.

<sup>474</sup> Nations Unies, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 5<sup>ème</sup> session, 316<sup>ème</sup> séance, compte rendu, 29 mai 1952, E/CN.4/SR.316, p. 5.

<sup>475</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> Commission, 956<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 13 novembre 1959, A/C.3/SR.956, § 30, p. 253 : « [La délégation japonaise] tient toutefois à préciser qu'au Japon, l'exercice du droit [d'entrer] dépend de la nationalité et non du lieu de résidence de l'individu. (...) En conséquence, la délégation japonaise appuiera l'amendement des Cinq, sous réserve qu'on puisse interpréter les mots "dans son propre pays" comme signifiant "dans le pays dont il est ressortissant". »

<sup>476</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> Commission, 957<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 16 novembre 1959, A/C.3/SR.957, § 1, p. 255 : « pour [la délégation canadienne], "dans son propre pays" peut seulement signifier "dans le pays dont l'intéressé est ressortissant". »

<sup>477</sup> *Ibid.*, § 19, p. 257 : « Cette expression, "son propre pays" est d'ailleurs trop imprécise. La délégation du Royaume-Uni en donne la même interprétation que la délégation canadienne, à savoir le pays dont l'intéressé est ressortissant. »

<sup>478</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> Commission, 958<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 17 novembre 1959, A/C.3/SR.958, § 5, p. 259 : « L'expression "son propre pays" figure dans les deux textes, et la représentante de la Tchécoslovaquie tient à bien préciser qu'à son avis cette expression désigne l'État dont la personne considérée est ressortissante en application des lois et règlements en vigueur dans ledit État. Dans cette définition n'ont à intervenir ni les éléments affectifs ni les éléments historiques et géographiques. » La délégation insiste en particulier sur ce point puisque de nombreux ressortissants tchécoslovaques, devenus Allemands à la suite de l'annexion des Sudètes, ont été expulsés vers l'Allemagne à la suite de la seconde guerre mondiale : « Ces Allemands ont été expulsés de la Tchécoslovaquie en tant que membres de la cinquième colonne hitlérienne qui a trahi la Tchécoslovaquie et cherché à exterminer le peuple tchécoslovaque. (...) Ces Allemands ne sont pas citoyens tchécoslovaques et la Tchécoslovaquie n'est pas leur pays. », in *ibid.*

émittant même explicitement cette réserve<sup>479</sup>. Le texte finalement adopté ne s'analyse par ailleurs pas en une protection absolue : l'adverbe « arbitrairement » est adjoind à la prohibition du droit d'entrer. Les travaux préparatoires montrent qu'à cette époque, une majorité relative et silencieuse<sup>480</sup> d'États (à l'exception de l'Italie<sup>481</sup>) souhaite réserver l'hypothèse du bannissement et ne pas forcément créer un droit subjectif à entrer dans son pays de nationalité à l'égard d'individus qui ne seraient plus sur le sol national subséquemment à une mesure de bannissement (sur ce point, voy. *infra* n° 145 s.). Les discussions à propos de l'apposition de cet adverbe sont âpres, en raison notamment d'une opposition en bloc des pays d'Amérique latine dont les législations ne connaissent pas la peine de bannissement. En novembre 1959, le terme « arbitrairement », qui fait l'objet d'un vote séparé, est adopté par 29 voix contre 20, avec 20 abstentions<sup>482</sup>.

**130.** C'est un texte adopté dans le cadre du Conseil de l'Europe qui va juridiquement consacrer le droit absolu (et non pas garanti contre le seul arbitraire) d'entrer dans son pays de nationalité. Le protocole n° 4 du 16 septembre 1963 reconnaissant certains droits et libertés annexé à la Convention européenne des droits de l'homme stipule en son article 3, § 2 : « Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant. ». Le texte arrêté par l'Assemblée générale du Conseil de l'Europe prend directement comme modèle le texte du Pacte, qui est alors encore en discussion aux Nations Unies. Il s'en écarte toutefois en deux points. Le texte du Conseil de l'Europe, en projet en 1958, prévoit en effet une garantie absolue du droit d'entrer, mais dont les destinataires sont encore incertains, le projet marquant une hésitation entre deux membres de phrase pour clôturer la formule : « Toute personne est libre d'entrer [*dans son propre pays*] ou [*dans le pays dont elle la ressortissante*] »<sup>483</sup>. Sur le caractère arbitraire, le rapport explicatif précise bien que face au « cercle homogène du Conseil de l'Europe, (...) [le rapporteur] a supprimé l'adverbe "arbitrairement" »<sup>484</sup>. En revanche, le

---

<sup>479</sup> L'on doit surtout au Comité des droits de l'homme une extension de la notion vers l'idée d'une garantie de l'étranger se trouvant en situation de « quasi-nationalité », voy. les références *infra* n° 521.

<sup>480</sup> Comme le souligne la délégation des Philippines, Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> Commission, 958<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 17 novembre 1959, A/C.3/SR.958, § 10, p. 260 : « On sait que l'exil est une peine encore pratiquée, mais aucun État ne reconnaît officiellement qu'il continue de l'appliquer. »

<sup>481</sup> *Ibid.*, § 21, p. 261 : « En droit italien, une personne ne peut être exilée que pour des raisons de sécurité nationale (par exemple pour prévenir des troubles), mais jamais à titre de sanction pénale ».

<sup>482</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> Commission, 959<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 17 novembre 1959, A/C.3/SR.959, § 27, p. 264.

<sup>483</sup> Deuxième Protocole Additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Projet), in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4*, Strasbourg, 1976, p. 40.

<sup>484</sup> Assemblée Consultative, Commission Juridique, Sous-Commission n° 12 (Droits de l'homme). Deuxième Protocole additionnel à la Convention des droits de l'homme. Deuxième rapport préliminaire présenté par M. Lannung

rapporteur note bien que la formule « dans son propre pays » n'est pas équivalente à « dans le pays dont elle est ressortissante », la première formule couvrant le pays de nationalité et « le pays où l'intéressé a son domicile permanent »<sup>485</sup> – à la différence de la seconde formule qui ne couvre que le pays de nationalité. Le rapporteur ne tranche pas entre les deux options et laisse au comité d'experts le soin d'étudier la question.

**131.** Le comité d'experts marque donc quelques hésitations de principe lors de ses premières rencontres en avril 1961 à la fois sur l'opportunité de conserver la protection contre les seules mesures « arbitraires » d'une part, et de réserver la protection aux seuls nationaux<sup>486</sup>. Il tranche finalement en octobre de la même année pour l'exclusion du terme « arbitrairement » et pour la protection des seuls « ressortissants », sans étendre donc les bénéficiaires aux étrangers domiciliés<sup>487</sup>. L'adoption au même moment d'un texte européen issu du droit international multilatéral a pu avoir une portée décisive<sup>488</sup>. En effet, l'Accord européen sur le régime de la circulation des personnes entre les pays membres du Conseil de l'Europe, signé le 13 décembre 1957 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1958 suite aux ratifications de nombreux États européens comme l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la France, l'Italie, etc., prévoit en son article 5 que « Chacune des Parties contractantes réadmettra sans formalité sur son territoire tout titulaire de l'un des documents énumérés dans la liste établie par elle et figurant à l'annexe au présent Accord [passeport, carte nationale d'identité, etc.], même dans le cas où la nationalité de l'intéressé serait contestée. »<sup>489</sup> L'on constate ainsi que la réception complète de l'obligation étatique de réadmission des nationaux cristallise ici la pratique européenne et justifie l'adoption d'un droit subjectif au profit des ressortissants nationaux. Le texte arrêté par le Comité d'experts sera soumis et adopté en l'état par les membres du Conseil de l'Europe.

**132.** L'obligation de réadmission des nationaux, née de l'implicite révolutionnaire et plus tard consacrée par le droit international public, finit donc par intégrer le champ des droits subjectifs en se muant en un droit d'entrer sur le territoire de son État de nationalité. Une telle mue

---

(rapporteur), AS/Jur XII (10), 10 décembre 1958, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4*, Strasbourg, 1976, p. 30.

<sup>485</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>486</sup> Comité d'experts, Examen du projet de second Protocole additionnel, 2<sup>ème</sup> réunion du 24 au 29 avril 1961, DH/Exp (61) 15 du 7 août 1961, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4*, Strasbourg, 1976, p. 366 et s.

<sup>487</sup> Comité d'experts, Examen du projet de second Protocole additionnel, 3<sup>ème</sup> réunion du 2 au 11 octobre 1961, DH/Exp (61) 35 du 17 octobre 1961, in *ibid.*, p. 441.

<sup>488</sup> En ce sens, voy. les différentes mentions par le Comité d'experts, Examen du projet de second Protocole additionnel, 2<sup>ème</sup> réunion du 24 au 29 avril 1961, DH/Exp (61) 15 du 7 août 1961, in *ibid.*, p. 367.

<sup>489</sup> Accord européen sur le régime de la circulation des personnes entre les pays membres du Conseil de l'Europe, signé le 13 décembre 1957, *Série des traités et conventions européens*, n° 25.

est toutefois laissée à la discrétion des États qui restent maîtres de ratifier ou non les instruments conventionnels qui consacrent ce droit ; seule l'obligation coutumière de réadmission des nationaux (qui ne vaut que dans les relations interétatiques) a une valeur absolue et générale.

## § 2. La prohibition de l'expulsion des nationaux

133. Le processus lié à la consécration de la prohibition de l'expulsion des nationaux présente de nombreuses similitudes avec l'obligation de réadmission, même s'il est plus tardif. Dès le droit intermédiaire en effet, les ressortissants français sont considérés comme inexpulsables, une caractéristique que ne partagent justement pas les étrangers. Le principe sera vite consacré par le droit interne et le droit international au XIXe siècle (A). En revanche, des exceptions substantielles ont longtemps prévalu, spécialement sous la forme des peines de bannissement des nationaux. Mais cette peine va progressivement disparaître de l'ordre juridique au XXe siècle, suite à des charges doctrinales particulièrement sévères et à un contexte de clôture nationale (B).

### A. L'interdiction de principe de l'expulsion des nationaux

134. Comme le précise déjà Bodin au XVIe siècle, par principe « l'étranger peut estre chassé hors du pays »<sup>490</sup>, ce que jamais aucun auteur de l'époque ne relève à propos d'un Français, à l'exception bien sûr de la peine de bannissement (voy. *infra* n° 145). La réflexion sur l'interdiction de l'expulsion se nourrit donc d'abord d'une étude de la condition de l'étranger, qui révèle en creux la condition du national tout au long du XIXe siècle (1). L'inexpulsabilité des nationaux sera par la suite consacrée *in extenso* au tournant des XIXe et XXe siècles (2).

#### 1. Émergence du principe

135. Les premières racines de cette fonction territoriale de la nationalité se trouvent dans le droit intermédiaire. Si le droit révolutionnaire empêche le retour sur le territoire national des individus qui ont émigré (cf. *supra*, n° 111 s.), il ne procède pas directement à des expulsions de ressortissants nationaux : le Français n'est pas expulsé contre son gré du territoire français, même s'il peut être déporté en Outre-Mer ; l'étranger en revanche est systématiquement soumis

---

<sup>490</sup> Jean Bodin, *Les six livres de la République* (1576), livre I, chap. 6, *op. cit.*, p. 147.

à un risque d'expulsion. Une telle approche sera encore confirmée au XIXe siècle. Deux législations en particulier témoignent de la réception de ce principe<sup>491</sup>.

**136. Législation intermédiaire.** – Le sort réservé aux prêtres réfractaires<sup>492</sup>, catégorie de Français particulièrement ciblée par la répression révolutionnaire, forme une première illustration de la réception du principe de prohibition de l'expulsion des nationaux. Les célèbres décrets des 27 mai 1792 sur la déportation des prêtres insermentés<sup>493</sup>, frappé du veto royal, et 26 août 1792 relatif aux ecclésiastiques qui n'ont pas prêté leur serment, ou qui, après l'avoir prêté, l'ont rétracté et ont persisté dans leur rétractation, vont prévoir leur exil volontaire ou, à défaut, leur déportation en Guyane. Le décret du 26 août dispose ainsi :

« 1<sup>er</sup>. Tous les ecclésiastiques qui, étant assujétis au serment prescrit (...), ne l'ont pas prêté, ou qui, après l'avoir prêté, l'ont rétracté et ont persisté dans leur rétractation, *seront tenus de sortir sous huit jours hors des limites du district et du département de leur résidence, et dans quinzaine, hors du royaume (...)*. 2. En conséquence, chacun d'eux se présentera devant le directoire du district ou la municipalité de résidence, pour y *déclarer le pays étranger dans lequel il entend se retirer*, et lui sera délivré sur-le-champ un passe-port, qui contiendra sa déclaration, son signalement, la route qu'il doit tenir, et le délai dans lequel il doit être sorti du royaume. 3. Passé le délai de quinze jours ci-devant prescrit, *les ecclésiastiques non sermentés qui n'auraient pas obéi aux dispositions précédentes, seront déportés à la Guyane française (...)*. »<sup>494</sup> (nous soulignons)

Le double système de peine instauré par ce décret marque la spécificité du traitement réservé aux Français. D'abord la sortie du territoire français ne peut se faire sans le consentement de l'individu qui doit *déclarer* le pays étranger dans lequel il *entend se retirer*<sup>495</sup>. Ensuite, à défaut d'un pays d'exil, la peine de déportation frappant les prêtres réfractaires ne les envoie pas sur un territoire étranger, mais sur un territoire français ultramarin<sup>496</sup>. Sous ces deux aspects, la prise en compte de la volonté de l'individu et la continuité territoriale de la résidence, ce décret marque le refus de recourir à l'expulsion du territoire national pour les Français. Le sort des déportés, ceux n'ayant pas trouvé asile dans un pays étranger, n'est pas pour autant clément.

---

<sup>491</sup> Sur ce sujet, voy. encore Emmanuel Bès de Berc, *Droit français de l'expulsion des étrangers*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1888, p. 44-48.

<sup>492</sup> Sur cet épisode historique, voy. Armans-Claude Sabatié, *La déportation révolutionnaire du clergé français*, 2 tomes, Paris, Gabalda, 1916, 408 p. et 358 p.

<sup>493</sup> Charles Antoine Lepec, *Recueil général des lois, décrets, ordonnances, etc.*, t. 3, Paris, Administration du journal des notaires et des avocats, 1839, p. 115-117.

<sup>494</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>495</sup> Le député Louis Gohier déclarera même lors de la séance du 24 mars 1792 qu'on pouvait y voir un moyen de garantir la liberté de ces individus : « agir ainsi, c'est aller au-devant de leurs vœux, c'est les affranchir d'une domination qu'ils détestent et non attenter à leur liberté. » AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 44, p. 66.

<sup>496</sup> La déportation est plutôt considérée comme une mesure de police, donc prononcée par l'administration, et non par un organe juridictionnel. La plupart des débats à l'Assemblée nationale porte sur ce point, le prononcé administratif (et non juridictionnel) d'une peine de déportation paraissant à beaucoup de députés comme contraire à la Constitution.



Les historiens ont révélé que les camps de déportés en Guyane ont été à bien des égards des « précurseurs des camps de concentration »<sup>497</sup>. En ce sens, plusieurs Députés s’opposent au principe de la déportation en Guyane<sup>498</sup>, de même que d’autres à l’exil en pays étrangers<sup>499</sup>. Les prêtres réfractaires ne seront cependant pas tous exilés ou déportés ; contrairement aux prescriptions du décret, beaucoup seront emprisonnés dans des conditions particulièrement difficiles dans les pontons de Rochefort (des navires désarmés servant de prison flottante)<sup>500</sup>, de nombreux autres fuiront la persécution. Mais, en dehors du consentement à l’émigration, la législation révèle que les prêtres réfractaires ne peuvent pas être expulsés du territoire national.

**137.** Les « émigrés » de retour sur le sol français ont quant à eux parfois été frappés de mesure d’expulsion, mais sans que cela ne contredise ce principe émergent de prohibition de l’expulsion des nationaux. Les émigrés ont en effet parfois décidé de rentrer sur le territoire français, malgré l’interdiction de retour – sous peine de mort – qui les frappait dès le décret du 23 octobre 1792 (voy. *supra* n° 111). Pour éviter les mouvements populaires dans les villes frontalières comme Calais, Dunkerque ou Boulogne-sur-Mer<sup>501</sup>, mais aussi par mesure de clémence, la Convention prévoit leur expulsion dans un certain délai qui, une fois épuisé, entraînera le prononcé de la peine prévue pour rupture de ban – c’est-à-dire la mort. Deux décrets de

---

<sup>497</sup> « *forerunners of the concentration camp* » selon Lauren Benton, *A search for Sovereignty. Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 174. Le décret du 17 septembre 1793, Duvergier, t. 6, p. 215, frappera d’ailleurs de mort civile ces déportés, ce qui aggravera encore leur situation.

<sup>498</sup> Comme le Député Marc David Lasource lors de la séance du 23 août 1792, futur membre du Comité de salut public, et pasteur protestant : « Faut-il vous rappeler que sous Louis XV il fut envoyé des Français pour peupler la Guyane, et 12 000 de ces malheureux périrent ? (...) Abandonnez-les au mépris de toute l’Europe, s’ils le méritent ; laissez-les même encourir le supplice, mais n’excédez pas vos droits ; mais ne violez pas l’humanité. J’ajoute une considération : c’est que dans cette île où l’on veut transporter 50 000 à 60 000 prêtres, il n’y a pas plus de 18 000 habitants blancs ou noirs, et qu’ils ne peuvent se procurer leur subsistance ; ils sont obligés d’avoir recours aux îles voisines. Ce serait donc envoyer ces malheureux à la mort. », AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 48, p. 668. Il ne s’agissait donc pas, comme a pu le dire sous les applaudissements et non sans ironie le Député Jean-François Delacroix d’« une espèce de séminaire où nous les enverrons » (*ibid.*). La Guyane, colonie et futur département français (1797), appartient au territoire national.

<sup>499</sup> Comme le Député Louis Damourette lors de la séance du 24 mai 1792 : « Je soutiens même que, sous tous les rapports, la déportation hors du royaume est impolitique, inadmissible ; car nos voisins sont ou nos amis, ou nos ennemis ; s’ils sont nos ennemis, nous ne devons pas leur envoyer des hommes qu’ils peuvent recueillir pour nous nuire ; s’ils sont nos amis, nous nous rendrions coupables en jetant parmi eux une secte de factieux, de rebelles ; les déporter dans nos îles, c’est peut-être y faire passer le feu de la discorde : les factieux sont une peste partout ; et partout ils doivent disparaître de la société. Surveillons donc, Messieurs, dénonçons les coupables, et livrons-les au fer de la loi. », AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 44, p. 67.

<sup>500</sup> Comme l’évoque par exemple l’Abbé Grégoire devant la Convention Nationale à la séance du 18 frimaire an III (8 décembre 1794) : « Telle a été la cruauté exercée contre des prêtres, que cent quatre-vingt-sept, dont plusieurs du département de la Meuse, ayant été injustement transportés à Rochefort, ce nombre est réduit à soixante ; les autres sont morts de mauvais traitements et de misère. », *Moniteur universel*, 21 frimaire an III, n° 81, in *Réimpression de l’Ancien Moniteur*, t. 22, Paris, Plon, 1862, p. 701.

<sup>501</sup> Voy. la lettre des administrateurs de Boulogne-sur-Mer, lue à la séance du 10 novembre 1792 de la Convention nationale, in AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 53, p. 350 ; les propos du Député Henri Cochet à la séance du 26 novembre 1792, in *ibid.* p. 592.

1792 prévoient ainsi que « Les émigrés rentrés en France sont tenus de sortir du territoire de la République »<sup>502</sup>. Cette mesure ne s'analyse toutefois pas en une mesure d'expulsion d'un national. Comme il a déjà été démontré, les émigrés ne sont plus réputés Français, ces mesures d'expulsion frappent donc des étrangers<sup>503</sup>. Il n'est en conséquence pas question d'une alternative au bannissement par le prononcé d'une peine de déportation sur les territoires ultramarins ; aux émigrés ayant perdu la qualité de Français, seule la voie de l'expulsion du sol national est ouverte.

**138.** La législation demeure inchangée pendant la période révolutionnaire et le principe ainsi esquissé sera encore confirmé postérieurement dans la loi du 28 vendémiaire an VI (17 octobre 1797) relative aux passeports, cette fois sous le Directoire. La loi du 28 vendémiaire dispose ainsi :

« 7. Tout étranger voyageant dans l'intérieur de la République, ou y résidant sans y avoir une mission des puissances neutres et amies reconnue par le Gouvernement français, *ou sans y avoir acquis le titre de citoyen*, sont mis sous la surveillance spéciale du Directoire exécutif, qui pourra retirer leurs passeports, et leur enjoindre de sortir du territoire français, s'il juge leur présence susceptible de troubler l'ordre et la tranquillité publique. »<sup>504</sup> (nous soulignons)

Ce texte prévoit en ses premiers articles la délivrance de passeports « internes » aux Français comme aux étrangers pour mieux contrôler leurs déplacements à l'intérieur du territoire<sup>505</sup>, la loi fait en effet suite au coup d'Etat du 18 fructidor an V (4 septembre 1797) fomenté par les directeurs républicains contre la majorité royaliste aux Chambres et illustre les nouvelles mesures de contrôle pour assurer la survie du régime républicain, comme cela ressort des débats au Conseil des Anciens lors de la séance du 28 vendémiaire an VI :

« La résolution (...) ne contient de dispositions nouvelles que celle qui annule les passeports délivrés avant le 18 fructidor et celle qui autorise le Directoire à expulser les étrangers dangereux. Ces deux dispositions sont justifiées par les circonstances aux yeux de tous ceux qui

---

<sup>502</sup> Décret du 10 novembre 1792 qui oblige les émigrés rentrés en France à sortir du territoire français, B. 25, 171, in Duvergier, *Collection*, V, Paris, Guyot et Scribe, 1834, 2<sup>ème</sup> éd., p. 42 ; Décret du 26 novembre 1792 qui ordonne la proclamation et l'exécution des articles du décret sur les émigrés, relatifs aux émigrés rentrés dans le territoire français, et à ceux qui sont détenus dans les villes frontières ou dans l'intérieur de la France, B. 25, 242, in *Ibid.*, p. 57.

<sup>503</sup> Malheureusement, les débats relatifs à ces mesures ne sont quasiment pas reportés aux *Archives parlementaires*, voy. AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 53, p. 483.

<sup>504</sup> Duvergier, *Collection*, X, Paris, Guyot et Scribe, 1825, p. 94-95. Aucun débat n'a été retranscrit dans la *Réimpression de l'Ancien Moniteur*, t. 29 (Directoire exécutif), Paris, Henri Plon, 1863, p. 39 et 43.

<sup>505</sup> Ce qui n'est pas une nouveauté instaurée par la loi, voy. Gérard Noiriel, « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la I<sup>e</sup> à la III<sup>e</sup> République », *Genèses*, 1998, vol. 30, n° 1, p. 77-100.

connaissent la manœuvre des étrangers dans l'intérieur et qui se rappellent que les fonctionnaires chargés de délivrer les passeports avant le 18 fructidor dernier ont été nommés par une faction royaliste. »<sup>506</sup>

Mais si la loi ne distingue pas entre nationaux et étrangers quant aux conditions de circulation sur le territoire (soumis à un même contrôle par l'intermédiaire de passeports intérieurs), elle ne mentionne que les étrangers lorsqu'il s'agit de prévoir l'injonction de sortir du territoire français quand leur présence trouble l'ordre public<sup>507</sup>. Surtout, acquérir le titre de citoyen tient à l'abri des rigueurs de l'expulsion : c'est une reconnaissance de la fonction territoriale de la nationalité qui protège explicitement le ressortissant national de l'expulsion.

**139. Législation du XIXe.** – Cette loi tient lieu de point de repère lors des débats à la Chambre des Députés et à la Chambre des Pairs portant sur la loi du 21 avril 1832 relative aux étrangers réfugiés qui résideront en France. Cette loi vise à donner de nouveaux moyens législatifs au gouvernement pour prononcer des expulsions d'étrangers – la loi du 28 vendémiaire an VI étant considérée comme tombée en désuétude. Elle dispose :

« Art. 1<sup>er</sup>. Le gouvernement est autorisé à réunir dans une ou plusieurs villes qu'il désignera, les étrangers réfugiés qui résideront en France. 2. Le gouvernement pourra les astreindre à se rendre dans celle de ces villes qui leur sera indiquée ; il pourra leur enjoindre de sortir du royaume, s'ils ne se rendent pas à cette destination, ou s'il juge leur présence susceptible de troubler l'ordre et la tranquillité publique. 3. La présente loi ne pourra être appliquée aux étrangers réfugiés qu'en vertu d'un ordre signé par un ministre. »<sup>508</sup>

Cette législation intervient dans le contexte particulier de l'accueil en France de réfugiés polonais, comme le précise le Garde des Sceaux Félix Barthe lors de la présentation du texte devant la Chambre des Députés. En effet, depuis la fin de la guerre Russo-polonaise de 1831, les armées polonaises ont été défaites par la Russie impériale et une émigration de masse s'engage

---

<sup>506</sup> Procès-verbal de l'Assemblée Nationale, Troisième législature, Conseil des Anciens, Vendémiaire, Brumaire, Frimaire an VI, Archives Nationales, C/1/146. L'adoption de la loi le 22 vendémiaire de la même année au Conseil des Cinq-Cents n'a, semble-t-il, pas donné lieu à débats en séance publique, voy. Procès-verbal de l'Assemblée Nationale, Troisième législature, Conseil des Cinq-Cents, Vendémiaire an VI, Archives Nationales, C/1/112.

<sup>507</sup> Il existait déjà des lois prévoyant des mesures d'expulsion à l'endroit des étrangers. Elles demeuraient cependant dictées par les circonstances, notamment la guerre, et ne connaissaient pas encore ce degré de généralité. Voy. Sophie Wahnich, *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Paris, Albin Michel, 2010, p. 42 et s.

<sup>508</sup> Loi du 21 avril 1832 relative aux étrangers réfugiés qui résideront en France (IX, Bull. LXXV, n° 165), in J.-B. Duvergier, *Collection*, t. 32, Paris, A. Guyot et Scribe, 1842, p. 167.

vers l'Europe de l'Ouest<sup>509</sup>. La France accueille alors 8 000 Polonais, principalement des « débris d'armée »<sup>510</sup>, c'est-à-dire des formations militaires démobilisées, mais conservant pour partie leur organisation et leur équipement. Le risque en matière de sécurité conduit le gouvernement à prévoir le rassemblement de ces étrangers dans des villes particulières, et en cas de risque pour l'ordre public, à prononcer des mesures d'expulsion par voie administrative.

**140.** Les débats permettent d'engager une réflexion sur le régime d'exception en matière d'expulsion qui frappe les étrangers, et non les nationaux. En plein siècle des nationalismes, nul ne s'étonnera que l'argument des liens avec la patrie soit particulièrement mobilisé. Le Député Narcisse Parant mentionne ainsi dans son rapport lors de la séance du 7 avril 1832 que le droit au séjour absolu est « une faculté qui appartient de droit aux Français sur le sol de leur patrie »<sup>511</sup>, puisque seul « le régnicole se doit tout entier à son pays »<sup>512</sup>. Le Député Jean Coulmann déclare lors de la séance du 9 avril que l'inexpulsabilité des nationaux est fondée « sur la faveur due à l'origine nationale, sur cet amour ineffable que conservent à leur pays tous ceux qui y sont nés »<sup>513</sup>. Surtout, le Député François Guizot note que « les étrangers ne sont pas animés, envers le pays qu'ils *habitent en passant*, des mêmes sentiments que les nationaux »<sup>514</sup> (nous soulignons), relevant que c'est bien le caractère temporaire du lien territorial de l'étranger qui fonde ce régime spécial, inégalitaire avec celui des nationaux. Le rapport du Duc de Broglie, présenté à la Chambre des Pairs le 18 avril de la même année, mentionne les mêmes constantes patriotiques et territoriales :

« Le droit des gens, soit positif, soit naturel, reconnaît que chaque gouvernement est maître d'interdire l'entrée de son territoire aux étrangers, et par conséquent de la leur permettre à telles conditions qu'il juge convenable de leur imposer. (...) Or, il est évident que des étran-

---

<sup>509</sup> Malgré les demandes en ce sens du gouvernement insurrectionnel polonais, la France n'est pas intervenue dans le conflit. La Chambre des Députés est toutefois traversée d'un fort sentiment fraternel envers le peuple polonais, dont on trouve une illustration particulièrement remarquable dans les propos du Général Jean Maximilien Lamarque prononcés lors de la séance du 9 avril 1832 : « s'il y a une vérité historique démontrée, c'est que la Pologne s'est soulevée pour ne pas marcher contre nous ; c'est que sans ses héroïques efforts, le canon tonnerait depuis longtemps à nos frontières ; qu'elle n'a offert sa poitrine à la lance du Tartare que pour nous défendre, et que les retranchements de Praga et de Varsovie n'étaient qu'une barricade de Juillet. (*Sensation.*) Messieurs, la patrie n'est pas seulement dans le sol que l'on foule, dans l'air que l'on respire, mais elle est aussi dans l'identité des principes et des opinions, dans les mêmes sentiments, dans la conformité du caractère, dans de nobles traditions, dans les souvenirs du passé ; et sous tous ces rapports ils nous appartiennent, ils sont nos compatriotes ces braves Polonais que depuis des siècles on a nommé les Français du Nord. (*Vive adhésion*) Traitons les donc comme des frères, et qu'ils trouvent chez nous une seconde patrie. » in AP, 2<sup>ème</sup> série, t. 77, p. 363.

<sup>510</sup> Qualificatif souvent employé, notamment par Félix Faure lors de la séance du 29 mars 1832 devant la Chambre des Députés, in AP, t. 77, p. 115.

<sup>511</sup> AP, t. 77, p. 320.

<sup>512</sup> *Ibid.*

<sup>513</sup> *Ibid.*, p. 355.

<sup>514</sup> *Ibid.*, p. 361.

gers, qu'aucun sentiment d'affection, qu'aucun lien de propriété, qu'aucune communauté d'intérêt n'associe nécessairement au sort du pays *qu'ils traversent ou qu'ils habitent momentanément*, n'offrent à ce pays les mêmes garanties que ses propres citoyens. Il est donc naturel et convenable de prendre à leur égard des précautions dont les nationaux peuvent être affranchis sans inconvénient. »<sup>515</sup> (nous soulignons)

L'ensemble est confirmé et généralisé dans la grande loi du 3 décembre 1849 sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France qui prévoit l'expulsion administrative de tout étranger sans condition – ce dont restent exclus les nationaux :

« 7. Le ministre de l'intérieur pourra, par mesure de police enjoindre à tout étranger voyageant ou résidant en France, de sortir immédiatement du territoire français, et le faire conduire à la frontière. (...) Dans les départements frontières, le préfet aura le même droit à l'égard de l'étranger non résidant, à la charge d'en référer immédiatement au ministre de l'intérieur. 8. Tout étranger qui se serait soustrait à l'exécution des mesures énoncées dans l'article précédent (...) ou qui, après être sorti de France par suite de ces mesures, y serait rentré sans la permission du gouvernement, sera traduit devant les tribunaux et condamné à un emprisonnement d'un mois à six mois. Après l'expiration de sa peine, il sera conduit à la frontière. »<sup>516</sup>

Lors des débats parlementaires, aucun élu ne discute la pertinence de cette mesure et le sort ainsi réservé aux seuls étrangers. La position assez unanime de la chambre est bien résumée dans les mots du rapporteur, Jules Cardon de Montigny, prononcés à la séance du 8 novembre 1849 : « il est juste que le territoire de chaque pays soit réservé aux besoins des nationaux avant d'offrir un aliment aux migrations des étrangers. »<sup>517</sup>

## 2. Consolidation du principe

**141. Consolidation jurisprudentielle.** – Si la liaison entre possession de la nationalité et prohibition de l'expulsion est mal assurée dans la jurisprudence de la Cour de cassation au

---

<sup>515</sup> *Ibid.*, p. 599-600.

<sup>516</sup> Loi du 3 décembre 1849 sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France (X, Bull. CCXVIII, n° 1814), in J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'Etat*, t. 49, Paris, A. Guyot et Scribe, 1849, p. 415-420, spéc. p. 418-420. Proposition de MM. Vatimesnil et Lefèvre Duruflé ; rapport par M. Lacaze le 1er août (Moniteur du 5, p. 2593-2594), sur la prise en considération ; discussion et adoption le 4 octobre (Moniteur du 5) ; rapport par M. de Montigny le 8 novembre (Moniteur du 15, p. 3680-3681) première lecture le 13 (Moniteur du 14, p. 3667) ; deuxième lecture le 20 (Moniteur du 21, p. 3738-3740), le 21 (Moniteur du 22, p. 3749) ; troisième lecture le 28 (Moniteur du 29, p. 3831-3835), le 30 (Moniteur du 1er décembre, p. 3853-3858), le 3 décembre (Moniteur du 4, p. 3876-3878), et adoption à la majorité de 415 voix contre 194.

<sup>517</sup> *Moniteur universel*, 15 novembre 1849, n° 319, p. 3681.

premier XIXe siècle<sup>518</sup>, l'apport législatif des lois de 1832 et 1849 fait évoluer la position judiciaire. L'occasion en est donnée à la Cour de cassation dans l'affaire *Gillebert* jugée en 1883<sup>519</sup>. Gillebert était né en France en 1839, d'un père né sur le territoire belge en 1799 alors qu'il était annexé au territoire français. Frappé d'un arrêté d'expulsion – dans des circonstances troubles, visant peut-être à ce que quelques notables puissent s'emparer de son établissement industriel<sup>520</sup> –, le requérant (après avoir été conduit en Belgique) retourne en France et viole sciemment la mesure administrative de manière à être déféré au juge correctionnel<sup>521</sup> pour contester à cette occasion son extranéité. Saisie de l'affaire, la Cour de cassation juge le 7 décembre 1883 que « poursuivi à raison d'une infraction à un arrêté d'expulsion pris contre lui en sa prétendue qualité d'étranger, Gillebert a revendiqué, à bon droit, la qualité de Français ; - D'où il suit qu'en lui refusant le bénéfice de la loi du 16 déc. 1874 [double droit du sol], et en prononçant contre lui la peine portée par l'art. 7 de la loi du 3 déc. 1849 [arrêté d'expulsion], l'arrêt attaqué a violé ces dispositions légales »<sup>522</sup>. Le juge judiciaire affirme donc sans retenue que l'arrêté d'expulsion ne peut frapper l'individu qui possède la nationalité française, appréciant toute exception de nationalité, y compris à l'encontre d'un acte administratif<sup>523</sup>.

**142.** Les auteurs étendent le raisonnement aux étrangers frappés d'un arrêté d'expulsion mais devenant Français par la suite. Sur le fondement de cette décision, Georges Cogordan, docteur en droit et diplomate français, considère ainsi dans la seconde édition de son ouvrage publié en 1890 que l'accession à la nationalité française, par le droit du sol ou le mariage par

---

<sup>518</sup> Voy. par ex. Cass., 7 avril 1835, *Onslow*, S. 1835. II. 374 : « Attendu que l'ordre que reçut Edouard Onslow de quitter le territoire français n'est qu'une simple mesure d'ordre public, qui tenait aux circonstances du temps, et dont on ne peut induire que celui contre lequel elle était prise, ne fût pas naturalisé Français ». Il est intéressant de relever que la Cour mentionne les « circonstances du temps » – en l'espèce celles de la période révolutionnaire – pour justifier de ne pas retenir un tel principe. Peut-on en déduire qu'implicitement et *a contrario*, un tel principe est consacré dans la législation positive au moment où la Cour se prononce ? L'arrêt est trop équivoque sur ce point pour l'affirmer.

<sup>519</sup> Cass., crim., 7 décembre 1883, *Gillebert*, in *Journal du droit international privé*, 1884, p. 628.

<sup>520</sup> Voy. le compte rendu de l'affaire dans le *Journal de droit international privé*, 1883, p. 49 ; Emmanuel Bès de Berc, *Droit français de l'expulsion des étrangers*, *op. cit.*, p. 66 et s.

<sup>521</sup> Il n'est à cette époque pas possible de déférer un arrêté d'expulsion à l'examen du juge administratif, voy. CE, 8 décembre 1853, n° 25190, *Dame de Solms*, Lebon p. 1037 ; CE, 22 janvier 1867, n° 40014, *Prince Radziwill*, Lebon p. 94.

<sup>522</sup> Cass., crim., 7 décembre 1883, *Gillebert*, rapport Tanon, S. 1885. 1. 89. Voy. aussi le commentaire au *Journal de droit international privé*, 1884, p. 628 s.

<sup>523</sup> Solution confirmée par le juge administratif, voy. CE, 14 mars 1884, *Sieur Morphy*, concl. Le Vavasseur de Précourt, S. 1886. 3. 2.

exemple, rend « sans valeur »<sup>524</sup> l'arrêté d'expulsion – cela formant une doctrine « incontestable »<sup>525</sup>. La chronique 1894 du *Journal de droit international privé* rend compte du même principe : « Peu importe la date de l'entrée du national dans la communauté française ; au moment où l'on tenterait de l'en exclure, il en est devenu membre par le vœu de la loi. (...) Assurer l'impunité du passé à l'aide d'une nationalité acquise dans une vue intéressée, ne semble pas un idéal juridique, cependant le sentiment général ou mieux l'ordre public en souffre moins que de voir un national, si politique que soit sa conversion, traité en étranger. »<sup>526</sup> Dès la fin du XIXe siècle donc, le droit français exprime directement le principe d'ordre public qu'un national ne peut pas être expulsé<sup>527</sup>.

**143. Consolidation doctrinale.** – À la même époque, les travaux de l'Institut du droit international témoignent d'une réception similaire de ce principe. Dès 1885, l'Institut crée une Commission chargée de réfléchir au droit d'expulsion en droit international. En 1891, lors de la session de Hambourg, Louis-Joseph Féraud Giraud, membre de l'Institut et conseiller à la Cour de cassation française, présente un projet de réglementation très abouti qui prévoit un article 11 proscrivant toute peine d'expulsion frappant les nationaux :

« XI. Un Etat ne peut expulser, par voie administrative ni judiciaire, ses propres nationaux, quelles que soient leurs différences de cultes, de races ou d'origine de nationalité. Cet acte constitue une grave atteinte au droit international lorsqu'il a pour résultat intentionnel de rejeter sur d'autres territoires des individus frappés de condamnations, ou même placés seulement sous le coup de poursuites judiciaires. »<sup>528</sup>

---

<sup>524</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, Paris, Larose et Forcel, 1890, 2<sup>ème</sup> éd., p. 416. André Weiss confirme encore à la même époque, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. II, Paris, Larose, 1894, p. 87 s. et spéc. p. 95 : « Les nationaux [échappent] à toute mesure d'expulsion ».

<sup>525</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, 1890, 2<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, p. 417.

<sup>526</sup> Anonyme, *Journal de droit international privé*, 1889, p. 249. Contra, voy. Emmanuel Bès de Berc, *Droit français de l'expulsion des étrangers*, *op. cit.*, p. 71-72 qui soutient l'opinion selon laquelle l'adage *fraus omnia corrumpit* pourrait permettre l'annulation du mariage (et de la nationalité ainsi acquise) s'il est démontré qu'il a été conclu dans le seul but de se soustraire à une condition d'étranger pour mieux troubler l'ordre public. Le débat sur l'expulsabilité des « Français commencés » est l'objet de nombreuses études à cette période ; pour une synthèse, voy. Armand Lainé, *De l'expulsion des étrangers appelés à devenir Français par le bienfait de la loi*, Paris, Marchal & Billard, 1898, 101 p. ; Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1928, p. 157-159.

<sup>527</sup> Jurisprudence encore confirmée au début du XXe siècle à propos d'un Français déchu de la nationalité (devenu apatride), voy. CE, 16 mai 1924, n° 74917, *Krichel*, Lebon p. 481 (1<sup>ère</sup> esp.) : « Considérant qu'en vertu de l'article 7 de la loi du 3 décembre 1849, le ministre de l'Intérieur peut enjoindre à tout étranger de sortir du territoire français ; que l'expression d'étranger doit s'entendre de tout individu qui n'a pas la qualité de français ; Considérant que le sieur Krichel, ayant été déchu de la qualité de français par arrêt de la Cour d'appel de Paris, passé en force de chose jugée, du 7 janvier 1920, tombait sous le coup de l'application de la disposition ci-dessus rappelée de la loi du 3 décembre 1849 : (...) (Rejet) ».

<sup>528</sup> IDI, *Annuaire*, 1892, vol. 11 (1889-1892), p. 278-279.

Dans un rapport tiré à part en 1889, Féraud-Giraud mentionne déjà qu'« Il y a entre le citoyen et la nation dont il fait partie, un lien qui doit être respecté, tant qu'il n'est pas rompu par la perte de la nationalité. Si un national pouvait être expulsé du territoire de son pays, quelle résidence pourrait-il choisir d'une manière certaine, alors que partout ailleurs il pourrait être régulièrement expulsé. »<sup>529</sup> L'exigence d'une répartition territoriale des individus par la nationalité implique donc chez cet auteur l'inexpulsabilité du ressortissant national.

144. Les écrits doctrinaux convergent d'ailleurs unanimement à cette époque. Comme le souligne Emmanuel Bès de Berc dans sa thèse soutenue à Paris en 1888, « L'Etat ne peut expulser un national, car cet individu est membre de l'association politique qui l'a accepté et qui lui a conféré des droits civils et politiques. (...) En conséquence le national peut toujours rester, s'il le désire, sur le sol de sa patrie. Il y a comme un contrat établi entre le citoyen et la nation qui lie l'un à l'autre de façon indissociable. »<sup>530</sup> De la même manière, Joseph-André Darut souligne dans sa thèse soutenue à Aix en 1902 que « Le national est à l'abri de l'expulsion ; il a un droit acquis, inviolable à demeurer sur le territoire de sa patrie, une mesure de police ne peut l'en dépouiller. »<sup>531</sup> La doctrine est donc parfaitement fixée au début du XXe siècle, l'État ne peut pas expulser ses nationaux<sup>532</sup>. Reste la délicate question du bannissement qui, en tant qu'exception au principe, rend les fonctions territoriales de la nationalité encore incomplètes<sup>533</sup>. Il faut donc attendre qu'un second mouvement doctrinal et législatif mette fin à cette mesure spéciale pour que s'affirme sans exception l'interdiction d'expulsion des nationaux.

## B. La disparition progressive de la peine de bannissement

« Chaque peuple est maître de son territoire. (...) Le bannissement pour crime est une violation indirecte du territoire étranger. »<sup>534</sup>

---

<sup>529</sup> Louis-Joseph Féraud Giraud, *Droit d'expulsion des étrangers. VIIIe Commission de l'Institut de droit international. Contribution à l'étude de la question*, Aix, A. Makaire, 1889, p. 60.

<sup>530</sup> Emmanuel Bès de Berc, *Droit français de l'expulsion des étrangers, op. cit.*, p. 8. La formule fait écho aux propos de Pasquale Fiore, *Traité de droit pénal international et de l'extradition* (1878, trad. Charles Antoine), vol. I, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1880, p. 121-122 : « L'Etat ne saurait expulser un national, parce que le droit de demeurer dans un pays appartient principalement à ceux qui sont membres de l'association politique, et se trouve être une conséquence de leurs droits politiques. »

<sup>531</sup> Joseph-André Darut, *De l'expulsion des étrangers*, Aix, B. Niel, 1902, p. 70.

<sup>532</sup> Voy. encore Charles Dupuis, « Règles générales du droit de la paix », RCADI, 1930, vol. 32, p. 156 : « Il est admis, en principe et sans difficulté, qu'un État ne peut pas expulser ses nationaux, qu'il contredirait au respect qu'il doit aux autres États s'il prétendait se débarrasser, pour les en embarrasser, des sujets, citoyens ou ressortissants qu'il tient pour indésirables. »

<sup>533</sup> Voy. la retranscription des débats à la session de Genève in IDI, *Annuaire*, 1892, vol. 12 (1892-1894), p. 188-189.

<sup>534</sup> Henri Grégoire présente pour la première fois ce projet à la Convention Nationale lors de la séance du 18 juin 1793, in AP, t. 66, p. 676. Le texte est reproduit lors de sa seconde présentation à la séance du 4 floréal an III (23 avril 1795), *Moniteur universel*, 7 floréal an III, n° 217, in *Réimpression de l'Ancien Moniteur*, t. 24, Paris, Plon,



**145.** Longtemps, le principe d'inexpulsabilité des nationaux a connu une exception notable dans la peine de bannissement. Cette peine prononcée par un juge et prévue par la loi (à la différence d'un arrêté d'expulsion) trouve ses origines modernes dans l'Ancien Droit (voy. *supra* n° 97 s.). Dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, elle fait l'objet de sévères critiques doctrinales, qui ne feront que se consolider au XIX<sup>e</sup> siècle (1). Cette peine tombe finalement en désuétude au XX<sup>e</sup> siècle et permet l'affirmation normative désormais complète des fonctions territoriales de la nationalité en droit international comme en droit interne (2).

### 1. Critiques et désuétude de la peine de bannissement

**146. Suppression de la peine de bannissement en droit intermédiaire.** – Dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, les critiques formées à l'encontre de la peine de bannissement conduisent à sa disparition provisoire de l'arsenal pénal du droit intermédiaire. La charge doctrinale est en effet particulièrement vive à cette époque. L'abbé Mably, philosophe, dénonce ainsi en 1776 dans son essai *De la législation ou principes des loix* la contrariété du bannissement perpétuel au droit des gens :

« Un coupable ne laisse-t-il aucune espérance de retour à la vertu ? il seroit dangereux de lui permettre de jouir de la société ; ainsi que les loix le condamnent à une prison perpétuelle. Ce n'est point pour de pareils hommes qu'est fait le bannissement ; par sa nature, cette punition n'est destinée qu'à séparer pour un temps limité un coupable des objets qui lui sont chers, et l'inviter à se corriger en rentrant en lui-même. *Mais si un homme méritoit un bannissement perpétuel, ou qu'il fût nécessaire de le priver pour toujours de sa patrie, de quel droit enverriez-vous cette peste chez nos voisins ? Ce seroit en quelques sorte violer le droit des nations. Si vous vous donnez cette liberté à leur égard, ils se la donneront à leur tour au vôtre, et toutes les nations se corrompent mutuellement.* »<sup>535</sup> (nous soulignons)

Boucher d'Argis, grand avocat, confirme à la même époque dans ses *Observations sur les loix criminelles de France* le peu d'utilité sociale que constitue la peine de bannissement, dans des mots restés célèbres :

---

1862, p. 294-296. Il n'est jamais adopté. Sur ce texte, voy. Vladimir-Djuro Degan, « L'affirmation des principes du droit naturel par la Révolution française. Le projet de Déclaration du Droit des Gens de l'abbé Grégoire », *AFDI*, 1989, n° 35, p. 99-116, spéc. p. 111.

<sup>535</sup> Gabriel Bonnot de Mably, *De la législation ou principes des loix* (1776), livre III, chap. 4, in *Œuvres complètes*, vol. V, Paris, Delaunay, 1818 p. 226. Cette critique est d'ailleurs reprise quasiment *in extenso* par Joseph II d'Autriche dans son *Testament politique*, II, Paris, Buisson, 1791, p. 416 : « Mais si un homme méritoit un bannissement perpétuel, ou qu'il fut nécessaire de le priver pour toujours de sa patrie, quel droit a-t-on d'envoyer cette peste chez ses voisins ? N'est-ce pas en quelque sorte violer le droit des nations ? Aucun état ne peut se permettre cette liberté, que les états voisins n'ayent le même droit ; qu'en doit-il résulter ? C'est que toutes les nations se corrompent mutuellement. »

« Le Juge qui prononce contre un accusé la peine du bannissement, suit l'intention de la Loi, qui est de purger l'étendue d'une Jurisdiction d'un être dangereux & nuisible à la société ; mais cette émigration d'un coupable peut-elle le rendre meilleur ? Cette question n'est pas difficile à résoudre. Il faut donc, s'il obéit à son Jugement, qu'il aille porter dans une province voisine son goût pour l'oisiveté & la rapine, & que les habitants de cette nouvelle patrie, que le banni aura jugé à propos de se choisir, soient à leur tour infectés par la présence d'un scélérat, qui y sera d'autant plus dangereux qu'il n'y est pas connu aussi-tôt qu'il y arrive, & qu'on n'a aucune raison d'être en garde contre lui. Pourquoi donc une province est-elle obligée de donner retraite à un homme qu'une autre province vient de proscrire ? Il est assez généralement reconnu que bannir un autre voleur d'une ville, c'est lui ordonner d'aller voler dans une autre. (...) [L]e scélérat est le même partout. »<sup>536</sup>

Cette hostilité vis-à-vis de la peine de bannissement est également partagée par la société civile qui fait remonter par le moyen des cahiers de doléance des états-généraux de 1789 une franche désapprobation à l'égard de cette peine considérée comme « inefficace et même dangereuse »<sup>537</sup>. L'Assemblée Nationale fait donc disparaître cette peine du code pénal de 1791. Les révolutionnaires, par la voix du rapporteur Le Pelletier de Saint-Fargeau, considèrent le bannissement d'Ancien Régime comme un « échange absurde et funeste, qui déplaçait le criminel sans réprimer ni punir le crime. Toutes les opinions se réunissent depuis longtemps pour la suppression de cette peine (...). On l'appliquait par routine, parce qu'on n'en avait pas d'autres, et si elle s'est conservée jusqu'à ce jour on ne peut l'attribuer qu'à la coupable insouciance de l'ancien gouvernement »<sup>538</sup>. Les opinions philosophiques et juridiques triomphent donc dans la législation intermédiaire qui supprime le bannissement de l'arsenal pénal de droit commun.

**147. Rétablissement de la peine de bannissement pour les seules infractions politiques.** – La victoire n'est que de courte durée puisque la législation impériale va rétablir cette peine, mais en réduisant profondément son champ. La peine de bannissement adoptée à nouveau dans le code pénal de 1810 ne concerne plus que les infractions politiques, comme le précisent bien les deux rapporteurs du projet de réforme, Jean-Baptiste Treilhard et Alexandre d'Haubersart :

« En supprimant cette peine [de la gêne], nous avons rétabli celle de la relégation ou du bannissement ; elle nous a paru concevable pour certains crimes politiques qui, ne supposant pas toujours un dernier degré de perversité, ne doivent pas être punis des peines réservées aux hommes profondément corrompus. »<sup>539</sup>

---

<sup>536</sup> Antoine-Gaspard Boucher d'Argis, *Observations sur les loix criminelles de France*, Bruxelles, Emmanuel Flon, 1781, p. 123-126.

<sup>537</sup> Voy. l'étude d'Albert Desjardins, *Les cahiers des Etats généraux en 1789 et la législation criminelle*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1883, p. 65-68, spéc. p. 65.

<sup>538</sup> AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 26, p. 324-325.

<sup>539</sup> Jean-Baptiste Treilhard, séance du Corps Législatif du 1<sup>er</sup> février 1810, in Jean-Guillaume Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, vol. XXIX, Paris, Treuttel et Würtz, 1831, p. 205. Il éclaire d'ailleurs en ces termes le projet de réforme et sa distinction avec le code pénal de 1791 : « cette Assemblée [Nationale]

« [Le bannissement] avait été aboli par l'Assemblée Constituante, et il faut convenir qu'appliqué comme il l'était alors aux délits de toute nature, cette suppression était politique et sage ; le bannissement, à cette époque, était un échange de malfaiteurs entre les gouvernements : aussi n'est-il rétabli par le projet que pour les crimes politiques ; ainsi modifiée, cette peine devient sans inconvénients. Un homme en effet peut être mauvais citoyen dans un pays, et ne l'être pas dans un autre ; la présence du coupable d'un délit politique n'a ordinairement qu'un danger local, et qui peut disparaître dans le gouvernement sous lequel se fixe le banni. »<sup>540</sup>

En accord avec ce nouvel esprit de la peine de bannissement<sup>541</sup>, cette sanction pénale s'applique alors par exemple aux actions hostiles exposant l'État à une déclaration de guerre, aux complots non suivis d'effets contre la famille impériale ou visant à provoquer une guerre civile, aux concertations de fonctionnaires contre l'exécution des lois ou les ordres du gouvernement, etc.<sup>542</sup> L'idée est donc bien de séparer le criminel politique du milieu gouvernemental qu'il entend combattre, en lui ordonnant de trouver refuge dans un pays plus en accord avec ses convictions politiques. Mais l'intention du législateur va se heurter à la réalité des nationalismes du XIXe siècle. L'époque n'est déjà plus à la libre circulation et trouver des États voisins acceptant de recueillir des bannis apparaît déjà comme une gageure dès 1816, comme le relève une instruction ministérielle :

« Paris, le 20 août 1816. Le sous-secrétaire d'état de l'intérieur (M. Becquey) informe les préfets que les puissances étrangères refusent de recevoir les bannis français, et que plusieurs d'entre eux, conduits à la frontière, ont été forcés de rétrograder. Jusqu'à nouvelle décision, ils ne feront donc diriger sur les frontières du royaume aucun des individus condamnés à la

---

a trop souvent considéré les hommes, non tels qu'ils sont, mais tels qu'ils seraient à désirer qu'ils fussent ; elle était mue par un espoir de perfectibilité, qui malheureusement ne se réalise pas ; et si, dans le mouvement rapide qui l'entraînait, cette erreur fut excusable, nous ne le serions pas, nous qui, éclairés par l'expérience, méditons dans le calme des passions ; nous ne serions, dis-je, pas excusables de persister à méconnaître l'efficacité incontestable de quelques moyens de répression qui ne furent pas bien appréciés en 1791. » (*ibid.*, p. 195).

<sup>540</sup> Alexandre Dhaubersart, séance du Corps Législatif du 12 février 1810, in *ibid.*, p. 221-222.

<sup>541</sup> Qui perdurera longtemps, comme en témoignent Louis Durand, *Essai de droit international privé*, Paris, Larose et Forcel, 1884, p. 502 : « Toutes les nations civilisées ont si bien compris que mettre à la charge d'une nation étrangère ses propres criminels, était une pratique contraire au droit naturel, que l'exil ou le bannissement ont cessé d'être une peine applicable aux crimes de droit commun. Les rares cas pour lesquels le Code pénal français a maintenu le bannissement sont des crimes administratifs, et, dans un certain sens, politiques : les individus condamnés à cette peine ne sont généralement pas dangereux pour les États où ils vont résider. », plus tard Émile Garçon, *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Paris, Payot, 1922, p. 114 : « [C]ette peine a conservé sa raison d'être pour les crimes politiques. Le conspirateur, banni de son pays, et séparé de ses partisans, devient beaucoup moins dangereux et, d'autre part, les États étrangers lui donnent volontiers asile, les traités d'extradition le prouvent. » et Jean-André Roux, *Cours de droit criminel français. Tome 1, Droit pénal*, Paris, Sirey, 1927, 2<sup>ème</sup> éd. revue et augmentée, p. 419 : « Ainsi restreint, le bannissement forme peut-être un moyen de répression acceptable. Les délinquants politiques ne sont, en effet, dangereux que pour leur propre patrie : ce sont les ennemis d'un gouvernement, non de la société. Leur exil peut donc soulever de moindres protestations de la part des gouvernements étrangers. Mais, ce qui est une meilleure justification, c'est que la reconnaissance du bannissement permet de rendre plus rare la peine de la détention. »

<sup>542</sup> Code pénal 1810, art. 84, 90, 102 et 124. Voy. *Code pénal de l'Empire français*, Paris, Merlin, 1810, 82 p.

peine du bannissement dans leur département. Vu la nécessité, ils resteront provisoirement dans les prisons, et, de préférence, dans la maison de correction. »<sup>543</sup>

Moins d'un an plus tard, cette instruction est transposée dans la loi par une ordonnance royale du 2 avril 1817 qui transforme la peine de bannissement en emprisonnement tant que le banni n'a pas obtenu la « faculté d'être reçu en pays étranger » :

« 4. Les individus condamnés au bannissement (Code pénal, article 32) seront transférés à la maison de Pierre Châtel, et y resteront pendant la durée de leur ban, à moins qu'ils n'obtiennent la faculté d'être reçus en pays étranger ; dans ce cas, ils seront transportés à la frontière. Ceux qui auront la faculté de s'embarquer, et qui le demanderont seront conduits au port d'embarquement, sur l'ordre de notre ministre de l'intérieur. »<sup>544</sup>

L'ordonnance mentionne aussi de manière plus originale la « faculté de s'embarquer ». Très probablement, il s'agit ici de la possibilité pour un condamné de gagner l'Amérique, pratique courante aux XVIIIe et XIXe siècles en Europe et qui a appelé de sévères critiques<sup>545</sup>, notamment du premier ambassadeur des États-Unis en France, Benjamin Franklin<sup>546</sup>.

**148.** Le XIXe siècle traduit un recul important de la peine de bannissement, à la fois dans son champ d'application, mais aussi dans son usage, puisque se heurtant aux souverainetés des

---

<sup>543</sup> *Circulaires, Instructions et autres actes émanés du Ministère de l'Intérieur*, III, Paris, Imprimerie royale, 1823, 2<sup>ème</sup> éd., p. 113-114. À ce texte s'ajoute une circulaire du 14 septembre 1816 portant les mêmes provisions, mentionnée par Edouard Boitard, *Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle*, Paris, Gustave Thorel, 1842, 2<sup>ème</sup> éd. (augmentée par Gustave de Linage), p. 147-148, dont nous n'avons pas retrouvé trace.

<sup>544</sup> Ordonnance du Roi portant règlement sur les maisons centrales de détention, 7, Bull. 150, n° 1954, in Duvergier, *Collection*, t. 28, Paris, A. Guyot et Scribe, 1827, p. 177.

<sup>545</sup> Francis Lieber notamment, internationaliste et professeur à Columbia, condamnera dans les termes les plus clairs cet usage dans une lettre ouverte adressée au Secrétaire d'Etat américain Hamilton Fish et publiée au *New York Times* le 29 septembre 1869 : « L'exportation de condamnés, toujours clandestine parce que les gouvernements rougissent du fait et le nient aussi longtemps que possible, date de l'époque où les nations, à part certains liens de commerce ou autres, se considéraient comme isolées dans leur indépendance, purement juxtaposées, ayant le droit de se faire réciproquement autant de mal que leur pouvoir respectif le permettait, sans être obligées à rien les unes vis-à-vis des autres. Telle était du moins la pratique, bien que la théorie valût mieux. (...) La loi des nations est changée dans ses bases. Elle repose aujourd'hui, avant tout, sur le principe de bon voisinage. (...) Et maintenant est-il juste, équitable, digne de bons voisins et d'honnêtes gens de rejeter sur d'autres le poids de criminels que l'on trouve trop pénible de punir soi-même ? N'est-il pas nécessaire qu'une nation se protège contre cette insultante et malfaisante exportation du crime vivant ? La réponse à ces questions est trop évidente. » La lettre est traduite et reproduite *in extenso* par Gustave Rolin-Jaequemyns, « Chronique du droit international – fragment relatif à deux questions américaines », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1870, vol. 2, p. 147-150, et les obs. p. 150-151.

<sup>546</sup> Très critique de la pratique britannique, Benjamin Franklin proposait déjà d'envoyer en échange des transportés anglais installés en Amérique des serpents à sonnette pour peupler les parcs londoniens, voy. « *Felons and Rattle-snakes* », *The Pennsylvania Gazette*, 9 mai 1751, in *The Papers of Benjamin Franklin*, vol. 4, 1961, New Haven, Yale University Press, p. 130-132. Sur la question de l'expulsion des pauvres au XIXe siècle vers l'Amérique, voy. Hidetaka Hirota, *Expelling the Poor, Atlantic Seaboard States and the Nineteenth-Century Origins of American Immigration Policy*, New York, Oxford University Press, 2017, 320 p.

États voisins<sup>547</sup>, désormais hostiles à ce processus de relégation territoriale. En matière de bannissement donc, la fonction territoriale de la nationalité émerge de l'inaccessibilité du territoire de l'État tiers : l'inexpulsabilité du national tient autant d'un principe abstrait d'attachement à la nation et surtout au territoire<sup>548</sup> que d'un principe de réalité – le déplacement vers un autre État d'un condamné est particulièrement difficile. Parallèlement d'ailleurs, ce sont les peines de déportation<sup>549</sup>, de travaux forcés par transportation<sup>550</sup>, et de relégation<sup>551</sup> qui se développent dans la législation française. Ces peines provoqueront le déplacement de dizaines de milliers d'individus sur le territoire des colonies françaises (surtout la Guyane et la Nouvelle Calédonie) suite à leur condamnation pénale. À la manière du bannissement, les individus sont évacués du territoire métropolitain selon un principe de confinement territorial (avec un but accessoire de consolidation de la colonisation), mais ces peines ne requièrent pas l'accord d'un État tiers, elles ne provoquent pas de rupture territoriale.

149. Pour autant, même si le recul est important, il n'y pas encore de disparition. Le XIXe siècle et le début du XXe siècle restent émaillés de bannis pour des motifs politiques. Le contingent le plus important de bannis du XIXe siècle provient de la répression de la Commune de Paris, les communards défaits étant souvent condamnés à cette peine ; ils gagnent la Belgique, la Suisse, l'Italie ou encore l'Angleterre<sup>552</sup>. Par ailleurs, dans une forme plus solennelle et émi-

---

<sup>547</sup> Comme le résume notamment Johann Kaspar Bluntschli, *Le droit international codifié* (1872, trad. Lardy), *op. cit.*, p. 217, « [A]ucun état n'est autorisé à faire conduire des condamnés à la frontière d'un état sans le consentement de celui-ci. » et après lui Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, *op. cit.*, p. 47, « Si les Etats expulsaient leurs nationaux vers le territoire d'autres Etats sans le consentement de ces Etats (...), alors ils forceraient ces Etats à conserver sur leur sol des étrangers qu'ils ont pourtant le droit d'expulser en vertu du droit international. Une telle action constituerait une violation de la suprématie territoriale de ces Etats. Cela ferait peser sur eux un fardeau qu'ils n'ont pourtant pas à assumer en droit international, et qui, si la situation persistait, conduirait nécessairement à une perturbation du bon ordre et de la conduite pacifique des relations entre Etats de la communauté internationale. »

<sup>548</sup> Voy. Charles Delessert, *L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique*, *op. cit.*, p. 52 : « [La peine de bannissement] est en contradiction flagrante avec cette faculté élémentaire, accordée au national, de résider perpétuellement sur le sol de sa patrie. On ne saurait donc assez la critiquer puisqu'elle atteint la nationalité à sa base même et vient détruire les effets de cet important rapport de droit ». Le même auteur précise encore : « Un éloignement du national, imposé par l'État, annulerait en somme la nationalité : il consommerait la rupture juridique entre l'individu et l'État. » (p. 40).

<sup>549</sup> Peine ancienne, issue de l'Ancien Droit et maintenue dans les législations postérieures.

<sup>550</sup> Loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine de travaux forcés, XI, Bull. 628, n° 1527, in Duvergier, *Collection*, t. 54, Paris, Direction de l'administration, 1854, p. 269-279.

<sup>551</sup> Loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes, XII, Bull. 931, n° 15.501, in Duvergier, *Collection*, t. 85, Paris, Larose et Forcel, 1885, p. 225-252.

<sup>552</sup> Voy. Sylvie Aprile, *Le Siècle des Exilés. Bannis et proscrits de 1789 à la Commune*, Paris, CNRS Éditions, 2010, 336 p ; Marc Vuilleumier, « L'exil des communeux », in Michelle Perrot, Jacques Rougerie (dir.), *La Commune de 1871. L'événement, les hommes et la mémoire*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2004, p. 265-288.

nemment politique, le Sénat de la III<sup>e</sup> République, réuni en Haute Cour conformément à l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875<sup>553</sup> condamnera divers « complotistes » à des peines de bannissement<sup>554</sup>. Tel est le cas en 1900 de Paul Déroulède, militant de la droite nationaliste, et André Buffet, militant nationaliste et royaliste. Tous deux sont reconnus coupables de complot dans le but de détruire ou de changer la forme de gouvernement par une décision de la Haute Cour du 4 janvier 1900, et condamnés à dix années de bannissement<sup>555</sup> – ils ne cachaient pas pour le premier une ferme volonté d'abolir le régime parlementaire, et pour le second de rétablir la monarchie orléaniste. Déroulède gagne Saint Sébastien en Espagne (haut lieu du nationalisme basque), et Buffet gagne Bruxelles en Belgique<sup>556</sup>. Tel est à nouveau le cas dans une seconde affaire jugée par la Haute Cour en 1918 à propos d'un député radical-socialiste et ancien ministre de l'intérieur, Louis Malvy. Accusé de trahison pendant la grande guerre par l'Action française en raison de son inaction face à la propagande pacifiste et ouvrière, Malvy se défend en invoquant l'« union sacrée » des Français pendant le conflit et l'impérieuse nécessité de ne pas provoquer des crises et des soulèvements plus graves encore en engageant une politique répressive. Le 6 août 1918, il est finalement reconnu non coupable du crime d'intelligence avec l'ennemi, mais coupable de « forfaiture », infraction non prévue par le code pénal, et dont la Haute Cour appliquera pour peine cinq années de bannissement<sup>557</sup> – « cet arrêt est illégal et incohérent »<sup>558</sup> jugera Léon Duguit dans un article particulièrement critique au regard du principe de légalité des délits et des peines. Malvy, comme Déroulède avant lui, gagne Saint-

---

<sup>553</sup> « (...) Les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat. Le Sénat peut être constitué en Cour de justice par un décret du Président de la République, rendu en Conseil des ministres, pour juger toute personne prévenue d'attentat contre la sûreté de l'Etat. » Malgré la qualification de « Cour de justice », la qualification de « Haute Cour » perdure souvent.

<sup>554</sup> La même Haute Cour, mais réunie sous la Monarchie de Juillet (formée des Pairs), avait également condamné le 25 avril 1837 Pierre-François Meunier à la peine de mort pour une tentative de meurtre sur la personne du Roi, qui commue sa peine en dix ans de bannissement. Le condamné est embarqué vers les États-Unis, mais les municipalités de New York et de la Nouvelle-Orléans refusent de l'accueillir. Il est alors débarqué sous un faux nom. Voy. Raymond Lindon et Daniel Amson, *La Haute Cour, 1789-1987*, Paris, PUF, 1987, p. 52-53.

<sup>555</sup> Voy. le compte rendu de la décision dans « L'arrêt de la Haute Cour », *Le Figaro*, 5 janvier 1900, p. 1.

<sup>556</sup> Voy. « Le retour des proscrits », *Le Petit Parisien*, 15 juillet 1905, p. 1, ou encore une mention dans la presse nationaliste : « Des duels », *L'Action Française*, 28 mai 1938, p. 5.

<sup>557</sup> Voy. la décision dans Lettre de M. le Président du Sénat à M. le Président de la Chambre des Députés lui transmettant des arrêts de la Cour de Justice, Paris, Imprimerie de la Chambre des députés, 1918, p. 2-6.

<sup>558</sup> Léon Duguit, « L'arrêt du Sénat dans l'affaire Malvy », *Revue politique et parlementaire*, 1919, p. 137.

Sébastien en Espagne<sup>559</sup>. À notre connaissance, c'est la dernière fois que la Haute Cour prononcera une peine effective<sup>560</sup> de bannissement, Malvy faisant ainsi figure de dernier banni politique français.

**150. Le bannissement des familles royales.** – Parallèlement à ces procédures juridictionnelles, la France connaît aussi des procédures spéciales de bannissement à l'égard des familles régnantes ayant été destituées. Aucune ne fait exception au XIXe siècle<sup>561</sup>. Leur spécificité tient en leur caractère législatif et non juridictionnel : aucun juge ne se prononce, c'est la loi qui prévoit nommément le bannissement<sup>562</sup>. Ainsi en est-il de la famille Bonaparte et de ses descendants<sup>563</sup>, bannie à perpétuité par la loi du 12 janvier 1816<sup>564</sup> ; de Charles X et ses descendants, interdit du territoire à perpétuité par la loi du 10 avril 1832<sup>565</sup> ; de Louis-Philippe et sa famille, interdit du territoire à perpétuité par le décret du 26 mai 1848<sup>566</sup>. Malgré deux abrogations en 1848<sup>567</sup> (au profit des Bonaparte pour valider l'élection de Louis-Napoléon Bonaparte) et 1871<sup>568</sup> (au profit des Bourbon et Orléans pour valider les élections du duc d'Aumale et du prince de Joinville), la grande loi du 22 juin 1886 revient *in fine* au bannissement de toutes les familles ayant régné en France : « Le territoire de la République est et demeure interdit aux

---

<sup>559</sup> Voy. « Après le bannissement, le retour de M. Malvy en France s'accomplit sans incidents », *Le Petit Journal (édition de Paris)*, 10 août 1923, p. 2.

<sup>560</sup> Abel Bonnard fut condamné à dix années de bannissement pour faits de collaboration par la Haute Cour le 23 mars 1960, mais le début de la peine fut fixé rétroactivement à 1945, date à laquelle le condamné s'était volontairement exilé en Espagne jusqu'à son retour en France en 1958. La peine était donc déjà purgée et ainsi parfaitement symbolique. Voy. Raymond Lindon et Daniel Amson, *La Haute Cour, 1789-1987, op. cit.*, p. 147-150.

<sup>561</sup> Voy. sur ce point not., François Saint-Bonnet, « Un voile sur la Liberté : les lois de proscription au XIXe siècle », in Catherine-Amélie Chassin (dir.), *La proscription en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 47-74.

<sup>562</sup> La langue juridique anglaise parle en la matière de « *Bill of Attainder* ».

<sup>563</sup> Napoléon Bonaparte n'est pas banni de France par une loi française mais par une décision britannique de transportation à l'île de Saint-Hélène.

<sup>564</sup> Loi du 12 janvier 1816 qui accorde, sauf les exceptions y contenues, une amnistie pleine et entière à tous ceux qui, directement ou indirectement, ont pris part à la rébellion et à l'usurpation de Napoléon Buonaparte, VII, Bull. 57, n° 349, in Duvergier, *Collection*, t. 20, Paris, Guyot et Scribe, 1827, p. 237-238 : « 4. Les ascendants et descendants de Napoléon Buonaparte, ses neveux et ses nièces, ses frères, leurs femmes et leurs descendants, ses sœurs et leurs maris, sont exclus du royaume à perpétuité, et sont tenus d'en sortir dans le délai d'un mois, sous la peine portée par l'article 91 du Code pénal [peine de mort] ».

<sup>565</sup> Loi du 10 avril 1832 relative à Charles X et à sa famille, IX, Bull. 71, n° 153, in Duvergier, *Collection*, t. 31, Paris, Guyot et Scribe, 2<sup>ème</sup> éd., 1838, p. 139-140 : « 1<sup>er</sup>. Le territoire de la France et de ses colonies est interdit à perpétuité à Charles X, déchu de la royauté par la déclaration du 7 août 1830, à ses descendants, aux époux et épouses de ses descendants. » Délibérément, le terme de bannissement n'est plus utilisé pour soustraire cette législation à l'application du code pénal. La loi confirme également l'interdiction du territoire des descendants de Napoléon Bonaparte.

<sup>566</sup> Décret du 26 mai 1848 qui interdit le territoire de la France et de ses colonies à Louis-Philippe et à sa famille, X, Bull. 11, n° 445, in Duvergier, *Collection*, t. 48, Paris, Direction de l'administration, 1848, p. 321 : « Le territoire de la France et de ses colonies, interdit à perpétuité à la branche aînée des Bourbons par la loi du 10 avril 1832, est interdit également à Louis-Philippe et à sa famille. »

<sup>567</sup> Décret du 11 octobre 1848 qui abroge l'article 6 de la loi du 10 avril 1832 relatif au bannissement de la famille Bonaparte, X, Bull. 78, n° 745, in *Ibid.*, p. 531.

<sup>568</sup> Loi du 8 juin 1871 qui abroge les lois du 10 avril 1832 et du 26 mars 1848 concernant les princes de la maison Bourbon, XII, Bull. 53, n° 390, in Duvergier, *Collection*, t. 71, Paris, Direction de l'administration, 1871, p. 113.

chefs des familles ayant régné en France et à leurs héritiers directs, dans l'ordre de primogéniture. »<sup>569</sup> Il s'agit bel et bien pour la jeune III<sup>e</sup> République de se protéger contre les figures monarchistes et impériales (c'est-à-dire des hommes et surtout des idées) aptes à renverser le régime<sup>570</sup>.

**151.** Mais ces bannissements politiques, qu'ils soient le fait du juge ou du législateur, demeurent très peu nombreux. Surtout, leur faible intérêt stratégique au moment de leur prononcé ne fait que décroître au XX<sup>e</sup> siècle, si bien qu'il devient de plus en plus délicat de justifier de telles exceptions au principe déjà arrêté en droit commun d'inexpulsabilité des nationaux. La seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle connaîtra donc le retrait de l'ordre juridique de toutes les prévisions relatives aux peines de bannissement.

## **2. Disparition de la peine de bannissement**

**152. Dynamique internationale.** – Le mouvement juridique d'abrogation des peines de bannissement est le fruit d'une dialectique internationale et nationale. En droit international d'abord, la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948 stipule en son article 9 que « Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou *exilé* » (nous soulignons). Il est intéressant de noter que le projet initial rédigé par la Commission des droits de l'homme (présidée par Eleanor Roosevelt et dont fut membre René Cassin) ne contenait pas cette dernière mention relative à l'« exil »<sup>571</sup>. Cet ajout provient d'un amendement déposé par le représentant de l'Équateur lors de l'examen du texte par la troisième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies le 26 octobre 1948, dans la phase finale de rédaction du texte : « cet article doit également faire mention d'une autre forme d'action arbitraire de la part des autorités publiques, à savoir l'exil. (...) [L]a déclaration doit protéger l'individu contre l'expulsion de son

---

<sup>569</sup> Loi du 22 juin 1886 relative aux membres des familles ayant régné en France, XII, Bull. 1018, n° 16.744, in Duvergier, *Collection*, t. 86, Paris, Larose et Forcel, 1886, p. 195-196.

<sup>570</sup> Une position soutenue par l'Institut de droit international par la voix de son président, le professeur Ludwig von Bar, *IDI, Annuaire*, 1892, vol. 11 (1889-1892), p. 295 : « [L]e bannissement d'individus qui ont le droit de nationalité dans l'État expulsant est généralement contraire aux principes du droit des gens moderne. Cependant, on ne peut pas nier que quelquefois les États, en bannissant des personnes qui auparavant occupaient une situation politique tout à fait exceptionnelle et qu'on voulait empêcher de troubler la tranquillité du pays sans les punir, n'ont obéi qu'à une nécessité extrême. »

<sup>571</sup> Nations Unies, Rapport de la 3<sup>ème</sup> session de la Commission des droits de l'homme, Lake Success, 28 juin 1948, E/800, p. 11.



propre pays. »<sup>572</sup> D'abord adoptée de manière absolue<sup>573</sup>, cette prohibition est finalement ramenée à une proscription du seul exil *arbitraire*<sup>574</sup>, c'est-à-dire non prévu par la loi<sup>575</sup>. En tout état de cause, la proposition apparaît très consensuelle et préfigure une extension de la garantie à toutes les formes d'exils et surtout une consécration proprement juridique.

**153.** La consécration ne viendra pas de l'adoption du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966. Les travaux préparatoires montrent cependant que la commission des droits de l'homme des Nations Unies avait initialement adopté en 1950 la formule selon laquelle « Nul ne sera soumis à un exil arbitraire. »<sup>576</sup> Le texte est le fruit d'un amendement du représentant français, Pierre Ordonneau, maître des requêtes au Conseil d'État, qui remplace Cassin à la Commission. Son amendement a pour but d'empêcher que le droit d'entrée dans son propre pays, qui figure aussi dans le projet, soit « invoqué pour prohiber un exil pourtant justifié »<sup>577</sup>. Il note qu'à cette époque « la peine de bannissement n'existe plus en France, à l'exception des cas des prétendants au trône »<sup>578</sup> (ce qui est erroné, la peine de bannissement subsistant dans l'arsenal pénal, en sus des législations excluant les familles royales et impériales – l'oubli témoigne de la désuétude), et qu'il est pertinent de réserver l'hypothèse d'un « exil légal »<sup>579</sup>. Les justifications de l'insertion d'une telle stipulation sont finalement critiquées, notamment par le Secrétariat général des Nations Unies en 1955, considérant qu'« une société libérale et démocratique ne devrait pas permettre l'exil et, en conséquence, qu'aucune prévision à ce sujet ne devrait apparaître dans le Pacte. »<sup>580</sup> Finalement, en 1959, la troisième Commission de l'Assemblée générale réoriente la protection vers la garantie individuelle selon laquelle « Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays » (voy. *supra* n° 128 s.), et supprime toute mention à propos de l'exil arbitraire, notamment à l'appel de la France, qui désavoue donc la position de son représentant adoptée neuf années

---

<sup>572</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> Commission, 113<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 26 octobre 1948, A/C.3/SR.113, p. 244.

<sup>573</sup> « Nul ne peut être exilé », adopté par 21 voix contre 16 et 5 abstentions, Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> Commission, 114<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 26 octobre 1948, A/C.3/SR.114, p. 252.

<sup>574</sup> « Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou *exilé* », adopté par 37 voix contre 1 et 6 abstentions (dont la France), *ibid.* p. 257.

<sup>575</sup> Voy. en ce sens les déclarations non contredites des représentants chiliens et cubains, *ibid.* p. 255 et 257.

<sup>576</sup> « *No one shall be subjected to arbitrary exile.* », voy. Nations Unies, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 151<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 19 avril 1950, E/CN.4/SR.151, § 66, p. 16.

<sup>577</sup> *Ibid.*, 150<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 17 avril 1950, E/CN.4/SR.150, § 62, p. 14.

<sup>578</sup> *Ibid.*

<sup>579</sup> *Ibid.*, 151<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 19 avril 1950, E/CN.4/SR.151, § 62, p. 16.

<sup>580</sup> Secrétariat général des Nations Unies, « *Draft International Covenants on Human Rights. Annotation* », 1<sup>er</sup> juin 1955, A/2929, § 58, p. 110.

plus tôt<sup>581</sup>. Le Pacte de 1966 ne réceptionne donc pas les apports de la déclaration universelle, qui apparaissent dépassés à cette époque : la prohibition du seul exil arbitraire est en deçà de la pratique internationale qui condamne de plus en plus largement ce mécanisme ; mieux vaut ne rien adopter que de cristalliser un standard dont la protection est inférieure à la pratique internationale<sup>582</sup>.

**154.** C'est un texte adopté dans le cadre du Conseil de l'Europe qui va juridiquement verrouiller la prohibition absolue des peines de bannissement. Le protocole n° 4 du 16 septembre 1963 reconnaissant certains droits et libertés annexé à la Convention européenne des droits de l'homme stipule en son article 3, 1. : « Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant. » Ce texte empêche les États signataires de prononcer une peine de bannissement, quel qu'en soit sa forme, contre l'un de ses nationaux, ce que révèlent encore les conditions d'adoption et d'interprétation de ce texte. Le texte initial arrêté par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe prévoyait une formule différente selon laquelle « Nul ne peut être exilé du pays dont il est le ressortissant. »<sup>583</sup> Le rapporteur considérait alors que « dans le cercle homogène du Conseil de l'Europe, la prohibition de l'exil devrait revêtir un caractère absolu, ce qui s'avère malaisé dans le cadre plus vaste de l'ONU »<sup>584</sup>. Le texte initial entendait donc bien prohiber toutes les formes de bannissement. Mais le comité d'experts saisi à la suite rencontre de grandes difficultés pour interpréter la notion d'« exil », notamment pour savoir si cela recoupe ou non la peine judiciaire de bannissement. Une première majorité établit alors que « L'exil (...) est une mesure exceptionnelle d'expulsion hors de la patrie, prise pour une durée indéfinie par une autorité constitutionnelle, législative ou administrative. Il est différent du bannissement, sanction judiciaire »<sup>585</sup>. Cette interprétation prévaut par la suite, même après la substitution du terme « expulsion » au terme

---

<sup>581</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> Commission, 956<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 13 novembre 1959, A/C.3/SR.956, § 7, p. 251 : « De plus, le texte des Cinq donne l'impression que l'exil, tombé en désuétude dans nombre de pays, est une sanction fréquemment infligée. (...) Mieux vaudrait donc formuler le principe selon lequel nul ne peut être arbitrairement exilé et supprimer le dernier membre de phrase du paragraphe 2, qui donne trop d'importance à une mesure exceptionnelle. »

<sup>582</sup> Voy. en ce sens, les nombreuses positions exprimées lors des débats à la 3<sup>ème</sup> Commission, in *ibid.*

<sup>583</sup> Conseil de l'Europe, Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4, Strasbourg, 1976, p. 39.

<sup>584</sup> Assemblée Consultative, Commission Juridique, Sous-Commission n° 12 (Droits de l'homme). Deuxième Protocole additionnel à la Convention des droits de l'homme. Deuxième rapport préliminaire présenté par M. Lannung (rapporteur), AS/Jur XII (10), 10 décembre 1958, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4*, Strasbourg, 1976, p. 30. Ce qui avait d'ailleurs conduit les rédacteurs de la déclaration universelle des droits de l'homme à accoler le terme « arbitraire » à la prohibition de l'exil (voy. *supra* n° 152).

<sup>585</sup> Comité d'experts, Examen du projet de second Protocole additionnel, 2<sup>ème</sup> réunion du 24 au 29 avril 1961, DH/Exp (61) 15 du 7 août 1961, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4*, Strasbourg, 1976, p. 362.

d'« exil »<sup>586</sup>. Suivant une telle interprétation, le protocole n'aurait pas prohibé le bannissement. Ce n'est que plusieurs mois plus tard, et sans que la raison en soit indiquée dans les travaux préparatoires, que le comité d'experts modifie son interprétation de l'article 3 en deux points : d'abord il ajoute l'autorité « judiciaire » à la liste des autorités auxquelles il est interdit d'expulser des nationaux<sup>587</sup> ; ensuite, logiquement, il supprime la peine de bannissement de la liste des exceptions au principe d'expulsabilité des nationaux<sup>588</sup>. Le texte ne changera plus sur ces points. Dès lors, et sans ambiguïté possible, l'intention finale des rédacteurs est bien de prohiber toutes formes d'expulsion des nationaux, y compris la peine de bannissement, qu'elle soit le produit d'une loi ou d'une sentence judiciaire.

**155.** À la même époque, on trouve une semblable dynamique sur le continent américain. Dans la déclaration de Santiago du Chili, adoptée par les ministres des affaires étrangères des pays membres de l'Organisation des États américains en clôture de la réunion tenue entre les 12 et 18 août 1959, l'article 6 précise que « L'usage systématique du bannissement politique est contraire à l'ordre démocratique américain. »<sup>589</sup> Cette déclaration s'inscrit dans une volonté certaine de pacification et de démocratisation de l'Amérique, notamment centrale, dans une période largement marquée par la guerre civile, la dictature et le recours à la force<sup>590</sup>. Dépourvue de caractère obligatoire, cette déclaration témoigne toutefois de la pleine réception de la prohibition des mesures de bannissement.

---

<sup>586</sup> Comité d'experts, Examen du projet de second Protocole additionnel, 3<sup>ème</sup> réunion du 2 au 11 octobre 1961, DH/Exp (61) 35 du 17 octobre 1961, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4*, Strasbourg, 1976, p. 440 : « Au cours de la troisième réunion du Comité, la plupart des experts se sont montrés favorables à une formule qui, dans sa substance, reviendrait à prohiber le fait pour une autorité constitutionnelle, législative ou administrative d'expulser des nationaux hors de la patrie. La majorité des experts a estimé préférable de ne pas employer le terme "exil" (...). La notion d'expulsion a été retenue (...). Il a été entendu que la prohibition de l'expulsion des ressortissants ne visait pas notamment le bannissement en tant que sanction judiciaire (...). »

<sup>587</sup> Comité d'experts, Examen du projet de second Protocole additionnel, 4<sup>ème</sup> réunion du 2 au 10 mars 1962, DH/Exp (62) 7 du 8 mai 1962, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4*, Strasbourg, 1976, p. 536. Le comité ajoute aussi avec emphase : « Le plus souvent, les expulsions de nationaux, qu'elles frappent des individus ou des groupes, sont inspirées par des mobiles d'ordre politique. Dans plusieurs Etats, des membres d'anciennes dynasties régnantes ont été victimes de telles pratiques. »

<sup>588</sup> Comité d'experts, Examen du projet de second Protocole additionnel, 6<sup>ème</sup> réunion du 22 au 27 octobre 1962, DH/Exp (62) 32 du 12 décembre 1962, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4*, Strasbourg, 1976, p. 599 : « Le comité a décidé de ne pas se référer dans le commentaire de cet article à la notion de bannissement. »

<sup>589</sup> « The systematic use of political proscription is contrary to American democratic order. ». Voy. « Declaration of Santiago, Chile », *The American Journal of International Law*, 1961, vol. 55, n° 2, p. 537-539, ici p. 538.

<sup>590</sup> Voy. par ex. Darren Hawkins et Carolyn M. Shaw, « The OAS and Legalizing Norms of Democracy », in Thomas Legler, Sharon F. Lean et Dexter S. Boniface (dir.), *Promoting Democracy in the Americas*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2007, p. 31 ; Jean-Michel Arrighi, « The Prohibition of the Use of Force and Non-Intervention : Ambition and Practice in the OAS Region », in Marc Weller, *The Use of Force in International Law*, Oxford, Oxford University Press, coll. Oxford Handbook, 2015, p. 526 et s.

156. Finalement, en droit international général, au-delà des normes conventionnelles, la pratique internationale et l'*opinio juris* convergent pour faire de la prohibition du bannissement une norme coutumière, comme le note Rezek dans son cours à La Haye en 1986 :

« Une seconde règle que l'on peut dégager d'une pratique généralement acceptée comme étant le droit est celle qui proscriit le bannissement. Aucun État, en effet, ne peut expulser son national à destination soit d'un territoire étranger soit d'un espace commun – ne serait-ce que pour l'excellente raison que ces territoires et ces espaces sont insusceptibles d'être pris pour des domaines d'outre-mer. »<sup>591</sup>

157. **Dynamique nationale.** – La France a, par anticipation d'abord, par conformité ensuite, adapté sa législation. Concernant le bannissement par voie législative des familles royales. La loi du 24 juin 1950<sup>592</sup> abroge en son article 1<sup>er</sup> la loi du 22 juin 1886 relative aux membres des familles ayant régné en France. Issu d'une proposition de loi déposée par le Député Paul Hutin-Desgrées, ce texte est adopté par une large majorité à l'Assemblée Nationale<sup>593</sup> et au Conseil de la République<sup>594</sup> et permet notamment au comte de Paris, Henri d'Orléans, de rentrer en France<sup>595</sup>. Le contexte est apaisé et le caractère républicain du régime est désormais bien ancré, comme le précise le rapporteur :

« Si quelques-uns de nos compatriotes peuvent encore avouer un certain attachement à ces régimes, il ne s'agit plus guère – il faut bien le reconnaître – que d'une fidélité sentimentale que certaines familles se transmettent de père en fils, suivant le principe héréditaire qui leur est cher. »<sup>596</sup>

Surtout, ce même rapporteur mentionne parmi d'autres l'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (préc.) de même que les travaux du Conseil de l'Europe qui prévoient dès cette époque<sup>597</sup> d'inscrire, sur le modèle de la déclaration universelle, l'interdiction de l'exil

---

<sup>591</sup> José-Francisco Rezek, « Le droit international de la nationalité », *op. cit.*, p. 356.

<sup>592</sup> Loi n° 50-728 du 24 juin 1950 portant abrogation de la loi du 22 juin 1886 relative aux membres des familles ayant régné en France, JORF, 27 juin 1950, p. 6796.

<sup>593</sup> 320 voix contre 179 à l'Assemblée Nationale, JORF Débats Assemblée Nationale, 17 mai 1950, p. 3727.

<sup>594</sup> 222 voix contre 84 au Conseil de la République, JORF Débats Conseil de la République, 22 juin 1950 p. 1863.

<sup>595</sup> Il est intéressant de noter, comme il est précisé dans « Le comte de Paris », *Le Monde*, 18 mai 1950, que le fils du Comte de Paris disposait déjà d'une dérogation pour suivre ses études dans un Lycée de Bordeaux et que le prince Napoléon, Louis-Jérôme Bonaparte, avait été autorisé officiellement à résider en France en raison de ses états de service dans la Résistance (il rencontre même le Président Auriol pour discuter de son mariage).

<sup>596</sup> Bertrand Chautard, 3<sup>ème</sup> séance du 16 mai 1950, JORF Débats AN, 17 mai 1950, p. 3725. Lors de la même séance, le député communiste Jean Toujas déclarera toutefois : « [le rapporteur] nous permettra (...) de douter des sentiments républicains du prince Bonaparte et du comte de Paris » (*ibid.*). De fait, le comte de Paris, averti de l'abrogation prochaine des lois d'exil, déclarera : « En rentrant en France je ne renonce pas en effet à l'idéal que je représente ni à mon rôle politique », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> juin 1950.

<sup>597</sup> La recommandation n° 38 adoptée par l'Assemblée consultative le 8 septembre 1949, in *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, I, La Haye, Martinus Nijhoff, 1975, p. 223 stipule que « Les Etats membres s'engageront à assurer à toute personne résidant sur leur territoire : (...) 3) L'immunité contre toute arrestation, détention, exil et autres mesures arbitraires, conformément aux articles 9, 10 et 11 de la Déclaration des Nations Unies. »

dans une future Convention<sup>598</sup> (interdiction qui ne sera pas directement inscrite dans la Convention européenne du 4 novembre 1950 mais plutôt dans le protocole n° 4 en 1963, voy. *supra* n° 154). C'est donc par anticipation que le Parlement abroge les mesures de bannissement à l'égard des familles régnantes<sup>599</sup>, aucune stipulation internationale n'interdisant formellement à cette époque une mesure d'exil. D'ailleurs, la loi prévoit bien une exception et dispose en son article 2 qu'« Au cas où les nécessités de l'ordre public l'exigeraient, le territoire de la République pourra être interdit à tout membre des familles ayant régné en France par décret pris en Conseil des ministres. » Étonnamment, il faut attendre la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011<sup>600</sup> pour que cette dernière exception soit à son tour abrogée. Cette fois, l'article 3 du protocole n° 4 est bien en vigueur, et c'est sur ce fondement que les rapporteurs à l'Assemblée Nationale<sup>601</sup> et au Sénat<sup>602</sup> présentent la nécessité de supprimer cette dernière relique des temps monarchiques et impériaux.

**158.** Sur ce même fondement, les peines de bannissement prévues par le droit pénal vont être supprimées à la faveur de l'adoption du nouveau code pénal en 1992. L'ancien code, présenté par le Garde des Sceaux de l'époque, Robert Badinter, comme « archaïque, inadapté, contradictoire et incomplet »<sup>603</sup>, fait l'objet d'une refonte complète à la fin du XXe siècle. L'occasion est donc donnée au législateur de faire disparaître la peine de bannissement « devenue complètement obsolète »<sup>604</sup>, et surtout contraire au protocole n° 4, comme le précise le rapporteur au Sénat :

« Très utilisé dans l'Antiquité et sous l'Ancien régime, cette peine n'est pratiquement plus prononcée depuis une cinquantaine d'années. Lui semble au demeurant directement incompatible l'article 3 du quatrième Protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (...). »<sup>605</sup>

---

<sup>598</sup> 3<sup>ème</sup> séance du 16 mai 1950, JORF Débats Assemblée Nationale, 17 mai 1950, p. 3725.

<sup>599</sup> Comme le note bien le rapporteur, voy. *ibid.* : « Aussi serait-il profondément affligeant que notre pays fasse l'objet de l'un des premiers recours qui pourraient être engagés. C'est cependant ce qui pourrait se produire si nous ne profitons pas de l'invitation de notre collègue M. Hutin-Desgrées pour abroger cette loi d'exil avant que la convention de garantie collective ne soit définitivement adoptée, ce qui ne saurait tarder. »

<sup>600</sup> Art. 175, III, 18°, in JORF, 18 mai 2011, p. 8537.

<sup>601</sup> Étienne Blanc, *Rapport n° 2095*, I, Assemblée Nationale, 24 novembre 2009, p. 440 : « l'article 3 du protocole additionnel n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme interdit une telle mesure à l'égard des ressortissants d'un Etat. (...) L'abrogation de l'article 2 de la loi de 1950 se justifie donc pleinement. »

<sup>602</sup> Bernard Saugey, *Rapport n° 20*, I, Sénat, 6 octobre 2010, p. 254 : « l'article 3 du protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme interdit à un Etat une telle mesure à l'égard de ses ressortissants ». »

<sup>603</sup> Robert Badinter, *Projet de loi portant réforme du code pénal*, Exposé des motifs, 19 février 1986, p. 3-4.

<sup>604</sup> François Colcombet, 1<sup>ère</sup> séance du 12 octobre 1989, JORF Débats Assemblée Nationale, 13 octobre 1989, p. 3459.

<sup>605</sup> Marcel Rudloff, *Rapport n° 271*, I, Sénat, 27 avril 1989, p. 85.

L'adoption de ce texte met ainsi le fait en accord avec le droit, les juges étaient depuis longtemps (la cinquantaine d'années évoquée par le rapporteur est certainement sous-estimée) bien incapables de prononcer une peine reposant sur l'accueil par un État tiers d'un condamné français. Surtout, ne connaissant plus d'exceptions, la fonction territoriale de la nationalité est absolutisée : désormais, le droit français – pas plus que le droit international – ne permet l'expulsion d'un national<sup>606</sup>.

\*

**159.** *Conclusion de section : l'internationalisation de la nationalité.* – La nationalité a subi au tournant des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècle une réelle internationalisation. Dès cette époque, face au développement de toutes les formes de migration, un besoin de régulation juridique se fait jour et la nationalité en devient rapidement le principe cardinal. Suivant la qualité territoriale bien établie du régime d'octroi et de perte de la qualité de sujet sous l'Ancien Régime, c'est à ce statut que le droit va formellement attribuer des fonctions territoriales : le national est celui que l'État est obligé de recevoir, et qu'il ne peut expulser. Ce sont les « cas limites » qui révèlent cet état juridique, c'est-à-dire en l'espèce le traitement réservé aux indigents et aux criminels. En effet, à l'instar des paroisses qui étaient autrefois chacune responsable de leurs « pauvres », les apports croisés de la sécularisation et de la centralisation conduisent à faire de chaque État le responsable en dernier ressort des nationaux dont la présence n'est plus souhaitée à l'étranger. Il s'en déduit d'une part une obligation de réadmission des nationaux présents à l'étranger, et d'autre part une prohibition de l'expulsion des nationaux présents sur le territoire. Chacun de ces deux principes répond au même enjeu : respecter la souveraineté de l'État tiers. En effet, la souveraineté personnelle et territoriale de l'État d'accueil se trouve niée si celui-ci est forcé à prendre un charge un individu qui n'appartient pas à sa communauté nationale. Dès lors, l'obligation de réadmission et la prohibition de l'expulsion répondent toutes deux à cet impératif de régulation ordonnée et consentie des migrations internationales.

**160.** Il est alors frappant de voir comment ces principes, émergeant d'abord au seul profit des États, ont subi progressivement une dynamique de subjectivisation jusqu'à devenir parfois des droits individuels. Toutefois, cette dynamique n'est ni complète, ni irréversible. En effet,

---

<sup>606</sup> Le droit d'extradition, profondément inscrit dans le droit pénal international, est trop spécifique pour former une réelle exception au caractère général et absolu de l'interdiction de l'expulsion des nationaux. Contrairement à une idée reçue, les nationaux n'en sont pas nécessairement exclus. Sur l'ensemble voy. Jean-Marc Thouvenin, « Le principe de non extradition des nationaux », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 127-144.

seules les obligations interétatiques sont nécessaires à la régulation ordonnée des migrations internationales. L'adjonction de droits subjectifs d'entrée ou de protection contre l'expulsion au profit des individus n'est qu'une démarche contingente d'approfondissement. Cela explique donc que la subjectivisation de ces droits est encore incomplète et qu'à ce jour, seul l'ordre juridique européen a mis en place les moyens juridiques conventionnels propres à garantir de manière absolue le droit d'entrer et la protection contre l'expulsion des ressortissants des États parties au protocole n° 4 du 16 septembre 1963 reconnaissant certains droits et libertés annexé à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, le développement des régimes administratifs d'autorisation de retour des ressortissants sur le sol national montre justement que le droit d'entrer sur le territoire connaît un certain recul. La subjectivisation est donc belle et bien contingente, à la différence des obligations interétatiques qui demeurent absolues.

\* \*

**161. Conclusion de chapitre : du régime territorial aux fonctions territoriales.** – La dimension territoriale de la nationalité dans la construction du statut et des fonctions qui y sont attachées est donc flagrante en France. Les impératifs territoriaux subjugent l'entière des mécanismes relatifs à l'octroi ou à la perte de la nationalité dans l'Ancien Droit, à tel point d'ailleurs que certains auteurs parleront plus tard d'un droit qui attache le national à la « glèbe »<sup>607</sup>. Il n'empêche, le caractère absolu du critère territorial facilite justement le passage du régime aux fonctions. Le tournant des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles est à ce titre capital dans la consolidation de la dimension territoriale de la nationalité. La nature territoriale du statut de national – patiemment théorisée depuis le XVI<sup>e</sup> siècle – se trouve alors verrouillée par l'assignation à ce même statut de fonctions territoriales. Le statut et les fonctions témoignent donc d'une même idée : la nationalité exprime un lien de sujétion territorial à titre habituel unissant un individu à un État. De cette manière, la nationalité devient un puissant outil de répartition des individus à travers la multitude des États qui composent la société internationale. Ces dynamiques se renforcent d'ailleurs l'une l'autre. Parce que l'octroi du statut de national conduit l'État à devoir assumer des obligations de nature territoriale, il s'ensuit nécessairement que les critères d'octroi refléteront les liens territoriaux qui unissent un individu à l'État. C'est d'ailleurs sur le fondement de la régulation internationale des migrations que de nombreux États, notamment l'Allemagne, ont fait émerger des critères internes et constitutionnels relatifs à la

---

<sup>607</sup> Voy. *infra* n° 322.

nationalité<sup>608</sup>. L'étude des structures fédérales permet encore de démontrer que le statut de national confère des fonctions territoriales prépondérantes.

---

<sup>608</sup> En Allemagne, les accords de réadmission vont jouer un rôle primordial pour dégager les règles relatives à la nationalité entre les différents Etats de l'Empire tout au long du XIXe siècle, voy. Andreas K. Fahrmeir, « Nineteenth-Century German Citizenships : A Reconsideration », *The Historical Journal*, 1997, n° 40-3, p. 734 et s. Plus généralement, sur la relation entre la circulation des pauvres, la souveraineté territoriale et le recours à la nationalité, voy. Christoph Schönberger, *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 131-135, spéc. p. 135 : « *Moderne Angehörigkeit ist die abstrakte Zugehörigkeit einer Person zu einem Territorialverband. Diese abstrakte Zugehörigkeit kommt in einem Aufenthaltsrecht im Gebiet ebenso zum Ausdruck wie in der entsprechenden örtlichen Fürsorgelast für den Fall der Bedürftigkeit. Es ist dieser abstrakte Hintergrund des in der Zugehörigkeit wurzelnden Bleibendürfens, der die Angehörigkeit zur Grundbeziehung zu dem jeweiligen Territorialverband macht.* »





## Chapitre 2. La territorialité des fonctions de la nationalité dans les structures fédérales (Allemagne, Suisse, États-Unis, et Union européenne)

« Le fédéralisme commence là où les droits de la citoyenneté étatique sont complétés, élargis et remplacés par les droits d'une plus grande citoyenneté »<sup>609</sup>

Élisabeth ZOLLER

162. L'analyse comparée et historique des constructions fédérales par association, qu'elles soient allemande, suisse, américaine, ou européenne, révèle une convergence manifeste autour des fonctions territoriales de la nationalité fédérale. Ce qui se constate dans le cadre de l'État unitaire se vérifie donc encore dans le cadre d'une structure fédérale. Une nuance toutefois, sous forme de distinction : les fonctions territoriales de la nationalité dans l'État unitaire sont tournées vers l'ordre international dans une logique de réadmission et de prohibition de l'expulsion des nationaux face aux États tiers ; les fonctions territoriales de la nationalité dans une structure fédérale répondent au même impératif mais elles se tournent également vers l'ordre constitutionnel de manière à assurer la libre circulation et le libre établissement des ressortissants fédéraux parmi les États fédérés. Pour en faire la démonstration, il convient donc de s'intéresser à l'Allemagne, à la Suisse, aux États-Unis et à l'Union européenne, en ce que chacun représente un exemple type de fédéralisme par association qui pose nécessairement, dès les premiers temps fédératifs, la question des droits territoriaux accordés aux ressortissants de l'association. On se place à cette fin dans le sillage et le prolongement des travaux déjà menés par Christoph Schönberger et Olivier Beaud dans la période contemporaine<sup>610</sup>, et Charles Delessert

---

<sup>609</sup> Élisabeth Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, 2002, vol. 294, p. 155.

<sup>610</sup> Voy. not. Christoph Schönberger, « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale. Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2009, vol. 1, p. 255-274 ; Christoph Schönberger, *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 597 p ; Olivier Beaud, « The question of Nationality within a Federation : a Neglected Issue in Nationality Law », in Randall Hansen et Patrick Weil (dir.), *Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the US and Europe*, New York, Oxford, Berghahn, 2002, p. 314-330 [cet article a été récemment republié en français, voy. « Une question négligée dans le droit de la nationalité : la question de la nationalité dans une Fédération », *Jus Politicum – Revue de droit politique*, 2014, n° 12, 19 p.] ; Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, 447 p., spéc. p. 222-231.

au début du XXe siècle<sup>611</sup>. À cette fin, la comparaison des structures fédérales allemande, suisse et américaine avec l'Union européenne apparaît pertinente<sup>612</sup>.

**163.** Ces fonctions territoriales procèdent ici du principe de non-discrimination. En effet, si le but de la construction fédérale est de suivre des objectifs politiques, économiques, ou sécuritaires, le rapprochement des peuples des différents États membres est une conséquence attendue de cette dynamique, en tant que vecteur d'un sentiment national propre à assurer la viabilité politique de l'association (sans adhésion des individus, pas d'union possible). Le principe de non-discrimination apparaît alors comme un puissant outil réglant les droits « interfédératifs » conférés aux nationaux de la Fédération naissante, de manière à s'assurer que chaque ressortissant d'un État membre soit traité dans chaque autre État membre de l'association de la même manière que les ressortissants de cet État. Les droits territoriaux conférés aux individus dans une structure fédérale procèdent de cette logique. Comme les ressortissants d'un État membre disposent dans celui-ci de droits territoriaux absolus sur les plans de l'entrée, du séjour et de la prohibition de l'expulsion, il est attendu que les ressortissants des autres États membres puissent bénéficier des mêmes droits, liés plus généralement à l'idée de « libre circulation et installation », ou de « libre établissement » sur l'ensemble des États membres. La réalité historique révèle toutefois que la prohibition des discriminations en matière d'accès aux droits territoriaux ne s'applique pas intégralement *ab initio* dans le processus de construction fédérale : le ressortissant d'un autre État membre n'est pas tout de suite perçu comme un co-national. Autrement dit la figure de l'étranger se maintient longtemps dans les relations interfédératives, en ce que le ressortissant d'un État membre peut toujours voir ses droits territoriaux encadrés par des conditions liées aux ressources ou à l'ordre public. Ce n'est qu'aux derniers stades de la construction fédérale, lorsque la Fédération bascule – « dégénère »<sup>613</sup> – en un État fédéral que ces restrictions tombent et que le ressortissant fédéral dispose d'un droit absolu de circulation et surtout d'installation sur l'ensemble du territoire fédéral. C'est ce que montre l'étude

---

<sup>611</sup> Charles Delessert, *L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique*, thèse, Lausanne, Imprimerie de la Concorde, 1924, p. 181-200.

<sup>612</sup> En particulier en ce qui concerne la citoyenneté européenne, voy. Dimitry Kochenov, « On tiles and Pillars : EU Citizenship as a Federal Denominator », in Dimitry Kochenov (dir.), *EU Citizenship and Federalism : The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 17 : « *The brief, self-indulgent sui generis period of EU legal studies, having enlightened no one, is now gone. We can safely get back on track, slightly ashamed of the absurd "deductive approach, in which conceptual definition would precede and prevail over empirical legal analysis", not being obliged to blush anymore when describing the Union as a federal arrangement of power.* » Dans le même sens, Alexandra Eftimie, *La citoyenneté de l'Union : contribution à l'étude d'une communauté politique plurielle*, thèse, Bordeaux, 2012, p. 90-93, mentionne « la nécessité d'une analyse de la citoyenneté dans une perspective fédérale élargie » (*ibid.*, p. 90).

<sup>613</sup> Le terme est emprunté à Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 127 qui mentionne la « dégénérescence » de la Fédération en un État fédéral.

comparée de l'Allemagne, de la Suisse et des États-Unis (section 1). Au regard de cette évolution, l'Union européenne se présente à un stade intermédiaire, qui confirme toutefois les fonctions territoriales de la nationalité (section 2).

### ***Section 1. – La fonction territoriale de la nationalité fédérale : perspectives historique et théorique***

« Au départ, la fonction principale de la citoyenneté fédérale est de mettre fin au statut d'étranger des citoyens des États frères. La principale conséquence de ce statut d'étranger est l'absence de droit d'entrer sur le territoire d'un autre État sans autorisation spécifique, et les jeunes Fédérations ont donc toujours eu à clarifier la portée du droit de résider dans un État frère. »<sup>614</sup>

Christoph SCHÖNBERGER

**164.** De la comparaison des processus fédératifs entre l'Allemagne (I), la Suisse (II) et les États-Unis d'Amérique (III) naît le constat remarquable d'une similarité dans l'évolution du droit de libre installation des ressortissants nationaux. Les débuts du processus fédératif marquent l'émergence d'un droit de libre installation dont sont systématiquement privés les indigènes, et souvent les condamnés : ces ressortissants, bien qu'appartenant à une même communauté politique, sont ramenés à la figure de l'étranger et peuvent être renvoyés dans leur État d'origine par leur État d'accueil. Progressivement, suivant l'approfondissement de la dimension fédérative de l'union d'États, les obstacles à la libre installation se lèvent progressivement, pour finalement disparaître. À ce dernier stade, celui de l'État fédéral, la nationalité fédérale confère un droit absolu de libre installation sur l'ensemble du territoire, les États fédérés perdant le droit d'expulser un ressortissant ne possédant pas leur nationalité. L'ensemble forme un modèle suffisamment homogène pour penser la nationalité fédérale et son évolution au regard des droits territoriaux qu'elle confère.

#### **§ 1. La libre circulation et installation (*Freizügigkeit*) dans le fédéralisme allemand<sup>615</sup>**

**165.** Fort peu commenté sous l'angle de la liberté d'installation, l'exemple allemand est pourtant particulièrement intéressant : il révèle une évolution linéaire et progressive de cette

---

<sup>614</sup> Christoph Schönberger, « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale. Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif », *op. cit.*, p. 261.

<sup>615</sup> Sauf mentions contraires, les textes allemands sont issus du fort utile site documentArchiv.de qui contient une sélection étendue des textes constitutionnels et fédéraux allemands des XIXe et XXe siècles. L'ouvrage de Maurice Ruby, *L'évolution de la nationalité allemande d'après les textes (1842 à 1953)*, Baden Baden, Wervereis, 1949, 912 p., qui contient de nombreuses traductions de textes allemands en annexe ne comprend étonnement aucune référence à la libre circulation des nationaux.

liberté au profit des ressortissants germaniques (d'une liberté encadrée à une liberté absolue), suivant l'émergence et la consolidation du processus fédéral allemand<sup>616</sup>. L'histoire fédérale allemande s'inscrivant dans le temps long, l'étude s'étend du début du XIXe siècle au second XXe siècle, et suit les prémices (A), l'émergence (B) puis la consécration (C) des fonctions territoriales de la nationalité fédérale.

## A. Les prémices d'un droit de la libre circulation et installation (1815-1867)

**166. La circulation dans l'Allemagne pré-nationale.** – Les premières traces d'une libre circulation dans un espace allemand composé d'États souverains apparaissent avec la Confédération allemande ou germanique (*Deutscher Bund*). Il s'agit d'« une alliance de 38 principautés qui repose sur le principe de souveraineté patrimoniale »<sup>617</sup>, comprenant notamment les deux grandes puissances prussienne et autrichienne ; la structure n'est pas fédérale à proprement parler, mais davantage internationale et tournée vers la concertation<sup>618</sup>. Pour autant, les « Actes fédéraux allemands [*Deutsche Bundesakte*] » du 8 juin 1815 comprennent un article 18 qui dispose que « Les Princes allemands et les villes libres conviennent d'assurer aux ressortissants [*Unterthanen*] des États membres [*Bundesstaaten*] allemands d'assurer les droits suivants : (...) 2) Le pouvoir : a) de quitter un État membre allemand pour un autre qui est prêt à les accepter comme ressortissant »<sup>619</sup>. Comme le note justement Olivier Beaud, « une telle disposition n'assure pas à proprement parler un droit de libre circulation entre États, mais confère un droit d'émigration dans un autre État membre qui conserve la prérogative souveraine d'accepter ou non ce ressortissant sur son territoire. »<sup>620</sup> Faut-il y voir un « progrès juridique »<sup>621</sup> ? Sans doute, puisque cet article est un cadre préfigurateur d'une future libre circulation : consentir

---

<sup>616</sup> La linéarité marque toutefois une rupture lors de la période nationale-socialiste.

<sup>617</sup> Johann Chapoutot, *Histoire de l'Allemagne (1806 à nos jours)*, Paris, PUF, 2017, 2<sup>ème</sup> éd., p. 20.

<sup>618</sup> Comme le précise notamment Johann Chapoutot, *ibid.*, p. 21, à propos des nouvelles institutions : « Chaque État envoie des représentants permanents à la diète fédérale (*Bundestag* ou *Bundesversammlung*) (...). Ces représentants sont des diplomates mandatés par leurs souverains, et non des députés membres d'une quelconque représentation démocratique. »

<sup>619</sup> « Art. 18. *Die verbündeten Fürsten und freyen Städte kommen überein, den Unterthanen der deutschen Bundesstaaten folgende Rechte zuzusichern: b) Die Befugniß 1. des feyen Wegziehens aus einem deutschen Bundesstaat in den andern, der erweißlich sie zu Unterthanen annehmen will (...).* » La traduction est d'Olivier Beaud, in « Une question négligée dans le droit de la nationalité : la question de la nationalité dans une Fédération », *op. cit.*, p. 15.

<sup>620</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>621</sup> *Ibid.*

collectivement à la libre émigration, c'est nécessairement – par réciprocité – adopter une attitude soucieuse de l'immigration allemande<sup>622</sup>. La portée de l'article demeure toutefois exclusivement symbolique et la libre circulation n'est en aucun cas dotée d'une force juridique. En toutes hypothèses, le contexte antilibéral et conservateur de l'époque de la Restauration n'est pas propice à l'extension des libertés individuelles<sup>623</sup>.

**167. Des prémices juridiques internationales.** – L'idée de libre circulation va progressivement s'installer dans le premier XIXe siècle allemand, par deux nouveaux instruments juridiques. La création d'un traité établissant un « *Zollverein* [union douanière] » en 1833 y est d'abord pour beaucoup. Sous l'instigation – et l'hégémonie – de la Prusse, cette union douanière est créée pour renforcer économiquement le territoire allemand. Mais les objectifs étaient également politiques, comme le note l'historien allemand Thomas Nipperdey dans ses réputées *Réflexions sur l'histoire allemande* : « Au plan politique, l'Union douanière était (dans l'intention même des hommes politiques) le germe d'une Allemagne nouvelle et plus forte, sous direction prussienne. »<sup>624</sup> L'Autriche ne fait pas partie de cette union, laissant place à la solution politique d'une « *Kleindeutsch* [littéralement petite Allemagne] » ; il s'agit alors, toujours selon Nipperdey, d'une « confédération dans la confédération »<sup>625</sup>. Cette union douanière laisse émerger en théorie et en pratique l'idée d'une libre circulation des marchandises, ce qui préfigure celle des individus, et contribue à l'unification allemande par l'harmonisation fiscale et économique.

**168.** Un second accord international permet ensuite d'inscrire, cette fois explicitement, l'idée de la libre circulation des individus en Allemagne. Le traité de Gotha relatif à l'admission des expulsés (*Gothaer Vertrag über die Aufnahme von Ausgewiesenen*) signé le 15 juillet 1851 organise l'obligation de réadmission des nationaux dans l'espace allemand : lorsqu'un ressortissant d'un État membre séjourne dans un autre État membre d'accueil et que celui-ci est expulsé pour des raisons liées à l'indigence ou à l'ordre public, son État de nationalité s'engage à le recevoir ; surtout, le traité organise les modalités pratique de cette procédure – il est à ce titre révélateur du développement de ce type de conventions au XIXe siècle (voy. *supra* n° 115 s.). Par son objet, ce traité ne crée évidemment pas un droit de libre circulation et installation dans

---

<sup>622</sup> Il ne faut toutefois pas exagérer le sens de cet article, notamment parce qu'à cette période, la libre émigration était globalement garantie partout en Europe. Voy. Andreas K. Fahrmeir, « Nineteenth-Century German Citizenship : A Reconsideration », *The Historical Journal*, 1997, vol. 40, n° 3, p. 730-731.

<sup>623</sup> Johann Chapoutot, *Histoire de l'Allemagne (1806 à nos jours)*, *op. cit.*, p. 22-24.

<sup>624</sup> Thomas Nipperdey, *Réflexions sur l'histoire allemande* (1986, trad. Clause Orsoni), Paris, Gallimard, 1992, p. 102.

<sup>625</sup> *Ibid.*

la Confédération germanique. Pour autant, et comme le relève de manière tout à fait inédite Andreas Fahrmeir dans un article paru dans *The Historical Journal* en 1997<sup>626</sup>, le préambule de ce traité annonce la volonté de « préparer une liberté de séjour générale en Allemagne [*ein allgemeines deutsches Heimathsrecht*] »<sup>627</sup>. L'idée est donc bien d'organiser le rapatriement de certains nationaux pour faciliter une circulation encadrée des individus entre les États parties ; l'ensemble permet alors d'établir les fondations juridiques d'une future libre circulation.

**169. Des prémisses juridiques dans le processus constituant avorté de Francfort.** – L'annonce d'une telle réflexion n'est d'ailleurs pas le fruit du hasard ou d'une déclaration de principe abstraite : les épisodes constitutionnels de la Révolution allemande de 1848/49 avaient préparé cette idée<sup>628</sup>. En effet, la Révolution de mars 1848 a entraîné la formation à Francfort d'un Parlement se chargeant d'établir une déclaration de droits fondamentaux et une nouvelle Constitution fédérale, libérale et parlementaire – en réaction à une Confédération germanique autoritaire et conservatrice. En 1849, les parlementaires ont achevé ces deux textes, mais le Roi de Prusse bloque le processus d'adoption en refusant la couronne impériale, ce qui marque la fin de cette période révolutionnaire et un retour à l'ordre ancien<sup>629</sup>. Il n'empêche, ces textes ont eu une importance considérable dans la réflexion constitutionnelle et fédérale allemande. En matière de libre circulation et installation, la loi impériale sur les droits fondamentaux du peuple allemand (*Reichsgesetz betreffend die Grundrechte des deutschen Volkes*) adoptée le 27 décembre 1848 par le Parlement de Francfort prévoyait justement en son article 1, §3 que : « Chaque Allemand a le droit d'élire domicile et de séjourner [*Aufenthalt und Wohnsitz*] en tous lieux du territoire impérial [*Reichsgebietes*] (...). Les conditions de domicile et de séjour sont régies par une loi sur le séjour [*Heimathsgesetz*] (...). »<sup>630</sup> Le texte est repris à l'identique dans le § 133 du projet de Constitution<sup>631</sup> adopté le 28 mars 1849. C'est la première fois dans l'his-

---

<sup>626</sup> Andreas K. Fahrmeir, « Nineteenth-Century German Citizenships : A Reconsideration », *op. cit.*, p. 749.

<sup>627</sup> Philipp Anton Guido von Meyer (dir.), *Corpus Juris Confoederationis Germanicae*, II, Francfort, Drud et Verlag von H. T. Brönnner, 3<sup>ème</sup> éd., 1859, p. 583, et p. 582-585 (reproduction du traité).

<sup>628</sup> Voy. not. Christoph Schönberger, *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, *op. cit.*, p. 98-100.

<sup>629</sup> Le retour est toutefois plus juridique que politique, comme le note Thomas Nipperdey, *Réflexions sur l'histoire allemande*, *op. cit.*, p. 110 : « La restauration de la Confédération germanique pouvait rétablir la situation d'avant 1848 sur le plan juridique, mais pas dans la réalité. La question de la réforme de la Constitution fédérative de l'Allemagne vers une unité plus consistante resterait désormais à l'ordre du jour. »

<sup>630</sup> « *Jeder Deutsche hat das Recht, an jedem Orte des Reichsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen (...). Die Bedingungen für den Aufenthalt und Wohnsitz werden durch ein Heimathsgesetz (...).* » art. 1, § 3, Reichsgesetz, betreffend die Grundrechte des deutschen Volkes vom 27. Dezember 1848.

<sup>631</sup> Appelée « *Frankfurter Reichsverfassung* » ou « *Paulskirchen-Verfassung* », respectivement en raison du nom de la ville de Francfort et de son Eglise Saint-Paul où se réunissaient les révolutionnaires.

toire allemande qu'un droit de libre circulation et installation est proclamé dans un texte constitutionnel au profit de l'ensemble des ressortissants nationaux de l'Empire. Il est intéressant de noter qu'en aucune manière ce droit n'est absolu, des « conditions [*Bedingungen*] » devront être fixées par une loi à laquelle le texte constitutionnel renvoie – il paraît assez certain que les États fédérés seraient restés libres de restreindre les conditions de séjour pour des motifs tirés de l'indigence ou de l'ordre public. Même si ce texte n'acquiert pas de valeur juridique, l'avancée demeure décisive pour imposer l'idée dans la pensée constitutionnelle allemande.

## **B. L'Émergence des libertés territoriales (1867-1933) et leur rupture (1933-1949)**

**170. Une liberté encadrée dans l'Allemagne du Nord.** – La seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle marque une avancée cruciale vers le modèle fédéral de l'Allemagne. Depuis les années 1850, il apparaît de plus en plus nettement que la Confédération germanique n'est plus une structure satisfaisante, elle n'est « plus un État au sens qu'imposait l'époque »<sup>632</sup>. Les tensions entre l'Autriche et la Prusse, sur fond de lutte pour la domination, mènent à la guerre puis à l'éclatement de la Confédération germanique en 1866. La victoire de la Prusse conduit à la formation en 1867 de la Fédération d'Allemagne du Nord (*Norddeutschen Bundes*) dont l'Autriche n'est pas membre. Le Prussien Otto van Bismarck assure le rôle de Chancelier de cette nouvelle structure où le sentiment national est vif et les institutions fédérales fortes.

**171.** C'est au sein de la Fédération d'Allemagne du Nord qu'émerge pour la première fois une compétence fédérale pour régler la libre circulation : les relations interétatiques relatives à la circulation des individus cessent d'être régies par le droit international, elles deviennent l'objet de normes internes régies par le droit constitutionnel<sup>633</sup>. À ce titre, la Constitution du 26 juin 1867 établit pour la première fois en son article 3 que, « pour tout le territoire fédéral [*Bundesgebietes*], un indigénat commun [*ein gemeinsames Indigenat*]<sup>634</sup> a pour effet que le ressortissant de chaque État fédéré [*Angehörige eines jeden Bundesstaates*] (sujet, citoyen [*Unterthan, Staatsbürger*]) devra être traité dans tout autre État fédéré comme un natif [*Inländer*], et y sera admis à résidence fixe [*festen Wohnsitz*] (...). »<sup>635</sup> Pour mieux assurer ce nouveau

---

<sup>632</sup> Thomas Nipperdey, *Réflexions sur l'histoire allemande*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>633</sup> Sur cette dynamique, voy. Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 224-225.

<sup>634</sup> C'est une traduction littérale, on dirait aujourd'hui plutôt « nationalité fédérale », dans le même sens, voy. Andreas K. Fahrmeir, « Nineteenth-Century German Citizenships : A Reconsideration », *op. cit.*, p. 740 : « *Indigenat* is a technical term for citizenship ».

<sup>635</sup> « *Für den ganzen Umfang des Bundesgebietes besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Unterthan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem andern Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitz (...)* ».



droit, la Constitution renvoie « à la surveillance [*Beaufsichtigung*] de la Fédération et de sa législation [*des Bundes und der Gesetzgebung*] : 1) les dispositions relatives à la libre circulation et installation [*Freizügigkeit*], aux conditions de séjour et d'installation [*Heimaths- und Niederlassungsverhältnisse*] (...) »<sup>636</sup>. Il s'agit de la première compétence fédérale, dont la liste est énumérée à l'article 4 de la nouvelle Constitution, ce qui démontre le caractère primordial de cette question au sein de la jeune Fédération.

**172.** Le législateur fédéral ne tarde d'ailleurs pas à se saisir de sa compétence. Le 1<sup>er</sup> novembre 1867, soit quelques mois seulement après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, est adoptée la loi relative à libre circulation et installation (*Gesetz über die Freizügigkeit*). Elle établit juridiquement pour la première fois en Allemagne que « Tout ressortissant [*Bundesangehörige*] de la Fédération peut librement, sur le territoire fédéral [*Bundesgebietes*] : 1. Résider ou s'établir [*aufzuhalten oder niederzulassen*] en tout lieu où il est en mesure de se procurer un logement personnel ou un abri [*eine eigene Wohnung oder ein Unterkommen*] ; (...) »<sup>637</sup> (art. 1, 1<sup>o</sup>). Le même article précise que « la résidence, l'établissement (...) ne pourront être refusés à aucun ressortissant de la Fédération à raison de sa religion [*Glaubensbekenntnisses*], de sa qualité de ressortissant d'un État fédéré [*Landesangehörigkeit*]<sup>638</sup> ou de son appartenance à une Municipalité [*Gemeindeangehörigkeit*] »<sup>639</sup> (art. 1, 3<sup>o</sup>, al. 3). Le principe est donc bien établi d'un droit fédératif à la libre circulation et installation au profit des individus disposant de la nationalité de la Fédération d'Allemagne du Nord (*Bundesangehörigkeit*), sous réserve d'en rapporter la preuve. Surtout, aucun État fédéré ne dispose du droit de restreindre cette liberté sur le fondement de la non appartenance d'un individu à sa communauté. Autrement dit, on assiste ici à la disparition progressive de la figure de l'étranger, du point de vue du séjour, lorsqu'un ressortissant d'un État dont il est originaire va s'installer dans un autre État d'accueil.

**173.** Cette disparition de la figure d'étranger n'est toutefois pas complète puisque la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867 n'établit pas un droit absolu à la libre circulation et installation au profit des nationaux de la Fédération. En effet, plusieurs articles de la loi font exception à ce droit. Les

---

<sup>636</sup> « *Der Beaufsichtigung Seitens des Bundes und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten : 1) die Bestimmungen über Freizügigkeit, Heimaths- und Niederlassungsverhältnisse (...).* »

<sup>637</sup> « *Jeder Bundesangehörige hat das Recht, innerhalb des Bundesgebietes: 1) an jedem Orte sich aufzuhalten oder niederzulassen, wo er eine eigene Wohnung oder ein Unterkommen sich zu verschaffen im Stande ist ; (...).* » Pour une traduction intégrale, voy. Ministère de la guerre, Organisation politique et administrative et législation de l'Alsace-Lorraine, 2<sup>ème</sup> partie, I, Paris, Imprimerie Nationale, 1918, p. 105-108.

<sup>638</sup> L'on pourrait sans doute aussi traduire aussi par « nationalité fédérée ».

<sup>639</sup> « *Keinem Bundesangehörigen darf um des Glaubensbekenntnisses willen oder wegen fehlender Landes- oder Gemeindeangehörigkeit (...) verweigert werden.* »

autorités de police des États fédérés demeurent autorisées en vertu de leurs propres lois (*Landesgesetzen*) à restreindre le déplacement et interdire le séjour (*Aufenthaltsbeschränkungen*) des personnes condamnées (*bestrafte Personen*)<sup>640</sup>, mais aussi des individus jugés en récidive de mendicité (*wiederholten Bettelns*) ou vagabondage (*wiederholter Landstreicherei*) par un autre Etat dans les douze derniers mois<sup>641</sup>. Parallèlement, les Municipalités peuvent refuser le séjour à un ressortissant qui n'a pas les forces suffisantes (*nicht hinreichende Kräfte*) pour pourvoir à ses besoins (*Lebensunterhalt*) et à ceux des membres de sa famille qui ne travaillent pas, à moins qu'il puisse pourvoir à ses besoins sur ses propres ressources (*aus eigenem Vermögen*) ou celle d'un parent tenu de lui fournir<sup>642</sup>. La formulation négative de l'article indique cependant que le principe demeure bien celui de la libre installation et qu'il appartient à la Municipalité de démontrer l'impossibilité de l'individu de subvenir à ses besoins<sup>643</sup>. Toutefois, malgré ces conditions limitatives, le condamné et l'indigent demeurent des quasi-étrangers en ce qu'ils sont susceptibles d'être renvoyés dans leur État d'origine, malgré leur appartenance à la communauté fédérale. Il faut cependant réserver l'hypothèse où l'indigent a réussi à se constituer un « domicile de secours [*Unterstützungswohnsitz*] »<sup>644</sup> par une résidence prolongée dans un État d'accueil sans recours à l'assistance<sup>645</sup> : dans le cas où le domicile de secours correspond à la municipalité de résidence, celle-ci ne pourra plus renvoyer l'indigent.

**174. Extension d'une liberté encadrée dans l'Allemagne nationale.** – Moins de quatre années plus tard, le 16 avril 1871, la Constitution de l'Empire allemand est adoptée par le

<sup>640</sup> « *Insoweit bestrafte Personen nach den Landesgesetzen Aufenthaltsbeschränkungen durch die Polizeibehörde unterworfen werden können, behält es dabei sein Bewenden.* », art. 3, 1. de la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867.

<sup>641</sup> « *Solchen Personen, welche derartigen Aufenthaltsbeschränkungen in einem Bundesstaate unterliegen, oder welche in einem Bundesstaate innerhalb der letzten zwölf Monate wegen wiederholten Bettelns oder wegen wiederholter Landstreicherei bestraft worden sind, kann der Aufenthalt in jedem anderen Bundesstaate von der Landespolizeibehörde verweigert werden.* », art. 3, 2. de la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867.

<sup>642</sup> « *Die Gemeinde ist zur Abweisung eines neu Anziehenden nur dann befugt, wenn sie nachweisen kann, daß derselbe nicht hinreichende Kräfte besitzt, um sich und seinen nicht arbeitsfähigen Angehörigen den nothdürftigen Lebensunterhalt zu verschaffen, und wenn er solchen weder aus eigenem Vermögen bestreiten kann, noch von einem dazu verpflichteten Verwandten erhält.* », art. 4, 1. de la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867.

<sup>643</sup> D'ailleurs, la loi prévoit une garantie supplémentaire au profit des nationaux : la crainte d'un appauvrissement ultérieur (*die Besorgniß vor künftiger Verarmung*) ne permet pas à l'autorité municipale de refuser le séjour à l'individu : « *Die Besorgniß vor künftiger Verarmung berechtigt den Gemeindevorstand nicht zur Zurückweisung.* », art. 4, 2. de la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867.

<sup>644</sup> « *Offenbart sich nach dem Anzuge die Nothwendigkeit einer öffentlichen Unterstützung, bevor der neu Anziehende an dem Aufenthaltsorte einen Unterstützungswohnsitz (Heimathsrecht) erworben hat, und weist die Gemeinde nach, daß die Unterstützung aus anderen Gründen, als wegen einer nur vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit nothwendig geworden ist, so kann die Fortsetzung des Aufenthalts versagt werden.* », art. 5 de la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867.

<sup>645</sup> Voy. la loi qui règlement le domicile de secours, la Gesetz über den Unterstützungswohnsitz du 6 juin 1870, BGBl. S. 360. Le domicile de secours s'acquiert à cette époque après deux années de résidence continue passé l'âge de 24 ans (art. 10).

Reichstag<sup>646</sup>. C'est la défaite de la France à Sedan qui conforte l'unité nationale allemande – « une guerre commune et si brillamment gagnée »<sup>647</sup> – et qui convainc les Princes du Sud de se joindre à l'espace fédéral déjà formé au Nord, à l'exception de l'Autriche. S'ouvre alors la « *Gründerzeit* (époque des fondateurs) »<sup>648</sup>, avec un développement économique record, une extension de la mobilité et un renforcement global de l'unité allemande. La Constitution de la Fédération d'Allemagne du Nord est légèrement amendée pour devenir la Constitution de l'Empire allemand (*Verfassung des Deutschen Reiches*, ou *Bismarcksche Reichsverfassung* du nom du Chancelier). Les dispositions relatives à la liberté de circulation et d'installation restent inchangées, tout comme demeure en vigueur la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867<sup>649</sup>.

175. Il se forme ainsi un acquis fédéral en matière de libre circulation et installation qui ne sera pas matériellement bouleversé par la première guerre mondiale et l'adoption d'une nouvelle Constitution. En pleine révolution communiste, une Constituante d'inspiration démocratique et parlementaire réunie à Weimar adopte le 31 juillet 1919 la Constitution du même nom (*Weimarer Reichsverfassung*)<sup>650</sup>. Les nouvelles institutions se réclament de l'héritage de 1848/1849 et, en continuité avec la *Frankfurter Reichsverfassung* du 28 mars 1849 jamais entrée en vigueur, consacrent les dispositions suivantes : « Art. 111. – Tous les Allemands jouissent de la liberté de circulation et d'installation [*Freizügigkeit*] dans l'Empire entier [*im ganzen Reiche*]. Chacun a le droit de séjourner dans tel endroit de l'Empire qui lui plaît, de s'y fixer, d'acquérir des immeubles et d'y exercer toute profession. Les restrictions [*Einschränkungen*] ne peuvent résulter que d'une loi d'Empire [*Reichsgesetzes*]. »<sup>651</sup> Le droit fédératif de libre circulation et installation est explicitement consacré dans le droit constitutionnel et quitte ainsi le rang législatif qu'il possédait depuis la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867. L'inscription constitutionnelle emporte-t-elle une abolition des restrictions à la libre circulation et installation ? René Brunet, pourtant spécialiste de la question depuis sa thèse, n'en dit étonnamment rien dans son commentaire de la Constitution publié en 1921<sup>652</sup>. En réalité, les restrictions sont maintenues

---

<sup>646</sup> Suite à une proclamation le 18 janvier 1871 dans la galerie des glaces de Versailles.

<sup>647</sup> Johann Chapoutot, *Histoire de l'Allemagne*, op. cit., p. 47.

<sup>648</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>649</sup> Voy. René Brunet, *La nationalité dans l'Empire allemand*, thèse, Paris, Giard et Brière, 1912, p. 161-166.

<sup>650</sup> La Constitution de Weimar a été utilement traduite par Paul Errera, « La Constitution de l'Empire allemande », *RDP*, 1920, t. 37, n° 1, p. 138-170.

<sup>651</sup> « *Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Reiche. Jeder hat das Recht, sich an beliebigem Orte des Reichs aufzuhalten und niederzulassen, Grundstücke zu erwerben und jeden Nahrungszweig zu betreiben. Einschränkungen bedürfen eines Reichsgesetzes.* », art. 111 de la Constitution de Weimar.

<sup>652</sup> René Brunet, *La Constitution allemande du 11 août 1919*, Paris, Payot, 1921, p. 229, n'en fait qu'une brève mention dans un catalogue de droits. L'auteur s'intéresse davantage aux nouvelles restrictions et aux nouveaux devoirs de l'État.

en vigueur puisque la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867 fait encore l'objet de révisions pendant la période, notamment une brève modification de son article 5 relatif au domicile de secours en 1924<sup>653</sup>. De fait, comme l'a noté un auteur allemand<sup>654</sup>, ce mouvement constitue en réalité une « codification » constitutionnelle de la loi de 1867 : le nouveau système politique, bien que témoignant d'un « fédéralisme fortement unitaire »<sup>655</sup>, n'abolit pas les restrictions à ce droit fédératif et les indigents et les condamnés demeurent des exclus potentiels de la libre circulation et installation en ce qu'ils peuvent être renvoyés dans leur État fédéré d'origine.

**176. Rupture dans l'Allemagne nazie et occupée.** – À la suite de l'accession au pouvoir du parti national socialiste, ses représentants se montrent de fervents « partisans du centralisme »<sup>656</sup>. Le 30 janvier 1934, l'État fédéral est aboli *de jure* par la suppression des Länder<sup>657</sup>, au profit d'un État central. Il n'est donc plus pertinent pour cette période d'étudier la liberté de circulation sur le territoire allemand. Si la chute du régime hitlérien entraîne l'occupation par zones de l'Allemagne rétablie dans ses frontières de 1937, la liberté de circulation n'y est que partiellement assurée par une remise en vigueur de la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867 mêlée aux législations militaires édictées par les quatre forces d'occupation<sup>658</sup>. Il faut attendre l'adoption de la Loi Fondamentale allemande pour voir l'avènement d'un droit fédératif absolu de libre circulation et installation au profit de tous les nationaux.

### C. Consécration en trompe l'œil dans la Loi Fondamentale (depuis 1949)

**177. Un texte affirmant une liberté encadrée.** – La loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), adoptée à Bonn le 8 mai 1949, est le produit d'un retour en force de l'idée fédéraliste. Depuis Yalta, ce principe est d'abord prôné par les forces alliées, États-Unis en tête, qui y voient un gage de modération et d'équilibre de la future Allemagne de l'Ouest (les désaccords avec l'Union soviétique forcent finalement l'adoption d'une solution à deux Allemagnes). Le fédéralisme est ensuite un prin-

---

<sup>653</sup> Verordnung über die Fürsorgepflicht, 13 février 1924, RGBl. I. S. 100 et spéc. 105.

<sup>654</sup> Ingolf Pernice, « Artikel 11 [Freizügigkeit] », in Horst Dreier (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II (Auflage), Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 1055.

<sup>655</sup> Thomas Nipperdey, *Réflexions sur l'histoire allemande*, *op. cit.*, p. 130. Joseph Barthélemy, dans une préface critique signée en 1921 voit dans le nouveau système politique « un Reich qui est un *Einheitsstaat*, un État unitaire et à peine décentralisé », in René Brunet, *La Constitution allemande du 11 août 1919*, *op. cit.*, p. IX.

<sup>656</sup> Thomas Nipperdey, *Réflexions sur l'histoire allemande*, *op. cit.*, p. 133.

<sup>657</sup> « *Die Volksvertretungen der Länder werden aufgehoben.* » Art. 1, Gesetz über den Neuaufbau des Reichs vom 30. Januar 1934, RGBl. I. S. 75.

<sup>658</sup> Kay Hailbronner, « Freizügigkeit », in Josef Isensee et Paul Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII (Freiheitsrechte), Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2009, p. 313-314.

cipe de gouvernement valorisé et rétabli après la chute du régime hitlérien dans les élites sociales – souvent chrétiennes – antinazies : « Centralisme et unitarisme parurent discrédités par le cours qu’avait pris l’histoire allemande jusqu’en 1933, et par les événements du IIIe Reich que l’on considéra pendant longtemps sous cet angle exclusivement. »<sup>659</sup> En attestent par exemple de nombreux projets de Constitutions fédérales établis par la Résistance allemande<sup>660</sup>. Enfin, le fédéralisme s’est remis à fonctionner *de facto* depuis 1945, les *Länder* formant l’échelon politique de référence dans une Allemagne occupée et divisée.

**178.** Que dit la nouvelle Loi Fondamentale à propos de la libre installation et circulation ? À la suite de la Constitution de Weimar, elle consacre formellement en son article 11 (compris dans le catalogue des droits fondamentaux, les fameux *Grundrechte*) le droit à la libre circulation et installation, tout en affirmant une série d’exceptions :

(1) Tous les Allemands jouissent de la liberté de circulation et d’établissement [*Freizügigkeit*] sur l’ensemble du territoire fédéral [*ganzen Bundesgebiet*].

(2) Ce droit ne peut être limité que par la loi ou en vertu d’une loi et uniquement dans le cas où l’absence de moyens d’existence suffisants [*ausreichende Lebensgrundlage*] imposerait des charges particulières [*besondere Lasten*] à la collectivité [*der Allgemeinheit*] ou pour protéger la jeunesse menacée d’abandon [*Schutze der Jugend vor Verwahrlosung*], pour lutter contre des risques d’épidémie [*Bekämpfung von Seuchengefahr*], ou pour prévenir [*vorzubeugen*] des agissements délictueux [*strafbaren Handlungen*].<sup>661</sup>

Le premier paragraphe s’inscrit résolument dans la tradition weimarienne : le texte est inchangé à l’exception de la circulation qui n’est plus autorisée sur l’ensemble de l’Empire (*im ganzen Reiche*) mais sur l’ensemble du territoire fédéral (*im ganzen Bundesgebiet*) – il ne s’y décèle qu’une rupture sémantique, quoique symbolique. Plus important, faut-il voir par ailleurs dans les exceptions du second paragraphe une réminiscence des discriminations qui permettraient encore aux *Länder* de renvoyer dans leur État d’origine les nationaux des autres États fédérés indigents ou condamnés, autrement dit de ramener une partie de la communauté fédérale à la condition d’étranger ? La réponse est négative, il n’y a ici qu’un « trompe l’œil » pour qui comparerait trop vite les textes bismarckien ou weimarien et la nouvelle Constitution de Bonn. Comme le montrent les travaux préparatoires et la pratique ultérieure de la Loi Fondamentale,

---

<sup>659</sup> Thomas Nipperdey, *Réflexions sur l’histoire allemande*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>660</sup> *Ibid.*

<sup>661</sup>« (1) Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet. (2) Dieses Recht darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes und nur für die Fälle eingeschränkt werden, in denen eine ausreichende Lebensgrundlage nicht vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden und in denen es zum Schutze der Jugend vor Verwahrlosung, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder um strafbaren Handlungen vorzubeugen, erforderlich ist. », art. 11 de la Loi Fondamentale.

depuis 1949, plus aucune discrimination entre nationaux fédérés ne subsiste en matière de circulation et d'installation.

**179. L'esprit du texte : encadrer la liberté de circulation face à la crise du logement.** – Lorsque les discussions commencent à propos de la nouvelle Constitution, la situation du logement en Allemagne est dans un état absolument catastrophique. Selon les évaluations d'après-guerre, 2,5 millions de logements sont détruits, et un nombre environ équivalent est endommagé<sup>662</sup>. L'Allemagne de l'Ouest en formation fait par ailleurs face à un afflux migratoire sans précédent : en 1950, en seulement cinq années, on dénombre huit millions de réfugiés sur le territoire, soit un sixième de la population ouest-allemande de l'époque<sup>663</sup>. Ce sont des « Allemands ethniques » (*Volksdeutsche*) qui ne possèdent pas nécessairement la nationalité allemande : certains sont des ressortissants allemands de longue date, par exemple les individus en provenance de l'Allemagne de l'Est ou de la Prusse orientale et anciennement impériale dont le territoire a été cédé à la Pologne ; certains de courte date, par exemple les individus en provenance des Sudètes, Allemands depuis l'annexion en 1938, dont le territoire est réintégré à la Tchécoslovaquie ; certains enfin ne possèdent pas la nationalité allemande, par exemple les minorités germaniques en provenance d'Ukraine ou de Géorgie. Tous fuient les persécutions à l'Est, ils engagent le mouvement volontairement (ils sont alors qualifiés de « *Flüchtlinge* », c'est-à-dire de « réfugiés ») ou, le plus souvent, suite à une expulsion (il sont alors qualifiés de « *Vertriebener* », c'est-à-dire d'« expulsés »)<sup>664</sup>. Sans surprise, le manque de logement et l'afflux migratoire se cumulent et, pour des motifs mêlés de sécurité et de politique agricole, ces nouveaux-venus se voient souvent imposer une résidence dans une commune rurale<sup>665</sup>.

**180.** Les travaux préparatoires à la Loi Fondamentale révèlent ces difficultés. La Convention constitutionnelle d'Herrenchiemsee chargée au mois d'août 1948 de rédiger un premier projet de Constitution conclut qu'aucune liberté de circulation et d'installation ne peut être affirmée en raison d'« obstacles insurmontables [*unüberwindliche Hindernisse*] » liés aux problèmes économiques causés par l'afflux de réfugiés. Par la suite, les discussions au « *Parlamentarischer Rat* » (le Conseil parlementaire formé des ministres-présidents des *Länder* chargé

---

<sup>662</sup> Charles Sebastiani, « Le problème du logement et l'activité de la construction en Allemagne occidentale depuis 1945 », *Etudes et conjoncture – Institut national de la statistique et des études économiques*, 1956, vol. 11, n° 3, p. 247-248.

<sup>663</sup> Rogers Brubaker, *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne* (1992, trad. Jean-Pierre Bardos), Paris, Belin, 1997, p. 256.

<sup>664</sup> Pour plus de détails, voy. Michel Hubert, « La population allemande entre 1945 et 1955 : rupture et continuité », in Gilbert Krebs et Gérard Schneilin (dir.), *L'Allemagne 1945-1955. De la capitulation à la division*, Asnières, Publications de l'Institut allemand, 1996, p. 66-73.

<sup>665</sup> Bernard Poloni, « L'intégration des réfugiés en RFA : l'exemple de la Bavière », in *ibid.*, p. 43.

d'adopter la nouvelle Constitution) entre 1948 et 1949 démontrent des positions plus nuancées. Hermann von Mangoldt, représentant CDU et président de la Commission des droits fondamentaux, propose de ne garantir la libre circulation et installation (*Freizügigkeit*) qu'aux ressortissants de l'État fédéral (*Bundesangehörigen*), c'est-à-dire aux seuls Allemands de l'Ouest ; les 16 millions d'Allemands de l'Est pouvant *a contrario* voir leur liberté de séjour encadrée en arrivant sur le territoire ouest-allemand. La proposition est repoussée en raison de la « césure constitutionnelle [*verfassungsrechtliche Zäsuren*] » que cela créerait entre Allemands de l'Est et de l'Ouest – les réfugiés d'Allemagne de l'Est, une fois sur le territoire fédéral, doivent bénéficier des mêmes droits fondamentaux que leurs compatriotes de l'Ouest<sup>666</sup>. Finalement, le Conseil parlementaire s'accorde sur la rédaction d'un article 11 garantissant la liberté de circulation et d'installation sans discrimination, mais avec des exceptions à caractère général justement prévues pour encadrer les flux migratoires dans le chaos de l'après-guerre (*Nachkriegswirren*)<sup>667</sup>.

**181.** Il est donc parfaitement clair que l'article 11 de la Loi Fondamentale de 1949 ne s'analyse plus, dès cette époque, en un instrument autorisant explicitement les *Länder* à renvoyer dans leur *Land* d'origine les Allemands indigents ou condamnés ; les discriminations entre nationaux fédérés ne sont plus évoquées. Les exceptions de l'article 11 de la nouvelle Constitution sont toutes entières tournées vers le problème migratoire : il s'agit de répartir sur le territoire les nouveaux entrants, et non des nationaux fédérés, qui ne disposeraient pas de ressources suffisantes, de manière à distribuer équitablement la charge sociale et économique sur l'ensemble de la collectivité (*der Allgemeinheit*).

**182. L'obsolescence de la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867.** – La *Freizügigkeitsgesetz* adoptée sous Bismarck n'est pas formellement abrogée par le nouveau régime de Bonn. Pourtant, le régime résolument libéral rend rapidement obsolète la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867. Comme le note Kay Hailbronner dans son article de référence sur la *Freizügigkeit* publié dans le *Handbuch des Staatsrechts* : dès cette époque, « un logement et des conditions professionnelles préalables – comme disposer de moyens de subsistance viables – ne peuvent [plus] subordonner l'exercice de la liberté de circulation et d'installation. »<sup>668</sup> Il note d'ailleurs, en se fondant sur plusieurs

---

<sup>666</sup> L'Allemagne de l'Ouest a dès le début fait le choix d'une conception unitaire du peuple allemand et de sa nationalité, malgré la séparation en deux États. Sur ce point, voy. Rogers Brubaker, *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne*, *op. cit.*, p. 258.

<sup>667</sup> Sur l'ensemble, voy. Kay Hailbronner, « *Freizügigkeit* », *op. cit.*, p. 314-315.

<sup>668</sup> *Ibid.*, p. 331 : « *Auch von wohnungs- und berufsrechtlichen Voraussetzungen, wie dem Vorhandensein einer tragfähigen Lebensgrundlage, darf die Ausübung des Freizügigkeitsrechts nicht abhängig gemacht werden.* »

jurisprudences rendues au début des années 1950, que « les exigences de la loi de libre circulation et installation du 1<sup>er</sup> novembre 1867, qui fait obligation à l'individu d'être effectivement en mesure de se procurer un logement personnel ou un abri, ne peuvent plus prétendre [*beanspruchen*] être valides [*keine Geltung*] sous le régime de l'article 11 de la Loi Fondamentale. »<sup>669</sup>

**183.** Il en va nécessairement de même des autres restrictions à l'installation relatives aux « forces suffisantes [*hinreichende Kräfte*] » dont doivent disposer les individus pour pourvoir à leurs « besoins [*Lebensunterhalt*] », ces formules de la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867 ne peuvent plus guère s'appliquer dans le système de Bonn. À ce propos, une décision récente de la Cour constitutionnelle allemande permet de confirmer cette interprétation. La Cour a jugé le 17 mars 2004<sup>670</sup> que des *Aussiedler*<sup>671</sup> nouvellement arrivés sur le territoire allemand demeurent en toutes hypothèses libres de s'installer où ils le souhaitent, y compris en violation d'une assignation légale à un *Land* particulier pendant une durée de trois ans lorsqu'ils ne disposent pas de revenus suffisants. L'autorité fédérale reste toutefois libre de leur retirer certaines prestations sociales en guise de sanction, mais cette entrave indirecte à leur libre installation peut être justifiée par la volonté de favoriser une répartition équitable de ces nouveaux entrants entre *Länder* (au regard de la charge économique et sociale qu'ils représentent)<sup>672</sup>. Il est donc clair que seules des entraves indirectes justifiées par un motif d'intérêt général peuvent faire obstacle à la libre installation ; il s'en déduit qu'en droit, rien ne peut directement entraver le libre choix de la résidence des nationaux fédéraux. Dans ce contexte juridique, il apparaît que dès 1949, les prévisions de la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867 sont frappées d'obsolescence.

**184.** De la même manière, les restrictions de séjour entre États fédérés pour des motifs pénaux ne sont plus applicables. L'article 11 de la Loi Fondamentale ne prévoit l'encadrement de la libre circulation et installation que pour un motif de « prévention des agissements délictueux

---

<sup>669</sup> *Ibid.* : « *Das Erfordernis des Freizügigkeitsgesetzes vom 1. November 1867, daß der Betreffende tatsächlich imstande sein muß, sich eine eigene Wohnung oder ein Unterkommen zu verschaffen, kann daher unter Art. 11 GG keine Geltung mehr beanspruchen.* » Dans le même sens, voy. Clemens Hufmann, « Duty to Receive Nationals ? », *Fordham Law Review*, 1955, vol. 24, n° 2, p. 254.

<sup>670</sup> BVerfG, 17 mars 2004, 1 BvR 1266/00 – Rn. (1-56).

<sup>671</sup> De nombreux *Aussiedler* (litt. « colons sortis [du territoire] ») arrivent en Allemagne de l'Ouest suite à la chute du mur (380 000 en 1989 et 400 000 en 1990). Il s'agit d'individus descendants de ressortissants Allemands partis s'installer en Europe de l'Est, Europe centrale ou Russie, qui décident de revenir à la faveur de l'assouplissement des conditions migratoires Est-Ouest, le plus souvent pour fuir les persécutions dont ces minorités font l'objet. L'article 116 de la Loi Fondamentale leur ouvre la possibilité de réclamer la nationalité allemande en tant que réfugié ou expulsé appartenant au peuple allemand (*Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit*), et donc de venir s'installer en Allemagne.

<sup>672</sup> Sur cette affaire, voy. Amanda Klekowski von Koppenfels, « Second-Class Citizens ? Restricted Freedom of Movement for *Spätaussiedler* is Constitutional », *German Law Journal*, 2004, vol. 5, n° 7, p. 761-789, spéc. p. 782 et s.



[*strafbaren Handlungen vorzubeugen*] ». Or, la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867 ouvrait la possibilité aux autorités de police des *Länder* de prononcer une interdiction répressive du séjour sur le territoire fédéré, de manière à sanctionner les « personnes condamnées [*bestrafte Personen*] ». Ces législations sont également obsolètes. Depuis 1949, seul l'État fédéral limite la libre circulation et installation de certains individus à l'échelle du territoire national dans le cadre de dispositifs particuliers prévus par le code pénal (*Strafgesetzbuch*, « StGB »), ayant notamment trait à la période de liberté conditionnelle pendant laquelle le juge peut ordonner l'assignation de l'individu un périmètre géographique déterminé<sup>673</sup>. L'ensemble véhicule clairement une vision « défédéralisée » de la liberté de circulation et d'installation, ce qui est encore confirmé par les autres limitations prévues au second alinéa de l'article 11 de la Loi Fondamentale (catastrophes naturelles, risque d'épidémie, état d'urgence<sup>674</sup>, etc.).

## § 2. Le libre établissement (*Niederlassungsfreiheit*) dans le fédéralisme suisse

« On ne saurait exagérer l'importance du droit d'établissement. Il bouleversera la physionomie de notre pays. »<sup>675</sup>

Jean-François AUBERT

**185.** L'histoire suisse est plus mouvementée que l'histoire allemande. Les progrès du fédéralisme suisse du XIXe au XXe siècles n'impliquent en effet pas un progrès réciproque du libre établissement (*Niederlassungsfreiheit*) – le terme consacré en Suisse. Entre une éphémère première loi garantissant un droit absolu au libre établissement en 1798 et l'abolition des dernières restrictions constitutionnelles à cette même liberté en 1975, de nombreuses évolutions législatives ont généré en la matière des mouvements oscillants d'avancées et de reculs. Sur le temps long toutefois, la dynamique converge – comme en Allemagne – vers l'émergence d'abord (A),

---

<sup>673</sup> § 56 et s., 57 et s., et 68 s. StGB, comme le note Martin Pagenkopf, « Artikel 11 », in Michael Sachs (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, Munich, C. H. Beck, 2014, p. 522.

<sup>674</sup> Cette dernière exception relative à l'état d'urgence est nouvelle, elle est ajoutée au texte initial suite à la réforme de 1968, voy. Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes, 24 juin 1968, BGBl. I S. 709. Comme le relève David P Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, University of Chicago Press, 1994 p. 86, note 279, « *During the radical scare of the late 1960s Art. 11(2) was amended to add further grounds for limiting freedom of movement, most notably to protect against subversive activities.* »

<sup>675</sup> Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, *op. cit.*, n° 78, p. 37. L'auteur le confirme encore dans « Introduction historique », *op. cit.*, n° 133-137, p. 30 : « [L]e principe qui a laissé la trace la plus profonde dans l'histoire de notre pays, est, nous semble-t-il, la liberté d'établissement. (...) La liberté d'établissement, même imparfaitement garantie, aura pour effet de mélanger le peuple suisse. Sur cent habitants d'un canton, il n'y en avait alors que dix qui venaient d'un autre canton ; un siècle plus tard, il y en aura quarante. (...) Le brassage qui résultera de cette mobilité accrue n'a pas manqué d'émousser le sentiment des particularismes locaux et d'augmenter, en toute sorte de domaine, l'attrait des solutions uniformes. »

puis la reconnaissance ensuite (B) d'un droit absolu de libre établissement au profit de l'ensemble des Suisses.

## **A. L'émergence mouvementée de la liberté d'établissement (XIXe siècle)**

**186.** Une liberté d'établissement illimitée s'établit à la toute fin du XVIIIe siècle. Cette arrivée est précoce, elle est due à l'unification et la centralisation forcées de la République suisse sous la période dite de l'« Helvétique ». Cette liberté ne résistera pas à la fin de la domination française et dès lors, sa réémergence (1) et son approfondissement (2) suivront le processus de fédéralisation de la Suisse pendant tout le XIXe siècle.

### **1. La construction juridique puis politique de la liberté d'établissement (1798-1848)**

**187. Fondation de la liberté d'établissement au tournant du XIXe siècle.** – La Suisse d'Ancien Régime ne connaît pas la libre circulation. L'association helvète, dont les premières formes remontent au XIIIe siècle, sert surtout à la défense contre les agressions, et à la veille du XVIIIe siècle, « Le Suisse n'a d'existence véritable que dans sa commune d'origine ; dès qu'il quitte cette dernière, il se trouve étranger non seulement dans les autres cantons, mais encore dans le sien. »<sup>676</sup> La Révolution française produit un renversement de cet ordre ancien. Les Suisses sont défaits par les armées françaises à Grauholz le 5 mars 1798 et l'occupant convoque une Constituante. Le processus n'a toutefois que les « apparences » de la souveraineté :

« Les cent vingt députés réunis à Aarau ne formaient qu'en apparence une assemblée constituante. En réalité, ils se bornèrent à accepter, en un jour, le 12 avril, et sans le modifier, le texte d'une Constitution qui avait été rédigé ailleurs et par d'autres : à Paris, par le Bâlois Pierre Ochs, travaillant sur l'ordre et le regard des autorités françaises. La Constitution du 12 avril 1798, dite "Constitution helvétique", est une adaptation à l'usage de la Suisse de la Constitution française du 5 Fructidor de l'an III. Elle transforme l'ancienne Confédération en État unitaire, la "République helvétique", une et indivisible (art. 1<sup>er</sup>). Les cantons cessent d'être des États pour devenir ce que les départements étaient en France : des circonscriptions administratives, judiciaires et électorales. »<sup>677</sup>

Si la démarche n'est pas l'éclatant reflet des ambitions libérales du régime français, le système politique suisse en ressort profondément remanié. Pour la première fois, le droit de la nationalité (avant la lettre) entre dans la Constitution : l'article 19 fait de l'ensemble des « bourgeois » des

---

<sup>676</sup> Arlettaz Silvia, « Citoyens et exclus sous la République Helvétique », *Annales valaisannes* (Société d'histoire du Valais romand), 1998, p. 126. Voy. également la thèse de Charles Delessert, *L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique*, op. cit., p. 229-253.

<sup>677</sup> Jean-François Aubert, « Introduction historique », op. cit., n° 12, p. 5-6.

« citoyens suisses » – la bourgeoisie étant un statut communal conféré par la municipalité. Ce sont donc les Communes qui déterminent qui est membre de la communauté étatique dans la Constitution du 12 avril 1798. Et ce nouveau statut relatif à la nationalité est rapidement doté de fonctions territoriales étendues. En effet, quelques mois plus tard, les Conseils législatifs adoptent la loi du 13 février 1799 relative aux droits de bourgeoisie et à la liberté d'établissement (*Gesetz über Gemeindebürgerrecht (...) und Niederlassungsfreiheit*). Ce texte établit que « tout citoyen helvétique, peut s'établir dans quel qu'endroit que ce soit, dans toute la république helvétique »<sup>678</sup> et qu'« il n'est point du tout permis aux citoyens de la commune (...) d'expulser de la commune, sous quel prétexte que ce soit, un habitant »<sup>679</sup>. Autrement dit, la « liberté d'établissement [*Niederlassungsfreiheit*] » – pour reprendre les termes de la loi qui resteront inchangés – est absolue, elle ne fait l'objet d'aucune restriction relative à l'appartenance cantonale ou communale. Cela n'est pas étonnant, la République helvétique de 1798 est unitaire et rompt avec l'approche fédéraliste retenue jusqu'alors. Ce système politique, bâti sur le modèle français, ne connaît pas en droit de fragmentation territoriale entre différentes souverainetés fédérées. Comme le note Charles Delessert dans sa thèse en 1924, « les frontières entre cantons, passés au rang de préfectures uniformément administrées, sont supprimées »<sup>680</sup> ; l'ensemble de la population suisse jouit donc de la liberté d'établissement sur un territoire juridiquement unifié.

**188.** Le changement est donc brutal entre la société d'Ancien Régime et le nouvel ordre mis en place dès 1798. Même si cette nouvelle Constitution fait l'objet de larges contestations<sup>681</sup>, il se forme à cette époque un acquis constitutionnel au profit du libre établissement des Suisses. Pour preuve, lorsque la forme confédérale est rétablie par l'Acte de médiation du 19 février 1803 – dicté par Bonaparte pour mettre fin à l'instabilité –, l'article 4 de l'Acte fédéral disposera sans ambiguïtés que « Chaque citoyen suisse a la faculté de transporter son domicile dans un autre canton, et d'y exercer librement son industrie ». Cela marque une continuité certaine entre les structures unitaire et confédérale de la Suisse au tournant du XIXe siècle : de fait, les régimes de l'époque ont bien saisi la force unificatrice du principe de libre établissement, qui

---

<sup>678</sup> Art. 5, in Johannes Strickler (dir.), *Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798-1803)*, III (October 1798 – März 1799), Bern, Stämpfli'sche Buchdruckerei, 1889, p. 1134.

<sup>679</sup> Art. 9, *ibid.*, p. 1135.

<sup>680</sup> Charles Delessert, *L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique*, *op. cit.*, p. 254.

<sup>681</sup> Comme le note Jean-François Aubert, « Introduction historique », *op. cit.*, n° 15, p. 6 : « La Constitution helvétique, étrangère par son origine, artificielle par son esprit, humiliante par la manière dont elle a été imposée, calamiteuse par les circonstances (guerres, massacres et exactions) qui ont accompagné et suivi son établissement, n'a pas laissé de bons souvenirs dans la mémoire collective de la Suisse. Elle n'a d'ailleurs pas bien fonctionné et son application a été traversée par une succession de petits coups d'Etat. »

renforce le sentiment national, à l'inverse de l'ordre ancien « [s'opposait à] toute idée d'unité (...) en attachant l'Helvétien à un petit coin de pays et en bornant son attachement pour la patrie »<sup>682</sup>. Toutefois, si l'Acte de Médiation « sauve une des principales conquêtes de la Révolution »<sup>683</sup>, l'absence de limitations expresses de la liberté d'établissement n'empêcheront pas certains Cantons et même la Diète d'encadrer l'établissement sur des fondements confessionnels ou de fortune<sup>684</sup>.

**189. Reculs juridiques et avancées politiques dans le premier XIXe siècle.** – La chute de l'Empire français conduit à une « Restauration » partielle de l'ordre prérévolutionnaire. Le 7 août 1815, vingt-deux cantons suisses concluent un Pacte fédéral (*Bundesvertrag*) sous la forme d'un accord international : les cantons deviennent à nouveau « des États souverains, libres, sauf quelques rares clauses du Pacte, de se constituer et de régler leurs affaires à leur guise. »<sup>685</sup> Ce texte ne contient ni dispositions relatives à la nationalité suisse, ni dispositions relatives au libre établissement des Suisses sur le territoire helvétique. Sous l'empire de cet accord, et comme le note Jean-François Aubert, « les Confédérés sont des étrangers les uns chez les autres. »<sup>686</sup>

**190.** Pour autant, la notion de libre établissement ne disparaît pas de l'ordre juridique et politique suisse. Ce recul constitutionnel est l'occasion d'un premier mouvement juridique de rétablissement du libre établissement par la voie de concordats – des accords conclus entre cantons visant à régler un domaine précis dans le respect de la législation fédérale. Ainsi, en 1819, les États confédérés de Lucerne, Zurich, Berne, Glaris, Fribourg, Soleure, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Neuchâtel et Genève concluent un concordat sur l'établissement des confédérés d'un canton dans un autre<sup>687</sup>. Cet accord ne rétablit pas le droit absolu de libre établissement que connaissaient la Suisse du temps de la République helvétique ou de la Médiation ; les États concordants « s'engagent réciproquement à permettre le séjour et l'établissement des ressortissants d'un Canton dans l'autre » sous des « clauses » précises (art. 1) : le ressortissant cantonal, pour s'établir hors de son Canton d'origine, doit produire un « acte d'origine »

---

<sup>682</sup> Pour reprendre les termes d'un considérant de la loi du 13 février 1799, in Johannes Strickler (dir.), *Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798-1803)*, op. cit., p. 1133.

<sup>683</sup> Charles Delessert, *L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique*, op. cit., p. 269.

<sup>684</sup> *Ibid.*, p. 267-274.

<sup>685</sup> Jean-François Aubert, « Introduction historique », op. cit., n° 36, p. 11.

<sup>686</sup> *Ibid.*, n° 44.

<sup>687</sup> Concordat du 10 juillet 1819, in *Recueil officiel des pièces concernant le droit public de la Suisse*, I, Neuchâtel, C.-H. Wolfrath, 1832, p. 321-331.

émis par sa Commune d'origine et légalisé par le Canton pour prouver sa nationalité suisse<sup>688</sup> (art. 2, al. 1) ; il doit encore produire un « témoignage de bonne conduite et de bonne réputation » et prouver, si la demande lui en est faite, « qu'il est en état de subvenir à son entretien et à celui des siens par sa fortune, son industrie, la profession qu'il exerce, ou par quelque autre ressource légale, sans retomber à la charge de la commune ou du Canton » (art. 2, al. 2). Ces conditions classiques de fortune et de bonne mœurs conduisent, si elles sont satisfaites, à la délivrance d'un « permis d'établissement » conférant à son détenteur le droit « d'[entrer] dans tous les droits et obligations des citoyens du Canton même » (art. 3). Le Canton d'accueil se réserve le droit de renvoyer l'individu « si sa conduite est immorale et déréglée, ou lorsque, par suite d'appauvrissement, il tombe à charge à la commune ou au Canton » (art. 5). Dans ce cas, le Canton d'origine « sera toujours obligé de recevoir [son ressortissant] de nouveau » (art. 6).

**191.** Ce concordat est intéressant en ce qu'il montre le désir de plusieurs cantons d'assurer une liberté d'établissement au profit de leurs ressortissants, alors même que le Pacte fédéral, conservateur et peu libéral, n'en affiche aucun dispositif ou objectif. Pour autant, la réémergence du libre établissement est doublement partielle. D'abord, ce droit n'est certainement pas absolu puisque les personnes indigentes et les personnes condamnées ou de « mauvaise réputation » en sont exclues. Ensuite, le ressort territorial d'exercice du libre établissement est amoindri puisque seuls douze cantons sur vingt-trois l'adoptent ; il ne s'agit en aucune manière d'un droit s'étendant à l'ensemble du territoire confédéral. S'il n'y a donc pas de rétablissement juridique du libre établissement par ce concordat, celui-ci illustre toutefois une certaine volonté politique libérale bientôt traduite dans la réflexion constitutionnelle.

**192.** Sous l'influence de la seconde Révolution française de 1830 – dite des « Trois Glorieuses » –, les idées libérales, démocratiques et parlementaires se renforcent en Suisse : après le temps de la « Restauration » de 1815, vient le temps de la « Régénération ». Ce mouvement se traduit dès 1832 par la composition d'une Diète fédérale extraordinaire qui élit une commission de quinze membres chargée de présenter un projet de révision – dont on connaît le célèbre rapporteur, Pellegrino Rossi, professeur à Bologne puis à Genève (plus tard au Collège de France et à la Faculté de droit de Paris)<sup>689</sup>. Le projet contient un article 36 qui dispose que « La

---

<sup>688</sup> Et dont le formulaire mentionne que la Commune donne « l'assurance solennelle que le susdit notre bourgeois, sa femme et tous ses enfants, seront reçus de nouveau dans notre commune, en tout tems et dans toutes les circonstances. » in *ibid.*, p. 326.

<sup>689</sup> Sur la vie de Pellegrino Rossi, voy. l'introduction historique de Jean Graven (dir.), *Pellegrino Rossi, grand européen. Hommage pour le centième anniversaire de sa mort*, Genève, Librairie de l'Université, 1949, p. 7-88, spéc. p. 25-30 sur la participation à la Régénération des années 1830.

liberté d'établissement et de domicile est garantie à tous les Suisses, dans toute l'étendue de la Confédération »<sup>690</sup>, à la condition de disposer d'un acte d'origine (visant à établir la nationalité) et de mœurs. Cette liberté n'est toutefois pas absolue : « Le Suisse domicilié dans un autre canton que le sien peut être renvoyé dans celui-ci, soit lorsqu'il est condamné par sentence juridique, soit lorsqu'il a été convaincu de contravention aux lois et ordonnances sur les mœurs ou la police des pauvres. »<sup>691</sup> Le rapport de Pellegrino Rossi éclaire la portée symbolique de cet article :

« Et quoi ! on réviserait le Pacte fédéral, on essaierait de replacer la Confédération sur des bases plus solides, on ferait effort pour satisfaire aux exigences du temps, aux lumières du siècle et à ce sentiment de nationalité qui s'est aussi développé et allié dans nos cœurs à celui de la souveraineté cantonale, et les Suisses des divers cantons n'en continueraient pas moins à se traiter comme des étrangers, comme les Suisses ne sont pas traités dans plus d'un état étranger ! »

L'emphase ne doit cependant pas tromper, pour Rossi, « Le libre établissement ne [protège] ni les hommes immoraux, ni les mendiants »<sup>692</sup>. Il ne concerne au contraire que les « Suisses irréprochables et pouvant vivre de leurs moyens de fortune ou de travail »<sup>693</sup> ; la Commission ne prévoit pas « d'imposer la pitié et l'indulgence »<sup>694</sup> aux Cantons. Ce faisant, le rapporteur décrit l'équilibre recherché : « nous avons fait la part de la souveraineté cantonale et de la nationalité suisse. »<sup>695</sup> L'émergence du sentiment national suisse – la « nationalité » – conduit la Commission à proposer de faire largement reculer la figure de l'étranger dans les rapports intercantonaux. Pour autant il n'est manifestement plus question de rétablir une liberté d'établissement absolue connue sous l'Helvétique ou la Médiation. De fait, depuis cette période, le Pacte fédératif de 1815 puis le Concordat de 1819 ont chacun marqué un recul juridique certain de cette idée, qui ne va d'ailleurs pas sans le soutien de plusieurs Cantons. Dans la même dynamique, il n'est pas surprenant de ne trouver aucune disposition constitutionnelle relative à la « citoyenneté » suisse : dans le projet Rossi, la détermination de l'appartenance nationale est implicitement renvoyée à la Commune sous le contrôle du Canton, faute de prévisions fédérales expresses. Ce projet d'Acte fédéral, victime d'une alliance de circonstances entre démocrates et conservateurs et de l'inaction des libéraux, ne fut pas adopté<sup>696</sup>. Pour autant, il témoigne d'une

---

<sup>690</sup> Acte fédéral de la Confédération Suisse projeté par la Commission de révision, Genève, Ch. Gruaz, 1832, p. 24.

<sup>691</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>692</sup> Pellegrino Rossi, *Rapport sur le projet d'acte fédéral*, Genève, Ch. Gruaz, 1832, p. 27.

<sup>693</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>694</sup> *Ibid.*

<sup>695</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>696</sup> Jean Graven, « Introduction », in Jean Graven (dir.), Pellegrino Rossi, grand européen. Hommage pour le centième anniversaire de sa mort, op. cit., p. 29.

évolution en nuance de la pensée constitutionnelle de l'époque : le libre établissement devient un enjeu capital pour procéder à l'unification suisse et au renforcement de sa « nationalité » ; dans la continuité du concordat de 1819, le droit d'établissement n'est pas absolu et exclut résolument les condamnés et les indigents. Cet état doctrinal sera largement consacré dans les Constitutions du second XIXe siècle.

## **2. Les approfondissements constitutionnels d'une liberté encadrée dans le second XIXe siècle**

### **193. La Constitutionnalisation de la liberté d'établissement dans le régime de 1848. –**

Les années 1840 sont animées par des grands désordres intérieurs qui dégénèrent en guerre civile sous fond confessionnel. Plusieurs Cantons catholiques et conservateurs organisent une « alliance séparée [*Sonderbund*] » dès 1846, rendue publique en 1847. Ces velléités sécessionnistes sont défaites militairement entre le 4 et le 29 novembre 1847 par les troupes fédérales menées par le général Guillaume-Henri Dufour – portant en brassard la croix fédérale rouge et blanche<sup>697</sup>. La défaite des conservateurs<sup>698</sup> renforce le sentiment national et ouvre la voie à la révision du Pacte fédératif de 1815.

**194.** Une commission déjà nommée en août 1847 commence ses travaux en février 1848<sup>699</sup>. Lors de la sixième séance de la Commission du 24 février 1848, la discussion porte sur l'« établissement des Confédérés d'un canton dans un autre » et un membre, probablement le représentant du Canton de Bâle-Ville, résume l'approche nuancée de la liberté d'établissement :

« Un membre a déclaré admettre que l'idée d'après laquelle les Suisses doivent avoir le droit de s'établir librement dans un canton quelconque et pouvoir considérer la Suisse entière comme leur patrie, est parfaitement conforme à l'esprit du temps et devra tôt ou tard être adoptée. Toutefois, considérée dans sa généralité, la proposition est de nature à soulever quelques difficultés de la part de certains cantons qui, jusqu'à présent n'ont pas reconnu ce principe, ainsi que par exemple Bâle. (...) [II] est à craindre qu'une fois le principe consacré de la liberté illimitée d'établissement, la ville de Bâle ne se vit encombrée par une masse de gens telle qu'il deviendrait impossible de pouvoir dans toutes les directions à l'assistance nécessaire. (...) Le principe de la liberté d'établissement dans cette partie du canton n'aurait des chances d'être favorablement accueilli qu'autant que la Commission parviendrait à établir des dispositions tutélaires contre ces dangers réels ou prétendus. »<sup>700</sup>

---

<sup>697</sup> À propos de cette figure historique suisse, Jean-Jacques Bouquet, *Histoire de la Suisse*, Paris, PUF, 2016, p. 75, précise : « Modéré en politique, il savait qu'il faisait la guerre à des compatriotes et considérait que son armée, qui comptait de nombreux catholiques, était celle de la Suisse et non celle des radicaux. »

<sup>698</sup> Victoire prévisible, les Cantons loyalistes représentant « les trois quarts de la population et les neuf dixièmes des richesses du pays » comme le note Jean-François Aubert, « Introduction historique », *op. cit.*, n° 85, p. 21.

<sup>699</sup> *Ibid.*, n° 87.

<sup>700</sup> Sixième séance de la Commission de révision du Pacte fédéral, 24 février 1848, in Ulrich Schiess, *Protocole des Délibérations*, s.d., s.e., p. 35-36.

La Commission est donc guidée, comme Pellegrino Rossi et ses collègues avant elle, par la recherche d'un équilibre entre la souveraineté cantonale et la consécration constitutionnelle du principe du libre établissement, c'est-à-dire une « combinaison du principe national avec le respect des cantons »<sup>701</sup>. Il est à noter également qu'un antisémitisme particulièrement marqué conduit les membres de la Commission lors des délibérations à exclure les individus de confession juive du bénéfice du libre établissement : « Dans nombre de cantons on envisagerait comme un véritable fléau, que la liberté d'établissement fût étendue à cette classe, et que les communes pussent dès lors être contraintes à accorder un domicile aux israélites comme aux autres citoyens suisses. Les israélites ont tellement exploité et épuisé par l'usure le district zuricois (...) que la législation doit aviser à des mesures de rigueur contre de pareils abus. »<sup>702</sup>

**195.** Finalement, le projet est adopté par la Diète le 27 juin 1848 puis par les Cantons la même année. La liberté d'établissement est consacrée à l'article 41 de la nouvelle Constitution<sup>703</sup> : « La Confédération suisse garantit à tous les Suisses de l'une des confessions chrétiennes le droit de s'établir librement dans toute l'étendue du territoire suisse » (art. 41, al. 1). Pour ce faire, la Constitution prévoit que le citoyen suisse doit obtenir un permis d'établissement délivré aux conditions classiques qu'il présente un acte d'origine (en cas de citoyen naturalisé, celui-ci doit jouir de la nationalité suisse depuis au moins cinq années), un certificat de bonne mœurs et une attestation de jouissance des droits civiques (art. 41, 1<sup>o</sup>, al. 1). Si les autorités le lui demandent, il doit en outre apporter la preuve « qu'il est en état de s'entretenir lui et sa famille, par sa fortune, sa profession ou son travail » (art. 41, 1<sup>o</sup>, al. 2). Le Suisse établi dans un autre Canton peut enfin être renvoyé par « sentence du juge en matière pénale », mais aussi « Par ordre des autorités de police s'il a perdu ses droits civils et a été légalement flétri ; si sa conduite est contraire aux mœurs, s'il tombe à la charge du public, ou s'il a été souvent puni pour contravention aux lois ou règlements de police » (art. 41, 6<sup>o</sup>, a. et b.) : le renvoi peut donc être ordonné par l'autorité judiciaire et l'autorité administrative. Cet ensemble est en réalité une constitutionnalisation du concordat du 10 juillet 1819 sur l'établissement des confédérés d'un canton dans un autre. Désormais, le libre établissement est généralisé à l'ensemble du territoire fédéral, même s'il reste particulièrement encadré. Dans une « patrie juridiquement agrandie »<sup>704</sup>, la nouvelle Constitution prévoit également une nationalité suisse, support juridique de

---

<sup>701</sup> Jean-François Aubert, « Introduction historique », *op. cit.*, n° 110, p. 26.

<sup>702</sup> Sixième séance de la Commission de révision du Pacte fédéral, 24 février 1848, in Ulrich Schiess, *Protocole des Délibérations*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>703</sup> Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 12 septembre 1848, RO I. 3.

<sup>704</sup> Charles Delessert, *L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique*, *op. cit.*, p. 293.



la liberté d'établissement, fondée sur l'appartenance cantonale – « Tout citoyen d'un Canton est citoyen suisse » dispose l'article 42 de la Constitution.

**196.** Moins de vingt années plus tard, une première révision de la Constitution du 12 septembre 1848 conduit à assouplir les conditions de la liberté d'établissement. Curieusement, c'est un acte de droit international – un traité conclu entre la France et la Suisse – qui en est à l'origine. En effet, en raison de la politique commerciale libérale menée par la France dans les années 1860, la Confédération helvétique demande la révision des traités de commerce et d'établissement pour faciliter la circulation des personnes et des marchandises entre les deux pays. À cette occasion, la révision du traité d'établissement franco-suisse du 30 mai 1827 conduit la France à poser comme condition, lors des négociations, que les Français de confession juive ne puissent plus être exclus du traité : « [le Gouvernement français] déclara que c'était pour lui une affaire d'honneur de ne pas consentir à un traité qui placerait formellement une catégorie de Français dans une position inférieure. »<sup>705</sup> La Suisse y consent et, suite à la ratification des traités en 1864, se trouve dans une situation paradoxale : sur le territoire suisse, les Français de confession juive disposent d'une liberté d'établissement plus étendue que les Suisses de la même confession. Cette inégalité flagrante conduit l'Assemblée fédérale à demander au Conseil fédéral d'émettre des propositions pour régler cette situation. Après consultation des Cantons, le Conseil fédéral, par un message du 1<sup>er</sup> juillet 1865, propose plusieurs modifications de la Constitution. Concernant le libre établissement garanti à l'article 41, le Conseil propose l'abrogation des restrictions fondées sur la confession religieuse, ne les jugeant « plus compatibles ni avec l'esprit de la constitution, ni avec l'esprit du temps »<sup>706</sup>, il répond en cela à la demande formulée par l'Assemblée fédérale et solutionne l'inégalité entre Français et Suisses de confession juive. Le Conseil profite également de l'occasion qui lui est donnée pour proposer, notamment, une seconde modification de l'article 41 : l'exécutif fédéral aborde la possibilité d'abroger la restriction du libre établissement des Suisses naturalisés depuis moins de cinq années. Cette abrogation est considérée comme vecteur d'un approfondissement de la confiance intercantonale<sup>707</sup>. Enfin, saisie de ce projet en septembre 1865, la Commission du Conseil des États

---

<sup>705</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un traité de commerce et d'établissement avec la France du 15 juillet 1864, FF 1864. II. 313.

<sup>706</sup> Message du Conseil fédéral aux Conseils législatifs de la Confédération concernant la révision de la Constitution fédérale du 1<sup>er</sup> juillet 1865, FF 1865. III. 43. De manière pour le moins étonnante, le Conseil nie la discrimination sur un fondement religieux, mais explique plutôt cette réserve par une forme d'« antipathie sociale » : « on peut admettre comme certain que ce ne sont pas les préjugés religieux qui ont amené le résultat actuel, mais que l'on croyait devoir éviter à l'Israélite à cause de la direction particulière de son esprit, de sa manière de traiter les affaires, et l'exclure du bénéfice d'une entière liberté dans les relations. Ce sont donc plutôt des antipathies sociales qui ont fait refuser aux Israélites l'égalité départie aux autres citoyens. », *ibid.* 42.

<sup>707</sup> *Ibid.* 47.

propose d'abroger également la justification *a priori* du Suisse qui, souhaitant s'établir, doit apporter la preuve – si elle est requise – qu'il est en capacité de pourvoir à ses besoins à et ceux, le cas échéant, de sa famille<sup>708</sup>. L'ensemble est accepté par le peuple et les Cantons en 1866<sup>709</sup>. Ainsi, la liberté progresse de manière assez notable par cette première révision qui étend le principe du libre établissement aux Suisses de confession juive et aux Suisses naturalisés de fraîche date, et qui abolit le système de preuve des capacités financières au moment de la demande du permis d'établissement.

**197. Nouveaux assouplissements dans le régime de 1874.** – Dans la continuité de ce mouvement, les courants réformateurs libéraux et radicaux parviennent, contre les conservateurs, à engager une révision totale de la Constitution dès les années 1870. La volonté de centralisation juridique et militaire, de même que les mouvements anticléricaux, nourrissent l'adoption d'une nouvelle Constitution en 1874<sup>710</sup>. Les projets de l'époque continuent de soutenir un mouvement d'assouplissement de la liberté d'établissement, comme le montre par exemple le projet de révision arrêté par le Conseil fédéral le 17 juin 1870. Celui-ci propose d'abord d'abroger la condition de production d'un certificat de bonne vie et mœurs, « parce que l'expérience a montré que ces certificats sont d'ordinaire insignifiants et qu'on ne peut s'en rapporter à leur contenu. »<sup>711</sup> Le Conseil propose ensuite de supprimer les mesures d'expulsion par voie de police – les renvois administratifs – pour ne laisser subsister que les renvois par sentence du juge en matière pénale : « ces mesures de la police, généralement basées sur des appréciations qui lui sont toutes personnelles, ont déjà fourni matière à bien des plaintes, et il ne paraît pas juste de faire dépendre de l'arbitraire d'une autorité de police locale l'exercice d'un droit constitutionnel. »<sup>712</sup> Les mots sont choisis et sévères – « l'insignifiance » de certaines conditions administratives, mais aussi « l'arbitraire » de l'appréciation des autorités locales – le but des courants réformateurs est bien de simplifier la liberté d'établissement et de rendre plus objectives les conditions de son application.

**198.** La nouvelle Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874<sup>713</sup> consacre alors au profit de tous les citoyens suisses « le droit de s'établir sur un point quelconque

---

<sup>708</sup> Rapport de la Commission du Conseil des Etats concernant la révision de la constitution fédérale du 30 septembre 1865, FF. 1865. III. 646. La Commission fait encore d'autres propositions concernant l'article 41, mais seule l'abrogation des dispositions concernant la justification de la capacité financière sera retenue *in fine*.

<sup>709</sup> Arrêté fédéral concernant la révision de la Constitution fédérale du 22 février 1866, RO VIII. 680.

<sup>710</sup> Sur l'ensemble, voy. Jean-François Aubert, « Introduction historique », *op. cit.*, n° 147-195, p. 32-40.

<sup>711</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale touchant la révision de la Constitution fédérale du 17 juin 1870, FF 1870 II. 789.

<sup>712</sup> *Ibid.* 790.

<sup>713</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, RS. I. 3.

du territoire suisse, moyennant la production d'un acte d'origine ou d'une autre pièce analogue » (art. 45, 1<sup>o</sup>). Il n'est ainsi plus question de fournir un certificat de bonne vie et mœurs. Surtout, le deuxième de l'article prévoit désormais qu'« Exceptionnellement, l'établissement peut être refusé ou retiré à ceux qui, par suite d'un jugement pénal, ne jouissent pas de leurs droits civiques » (art. 45, 2<sup>o</sup>). Disparaissent ainsi les dispositions de la Constitution de 1848 relatives au renvoi administratif des citoyens suisses dans le cadre de mesures de police. Le Constituant de 1874 suit donc intégralement les recommandations formulées par le Conseil fédéral dès 1870. Le renvoi peut encore intervenir lorsqu'un Suisse « [tombe] de manière permanente à la charge de la bienfaisance publique », et seulement dans le cas où son Canton d'origine refuse « une assistance suffisante », c'est-à-dire une prise en charge des frais du Canton d'établissement (art. 45, 3<sup>o</sup>)<sup>714</sup>. Il s'agit là encore d'un progrès par rapport aux dispositions moins protectrices de 1848. Enfin, le renvoi peut être prononcé à l'encontre de ceux qui ont été plusieurs fois punis pour des délits graves (*ibid.*)<sup>715</sup>.

**199.** À ce stade, en combinant les révisions de 1866 et 1874, la liberté d'établissement des nationaux Suisses suit désormais un régime juridique exclusivement répressif ; toutes les composantes préventives visant à limiter *a priori* l'établissement ont disparu. C'est une avancée considérable. Le ressortissant suisse jouissant de ses droits civiques bénéficie par principe d'une liberté d'établissement illimitée à laquelle aucun Canton ne peut s'opposer ; le retrait du permis d'établissement ou le renvoi vers le Canton d'origine ne pourront intervenir qu'*a posteriori*, suivant un régime répressif, soit à la suite de condamnations pénales graves et répétées, soit à la suite d'une indigence permanente. Le régime est alors plus libéral que celui que connaît l'Allemagne à la même époque sous l'empire de la loi du 1<sup>er</sup> novembre 1867 relative à libre circulation et installation (*Gesetz über die Freizügigkeit*). Mais cette période de liberté marque un prélude à un mouvement de recul compris entre la première et la seconde guerre mondiale.

## **B. La consécration tardive de la liberté d'établissement (XXe siècle)**

**200.** La Suisse, par l'adoption de législations d'exception dans les contextes des première et seconde guerre mondiale, va procéder à de nouveaux encadrements de la liberté d'établissement et faire reculer de manière assez notable les progrès constitutionnels engagés par les libéraux dans le second XIXe siècle (1). C'est seulement dans le contexte politique et juridique

---

<sup>714</sup> Pour un panorama jurisprudentiel de l'application de ces dispositions, voy. Charles Aubert, *La liberté d'établissement des Confédérés. Étude critique de l'art. 45 de la Constitution fédérale*, thèse, Genève, Imprimerie du « Journal de Genève », 1939, p. 147-171.

<sup>715</sup> *Ibid.*, p. 126-146

pacifié, postérieur à la seconde guerre mondiale, qu'un mouvement d'absolutisation de la liberté d'établissement pourra prendre forme, d'abord sous la forme de concordat en 1959, ensuite par la forme constitutionnelle en 1975 (2).

### 1. Les nouveaux reculs par l'ajout d'encadrements extraconstitutionnels (1918-1949)

**201.** Comme le note l'historien Hans Ulrich Jost, « La période de 1914 à 1945 comprend neuf ans et demi de guerre ; aussi près d'un tiers de sa durée est-il marqué par un état d'exception politique, le régime des pleins pouvoirs, qui suspend en partie pendant les deux guerres les règles démocratiques et constitutionnelles. »<sup>716</sup> Cet état d'exception témoigne d'une « mentalité autoritaire (...) [trouvant] un écho dans les mouvements conservateurs et fascistes. »<sup>717</sup> L'unité du peuple suisse recule en partie au profit d'une vision plus « corporatiste » : la législation d'exception suit cette dynamique et fait à nouveau converger avec force la figure du Confédéré avec celle de l'étranger.

**202. La lutte contre la pénurie de logement.** – Près de vingt années avant l'Allemagne, la Suisse connaît une grave crise du logement qui va la conduire à encadrer le libre établissement. Le « dépeuplement » des campagnes et petites communes conduit à l'augmentation de la population dans les villes. Ce mouvement est le fruit d'une baisse d'activité dans les secteurs paysans et agricoles et de besoins nouveaux dans les secteurs industriels et surtout des services : dans les communes de plus de 5 000 habitants, la population augmente en moyenne de plus d'un quart entre les deux guerres<sup>718</sup>.

**203.** Mais il y a plus. Pendant la première guerre mondiale, le Conseil fédéral note l'arrivée massive d'étrangers, considérés comme aisés, qui s'installent dans les grandes villes suisses et qui causent une augmentation des loyers « au préjudice de la population plus ancienne. »<sup>719</sup> La conjugaison de ce phénomène et des conditions démographiques déjà décrites conduisent le Conseil fédéral à agir en vertu des « pleins pouvoirs » dont il dispose depuis le début de la Grande Guerre<sup>720</sup>. Le 29 octobre 1918 est adopté un arrêté fédéral concernant la lutte contre la

---

<sup>716</sup> Hans Ulrich Jost, « Menace et repliement (1914-1945) », in Comité pour une nouvelle histoire de la Suisse, *Nouvelle Histoire de la Suisse et des Suisses*, III, Lausanne, Payot, 1983, p. 98.

<sup>717</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>718</sup> Sur l'ensemble, voy. *ibid.*, p. 102.

<sup>719</sup> Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1920 à l'Assemblée fédérale sur l'arrête du Conseil fédéral du 9 avril 1920 concernant les baux à loyer et la pénurie des logements, FF 1920. 3. 376.

<sup>720</sup> Arrêté fédéral du 3 août 1914 concernant les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité, RO 30. 347. En France à la même période, le Parlement français refuse une demande similaire émanant

pénurie des logements par des mesures restreignant la liberté d'établissement ou de séjour<sup>721</sup>, bientôt abrogé et refondu dans un arrêté du 9 avril 1920 concernant les baux à loyer et la pénurie des logements<sup>722</sup>. Ces nouvelles législations autorisent les Cantons « à refuser ou à retirer la faculté de s'établir et de séjourner sur les territoires des cantons qui souffrent de la pénurie des logements, aux personnes *hors d'état de prouver d'une façon suffisante la nécessité de leur présence dans ces régions* » (nous soulignons). Que recouvre la notion de preuve suffisante d'une nécessaire présence ? Les raisons sont principalement économiques : « notamment (...) l'exercice d'une profession, d'un métier, ou d'une activité quelconque pour subvenir aux besoins de la vie ». Les cantons peuvent en outre examiner si l'activité des nouveaux arrivants « paraît nécessaire dans la région », ce qui n'est pas sans caractériser un pouvoir particulièrement *discrétionnaire*. Cet ensemble législatif s'applique en priorité aux « arrivants » qui tombent à nouveau sous le coup d'un régime préventif de liberté d'établissement, disparu depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1874. Quant aux « présents », les conditions de retrait de leur établissement sont plus sévères, il faut une « absolue nécessité »<sup>723</sup>, c'est-à-dire la preuve que les mesures concernant les arrivants ne sont plus suffisantes et que la commune est dans un état de surpeuplement avéré. Le régime répressif de la liberté d'établissement est donc également aggravé. Le Conseil fédéral, conscient de l'atteinte manifeste au droit constitutionnel de libre établissement, appelle les Cantons à « une interprétation prudente et soucieuse des intérêts légitimes de ceux qui sont visés. »<sup>724</sup> Bien que largement appliquée et plébiscitée par les Cantons<sup>725</sup>, cette mesure est abrogée par le Conseil fédéral par un arrêté du 28 juillet 1922, entré en vigueur le 30 juin 1923<sup>726</sup>. La situation est en effet en voie de retour à la normale et l'exécutif fédéral souhaite surtout revenir à la légalité ordinaire, c'est-à-dire à la pleine application de l'article 45 de la Constitution garantissant le libre établissement. À nouveau, pendant la seconde guerre mondiale, de mêmes dispositions sont encore adoptées par le Conseil fédéral en vertu de

---

du gouvernement d'Aristide Briand. Sur cet épisode, voy. Élina Lemaire, « Le désaccord du parlement et du gouvernement sur "la Constitution du pouvoir politique en temps de guerre" : l'échec du projet Briand sur les décrets-lois (déc. 1916-jan. 1917) », *Jus Politicum – Revue de droit politique*, 2016, n° 15, 28 p.

<sup>721</sup> RO 34. 1124.

<sup>722</sup> RO 36. 205.

<sup>723</sup> Charles Aubert, *La liberté d'établissement des Confédérés. Étude critique de l'art. 45 de la Constitution fédérale*, op. cit., p. 195. Dans le même sens, Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1920 à l'Assemblée fédérale sur l'arrêté du Conseil fédéral du 9 avril 1920 concernant les baux à loyer et la pénurie des logements, FF 1920. 3. 377.

<sup>724</sup> XIe Rapport du Conseil fédéral du 2 décembre 1918 sur les mesures prises par lui en vertu de l'arrêté fédéral du 3 août 1914, FF 1918 V. 173.

<sup>725</sup> Rapport du Conseil fédéral du 28 juillet 1922 à l'Assemblée fédérale sur l'arrêté du Conseil fédéral du 28 juillet 1922 portant abrogation partielle de l'arrêté du Conseil fédéral du 9 avril 1920 concernant les baux à loyer et la pénurie des logements, FF 1922. II. 933.

<sup>726</sup> RO 38. 481.

nouveaux « pleins pouvoirs »<sup>727</sup> dans un arrêté du 15 octobre 1941 instituant des mesures contre la pénurie de logements<sup>728</sup>. Cette mesure est abrogée quelques années après la fin de la seconde guerre mondiale par un arrêté du Conseil fédéral du 23 décembre 1949 rétablissant le libre établissement<sup>729</sup>.

**204.** Ces temps troublés révèlent finalement un acquis peu consolidé en matière de libre établissement. À ces deux époques, la Suisse fait le choix de créer un régime paraconstitutionnel de garantie du libre établissement à la fois préventif et répressif, et fortement discrétionnaire : le recul est particulièrement important<sup>730</sup>. L'étendue de l'atteinte à la liberté d'établissement ressort davantage encore par la comparaison avec l'Allemagne : dans ce pays qui connaît une situation du logement autrement plus dégradée que la Suisse après la seconde guerre mondiale, les autorités se refusent à encadrer la liberté d'installation de leurs propres ressortissants présents sur le territoire, et ne prévoient qu'un encadrement très relatif de l'installation des Allemands réfugiés ou expulsés de retour sur le territoire (voy. *supra* n° 179 s.) lors de l'adoption de la Constitution de 1949. Cette attitude divergente s'explique assez clairement par un sentiment d'unité national moins assuré dans la Suisse du premier XXe siècle, comme le révèlent les débats sur une seconde législation concernant Genève.

**205. La « défense » du canton de Genève dans les années 1940.** – Le canton de Genève, dès la période d'entre-deux guerres, est dans une situation particulière. Charles Aubert, dans sa thèse relative à *La liberté d'établissement des Confédérés* soutenue en 1939, consacre de longs développements à ce Canton et insiste sur plusieurs points particuliers : Genève est la deuxième ville de Suisse par son nombre d'habitants, et « elle attire bon nombre de campagnards qui croient pouvoir y trouver aisément de l'ouvrage »<sup>731</sup> ; elle est une ville frontière et « de nombreux Confédérés rapatriés y échouent et y restent »<sup>732</sup> ; Genève attire enfin de « très nombreux “indésirables” qui tiennent à vivre inconnus et auxquels la grande ville offre non seulement un

---

<sup>727</sup> Arrêté fédéral du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité, RO 55. 781.

<sup>728</sup> RS X. 927.

<sup>729</sup> RO 1949. 1919.

<sup>730</sup> Le recul concerne encore l'établissement intracantonnel puisque, alors que « les cantons admettent en général sur leur sol une liberté de séjour et d'établissement en faveur de leurs nationaux totalement indépendante des règles juridiques relatives à l'admission » (Charles Delessert, *L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique*, *op. cit.*, p. 197 ; dans le même sens, Charles Aubert, *La liberté d'établissement des Confédérés*, *op. cit.*, p. 186), désormais « l'établissement [peut], dans le Canton d'origine, être refusé ou retiré à un ressortissant dans les communes dont celui-ci n'est pas originaire » (Charles Aubert, *La liberté d'établissement des Confédérés*, *op. cit.*, p. 197).

<sup>731</sup> Charles Aubert, *La liberté d'établissement de Confédérés...*, *op. cit.*, p. 202.

<sup>732</sup> *Ibid.*

champ d'action mais encore des possibilités d'existence »<sup>733</sup>. Ce phénomène d'attrait est encore renforcé par, d'une part, une « jolie allocation de chômage »<sup>734</sup> octroyée selon des critères plus larges que dans le reste de la Confédération et, d'autre part, de nombreuses œuvres privées de bienfaisance. Souhaitant enrayer cette dynamique, l'autorité cantonale avait déjà adopté dans les années 30 une série d'arrêtés compliquant l'arrivée de nouveaux Confédérés. En particulier, un arrêté du Conseil d'État de Genève du 30 janvier 1935 relatif à l'engagement de personnes étrangères au Canton<sup>735</sup> prévoyait de subordonner la délivrance d'un permis d'établissement à la production par le demandeur d'un « certificat d'embauche », assurant ainsi aux autorités qu'il dispose d'une « occupation régulière ». Le même arrêté prévoit encore le rapatriement des nouveaux arrivants sans moyen d'existence. Cet arrêté crée alors un régime préventif d'autorisation d'établissement, ce qui entre manifestement en contradiction avec la lettre et l'esprit de l'article 45 de la Constitution. Le Tribunal fédéral dans un arrêt *Weilenmann* du 8 juillet 1938 le confirme : « l'inconstitutionnalité de cette prescription ne fait pas de doute puisqu'elle fait dépendre le droit d'établissement d'une condition non prévue par l'art. 45 de la Constitution fédérale »<sup>736</sup>. Le Canton de Genève se trouve ainsi directement opposé à la législation constitutionnelle qui n'est maintenue en vigueur que par l'action de la juridiction suprême helvétique.

**206.** L'octroi des « pleins pouvoirs » au Conseil fédéral en 1941 va justement permettre aux autorités genevoises d'obtenir les limitations à la liberté d'établissement qu'elles ne pouvaient mettre en œuvre dans une situation de légalité ordinaire. Par un arrêté du Conseil fédéral du 29 juillet 1942 restreignant la liberté d'établissement dans le seul canton de Genève<sup>737</sup>, les autorités fédérales donnent entière satisfaction aux revendications genevoises<sup>738</sup> : les Confédérés condamnés peuvent se voir refuser l'établissement pendant une période égale à quatre fois la durée de leur peine (art. 2) ; « ceux qui notoirement se livrent à la prostitution, la favorisent ou en vivent » peuvent faire l'objet d'un retrait ou d'un refus d'établissement (art. 3), de même que les individus qui compromettent « l'ordre ou la moralité publics »<sup>739</sup> (art. 4, al. 1) ou qui ne

---

<sup>733</sup> *Ibid.*

<sup>734</sup> *Ibid.*, p. 203.

<sup>735</sup> Recueil des Lois de Genève, t. 121, p. 18, voy. Charles Aubert, *La liberté d'établissement de Confédérés*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>736</sup> Tribunal fédéral, 8 juillet 1938, *Weilenmann c. Cour de justice de Genève*, ATF 64. I. 158, ici 166.

<sup>737</sup> RO 58. 728.

<sup>738</sup> Ce qui montre un infléchissement important de la politique suivie jusqu'alors, comme le révèle une Circulaire du 31 juillet 1936 du Conseil fédéral aux gouvernements cantonaux, concernant la liberté d'établissement et les tendances à l'autarchie, FF 1936. 2. 381 : « Nous sommes persuadés que toute atteinte au principe constitutionnel de la liberté d'établissement porte préjudice, à la longue, au peuple dans son ensemble. »

<sup>739</sup> Un rapport du département fédéral de justice et de police montre qu'« On vise en particulier les homosexuels, les maîtres-chanteurs, les trafiquants de stupéfiants, les exploitants de tripots », in Conseil des Etats, séance du 8

peuvent subvenir à leurs besoins ou à ceux de leurs familles sans recourir aux « institutions ou aux œuvres d'assistance » (art. 4, al. 2) ; la nouvelle main d'œuvre peut encore faire l'objet de refus d'établissement lorsque les effectifs d'une « branche ou profession » est déjà en « surabondance » (art. 5). Il s'agit d'une restriction sans précédent de la liberté d'établissement : cet arrêté, par la richesse et l'étendue de ses motifs, permet une restriction quasi absolue de cette liberté et ramène résolument le principe de la liberté d'établissement au statut d'exception.

207. Les débats au Conseil des États lors de l'examen de ce texte pour approbation montrent un attachement fort peu évident des instances fédérales au principe du libre établissement, qui tend d'ailleurs même vers une certaine xénophobie confédérale à la lecture des propos du rapporteur, Max Petitpierre, élu radical démocrate du Canton de Neuchâtel, ancien Doyen de la Faculté de droit de la même ville, et futur Président de la Confédération. Parlant volontiers d'une « population *étrangère* au canton »<sup>740</sup> (nous soulignons) d'une « qualité (...) nettement inférieure à la moyenne »<sup>741</sup>, il considère que « Genève exerce une attraction particulière sur les éléments douteux d'autres cantons »<sup>742</sup> et qu'« On doit donner à Genève la possibilité de réagir contre une situation, qui ne peut que s'aggraver, si l'on continue à considérer le canton comme un déversoir, un dépotoir, que l'on remplit de tous les éléments jugés indésirables ailleurs »<sup>743</sup>. Ces termes choisis et inhabituels témoignent d'une solidarité fédérale particulièrement diminuée alors que Genève se voit autorisée à ramener l'ensemble des Confédérés séjournant sur son territoire à une situation d'étranger au sens fort du terme. D'ailleurs, Petitpierre ne cache pas que cet arrêté, pourtant réservé à un Canton, pourrait être un laboratoire pour une future réforme : « On fait une expérience qui sera peut-être utile et conduira le législateur fédéral à modifier le système institué par l'art. 45 de la Constitution fédérale qui, il faut le reconnaître, n'est pas absolument satisfaisant. »<sup>744</sup> Les quelques réactions d'autres représentants, surtout formelles<sup>745</sup>, peinent à cacher une quasi-unanimité : le texte est approuvé par trente voix contre quatre. Seul Albert Pictet, élu libéral du Canton de Genève, montre un certain recul sur

---

juin 1943 (Mesures propres à assurer la sécurité du pays. 7<sup>e</sup> rapport du Conseil fédéral), Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale 1943. II. 163.

<sup>740</sup> *Ibid.* 164.

<sup>741</sup> L'auteur s'intéresse ici « au point de vue moral, de la criminalité et de l'indigence », *ibid.* 166.

<sup>742</sup> *Ibid.* 163.

<sup>743</sup> *Ibid.* 164.

<sup>744</sup> *Ibid.*

<sup>745</sup> Alain Malche, élu radical démocrate du Canton de Genève déclare : « Nos confédérés, de leur côté, contribuent avec nous à la prospérité et au renom de la République ; nous les apprécions, nous connaissons leur valeur. De leur côté, ils se sentent très attachés, très heureux chez nous ; ils y sont chez eux. », *ibid.* 171.



les questions de principe que pose cet arrêté, et plus généralement la dynamique de recul du libre établissement des ressortissants suisses :

« Avec beaucoup d'autres (...) je déplore que la liberté d'établissement comme d'ailleurs celle du commerce et de l'industrie, qui constituent des éléments fondamentaux de notre état fédératif, subisse une nouvelle atteinte. Le cloisonnement que l'on tend à instituer toujours davantage, de canton à canton et parfois même de commune à commune, dans un esprit de protectionnisme local rappelant par trop des temps et des mœurs que nous espérons révolus, ne peut que nuire, à la longue, à l'ensemble du pays et tout spécialement à Genève. Je suis attristé en constatant combien nous marchons facilement dans cette mauvaise direction, sans toujours en bien peser les conséquences plus tard. »<sup>746</sup>

**208.** Les rapports annuels du Conseil fédéral à l'Assemblée permettent de se faire une idée partielle de l'application de cet arrêté. En effet, l'accord du Département fédéral de justice et de police était nécessaire pour faire application des dispositions de l'article 4 de l'arrêté du 29 juillet 1942, c'est-à-dire pour retirer ou refuser l'établissement pour des motifs d'indigence, d'ordre ou de moralité publics. La première année, en 1943, le Canton de Genève forme 66 demandes, et les autorités fédérales en admettent 30<sup>747</sup> ; dès l'année suivante, en 1944, 137 demandes sont formées, et 58 sont admises par le département fédéral<sup>748</sup> ; en 1945 enfin, 40 demandes sont formées et seulement 11 sont admises<sup>749</sup>. Dès la fin de l'année 1945, le Conseil fédéral note une amélioration de la situation et une baisse subséquente des demandes du Canton de Genève, il annonce alors envisager l'abrogation de cet arrêté<sup>750</sup> : c'est chose faite le 15 mars 1946<sup>751</sup>, ce qui clôt cette période paraconstitutionnelle propre au Canton de Genève. Au terme de cet épisode juridique et suivant les rapports du Conseil fédéral, ce sont donc moins de cent Confédérés qui auront fait l'objet de ces mesures, sur une population totale estimée à plus de 80 000<sup>752</sup>, ce qui révèle une disproportion manifeste entre d'une part l'envergure des moyens juridiques utilisés et l'atteinte portée au régime constitutionnel et, d'autre part, l'intérêt pratique et l'utilisation concrète de ces moyens.

**209. Le caractère paraconstitutionnel des limitations.** – La série d'arrêtés du Conseil fédéral ici étudiée s'inscrit résolument en rupture avec l'ordre constitutionnel édicté par l'article

---

<sup>746</sup> Ibid.

<sup>747</sup> Conseil fédéral, Rapport à l'Assemblée fédérale sur sa gestion en 1943, 28 avril 1944, p. 206.

<sup>748</sup> Conseil fédéral, Rapport à l'Assemblée fédérale sur sa gestion en 1944, 29 mars 1945, p. 180.

<sup>749</sup> Conseil fédéral, Rapport à l'Assemblée fédérale sur sa gestion en 1945, 17 avril 1946, p. 234.

<sup>750</sup> Rapport du Conseil fédéral du 10 décembre 1945 à l'Assemblée fédérale sur l'ensemble des arrêtés et mesures pris en vertu des pouvoirs extraordinaires et encore en vigueur, ainsi que sur le sort prévu pour lesdits arrêtés, FF 2. 552.

<sup>751</sup> RO 62. 368.

<sup>752</sup> Conseil des Etats, séance du 8 juin 1943 (Mesures propres à assurer la sécurité du pays. 7<sup>e</sup> rapport du Conseil fédéral), Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale 1943. II. 164.

45 de la Constitution. En créant un régime préventif d'autorisation préalable de l'établissement, en aggravant ou en étendant le régime répressif du retrait de l'établissement, cette législation d'exception viole la Constitution fédérale. Comment alors une telle atteinte a-t-elle pu être justifiée ? Juridiquement et politiquement, le régime d'exception construit en matière de libre établissement est fondé sur les « pleins-pouvoirs »<sup>753</sup> conférés – hors de tout cadre constitutionnel – au Conseil fédéral lors des deux conflits mondiaux. Pour autant, il demeure tout de même étonnant qu'une législation d'exception puisse contrevenir aux dispositions de la Constitution fédérale. En ce sens, Gaston Jèze, dans un article à propos des pleins-pouvoirs du Conseil fédéral suisse lors de la première guerre mondiale, précise qu'il est « juridiquement irréfutable »<sup>754</sup> que des pleins-pouvoirs octroyés par une Assemblée ne peuvent modifier l'ordre constitutionnel :

« [N]'est-il pas évident que l'Assemblée fédérale n'a pas pu conférer à l'Exécutif des pouvoirs refusés par la Constitution fédérale ? L'Assemblée fédérale n'est pas une assemblée souveraine : elle n'a que des pouvoirs limités par la Constitution fédérale. Si donc une mesure, jugée désirable par le Conseil fédéral, aboutit à modifier la Constitution fédérale, se heurte à une disposition constitutionnelle, la loi du 3 août 1914 sur les pleins pouvoirs ne permet pas au Conseil fédéral d'édicter cette mesure. Si la mesure est jugée indispensable, il faudra *d'abord* modifier la Constitution selon les formes prescrites. »<sup>755</sup>

En réalité, l'approche positiviste de Jèze s'oppose directement à la théorie allemande de l'état de nécessité (*Nothstand*). Suivant cette théorie jusnaturaliste bâtie à la suite de la philosophie hégélienne, « nécessité fait loi » (*Noth hat kein Gebot*<sup>756</sup>) et, comme le note Bluntschli, cette théorie « ne se justifie que par la nécessité du développement indispensable ou du salut de la nation, lorsque les voies de la réforme sont absolument fermées. Là où les intérêts majeurs du bien public sont menacés, la vie du peuple entravée, l'Etat mis en péril de mort, une nation vaillante et énergique puise dans la nécessité même le droit de rompre ses chaînes mortelles : “La nécessité fait loi” (*Nothrecht*). »<sup>757</sup> Bref, en pareille situation de nécessité, le Gouvernement est habilité en vertu d'un droit naturel de conservation à édicter des normes qui échappent à la

---

<sup>753</sup> Arrêté fédéral du 3 août 1914 concernant les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité, RO 30. 347 ; arrêté fédéral du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité, RO 55. 781.

<sup>754</sup> Gaston Jèze, « Les pleins pouvoirs du Conseil fédéral suisse », *RDP*, 1917, t. 34, p. 224-268 (I) et p. 404-432 (II), ici p. 232.

<sup>755</sup> *Ibid.*

<sup>756</sup> Des propos qui sont prêtés au Chancelier allemand Bethmann-Hollweg, voy. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. III, Paris, Boccard, 3<sup>ème</sup> éd., 1927-1930, p. 753. Duguit commente d'ailleurs, il s'agit d'une « formule naturelle du despotisme et de l'arbitraire » ; l'auteur est toutefois « disposé à penser que dans certaines circonstances exceptionnelles le gouvernement peut, sous la pression de la nécessité, édicter régulièrement des règlements d'ordre législatif (...) »

<sup>757</sup> Voy. par exemple Johann Caspar Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat* [1875, trad. Armand de Riedmatten], Paris, Guillaumin, 1877, p. 433. Dans le même sens, voy. Georg Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Fribourg, J. C. B. Mohr, 1887, p. 376.

légalité ordinaire et qui peuvent même modifier l'ordonnement constitutionnel pour pallier ses imprévisions ou pour écarter les obstacles qu'il dresse. En Suisse, cette théorie a été directement réceptionnée lors de la première guerre mondiale par le Tribunal fédéral dans un arrêt *Millioud* :

« Enfin il n'est pas non plus exact de prétendre que l'Assemblée fédérale n'a pas pu autoriser le Conseil fédéral à s'affranchir des règles constitutionnelles qui, en temps ordinaires, s'imposent à l'observation des autorités. Bien que la Constitution ne renferme pas de disposition formelle en ce sens, il n'est pas douteux que lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, le Conseil fédéral est chargé de prendre toutes mesures exceptionnelles nécessaires pour le bien public menacé, il ne saurait être lié par la Constitution dans cette œuvre indispensable. »<sup>758</sup>

C'est donc bien un état d'exception en Suisse, matérialisé par les deux arrêtés de 1914 et 1939, qui fonde les mesures restreignant la liberté d'établissement. Cette législation sur la pénurie de logement ou les mesures propres à Genève s'inscrit dans une forme de paraconstitutionnalité puisqu'elle tend à ajouter de nouvelles prévisions à l'article 45 de la Constitution fédérale, sans toutefois adopter une forme constitutionnelle<sup>759</sup>. Cette législation suivait-elle, conformément à la doctrine du *Notstand*, un réel état de nécessité ? Pour ce que l'on connaît des chiffres (voy. *supra* n° 208), la question peut être posée. Ces mesures semblent mieux répondre à une certaine hostilité confédérale qu'à un réel moyen de protéger l'existence de la Suisse face à un péril imminent. Les autorités cantonales ont certainement profité des pleins-pouvoirs fédéraux pour rétablir une part de leur souveraineté dans le régime d'admission des « étrangers » au Canton, ce qui caractérise une très faible adhésion au principe du libre établissement dans le premier XXe siècle. Toutefois, la seconde guerre mondiale terminée, l'état de nécessité est progressivement levé et dès 1949 le retour à la légalité ordinaire est affirmé en matière de liberté d'établissement<sup>760</sup>. S'ouvre alors une dernière période contemporaine mettant fin aux limitations.

---

<sup>758</sup> Tribunal fédéral (Cour pénale), 13-14 décembre 1915, *Ministère public c. Millioud*, ATF 41. I. 551, ici 553-554. Voy. également à la même époque Robert Hoerni, *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse : étude juridique sur les pleins pouvoirs*, thèse, Genève, Société Générale d'Imprimerie, 1917, 224 p, spéc. p. 50 : « Le droit de nécessité n'est pas prévu par la Constitution fédérale. Elle ne le pose pas en termes exprès, et, d'autre part, l'interprétation ne permet pas non plus d'en établir l'existence. La Confédération suisse, semblable en cela à nombre d'autres Etats, ne connaît donc pas de droit de nécessité constitutionnel. Dans ces conditions, est seul applicable, en cas de nécessité, le droit de nécessité naturel. » Pour une étude plus récente, voy. Jacques Bühler, *Le droit d'exception de l'Etat. Étude des droits publics allemand et suisse de 1871 à nos jours*, Genève, Droz, 1995, p. 106 et s.

<sup>759</sup> L'arrêt précité du 29 juillet 1942 précise explicitement en son article 1 : « La faculté réservée aux cantons par l'article 45 de la constitution fédérale de refuser ou retirer l'établissement sur leur territoire aux ressortissants des autres cantons *est étendue*, pour le canton de Genève, selon les articles 2 à 5 du présent arrêté. » (nous soulignons)

<sup>760</sup> Arrêté du Conseil fédéral du 23 décembre 1949 rétablissant le libre établissement, RO 1949. 1919.

## 2. La consécration d'un droit absolu par la réforme constitutionnelle de 1975

210. La Suisse connaît après 1945 le « miracle économique de l'après-guerre »<sup>761</sup>. Du fait de la neutralité, son outil de production a été relativement préservé pendant la guerre, de même qu'une part de son activité commerciale, et elle bénéficie des conditions favorables de la reprise européenne. L'unité nationale s'est par ailleurs renforcée dans les années 1930, notamment par l'intermédiaire de plusieurs mouvements nationalistes regroupés sous l'appellation de « défense nationale spirituelle » et dont la Confédération se fait le relai officiel par la création en 1949 de la fondation « Pro Helvetia », chargée de maintenir et promouvoir les valeurs helvétiques<sup>762</sup>. Dès lors, « [à] la Suisse déchirée de 1918 s'est substituée l'image d'une Suisse unie »<sup>763</sup>. L'approfondissement et la consécration de la liberté d'établissement suit ce mouvement.

211. **Émergence d'une liberté absolue : les concordats relatifs à l'assistance au domicile.** – Le système de l'assistance par le lieu de domicile est inhérent à la structure de la Suisse moderne. En effet, le système traditionnel, émergeant au XVI<sup>e</sup> siècle, est celui de l'assistance par le lieu d'origine. Charles Aubert en décrit l'apparition dans sa thèse :

« La question de l'établissement a toujours été étroitement liée à celle de l'assistance. Au moyen-âge, l'Eglise était le seul organisme qui secourût les pauvres. Les villes et les villages des Etats confédérés lui laissaient ce soin. Ces localités n'avaient alors aucun intérêt à expulser ou à refuser l'établissement aux indigents, car ceux-ci ne leur infligeaient aucune charge. À la fin du XV<sup>e</sup> siècle déjà, après les guerres de Bourgogne, le nombre de soldats désœuvrés inquiéta la Diète. Celle-ci engagea les communes à secourir elles-mêmes leurs indigents ainsi que les Confédérés qui se trouvaient sur leur territoire, et à expulser les mendiants étrangers. Au début du XVI<sup>e</sup> siècle, les Confédérés momentanément sans foyer se virent intimer, par la Diète, l'ordre de retourner à l'endroit d'où ils étaient venus. (...) [Le] 23 novembre 1551, la Diète décida que chaque localité et chaque paroisse utiliserait ses propres ressources pour l'entretien de ses pauvres. (...) C'est ainsi qu'est né le système de l'assistance des indigents par les autorités compétentes du lieu de leur domicile. Les communes avaient donc tout intérêt à limiter le nombre des immigrants ; elles refusèrent bientôt de recevoir au nombre de leurs pauvres les personnes qui n'étaient pas nées sur leur territoire ou même qui ne descendaient pas d'habitants établis depuis longtemps. C'est ainsi que l'on passa peu à peu du système de l'assistance à domicile (...) à celui de l'assistance par le lieu d'origine. Le recès du 6 juillet 1681 institua ce dernier système, qui est tout à fait particulier au droit suisse. »<sup>764</sup>

Le principe dans la Suisse du XIX<sup>e</sup> siècle est donc celui de l'assistance par le lieu d'origine, ce qui entraîne la possibilité déjà étudiée du refus ou du retrait d'établissement lorsqu'un indigent

---

<sup>761</sup> Peter Gilg et Peter Hablützel, « Une course accélérée vers l'avenir (1945-...) », in Comité pour une nouvelle histoire de la Suisse (dir.), *Nouvelle Histoire de la Suisse et des Suisses*, III., *op. cit.*, p. 189.

<sup>762</sup> Hans Ulrich Jost, « Menace et repliement (1914-1945) », *ibid.*, p. 117-118.

<sup>763</sup> Peter Gilg et Peter Hablützel, « Une course accélérée vers l'avenir (1945-...) », *ibid.*, p. 236.

<sup>764</sup> Charles Aubert, *La liberté d'établissement de Confédérés*, *op. cit.*, p. 11-12 ; dans le même sens, voy. Charles Delessert, *L'établissement et le séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 243-253.

cherche à s'établir dans un Canton duquel il n'est pas originaire (autrement dit dont il ne possède pas la nationalité), parfois même, plus rarement dans une autre Commune de son Canton. Or, face à l'approfondissement des mobilités au XIXe siècle, et à l'injustice parfois entraînée par le renvoi d'un indigent vers une commune d'origine qu'il ne connaît pas ou peu, le Canton de Berne, dès 1857, met en place sur l'ensemble de son territoire le système de l'assistance par le lieu de domicile<sup>765</sup>. Autrement dit, dans toute l'étendue bernoise, les indigents peuvent s'établir librement dans n'importe quelle commune, qui se trouvera alors en charge des indigents domiciliés<sup>766</sup> originaire du Canton. Ce système va être progressivement généralisé à l'échelle intercantonale.

**212.** Cette généralisation va intervenir par la voie de concordats intercantonaux entre 1920 et 1959. Le premier concordat d'assistance au domicile est conclu le 9 janvier 1920<sup>767</sup>, il est approuvé par un peu plus d'un quart des Cantons de la Confédération<sup>768</sup>. Il est rapidement remplacé par un nouveau concordat du 15 juin 1923<sup>769</sup>, cette fois approuvé par plus de la moitié des Cantons de la Confédération<sup>770</sup>. Ce texte est lui-même remplacé par un nouveau concordat du 16 juin 1937<sup>771</sup> auquel sont alors parties plus des trois quarts des Cantons de la Confédération<sup>772</sup>. Enfin, le dernier concordat en date du 25 mai 1959<sup>773</sup> est rejoint par les derniers Cantons de la Confédération en 1967<sup>774</sup>. Il aura donc fallu près de cinquante années pour rallier l'ensemble des Cantons au système de l'assistance au domicile. Les différents concordats sont génériques et varient peu en dehors de l'étendue des prestations d'assistance prises en charge et

---

<sup>765</sup> Charles Aubert, *La liberté d'établissement de Confédérés*, op. cit., p. 112.

<sup>766</sup> Classiquement, le domicile est le lieu du « principal établissement » pour reprendre la définition historique (et toujours en vigueur) du code civil français (art. 102).

<sup>767</sup> RO 36. 59.

<sup>768</sup> Appenzell Rhodes Extérieur et Intérieur, Bâle-Ville, Berne, Grisons, Schwyz et Tessin.

<sup>769</sup> RO 39. 169.

<sup>770</sup> Retrait d'Appenzell Rhodes Intérieur, mais approbation supplémentaire des Cantons d'Argovie, Bâle-Campagne, Lucerne, Schaffhouse, Soleure, Uri et Zurich.

<sup>771</sup> RO 53. 648 ; RS 8. 722.

<sup>772</sup> Approbations supplémentaires des Cantons d'Appenzell Rhodes Intérieur, ainsi que les Cantons de Neuchâtel, Nidwald, Obwald et Saint-Gall.

<sup>773</sup> RO 1961. 3

<sup>774</sup> Fribourg, Genève, Glaris, Thurgovie, Valais, Vaud et Zoug.

de la clé de répartition des frais entre le Canton de domicile et le Canton d'origine<sup>775</sup>. Le principe en est toujours le même<sup>776</sup>, comme affirmé dans le concordat de 1937 :

« Le concordat substitue (...) l'assistance par le lieu de domicile au régime du droit fédéral, fondé sur le principe de l'assistance par le lieu d'origine. Dans les cas relevant du concordat, *le canton de domicile renonce au droit de retirer l'établissement à un ressortissant d'un autre canton du fait qu'il recourt à l'assistance publique* ; il l'assiste, au contraire, comme l'un de ses ressortissants et partage avec le canton d'origine, d'une façon déterminée, les frais de cette assistance. » (art. 1)<sup>777</sup> (nous soulignons)

Par l'intermédiaire de ces régimes d'assistance au domicile, la liberté d'établissement est profondément renforcée dans la Confédération entre les Cantons concordataires, qui ne peuvent désormais plus retirer l'établissement des Confédérés pour des motifs d'indigence (seul demeure alors le motif de renvoi pour récidive de délits graves ou privation judiciaire de droit civique). Dès 1967, lorsque l'ensemble des Cantons deviennent concordataires, les dispositions relatives à l'indigence de l'article 45 de la Constitution fédérale sont rendues obsolètes. Apparaissent dès lors les perspectives d'une révision constitutionnelle.

**213. Consécration d'une liberté absolue : la révision constitutionnelle du 7 décembre 1975.** – Comme l'annonçait Jean-François Aubert dans son fameux *Traité de droit constitutionnel Suisse* paru en 1967, « le système de 1874 est considéré, aujourd'hui, comme vieilli. Les restrictions qu'il tolère, notamment en matière pénale, ne sont plus conformes à l'esprit de notre temps. C'est pourquoi on parle sérieusement d'une révision de l'art. 45, qui pourrait être la dernière étape sur la voie d'une totale libéralisation. »<sup>778</sup> De fait, c'est par la voie parlementaire et référendaire que le processus va aboutir.

**214.** Le Conseil fédéral se montre initialement réticent face aux propositions de révisions de l'article 45 de la Constitution fédérale. Dans son rapport sur sa gestion pour l'année 1965, l'Exécutif fédéral estime « qu'une révision de l'article 45 de la constitution serait à l'heure actuelle une mesure d'une trop grande portée et ne répondant pas à un besoin objectif. Le retrait

---

<sup>775</sup> La répartition dans les trois premiers concordats est plutôt simple, après un établissement de deux années (concordats de 1920 et 1923, art. 2) ou quatre années (concordat de 1937, art. 2), les prestations du Suisse domicilié sont prises en charge aux deux tiers par son Canton d'origine pendant les dix premières années d'établissement ; entre dix et vingt années d'établissement, la prise en charge du Canton d'origine passe à la moitié des frais ; au-delà de vingt années, elle tombe à un quart (art. 5, concordats de 1920, 1923 et 1937). Le concordat de 1959 met en place un système beaucoup plus complexe qui augmente globalement la part des Cantons d'origine.

<sup>776</sup> Les différents concordats prévoient toujours, par exception, le rapatriement au Canton d'origine de l'assisté qui est responsable de son indigence en raison de sa mauvaise gestion, son inconduite, et même sa paresse, voy. l'art. 13 des concordats de 1920, 1923 et 1937, et l'art. 22 du concordat de 1959.

<sup>777</sup> Au lieu d'une « substitution », les deux premiers concordats de 1920 et 1923 mentionnaient plus volontiers « un compromis entre l'assistance par le lieu d'origine et celle par le lieu du domicile » (art. 1).

<sup>778</sup> Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. II, *op. cit.*, n° 1962, p. 699.

de l'établissement pour cause d'indigence ne joue pratiquement plus aucun rôle aujourd'hui (...). Un appel adressé aux cantons et aux communes les invitera à ne faire usage qu'avec beaucoup de modération de la possibilité de refuser ou de retirer l'établissement aux personnes ayant subi plusieurs condamnations pénales ou privées de leurs droits civiques. »<sup>779</sup> C'est le Conseil national qui lancera le processus en 1973, reprenant à son compte une initiative du conseiller Fritz Waldner déposée le 22 septembre 1965<sup>780</sup>. Dans son rapport, la commission du Conseil national considère les différentes limitations de l'article 45 de la Constitution comme « surannées »<sup>781</sup> en notant, d'une part, que le régime concordataire d'assistance au domicile a rendu « très rares »<sup>782</sup> les rapatriements dans le Canton d'origine et, d'autre part, « qu'une évolution analogue commence à se dessiner aussi en ce qui concerne les restrictions à l'établissement fondées sur des raisons d'ordre pénal » et que « toujours plus nombreux sont ceux qui renoncent formellement à la possibilité de restreindre la liberté d'établissement pour des motifs d'ordre pénal. »<sup>783</sup> La Commission propose de réviser l'article 45 dans sous une nouvelle formule unique aussi laconique que symbolique – « Tout citoyen suisse a le droit de s'établir en un lieu quelconque du territoire suisse » – et de constitutionnaliser le système de l'assistance au domicile en l'intégrant à l'article 48 de la Constitution. Consultés, seuls six Cantons s'opposent, plutôt timidement, à la révision (Genève, Neuchâtel, Schaffhouse, Thurgovie, Vaud, et Zurich)<sup>784</sup>. Revirant sa position, le Conseil fédéral se rallie à l'initiative du Conseil national et rend un avis positif sur le projet de révision<sup>785</sup>. Finalement, par une votation populaire du 7 décembre 1975, le projet de révision concernant la liberté d'établissement et l'assistance est adopté à l'unanimité des Cantons et à une majorité de plus de 75% des votants<sup>786</sup>.

**215.** L'année 1975 marque alors en Suisse l'avènement d'une liberté d'établissement illimitée, déjà largement concrétisée *de facto*. Elle ne sera plus remise en question par la suite : elle est entièrement confirmée, sans débats particuliers, lors de l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale de la Confédération helvétique du 18 avril 1999 qui dispose en son article 24

---

<sup>779</sup> Conseil fédéral, Rapport à l'Assemblée fédérale sur sa gestion en 1965, 13 avril 1966, p. 136-137.

<sup>780</sup> L'élue déclare sommairement que « Les alinéas 2 et 5 de l'article 45 sont contraires à la conception actuelle de l'exécution des peines et de l'assistance sociale. Ils doivent disparaître de la constitution. », voy. Rapport du 11 septembre 1973 de la commission du Conseil national sur l'initiative Waldner, FF 1974. 1. 226.

<sup>781</sup> *Ibid.* 219.

<sup>782</sup> *Ibid.*

<sup>783</sup> *Ibid.*

<sup>784</sup> *Ibid.* 220.

<sup>785</sup> Avis du 8 mai 1974 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la révision de l'article 45 de la constitution relatif à la liberté d'établissement, FF 1974. 1. 1386 et s.

<sup>786</sup> Rapport du 15 janvier 1976 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif au résultat de la votation populaire du 7 décembre 1975, FF 1976. 1. 342 s.

que « Les Suisses et les Suissesses ont le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays. »<sup>787</sup>  
Depuis 1975 donc, la souveraineté cantonale a été intégralement levée au profit d'une unification territoriale de la liberté d'établissement au sein de la Confédération helvétique.

### § 3. Le droit de résidence dans le fédéralisme américain

« “[H]ostility that made the little towns group and arm as though to repel an invader, (...) guarding the world against their *own people*. In the West there was panic when the migrants multiplied on the highways. (...) And the defending people said, They bring disease, they're filthy. We can't have them in the schools. They're *strangers*. (...) We can't let these Okies<sup>788</sup> get out of hand. » (John Steinbeck, *The Grapes of Wrath*, 1939, XXI)

**216.** La situation américaine est plus complexe que les exemples continentaux de l'Allemagne et de la Suisse ; l'évolution de la libre installation des nationaux ne suit pas le schéma classique d'une discrimination des nationaux fédérés décroissant progressivement, jusqu'à disparaître, en lien avec les progrès du processus fédéral. Les commentateurs notent souvent avec une certaine emphase, en lien avec l'imaginaire du mouvement aux États-Unis, que le droit de circulation interétatique est profondément ancré dans le fédéralisme américain, à tel point que les rédacteurs de la Constitution de 1787 n'ont même pas jugé nécessaire de l'y inscrire. Cette vision est cependant largement romantique. Pendant près d'un siècle et demi, comme en Allemagne et en Suisse, l'installation aux États-Unis ne fut pas réellement libre : de nombreux États fédérés ont longtemps discriminé les nationaux fédéraux indigents qui n'étaient pas leurs ressortissants en empêchant leur établissement (*settlement law*) ou en procédant à leur renvoi (*removal law*) (A). Ce n'est que dans les années 1940, dans une dynamique jurisprudentielle qui court jusqu'à la veille du XXI<sup>e</sup> siècle, que la libre circulation interétatique a acquis son caractère absolu (B).

#### A. Un droit de circulation interétatique garanti à l'exception des nationaux indigents

**217.** La liberté de circulation aux États-Unis est au cœur d'une tension entre fait et droit. La charge symbolique de cette liberté est particulièrement forte car intégrée dans un imaginaire mêlant les figures du colon, du pionnier, ou de la « Frontière ». Pour autant, en droit, l'héritage des lois sur les pauvres, les « *poor laws* », édictées dès le XVII<sup>e</sup> siècle en Angleterre, puis outre-

---

<sup>787</sup> RO 1999, 2560.

<sup>788</sup> Terme péjoratif pour désigner les habitants de l'Oklahoma.



Atlantique, est maintenu en vigueur dans l'Amérique postrévolutionnaire (1). Il en ressort de nombreuses lois restreignant l'installation des nationaux indigents non-résidents des États fédérés, certaines lois prévoyant même leur expulsion (2). Par ce moyen, de nombreux États fédérés restreignent l'accès à leur nationalité et prive les Américains pauvres de leur droit de libre circulation et installation (3).

## 1. L'héritage colonial des *poor laws* anglaises

**218. L'édiction des *poor laws* en Angleterre.** – C'est sous le règne de la reine Elizabeth (1558-1603), dont les historiens mentionnent souvent le souci pour le sort des pauvres<sup>789</sup>, que la législation anglaise va commencer à organiser très précisément les règles relatives à la prise en charge des indigents – en la matière, on parle couramment de « législation élisabéthaine ». La nécessité d'une réglementation trouve ses origines dans la dissolution des monastères et la confiscation des biens de l'Eglise par le Roi Henri VIII dans le premier XVI<sup>e</sup> siècle (qui fait brutalement passer au pouvoir temporel le soin de s'occuper des indigents<sup>790</sup>) et dans l'accroissement de la mobilité des pauvres due en partie à l'abolition du servage en 1574<sup>791</sup>. Pour répondre à cette problématique sociale, le Parlement édicte l'Act for the Relief of the Poor<sup>792</sup> en 1601. Cette grande législation organise un système de solidarité entre les paroisses anglaises (prises en tant que circonscription administrative) pour l'entretien des pauvres : des taxes sont créées et redistribuées, et des responsables – « inspecteur des pauvres [*Overseer of the Poor*] » – sont nommés pour administrer le système, c'est-à-dire prendre des mesures à l'égard des indigents comme les identifier, les placer dans des hébergements spéciaux, les mettre au travail, etc. À cette époque, parallèlement à cette législation, les « voyous, vagabonds et mendiants valides [*Rogues, Vagabonds and Sturdy Beggars*] » peuvent faire l'objet d'un renvoi forcé vers leur paroisse de naissance ou de dernière résidence en vertu de l'Act for punishment of Rogues,

---

<sup>789</sup> Il est rapporté les mots latins qu'elle aurait tenus en sortant d'une église alors qu'un mendiant lui demande l'aumône : « *pauper ubique jacet* [le pauvre est écrasé partout] », tiré d'Ovide, *Fastes* (vers 15 après J.-C.), I, 218, voy. *Œuvres complètes d'Ovide* (trad. Burette, Chappuyzi, Charpentier et a.), vol. VI, Paris, Panckoucke, 1834, p. 16 et p. 17 pour la traduction. La préoccupation ne va toutefois pas sans ironie puisqu'elle refuse d'abord l'aumône à ce mendiant, qui lui répond alors avec esprit « *In thalamis, Regina, tuis hac nocte jacerem, Si foret hoc verum, Paper ubique jacet* [Cette nuit je serais gîté dans votre lit, Si ce mot était vrai, Partout le pauvre gît] », trad. et commentaire de François Fariau de Saint-Ange, *Les Fastes d'Ovide*, vol. I, Paris, Levrault, 1804, p. 93, jouant sur le double sens littéral et figuratif du latin *jacet*. La « fable » est rapportée par Robert Naunton, *La vie d'Élisabeth Reine d'Angleterre* (1641), vol. I, La Haye, G. Block, 1741, p. 502 et s.

<sup>790</sup> Rodolphe Gneist, *La Constitution communale de l'Angleterre* (1863, trad. Théodore Hippert), vol. II, Paris, Lacroix et Verboeckhoven, 1868, p. 42. Ce phénomène de sécularisation se généralise d'ailleurs en Europe à la même époque.

<sup>791</sup> Robert Pashley, *Pauperism and Poor Laws*, Londres, Longman, Brown et Green, 1852, p. 182-183 et p. 210.

<sup>792</sup> 43 Eliz. Cap. 2. (1601), in *The Statutes of the Realm*, vol. IV, part. II, Londres, Dawson of Pall Mall, 1819, p. 962-965.

Vagabonds and Sturdy Beggars adopté en 1597-1598, dans une logique répressive<sup>793</sup>. Toutefois, en aucune manière les simples indigents ne souffrent d'un système rigide d'établissement et d'expulsion<sup>794</sup>.

**219.** C'est justement cette dernière réserve qui change en 1662 lorsqu'est adopté l'Act for the better Releife of the Poore of this Kingdom<sup>795</sup> sous le règne de Charles II. Avec cette nouvelle législation, la possibilité d'un renvoi dans la dernière résidence paroissiale légale (*Parish where he or they were last legally settled*) est généralisée à tous les indigents. En effet, suivant les dispositions pertinentes de cette loi<sup>796</sup>, le marguillier<sup>797</sup> (*Churchwarden*), l'inspecteur des pauvres ou même tout paroissien peuvent déposer une plainte auprès de deux juges de paix pour obtenir un mandat de renvoi (*warrant to remove*) à l'encontre de tout individu établi depuis moins de quarante jours, payant un loyer annuel inférieur à dix livres (*Tenement under the yearely value of Ten pounds*), et pouvant probablement tomber à la charge de la paroisse (*likely to be chargeable to the Parish*). Le renvoi est ordonné vers la dernière résidence paroissiale légale, déterminée par plusieurs critères alternatifs : le lieu de naissance (*Native*), de propriété immobilière (*Householder*), de séjour (*Sojourner*), d'apprentissage (*Apprentice*) ou de service (*Servant*). Donc, pour résumer, sauf à se maintenir sur le territoire d'une paroisse pendant plus de quarante jours et ainsi acquérir un « établissement » (*settlement*), les indigents peuvent faire l'objet d'un renvoi (*removal*) vers leur lieu d'origine. D'un avis unanime, ces nouvelles prévisions « créèrent un droit de résidence des plus embrouillés »<sup>798</sup>.

**220.** Pourquoi cette aggravation ? L'Act de 1662 mentionne en préambule l'accroissement continu du nombre de pauvres, en particulier dans les villes de Londres et de Westminster, et les « défauts » de la législation de 1601 qui transforme beaucoup d'indigents en voyous (*rogues*). Selon les rédacteurs en effet, les indigents ne sont pas empêchés d'aller d'une paroisse

---

<sup>793</sup> 39 Eliz. Cap. 4. (1597-1598), in *ibid.*, p. 899-902.

<sup>794</sup> Robert Pashley, *Pauperism and Poor Laws*, *op. cit.*, p. 217-219, spéc. p. 217 : « No provision was made by the statute of 43 Eliz. c. 2., either for ascertaining a place of settlement by which the indigent poor were to be maintained, or for removing them to any such place. »

<sup>795</sup> 14 Car. II. Cap. 12. (1662), in *The Statutes of the Realm*, vol. V, *op. cit.*, p. 401-405.

<sup>796</sup> « That it shall and may be lawfull upon complaint made by the Churchwardens or Overseers of the Poore of any Parish to any Justice of Peace within Forty dayes after any such Person or Persons coming so to settle as aforesaid in any Tenement under the yearely value of Ten pounds for any two Justices of the Peace whereof one to be of the Quo of the Division where any person or persons that are likely to be chargeable to the Parish shall come to inhabit by their warrant to remove and convey such person or persons to such Parish where he or they were last legally settled either as a native Householder Sojourner Apprentice or Servant for the space of forty dayes at the least unlesse he or they give sufficient security for the discharge of the said Parish to bee allowed by the said Justices », *ibid.*, p. 401.

<sup>797</sup> Individu chargé par l'église de tenir le registre paroissial de l'aumône.

<sup>798</sup> Rodolphe Gneist, *La Constitution communale de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 45.

à l'autre et d'ainsi choisir de s'installer dans les plus riches d'entre elles, et d'y « brûler et détruire » les réserves pour ensuite gagner la prochaine paroisse, « au grand découragement des paroisses qui mettent à disposition des stocks susceptibles d'être dévorés par des étrangers. »<sup>799</sup> Il s'agit ici d'une excellente illustration de la figure de l'étranger dans un Etat encore imparfaitement centralisé qui décide de s'en remettre à ses autorités locales et à leurs différentes communautés pour régler un problème d'assistance et d'ordre public. La réalité de l'époque n'emportait sans doute pas l'édiction d'une législation si sévère. Comme le mentionne Robert Pashley en 1851 dans un ouvrage critique sur les *poor laws*, l'augmentation du nombre d'indigents était probablement due à l'inégale application, voir l'ineffectivité, des dispositions de la loi de 1601 – « les paroisses étaient lentes et réticentes à accomplir leur devoir de secours aux pauvres »<sup>800</sup> – et à l'augmentation conjecturale du prix du blé créant à cette époque « une grande détresse »<sup>801</sup> dans les classes les plus pauvres de la société. La loi est donc particulièrement attentatoire à la liberté, comme le résume avec force Adam Smith un siècle plus tard dans un passage célèbre à propos des *poor laws* de ses *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* :

« les barrières artificielles [*artificial boundary*] d'une paroisse sont bien plus difficiles à franchir pour un pauvre ouvrier, que des limites naturelles, telles qu'un bras de mer ou une chaîne de montagnes (...). C'est un attentat contre la justice et la liberté naturelle, que de renvoyer un homme qui n'est coupable d'aucun délit, de la paroisse où il choisit de demeurer ; cependant le peuple, en Angleterre, qui est si jaloux de sa liberté, mais qui, comme le peuple de la plupart des autres pays, n'entend jamais bien en quoi elle consiste, est resté, déjà, depuis plus d'un siècle, assujetti à cette oppression sans y chercher de remède. »<sup>802</sup>

De fait, les prévisions de la loi sont particulièrement sévères, notamment par la condition d'un loyer annuel de dix livres pour échapper au risque de renvoi : à cette époque, un loyer de dix livres est près de cinq fois supérieur au loyer payé en moyenne par les travailleurs<sup>803</sup> ; selon certaines estimations, près de 90% de la population anglaise était susceptible de tomber sous le

---

<sup>799</sup> « *to the great discouragement of Parishes to provide Stocks where it is lyable to be devoured by Strangers* »: 14 Car. II. Cap. 12. (1662), in *The Statutes of the Realm*, vol. V, op. cit., p. 401.

<sup>800</sup> Robert Pashley, *Pauperism and Poor Laws*, op. cit., p. 226-227. Voy. dans le même sens Stefan A. Riesenfeld, « The formative Era of American Public Assistance Law », *California Law Review*, 1955, vol. 43, n° 2, p. 192-199.

<sup>801</sup> Robert Pashley, *Pauperism and Poor Laws*, op. cit., p. 229.

<sup>802</sup> Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776, trad. Germain Garnier revue et corrigée), in Adolphe Blanqui, Pellegrino Rossi et a. (dir.), *Collection des principaux économistes*, vol. V, Paris, Guillaumin, 1843, p. 183.

<sup>803</sup> Robert Pashley, *Pauperism and Poor Laws*, op. cit., p. 230.

coup de la législation de 1662 et donc de ne pouvoir librement choisir le lieu de son établissement<sup>804</sup>. Celle-ci restera en vigueur pendant près de deux siècles au Royaume-Uni<sup>805</sup>, et passera entre temps sur le territoire américain.

**221. L'extension de cette législation sur le territoire colonial.** – Zachariah Chafee, dans son célèbre ouvrage *Three Human Rights in the Constitution of 1787*, tient la liberté de mouvement (*Freedom of Movement*) pour l'une des grandes libertés du système américain<sup>806</sup>. Il considère qu'en Amérique coloniale, les individus « peuvent aller où ils le veulent, dans toutes les colonies qu'ils souhaitent, et plus tard, s'ils sont insatisfaits de leur choix, dans n'importe quelle autre colonie »<sup>807</sup>, concédant toutefois que « le facteur déterminant en faveur de la mobilité intercoloniale était (...) pratique mais non juridique. »<sup>808</sup> Cette analyse semble toutefois assez idéaliste et dépeint une situation que la législation de l'époque n'exprimait pas. Dans l'Amérique du XVIIe siècle en effet, les *poor laws* anglaises ont traversé l'Atlantique avec les colons et leur structure est partiellement reproduite<sup>809</sup>. Un régime d'encadrement de la circulation et de l'établissement est donc institué juridiquement entre les colonies britanniques.

**222.** À titre d'illustration, avec Stefan A. Riesenfeld et son article sur les sources historiques du droit de l'assistance publique aux Etats-Unis, les colonies de la Nouvelle Angleterre, les *Middle Colonies* et les colonies du Sud prévoient toutes, dès le XVIIe siècle, des législations

---

<sup>804</sup> George Macaulay Trevelyan, *English Social History*, Londres, Longmans et Green, 2<sup>ème</sup> éd., 1946, p. 278.

<sup>805</sup> En France, le système d'Ancien régime connaît une mobilité beaucoup moins encadrée. L'État cède davantage à un traitement oscillant entre assistance de l'indigent, et répression du récidiviste : l'indigent est ainsi accueilli dans des hôpitaux généraux, dont Paris dispose du plus célèbre, et reçoit hébergement et nourriture pendant un temps laissé à la discrétion du directeur ; libéré, le vagabond ou le mendiant pris en récidive peut être condamné à des peines particulièrement lourdes, notamment aux galères ou à la transportation. Le retour forcé dans la commune d'origine n'était pas réellement connu de la législation française ; il pouvait être encouragé par le versement d'une somme forfaitaire, mais jamais contraint (Christian Paultre, *De la répression de la mendicité et du vagabondage en France sous l'Ancien Régime*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1906, p. 332). C'est seulement à partir de la deuxième moitié du XVIIIe siècle que le traitement de l'indigence se territorialise : le vagabond est renvoyé, sur son choix, à son lieu de naissance ou à son lieu de dernier domicile (Christian Paultre, *De la répression de la mendicité et du vagabondage*, *op. cit.*, p. 390). Cette approche est confirmée dans la législation révolutionnaire par un premier décret du 30 mai 1790 et un second décret du 15 octobre 1793. Le traitement territorial de l'indigence s'efface dès le début du XIXe siècle pour devenir purement pénal.

<sup>806</sup> Son ouvrage porte sur les libertés méconnues du régime politique américain, il mentionne encore la liberté de débat au Congrès (*Freedom of Debate in Congress*) et la prohibition des condamnations pénales par voie législative (*Prohibition of Bills of Attainder*).

<sup>807</sup> Zachariah Chafee, *Three Human Rights in the Constitution of 1787*, Lawrence, University of Kansas Press, 1956, p. 180 : « *They could go whenever they pleased, to any colony they wished, and then, if dissatisfied with their choice, to any colony they chose.* »

<sup>808</sup> *Ibid.* : « *The determining factor in favor of internal mobility was, I think, not legal but practical.* »

<sup>809</sup> La capacité juridique des nouvelles colonies à édicter des lois particulières, différentes de celles anglaises, est juridiquement discutée : voy. Stefan A. Riesenfeld, « The formative Era of American Public Assistance Law », *op. cit.*, p. 201, note 147 ; David S. Bogen, « The Privilege and Immunities Clause of Article IV », *Case Western Reserve Law Review*, 1987, vol. 37, n° 4, p. 807.

sommaires sur l'établissement et le renvoi des indigents<sup>810</sup>. Le XVIII<sup>e</sup> siècle marque ensuite un approfondissement de la réception des *poor laws* anglaises. Les colonies accèdent en effet à cette époque plus facilement à la législation anglaise, notamment parce que l'administration passe entre les mains de gouverneurs royaux. Les lois nouvellement édictées se fondent alors plus directement sur les précédents anglais<sup>811</sup>. La législation se consolide avec une réception plus précise et générale des procédures de *removal* et des règles de *settlement*. Il ne s'agit cependant jamais d'une pure transcription de l'*Act* de 1662, les colonies profitant d'une certaine autonomie législative<sup>812</sup>.

**223.** Ces législations paraissent toutefois avoir été moins utilisées qu'en Angleterre. Les colonies nécessitent de fait une importante main d'œuvre et la migration est plutôt encouragée que freinée à l'échelle de l'Amérique coloniale<sup>813</sup>. D'ailleurs, ceux parmi les colons ne souffrant pas de pauvreté profitent d'une circulation aisée<sup>814</sup> ; tous sujets d'un même Roi, ils voyagent ainsi entre différentes régions coloniales (sans statut étatique) qui ne peuvent les traiter en étranger : « Pour les Britanniques, note David Bogen, les colonies étaient des gouvernements subordonnés. Un colon de Virginie n'était pas un ressortissant d'un État indépendant mais un sujet anglais habitant la Virginie. »<sup>815</sup> La législation spéciale concernant les pauvres va survivre à la Révolution américaine.

---

<sup>810</sup> Les colonies de la Nouvelle Angleterre sont les premières à mettre en place des dispositions spécifiques au XVIII<sup>e</sup> siècle. New Plymouth adopte ainsi en 1661 une législation sur l'expulsion des vagabonds « conformément aux lois anglaises » dont l'application est effective dès 1669. Il en va de même de la colonie de Massachusetts Bay en 1659 où l'on trouve même des exemples de renvoi vers l'Angleterre, ou encore au Connecticut avec une législation de 1682. Les colonies du Sud (Virginia, Maryland, South Carolina) sont en revanche bien moins préoccupées par la législation sur les pauvres au XVIII<sup>e</sup> siècles. Elles sont en effet moins touchées par la mobilité des classes prolétaires agricoles et ne connaissent pas de centralisation urbaine. Les colonies du « milieu » (*Middle Colonies*) placées entre le Nord et le Sud rejoignent plus tardivement l'Empire britannique – elles sont prises aux Hollandais dans le second XVIII<sup>e</sup> siècle. Alors, en 1683, suivant en partie le système anglais, New York adopte un système de renvoi des individus ne présentant pas des garanties suffisantes d'autonomie financière. Voy. Stefan A. Riesenfeld, « The formative Era of American Public Assistance Law », *op. cit.*, p. 204-220.

<sup>811</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>812</sup> *Ibid.*, p. 225-232. Voy. également James W. Ely, « Poor Laws of the Post-Revolutionary South, 1776-1800 », *Tulsa Law Journal*, vol. 21, n° 1, p. 17, note 83 pour la réception de ces lois par les colonies du Sud.

<sup>813</sup> David S. Bogen, « The Privilege and Immunities Clause of Article IV », *op. cit.*, p. 811-814.

<sup>814</sup> Sur la structure sociale des colons, Hannah Arendt, *On Revolution* (1963), Londres, Penguin Books, 1990, p. 68, considère que si la pauvreté existe, la misère est globalement absente : « *the laborious in America were poor but not miserable* ».

<sup>815</sup> *Ibid.*, p. 814.

## 2. Le maintien d'une distinction à l'égard des indigents dans l'Amérique postrévolutionnaire

**224. Les incertitudes constitutionnelles.** – Les événements de la révolution américaine sont particulièrement bien connus et il n'est pas nécessaire de revenir en détail sur leur déroulement. La Déclaration unanime des treize États<sup>816</sup> unis d'Amérique, adoptée le 4 juillet 1776, conduit à la proclamation de l'indépendance et à la sécession. Le Congrès continental, déjà formé en 1774, adopte le 15 novembre 1777 les Articles de la Confédération, soit la première Constitution américaine. Puis dix années plus tard, face aux difficultés du régime, une seconde Constitution est adoptée le 17 septembre 1787. Entre ces deux textes, les prévisions relatives à la libre circulation des ressortissants américains sont inégales et sources d'incertitudes.

**225.** La Constitution de 1777 confère aux nationaux fédérés des droits de libre circulation et installation dans tous les États de la Confédération : la communauté des ressortissants américains jouit dans chaque État fédéré des « privilèges et immunités » de citoyen, ce qui inclut implicitement mais nécessairement le droit de résidence ; par ailleurs, la circulation est libre sur le territoire national puisque tous bénéficient d'un droit de « libre entrée et sortie [*free ingress and regress*] »<sup>817</sup> sur chaque territoire fédéré :

« Pour assurer et perpétuer le mieux possible l'amitié et les rapports mutuels parmi les peuples des divers États qui composent cette Union, les habitants libres [*free inhabitants*] de chacun de ces États, à l'exception des pauvres [*paupers*]<sup>818</sup>, des vagabonds [*vagabonds*] et ceux qui fuient les poursuites de la justice [*fugitives from justice*], auront droit à toutes les immunités et privilèges de citoyens libres [*free citizens*] dans les différents États ; et le peuple [*the peoples*] de chaque État pourra librement entrer dans chacun des autres États et en sortir [*free ingress and regress*], y jouira de tous les privilèges de trafic et de commerce, y sera soumis aux mêmes droits, impositions et restrictions que leurs habitants respectifs (...). »<sup>819</sup> (Constitution de la Confédération de 1777, art. 4)

---

<sup>816</sup> Et non plus colonies.

<sup>817</sup> Les termes surprennent le lecteur contemporain ; ils sont tirés de la langue juridique anglaise, et sans doute antérieurs au XVI<sup>e</sup> siècle. Voy. André Koszul, « Le latin dans l'anglais », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, 1956, n° 3, p. 99. Ces termes sont aussi utilisés avec ironie (par la solennité du langage juridique qu'ils évoquent) dans le théâtre de Shakespeare, voy. *Merry Wives of Windsor* (1602), acte II, scène I, in Manley Wood (dir.), *The Plays of William Shakespeare*, vol. II, Londres, George Kearsley, p. 36.

<sup>818</sup> La traduction est de Stéphane Rials et Julien Boudon, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, 2015, qui avaient traduit « *paupers* » par « mendiants » ; il nous semble davantage correct de traduire littéralement, d'autant que le terme mendiant, qui est une qualification juridique, renvoie plus généralement à la traduction anglaise « *beggar* ».

<sup>819</sup> « *The better to secure and perpetuate mutual friendship and intercourse among the people of the different States in this Union, the free inhabitants of each of these States, paupers, vagabonds, and fugitives from justice excepted, shall be entitled to all privileges and immunities of free citizens in the several States; and the people of each State shall free ingress and regress to and from any other State, and shall enjoy therein all the privileges of trade and commerce, subject to the same duties, impositions, and restrictions as the inhabitants thereof respectively, provided that such restrictions shall not extend so far as to prevent the removal of property imported into any*

Comme le note Madison dans le *Fédéraliste*, cet article révèle de prime abord une « confusion de langage remarquable »<sup>820</sup> entre « habitants libres [*free inhabitants*] », « citoyens libres [*free citizens*] » et la notion plus générale de « peuple [*people*] ». En réalité, l'ensemble de ces termes correspond à la communauté des nationaux de chaque État fédéré<sup>821</sup>. Cette difficulté écartée, chaque État fédéré est donc dans l'obligation de traiter les autres nationaux fédérés comme ses propres nationaux<sup>822</sup>. Ainsi, les colonies, devenues des États souverains associés par une Constitution confédérale, disposent d'une population propre de nationaux fédérés qui est formée des individus nés ou naturalisés sur le sol américain et qui résident sur le territoire de l'État fédéré. Conformément à la Constitution, ces « citoyens libres » disposent de privilèges et immunités, dont la jouissance implique nécessairement un droit de résidence. Or, la plupart des États américains possèdent à l'époque des lois régissant l'établissement mais aussi le renvoi des habitants pauvres, c'est-à-dire des lois qui peuvent potentiellement restreindre la résidence sur le sol fédéré. C'est donc tout naturellement que la Constitution énonce que les pauvres et les vagabonds<sup>823</sup> ne peuvent accéder au statut de citoyen fédéré, puisque justement leur capacité à résider dans un État fédéré n'est pas certaine<sup>824</sup>. Ainsi, chaque État fédéré, et à travers lui ses comtés, est constitutionnellement habilité à exclure les individus incapables d'assurer leur autonomie financière en leur fermant l'accès aux privilèges et immunités des citoyens et en les renvoyant vers leurs lieux d'origine<sup>825</sup>. Il y a donc dans la Constitution de 1777 une consécration explicite des *poor laws* anglaises : les pauvres, malgré leur appartenance à la communauté nationale (*the people*), ne peuvent pas circuler et s'installer librement sur l'ensemble du territoire américain.

**226.** Cette exception disparaît lors de l'adoption de la Constitution du 17 septembre 1787. L'article 4 de la Constitution de 1777 est ramassé dans une formule lapidaire : « Les citoyens de chaque Etat auront droit à tous les privilèges et immunités des citoyens dans les divers

---

*State, to any other State, of which the owner is an inhabitant; provided also that no imposition, duties or restriction shall be laid by any State, on the property of the United States, or either of them. »*

<sup>820</sup> James Madison, « XLII. General view of the powers proposed to be vested in the union – The same view continued », in James Madison, Alexander Hamilton et John Jay, *The Federalist* (1788), Philadelphie, Benjamin Warner, 1818, p. 231.

<sup>821</sup> Le concept d'habitant renvoie au terme de citoyen, voy. *ibid.* Dans le même sens, voy. également George Bancroft, *History of the United States of America*, vol. V, New York, Appleton, 1888, p. 200-201.

<sup>822</sup> Autrement dit, chaque ressortissant américain acquiert la nationalité fédérée de l'État dans lequel il réside. Mais ce raisonnement est surtout consacré au début du XIXe siècle, après quelques hésitations jurisprudentielles. Voy. James H. Kettner, *The Development of American Citizenship (1608-1870)*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1978, p. 261-264.

<sup>823</sup> Le cas des fugitifs ne mérite pas de développements particuliers. Ils sont logiquement exclus des « privilèges et immunités » en raison de la coopération pénale dans laquelle se placent les États confédérés.

<sup>824</sup> David S. Bogen, « The Privilege and Immunities Clause of Article IV », *op. cit.*, p. 821.

<sup>825</sup> *Ibid.*, p. 820.

États. »<sup>826</sup> (Constitution de 1787, art. 4, sect. II, 1.) Les exceptions prévues à l'encontre des pauvres ont désormais disparu. Comment l'interpréter ? Faut-il y voir un progrès du libre établissement qui désormais s'étend même aux indigents, ou au contraire une imprévision renvoyant à la compétence des États fédérés ? L'on sait que la Constitution de 1777 fut largement taxée de « défectueuse »<sup>827</sup> en raison notamment de son incapacité à organiser la coopération économique et fiscale, de son impuissance militaire face à plusieurs révoltes, et diplomatique face aux puissances européennes. La Constitution de 1787 affirme ainsi dès son préambule, selon une formule restée célèbre, la volonté de construire « *a more perfect union* ». Dès lors, l'approfondissement des relations et de la confiance entre États fédérés pourrait conduire à interpréter le retrait des dispositions relatives aux pauvres comme un encouragement à la mobilité et une consécration de l'égalité entre nationaux. Cette interprétation libérale doit toutefois être écartée : la législation fédérée et la jurisprudence suivant l'adoption de la Constitution ont consacré la possibilité du renvoi des pauvres non établis vers leur lieu d'origine, maintenant sans équivoque, et jusqu'au XXe siècle, l'héritage des *poor laws* – ce qui valide *a posteriori* la subsistance des exceptions de la Constitution confédérale sous la forme d'un implicite constitutionnel.

**227. Une réalité juridique de la période postrévolutionnaire au XXe siècle, illustration par plusieurs exemples.** – Il n'est pas nécessaire de dresser un catalogue exhaustif des législations fédérées prévoyant des règles relatives au renvoi des indigents non établis vers leur lieu d'origine, donc possiblement vers un autre État fédéré, pour apporter la preuve de l'encadrement de la liberté d'installation aux États-Unis. On se bornera plutôt à quelques illustrations tirées de sources primaires et d'études historiques.

**228.** Paradoxalement, les législations et la pratique du Sud entre 1776 et 1800, étudiées par James Ely, montrent le déclin voire la désuétude des législations relatives à l'établissement et au renvoi des pauvres. Durant cette période, les États de Virginie, Caroline du Nord et Caroline du Sud adoptent des législations prévoyant l'obtention de l'établissement après un an de résidence, et la possibilité d'un renvoi avant ce terme de toute personne « *likely to become chargeable* »<sup>828</sup>. La filiation est manifeste dans les termes avec les *poor laws* anglaises. Pourtant, pendant cette période, aucune trace de contentieux relatif aux ordres de renvoi ne figure dans

---

<sup>826</sup> « The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States. »

<sup>827</sup> Le terme « *defect* » est régulièrement employé par James Madison, Alexander Hamilton et John Jay, *The Federalist* (1788), *op. cit.*, p. 75-120, pour qualifier la Confédération.

<sup>828</sup> James W. Ely, « Poor Laws of the Post-Revolutionary South, 1776-1800 », *op. cit.*, p. 17 et s.



les recueils de jurisprudence de ces États, ce qui est un indice particulièrement probant du déclin de ces lois ; autrement dit, « la suspicion à l'égard des étrangers exprimées dans les lois ne trouvait pas d'écho en pratique. »<sup>829</sup>

**229.** Il semble qu'en réalité, les États fédérés aient souvent maintenu des législations « dormantes » sur l'établissement et le renvoi, se réservant la possibilité d'en faire usage lorsque des circonstances individuelles ou structurelles se présentaient. L'État d'Ohio adopte ainsi une nouvelle législation sur le secours des pauvres le 22 février 1805, tout en prévoyant l'expulsion des non établis<sup>830</sup>. De la même manière, l'État de Pennsylvanie adopte le 13 juin 1836 une législation permettant, par ordre de deux magistrats de renvoyer une personne « *likely to become chargeable* » vers le dernier lieu d'établissement légal, « que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur des frontières de la Pennsylvanie », confirmant très largement une précédente législation de 1771<sup>831</sup>.

**230.** Plusieurs Cours suprêmes fédérées vont toutefois considérer qu'il est impossible pour leur Etat de renvoyer un individu pauvre vers un autre État fédéré, la législation sur le renvoi ne produisant pas d'effets juridiques en dehors du territoire fédéré. Ainsi, la Cour suprême de l'Etat de New York, dans une affaire *Winfield v. Mapes* rendue en 1847, s'oppose frontalement aux expulsions interétatiques justement édictées par la Pennsylvanie : « Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de dire que les lois de Pennsylvanie ne peuvent pas avoir d'effets juridiques sur notre territoire quand elles sont en conflit direct avec notre propre législation. Nous avons abandonné la pratique, qui autrefois prévalait, de renvoyer les pauvres qui n'avaient pas obtenu d'établissement chez nous vers l'État où ils avaient auparavant un établissement légal ; et comme le législateur new yorkais a décidé de pourvoir aux besoins de tous les pauvres dans les limites de notre État, il attend des autres États qu'ils en fassent de même, dans le cas où nous serions concernés. »<sup>832</sup> Et la Cour suprême de Pennsylvanie se range elle-même derrière cette appréciation dans une affaire *Limestone v. Chillisquaque* rendue en 1878 : « S'il est vrai qu'en application de nos lois sur les pauvres, des dispositions prévoient le renvoi des pauvres vers

---

<sup>829</sup> *Ibid.*, p. 18 : « *the suspicion of strangers expressed in the laws was not echoed in practice.* »

<sup>830</sup> An act for the relief of the poor, 22 février 1805, § 4 et 5, in Salmon P. Chase (dir.), *Statutes of Ohio*, vol. I, Cincinnati, Corey & Fairbank, 1833, p. 513 s.

<sup>831</sup> Calvin G. Beitel, *Treatise on the Poor Laws of Pennsylvania*, Philadelphie, Johnson, 1899, p. 243-244.

<sup>832</sup> Supreme Court of New York, *Winfield v. Mapes*, 4 Denio 571 (1847), ici 573 : « *I hardly need say that the Statutes of Pennsylvania can have no force within our limits, when they come in direct conflict with our own legislation. We had abandoned the practice which at one time prevailed, of sending paupers who had gained no settlement here, to the State where they had a legal settlement; and as the Legislature had determined to provide in future for all the poor within our limits, they intended that other States, so far as we are concerned, should do the same.* »

d'autres Etats, ces dispositions sont inopérantes [*nugatory*] car il n'existe pas de compétence pour leur donner un effet juridique ; par conséquent, les ordres de renvoi perdent toute force au moment où ils franchissent la frontière fédérée. En d'autres termes, le législateur de Pennsylvanie ne peut pas mettre à la charge d'autres États le secours des pauvres, même s'ils sont établis là-bas, et *a contrario* les autres États ne peuvent pas non plus faire de même avec les administrations des pauvres de Pennsylvanie. »<sup>833</sup> Il y a donc une tension certaine entre les États fédérés (et en leur sein, entre les autorités administratives et les juges) résultant, d'une part, d'une très large habilitation constitutionnelle et, d'autre part, d'une absence totale de coordination fédérale – à la différence de l'Allemagne ou de la Suisse à la même époque. Ces résistances jurisprudentielles ne doivent cependant pas masquer un certain consensus national autour de la question des pauvres, dont la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis se fait l'écho.

**231.** La Cour suprême des États-Unis va en effet pleinement autoriser les États fédérés à édicter des législations sur les pauvres, d'abord dans une célèbre affaire *New York v. Miln* rendu en 1837. En l'espèce, était en cause une législation passée par l'État de New York en 1824 qui prévoyait une obligation de déclaration des passagers d'un navire dès leur arrivée au port, sous la responsabilité du capitaine, et sous peine d'amende. Cette législation prévoyait notamment le renvoi d'un citoyen américain « *likely to become chargeable (...) to the place of his last settlement* »<sup>834</sup>, selon les formules anglaises bien connues du XVIIe siècle. La question qui se posait à la Cour était de savoir si l'Etat de New York n'avait pas outrepassé ses compétences en réglementant le commerce maritime, compétence appartenant exclusivement au Congrès des États-Unis. La Cour suprême répond par la négative et établit que l'État a agi dans les limites de ses pouvoirs de police, notamment pour protéger sa population des pauvres, selon une formule restée célèbre : « Nous pensons qu'il relève bien de la compétence de l'État, autant que d'une nécessité, d'adopter des mesures de précaution face à la *pestilence morale des pauvres* (...). »<sup>835</sup> (nous soulignons) Cette décision est confirmée, dans des termes plus sobres, dans les

---

<sup>833</sup> Supreme Court of Pennsylvania, *Limestone v. Chillisquaque*, 87 Pa. 294 (1878), ici 298 : « *It is indeed true that, by our poor laws, provision is made for the removal of paupers into other states, but this provision is nugatory in that there is no power by which it can be carried into effect ; hence, the order of removal loses all force the moment it crosses the state line. In other words, the legislature of Pennsylvania cannot charge the poor districts of other states with the support of paupers, though their settlements may properly be therein, and, per contra, other states cannot so charge the poor districts of Pennsylvania.* » Dans le même sens, au siècle suivant, la Cour suprême du Dakota du Nord invalide le mandat de renvoi d'une famille vers un autre Etat, considérant que les expulsions ne peuvent être valablement ordonnées qu'à l'intérieur de l'Etat : *North Dakota Supreme Court, Hilborn v. Briggs*, 58 N.D. 612 (1929).

<sup>834</sup> Voy. Act concerning Passengers in Vessels coming to the Port of New-York, 11 février 1824, in Corporation of New York, *Laws of the State of New-York*, New York, Gould and Banks, 1833, p. 567-570.

<sup>835</sup> United States Supreme Court, *New York v. Miln*, 36 U.S. 102 (1837), ici 142-143 : « *We think it as competent and as necessary for a state to provide precautionary measures against the moral pestilence of paupers,*

*Passenger cases* rendus en 1849 : « Les États disposent d’une compétence de police réservée pour renvoyer de leur territoire [*turn off from their territories*] les pauvres, les vagabonds et les fugitifs. »<sup>836</sup> Dans cette dernière affaire, la Cour suprême reprend d’ailleurs expressément, pour les consacrer, les exceptions prévues par la Constitution de 1777. La jurisprudence est constante durant l’ensemble du XIXe siècle<sup>837</sup>. Face à des termes aussi forts et évocateurs, les États demeurent assurément libres à cette époque de renvoyer les pauvres non originaires de leur territoire<sup>838</sup>.

**232.** Ces législations demeurent globalement au stade du « *law in books* » durant la majeure partie du XIXe siècle, et c’est la grande dépression des années 1930 qui actera le passage au stade du « *law in action* », donnant lieu aux applications les plus nombreuses et les plus spectaculaires des mesures restreignant le libre établissement des pauvres<sup>839</sup>. La grande dépression jette sur les routes de nombreux pauvres venant des États agricoles, souvent appelés « Okies », diminutif péjoratif du nom des citoyens de l’Oklahoma, qui gagnent l’Ouest et principalement la Californie pour y chercher du travail et de meilleures conditions de vie – Steinbeck racontera leur histoire dans *Les Raisins de la colère* en 1939. Pour se défendre de leur installation, et prenant acte des séries jurisprudentielles restreignant parfois l’application des ordres de renvoi au seul territoire fédéré, plusieurs États vont conclure entre eux des « accords interétatiques pour le renvoi et l’échange des pauvres »<sup>840</sup> qui vont justement permettre de conférer un effet

---

*vagabonds, and possibly convicts as it is to guard against the physical pestilence which may arise from unsound and infectious articles imported or from a ship the crew of which may be laboring under an infectious disease. »*

<sup>836</sup> United States Supreme Court, *Passenger cases*, 48 U.S. 283 (1849), ici 425. Le Chief Justice Taney, dans son opinion dissidente, confirme encore : « *For if the people of the several states of this Union reserved to themselves the power of expelling from their borders any person or class of persons whom it might deem dangerous to its peace or likely to produce a physical or moral evil among its citizens, then any treaty or law of Congress invading this right and authorizing the introduction of any person or description of persons against the consent of the state would be an usurpation of power which this Court could neither recognize nor enforce.* », *ibid.* 466.

<sup>837</sup> Voy. not. United States Supreme Court, *Railroad Company v. Husen*, 95 U.S. 465 (1877), spéc. 471 ; United States Supreme Court, *Plumley v. Massachusetts*, 155 U.S. 461 (1894), spéc. 478.

<sup>838</sup> Il est possible de voir dans cette position peu libérale de la Cour un positionnement résolument neutre dans les relations Nord-Sud aux Etats-Unis : laisser aux Etats la possibilité de réguler l’installation des pauvres, c’est permettre aux nordistes d’empêcher l’installation des esclaves fuyant le Sud, et réciproquement c’est permettre aux sudistes d’empêcher l’installation des esclaves affranchis venant du Nord. Voy. Note (Editorial Board), « Interstate Migration and Personal Liberty », *Columbia Law Review*, 1940, vol. 40, n° 6, p. 1037.

<sup>839</sup> Comme le note Stephen Loffredo, « “If You Ain’t Got The Do, Re, Mi” : The Commerce Clause and State Residence Restrictions on Welfare », *Yale Law & Policy Review*, 1993, vol. 11, n° 1, p. 157 : « *Exclusion laws of this sort were on the books in many states at the turn of the twentieth century, but first achieved notoriety during the Great Depression when enforced against the “Okies” and other internal economic refugees fleeing the dust bowl and other depressed agricultural or industrial areas.* » Sur le contexte de la grande dépression et des migrations, voy. Abigail E. Langer, « “Men made it, but they can’t control it” : Immigration Policy During the Great Depression, its Parallels to Policy Today, and the Future Implications of the Supreme Court’s Decision in *Chamber of Commerce v. Whiting* », *Connecticut Law Review*, 2011, vol. 43, n° 5, p. 1657-1659.

<sup>840</sup> Carl A. Heisterman, « Removal of Nonresident State-Poor by State and Local Authorities », *Social Service Review*, vol. 8, n° 2, p. 292-295, ici p. 292.

extraterritorial aux ordres de renvoi édictés par les autorités fédérées. Par ailleurs, dans une note détaillée publiée par le comité éditorial de la *Harvard Law Review* en 1940, les auteurs relèvent à cette époque huit législations fédérées prévoyant explicitement le renvoi forcé (*compulsory expulsion*) des pauvres vers leur Etat fédéré d'origine, et quatorze autres législations moins claires sur le caractère forcé ou non du renvoi, mais probablement obligatoire *de facto*<sup>841</sup>. Ces législations vont progressivement être jugées inconstitutionnelles par une série jurisprudentielle comprise entre 1941 et 1999. Mais avant d'étudier le recul puis la disparition des encadrements du droit de libre installation, il faut noter que ces lois permettant le renvoi des indigents sont en réalité des législations déguisées sur la nationalité fédérée.

### 3. Le rapport des *settlement and removal laws* avec la nationalité fédérée

233. Il est nécessaire à ce stade de montrer l'influence des législations relatives à l'établissement et au renvoi des indigents sur l'accès à la nationalité américaine. De fait, sans avoir été explicitement pensées ou théorisées ainsi, les législations sur les pauvres constituent des prévisions supplémentaires quant à l'acquisition de la nationalité fédérée.

234. **La fondation de la nationalité fédérée sur un critère de résidence.** – Pour mieux comprendre cette relation, il faut brièvement détailler les principes qui régissent le droit de la nationalité américaine. Dans l'Amérique 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 (le territoire des colonies, comme celui de l'Angleterre, est placé sous la souveraineté royale), et l'acquisition par la 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*)<sup>842</sup>. 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 Caroline – et cette accapuration du pouvoir de naturaliser ne va pas sans résistance de la part du pouvoir anglais<sup>843</sup>. La Révolution américaine achevée,

---

<sup>841</sup> Note (Editorial Board), « Depression Migrants and the States », *op. cit.*, p. 1034, note 16. À cette époque, les États utilisent souvent leurs forces de police ou des patrouilles civiles pour renvoyer les indigents, en dehors de tout cadre juridique, voy. Frank L. Dunlap, « Constitutional Law : Power of States to Prevent Entry of Paupers from Other States », *California Law Review*, 1938, vol. 26, n° 5, p. 603-610.

<sup>842</sup> 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, voy. James H. Kettner, *The Development of American citizenship (1608-1870)*, *op. cit.*, p. 65 s.

<sup>843</sup> *Ibid.*, p. 103-110 ; David S. Bogen, « The Privilege and Immunities Clause of Article IV », *op. cit.*, p. 815.

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 Etat fédéré, moyennant les exceptions déjà évoquées, ont droit aux privilèges et immunités des citoyens dans chacun des autres Etats fédérés. Pour autant, chaque Etat 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 Etat dispose de sa propre législation sur la naturalisation. Madison critique durement cet état juridique : « la dissemblance des règles de naturalisation est depuis longtemps jugée comme une faute de notre système politique »<sup>844</sup>. De fait, les étrangers peuvent aller chercher leur naturalisation dans l'Etat disposant en la matière de la législation la plus favorable, puis venir s'installer ensuite dans n'importe quel autre Etat fédéré et être traité en citoyen de celui-ci, moyennant l'application de l'article 4 de la Constitution confédérale<sup>845</sup>. Les critiques sont entendues et la nouvelle Constitution de 1787 prévoit la compétence exclusive du Congrès pour « établir une règle uniforme relative à la naturalisation » (art. I, section 8, 4.), c'est chose faite dès 1790<sup>846</sup>.

**235.** Dès lors, l'ensemble des États fédérés disposent des mêmes règles pour déterminer leurs nationaux, que ce soit par le droit du sol ou la naturalisation. Émerge alors dès les années 1800, dans la jurisprudence des juges fédérés, le système de *nationalité fédérée par la résidence* : puisque tous les Américains accèdent à la nationalité de la même manière, leur nationalité fédérée est déterminée par leur résidence dans un Etat particulier<sup>847</sup>. La Cour suprême confirme cette interprétation dans un arrêt *Shelton v. Tiffin* rendu en 1848 : « Lors d'un changement de domicile d'un État à l'autre, l'accès à la citoyenneté dépend de l'intention de l'individu. Et cette intention est mieux montrée par les actes que par les déclarations. »<sup>848</sup> La domiciliation juridique – le terme est plus rigoureux que la notion de résidence<sup>849</sup> – emporte donc

---

<sup>844</sup> James Madison, « XLII. General view of the powers proposed to be vested in the union – The same view continued », *op. cit.*, p. 231 : « *The dissimilarity in the rules of naturalization, has long been remarked as a fault in our system (...).* »

<sup>845</sup> Voy. les critiques de Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Hilliard, Gray and Company, Cambridge, Brown, Shattick and Company, 1833, 1<sup>ère</sup> éd., n° 1097-1099, p. 1-3 et n° 1799-1800, p. 673-675.

<sup>846</sup> Act to establish an uniform Rule of Naturalization, 26 mars 1790, in Richard Peters (dir.), *United States Statutes at Large*, I, Boston, Chales C. Little et James Brown, 1845, p. 103-104 et la note sur les révisions successives.

<sup>847</sup> Voy. James H. Kettner, *American citizenship (1608-1870)*, *op. cit.*, p. 262-263.

<sup>848</sup> United States Supreme Court, *Shelton v. Tiffin*, 47 U.S. 163 (1848), ici 185.

<sup>849</sup> Voy. Willis L. M. Reese et Robert S. Green, « That Elusive Word, "Residence" », *Vanderbilt Law Review*, 1953, vol. 6, p. 561-580.

l'accès à la nationalité fédérée, dès lors que l'individu est soit né dans un Etat fédéré américain, soit naturalisé en vertu de la législation fédérale.

**236.** Ce principe comprend toutefois une exception notable : en application de théories raciales, la naissance dans certains États fédérés du Sud – esclavagistes – ne confère pas la nationalité aux Noirs-Américains. Dès lors, ces personnes ne disposant pas de la nationalité fédérée, ils ne peuvent se prévaloir de l'appartenance à la communauté nationale, que ce soit dans leur Etat de naissance ou dans un autre État fédéré. La Cour suprême confirme cette exception dans une célèbre affaire *Dred Scott v. Sandford* rendue en 1857 sous la plume de son Chief Justice, Roger Taney. Dans cette décision, Taney confirme que « parmi les compétences que les États possèdent indiscutablement se trouve celle de déterminer quelles personnes doivent ou ne doivent pas être considérées comme des citoyens. »<sup>850</sup> En particulier, excluant de ce principe les règles relatives à la naturalisation (constitutionnellement réservées au Congrès), le juge considère que « la Constitution a laissé aux États le soin de déterminer quelles personnes, parmi celles nées sur leur territoire, devaient obtenir la nationalité des États-Unis par la naissance. »<sup>851</sup> Autrement dit, si les États fédérés sont constitutionnellement liés par les règles fédérales relatives à la naturalisation, ils demeurent libres d'appliquer le droit du sol (d'en exclure l'application en réalité) selon leurs propres critères, et ainsi exclure, le cas échéant, les populations noires-américaines. Ces individus exclus du droit du sol dans leur État de naissance ne peuvent donc pas être considérés comme des citoyens et accéder aux privilèges et immunités de l'article IV de la Constitution. La défaite militaire du Sud en 1865 lors de la Guerre de Sécession ouvre finalement la voie à l'adoption d'un XIV<sup>ème</sup> amendement constitutionnel en 1868, explicitement prévu pour renverser cette jurisprudence. Il dispose : « Toute personne née ou naturalisée aux États-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel elle réside. » (sect. 1) Par ce nouvel amendement, les règles relatives à l'obtention de la nationalité par le droit du sol sont fédéralisées, autrement dit les États fédérés n'ont plus de compétence juridique pour discriminer entre les individus nés sur leur territoire. Ainsi, les personnes noires-américaines accèdent toutes à la nationalité fédérée de l'État dans lequel elles sont nées, ou, après une mobilité interétatique, de l'État dans lequel elles résident. Le XIV<sup>ème</sup> amendement

---

<sup>850</sup> United States Supreme Court, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857), ici 579 : « Among the powers unquestionably possessed by the several States, was that of determining what persons should and what persons should not be citizens. ».

<sup>851</sup> *Ibid.* 582 : « 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 (...). ».

consacre ainsi la position déjà arrêtée par la jurisprudence selon laquelle, une fois né ou naturalisé aux États-Unis, la nationalité fédérée se déduit de la résidence<sup>852</sup>.

**237. L'encadrement de la résidence, et donc de la nationalité, par la législation sur les pauvres.** – La Cour suprême des États-Unis juge en 1873 dans les affaires *Slaughter-House*, par l'opinion majoritaire délivrée par le Justice Samuel Miller, qu'« un citoyen américain peut, par sa propre volonté [*of his own volition*], devenir un citoyen de n'importe quel Etat fédéré par le biais d'une résidence de bonne foi [*bona fide residence*] sur son territoire, acquérant alors les mêmes droits que les autres citoyens de cet Etat. »<sup>853</sup> La Cour respecte ainsi, sur ce point<sup>854</sup>, l'apport du XIV<sup>ème</sup> amendement, et reste d'ailleurs dans la continuité de sa jurisprudence déjà arrêtée en matière de nationalité fédérée et de résidence. Dès lors, selon ce principe, un citoyen américain fixant son domicile dans un Etat fédéré en acquiert la nationalité, ce qui n'est pas sans importance puisque la possession de la nationalité fédérée emporte plusieurs protections constitutionnelles, notamment contre les discriminations.

**238.** Or, les États fédérés, par l'édition de législation prévoyant le renvoi des pauvres non établis, privent potentiellement les citoyens américains d'une résidence sur un territoire fédéré, et donc de la nationalité fédérée qui s'en déduit normalement. Ainsi, il est possible de démontrer que les États qui prévoient des lois sur l'établissement et le renvoi des pauvres créent en réalité une période probatoire pendant laquelle les Américains, pourtant juridiquement domiciliés sur leur territoire, n'acquièrent pas pour autant la nationalité fédérée<sup>855</sup>. En ce sens, la Cour Suprême de Pennsylvanie juge en 1878 dans une affaire *Limestone v. Chillisquaque* (préc.) que deux enfants mineurs, non établis et à la charge de l'État de Pennsylvanie, n'en sont pas citoyens mais « étrangers [*strangers*] » – ils y résident pourtant depuis plus d'un an avec leur mère et leur grand-père<sup>856</sup>. De la même manière, la Cour Suprême du Dakota du Nord juge en 1929

---

<sup>852</sup> Pour un aperçu de droit comparé, voy. le résumé sommaire mais complet sur l'évolution de la nationalité allemande dans le contexte fédéral de Rainer Hofmann, « German Citizenship Law and European Citizenship », in Massimo La Torre (dir.), *European Citizenship : An Institutional Challenge*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 160-164.

<sup>853</sup> United States Supreme Court, *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873), ici 80 : « a citizen of the United States can, of his own volition, become a citizen of any State of the Union by a bona fide residence therein, with the same rights as other citizens of that State. »

<sup>854</sup> La décision est contestée sur l'interprétation du contenu des privilèges et immunités reconnus aux citoyens, voy. *infra* n° 250.

<sup>855</sup> Cette analyse matérielle de la nationalité, sortant des cadres formels des *citizenship cases*, est également retenue par Peter J. Spiro, « Review – The Citizenship Dilemma : Civic Ideals : Conflicting Visions of Citizenship in U. S. History by Rogers M. Smith », *Stanford Law Review*, 1999, vol. 51, n° 3, p. 619, note 112 et Ann Pieter van der Mei, *Free Movement of Persons within the European Community. Cross-Border Access to Public Benefits*, thèse, Maastricht, 2001, p. 108 (cette thèse remarquable porte, comme son nom ne l'indique pas, sur une comparaison entre l'Union européenne et les États-Unis ; elle est parue dans une version réduite chez Hart Publishing en 2003).

<sup>856</sup> Supreme Court of Pennsylvania, *Limestone v. Chillisquaque*, 87 Pa. 294 (1878).

dans une affaire *Hilborn v. Briggs* qu'ordonner le renvoi d'un indigent vers un autre État, quelle que soit la durée de sa résidence, revient à considérer qu'il n'est pas citoyen de l'État dans lequel il réside<sup>857</sup>. Les lois américaines sur les pauvres interfèrent ainsi avec la notion de nationalité fédérée par résidence consacrée par le XIV<sup>ème</sup> amendement, et recréent une compétence étatique pour réguler l'accès à la nationalité fédérée. Autrement dit, si à partir de 1868 (adoption du XIV<sup>ème</sup> amendement) les États fédérés n'ont plus la maîtrise des conditions d'accès à la nationalité fédérale (le droit du sol et la naturalisation étant tous deux prévus par la Constitution fédérale), ils conservent la capacité d'empêcher l'acquisition de la nationalité fédérée en agissant sur la résidence du citoyen américain indigent.

**239.** À ce stade historique de la construction fédérale américaine, l'articulation entre nationalité fédérée et libre installation des indigents est inédite et originale par rapport aux exemples allemands et suisses. Dans ces deux pays, le principe est que la nationalité fédérée est fixée à la naissance ou par naturalisation, et que les ressortissants d'un *Land* ou d'un Canton peuvent s'installer sur tout le territoire fédéral, sauf à se faire renvoyer par leur État fédéré d'accueil (pour des motifs d'indigence ou d'ordre public) vers leur *Land* ou Canton de nationalité – et ce renvoi peut intervenir à n'importe quel moment de leur installation, que la personne soit installée depuis moins d'un an ou trente ans<sup>858</sup>. Aux États-Unis en revanche, au moins à partir de l'adoption du XIV<sup>ème</sup> amendement, les Américains ne possèdent pas une nationalité fédérée fixe ou immuable<sup>859</sup>. C'est par leur résidence qu'ils vont obtenir une telle nationalité, moyennant pour les indigents l'acquisition d'un « établissement » au terme d'une période probatoire (variable selon les Etats) pendant laquelle ils peuvent être expulsés vers un État qui ne les reconnaîtra pas nécessairement comme ses ressortissants<sup>860</sup>. En revanche, une fois la nationalité fédérée acquise par la résidence, plus aucune expulsion ne peut intervenir puisque l'Etat de nationalité correspond à l'Etat de domicile. Il en ressort toutefois un point commun : dans ces

---

<sup>857</sup> North Dakota Supreme Court, *Hilborn v. Briggs*, 58 N.D. 612 (1929).

<sup>858</sup> La situation est évidemment différente en Suisse pour les indigents à partir de la période de conclusion des concordats d'assistance au lieu de domicile, ou en Allemagne si l'indigent possède un domicile de secours sur son lieu de résidence.

<sup>859</sup> Comme le note Louis Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Marchal et Billard, 1896, p. 695, note 2, en se fondant manifestement sur la structure américaine : « Aussi l'acquisition de l'indigénat local [*la nationalité fédérée*] est-elle soumise à des règles toutes particulières, et parfois même effectuée de plein droit en dehors de toute formalité, par le seul fait que ce citoyen vient fixer son domicile dans un État autre que son État d'origine. Le changement d'indigénat s'opère donc en ce cas exactement comme le changement de domicile dans l'État unitaire ».

<sup>860</sup> Le dernier Etat de résidence légale (par défaut l'Etat de naissance) peut posséder lui aussi une période probatoire avant d'autoriser l'établissement. Il est de fait courant qu'un Américain soit renvoyé vers un Etat où il n'est plus légalement établi et, par conséquent, dont il n'est plus citoyen. Voy. Note (Editorial Board), « Depression Migrants and the States », *op. cit.*, p. 1033.



trois pays, l'indigent peut se voir renvoyé par l'Etat qui l'accueille sur le fondement de sa non appartenance à la communauté nationale fédérée – même si aux États-Unis cette possibilité n'existe pas dans tous les États fédérés, et ne dure en toutes hypothèses pas indéfiniment. Cette restriction américaine à la libre installation va disparaître par la voie jurisprudentielle à partir de 1941.

## **B. L'abolition de la distinction à l'égard des indigents dans l'Amérique contemporaine**

**240.** L'inertie de nombreux États fédérés, propre à maintenir des distinctions entre citoyens fédéraux, ne pouvait être renversée que par la juridiction suprême américaine. Il faudra attendre une première jurisprudence *Edwards* en 1941 pour faire émerger l'idée de l'inconstitutionnalité des législations prévoyant des règles de *settlement* et de *removal* en vertu de l'atteinte à la clause de commerce interétatique (*interstate commerce clause*, art. I, sect. 8, clause 3) (1). Cette reconnaissance indirecte sera plus précisément consacrée en 1969 sur le fondement de la clause d'égalité de protection (*equal protection clause*) du XIV<sup>ème</sup> amendement dans une affaire *Shapiro*, puis sur le nouveau fondement – davantage protecteur – des privilèges et immunités des citoyens américains du même XIV<sup>ème</sup> amendement dans une affaire *Saenz* rendue en 1999 (2).

### **1. La reconnaissance indirecte de l'inconstitutionnalité : *Edwards v. California***

**241. Une première reconnaissance indirecte : l'affaire *Edwards*.** – Dans cette première affaire, n'était pas en cause une loi relative à l'établissement et au renvoi des personnes pauvres. Il s'agissait plutôt d'une loi californienne pénalisant les citoyens de cet État qui amènent – ou aident à amener – intentionnellement des indigents sur le territoire de l'État. En l'espèce, en janvier 1940, Edwards transporte par voiture le frère de sa femme, citoyen du Texas, jusqu'à Marysville, Californie, lieu de la résidence familiale ; son beau-frère s'y maintient et y demande notamment le secours des autorités. Les autorités californiennes, mises au courant de la situation, décident de poursuivre Edwards et obtiennent sa condamnation. Il saisit alors la Cour suprême des États-Unis en alléguant l'inconstitutionnalité de la législation californienne<sup>861</sup>. La Cour, par la voix du *Justice* James F. Byrnes (démocrate proche de Roosevelt) qui rédige l'opinion majoritaire, va lui donner raison. Byrnes fonde l'argumentation constitutionnelle sur la clause de commerce interétatique (*interstate commerce clause*, art. I, sect. 8, clause 3). Cette

---

<sup>861</sup> Sur l'ensemble, voy. United States Supreme Court, *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941), spéc. 170-172.

clause donne une compétence exclusive au Congrès fédéral pour légiférer en matière de commerce entre États ; réciproquement, elle interdit aux États d'intervenir dans ce domaine<sup>862</sup>. Dès lors, les États fédérés ne peuvent décider de « s'isoler des difficultés communes en restreignant le déplacement des personnes et des biens sur le territoire. »<sup>863</sup> Au support de cette remarque, Byrne cite Cardozzo : « [La Constitution] a été bâtie sur l'idée que les populations des différents États doivent nager ou couler ensemble [*sink or swim together*] et selon laquelle, à long terme, la prospérité et le salut sont dans l'union et non dans la division. »<sup>864</sup>

**242.** Une rupture franche est ainsi annoncée avec deux héritages. Le premier est celui des *poor laws* anglaises : « Nous considérons (...) que les principes fixés par les lois élisabéthaines sur les pauvres [*Elizabethan poor laws*] ne collent plus à la réalité [*no longer fits the facts*]. »<sup>865</sup> Le second est celui de la jurisprudence *Miln v. New York* dans laquelle la Cour mentionnait la « peste morale des pauvres » : « Nous ne nous considérons pas liés par le langage utilisé dans l'affaire *City of New York v. Miln*, jugée en 1837. Quel que soit le concept qui autrefois prévalait, nous ne pensons pas qu'il serait aujourd'hui sérieusement envisagé que, parce qu'une personne est sans emploi et sans argent, il représente une "peste morale". Pauvreté et immoralité ne sont pas synonymes. »<sup>866</sup> La Cour se détache alors avec la plus grande netteté des principes anglais qu'elle avait adoptés au XIXe siècle. C'est un renversement net et solennel de jurisprudence<sup>867</sup>.

---

<sup>862</sup> United States Supreme Court, *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941), ici 172-173.

<sup>863</sup> *Ibid.* 173 : « *And none is more certain than the prohibition against attempts on the part of any single State to isolate itself from difficulties common to all of them by restraining the transportation of persons and property across its borders.* »

<sup>864</sup> United States Supreme Court, *Baldwin v. Seelig*, 294 U.S. 511 (1935), ici 523 : « *The Constitution was framed under the dominion of a political philosophy less parochial in range. It was framed upon the theory that the peoples of the several States must sink or swim together, and that in the long run prosperity and salvation are in union and not division.* » La traduction est de Thibault Guilluy, in Christoph Schönberger, « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale. Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif », *op. cit.*, p. 266.

<sup>865</sup> United States Supreme Court, *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941), ici 174 : « *We do, however, suggest that the theory of the Elizabethan poor laws no longer fits the facts.* » Le développement d'un système fédéral de sécurité sociale y est pour beaucoup, voy. Ann Pieter van der Mei, *Free Movement of Persons within the European Community. Cross-Border Access to Public Benefits*, *op. cit.*, p. 201-232 ; « Freedom of Movement for Indigents: a Comparative Analysis of American Constitutional Law and European Community Law », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2002, vol. 19, n° 3, p. 807-809.

<sup>866</sup> United States Supreme Court, *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941), ici 177 : « *we do not consider ourselves bound by the language referred to. City of New York v. Miln was decided in 1837. Whatever may have been the notion then prevailing, we do not think that it will now be seriously contended that because a person is without employment and without funds he constitutes a "moral pestilence". Poverty and immorality are not synonymous.* »

<sup>867</sup> Facilité à l'époque par l'émergence au niveau fédéral des principes de l'État providence.

**243.** *Les critiques du fondement commercial de la décision.* – Dans deux opinions concurrentes, plusieurs juges de la Cour suprême vont s’écarter de l’argumentation de Byrne, non sans une certaine ironie. Le *Justice* William Douglas affirme ainsi dès le début de son opinion concurrente (jointe par les *Justices* Hugo Black et William Murphy) : « Je suis de l’avis que les personnes – bien davantage que le bétail, les fruits, l’acier ou le charbon – jouissent d’une liberté de mouvement mieux protégée dans notre ordre constitutionnel. »<sup>868</sup> Le *Justice* Robert Jackson confirme ce point de vue dans sa propre opinion concurrente : « La migration d’un homme, dont on peut imaginer qu’il ne possède rien pouvant être vendu et qu’il n’a pas les moyens d’acheter quoi que ce soit, ne correspond que difficilement à ma définition du commerce. Ici, adopter une approche commerciale conduit soit à tordre le droit commercial, soit à dénaturer les droits de l’homme. »<sup>869</sup> Ces deux auteurs fondent plutôt le droit de libre circulation et de libre résidence sur les privilèges et immunités garantis aux citoyens américains par le XIV<sup>ème</sup> amendement<sup>870</sup>. Les mots de Jackson sont ainsi restés célèbres :

« Cette Cour devrait (...) fermement soutenir que c’est un privilège du citoyen des États-Unis, protégé de toute restriction des États fédérés [*state abridgment*], d’entrer dans n’importe quel État de l’Union, que ce soit pour un séjour temporaire [*temporary sojourn*] ou pour l’établissement d’une résidence permanente [*permanent residence*] conduisant à l’acquisition de la citoyenneté de cet État. Si la citoyenneté fédérale [*national citizenship*] signifie moins que cela, alors elle ne signifie rien. »<sup>871</sup>

**244.** Cette argumentation est alors loin d’être inédite et se fonde sur de solides précédents. La première affirmation jurisprudentielle du droit des citoyens américains de résider dans l’Etat fédéré de leur choix remonte au début du XIX<sup>e</sup> siècle, dans une célèbre affaire *Corfield v. Coryell* rendue en 1823 par le *Justice* Bushrod Washington (neveu de George Washington), membre de la Cour suprême des États-Unis. Toutefois, cette décision n’émane pas de la Cour

---

<sup>868</sup> United States Supreme Court, *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941), ici 177 : « *But I am of the opinion that the right of persons to move freely from State to State occupies a more protected position in our constitutional system than does the movement of cattle, fruit, steel and coal across state lines.* »

<sup>869</sup> *Ibid.* 182 : « *But the migrations of a human being, of whom it is charged that he possesses nothing that can be sold and has no wherewithal to buy, do not fit easily into my notions as to what is commerce. To hold that the measure of his rights is the commerce clause is likely to result eventually either in distorting the commercial law or in denaturing human rights.* »

<sup>870</sup> « *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States ; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law ; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.* »

<sup>871</sup> United States Supreme Court, *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941), ici 183 : « *This Court should, however, hold squarely that it is a privilege of citizenship of the United States, protected from state abridgment, to enter any state of the Union, either for temporary sojourn or for the establishment of permanent residence therein and for gaining resultant citizenship thereof. If national citizenship means less than this, it means nothing.* »

suprême mais d'une juridiction fédérale du second degré (« *Circuit Court* ») – à l'époque, les juges de la Cour suprême devaient être membres de juridictions inférieures durant la moitié de l'année. C'est donc Bushrod Washington, jugeant seul en appel, qui rend l'opinion, mais il le fait avec l'autorité d'un juge à la Cour suprême, ce qui donne à cette décision la force d'un précédent – d'autant qu'il s'attaque à une question délicate. Il cherche alors à déterminer quels sont les « privilèges et immunités » (conformément à l'article IV de la Constitution) des citoyens américains dans les différents États fédérés. Il considère alors que ces droits sont d'une nature « fondamentale »<sup>872</sup>, et qu'il faut placer parmi eux « le droit d'un citoyen d'un État fédéré de traverser un autre État ou d'y résider »<sup>873</sup>. Comme le note un auteur en 1940, « ce *dictum* a été si souvent cité et approuvé par la Cour [suprême des États-Unis] qu'il a désormais presque force de loi [*settled law*] »<sup>874</sup>. On en trouve une consécration particulièrement nette dans une affaire *United States v. Wheeler* jugée en 1920 dans laquelle le *Chief Justice* Edward D. White note dans l'opinion majoritaire, en se fondant sur *Corfield v. Coryell*, que « Le droit d'un citoyen des États-Unis de résider et de travailler dans tout endroit de son choix – compris dans les limites des États-Unis – est un droit fondamental rattaché à ses libertés individuelles. »<sup>875</sup>

**245.** Toutefois, fonder un droit de libre établissement sur les privilèges et immunités des citoyens américains demeure audacieux. De fait, à cette époque, l'opinion la plus répandue veut que ce droit de résider n'est qu'une affirmation de principe qui connaît des exceptions, notamment pour les personnes pauvres – interprétation renforcée par les exclusions originaires prévues dans les Articles de la Confédération<sup>876</sup>. Dès lors, fonder l'argumentation sur les privilèges et immunités présentait un risque pour les tenants d'une interprétation « originaliste », risque que n'ont sans doute pas souhaité prendre Byrne et les signataires de l'opinion majoritaire<sup>877</sup>.

<sup>872</sup> Circuit Court, E.D. Pennsylvania, *Corfield v. Coryell*, 6 F. Cas. 546 (1823), ici 551.

<sup>873</sup> *Ibid.* 552 : « *The right of a citizen of one state to pass through, or to reside in any other state (...) may be mentioned as some of the particular privileges and immunities of citizens* ».

<sup>874</sup> Note (Editorial Board), « Depression Migrants and the States », *op. cit.*, p. 1037 : « *But the dictum in the Corfield case including as fundamental privileges "the right of a citizen of one state to pass through, or reside in any other state," has been so often quoted and approved by the Court as to have nearly the force of settled law.* »

<sup>875</sup> United States Supreme Court, *United States v. Wheeler*, 254 U.S. 281, ici 290 : « *The right of a citizen of the United States to reside and work within the bounds of the United States wherever he may choose is a fundamental right pertaining to his individual liberty.* » On trouve un autre exemple d'affirmation de ce droit dans l'opinion dissidente du Justice Joseph P. Bradley rendue sur les affaires *Slaughter-House* (préc.) en 1873, 83 U.S. 112-113 : « *A citizen of the United States has a perfect constitutional right to go to and reside in any State he chooses, and to claim citizenship therein, and an equality of rights with every other citizen ; and the whole power of the nation is pledged to sustain him in that right.* »

<sup>876</sup> Voy. Note (Editorial Board), « Depression Migrants and the States », *op. cit.*, p. 1037, note 42.

<sup>877</sup> Voy. David S. Bogen, « The Privilege and Immunities Clause of Article IV », *op. cit.*, p. 848-849. Une bonne analyse de l'avantage comparé du raisonnement fondé sur le commerce interétatique plutôt que sur les privilèges

**246. Les angles morts d'une reconnaissance indirecte.** – Même si les termes utilisés par Byrne dans l'opinion majoritaire, et par Douglas et Jackson dans leurs opinions concurrentes, ne manquent absolument pas de clarté, il n'en demeure pas moins que la décision *Edwards* ne porte pas sur les lois relatives à l'établissement et au renvoi des pauvres, et que conclure à leur inconstitutionnalité relève du raisonnement par analogie. Beaucoup d'auteurs à la suite de cette affaire arrivent facilement à ce résultat : l'inconstitutionnalité d'une législation sur la pénalisation du transport d'indigent fondé sur la violation de la compétence fédérale en matière de commerce emporte *a fortiori* l'inconstitutionnalité de l'ensemble des législations sur les pauvres<sup>878</sup>. Pour autant, Mandelker rapporte dans un article paru en 1956 que des renvois interétatiques ont encore lieu après *Edwards*, l'État d'Iowa renvoyant par exemple vingt familles indigentes vers d'autres États fédérés en 1946<sup>879</sup>. La consolidation de cette jurisprudence est donc tardive et nécessitera le renfort de nouvelles décisions, affirmant plus directement l'inconstitutionnalité des lois sur l'établissement et le renvoi.

## **2. La reconnaissance directe de l'inconstitutionnalité : *Shapiro v. Thomson* et *Saenz v. Roe***

**247. L'affaire Shapiro et l'égalité protection des lois (XIV<sup>ème</sup> amendement).** – L'affaire Shapiro va justement porter sur des législations sociales – en l'espèce émanant des États du Connecticut et de Pennsylvanie, et du District de Columbia<sup>880</sup> – réservant l'accès à certaines prestations aux résidents présents sur le territoire depuis plus d'un an, un « *durational requirement* ». Était en cause le refus d'accès à l'*Aid to Families with Dependent Children*, une prestation sociale fédérale mise en œuvre par les législations fédérées et qui ne pouvait donc être versée aux nouveaux résidents. L'opinion majoritaire est délivrée en 1969 par le Justice William J. Brennan, un démocrate libéral nommé par Eisenhower. L'argumentation constitutionnelle repose sur la violation de la « clause d'égalité protection » (« *[No State shall] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* ») prévue par le XIV<sup>ème</sup> amendement de la Constitution américaine. Cette clause, historiquement conçue pour protéger les

---

et immunités peut être trouvée dans Note (Editorial Board), « Interstate Migration and Personal Liberty », *op. cit.*, p. 1035-1043.

<sup>878</sup> Voy. Stephen Loffredo, « “If You Ain't Got The Do, Re, Mi”: The Commerce Clause and State Residence Restrictions on Welfare », *op. cit.*, p. 158, note 67 ; Daniel R. Mandelker, « Exclusion and Removal Legislation », *Wisconsin Law Review*, 1956, vol. 57, p. 69-70.

<sup>879</sup> Daniel R. Mandelker, « Exclusion and Removal Legislation », *op. cit.*, p. 67, note 37.

<sup>880</sup> Le District de Columbia, ressort territorial de la capitale fédérale Washington, ne dispose pas d'un statut étatique. Sa législation est directement édictée par le Congrès fédéral, qui délègue en la matière une partie de son pouvoir au District.

Noirs-Américains, prohibe tout traitement discriminatoire entre les résidents d'un État<sup>881</sup>. Brennan considère que cette clause entre en jeu dès lors que « dans chacune de ces affaires, l'effet de la période d'attente est de créer deux classes de familles résidentes dans le besoin, impossible à distinguer l'une de l'autre, sauf à relever que l'une a résidé plus d'un an dans le ressort de l'État, et l'autre pas. »<sup>882</sup> Il concède une stricte filiation de ces lois avec les précédents anglais et coloniaux<sup>883</sup>, et note leur but : « décourager l'afflux de familles pauvres »<sup>884</sup> et ainsi « préserver l'intégrité financière des programmes d'assistance publique »<sup>885</sup>. Mais pour Brennan, « entraver la migration des personnes dans le besoin n'est pas un but constitutionnellement admissible pour un Etat. »<sup>886</sup>

**248.** En effet, le droit de se déplacer librement entre les États (*right of interstate travel* – « *travel* » étant parfois remplacé par *movement* ou *migration*) est depuis longtemps garanti dans son principe par la jurisprudence de la Cour<sup>887</sup>. Dès lors, pour résumer l'apport de cette décision en mobilisant les concepts de Brennan, toute classification entre citoyens servant à pénaliser (*penalize*) l'exercice de la liberté constitutionnelle de circulation est contraire à la clause d'égalité de protection garantie par le XIV<sup>ème</sup> amendement, sauf à ce que l'État parvienne à démontrer qu'il répond à un impérieux motif gouvernemental (*compelling governmental interest*)<sup>888</sup>. En l'espèce, pour la Cour, la protection des finances de l'Etat par le découragement de la migration ne peut en aucune manière satisfaire ce critère.

---

<sup>881</sup> Pour plus de détails, voy. Ann Pieter van der Mei, *Free Movement of Persons within the European Community. Cross-Border Access to Public Benefits*, *op. cit.*, p. 102-108.

<sup>882</sup> United States Supreme Court, *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969), ici 627 : « *the effect of the waiting-period requirement in each case is to create two classes of needy resident families indistinguishable from each other except that one is composed of residents who have resided a year or more, and the second of residents who have resided less than a year, in the jurisdiction.* »

<sup>883</sup> *Ibid.* 628, note 7 : « *The waiting-period requirement has its antecedents in laws prevalent in England and the American Colonies centuries ago which permitted the ejection of individuals and families if local authorities thought they might become public charges.* »

<sup>884</sup> *Ibid.* 629 : « *protect the jurisdiction from an influx of persons seeking more generous public assistance than might be available elsewhere.* »

<sup>885</sup> *Ibid.* 628 : « *preserve the fiscal integrity of state public assistance programs.* »

<sup>886</sup> *Ibid.* 629 : « *But the purpose of inhibiting migration by needy persons into the State is constitutionally impermissible.* »

<sup>887</sup> *Ibid.* 629-633.

<sup>888</sup> *Ibid.* 634 : « *But in moving from State to State or to the District of Columbia appellees were exercising a constitutional right, and any classification which serves to penalize the exercise of that right, unless shown to be necessary to promote a compelling governmental interest, is unconstitutional.* » et *ibid.* 638 « *Since the classification here touches on the fundamental right of interstate movement, its constitutionality must be judged by the stricter standard of whether it promotes a compelling state interest. Under this standard, the waiting-period requirement clearly violates the Equal Protection Clause.* »

249. Sans équivoque possible, cette décision marque la fin – « l'éradication »<sup>889</sup> selon Loffredo – de l'ensemble des législations fédérées de tradition anglaise prévoyant des règles de *settlement* et de *removal*. Le renvoi d'un indigent est une négation absolue de la liberté de mouvement qui répond exclusivement à un objectif de régulation forcée des flux migratoires ; il est nécessairement prohibé par les critères dégagés dans l'arrêt *Shapiro*. La Cour réceptionne ainsi pleinement les principes du New Deal et de l'État providence en complétant le travail déjà commencé par l'arrêt *Edwards* vingt-huit années auparavant<sup>890</sup>. Elle écarte ainsi la vision moraliste et hostile à la pauvreté ancrée dans le XIXe siècle, et consacre ce que les politistes appellent « la citoyenneté sociale »<sup>891</sup>. Les principes de cette jurisprudence seront encore approfondis dans une nouvelle décision rendue en 1999.

250. **L'affaire Saenz et les privilèges et immunités des citoyens (XIV<sup>ème</sup> amendement).** – L'apport de cette décision est plus formel que substantiel : face à une réémergence au tournant des années 1980 et 1990 de politiques visant à réduire les prestations sociales des nouveaux arrivants dans les États<sup>892</sup> – en particulier la Californie –, la Cour suprême a réaffirmé l'inconstitutionnalité de telles mesures, mais cette fois en fondant son argumentation sur les privilèges et immunités du XIV<sup>ème</sup> amendement, et non plus la clause d'égalité de protection du même article. Le *Justice* John Paul Stevens, républicain progressiste nommé par Ford, délivre l'opinion majoritaire en 1999. L'on retient surtout qu'il y donne une nouvelle définition synthétique du *right of travel* :

« Le “droit de se déplacer” en cause dans notre affaire recoupe trois différentes composantes. Il protège le droit de tout citoyen d'un État d'entrer et de sortir [*to enter and to leave*] d'un autre État ; le droit d'être traité comme un visiteur bienvenu [*welcome visitor*] plutôt que comme un étranger hostile [*unfriendly alien*] lorsqu'il est temporairement présent dans le second État ; et, pour ceux parmi les voyageurs qui élisent une résidence permanente [*permanent residents*], le droit d'être traité comme n'importe quel autre citoyen de l'État. »<sup>893</sup>

---

<sup>889</sup> Stephen Loffredo, « “If You Ain't Got The Do, Re, Mi” : The Commerce Clause and State Residence Restrictions on Welfare », *op. cit.*, p. 161.

<sup>890</sup> *Ibid.* L'évolution est également due à l'activisme des juristes américains des années 1960 et suivantes dans le « Poverty Law Movement », voy. par exemple Charles A. Reich, « Individual Rights and Social Welfare : The Emerging Legal Issues », *Yale Law Journal*, 1965, vol. 74, n° 7, p. 1248-1249 (sur la nécessité de faire juger inconstitutionnelles les lois sur l'établissement et le renvoi des pauvres). Sur ce phénomène, voy. Steven [Stephen] Loffredo, « Poverty Law and Community Activism », *University of Pennsylvania Law Review*, 2001, vol. 150, n° 1, p. 178-182.

<sup>891</sup> La conceptualisation de la « citoyenneté sociale » revient à Thomas Marshall, voy. par exemple *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, p. 46-74.

<sup>892</sup> Voy. Stephen Loffredo, « “If You Ain't Got The Do, Re, Mi” : The Commerce Clause and State Residence Restrictions on Welfare », *op. cit.*, p. 171 s.

<sup>893</sup> United States Supreme Court, *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999), ici 500 : « *The “right to travel” discussed in our cases embraces at least three different components. It protects the right of a citizen of one State to enter and to leave another State, the right to be treated as a welcome visitor rather than an unfriendly alien when temporarily*

Stevens note qu'est ici en cause la troisième composante de ce droit, c'est-à-dire le droit de se déplacer en tant qu'il emporte le droit de résidence permanente dans un autre État, sans subir de traitement différencié par rapport aux autres citoyens de cet État. Il note alors, et c'est là l'apport de cette décision, que ce droit est directement protégé par « le statut de citoyen des États-Unis »<sup>894</sup>, c'est-à-dire par la nationalité fédérale, en vertu des privilèges et immunités garantis par le XIV<sup>ème</sup> amendement<sup>895</sup>. Autrement dit, tout citoyen américain, en vertu de sa nationalité fédérale, dispose d'un droit de séjour sur le territoire de l'État fédéré de son choix, et subséquemment du droit d'y être traité sans discrimination. La législation californienne discriminant les nouveaux arrivants au regard du droit aux prestations sociales est ainsi jugée inconstitutionnelle : « En résumé, bien qu'il s'agisse d'un intérêt légitime de l'État, réaliser des économies financières ne constitue pas une justification pour prendre des décisions discriminatoires entre citoyens également éligibles. »<sup>896</sup> Le standard de contrôle, selon les termes de Stevens, est plus « catégoriel que celui articulé dans Shapiro, mais certainement pas moins strict. »<sup>897</sup> Le changement de paradigme – de la clause d'égalité de protection aux privilèges et immunités des citoyens – est surtout formel, la Cour continue de rechercher l'existence d'une discrimination entre citoyens et examine si l'État fédéré apporte une justification légitime. Finalement, Stevens synthétise dans une formule les apports consolidés des jurisprudences de la Cour : « Les citoyens des États-Unis, qu'ils soient riches ou pauvres, ont le droit de choisir d'être citoyens “de l'État dans lequel ils résident” (XIV<sup>ème</sup> amendement, § 1.). À l'inverse, les États n'ont aucun droit de choisir leurs citoyens. »<sup>898</sup>

**251.** Cette décision fait donc du droit de résidence un attribut de la citoyenneté fédérale, ce qui est conforme à l'approche territoriale de la théorie de la nationalité. Elle marque l'avènement, à la suite d'*Edwards* et de *Shapiro*, du droit de chaque citoyen américain de s'établir où

---

*present in the second State, and, for those travelers who elect to become permanent residents, the right to be treated like other citizens of that State. »*

<sup>894</sup> *Ibid.* 502.

<sup>895</sup> Ce qui constitue un renversement de la jurisprudence *Slaughter-House Cases* (préc.) qui avait durablement écarté les privilèges et immunités du XIV<sup>ème</sup> amendement du droit constitutionnel. Sur ce point, voy. Stacey L. Winick, « A New Chapter in Constitutional Law : Saenz v. Roe and the Revival of the Fourteenth Amendment's Privileges or Immunities Clause », *Hofstra Law Review*, 1999, vol. 28, n° 2, p. 593-595 ; Kevin Maher, « Like a Phoenix from the Ashes : Saenz v. Roe, the Right to Travel, and the Resurrection of the Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment », *Texas Tech Law Review*, 2001, vol. 33, p. 116-118. Pour un commentaire en français, voy. Élisabeth Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 101-121, spéc. p. 120-121.

<sup>896</sup> United States Supreme Court, Saenz v. Roe, 526 U.S. 489 (1999), ici 507 : « *In short, the State's legitimate interest in saving money provides no justification for its decision to discriminate among equally eligible citizens. »*

<sup>897</sup> *Ibid.* 504.

<sup>898</sup> United States Supreme Court, Saenz v. Roe, 526 U.S. 489 (1999), ici 510-511 : « *Citizens of the United States, whether rich or poor, have the right to choose to be citizens “of the State wherein they reside.” U. S. Const., Amdt. 14, § 1. The States, however, do not have any right to select their citizens. »*



il le souhaite sur le territoire américain, sans que son séjour ne soit menacé par une mesure de renvoi fondé sur son statut social et son lieu d'origine.

\*

**252.** *Conclusion de section : jalons pour une théorie de la nationalité fédérative.* – La liberté d'installation dans le processus fédératif, soit la capacité d'un ressortissant de l'association d'États à s'installer librement dans un État membre dont il n'est pas originaire, suit une dynamique historique d'émergence, de consolidation puis de consécration. Qu'en déduire du point de vue de la nationalité dans une structure fédérale ? Il est possible de formuler un modèle théorique<sup>899</sup> à partir des convergences historiques de la Suisse, de l'Allemagne et des États-Unis.

**253.** Les premiers temps de la construction fédérale impliquent l'apparition d'une « nationalité fédérative », c'est-à-dire d'un statut territorial objectif attribué à tous les ressortissants des États membres, ayant pour but de conférer des droits subjectifs, eux-aussi d'une nature territoriale, permettant à l'individu de s'installer dans un État fédéré dont il ne possède pas la nationalité. Ces droits ne sont toutefois pas absolus : les États membres conservent la capacité juridique, en certaines circonstances, de renvoyer l'individu membre de l'association mais étranger à sa communauté nationale. En cela la nationalité est fédérative (le suffixe « -ive » marque « une disposition, une tendance, une propension »<sup>900</sup>), elle *tend* à faire de l'individu installé dans un État dont il n'a pas la nationalité l'un des nationaux, mais n'y parvient qu'imparfaitement puisque l'individu, susceptible de renvoi, demeure un étranger en puissance. La nature imparfaite de la nationalité fédérative répond résolument au « *telos* »<sup>901</sup> de la Fédération, pour reprendre les termes d'Olivier Beaud : d'une part assurer la sécurité ou la prospérité (la « fin commune »<sup>902</sup> de la Fédération) ne sont pas des buts qui nécessitent un droit absolu de

---

<sup>899</sup> La démarche modélisatrice tend évidemment à insister sur les points communs davantage que sur les divergences historiques, et par là présente un risque certain quant à la conformité à une certaine vérité historique. Toutefois, après avoir précisé la spécificité des processus allemand, suisse et américain, les points communs apparaissent comme suffisamment matriciels pour engager une telle démarche. Sur l'intérêt et la critique de l'approche modélisatrice en histoire du droit, voy. François Saint-Bonnet, « Nemo auditur suam propriam methodum allegans », in Carlos Miguel Herrera et Armand Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Kimé, 2012, p. 111-113.

<sup>900</sup> Albin d'Abel de Chevallet, *Origine et formation de la langue française*, vol. II, Paris, Imprimerie impériale, 1857, p. 375.

<sup>901</sup> Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 273.

<sup>902</sup> *Ibid.*, p. 285.

libre installation, ils peuvent même s’y opposer franchement<sup>903</sup> ; d’autre part assurer la conservation d’une existence politique des États membres (la « fin particulariste »<sup>904</sup> de la Fédération) implique pour ceux-ci d’affirmer l’existence d’un territoire et d’une population propres, ce qui là encore fait obstacle à la disparition de la figure de l’étranger dans les relations interfédérales.

**254.** L’avènement de l’État fédéral entraîne la transformation progressive de la nationalité fédérative en une nationalité proprement « fédérale ». Cette fois, ce statut territorial – qu’il soit toujours fondé sur les différentes nationalités fédérées ou qu’il soit devenu autonome – confère à son détenteur des droits subjectifs absolus de libre installation dans un État membre dont il n’est pas originaire. Le national fédéral, quel que soit l’État fédéré dans lequel il est installé, ne pourra pas faire l’objet d’un renvoi, ce qui acte la disparition de la figure de l’étranger dans les relations interfédérales. Cette dynamique est propre à l’État fédéral puisqu’elle nécessite une centralisation certaine pour mettre en échec les tendances isolationnistes des États fédérés (notamment en période de crise), mais aussi une unification juridique du territoire et de la population propre à la figure étatique<sup>905</sup>.

Fort de ces perspectives historique et théorique, il convient désormais d’évaluer en droit positif et en droit prospectif la citoyenneté européenne au regard des droits territoriaux qu’elle confère à ses détenteurs.

## ***Section 2. – La fonction territoriale de la citoyenneté européenne : état intermédiaire***

« Nous vous avons reconnu le droit de demeurer sur notre territoire. Quant à vous incorporer... Les termes de notre Constitution sont clairs : le rapport particulier de solidarité et de loyauté entre l’État et ses ressortissants, ainsi que la réciprocité des droits et des devoirs, qui se trouvent au fondement du lien de nationalité, sont des liens sacrés. Aussi proche que vous soyez de nous, nous ne saurions vous assimiler. Votre corps ne nous appartient pas. »<sup>906</sup>

Loïc AZOULAI

---

<sup>903</sup> Les exceptions à la libre installation frappant les personnes indigentes et les personnes condamnées sont directement en rapport avec l’idée d’un mouvement exclusivement permis aux individus susceptibles de renforcer la prospérité et ne troublant pas la sécurité publique.

<sup>904</sup> Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, op. cit., p. 321.

<sup>905</sup> Pour beaucoup d’auteurs de la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle, un État ne peut renoncer à son droit d’expulsion, sauf à abdiquer sa souveraineté, voy. Charles de Boeck, « L’expulsion et les difficultés internationales qu’en soulève la pratique », *RCADI*, 1927, vol. 18, p. 483 et s. Suivant cette approche matérielle de la souveraineté, renoncer à traiter un ressortissant fédéral comme un étranger marque un renoncement du membre de l’Association à sa qualité étatique, au profit de l’émergence d’un État fédéral.

<sup>906</sup> Tels sont les propos tenus par le second magistrat dans le récit imaginaire de Loïc Azoulai, « Le bon citoyen ou l’infortune d’être Européen », in *L’identité du droit de l’Union européenne. Mélanges en l’honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 52.

**255.** La thèse d'une nature *sui generis* de l'Union européenne s'efface largement lorsque l'on constate que cette association adopte les mêmes solutions que les Fédérations naissantes de l'Allemagne, de la Suisse et des États-Unis ; sans originalité, l'organisation interne des règles relatives à la circulation et à l'installation des ressortissants de l'Union suit des critères de richesse (I) et d'ordre public (II). Cet encadrement démontre l'existence d'une nationalité européenne fédérative qui, malgré une ambition très générale, reste encore résolument inscrite dans des impératifs économiques et sécuritaires. Il n'en demeure pas moins que l'évolution est rapide en comparaison des autres pays étudiés. Toutefois, les étapes d'une dernière évolution vers une nationalité fédérale, libre de toutes restrictions à la libre installation, sont encore très incertaines : aucune des voies suivies par l'Allemagne, la Suisse ou les États-Unis ne semble s'ouvrir à court ou moyen terme en Europe.

### **§ 1. Un droit de libre installation conféré au citoyen européen sous conditions économiques**

**256. Le traité de Maastricht, moment constitutionnel d'une nationalité européenne.** – L'Union européenne connaissait la libre circulation et installation avant le traité de Maastricht<sup>907</sup>. Pour autant, c'est ce traité qui institue le statut de citoyen européen, conféré à l'ensemble des ressortissants des États membres, et qui attache directement à ce statut un droit général de libre circulation et installation. L'article 8 A du traité de Maastricht dispose ainsi que « Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application. » Il s'agit dès lors d'un véritable moment constitutionnel du point de vue de la nationalité, par la généralisation des affirmations et la corrélation entre d'une part une appartenance commune et d'autre part des droits territoriaux – l'identité est forte avec les constitutions suisses de 1848 ou 1874, ou la Constitution allemande de 1871.

**257.** La conscience institutionnelle de ce changement est particulièrement bien exprimée par l'avocat général Georges Cosmas qui note très justement dans des conclusions rendues en 1999 (et assez représentatives de la pensée européenne de l'époque<sup>908</sup>) que « la reconnaissance

---

<sup>907</sup> Même si le traité de Rome ne connaît pas le statut de citoyen européen, les droits de libre circulation et installation sont attribués à certaines catégories de ressortissants nationaux. Des auteurs de l'époque comme Pierre Duclos décèlent déjà en conséquence la structure d'une nationalité fédérale, voy. Pierre Duclos, « L'Européen. Exploration d'une catégorie juridique naissante », *RGDIP*, 1961, vol. 65, p. 260-300, spéc. p. 275-277.

<sup>908</sup> Dont le point d'orgue est certainement la reconnaissance dans l'arrêt CJCE, 20 septembre 2001, C-184/99, *Rudy Grzelczyk*, § 31, Rec. I, p. 6242, que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation

de la possibilité de circuler (en principe) sans contrôle sur l'aire géographique correspondant à un ordre juridique est inhérente à la qualité de citoyen relevant de cet ordre juridique »<sup>909</sup> et que « [d]e ce point de vue, le citoyen de l'Union se trouve dans une situation identique à celle d'un citoyen d'un État membre. »<sup>910</sup> Avant lui, en 1997, l'avocat général Antonio La Pergola affirmait de la même manière que « L'article 8 A a donc extrait du noyau des autres libertés de circulation cette liberté qui prend désormais la forme d'un droit non seulement de circuler, mais également de résider dans tout État membre : un droit primaire, en effet, au sens où il constitue le premier des droits attachés à la citoyenneté de l'Union. (...) C'est un droit qui n'est pas seulement dérivé, mais est inséparable de la citoyenneté de l'Union »<sup>911</sup>.

**258. Une généralisation en trompe l'œil de la libre installation.** – Une partie de la doctrine a cru voir dans le traité de Maastricht un changement de paradigme concernant le droit de libre installation conféré aux citoyens européens. Les législations antérieures à Maastricht prévoyaient un droit de libre circulation et installation ancré dans une logique *fonctionnelle*, c'est-à-dire tourné vers la réalisation du marché commun et donc ouverte à un champ *particulier* de ressortissants des États membres : les acteurs économiques. Alors, la généralisation du droit de libre installation opéré par le traité de Maastricht, conféré cette fois à l'*ensemble* des citoyens européens, a pu laisser croire que la construction européenne se dégageait en partie des objectifs économiques pour étendre le droit de libre installation selon une logique *substantielle*, c'est-à-dire comme un droit individuel des citoyens européens, placé dans une dynamique d'approfondissement, « témoign[ant] d'un processus d'émancipation des droits communautaires par rapport à leur cadre économique »<sup>912</sup> pour reprendre les termes de l'avocat général Ján Mazák dans

---

d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique. »

<sup>909</sup> Conclusions de Georges Cosmas sur l'affaire *Florus Ariël Wijzenbeek* (aff. C-378/97), présentée le 16 mars 1999, § 101, Rec. I., p. 6244.

<sup>910</sup> *Ibid.*

<sup>911</sup> Conclusions d'Antonio La Pergola sur l'affaire *Martinez Sala* (aff. C-85/96) présentée le 1<sup>er</sup> juillet 1997, § 18, Rec. I., p. 2703. Dans le même sens, voy. les conclusions de Poaires Maduro sur l'affaire *Heinz Huber c. Bundesrepublik Deutschland* (aff. C-524/06) présentée le 3 avril 2008, § 19 : « Lorsque la Cour qualifie le statut de citoyen de l'Union de "statut fondamental" des ressortissants des États membres, elle ne fait pas une déclaration politique ; elle se réfère à la citoyenneté de l'Union comme à un concept juridique qui s'accompagne de droits spécifiques pour les citoyens de l'Union. Le principal de ces droits est le droit d'entrer et de vivre dans un autre État membre. »

<sup>912</sup> Conclusions de Ján Mazák sur l'affaire *Jacqueline Förster c. IB-Groep* (aff. C-158/07) présentée le 10 juillet 2008, § 54. Comme le note encore Georges Cosmas dans ses conclusions sur l'affaire *Florus Ariël Wijzenbeek* (aff. C-378/97), présentée le 16 mars 1999, § 84, Rec. I., p. 6239 : « C'est ici que se situe l'une des différences les plus essentielles entre l'article 8 A et les articles 48 et suivants du traité. Ces derniers articles ont instauré en faveur des ressortissants des États membres une possibilité de caractère *fonctionnel*, qui leur est accordée pour qu'ils l'exercent en vue de la création d'un marché commun, ledit marché ne pouvant avoir pour objectif que de permettre aux personnes d'exercer leurs activités économiques dans de meilleures conditions. L'article 8 A, au contraire, instaure en faveur des ressortissants des États membres (désignés dorénavant dans leur qualité de citoyens de

ses conclusions sur l'arrêt *Förster*. Tel n'est toutefois pas le cas. L'examen de la législation dérivée permet de faire la démonstration d'une subsistance des critères économiques, en sus de critères d'ordre public, pour réglementer l'exercice des libertés de circulation et d'installation. À l'instar des nationalités allemandes, helvétiques ou américaines durant les premiers temps de la construction fédérale pré-étatique, la citoyenneté européenne s'inscrit pleinement dans un modèle de nationalité fédérative.

## **A. La prégnance des critères économiques**

**259.** La place des critères économiques dans l'ordre juridique de l'Union européenne a pu varier. Si c'est d'abord le seul exercice d'une activité économique qui pouvait amener le bénéfice d'un droit de libre circulation et installation (1), une bascule s'est opérée autour d'un élargissement des critères. Désormais, c'est la satisfaction de critères économiques généraux qui conditionnent le bénéfice de la libre circulation et installation, qui ne se déduisent plus nécessairement de l'exercice d'une activité. Mais par-delà ces évolutions, les critères financiers demeurent prégnants (2).

### **1. L'ordre ancien : la libre installation par l'exercice d'une activité économique**

**260. Le travailleur, figure fondatrice de la mobilité européenne.** – Selon la méthode tôt arrêtée par les théoriciens libéraux et fédéralistes de l'idée européenne, le rapprochement économique doit servir d'objectif premier à la construction européenne, « une communauté économique qui introduit le ferment d'une communauté plus large et plus profonde entre des pays longtemps opposés par des divisions sanglantes » pour reprendre les mots bien connus de Schuman prononcés en 1950. Le traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, signé le 25 mars 1957, s'inscrit dans la droite ligne de cet objectif, et crée les conditions d'une

---

l'Union), une possibilité revêtant un *caractère substantiel*, à savoir un droit, au véritable sens du terme, qui existe en vue de l'exercice autonome d'un but, au bénéfice de son titulaire même et non au bénéfice de la Communauté et de la réussite de ses objectifs. » Dans le même sens encore, voy. les conclusions de Ruiz-Jarabo Colomer sur l'affaire *Shingara et Radiom* (C-65/95) présentées le 26 novembre 1996, Rec. I., p. 3354 : « La création d'une citoyenneté de l'Union, qui (...) a pour corollaire le droit pour ceux qui la possèdent de circuler librement sur le territoire de tous les États membres, représente un progrès qualitatif considérable dans la mesure où, comme la Commission le fait observer à bon escient, elle libère cette liberté de circuler de ses éléments fonctionnels ou instrumentaux (puisque'elle n'est plus liée à l'exercice d'une activité économique ou à la mise en place du marché intérieur) et dans la mesure également où elle élève ce droit au rang de droit propre et indépendant, inhérent au statut politique des citoyens de l'Union. »

unification économique par la réalisation, notamment, d'un « marché commun » dont les libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux en sont les déclinaisons<sup>913</sup>.

**261.** Concernant la libre installation des personnes, le traité ouvre au profit du travailleur salarié un droit « de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi » (art. 48). Et si le traité affirme plus loin l'objectif de supprimer « les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre » (art. 52), cet objectif ne concerne que les « activités où la liberté d'établissement constitue une contribution particulièrement utile au développement de la production et des échanges » (art. 54, 3., a.) – ces articles consacrent en réalité la liberté d'établissement des travailleurs indépendants. De la même manière encore, le prestataire de service « peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie » (art. 60). Il s'en déduit sans difficulté que la liberté d'installation est un attribut du ressortissant européen, c'est-à-dire des nationaux de l'ensemble des États membres<sup>914</sup>, exerçant une activité économique. Conformément aux prévisions du traité, ce droit primaire de libre circulation et installation va faire l'objet d'une législation dérivée abondante, réglementant les différents aspects du séjour (étendue, conservation, extension à la famille, etc.) de ces travailleurs<sup>915</sup>. Surtout, la Cour de justice va entamer, suivant ce que Myriam Benlolo-Carabot qualifie d'« activisme communautaire », une extension des notions de travailleur ou de prestataire de service à de nombreuses catégories d'individus ne relevant pas *prima facie* de cette notion, comme les sportifs, les personnes suivant une formation professionnelle, etc.<sup>916</sup> – mais cette extension reposera toujours sur la perception de l'apport économique des individus. De nombreux auteurs ont alors considéré que ce que l'ordre juridique de l'Union européenne avait créé, c'était en réalité une « citoyenneté de marché ».

---

<sup>913</sup> En particulier, selon l'article 3 du traité, l'action de la Communauté porte notamment sur « l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes ».

<sup>914</sup> Les termes initiaux du traité ont pu être sujets à interprétation : quels étaient les bénéficiaires de ces droits territoriaux ? Concernant les articles 52 s. et 59 s du traité de Rome, la formule de « ressortissant des États membres » est retenu, ce qui permet sans difficulté d'en déduire qu'elle s'applique aux seuls nationaux des États membres. Toutefois, rien n'est précisé, outre le statut de « travailleur », dans les articles 48 et s. Le droit dérivé et la doctrine ont tôt clos le débat en considérant que le « travailleur » ne dispose de droits territoriaux que s'il possède la nationalité d'un État membre. Sur l'ensemble, voy. Myriam Benlolo-Carabot, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 117-124.

<sup>915</sup> *Ibid.*, p. 484.

<sup>916</sup> *Ibid.*, p. 483-486. Voy. également Sofia O'Leary, *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Londres, Kluwer, 1996, p. 67-98.

**262. La création d'une citoyenneté de marché.** – Le terme de « citoyenneté de marché », « *Market Citizen* » en anglais, ou « *Marktbürger* » en allemand, est ancien. Il est utilisé pour la première fois à propos du Traité de Rome par Hans Peter Ipsen dans un article publié à la *Neue Juristische Wochenschrift*<sup>917</sup> en 1964, puis dans sa somme *Europäisches Gemeinschaftsrecht*<sup>918</sup>, publiée en 1972. Depuis lors, le terme est associé aux mécanismes de libre installation institués par la construction communautaire, et à la citoyenneté européenne elle-même. Le concept de citoyen économique s'étend aux ressortissants des États membres qui « participent au marché commun, ou en bénéficient »<sup>919</sup> et qui sont ainsi destinataires de ses normes. Le droit de libre circulation et installation est ainsi l'exemple le plus évocateur de cette citoyenneté de marché en tant que vecteur de la construction d'une économie européenne par la libre mobilité des agents économiques.

**263.** La signification de ce concept est ambivalente. D'un côté, les termes de citoyenneté et de marché peuvent apparaître comme antinomiques dès lors que la citoyenneté porte en elle un idéal politique et démocratique, alors que le marché est plus prosaïquement inscrit dans un référentiel individualiste et libéral. Autrement dit, « la nature constitutionnelle du statut de citoyen de l'Union s'accommode mal du cadre fonctionnel du marché intérieur »<sup>920</sup>. Sous ce point de vue, le marché dénature en partie la citoyenneté en la ramenant à un référentiel de valeur qui lui est étranger, et l'expression de « citoyenneté de marché » est alors plutôt perçue comme péjorative. D'un autre côté, cette expression lie aux droits de libre circulation et installation un vocabulaire constitutionnel (même réduit à un objectif économique) en faisant de ces droits territoriaux des composantes d'une citoyenneté<sup>921</sup> (davantage même à une nationalité au sens territorial du terme), ce qui place la construction européenne dans une dynamique fédérative, et non plus seulement économique. Autrement dit, ce qu'a créé le traité de Rome, c'est une « nationalité » de marché plutôt qu'une « citoyenneté » de marché<sup>922</sup>. Rien de surprenant à cela,

---

<sup>917</sup> Hans Peter Ipsen et Gerd Nicolaysen, « Haager Kongress für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrecht », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, n° 7, p. 340. C'est Christoph Schönberger, *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, op. cit., p. 2, note 3, qui note cette référence précoce.

<sup>918</sup> Hans Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1972, p. 187 et p. 250.

<sup>919</sup> Michelle Everson, « The Legacy of the Market Citizen », in Jo Shaw et Gillian More (dir.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 73. Sur le même thème, voy. Niamh Nic Shuibhne, « The Resilience of EU Market Citizenship », *Common Market L. Rev.*, 2010, vol. 47, p. 1597-1628.

<sup>920</sup> Loïc Azoulai, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 9.

<sup>921</sup> Sur l'intérêt de la citoyenneté européenne dans le « discours constitutionnel » européen, voy. Loïc Azoulai, « Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne », *Revue internationale de droit économique*, 2011, t. 25, n° 4, p. 554 et s.

<sup>922</sup> L'on n'ignore pas qu'Hans Peter Ipsen emploie le terme de *Marktbürger* et se réfère ainsi résolument à la dimension citoyenne.

l'objectif de toute construction fédérale est résolument économique, comme l'a montré Olivier Beaud<sup>923</sup>. Utiliser les droits de libre installation conférés par la nationalité fédérative pour accroître et développer les liens économiques est donc tout naturel, comme le montre déjà le projet Rossi de 1832 :

« Dans le premier cas, dans celui où le libre établissement, favorisé encore par les lois civiles de chaque canton, ferait de la Suisse un seul et vaste atelier, et de chaque ville un marché commun de toutes les productions helvétiques, alors travail, capacités et capitaux, tout prendrait son niveau naturel et national. Il y aurait emploi pour tout et pour tous. On verrait de nouvelles entreprises se former, de nouvelles industries s'établir : beaucoup de forces naturelles, inutiles aujourd'hui, seraient mises à profit. Une vie nouvelle animerait le pays et le mettrait en état de redouter moins la concurrence de l'industrie étrangère, cette concurrence qui devient de jour en jour plus menaçante pour les pays stationnaires. Il y aurait profit pour les particuliers, profit pour les gouvernements ; la richesse et la consommation augmenteraient ; les impôts indirects, il n'en est guère d'autres en Suisse, augmenteraient à proportion. Peut-être aussi la population suisse n'éprouverait-elle pas au même degré le besoin de se décimer par d'aventureuses migrations, ou d'exploiter une industrie contre laquelle s'élèvent de vives réclamations, la guerre et la police militaire pour le compte d'autrui. (...) Les barrières contre le libre établissement ne sont pas le seul obstacle qu'on oppose [à la prospérité publique] : mais c'en est un des principaux. »<sup>924</sup>

Le libre établissement suisse servait donc des objectifs économiques, comme la liberté de circulation et d'installation des travailleurs dans le traité de Rome. La situation n'est pas différente aujourd'hui. Malgré une certaine généralisation sémantique, les droits territoriaux conférés par la citoyenneté européenne restent inscrits dans – et encadrés par – une logique économique.

## 2. L'ordre nouveau : la libre installation par la satisfaction de critères économiques

**264. L'ouverture de la mobilité à d'autres acteurs économiques.** – Au tournant des années 1990, suivant un « renouvellement de la méthode communautaire »<sup>925</sup>, trois directives étendent les droits de circulation et de séjour aux ressortissants des États membres qui n'exercent plus directement une activité économique, mais qui satisfont des critères économiques de ressources. La directive 90/364 CEE du 28 juin 1990 relative au droit de séjour<sup>926</sup> ouvre ainsi un droit d'installation aux ressortissants des États membres (et à leur famille) dans un autre État membre, « à condition qu'ils disposent, pour eux-mêmes et pour les membres de leur famille, d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil et de ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil » (art. 1). Les mêmes formulations sont reprises

---

<sup>923</sup> Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, op. cit., p. 302-320.

<sup>924</sup> Pellegrino Rossi, *Rapport sur le projet d'acte fédéral*, op. cit., p. 29-30.

<sup>925</sup> Myriam Benlolo-Carabot, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p. 488.

<sup>926</sup> JO L 180, 13 juillet 1990, p. 26-27.



en substance dans la directive 90/365 CE du même jour relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle<sup>927</sup>. La différence avec le droit au séjour général de la directive 90/364 tient dans le fait que les ressources « suffisantes » sont ici tirées « d'une pension d'invalidité, de préretraite ou de vieillesse ou d'une rente d'accident de travail ou de maladie » (art. 1). De la même manière encore, la directive 90/366 CE du même jour relative au droit de séjour des étudiants<sup>928</sup> ouvre un droit d'installation au ressortissant d'un Etat membre « inscrit dans un établissement agréé pour y suivre, à titre principal, une formation professionnelle » (art. 1). La différence avec les deux autres directives tient ici au mode de preuve des ressources suffisantes des étudiants qui est purement déclaratoire<sup>929</sup>.

**265.** Ces trois directives contribuent à généraliser le droit à la libre installation des ressortissants des États membres. Même si les directives 90/365 et 90/366 s'appliquent en particulier aux retraités et aux étudiants, la directive 90/364 crée un droit général de libre installation sous conditions de ressources et d'assurance. Dès lors, suivant le texte, ce ne sont plus les seuls travailleurs qui bénéficient de droits territoriaux, mais l'ensemble des ressortissants européens ; la législation européenne rompt avec l'approche sectorielle jusqu'ici retenue. Mais cette modification ne doit pas être surestimée, il s'agit surtout d'un changement d'approche dans la preuve de la contribution économique : si l'ordre ancien exigeait une preuve positive de la contribution par l'exercice d'une activité, l'ordre nouveau exige davantage une preuve négative, soit la démonstration par l'autonomie financière que l'individu ne pèsera pas sur les finances de l'Etat et en particulier le système de protection sociale<sup>930</sup>. De fait, l'autonomie financière est encore vectrice d'une contribution à l'économie par la consommation et l'investissement. Comme le note Jean-Yves Carlier, « les différentes catégories d'agents économiques réapparaissent dans la détermination des conditions du droit de séjour »<sup>931</sup>. Il n'est donc guère surprenant que l'adoption de ces trois directives soit fondée en partie sur les articles 3 et 8 du traité de Rome qui ont tous les deux traits à la réalisation du marché commun. En tout état de cause, l'on voit

---

<sup>927</sup> JO L 180, 13 juillet 1990, p. 28-29.

<sup>928</sup> JO L 180, 13 juillet 1990, p. 30-31. Cette directive est remplacée à la suite d'une annulation contentieuse (voy. CJCE, 7 juillet 1992, aff. C-295/90, *Parlement européen contre Conseil des Communautés européennes*, Rec. I, p. 4193) par une nouvelle directive 93/96/CEE du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, in JO L 317, 18 décembre 1993, p. 59-60.

<sup>929</sup> Sur ce point, voy. Denis Martin, « Libre circulation des citoyens de l'Union », *J.-Cl. Europe*, Fasc. 186, 2017, § 154-155.

<sup>930</sup> Dans le même sens, Jean-Philippe Lhernould, « L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne », *Droit social*, 2001, n° 12, p. 1103, considère que l'insuffisance de ressources demeure un motif économique.

<sup>931</sup> Jean-Yves Carlier, « Opérateur économique, citoyen, "personne" : quelle liberté choisir pour la protection de ses droits ? *E pluribus unum* », in Édouard Dubout et Alexandre Maitrot de La Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 238.

mal dans ce changement une dynamique d'extension substantielle des droits territoriaux : disposer de ressources suffisantes nécessite dans l'immense majorité des cas l'exercice d'une activité professionnelle.

266. Cette montée en généralité économiquement encadrée sera vite réceptionnée par le traité de Maastricht signé le 7 février 1992, la liberté de circulation et d'installation des citoyens européens étant consacrée « sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application » (article 8 A). Cette formulation marque clairement le refus des États membres d'attribuer des droits absolus de séjour sur le territoire puisqu'une telle proposition se trouvait dans les travaux préparatoires du traité de Maastricht. En effet, lors du Conseil européen de Dublin des 25 et 26 juin 1990, l'annexe I aux conclusions synthétise les « idées et suggestions » émises par les ministres des affaires étrangères des différents États membres dans l'objectif de la réunion de la conférence intergouvernementale sur l'union politique, et l'on trouve la mention suivante : « Comment l'Union intégrera-t-elle et étendra-t-elle la notion de citoyenneté communautaire avec les droits spécifiques qui s'y attachent (droits de l'homme, droits politiques et sociaux, *liberté totale de circulation et de séjour...*) en faveur des citoyens des États membres au titre de l'appartenance de ces derniers à l'Union ? »<sup>932</sup> (nous soulignons) La proposition est encore formulée, quoique de manière plus nuancée, lors du Conseil européen de Rome des 14 et 15 décembre de la même année : « Le Conseil européen note avec satisfaction que les États membres sont d'accord pour que la notion de citoyenneté européenne soit examinée. Il invite la Conférence à examiner dans quelle mesure les droits ci-après pourraient être consacrés dans le traité de manière à concrétiser cette notion : (...) libre circulation et droit de séjour indépendamment du fait que l'on exerce ou non une activité économique. »<sup>933</sup> Ces propositions n'ont pas été retenues par les rédacteurs du Traité de Maastricht, et il s'en déduit d'une part le refus des États membres d'attribuer aux citoyens européens des droits territoriaux absolus, et d'autre part une volonté unique de consacrer sur ce point la législation en vigueur<sup>934</sup>.

---

<sup>932</sup> Conseil européen, Dublin, 25-26 juin 1990, « Conclusions de la présidence », in *Conclusions des sessions du Conseil européen (1975-1990)*, p. 382.

<sup>933</sup> Conseil européen, Rome, 14-15 décembre 1990, « Conclusions de la présidence », I, SN 424/2/90, p. 6-7.

<sup>934</sup> En ce sens, voy. les conclusions d'Antonio La Pergola sur l'affaire *Arben Kaba contre Secretary of State for the Home Department* (aff. C-356/98) présentées le 30 septembre 1999, § 55 et s., Rec. I., p. 2657 et s. Certains auteurs ont tout de même pu militer pour des restrictions *a minima*, hors des critères économiques, sans toutefois être entendus, voy. Anders Kruse, « Quelles seront les conséquences concrètes de la citoyenneté ? L'expérience des pays nordiques », in Jean-Yves Carlier et Michel Verwilghen (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 303-306.

267. 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<sup>935</sup> a de nouveau consacré cet acquis communautaire sous la forme d'un texte synthétique comprenant les droits de libre circulation et installation des citoyens européens et de leur famille. Sans surprise, les travailleurs disposent d'un droit général à la libre installation, et les étudiants et citoyens européens en général disposent d'un droit à la libre installation sous conditions de ressources et d'assurance maladie. Cette directive contient en outre d'autres dispositions techniques relatives aux conditions du maintien du séjour lors de la cessation de l'activité ou de la rupture des liens familiaux par exemple<sup>936</sup>. En conséquence, cette législation acte le maintien d'une « nationalité de marché »<sup>937</sup>, de type fédérative puisqu'encadrant la libre installation par la réalisation d'objectifs économiques, dans la droite ligne des précédents allemand, suisse et américain<sup>938</sup>.

268. **L'inactif, figure emblématique de l'exclu de la mobilité européenne.** – Les « inactifs », comme ils sont souvent qualifiés dans la langue juridique européenne, sont résolument exclus des droits de libre installation. En réalité, leur exclusion ne tient pas en leur inactivité mais en leur pauvreté, puisqu'un inactif disposant de ressources tirées du capital ou d'un financement familial – par exemple – pourra profiter des droits territoriaux de la citoyenneté européenne. Ce constat a été récemment confirmé par la Cour de justice, suite à un important renversement de jurisprudence<sup>939</sup>. En effet, longtemps la Cour de justice a considéré qu'un ressortissant d'un État membre installé dans un autre État membre hors des cas prévus par les directives sur le séjour pouvait tout de même bénéficier des droits tirés de la citoyenneté européenne s'il justifiait d'un lien de rattachement avec son État d'accueil. Le juge européen donnait ainsi

---

<sup>935</sup> JO L 158, 30 avril 2004, p. 77-123.

<sup>936</sup> De fait, malgré une réelle volonté d'unification, la directive 2004/38 maintient une fragmentation particulièrement importante entre *in fine* 91 catégories différentes, voy. Myriam Benlolo Carabot, « Le “travailleur”, indétrônable catégorie reine du droit de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne ? », *RTD eur.*, 2018, n° 1, p. 59.

<sup>937</sup> Dans le même sens, voy. Julien Barroche, « La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique », *JusPoliticum – Revue de droit politique*, 2018, n° 19, p. 227 : « La notion de “citoyenneté de marché” ne caractérise pas seulement les balbutiements de la citoyenneté européenne ; elle reflète sa nature profonde. Les tentatives pour dépasser ce cadre matriciel ont été nombreuses, mais sa persistance, sa “résilience”, s'est toujours avérée plus forte. »

<sup>938</sup> Christoph Schönberger, « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale. Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif », *op. cit.*, p. 267.

<sup>939</sup> Eleanor Spaventa, « Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through Its Scope », in Dimitry Kochenov (dir.), *EU Citizenship and Federalism : The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 205, y voit un « tournant réactionnaire dans l'interprétation des dispositions relatives à la citoyenneté. » Étienne Pataut, « Tours et détours de l'Europe sociale », *RTD Eur.*, 2018, n° 1, p. 9, constate plus sobrement « un subtil changement d'époque : celle-ci ne semble plus à la prise en charge la plus large et la plus généreuse possible des indigents ; plutôt au rappel ferme des limites des engagements des États membres. »

corps à ce que beaucoup de commentateurs ont identifié comme une « citoyenneté sociale »<sup>940</sup> puisque la combinaison de la citoyenneté européenne et du principe de non-discrimination permettait à ces ressortissants de bénéficier de prestations sociales dans leur État d'accueil. Très décriée par de nombreux États membres au nom de la défiance à l'égard du « tourisme social », la Cour de justice a reviré cette approche dans un désormais célèbre arrêt *Dano* dans lequel elle a précisé en substance que seul le citoyen européen bénéficiant d'un séjour régulier en application des directives européennes (c'est-à-dire de la directive 2004/38 CE précitée) pouvait accéder aux prestations sociales. Autrement dit, comme un ressortissant européen indigent accueilli par un État membre (dont il ne possède pas la nationalité) ne pourra pas se prévaloir d'un droit à l'installation sur le fondement de la législation européenne, il ne pourra en conséquence pas bénéficier en vertu du droit de l'Union européenne et du principe de non-discrimination des prestations sociales ouvertes aux nationaux et aux citoyens européens en séjour régulier. La jurisprudence est depuis constante<sup>941</sup>. Par cette série de décisions, « l'Europe est au mieux ramenée à un marché »<sup>942</sup>, selon Édouard Dubout. L'importance des critères économiques s'en déduit donc encore, de même que l'exclusion de l'indigent, figure « d'éternel étranger »<sup>943</sup>.

## **B. Les faibles reculs de la logique économique**

**269.** L'ancrage économique de la citoyenneté européenne n'est cependant pas absolu. En certaines hypothèses, des droits territoriaux sont confiés aux citoyens européens sans que ceux-ci aient à justifier de la satisfaction de critères financiers. Il faut toutefois observer que ces hypothèses sont rares et peu étendues ; elles résultent de la législation dérivée (1) et de la lignée jurisprudentielle initiée par l'arrêt *Zambrano* de 2011 (2).

### **1. Le court et le long séjour**

**270. La soustraction aux impératifs économiques : le court et le long séjour.** – Des droits territoriaux sont attribués aux citoyens européens hors des critères économiques en deux

---

<sup>940</sup> Voy., parmi de nombreux exemples, Claire Marzo, « Vers une citoyenneté sociale européenne ? », *Droit social*, 2007, n° 2, p. 218-224. Plus largement, et avant les renversements de jurisprudence, voy. Ségolène Barbou des Places, « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Revue des affaires européennes*, 2013, n° 4, p. 689-703.

<sup>941</sup> Voy. CJUE, grande chambre, 15 septembre 2015, aff. C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Nazifa Alimanovic e.a.*, Rec. num. ; CJUE, 14 juin 2016, aff. C-308/14, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-308/14. Voy. Charlotte Rachel O'Brien, « The ECJ sacrifices EU citizenship in vain », *Common Market L. Rev.*, 2017, vol. 54, n° 1, p. 209-244.

<sup>942</sup> Édouard Dubout, « L'échec de la citoyenneté européenne ? Les mutations d'une citoyenneté complexe en période de crise identitaire », *Jus Politicum – Revue de droit politique*, 2017, n° 18, p. 303.

<sup>943</sup> Lola Isidro, *L'étranger et la protection sociale*, thèse, Paris, Dalloz, 2017, p. 501.

occasions : pour le très court séjour, inférieur à trois mois ; pour le long séjour, supérieur à cinq années. Depuis le début des années 1990 et notamment la réflexion sur un espace de libre circulation européen, les États membres de la Convention Schengen ont ouvert un droit de libre circulation pour une durée inférieure à trois mois. La directive 2004/38 CE consacre ce droit au profit des citoyens européens et leur famille : « Les citoyens de l'Union ont le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre pour une période allant jusqu'à trois mois, sans autres conditions ou formalités que l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité. » (art. 5) Quelle est la portée de ce droit ? Même si à première vue, la soustraction aux impératifs économiques du court séjour révèle un recul de la « citoyenneté de marché », il convient d'en relativiser l'apport. De fait, le séjour inférieur à trois mois est souvent considéré comme un séjour touristique en droit de l'immigration<sup>944</sup>. De nombreux ressortissants des États membres jouissent d'ailleurs de dispenses de visa lorsqu'ils se rendent dans de nombreux États extra-européens pour un séjour ne dépassant pas cette durée. La libre circulation pour une durée de moins de trois mois repose donc davantage sur un fondement touristique ; elle ne constitue pas réellement une preuve du recul de la logique économique.

**271.** Tel n'est pas le cas du long séjour des citoyens européens. On assiste en la matière à une sécurisation remarquable du séjour et d'une sortie des critères économiques. Le véritable apport de la directive 2004/38 CE, au-delà de l'œuvre de synthèse, tient justement dans l'adoption d'un chapitre IV entièrement consacré au droit de séjour permanent des citoyens européens : « Les citoyens de l'Union ayant séjourné légalement pendant une période ininterrompue de cinq ans sur le territoire de l'État membre d'accueil acquièrent le droit de séjour permanent sur son territoire » (art. 16) ; et précisément, « Ce droit n'est pas soumis aux conditions prévues au chapitre III » (*ibid.*), c'est-à-dire qu'il n'est plus soumis aux restrictions tenant à l'exercice d'une activité ou la possession de ressources et d'une assurance. Autrement dit, cette « rare innovation »<sup>945</sup> permet aux citoyens européens, après cinq années de séjour régulier dans un État membre<sup>946</sup>, de voir leur droit au séjour garanti hors de toute contrainte économique, ils peuvent dans l'absolu perdre toute source de revenus sans risquer de subséquemment perdre le bénéfice de leur droit au séjour sur le fondement du droit de l'Union européenne, et ainsi risquer

---

<sup>944</sup> En ce sens, voy. Jean-Yves Carlier, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38 », *CDE*, 2006, n° 1-2, p. 23-24.

<sup>945</sup> Karine Parrot, « Conditions du droit de séjour permanent dans l'UE des ressortissants d'État tiers », *Rev. crit. DIP*, 2014, n° 4, p. 804. Dans le même sens, voy. Anastasia Iliopoulou-Penot, « Le rattachement à l'État comme critère de l'intégration sociale », *Rev. Aff. Eur.*, 2013, n° 4, p. 652.

<sup>946</sup> Le séjour régulier s'entend d'un séjour sur le fondement de la directive 2004/38 CE, et non d'un séjour régulier au sens du droit interne. Voy. CJUE, grande chambre, 21 décembre 2011, aff. jointes C-424/10 et 425/10, *Ziolkowski et Szeja contre Land Berlin*, § 33, Recueil 2011. I. p. 14071.

l'éloignement<sup>947</sup>. L'on retrouve ici une structure similaire aux *poor laws* anglaises et à leurs traductions américaines (voy. *supra* n° 218 s.), ou à la notion de domicile de secours prévue par la législation impériale allemande (voy. *supra* n° 173) : l'accomplissement d'une période de stage pendant laquelle l'indigence ne peut être relevée conduit à l'acquisition d'un établissement permanent dans l'État d'accueil. Sur le plan strictement territorial, l'acquisition d'un droit au séjour permanent dans l'État d'accueil tend à rapprocher de manière tangible le statut d'un citoyen européen de celui d'un national<sup>948</sup>, les distinctions subsistantes ayant trait aux droits électoraux ou à l'accès à certaines professions que seule la naturalisation pourra lever. Toutefois, même le ressortissant européen en séjour permanent ne dispose pas d'un droit territorial absolu dans l'État membre d'accueil : comme tous les citoyens européens, son droit d'installation reste régi en dernière hypothèse par des conditions d'ordre public qui peuvent conduire à la prise d'une mesure d'expulsion à destination de l'État membre de nationalité.

## 2. Le « droit au territoire » des citoyens européens mineurs

**272. La substantialisation<sup>949</sup> de la citoyenneté européenne : le cas des citoyens mineurs.** – La Cour de justice, dans l'affaire *Zambrano* rendue en grande chambre le 8 mars 2011<sup>950</sup>, a initié une série jurisprudentielle, aujourd'hui particulièrement consolidée<sup>951</sup>, remarquée sous plusieurs aspects. Les plus commentés tiennent d'une part au fait que la Cour considère que le droit de l'Union européenne peut s'appliquer à bon droit à une situation « purement

---

<sup>947</sup> Par la disparition de la frontière entre actifs et inactifs produite par l'acquisition du séjour permanent, Anastasia Iliopoulou-Penot, « Les catégories des travailleurs et des citoyens », in Bertrand Brunessen (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 242, note que « C'est à ce stade, que la catégorie de citoyen retrouve l'unité. »

<sup>948</sup> Voy. Jean-Yves Carlier, « La citoyenneté européenne : de la coque aux cerneaux », in *L'Europe au présent ! Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 292.

<sup>949</sup> Le terme est emprunté à Julien Barroche, « La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique », *op. cit.*, p. 227. L'auteur utilise ce terme pour qualifier la tentative de la Cour d'extraire la citoyenneté européenne de son cadre économique dans la lignée jurisprudentielle de *Zambrano*. Mais il considère qu'à limiter cette démarche à « des situations marginales et donc limitées » (*ibid.*, p. 226), la Cour ne fait que créer une exception visible qui renforce *in fine* le principe.

<sup>950</sup> CJUE, grande chambre, 8 mars 2011, C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi*, Rec. I. p. 1177.

<sup>951</sup> Voy. CJUE, 5 mai 2011, C-434/09, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, Rec. I., p. 3375 ; CJUE, grande chambre, 15 nov. 2011, aff. C-256/11, *Dereci*, Rec. I. p. 11315 ; CJUE, 8 nov. 2012, aff. C-40/11, *Yoshikazu Iida contre Stadt Ulm*, Rec. num. ; CJUE, 6 décembre 2012, C-356/11 et C-357/11, *O., S. et L. contre Maahanmuuttovirasto*, Rec. num. ; CJUE, 8 mai 2013, aff. C-87/12, *Ymeraga*, Rec. num. ; CJUE, 10 oct. 2013, aff. C-86/12, *Alokpa et Moudoulou*, Rec. num. ; CJUE, 30 juin 2016, aff. C-115/15, *Secretary of State for the Home Department c/ N. A., Aire Centre praesente* ; CJUE, grande chambre, 13 septembre 2016, aff. C-165/14, *Alfredo Rendón Marín contre Administración del Estado*, Rec. num. ; CJUE, grande chambre, 13 sept. 2016, aff. C-304/14, *Secretary of State for the Home Department c/ CS*, Rec. num. ; CJUE, grande chambre, 10 mai 2017, aff. C-133/15, *Chavez-Vilchez*, Rec. num. ; CJUE, grande chambre, 8 mai 2018, aff. C-82/16, *K.A. et a. c. Belgische Staat*, Rec. num. Sur l'ensemble, voy. Koen Lenaerts, « EU citizenship and the European Court of Justice's "stone-by-stone" approach », *International comparative jurisprudence*, 2015, vol. 1, n° 1, p. 1-10.

interne », et d'autre part au fait que la Cour fait obligation aux États membre de délivrer un titre de séjour (ou de ne pas expulser) à un ressortissant d'État tiers, à l'égard duquel ceux-ci conservent pourtant une compétence exclusive. Ces aspects, déjà largement discutés<sup>952</sup>, ne sont cependant pas les plus matriciels lorsque l'on s'intéresse à la citoyenneté européenne comme nationalité. Il y a en effet dans cette série jurisprudentielle un rapport très intéressant du citoyen européen au territoire. Sans revenir sur les faits des différentes espèces, l'apport de ces décisions est de considérer que si un citoyen européen mineur – qui n'a pas exercé son droit de libre circulation et qui réside dans son État de nationalité – est soumis au risque de devoir quitter le territoire européen en raison de l'éloignement ou de l'absence de titre de séjour d'un ressortissant d'État tiers majeur avec qui il est en lien de dépendance, alors ce dernier doit voir sa situation régularisée de manière à garantir que le citoyen européen mineur puisse rester sur le sol européen. La Cour considère en effet que « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »<sup>953</sup>. Evidemment, un citoyen européen mineur est forcé de suivre le ou les ressortissants d'État tiers avec qui il se trouve en situation de dépendance, et quitter le sol européen c'est nécessairement être privé de la « jouissance effective » de la citoyenneté européenne.

**273.** Or, précisément, ce que la Cour garantit ici, c'est un « droit au territoire européen »<sup>954</sup> comme a pu le qualifier Loïc Azoulai, qui ancre résolument la citoyenneté européenne dans des fonctions territoriales soustraites de la logique de libre circulation. D'ailleurs, ces fonctions territoriales sont assez absolues car la Cour, en dehors des cas mettant en jeu l'ordre public<sup>955</sup>, ne procède pas à un test de proportionnalité ; la reconnaissance du lien de dépendance entre un citoyen européen mineur et un ressortissant d'État tiers entraîne l'application protectrice et autonome de l'article 20 TFUE au bénéfice du ressortissant européen. Cette liaison territoriale a été bien perçue par Julien Barroche qui met en exergue l'analogie entre la citoyenneté européenne et la nationalité :

« [L]a citoyenneté européenne confère à ses bénéficiaires un droit fondamental à vivre au sein de l'Union et (...) ce droit implique corollairement les conditions de possibilité concrètes du

---

<sup>952</sup> Voy. p. ex. Marie Gautier, « Les discriminations à rebours, une espèce à protéger », in Francette Fines, Marie Gautier et Catherine Gautier (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 145-160.

<sup>953</sup> CJUE, grande chambre, 8 mars 2011, C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi*, Rec. I. p. 1252, § 42.

<sup>954</sup> Loïc Azoulai, « Marges de la citoyenneté européenne – obligations étatiques, équité transnationale, euro-bonds », in Bénédicte Fauvarque-Cosson, Étienne Pataut et Judith Rochfeld (dir.), *La citoyenneté européenne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p. 74.

<sup>955</sup> CJUE, grande chambre, 13 sept. 2016, aff. C-165/14, *Rendón Marín*, § 81 et s.

séjour. Le parallèle se signale de lui-même : la jurisprudence *Zambrano* attribue à l'Union ce que le droit international impose de longue date à l'État, à savoir l'interdiction d'expulser ses nationaux et l'obligation de leur garantir un droit inconditionnel de séjour. »<sup>956</sup>

Ce constat est d'autant plus exact que l'avocate générale Sharpston mentionnait le protocole n° 4 dans ses conclusions sous *Zambrano* dans le champ des dispositions internationales pertinentes, pour mieux mettre l'accent sur ce qui est en jeu ici : la prohibition de l'expulsion des nationaux<sup>957</sup>. Etienne Pataut le résume encore à l'occasion des derniers développements de cette série jurisprudentielle : « De la même façon que, sous presque aucune circonstance, le ressortissant d'un État ne peut être expulsé de cet État, un ressortissant européen ne peut être expulsé d'Europe. »<sup>958</sup> Reste tout de même à noter que, de l'aveu même de la Cour depuis l'arrêt *Derechi* rendu le 15 novembre 2011<sup>959</sup>, ce dispositif répond à des « situations très particulières » et ne peut intervenir qu'« exceptionnellement »<sup>960</sup>. Autrement dit, « l'article 20 est (...) un fondement de dernier ressort »<sup>961</sup>. Cette incursion jurisprudentielle hors des sentiers économiques qui fait du « droit au territoire » un droit fondamental du citoyen européen ne doit donc pas être surestimée<sup>962</sup>. Il n'empêche, cette série jurisprudentielle conserve une portée théorique et principielle importante.

**274.** Le court et le long séjour, comme la lignée jurisprudentielle initiée par *Ruiz Zambrano*, ne sont encore que des hypothèses particulières et personnellement peu étendues ; elles peinent à bouleverser la situation et conservent un statut d'exception qui confirme la règle d'un ancrage de la citoyenneté européenne dans une logique économique. De ce point de vue, la nationalité européenne ne confère que des fonctions territoriales incomplètes inscrites dans la satisfaction de critères financiers, à la manière des fédérations américaine, suisse ou allemande du XIXe et du premier XXe siècle. Il en va de même des conditions liées à l'ordre public.

---

<sup>956</sup> Julien Barroche, « La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique », *op. cit.*, p. 226.

<sup>957</sup> Conclusions d'Eleanor Sharpston sur l'affaire *Ruiz Zambrano* (aff. C-34/09) présentée le 30 septembre 2010, § 11, Rec. I., p. 1183.

<sup>958</sup> Étienne Pataut, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne – Familles délinquantes », *RTDE*, 2017, n° 3, p. 584. Les précautions prises à l'égard des « presque aucune circonstance » ne sont pas nécessaires.

<sup>959</sup> CJUE, grande chambre, 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Dereci*, § 67, Rec. I., p. 11369.

<sup>960</sup> Le rappel est constant, voy. en dernier lieu CJUE, grande chambre, 10 mai 2017, aff. C-133/15, *Chavez-Vilchez*, § 63, qui rappelle qu'il s'agit de « situations très particulières ».

<sup>961</sup> Ségolène Barbou des Places, « Le droit de séjour des ressortissants d'États tiers ayant la garde effective d'enfants citoyens de l'Union », *Rev. crit. DIP*, 2017, n° 1, p. 50.

<sup>962</sup> D'ailleurs, l'appréciation du lien de dépendance entre le citoyen européen mineur et le ressortissant d'État tiers repose principalement sur des critères économiques. Voy. Sébastien Platon, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci* », *RTDE*, 2012, n° 1, p. 50.



## § 2. Un droit de libre installation encadré par l'ordre public

275. À l'instar de l'Allemagne ou de la Suisse, l'Union européenne s'est toujours dotée d'instruments autorisant explicitement les États membres à renvoyer les citoyens européens dans leur État de nationalité pour des motifs liés à la prévention ou à la répression des troubles à l'ordre public<sup>963</sup>. Il s'agit toutefois d'une « *ultima ratio* »<sup>964</sup> en ce que s'applique alors une distinction à raison de la nationalité, normalement prohibée par le traité, mais ici justifiée « par l'importance qui est attribuée à l'enracinement dans le pays »<sup>965</sup>, et dont la nationalité est justement la manifestation<sup>966</sup>. Autrement dit, on ne peut pas relever le caractère discriminatoire d'une expulsion d'un citoyen européen, celui-ci n'étant pas placé dans la même situation qu'un ressortissant national qui est par nature « enraciné » dans le territoire de son État<sup>967</sup>. Quant à la « *ratio legis* », le droit d'expulsion révèle le traitement réservé au « *bad citizen* »<sup>968</sup>, violant l'ordre social de l'État hôte et méritant ainsi le renvoi vers son État de nationalité, selon une forme de « délégation de la protection de l'ordre public interne »<sup>969</sup> symptomatique du droit des étrangers. L'expulsion des citoyens est alors la démonstration la plus emblématique de la subsistance du statut d'étranger dans les relations interfédératives européennes, les États membres conservant à l'égard des citoyens européens « une prérogative classique de leur souveraineté, en vertu de laquelle ils peuvent limiter la liberté de mouvement des ressortissants *étrangers* sur leur territoire en leur interdisant l'accès ou en les expulsant. »<sup>970</sup> Cette constante de la législa-

---

<sup>963</sup> Voy. Gérard Lyon-Caen, « La Réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *RTDE*, 1966, n° 4, p. 694-705. L'ordre public est national et non communautaire, les États membres en conservent la maîtrise de la définition et de l'appréciation, dans le respect du droit de l'Union, voy. pour le principe CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, § 18, Rec., p. 1351. Sur cette dernière distinction, voy. Myriam Benlolo-Carabot, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p. 679-700.

<sup>964</sup> Pour reprendre le terme utilisé par Henri Mayes dans ses conclusions présentées le 14 octobre 1975 dans l'affaire *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, Rec., p. 1243.

<sup>965</sup> Voy. les conclusions d'Antonio La Pergola présentées le 30 septembre 1999 dans l'affaire *Arben Kaba contre Secretary of State for the Home Department*, C-356/98, § 55 s., Rec. I., p. 2657, note 103.

<sup>966</sup> « [Les] États ne [peuvent], en vertu d'un principe général du droit international, priver leurs propres nationaux du droit de vivre sur leur territoire », comme le note Henri Mayes dans ses conclusions présentées le 14 octobre 1975 dans l'affaire *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, Rec., p. 1243.

<sup>967</sup> Dans le même sens, voy. CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, § 22-23, Rec., p. 1352.

<sup>968</sup> Loïc Azoulai, « Transfiguring European Citizenship : From Member State Territory to Union Territory », in Dimitry Kochenov (dir.), *EU Citizenship and Federalism : The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 199 et s.

<sup>969</sup> Claire Saas, « Menace à l'ordre public : quand l'extranéité l'emporte sur le droit pénal », *AJ pénal*, 2016, n° 1, p. 15.

<sup>970</sup> Voy. les conclusions de Damaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 26 novembre 1996 dans l'affaire *The Queen / Secretary of State for the Home Department, ex parte Shingara et Radiom*, C-65/95 et C-111/95, § 39, Rec. I., p. 3355.

tion européenne (A) a fait l'objet d'évolutions peu significatives, à l'exception d'un subtil système de gradation dont les juridictions ne tirent pour le moment aucun profit pour protéger le séjour du citoyen européen (B).

### **A. La condition d'ordre public, une constante dans la législation européenne**

**276.** L'encadrement par l'ordre public (pris au sens général) est une constante dans la construction européenne. Comme les fédérations allemande ou suisse, l'Union européenne a toujours prévu que les droits territoriaux européens des ressortissants des États membres, ou des citoyens européens pour reprendre la terminologie instaurée par le Traité de Maastricht, seraient soumis à la condition de respecter l'ordre public de l'État d'accueil non national (1). On ne décèle guère d'évolutions en la matière, les États marquant leur attachement à cette garantie (2).

#### **1. Généalogie de la condition d'ordre public**

**277. Origines de la condition d'ordre public.** – Dès l'époque du Traité de Rome, les droits territoriaux sont attribués aux travailleurs que « sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique » selon l'article 48 du TCE, ce qui est encore confirmé plus loin à l'article 56 du même traité, les États étant autorisés à maintenir les mesures fondées sur un « régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. » Ce triptyque mêlant ordre public, sécurité publique et santé publique est classique, il apparaît déjà à la fin du XIXe siècle dans les motifs juridiquement légitimes d'une expulsion retenus par l'Institut de droit international lors de l'adoption des Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers<sup>971</sup> en 1892 à la Session de Genève. Le traité ne s'écarte donc guère des prévisions classiques en la matière, et ne crée ainsi pas de protection particulière sur le plan matériel. C'est davantage la directive 64/221/CEE du Conseil du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique<sup>972</sup> qui va organiser quelques garanties matérielles au profit des ressortissants européens accueillis par un État membre. Sans en faire une lecture exhaustive, la directive prévoit surtout que les mesures « doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu », et que « la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures » (art. 3).

---

<sup>971</sup> IDI, *Annuaire*, 1894, vol. 12 (1892-1894), p. 218.

<sup>972</sup> JO 56, 4 avril 1964, p. 850-857.

**278.** L'innovation se situe encore davantage au plan procédural. En effet, à l'époque, les législations nationales relatives à l'expulsion pouvaient présenter un haut degré de discrétionnarité, voir d'arbitraire, particulièrement bien identifiable dans l'absence de recours juridictionnel ouvert à l'individu faisant l'objet d'une mesure d'expulsion<sup>973</sup>. Le droit communautaire va alors organiser une garantie juridictionnelle des dispositions régissant l'expulsion et le refus d'entrée pour des motifs d'ordre public, de manière à ce que « les ressortissants des autres États membres ne soient pas traités à cet égard de la même manière qu'un autre étranger quelconque. »<sup>974</sup> Pour ce faire, la directive 64/221 CEE prévoit en son article 8 que « L'intéressé doit pouvoir introduire contre la décision d'entrée, de refus de délivrance ou de refus de renouvellement du titre de séjour, ou contre la décision d'éloignement du territoire, les recours ouverts aux nationaux contre les actes administratifs. » Il s'agit d'une application d'une sorte de principe d'égalité procédurale entre nationaux et étrangers communautaires dans l'accès aux recours ouverts contre les actes administratifs, les ressortissants européens accueillis par un État membre ne devant pas disposer d'un droit au recours « moins favorable »<sup>975</sup> que les nationaux. Rapidement, la Cour de justice des Communautés européennes va définir plus en avant ces notions d'ordre public pour guider le juge national : « le recours par une autorité nationale à la notion de l'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »<sup>976</sup>. L'ensemble constitue une protection importante du ressortissant de l'Union européenne contre l'expulsion ou le refus d'entrée sur le territoire d'un État membre.

**279. Consécration de la condition d'ordre public.** – Ni les traités successifs, ni la directive 2004/38 CE abrogeant la directive 64/221 CEE ne vont changer cet état juridique : les États membres conservent le pouvoir d'expulser un citoyen européen pour des motifs liés à l'ordre public (au sens général). La réserve d'ordre public imprègne donc de manière certaine les droits

---

<sup>973</sup> En France par exemple, le Conseil d'État ne procède à cette époque qu'à un contrôle de l'exactitude matérielle des faits et de l'erreur de droit lorsque lui est déféré un arrêté d'expulsion. Il faut attendre une décision CE, 3 février 1975, n° 94108, *Pardov*, Lebon p. 83, pour que le juge administratif contrôle les motifs retenus par l'autorité publique, se bornant toutefois à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Suite à la décision CE, 24 octobre 1990, n° 81333 *Ragusi*, Lebon p. 290, le contrôle devient normal lors de l'examen de toute mesure de police relative à un étranger communautaire.

<sup>974</sup> Conclusions d'Alberto Trabucchi sur l'affaire *Lynne Watson et Alessandro Belmann* (aff. 118/75) présentées le 2 juin 1976, Rec. 1976, p. 1210.

<sup>975</sup> CJCE, 5 mars 1980, C-98/79, *Josette Pecastaing contre État belge*, Rec., p. 713.

<sup>976</sup> CJCE, 27 octobre 1977, aff. 30-77, *Regina contre Pierre Bouchereau*, Rec. 1977, p. 2014.

de libre circulation et installation des citoyens européens, et les États membres ne semblent pas désireux de faire évoluer la situation.

## 2. Actualité de la condition d'ordre public

**280. Le refus de toute suppression de la condition d'ordre public.** – Les travaux préparatoire de la directive 2004/38 CE révèlent une volonté initiale de la Commission européenne de supprimer les exceptions d'ordre public pour les citoyens européens disposant d'un droit au séjour permanent. En effet, comme le note la Commission dans un considérant préliminaire au texte présenté le 29 juin 2001, « Afin de constituer un véritable instrument d'intégration dans la société de l'État membre d'accueil dans lequel le citoyen de l'Union réside, le droit de séjour permanent ne doit pas être soumis à des conditions et doit assurer une égalité de traitement complète avec les ressortissants nationaux, *ainsi qu'une protection maximale contre les expulsions.* »<sup>977</sup> Dès lors, la Commission européenne prévoyait le dispositif suivant :

« L'État membre d'accueil ne peut pas prendre une décision d'éloignement du territoire pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique à l'encontre du citoyen de l'Union ou du membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, qui a acquis un droit de séjour permanent sur son territoire ou du membre de la famille qui est mineur. »<sup>978</sup> (art. 26, 2.)

Cette proposition concernant l'inexpulsabilité des citoyens européens en séjour permanent est adoptée sans amendement par le Parlement européen le 11 février 2003, celui-ci prévoyant même une obligation de notification à la charge des États auprès de la Commission européenne de toute décision d'expulsion frappant un citoyen européen n'ayant pas acquis un tel droit au séjour permanent<sup>979</sup>. Le Conseil européen refuse toutefois cette évolution significative des droits territoriaux des citoyens européens : dans sa position commune du 5 décembre de la même année, il supprime la protection absolue contre l'éloignement et la remplace par une exigence d'expulsion « pour des motifs graves ». Le Conseil européen précise alors de manière très révélatrice qu'« [il] est opposé, de façon quasi unanime, au principe de la protection absolue contre l'éloignement, quoiqu'il ait accepté un renforcement de la protection des citoyens de l'Union qui résident depuis longtemps dans l'État membre d'accueil. »<sup>980</sup> Le Conseil supprime de la même manière l'exigence de notification des expulsions, notant que « cette procédure

---

<sup>977</sup> JO C 270 E, 25 septembre 2001, p. 151.

<sup>978</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>979</sup> JO C 43 E, 19 février 2004, p. 56.

<sup>980</sup> JO C 54 E, 20 mars 2004, p. 32.

serait trop lourde pour les États membres et n'offrirait aucun avantage aux citoyens de l'Union. »<sup>981</sup>

**281.** Cet épisode législatif démontre le refus constant des États membres de placer les citoyens européens sur un pied d'égalité avec leurs ressortissants nationaux. La « quasi-unanimité » de ce refus, même en 2004, démontre que le citoyen européen est encore résolument perçu comme un étranger lorsqu'il séjourne sur le territoire d'un État membre et que seule la naturalisation peut, par nature, lever cette distinction. La proposition de la Commission à l'égard des citoyens européens en séjour permanent était cohérente : la disparition des critères économiques se complétait de la disparition des critères d'ordre public, autour de l'idée qu'un citoyen européen résidant de longue durée s'apparentait en réalité à un ressortissant national. Si les États avaient accepté cette proposition de la Commission, le régime ainsi créé aurait été assez comparable à celui des États-Unis avant l'avènement de la série jurisprudentielle inaugurée par l'arrêt *Edwards* : l'établissement, sanctionné par une certaine durée de résidence, lève l'ensemble des risques d'expulsion (qu'ils tiennent à l'ordre public ou à l'absence de ressources), à la différence qu'aux États-Unis, l'individu acquiert formellement la nationalité de l'État fédéré dès son établissement. Le choix de l'Union européenne n'est donc pas celui-ci, suivant davantage la voie de l'Allemagne ou de la Confédération Helvétique qui ont toujours conservé une condition d'ordre public avant d'opter *in fine* pour un droit d'établissement illimité.

**282. L'actualité pratique des expulsions.** – Cette position politique exprimée au Conseil européen trouve encore des échos en pratique. Même s'il est difficile de quantifier le nombre de renvois de citoyens européens (les chiffres ne faisant pas l'objet d'une collecte statistique au niveau européen), un intéressant rapport de la direction générale des politiques internes de l'Union (placée auprès du secrétariat général du Parlement européen) publié en septembre 2016 permet de se faire une idée du phénomène<sup>982</sup>. Il est d'abord intéressant de relever que peu d'États membres ont accepté de répondre aux questions des rédacteurs de ce rapport, ce qui montre le caractère encore sensible de la question. Ensuite, le rapport indique que plusieurs milliers de citoyens européens sont expulsés chaque année des États membres d'accueil vers les États membres de nationalité, principalement pour des motifs d'ordre public, beaucoup d'États faisant une application quasi-automatique de l'expulsion à la suite d'une condamnation

---

<sup>981</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>982</sup> Directorate-General for Internal Policies, « Obstacles to the right of free movement and residence for EU citizens and their families », 2016, PE 571. 375, 158 p., spéc. p. 115 et s.

pénale (pratique non conforme à la directive 2004/38 CE)<sup>983</sup>. En sus de ce rapport, en ce qui concerne plus particulièrement la France<sup>984</sup>, les chiffres publiés par la direction générale des étrangers en France montrent que les autorités publiques ont procédé à environ 3 000 renvois forcés par an entre 2009 et 2016 ; les retours spontanés sont inférieurs à 1 000 par an ; les retours volontaires aidés, après avoir atteint 6 000 individus par an entre 2009 et 2012<sup>985</sup>, sont tombés en dessous des 200 individus par an depuis 2015. Pour l'année 2016 en particulier, le nombre d'éloignement total de citoyens européens atteint 3 653 individus, à rapprocher des 12 836 éloignements de ressortissants d'États tiers à l'Union européenne. Or, selon les chiffres de l'INSEE (datant de 2014), 1 833 000 citoyens européens vivaient en France, pour 2 366 000 ressortissants d'États tiers. Statistiquement donc, en France, les citoyens européens sont significativement moins expulsés (1/502) que les ressortissants d'États tiers à l'Union (1/184).

**283.** Au-delà des statistiques, les chiffres des expulsions intra-européennes peuvent servir d'indicateur quant au rapport de l'État membre à l'Association. À ce titre, la situation antérieure à la décision du Royaume-Uni de quitter l'Union européenne montrait sans ambiguïtés les tensions croissantes avec l'Union : tombé à 3 296 en 2010, le nombre d'expulsion de citoyens européens avait doublé en 2015 pour atteindre 7 296<sup>986</sup>. Le nombre d'expulsion agit donc comme un révélateur de l'état de la construction fédérale, comme le montre d'ailleurs l'exemple de la Confédération Helvétique : la réforme de 1975 concrétisant un droit absolu au libre établissement a pu aboutir grâce à l'obsolescence des mécanismes de renvois intercantonaux, causé d'abord par le régime concordataire de l'assistance au lieu de domicile, mais aussi par la désuétude des retraits d'établissement pour motifs d'ordre public. Le changement constitutionnel suisse n'a consacré en droit une situation qui existait déjà en fait. L'Union n'est donc certainement pas encore à ce stade d'obsolescence, puisque les expulsions sont encore une réalité tangible dans les relations interfédératives<sup>987</sup>.

---

<sup>983</sup> *Ibid.*, p. 121-127.

<sup>984</sup> Le ministère de l'intérieur publie depuis peu intégralement les chiffres des reconduites à la frontière des citoyens européens Direction générale des étrangers en France, « L'éloignement des étrangers en situation irrégulière en 2016 », 16 janvier 2017, p. 2.

<sup>985</sup> Sans doute à l'occasion de la politique ciblée à l'encontre des populations « Roms ».

<sup>986</sup> Scott Blinder (dir.), « Deportations, Removals and Voluntary Departures from the UK », Migration Observatory briefing, Compas, University of Oxford, août 2016, p. 7. Depuis le « Brexit », la dynamique semble s'amplifier, voy. Mark Townsend, « Brussels investigates UK over deported EU citizens », *The Observer*, 30 septembre 2017.

<sup>987</sup> Le Parlement européen s'en fait d'ailleurs parfois l'écho. Voy. la question écrite de Willy Meyer, « Expulsion of EU citizens from Belgium », 15 janvier 2014, E-000335-14, se plaignant des 2 712 expulsions de citoyens européens par les autorités belges en 2013, en particulier des ressortissants espagnols. Sur ce sujet, voy. Anthony Valcke, « Expulsion and the Implementation Gap : Lessons from Belgium », in Sandra Mantu (dir.), *Expulsion and EU citizenship*, Nijmegen Migration Law Working Papers Series, 2017, n° 2, p. 12-17, spéc. p. 15.

## **B. La gradation de la condition d'ordre public, une évolution peu significative**

**284.** L'un des principaux apports de la directive 2004/38 CE est de créer une gradation dans les motifs d'ordre public qui peuvent fonder une interdiction du territoire (expulsion ou refus d'entrée). Pour ce faire, la directive attache au degré d'intégration du citoyen européen dans son État d'accueil, objectivement constatable par la seule durée de résidence, une certaine protection contre l'expulsion pour des motifs d'ordre public (1). Or, la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est que peu saisie de cette nouveauté instaurée par la directive et n'en a pas fait un instrument au service de l'approfondissement des droits territoriaux des citoyens européens. Au contraire même, certaines séries jurisprudentielles démontrent une interprétation privant d'effets certaines protections (2).

### **1. La distinction des motifs d'expulsion en fonction de la durée de séjour**

**285. La mise en place de distinctions en fonction de la durée du séjour.** – La directive 64/221 CE (préc.) mentionnait les « raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique » qui pouvaient légitimement fonder l'adoption d'une mesure d'expulsion par un État membre. La Cour de Justice a toujours considéré que de tels motifs devaient être appliqués dans le respect du principe de proportionnalité, et en particulier du droit au respect de la vie privée et familiale tel que garanti par la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>988</sup>. Elle n'a toutefois jamais été jusqu'à considérer *in abstracto* – par principe – qu'une mesure d'expulsion à l'encontre de certains citoyens européens, par exemple ceux étant nés sur le territoire de l'État membre d'accueil, était contraire au droit de l'Union européenne<sup>989</sup>. La directive 2004/38 CE consacre cette approche par la proportionnalité de la mesure et édicte en préambule un principe selon lequel « plus l'intégration des citoyens de l'Union et des membres de leur famille est forte dans l'État membre d'accueil et plus forte devrait être la protection contre l'éloignement. »<sup>990</sup>

**286.** Ce faisant, la directive 2003/38 CE adopte un système objectif de gradation des motifs d'ordre public (au sens général du terme) selon la durée de séjour du citoyen européen sur le

---

<sup>988</sup> CJCE, 29 avril 2004, aff. jointes C-482/01 et C-493/01, *Georgios Orfanopoulos e.a. et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, § 98-99, Rec. 2004. I. p. 5327.

<sup>989</sup> Voy. les conclusions de Christine Stix-Hackl présentées le 11 septembre 2003 dans l'affaire *Georgios Orfanopoulos e.a. et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, aff. jointes C-482/01 et C-493/01, § 65, Rec. 2004. I., p. 5279 : « Il résulte de la nécessité de tenir compte de tous ces facteurs qu'il doit être possible aux autorités des États membres de procéder au cas par cas à une pondération, même dans le cadre d'une expulsion de principe. Certes, le droit communautaire n'exige pas une interdiction absolue d'expulsion (...) »

<sup>990</sup> Directive 2004/38 CE préc., 24<sup>ème</sup> cons.

territoire de l'État membre d'accueil. D'abord, le citoyen européen qui ne dispose d'aucune protection particulière peut être expulsé, comme sous l'empire de la directive 64/221 CE, « pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique » (art. 27, 1.) ; dès l'écoulement d'une période de trois mois, le motif de santé publique ne peut plus être invoqué (art. 29, 2.). La situation change ensuite, comme cela a déjà été mentionné plus haut, lorsque le citoyen européen a acquis un droit au séjour permanent. Dans cette situation, le citoyen européen ne peut être expulsé que « pour des motifs grave d'ordre public ou de sécurité publique »<sup>991</sup> (art. 28, 2.). Ici, la protection prend la forme d'une part d'une réduction du champ matériel des motifs puisque la santé publique ne peut plus être invoquée (ce qui n'est qu'une confirmation de la protection de l'article 29, 2.), et d'autre part surtout d'une densification des exigences puisqu'ici l'État doit satisfaire un standard de « motifs graves ». Enfin, les citoyens européens qui séjournent depuis dix années au moins sur le territoire de l'État membre (de même que les mineurs) ne peuvent faire l'objet d'une expulsion que pour des « raisons impérieuses de sécurité publique »<sup>992</sup> (art. 28, 3.). Ici encore, la protection tient en la réduction des motifs – la seule « sécurité publique » – et un standard de protection accru – des « raisons impérieuses »<sup>993</sup>. Ce système de gradation n'a toutefois que des apports limités en pratique.

## 2. Le faible apport de ces distinctions

**287. La faible distinction des notions d'ordre et de sécurité publics.** – D'abord, la frontière entre les motifs relatifs à l'ordre public et à la sécurité publique est particulièrement poreuse, voire en certains cas inexistante. Il en va ainsi du trafic de stupéfiants. La Cour jugeait de manière constante qu'« il y a lieu de relever qu'un État membre peut considérer que l'usage de stupéfiants constitue un danger pour la société de nature à justifier des mesures spéciales à l'encontre des étrangers qui enfreignent la législation sur les stupéfiants, afin de *préserver l'ordre public*. »<sup>994</sup> (nous soulignons) La Cour validait ainsi les mesures d'expulsions fondées

---

<sup>991</sup> Voy. le rectificatif au JO L 197, 28 juillet 2005, p. 34. La publication initiale de la directive indiquait de manière erronée que l'expulsion du citoyen européen en séjour permanent devait satisfaire le standard de « raisons impérieuses ».

<sup>992</sup> Voy. à nouveau le rectificatif au JO L 197, 28 juillet 2005, p. 34. La publication initiale de la directive indiquait de manière erronée que l'expulsion du citoyen européen séjournant depuis plus de dix années devait satisfaire le standard de « motifs graves ».

<sup>993</sup> La ressemblance est frappante avec la Convention européenne d'établissement du 13 décembre 1955, art. 3, 3., in Conseil de l'Europe, *Série des traités et conventions européens*, n° 19 : « Les ressortissants des Parties contractantes, résidant régulièrement depuis plus de dix ans sur le territoire de l'une d'elles, ne peuvent être expulsés que pour des raisons touchant à la sécurité de l'Etat ou si les autres raisons mentionnées au paragraphe 1 [ordre public, sécurité, santé publique, bonnes mœurs] du présent article revêtent un caractère particulier de gravité. »

<sup>994</sup> CJCE, 19 janvier 1999, aff. C-348/96, *Donatella Calfa*, § 22, Recueil 1999. I. p. 30. Dans le même sens, voy. CJCE, 29 avril 2004, aff. jointes C-482/01 et C-493/01, *Georgios Orfanopoulos e.a. et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, § 67, Rec. 2004. I. p. 5317.



sur un risque pour l'ordre public, en « distingu[ant] entre les différents types de délits commis sous l'empire de la drogue, et notamment [en] sanctionn[ant] particulièrement le commerce de drogues dangereuses, comme l'héroïne »<sup>995</sup>. Or, dans une décision *Tsakouridis* rendue en 2010, la Cour a jugé que « la lutte contre la criminalité liée au trafic de stupéfiants en bande organisée est susceptible de relever de la notion de “raisons impérieuses de sécurité publique” »<sup>996</sup>. Il s'en déduit, outre que la Cour procède à une interprétation « très large »<sup>997</sup> de la notion de sécurité publique, que les motifs d'ordre ou de sécurité publique ne renvoient pas de manière fixe à certaines catégories de troubles à l'ordre social ; ces deux motifs peuvent chacun qualifier des troubles en rapports avec les stupéfiants. L'indistinction est d'ailleurs revendiquée par l'avocat général Yves Bot dans ses conclusions : « il nous semble que des motifs considérés par la Cour comme intégrés dans la notion d'ordre public peuvent tout aussi bien entrer dans la notion de sécurité publique. »<sup>998</sup>

**288.** Dès lors, la réduction progressive des motifs pouvant fonder une expulsion au fil des années de séjour du citoyen ne s'analyse pas en une réduction du champ matériel des troubles justifiant un renvoi, mais plutôt en une gradation de l'« intensité »<sup>999</sup> du trouble à l'ordre social : le trouble à la sécurité publique caractérise un trouble à l'ordre public d'une intensité supérieure ; il en va entre ces deux motifs d'une différence de degré et non de nature<sup>1000</sup>. Pourtant, une échelle de gravité est déjà prévue par la directive 2004/38 CE lorsque celle-ci distingue les troubles non qualifiés, les « motifs graves », et les « raisons impérieuses ». L'approche indistincte de la Cour entre les différents motifs d'interdiction du territoire est donc source de confusion et contribue à minimiser la protection due au citoyen européen en long séjour. Alors, l'approche de la Cour de Justice semble reposer sur une échelle de gravité dont les composantes basses sont l'ordre public et les « motifs graves » (ou l'absence de motifs qualifiés), et les composantes hautes la sécurité publique et les « raisons impérieuses ».

---

<sup>995</sup> Voy. les conclusions de Christine Stix-Hackl sur l'affaire *Georgios Orfanopoulos e.a. et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg* (aff. jointes C-482/01 et C-493/01) présentées le 11 septembre 2003, § 49, Rec. I, p. 5275.

<sup>996</sup> CJUE, grande chambre, 23 novembre 2010, aff. C-145/09, *Land Baden-Württemberg contre Panagiotis Tsakouridis*, Recueil. I. p. 12040.

<sup>997</sup> Fabienne Kauff-Gazin, « Libre circulation des personnes. Ordre public », *Europe*, janvier 2011, n° 1, comm. 4.

<sup>998</sup> Conclusions d'Yves Bot sur l'affaire *Land Baden-Württemberg contre Panagiotis Tsakouridis* (aff. C-145/09) présentées le 8 juin 2010, § 78, Recueil 2010. I. p. 12000.

<sup>999</sup> CJUE, grande chambre, 23 novembre 2010, aff. C-145/09, *Land Baden-Württemberg contre Panagiotis Tsakouridis*, § 47 Recueil 2010. I. p. 12036.

<sup>1000</sup> Dans le même sens en droit interne, voy. CE, 2<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> SSR, 20 novembre 1996, n° 163775, *El Mardi*, Lebon p. 456.

**289. L'incertaine lisibilité de l'échelle de gravité.** – L'échelle de gravité ainsi tracée n'est que peu lisible en jurisprudence tant il est délicat de déterminer ce qui en pratique est grave, et ce qui ne l'est pas. La lecture d'une décision du Conseil d'État rendue en 2014 permet d'abord de s'en convaincre en montrant que le juge administratif français ne fait qu'une application très réservée de l'échelle de gravité prévue par la directive 2004/38 CE. Dans cette affaire, une citoyenne européenne de nationalité roumaine<sup>1001</sup> avait été arrêtée et placée en garde à vue pour des faits d'« escroquerie à la charité publique », c'est-à-dire une escroquerie faisant « appel au public (...) en vue de la collecte de fonds à des fins d'entraide humanitaire ou sociale »<sup>1002</sup>. Selon les faits de l'espèce, elle sollicitait en effet la charité « à l'aide d'une fausse documentation portant l'en-tête d'une association caritative »<sup>1003</sup>. Si le placement en garde à vue n'avait conduit à aucune poursuite, il avait en revanche permis la prise d'une obligation de quitter le territoire français fondée sur des motifs de sécurité publique. Le Conseil d'État, à la suite des juges du fond, confirme la légalité d'une telle mesure : « la présence de Mme A. en France constituait une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour la sécurité publique, qui constitue un intérêt fondamental de la société française »<sup>1004</sup>. Une telle décision est à tout le moins étonnante, car elle « revient à élargir considérablement le spectre de la notion d'atteinte à un intérêt fondamental de la société »<sup>1005</sup> et se place sur une échelle de gravité particulièrement sévère : un comportement individuel d'escroquerie à la charité, qui ne peut être qualifié d'infracteur en l'absence d'un jugement<sup>1006</sup>, et qui ne cause un trouble à l'ordre social que très modéré, se trouve qualifié de menace réelle et grave à la sécurité publique, mettant en jeu un intérêt fondamental de la société française<sup>1007</sup>. C'est ici le sens ordinaire des mots qui est mis à

---

<sup>1001</sup> Sur la problématique des « Roms », dont on n'ignore pas qu'ils ne se confondent pas nécessairement avec les nationaux roumains, voy. par ex. Anastasia Iliopoulou, « “Le temps des gitans” : à propos de la libre circulation des Roms dans l'Union européenne », *AFRI*, 2011, vol. 12, p. 459-472.

<sup>1002</sup> Art. 313-2 c. pén.

<sup>1003</sup> CE, 5<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> SSR, 1<sup>er</sup> octobre 2014, n° 365054, *M. A.*, Lebon p. 297, ici p. 299.

<sup>1004</sup> *Ibid.*

<sup>1005</sup> Emmanuel Aubin, « Citoyen européen mendiant en France : ne circulez plus, il n'y a rien à voir ! », *AJDA*, 2015, n° 1, p. 66.

<sup>1006</sup> L'on n'ignore pas qu'en droit de l'Union européenne l'expulsion repose davantage sur l'actualité de la menace que sur la commission d'une infraction, dont elle n'est qu'un indice. Voy. CJCE, 27 octobre 1977, aff. 30-77, *Regina contre Pierre Bouchereau*, § 27 s., Recueil p. 2012 et s.

<sup>1007</sup> Un autre exemple intéressant relatif à l'expulsion de citoyens européens figure dans l'affaire de l'intrusion de Fessenheim. En avril 2014 en effet, une cinquantaine de militants de l'association Greenpeace ont pénétré dans les infrastructures de la centrale nucléaire de Fessenheim et y ont déployé des banderoles. Dès le lendemain de cette opération, le Préfet du Haut-Rhin édictait 43 obligations de quitter le territoire français sans délai de départ volontaire à l'encontre de l'ensemble des citoyens européens membre de ce groupe. Devant la Cour administrative d'appel de Nancy, le rapporteur public, Jean-Marc Favret, « Éloignement du territoire : entre ordre public et garantie des libertés », *AJDA*, 2015, n° 22, p. 1273, conclut à l'annulation des arrêtés en notant : « Pour tout dire, nous ne sommes même pas certains que cette menace avait atteint le degré de gravité requis. Car, enfin, de quoi s'agit-il ? Les activistes en cause n'ont rien dégradé, si l'on excepte un cadenas brisé. Ils ont investi de force les lieux, mais ils se sont contentés de manifester, de déployer une banderole pour alerter les dirigeants européens et

mal par la juridiction administrative suprême française – qui refuse d’ailleurs de saisir la Cour de justice de l’Union européenne pour vérifier la conformité d’une telle qualification<sup>1008</sup>. Cette décision ne possède pas les traits d’une affaire d’espèce : l’arrêt est rendu en sous-sections réunies et fait l’objet d’une publication intégrale au *Recueil Lebon*, en sus de son fichage sur ce point aux tables.

**290.** Mais une telle approche n’est pas isolée et la Cour de justice elle-même contribue à brouiller la lecture de l’échelle de gravité formée par la directive 2004/38 CE. À ce titre, il est intéressant de citer l’approche de principe arrêtée par la Cour de justice dans l’affaire *P. I. contre Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, rendue en 2012, dans laquelle la Cour exprime formellement l’idée que la qualification du trouble appartient aux autorités nationales, tout en prévoyant un « strict » contrôle juridictionnel européen :

« Si, pour l’essentiel, les États membres restent libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux pouvant varier d’un État membre à l’autre et d’une époque à l’autre, les exigences de l’ordre public et de la sécurité publique, notamment en tant que justification d’une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des personnes, ces exigences doivent, toutefois, être entendues strictement, de sorte que leur portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l’Union européenne. »<sup>1009</sup>

Mais à étudier la jurisprudence de la Cour, le contrôle n’apparaît pas réellement strict et l’unilatéralité des autorités nationales en sort plutôt préservée. Dans cette affaire par exemple, P. I. avait commis des faits d’agression sexuelle et de viol sur sa belle-fille mineure, ayant conduit au prononcé d’une peine de sept années et six mois d’emprisonnement par le *Landgericht Köln*, et à l’adoption d’une mesure d’expulsion par l’autorité allemande à destination de l’Italie. L’infracteur résidant toutefois en Allemagne depuis plus de dix années – vingt-et-une année en l’espèce –, il entendait bénéficier de la protection restreignant les motifs de son expulsion à des « raisons impérieuses de sécurité publique ». Sur ce point précisément, on ne saurait mieux dire qu’Yves Bot, suivant les conclusions qu’il prononce dans cette affaire : « Les actes commis par M. I. rentrent-ils dans la définition [des raisons impérieuses de sécurité publique] ? Quelle que soit l’envie que l’on pourrait avoir de répondre par l’affirmative tant, d’un point de vue moral, les faits commis soulèvent une réprobation et une répulsion spontanées, l’analyse juridique nous

---

de prendre position sur des installations, sans chercher à en empêcher le fonctionnement ou à les dégrader (...). » Il n’est pas suivi par la Cour qui confirme la légalité des expulsions, voy. CAA Nancy, 19 février 2015, n° 14NC01442, *Muller*, AJDA 2015. 1271.

<sup>1008</sup> Position juridique contestable. En ce sens, voy. Gaëlle Marti, « La fraude à la charité publique, motif légal d’éloignement des citoyens de l’Union européenne ? », *JCP A*, 8 Juin 2015, n° 23, 2163.

<sup>1009</sup> CJUE, grande chambre, 22 mai 2012, aff. C-348/09, *P. I. contre Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, § 23, Rec. num.

paraît appeler une réponse négative. »<sup>1010</sup> L’avocat général avance en particulier la raison selon laquelle « Si M. I. constitue incontestablement un danger dans la sphère familiale, il n’est pas établi, par la nature de l’acte commis, qu’il constitue une menace pour la sécurité des citoyens de l’Union »<sup>1011</sup>. Autrement dit, l’infraction ne présente pas un degré de gravité suffisant pour mettre en cause la sécurité publique, dans sa nécessaire dimension collective, au sein d’un État membre. Toutefois, la Cour ne va pas suivre les conclusions de son avocat général. Elle va juger au contraire qu’il est loisible à la juridiction de renvoi de constater « selon les valeurs propres à l’ordre juridique de l’État membre dont elle relève, que des infractions telles que celles commises par M. I. représentent une menace directe pour la tranquillité et la sécurité physique de la population »<sup>1012</sup>. Certains commentaires très autorisés de la jurisprudence européenne ont pu justement noter une « extension discutable de la notion de “sécurité publique” »<sup>1013</sup>, ou un « élargissement considérable du contenu de la notion de sécurité publique »<sup>1014</sup>.

**291.** Quel est alors le fondement d’évaluation de la gravité d’un trouble à l’ordre social ? Dans cette affaire *P. I.* comme d’ailleurs dans l’affaire *Tsakouridis* précitée, la Cour établit la gravité des infractions de manière assez abstraite, en se référant à l’existence d’une législation européenne condamnant les agissements en cause. Ainsi, dans l’affaire *Tsakouridis*, la Cour se fonde sur l’existence de la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil, du 25 octobre 2004, concernant l’établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue<sup>1015</sup>, tandis que dans l’affaire *P. I.*, la Cour se rattache à la directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011, relative à la lutte contre les abus sexuels et l’exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie<sup>1016</sup>. Dans cette dernière affaire, la Cour généralise d’ailleurs son cadre d’analyse en affirmant que la notion de sécurité publique peut se rattacher à l’article 83, § 1, alinéa 2 du TFUE qui prévoit les infractions « particulièrement graves revêtant une dimension transfrontière », c’est-à-dire « le terrorisme, la traite des êtres

---

<sup>1010</sup> Voy. les conclusions d’Yves Bot présentées le 6 mars 2012 dans l’affaire *P. I. contre Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, aff. C-348/09, § 43, Rec. num.

<sup>1011</sup> *Ibid.*, § 44.

<sup>1012</sup> CJUE, grande chambre, 22 mai 2012, aff. C-348/09, *P. I. contre Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, § 29, Rec. num.

<sup>1013</sup> Anastasia Iliopoulou-Penot, « Le rattachement à l’État comme critère de l’intégration sociale », *Rev. Aff. Eur.*, 2013, n° 4, p. 657.

<sup>1014</sup> Anne Rigaux, « Mesure d’éloignement, sécurité publique et libre circulation des personnes », *Europe*, juillet 2012, n° 7, comm. 269.

<sup>1015</sup> CJUE, grande chambre, 23 novembre 2010, aff. C-145/09, *Land Baden-Württemberg contre Panagiotis Tsakouridis*, § 46, Rec. I., p. 12035-12036.

<sup>1016</sup> CJUE, grande chambre, 22 mai 2012, aff. C-348/09, *P. I. contre Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, § 26, Rec. num.

humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. »<sup>1017</sup> Mais la pertinence de cette énumération dans le domaine de la libre circulation des personnes est discutable puisque l'article 83 du TFUE porte sur la coopération judiciaire en matière pénale. Surtout, si l'on peut bel et bien rattacher le trafic de stupéfiants à cette liste d'infractions « particulièrement graves », l'on voit mal comment la Cour peut y faire entrer des faits d'agression sexuelle et de viols commis dans un cercle familial, sauf à étendre jusqu'à la dénaturer la notion d'« exploitation sexuelle des femmes »<sup>1018</sup>. Dès lors, la Cour de justice ne donne guère à la notion de « sécurité publique » une interprétation restrictive. Tout au contraire elle semble adopter une vision très extensive et perméable<sup>1019</sup>, au profit du maintien d'une réelle discrétionnarité dans le processus de qualification des autorités nationales<sup>1020</sup>, ce qui là-encore prive d'effet la démarche protectrice de la directive 2004/38 CE.

## **292. L'ajout d'une condition prétorienne d'intégration nécessaire à la protection. –**

Les restrictions ne s'arrêtent pas là. La Cour a encore ajouté une condition prétorienne d'« intégration » à la charge de celui qui décompte les années de séjour propres à lui assurer une protection renforcée au titre de la directive 2004/38 CE. S'est en effet posée dans plusieurs affaires la question de la prise en compte d'une période d'emprisonnement dans le calcul de la durée de séjour nécessaire pour bénéficier des protections contre l'expulsion. La Cour de justice a alors édicté de manière tout à fait prétorienne une condition d'intégration mise à la charge du citoyen européen qui entend se prévaloir d'une protection renforcée contre une mesure d'expulsion. Il s'agit aujourd'hui d'une lignée jurisprudentielle consolidée qui a été inaugurée dans une formule lapidaire de l'arrêt *Tsoukaridis*. Dans cette affaire, la Cour note que les protections prévues par l'article 28 de la directive 2004/38 CE ne doivent jouer que « pour les personnes

---

<sup>1017</sup> *Ibid.*, § 33.

<sup>1018</sup> L'approche est encore confirmée dans CJUE, 13 juillet 2017, aff. C-193/16, *E. contre Subdelegación del Gobierno en Álava*, § 20, Recueil num., décision dans laquelle la Cour considère que des abus sexuels sur mineur entrent dans le champ de l'« exploitation sexuelle » mentionnée à l'article 83, § 1, alinéa 2 du TFUE et qu'en conséquence de telles condamnations peuvent contribuer à fonder un trouble à la sécurité publique.

<sup>1019</sup> Comme le note Karine Parrot, « Conditions du droit de séjour permanent dans l'UE des ressortissants d'État tiers », *op. cit.* : « les catégories utilisées dans les règles censées encadrer les décisions d'expulsion – du type “menace grave à l'ordre ou la sécurité publique”, “raisons impérieuses de sécurité publique” – sont toujours hautement perméables et sujettes à des interprétations extensives. »

<sup>1020</sup> À ce titre, l'espèce dans la décision CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-400/12, *Secretary of State for the Home Department contre M. G.*, § 12 et s., Rec. num., révèle que l'autorité publique britannique procède à l'expulsion pour des motifs de sécurité publique d'une citoyenne européenne, condamnée suite à des faits de sévices et de coups et blessures sur son enfant mineur. Comme le constate Karine Parrot, « Conditions du droit de séjour permanent dans l'UE des ressortissants d'État tiers », *op. cit.*, l'ensemble est « certes grave mais n'est pas pour mettre en péril la sécurité publique britannique... »

qui sont véritablement intégrées dans l'État membre d'accueil »<sup>1021</sup> (nous soulignons). Cette démarche constructive va être approfondie dans l'affaire *Nnamdi Onuekwere* rendue en 2014 dans laquelle la Cour va établir qu'une période d'emprisonnement ne peut être prise en compte dans le décompte des cinq années nécessaires à l'acquisition d'un droit au séjour permanent :

« L'infliction par le juge national d'une peine d'emprisonnement ferme est de nature à démontrer le non-respect par la personne concernée des valeurs exprimées par la société de l'État membre d'accueil dans le droit pénal de ce dernier, de sorte que la prise en considération des périodes d'emprisonnement aux fins de l'acquisition, par les membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un État membre, du droit de séjour permanent, au sens de l'article 16, paragraphe 2, de la directive 2004/38, irait manifestement à l'encontre du but poursuivi par cette directive avec l'instauration de ce droit de séjour. »<sup>1022</sup>

Quittant le domaine propre du droit au séjour permanent pour gagner celui de la protection contre l'expulsion offerte aux citoyens européens résidant depuis plus de dix années, la Cour confirme sans ambiguïté dans une deuxième affaire *M. G.* rendue le même jour que l'emprisonnement fait perdre le bénéfice de la protection lorsqu'elle est acquise (perte de la « continuité de séjour ») et interrompt le décompte des années lorsque la protection n'est pas encore acquise :

« Dans la mesure où le degré d'intégration des personnes concernées fonde de manière essentielle tant le droit de séjour permanent que le régime de protection à l'encontre des mesures d'éloignement prévus par la directive 2004/38, les motifs qui justifient que les périodes d'emprisonnement ne soient pas prises en considération aux fins de l'acquisition du droit de séjour permanent ou que ces périodes interrompent la continuité du séjour aux fins de cette acquisition doivent également être retenus dans le cadre de l'interprétation de l'article 28, paragraphe 3, sous a), de cette directive. Il s'ensuit que les périodes d'emprisonnement ne sauraient être prises en considération aux fins de l'octroi de la protection renforcée prévue à l'article 28, paragraphe 3, sous a), de la directive 2004/38 et que ces périodes interrompent, en principe, la continuité du séjour, au sens de cette disposition. »<sup>1023</sup>

Un tel raisonnement révèle que la Cour considère que la directive 2004/38 CE et son système de protection graduelle en fonction de la durée de séjour ne fait que traduire un principe général selon lequel plus le citoyen européen est intégré, plus il doit jouir d'un séjour protégé. La Cour n'estime donc pas que la directive 2004/38 CE fixe de manière exhaustive les critères d'appréciation de cette durée de séjour. Autrement dit, l'appréciation de l'intégration ne s'épuise pas dans une évaluation objective de la durée de séjour sur le territoire d'un État d'accueil. À ce

---

<sup>1021</sup> CJUE, grande chambre, 23 novembre 2010, aff. C-145/09, *Land Baden-Württemberg contre Panagiotis Tsakouridis*, § 31, Recueil 2010. I. p. 12031.

<sup>1022</sup> CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-378/12, *Nnamdi Onuekwere contre Secretary of State for the Home Department*, § 26, Rec. num.

<sup>1023</sup> CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-400/12, *Secretary of State for the Home Department contre M. G.*, § 32-33, Rec. num.

critère s'ajoute une appréciation subjective du degré d'intégration du citoyen<sup>1024</sup>. Pour reprendre les termes de Trstenjak Verica dans ses conclusions prononcées sous l'arrêt *Dias* en 2011, « le principe d'intégration (...) ne se fonde en effet pas seulement sur des facteurs spatiaux et temporels, mais également sur des facteurs qualitatifs. »<sup>1025</sup> Anastasia Iliopoulou-Panot distingue ainsi l'« intégration qualitative »<sup>1026</sup> – retenue dans ces espèces par la Cour – de l'« intégration formelle »<sup>1027</sup> uniquement basée sur des critères objectifs de résidence à l'instar de la directive 2004/38 CE.

**293.** Cette reconnaissance d'une exigence supplémentaire pour bénéficier des protections prévues par le droit dérivé de l'Union européenne s'inscrit sans conteste dans une dynamique plus générale d'irrigation par la notion d'intégration de toutes les branches de la citoyenneté européenne, jusqu'à en devenir « le concept central »<sup>1028</sup>. Toutefois, force est de reconnaître ici que la Cour ajoute un critère dont on ne trouve trace dans aucun des articles de la directive 2004/38 CE. De fait, cette directive, en prévoyant un système propre de gradation, fixe de manière exhaustive les conditions objectives d'accès aux protections contre l'expulsion, et induit que le degré d'intégration ne peut être inféré que de la seule durée de séjour. Dans cette série jurisprudentielle, la Cour amoindrit donc la protection des citoyens européens par le fait d'une interprétation « constructive » jouant de près avec le *contra-legem*, comme le remarque très justement Denis Martin :

« Il est incontestable qu'en introduisant une protection renforcée contre l'expulsion au bénéfice des citoyens de l'Union ayant résidé plus de 10 ans dans l'État membre d'accueil, la volonté du législateur était de prohiber l'expulsion précisément en raison de la simple présence ("qui a séjourné") de l'intéressé pendant une telle durée de 10 ans. Il peut dès lors légitimement être déploré que la Cour ait estimé opportun, dans plusieurs arrêts, d'amoindrir cette protection en affirmant que, même à l'égard de cette catégorie de citoyens, il faut tenir compte de la solidité de leurs liens sociaux, culturels et familiaux avec l'État membre d'accueil, lesquels doivent refléter l'intégration réelle dans la société de celui-ci. »<sup>1029</sup>

---

<sup>1024</sup> Pour une confirmation récente, voy. CJUE, grande chambre, 17 avril 2018, aff. C-316/16 et C-424/16, *B. c. Land Baden-Württemberg et Secretary of State for the Home Department c. Franco Vomero*, Rec. num.

<sup>1025</sup> Conclusions (suivies sur ce point) de Trstenjak Verica sur l'affaire *Secretary of State for the Home Department contre Maria Dias* (aff. C-325/09) présentées le 17 février 2011, § 106, Rec. I. p. 6420.

<sup>1026</sup> Anastasia Iliopoulou-Panot, « Le rattachement à l'État comme critère de l'intégration sociale », *op. cit.*, p. 657.

<sup>1027</sup> *Ibid.*, p. 661.

<sup>1028</sup> Étienne Pataut, « Intégration et solidarité : quelles valeurs pour la citoyenneté ? Quelles fonctions pour l'intégration ? », *RTD Eur.*, 2014, n° 3, p. 787. Voy. également Ségolène Barbou des Places, « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Rev. Aff. Eur.*, 2013, n° 4, p. 689-703.

<sup>1029</sup> Denis Martin, « Libre circulation des citoyens de l'Union », *J.-Cl. Europe*, Fasc. 186, 2017, § 246. L'auteur remarquait déjà cinq années auparavant, « La libre circulation des personnes : au-delà de l'évolution et des révolutions, la perpétuelle quête de sens », *Rev. Aff. Eur.*, 2012, n° 1, p. 96, une tendance jurisprudentielle conduisant à une « protection amoindrie contre l'expulsion ».

En conclusion, l'on notera également que la « valeur ajoutée » de cette série jurisprudentielle est loin d'être évidente. La Cour, pour justifier ces interprétations constructives, s'en remet à un discours sur les valeurs : « l'infliction par le juge national d'une peine d'emprisonnement ferme est de nature à démontrer le non-respect par la personne concernée des *valeurs exprimées par la société de l'État membre* d'accueil dans le droit pénal de ce dernier »<sup>1030</sup> (nous soulignons) ; « L'éventuelle constatation par la juridiction de renvoi, selon *les valeurs propres à l'ordre juridique de l'État membre* dont elle relève, que des infractions telles que celles commises par M. I. représentent une menace directe (...) »<sup>1031</sup> (nous soulignons). C'est donc la violation des *valeurs* de l'État membre d'accueil qui justifie *in fine* la non reconnaissance des protections prévues par le droit dérivé, mais aussi qui légitime le droit de recourir à une mesure d'expulsion. Dès lors, l'on ne saurait mieux dire qu'Étienne Pataut : « Du fait du caractère très général de leur formulation, les valeurs de l'État d'accueil violées par le délinquant sont (...) aussi celles de l'État d'origine, précisément parce que c'est cette communauté de valeurs qui fonde, aux termes de l'article 2 TUE, la construction européenne. Partant, la justification sur les valeurs est non seulement peu utile, mais plus encore contre productive : comment justifier, entre États membres, de l'éloignement d'un ressortissant au nom de la violation d'une "valeur" partagée par l'État d'origine et l'État d'accueil ? »<sup>1032</sup>

**294.** La Cour a donc bâti une jurisprudence qui, loin d'approcher de manière équilibrée la question de l'expulsion des citoyens européens, tend au contraire à renforcer la liberté des États membres pour recourir aux voies de droit ouvertes par le traité et la directive 2004/38 CE, mais aussi à insérer des conditions non prévues par le législateur et qui restreignent l'application des protections bénéficiant normalement aux citoyens européens.

\*

**295. Conclusion de section : quelles perspectives pour la nationalité européenne ? –**  
Comme le note Edouard Dubout, « la "citoyenneté" européenne se rapproche plus d'une forme

---

<sup>1030</sup> CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-378/12, *Nnamdi Onuekwere contre Secretary of State for the Home Department*, § 26, Rec. num. ; CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-400/12, *Secretary of State for the Home Department contre M. G.*, § 31, Rec. num.

<sup>1031</sup> CJUE, grande chambre, 22 mai 2012, aff. C-348/09, *P. I. contre Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, § 20, Recueil num. Dans le même sens, CJUE, 13 juillet 2017, aff. C-193/16, *E. contre Subdelegación del Gobierno en Álava*, § 21, Recueil num.

<sup>1032</sup> Étienne Pataut, « Chronique Citoyenneté de l'Union européenne – Intégration et solidarité : quelles valeurs pour la citoyenneté ? », *op. cit.*, p. 786.



de “nationalité”, comprise comme une appartenance à une communauté qui ne serait ni exclusive ni étatique. »<sup>1033</sup> Ce constat doit être largement approuvé, il existe bel et bien une nationalité européenne, comparable sans nul doute – de manière « flagrante »<sup>1034</sup> – aux constructions pré-étatiques allemandes, suisses et américaines déjà étudiées. Le modèle européen de nationalité est ainsi résolument fédératif en ce qu’il est un instrument au service du rapprochement des États membres par l’attribution aux citoyens européens de droits territoriaux certes importants, mais demeurant encadrés par une logique économique d’une part, et sécuritaire d’autre part.

**296.** Il manque pour le moment à l’Union européenne chacune des trois dynamiques qui ont permis à la République fédérale allemande, à la Confédération helvétique et aux États-Unis d’Amérique de basculer dans un modèle fédéral étatique de nationalité, c’est-à-dire garantissant des droits absolus de circulation et d’installation sur l’ensemble du territoire. En effet, contrairement à l’Allemagne, les restrictions prévues aux droits territoriaux sont bien en vigueur et n’ont pas été implicitement abrogées par un nouvel ordre constitutionnel. Le dernier mouvement d’importance en la matière remonte au Traité de Maastricht, et les États membres ont fait connaître à cette occasion leur attachement à l’encadrement des libertés de circulation et d’installation<sup>1035</sup>. Contrairement à la Suisse, les États membres font encore résolument application des restrictions prévues par la législation dérivée, autant sur le versant de l’économie que sur celui de l’ordre public ; la directive 2004/38 CE n’est donc certainement pas frappée d’obsolescence. Et contrairement aux États-Unis, la Cour suprême de l’ordre juridique de l’Union européenne n’a pas eu l’audace de déclarer tout ou partie du régime d’encadrement contraire au droit primaire. L’on admet toutefois que l’ancrage des restrictions dans les Traités rend une telle tâche ardue. Mais la politique jurisprudentielle suivie par la Cour de justice tend parfois

---

<sup>1033</sup> Édouard Dubout, « L’échec de la citoyenneté européenne ? Les mutations d’une citoyenneté complexe en période de crise identitaire », *op. cit.*, p. 288.

<sup>1034</sup> *Ibid.*

<sup>1035</sup> Dans le projet de Traité établissant une Constitution pour l’Europe du 29 octobre 2004, « le droit de séjourner et de circuler librement sur le territoire des États membres » prévu à l’article I-10 n’est plus assorti de la formule héritée de Maastricht, « sous réserve des limitations et conditions... ». Subsistent toutefois le régime d’ordre public aux articles III-133 (travailleurs) et III-140 (liberté d’établissement). Fallait-il en déduire l’abrogation implicite des restrictions d’ordre économique à la liberté de séjour et de circulation ? À notre connaissance, rien dans les travaux préparatoires ne laisse présumer que telle était l’intention des rédacteurs lorsqu’ils ont supprimé la mention des « limitations ». Toutefois, cette évolution – qui, sans être univoque, n’est pas anodine – aurait pu servir de fondement à une telle interprétation. D’ailleurs, le gouvernement portugais avait déjà soutenu (sans être suivi) que l’adoption du Traité de Maastricht et la consécration dans le droit primaire de droits territoriaux attribués à l’ensemble des citoyens européens avait conduit à l’abrogation des encadrements économiques de la liberté de séjour et de circulation : « Avec le traité de Maastricht, le droit de séjour aurait entamé une évolution ultérieure. Le droit de séjour visé à l’article 8 A du traité CE aurait entraîné une modification qualitative du statut de droit communautaire des citoyens de l’Union. (...) Les conditions auxquelles la libre circulation peut être rattachée ne seraient désormais plus de nature économique (...). » Voy les conclusions de Siegbert Alber sur l’affaire *Rudy Grzelczyk contre Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve* (aff. C-184/99) présentées le 28 septembre 2000, § 52, Rec. I. p. 6210.

paradoxalement, surtout en matière d'ordre public, à renforcer plutôt qu'à alléger le poids des encadrements.

297. Il faudrait surtout se garder d'imaginer que la tendance naturelle d'une nationalité fédérative est de tendre vers une nationalité fédérale, autrement dit que l'encadrement des droits de séjour tend nécessairement, suivant une logique libérale, vers leur absolutisation. Le droit en la matière ne fait que rejoindre le fait, et l'existence d'une nationalité fédérale ne vient que consacrer en droit une situation consolidée où les ressortissants des États fédérés ne perçoivent plus les autres membres de l'Association comme des étrangers, mais bien comme des co-nationaux. En droit, la citoyenneté européenne est donc un révélateur de l'état de la construction européenne, bien davantage qu'un moyen de la faire progresser.

\* \*

298. **Conclusion de chapitre : la territorialité confirmée** – La territorialité des fonctions conférées à la nationalité ne se vérifie donc pas que dans la structure d'un État unitaire comme la France. L'Allemagne, la Suisse, les États-Unis et l'Union européenne ont chacun mis en œuvre une nationalité *fédérative* dont le rôle était – ou est encore – d'assurer des fonctions territoriales contingentes. Les premiers temps fédéraux laissent en effet encore subsister une méfiance à l'égard de l'étranger pourtant ressortissant de l'association. Les objectifs économiques ou sécuritaires qui motivent le regroupement sont en effet parfaitement solubles, si ce n'est même contraignant, dans l'approche d'une nationalité conférant des droits territoriaux encadrés par des conditions financières ou d'ordre public. Les derniers temps fédératifs, et les premiers temps de l'État fédéral, fondent alors en droit une nationalité fédérale qui garantit aux individus des droits absolus de libre circulation et installation. Mais en cette matière, le mouvement n'est ni linéaire, ni naturel. Le propre d'une nationalité *fédérative* n'est pas de progresser vers une nationalité *fédérale*. En cela, ce sont les progrès politiques – le sentiment de « nationalité » au sens romantique du XIXe siècle – de la construction fédérale qui forment le préalable indispensable à la levée juridique de la figure de l'étranger dans les relations interfédérales ; le co-national est une figure de fait avant d'être une figure de droit. Il n'en demeure pas moins que la construction de ces nationalités sur la base de fonctions territoriales confirme encore la pertinence du couplage des deux notions.

\*

\* \*

**299. Conclusion de titre : la construction territoriale de la nationalité.** – La nationalité est un construit. Comme l’a déjà montré Kelsen, ce statut n’a rien de consubstantiel à l’État<sup>1036</sup>. Toutefois, on constate par l’évidence que les États ont toujours recouru à ce moyen pour déterminer parmi la population soumise à leur autorité celle qui devait bénéficier d’un statut spécial, protecteur et permanent, c’est-à-dire la nationalité. Le critère a tôt été fixé en France, mais la démonstration pourrait être géographiquement étendue tant les critères territoriaux sont prépondérants aux XVIIe-XVIIIe siècles, et il s’est bâti dès cette époque un véritable statut territorial reposant sur l’évaluation – selon des mécanismes de preuves et de présomptions – de la sujétion territoriale des individus : la sujétion à titre habituel permet de conférer la nationalité, l’absence de sujétion à l’inverse empêche d’octroyer la nationalité, tandis que seule la rupture territoriale à titre définitif permet de retirer la nationalité. La territorialité du statut de national assure dès cette époque des fonctions territoriales dormantes : les auteurs de l’Ancien Régime relèvent parfois que les étrangers peuvent ne pas être admis sur le territoire, ou en être expulsés, mais la réflexion n’est jamais poussée jusqu’à assigner à la nationalité des fonctions territoriales explicites.

**300.** Deux phénomènes parallèles vont permettre de faire émerger puis de consacrer ces fonctions. D’abord l’essor des migrations internationales va nécessiter un moyen sûr pour répartir et allouer chaque individu à un État, de manière à faire place au principe selon lequel chaque État doit s’occuper en dernière hypothèse de ses propres nationaux, et ainsi ne pas les expulser, ni s’opposer à leur réadmission. Il faudra toutefois un mouvement qui s’étend sur plus d’un siècle pour que la France bascule de fonctions territoriales contingentes à une garantie individuelle des droits territoriaux au profit de l’ensemble des nationaux. Ensuite le développement du fédéralisme par association va des deux côtés de l’Atlantique permettre à la nationalité d’exprimer des fonctions territoriales au sein d’une association d’États. L’étude de l’Allemagne, de la Suisse, des États-Unis, et même de l’Union européenne, permet ainsi de démontrer que toute construction fédérale repose sur la création d’un statut commun, une nationalité *fédérative*, qui confère des droits territoriaux de libre circulation et installation eux-aussi contingents, c’est-à-dire limités. La dynamique est reçue dans toutes les fédérations quelles que soient les époques : les indigents et les condamnés sont systématiquement exclus des droits territoriaux dans les premiers temps fédéraux. Pour les autres en revanche, la nationalité confère un

---

<sup>1036</sup> Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l’État* (1945 trad. Laroche et Faure), Paris, LGDJ, 1997, p. 291 : « Si la nature de la citoyenneté [nationalité] est d’être la condition d’un ensemble de droits et d’obligations, il nous faut souligner que ceux-ci ne sont nullement essentiels au type de système juridique que nous appelons État. »

réel droit d'établissement. Lors de la bascule de la Fédération vers un État fédéral – qui demeure toujours hypothétique –, le statut commun de l'association fait l'objet d'une absolutisation qui suit l'unification territoriale et les progrès politiques liés au sentiment national (l'autre n'est plus un étranger mais un co-national) : c'est dans ce dernier moment que la nationalité devient proprement *fédérale* et qu'elle confère au sein de l'État fédéral des droits absolus d'établissement au profit de l'ensemble des ressortissants fédéraux.

**301.** Il s'en déduit un couplage manifeste entre territoire et nationalité, qui relègue les approches formalistes et déterritorialisées de la nationalité : celles-ci expriment une vision qui n'est conforme ni à la réalité juridique de la nationalité, ni à son histoire. Cet ancrage territorial de la nationalité désormais mis à jour, il convient de s'intéresser aux encadrements du pouvoir de l'État qui en découlent directement.



## TITRE 2. – L’encadrement territorial de la compétence de l’État

« L’acte qui confère la qualité de Français au nom du peuple est fondé sur le droit de souveraineté, dont l’exercice s’étend à tous les individus disséminés sur le territoire soumis à la domination du souverain. Il est encore fondé sur le droit des gens qui permet à un gouvernement d’adopter et de compter au nombre des gouvernés tout individu qui se trouve porté sur son territoire. »<sup>1037</sup>

Antoine Nicolas LUDOT

**302.** La territorialité mise à jour n’est pas porteuse *en soi* d’un encadrement du pouvoir de l’État. En revanche, le statut et les fonctions territoriales de la nationalité se retrouvent sur deux plans qui impactent directement la compétence de l’État. D’abord le plan interne : le droit français de la nationalité fait de la territorialité une condition mise à l’exercice valide de la compétence en matière d’octroi et de perte de la nationalité. Autrement dit, le droit positif révèle que la sujétion territoriale à titre habituel conditionne la capacité de l’État à conférer sa nationalité, et qu’à l’inverse la rupture territoriale définitive conditionne la capacité de l’État à retirer sa nationalité. La législation et les pratiques administratives et judiciaires s’inscrivent dans le respect de cette condition territoriale de *validité* et lui confèrent ainsi un statut principal, dont quelques exceptions – notamment liées à la déchéance de nationalité à titre de peine – n’emportent pas la remise en cause. Ensuite sur le plan international : l’ordre international fait de toute mesure étatique décorrélée de la situation territoriale une pratique abusive de l’État, à laquelle il est possible de dénier tout effet juridique. L’abus de droit est ainsi au cœur d’un contrôle de *l’opposabilité* des mesures de l’État dans le domaine de la nationalité. Le critère territorial est alors prépondérant pour caractériser l’abus, soit qu’un octroi soit arbitraire en raison de l’absence de sujétion territoriale habituelle de l’individu à qui la nationalité est conférée, soit que le retrait caractérise un détournement de pouvoir visant à empêcher un individu de regagner le sol d’un État auquel il est encore territorialement lié. Ces deux rapports de validité dans l’ordre interne et d’opposabilité dans l’ordre international constituent les deux manifestations emblématiques de l’encadrement territorial du pouvoir de l’État en droit de la nationalité.

---

<sup>1037</sup> Pierre-Antoine Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du code civil*, VII, Paris, Videcoq, 1836, p. 324.



### Chapitre 3. La condition territoriale de validité dans l'ordre interne

**303.** La nationalité étant un statut territorial, l'exercice du pouvoir de l'État en matière de nationalité est subordonné à la satisfaction d'une condition territoriale. Plus précisément, il s'agit ici de démontrer que le champ d'application de l'habilitation en matière de nationalité est contraint par la qualité du lien territorial entre l'État et l'individu : l'État ne dispose de sa compétence d'octroi de la nationalité qu'à l'égard des individus avec qui il possède un lien territorial à titre habituel, et de sa compétence de retrait de la nationalité qu'à l'égard des individus avec qui les liens territoriaux habituels ont été rompus. Pour autant, la satisfaction de la condition territoriale, conduisant à valablement disposer de la compétence en matière de nationalité, n'induit pas nécessairement une obligation d'en faire usage. Autrement dit, dans le champ de son habilitation, l'État reste libre d'octroyer ou non, et de retirer ou non, sa nationalité.

**304.** Une telle approche repose sur une conception matérielle de la nationalité. La tradition française est attachée à cette approche qu'on retrouve en dernier lieu chez Henri Batiffol, Paul Lagarde et leurs élèves. Batiffol dresse ainsi le constat que « Le lien de nationalité intéresse l'État en même temps que le national, et il ne résulte pas seulement d'une volonté individuelle, il exprime une réalité dont l'existence peut être considérée objectivement. »<sup>1038</sup> À sa suite, Lagarde écrit encore que « Le droit de la nationalité est fondé, de façon concrète, sur l'intensité des liens objectifs (filiation, naissance, scolarité, résidence, service militaire) entre l'individu et l'État français. On a pu parler ainsi de nationalité de proximité par rapport à ce qui serait une nationalité de souveraineté. »<sup>1039</sup> Sabine Corneloup, dans cette droite ligne, mentionne dans un article récent que la nationalité repose sur « un lien objectif » qui confère à la nationalité son « sens »<sup>1040</sup>. Cette conception « objective » de la nationalité, qui a fait l'objet de la thèse d'Amélie Dionisi Peyrusse<sup>1041</sup>, n'est pas nécessairement fondée dans la pensée de ces auteurs sur un unique critère territorial – quoi que Hugues Fulchiron écrit que « l'objectivisation du lien de nationalité » tend à en faire un « simple lien de proximité entre un individu, un territoire et la

---

<sup>1038</sup> Henri Batiffol, « Évolution du droit de la perte de la nationalité française », in *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. I, Paris, Pedone, 1975, p. 254.

<sup>1039</sup> Paul Lagarde, *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2011, n° 00.04, p. 3-4.

<sup>1040</sup> Sabine Corneloup, « Les modes actuels d'acquisition de la nationalité française », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, p. 45. Dans le même sens, voy. Hugues Fulchiron, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2001, vol. 14, p. 178-179.

<sup>1041</sup> Voy. Amélie Dionisi Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Defrénois, 2008, 436 p.



population qui vit sur ce territoire. »<sup>1042</sup> Il est donc possible de considérer que la condition d'une sujétion territoriale à titre habituel subsume en réalité tous les critères objectifs formulés, y compris la filiation, comme cela se vérifie dans la législation française en matière d'octroi (section 1) et de perte (section 2) de la nationalité.

### ***Section 1. La condition territoriale dans la compétence d'octroi de la nationalité***

**305.** L'étude de la législation française démontre que l'État ne peut valablement agir en matière d'octroi de la nationalité qu'à la condition que l'individu possède avec lui un lien territorial habituel. Autrement dit, à défaut d'un tel lien avec le sol français, l'individu ne peut prétendre par principe à l'obtention de la nationalité, comme l'État ne peut valablement agir en ce domaine. Même le droit du sang, réputé étranger à la logique territoriale, répond en dernière hypothèse à cet impératif, à l'instar du droit du sol, de la naturalisation et des changements de nationalité par la succession d'États. On étudiera ainsi très classiquement les grands modèles tirés du droit du sol et du droit du sang (I), puis les modes d'acquisition de la nationalité non compris dans ces modèles (II).

#### **§ 1. La territorialité dans les mécanismes classiques du droit du sol et du droit du sang**

« De même que la seule naissance en France ne constitue pas un rattachement suffisant, si elle n'est pas corroborée par d'autres liens, pour faire attribuer à une personne la nationalité française, de même la filiation à l'égard d'un Français ne peut suffire à elle-seule, à défaut de tout autre rattachement, pour produire ce même effet. » Paul LAGARDE, 2011<sup>1043</sup>

**306.** L'opposition franche et schématique entre le droit du sol et le droit du sang au point de vue du rapport territorial doit être réexaminée. Si le droit du sol laisse facilement deviner que le rapport au territoire est prépondérant, il ne faut toutefois pas imaginer qu'en la matière la seule naissance sur le sol français permet à l'individu d'obtenir la nationalité. La condition temporelle d'une sujétion territoriale à titre habituel est indispensable à l'acquisition de la nationalité. De la même manière, si le droit du sang laisse à l'inverse imaginer que le rapport au territoire est absent, il ne faut pas en déduire que la nationalité peut se transmettre *ad infinitum* aux générations de Français expatriés qui ont perdu leurs attaches avec le sol français. Là-en-core, la condition temporelle de la sujétion territoriale entre en jeu, et la perte de la nationalité

---

<sup>1042</sup> Hugues Fulchiron, « De la détermination des nationaux par une loi interprétative », *Rev. crit. DIP*, 2000, n° 4, p. 696.

<sup>1043</sup> Paul Lagarde, *La nationalité française, op. cit.*, n° 43.41, p. 247.

par désuétude consacre l'idée qu'une nationalité ne peut être valablement attribuée aux Français expatriés depuis un laps de temps trop important. Bien plus qu'un moyen de départir le droit du sang et le droit du sol, le principe de la sujétion territoriale à titre habituel permet d'observer des convergences entre ces deux principaux mécanismes d'accès à la nationalité (B). De manière préalable, il convient de déconstruire en partie quelques oppositions (A).

### **A. Les oppositions apparentes dans les attributions *jure sanguinis* et *soli***

**307.** Un rapport de contingence et d'absolu a parfois tendance à structurer les relations entre le droit du sol et le droit du sang. Les mécanismes d'octroi de la nationalité sur le fondement de la naissance en France sont en effet souvent décrits comme préservant les intérêts de l'autorité militaire ; le droit du sol s'inscrit alors comme un mode auxiliaire d'accès à la nationalité fondé sur des intérêts extérieurs liés à la conscription. À l'inverse, les mécanismes d'octroi de la nationalité sur le fondement de la filiation sont encore décrits comme les modes normaux et parfois exclusifs d'attribution de la nationalité, le sang étant seul capable de révéler l'appartenance à la nation. Ces deux principes qui contribuent à structurer les débats entre le droit du sang et le droit du sol doivent pourtant être largement nuancés (1), si ce n'est repoussés (2).

#### **1. L'opposition des fondements : les mythes de la conscription et de la famille**

**308. Premier mythe : le droit du sol au secours de la conscription.** – Les discours législatif, juridictionnel et doctrinal convergent souvent autour de l'idée que le droit du sol ne doit son existence en France qu'aux exigences de la conscription. Cette liaison entre ces deux institutions ne serait qu'une question d'égalité entre les Français *de droit* par leur filiation, soumis aux obligations militaires, et les Français *de fait* par leur naissance, étrangers aux obligations militaires en raison de leur extranéité juridique, mais qui pourtant devraient chacun payer à égalité « l'impôt du sang » en raison des avantages qu'ils tirent de leur résidence en France<sup>1044</sup>. Cette idée tire sans doute ses racines des célèbres propos de Napoléon rapportés de la discussion au Conseil d'État lors de la séance du 6 Thermidor an IX (25 juillet 1801) :

« Le Premier Consul dit que si les individus nés en France d'un père étranger n'étaient pas considérés comme étant de plein droit Français, alors on ne pourrait soumettre à la conscription et aux autres charges publiques les fils de ces étrangers qui se sont établis en grand nombre en France, où ils sont venus comme prisonniers, ou par suite des événements de la guerre. Le

---

<sup>1044</sup> Voy. Serge Slama, « *Jus soli, jus sanguinis*. Principes complémentaires et consubstantiels de la tradition républicaine », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, p. 27 et s.

Premier Consul pense qu'on ne doit envisager la question que sous le rapport de l'intérêt de la France. »<sup>1045</sup>

Ces mots, prononcés par celui dont le code portera le nom, ont une autorité sans précédent – même si d'ailleurs, paradoxalement, les vues de Napoléon ne triomphent finalement pas en cette matière<sup>1046</sup>. Ici, l'on voit bien comment la nationalité est subordonnée à l'impératif de la conscription dans la pensée du Premier Consul. À la fin du XIXe siècle encore, l'idée est encore très répandue et le Député du Nord Maxime Lecomte fait sensation en lisant en séance publique le 16 mars 1889 la lettre d'un ouvrier qui déplore l'inégalité entre Français et étrangers nés en France au regard des obligations militaires :

« Voyez tel ou tel atelier où travaillent des Français et des fils d'étrangers. Supposons-les tous travaillant comme seconds ouvriers, ils ont seize à vingt ans. Arrive le tirage au sort, c'est le moment où ces travailleurs allaient passer premiers ouvriers, c'est ce qui a lieu seulement pour les étrangers, parce que les Français vont faire un an, trois ans, quarante mois... et reviennent ensuite pour se retrouver sous les ordres de leurs anciens compagnons, lesquels gagnent 2 fr. 50 ou 4 fr. au plus par jour. (...) Chez nous, tous les contremaîtres sont étrangers. Autre chose : des parents ont une fille à marier et peuvent lui donner de l'argent en dot : elle est courtisée par un Français et un fils d'étranger, qui ont à peu près la même position. Les parents se disent : Celui-ci ne fera pas ou peu de service ; il n'aura ni les vingt-huit jours, ni les treize jours ; il n'ira jamais en campagne en cas de guerre ; notre fille sera bien plus heureuse avec lui. Vous voyez l'intérêt des patrons et l'intérêt des familles. C'est ainsi que les étrangers nous prennent nos places, nos emplois, nos fiancées. »<sup>1047</sup>

Une fois encore, c'est la nationalité et le droit du sol dont il est question, et la loi du 26 juin 1889, en rendant automatique l'acquisition de la nationalité française pour l'étranger né et domicilié en France au moment de sa majorité d'une part, de même qu'en rendant insusceptible de renonciation l'attribution de la nationalité à l'enfant né en France d'un parent lui-même né en France d'autre part, agit directement sur ce terrain en assurant la pleine égalité au regard de la conscription et du tirage au sort<sup>1048</sup>. Finalement, cette idée que droit du sol et conscription

---

<sup>1045</sup> Pierre-Antoine Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du code civil*, VII, Paris, Videcoq, 1836, p. 6.

<sup>1046</sup> L'adoption du code civil marque un recul important du droit du sol en supprimant l'attribution de la nationalité par le seul fait de la naissance. Voy Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, Paris, Gallimard, 2005, 2<sup>ème</sup> éd, p. 39-52.

<sup>1047</sup> JORF, débats, Ch. des Dép., 16 mars 1889, p. 594. L'argument du privilège de l'étranger à l'usine et dans les familles est déjà bien connu puisqu'il avait déjà été présenté (avec véhémence) par Charles Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. I, Paris, Pedone-Lauriel, 1880, 6<sup>ème</sup> éd., n° 172, p. 214-215 : « Beaucoup d'étrangers s'établissent parmi nous ; grâce à la douceur de notre climat, de nos mœurs, de nos lois, les plus hospitalières et les plus libérales peut-être de toutes les lois envers les étrangers, ils jouissent sur notre sol, à peu près, des mêmes avantages et des mêmes droits que les Français. Mais viennent les charges ! vienne l'obligation du jury et du service militaire ! oh ! alors, ils sont étrangers ! ils revendiquent leur extranéité ! et c'est ainsi que tous les ans, en France, sept ou huit cents jeunes gens au moins échappent à cet impôt, qu'on a appelé l'impôt du sang ! Et cette situation inique devient elle-même pour eux la source d'autres avantages ou plutôt de privilèges ; car ils sont préférés aux nationaux dans les manufactures : et même, dans les familles, les meilleurs mariages sont pour eux ! précisément parce que leur exemption du service militaire assure leur position et leur avenir ! »

<sup>1048</sup> Voy. Serge Slama, *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, thèse, Nanterre, 2003, p. 311-317.

sont irrémédiablement liés est bien résumée par Niboyet dans la première édition de son *Traité* publiée en 1938 dans laquelle il note très généralement que « l'ombre du bureau de recrutement plane désormais sur tous nos textes et permet seule de les expliquer et de les justifier »<sup>1049</sup>.

**309.** Une telle conception peine toutefois à convaincre, d'abord d'un point de vue historique. En effet, dans le droit féodal ou d'Ancien Régime, à une époque où le droit du sol est tout puissant, la qualité de sujet français n'entraîne jamais *ipso facto* la soumission à des obligations militaires. L'armée française n'est pas, loin s'en faut, composée uniquement de nationaux : de nombreux régiments étrangers et mercenaires abondent une armée française de métier<sup>1050</sup>. Les étrangers peuvent d'ailleurs s'engager volontairement, et Pothier précise que ceux-ci peuvent obtenir du Roi des lettres de naturalité après avoir « servi pendant un certain temps dans nos armées de terre. »<sup>1051</sup> Et si au tournant des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles des appelés tirés au sort sont sommés par le pouvoir de constituer des milices, aucune condition relative à la possession de la qualité de sujet français n'est édictée<sup>1052</sup>. Il faut attendre la loi Jourdan-Delbrel du 19 fructidor an VI pour que la qualité de soldat soit expressément et exclusivement liée à la qualité de Français<sup>1053</sup>. Le droit du sol ne peut donc pas s'inscrire historiquement dans une fonction accessoire et subordonnée à un objectif militaire.

**310.** En réalité, si la conscription a bien joué un rôle en matière de droit du sol, ce n'est pas en influant son principe (ou son existence), mais plutôt ses modalités, relatives au caractère automatique ou non de l'obtention de la nationalité. Le droit français a en effet toujours reconnu à l'individu né sur le territoire le droit de réclamer la nationalité moyennant la satisfaction d'une condition de domicile ou de résidence. En revanche, le caractère automatique de l'obtention de cette nationalité n'était pas la règle dans le code de 1804. C'est à l'occasion des débats relatifs

---

<sup>1049</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, vol. I, Paris, Sirey, 1938, p. 54.

<sup>1050</sup> Voy. Léon Mention, *L'armée de l'Ancien Régime de Louis XIV à la Révolution*, Paris, Société française d'éditions d'art, 1900, p. 162-163. Le même auteur précise : « C'est dans l'intérêt même de leurs peuples, disent les écrivains militaires, que les rois ont toujours aimé à s'entourer de troupes étrangères. Un soldat étranger en vaut trois à leurs yeux, c'est un soldat de moins pour l'ennemi, un de plus dans nos rangs, c'est un français enfin qu'on peut laisser à la culture ou à l'industrie. Les corps étrangers étaient souvent les mieux équipés et les mieux armés ; il suffisait d'y mettre le prix. » (*ibid.*, p. 162).

<sup>1051</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes*, partie I, titre II, section 3, in André Dupin, *Œuvres de Pothier*, vol. VIII, Paris, Bechet aîné, 1825, p. 35. Voy. plus généralement dans les différentes armes, Serge Slama, *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>1052</sup> Voy. Georges Girard, *Le service militaire en France à la fin du règne de Louis XIV. Racolage et milice (1701-1715)*, Paris, Plon, 1921, p. 203-226.

<sup>1053</sup> Voy. la loi du 19 fructidor an VI (5 septembre 1798) relative au mode de formation de l'armée de terre, 2<sup>e</sup> Bull. 223, n° 1995, in Duvergier, t. X, Paris, Guyot et Scribe, 1835, 2<sup>ème</sup> éd., p. 343 : « Art. 1<sup>er</sup>. Tout Français est soldat, et se doit à la défense de la patrie. » Loi à laquelle fera bientôt expressément exception la constitution de la Légion étrangère en 1831. Sur la dynamique de « nationalisation » de l'armée, voy. Christopher J. Tozzi, *Nationalizing France's Army : foreign, Black, and Jewish troops in the French military, 1715-1831*, Charlottesville, University of Virginia Press, 2016, 306 p.

à l'attribution automatique de la nationalité à la naissance par la voie du double droit du sol en 1851<sup>1054</sup>, et à l'acquisition automatique de la nationalité par le droit du sol simple en 1889<sup>1055</sup>, que l'argument de la conscription a pesé un poids tout à fait considérable pour soustraire du choix de l'individu (hors faculté de renonciation) l'obtention de la nationalité française. Les impératifs liés à l'égalité entre les enfants nés en France d'un étranger et les enfants nés en France d'un Français ont alors conduit le législateur à conférer de plein droit la nationalité par les mécanismes du droit du sol simple et du double droit du sol, et même à empêcher toute option contraire dans ce dernier cas. Si un lien entre droit du sol et conscription existe donc, il ne se dessine qu'ici, dans les modalités d'accès. Ainsi, le Conseil constitutionnel a pu retenir en 1993 qu'il n'existait pas de principe fondamental reconnu par les lois de la République protégeant une acquisition ou une attribution *automatique* de la nationalité en vertu du droit du sol simple ou du double droit du sol – en raison justement des aménagements successifs dus aux exigences de la conscription<sup>1056</sup>. En revanche, quant au *principe* même du droit du sol, c'est-à-dire le mécanisme qui permet à l'étranger qui est né et qui réside en France d'acquérir la nationalité, il peut être soutenu qu'il y a là un principe fondamental reconnu par les lois de la République, et que le législateur ne pourrait guère supprimer une telle voie de droit sans violer l'ordre constitutionnel, comme l'a d'ailleurs récemment sous-entendu le Conseil d'État dans un avis du 11 juin 2018<sup>1057</sup>. Une telle continuité, pas seulement républicaine, ancre donc le droit du sol dans la tradition française, bien au-delà des contingences militaires, comme le notait déjà Lapradelle en 1923 : « de tous les modes de concession de la nationalité d'origine, c'est le mode *jure soli* qui, à travers l'histoire – c'est-à-dire à travers le temps – et à travers les législations étrangères – c'est-à-dire à travers l'espace – est le principe constant »<sup>1058</sup>.

---

<sup>1054</sup> Loi du 7 février 1851, art. 1<sup>er</sup>, in Duvergier, *Collection*, 1851, t. 51, p. 41 et s.

<sup>1055</sup> Loi du 26 juin 1889, art. 8, 4<sup>o</sup>, in JORF, 28 juin 1889, p. 2977

<sup>1056</sup> Cons. const., 20 juillet 1993, n<sup>o</sup> 93-321 DC, *Loi réformant le code de la nationalité*, § 7 et 18.

<sup>1057</sup> CE, ass. gén., 7 juin 2018, n<sup>o</sup> 394925, avis sur la proposition de loi tendant à adapter aux caractéristiques et contraintes particulières de Mayotte les règles d'acquisition de la nationalité française par une personne née en France de parents étrangers, § 11 : « Par suite, le Conseil d'État estime que la proposition de loi peut être regardée comme n'apportant que des modifications aux conditions d'exercice du droit du sol et, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme ne remettant pas en cause les règles essentielles et anciennes en matière de nationalité, ce qui soulèverait des questions de constitutionnalité plus délicates. » Il semble bien qu'*a contrario*, une mise en cause du droit du sol dans son principe (et non ses « conditions d'exercice ») puisse mettre en cause « les règles essentielles et anciennes en matière de nationalité », et ainsi poser de « délicates » questions de constitutionnalité, c'est-à-dire très probablement un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

<sup>1058</sup> Albert de Lapradelle, « Plaidoirie devant la Cour », *Revue de droit international privé*, 1922-1923, vol. 18, p. 161.

**311. Second mythe : le droit du sang comme principe naturel d’attribution de la nationalité.** – La prépondérance du droit du sang s’établit dans le code civil de 1804, elle supplante à cette époque le droit du sol dont la Révolution avait réceptionné le principe à la suite de l’Ancien Droit. Cette consécration est accompagnée d’une certaine logique de l’évidence, beaucoup d’acteurs s’accordant sur le caractère naturel d’un tel mode d’attribution. En réalité, l’inscription du droit du sang comme modèle naturel et exclusif d’attribution de la nationalité est le produit d’une double contingence, l’une personnelle, l’autre conceptuelle.

**312.** Elle est d’abord le fruit de l’influence personnelle de Tronchet. Pour cet ancien avocat, le droit du sang est le vecteur principal si ce n’est exclusif d’octroi de la nationalité. Patrick Weil a en effet montré combien sa conception était influencée par sa pratique judiciaire pré-révolutionnaire au profit des Français émigrés qui souhaitaient démontrer la survivance de leur nationalité par la seule filiation, et ce malgré la perte de leur domicile en France<sup>1059</sup>. Tronchet a ainsi une lecture orientée de la jurisprudence des Parlements et pense un droit de la nationalité fondé sur le droit du sang, en réceptionnant notamment les thèses tirées de la pensée classique romaniste. Sa vision ne reflète en aucune manière le droit positif de l’époque<sup>1060</sup> – « Il en était arrivé à bâtir sa propre théorie de la nationalité, assez éloignée de la réalité »<sup>1061</sup>. La vision de Tronchet, favorable au droit du sang, et écartant largement le droit du sol, est donc fondée sur son « habitus »<sup>1062</sup> d’avocat d’Ancien Régime, servant la cause d’une émigration qui ne peut se rattacher aux principes territoriaux. Il déclare ainsi à la séance du 25 juillet 1801 au Conseil d’État que « La faveur de l’origine [*au sens de la filiation et non de la naissance*] doit l’emporter sur toute autre considération. »<sup>1063</sup> Cette position va prévaloir. C’est à cette première contingence personnelle que l’on doit le succès du droit du sang de la législation napoléonienne.

**313.** Une seconde contingence se trouve dans la pensée particulière de l’époque, entièrement fondée sur le lien entre la nation et la famille. Car si à l’époque du code civil Tronchet adopte une position favorable au droit du sang tirée de sa casuistique personnelle, il revient à Siméon d’avoir théorisé et inscrit ce modèle dans une logique *nationale*. En effet, commentant le projet précédemment arrêté sous l’influence du Premier Consul – « Tout individu né en

---

<sup>1059</sup> Patrick Weil, *Qu’est ce qu’un Français ?*, *op. cit.*, p. 44 et s.

<sup>1060</sup> Il affirme ainsi sans difficultés au Conseil d’État, Fenet, vol. VII, p. 4, que « la faveur de la population a toujours fait regarder [les enfants nés en France d’un père étranger] comme Français, pourvu que par une déclaration ils exprimassent la volonté de l’être. » – or, l’Ancien Droit comme la législation intermédiaire n’ont jamais exigé une condition de réclamation pour obtenir la nationalité par le droit du sol.

<sup>1061</sup> Patrick Weil, *Qu’est ce qu’un Français*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>1062</sup> *Ibid.*

<sup>1063</sup> Fenet, vol. VII, p. 9.

France est Français » – Siméon note dans son rapport prononcé au Tribunat le 25 frimaire an X (16 décembre 1801) : « Si chaque nation fait une telle déclaration, nous perdrons autant de Français que nous en gagnerons. On n'appartiendra plus à sa *famille* et à sa *nation*. La *patrie* dépendra moins de *l'affection* qui y attache, du choix et de l'établissement, que du hasard de la naissance. »<sup>1064</sup> (nous soulignons). Siméon compare ici le droit du sang, c'est-à-dire la nationalité par la filiation, à l'appartenance et à l'affection à l'égard de la nation. De fait, la figure de la famille est régulièrement employée dans la pensée moderne pour décrire la République<sup>1065</sup> ou la société politique en général<sup>1066</sup>. Durant la période intermédiaire, Cambacérés mentionne ainsi par exemple « la grande famille de la nation »<sup>1067</sup> en 1793, et les codificateurs du Consulat s'inscrivent pleinement dans cette approche<sup>1068</sup>. Toutefois, en la matière, c'est l'ère napoléonienne qui pousse au plus loin ce rapport de la famille à la nation. C'est donc par l'effet de cette naturalisation<sup>1069</sup> paroxysmique de la figure familiale que le droit du sang trouve le support idéologique suffisant pour intégrer le droit de la nationalité comme seul mode attributif de la nationalité française – là où précédemment le droit du sol remplissait seul un tel rôle<sup>1070</sup>. L'ensemble cèdera progressivement comme Paul Lagarde le relève lorsqu'il évoque la « lente remontée de la naissance en France comme cause d'attribution de la nationalité française »<sup>1071</sup>, processus s'étirant sur l'ensemble du XIXe siècle.

**314.** Il s'en déduit que chacun de ces deux droits doit être sorti des logiques contingente ou absolue qui ont souvent tendance à les définir. Le droit du sol n'est certainement pas un mécanisme contingent attaché à des objectifs militaires, comme le droit du sang ne forme guère un

---

<sup>1064</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>1065</sup> Voy. Jean Bodin, *Les six livres de la République*, livre I, chap. 2, Paris, Jacques du Puys, 1576, p. 8 : « Tout ainsi donc que la famille bien conduite, est la vraie image de la République, & la puissance domestique semble à la puissance souveraine : aussi est le droit gouvernement de la maison, le vray modèle du gouvernement de la République. »

<sup>1066</sup> Voy. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, livre IV, chap. 2, Amsterdam, Michel Rey, 1762, p. 6 : « La famille est donc si l'on veut le premier modèle des sociétés politiques ; le chef est l'image du père, le peuple est l'image des enfans, & tous étant nés égaux & libres n'aliènent leur liberté que pour leur utilité. »

<sup>1067</sup> Cambacérés, Rapport fait à la Convention nationale sur le 1er projet de Code civil, 9 août 1793, Fenet, vol. I, p. 11-12. Plus tard, chez François Laurent, *Droit civil international*, III, Bruxelles, Bruylant, 1880, n° 147, p. 266 : « La nationalité est essentiellement d'ordre public ; elle intéresse sans doute les particuliers, mais ce n'est pas dans leur intérêt privé qu'elle est établie et organisée. L'homme se rattache à une nation, parce que sa mission individuelle se confond avec celle de la nation à laquelle il appartient. Et comment peut-on savoir qu'il se rattache à telle nation plutôt qu'une autre ? La nationalité dépend de la famille ; c'est la première association dont l'homme fait partie, et c'est l'ensemble des familles qui constitue la nation. »

<sup>1068</sup> Voy. Alain Desrayaud, « Le sentiment patriotique dans le discours des législateurs de 1801 », *Revue Napoléonica*, 2010, n° 9, p. 55-57.

<sup>1069</sup> Éric Fassin, « Entre famille et nation : la filiation naturalisée », *Droit et société*, 2009, vol. 72, p. 373-382.

<sup>1070</sup> Voy. Jennifer Ngairé Heuer, *The Family and the Nation*, New York, Cornell University Press, 2005, p. 8-9.

<sup>1071</sup> Paul Lagarde, *La nationalité française*, *op. cit.*, n° 22.11, p. 98.

absolu indiscutable, fruit d'une évolution naturelle et indépassable. En réalité, ces mécanismes présentent de fortes identités.

## 2. Au-delà des apparences, l'identité cachée des deux mécanismes

**315. Une part d'identité conceptuelle : la transmission par l'éducation.** – Il revient à Camille de Saint-Aubin, professeur de droit et éphémère membre du Tribunal<sup>1072</sup>, d'avoir le premier vu les liens conceptuels entre nationalité et éducation en 1801 :

« Car, pour avoir le caractère national d'un peuple, il ne suffit pas d'être né sur son territoire ; il faut y avoir été élevé ou passé une grande partie de sa vie : de là la différence essentielle entre un citoyen de droit et un citoyen de fait. Un individu né à Paris, de père et mère parisiens, mais transporté, je ne dis pas à l'âge de six mois, à l'âge de six ans, à Peckin, et rentrant à l'âge de vingt-quatre ans à Paris, sera Parisien de droit, mais Chinois de fait ; il aurait les mœurs, les usages, les habitudes, le caractère national d'un Chinois. L'inverse arriverait à un Chinois élevé à Paris dans les mêmes circonstances. En général, ce qui constitue vraiment le caractère national est moins la naissance que l'éducation, le séjour habituel et les mœurs, usages et habitudes, avec les relations sociales et les liaisons qui en sont la suite. »<sup>1073</sup>

Ainsi, suivant ce qu'exprime en substance Saint-Aubin, la naissance et la résidence à l'étranger ne transmet qu'une nationalité formellement et juridiquement française, mais dont le contenu factuel est peu assuré au regard de l'environnement étranger qui contribue directement à l'éducation de l'enfant. De la même manière, la seule naissance non mêlée à une résidence prolongée sur le territoire ne peut suffire à acquérir en fait la nationalité. Autrement dit, le droit du sang et le droit du sol ne tirent leur légitimité que de l'éducation française que chacun de ces deux mécanismes présumant, le premier par l'éducation des parents, le second par l'éducation du milieu social et de l'école. Lapradelle a poussé plus loin encore cette idée. Reprenant à la fin du XIXe siècle une vision de la transmission de nationalité par l'éducation<sup>1074</sup>, il se place à cette époque en partisan du droit du sang<sup>1075</sup>. Toutefois, à l'occasion de sa plaidoirie devant la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, sa position marque un infléchissement notable et Lapradelle montre à cette époque une inclinaison nouvelle pour le droit du sol – il est vrai plus conforme aux intérêts de la France

---

<sup>1072</sup> Ses vues opposées au Premier Consul vont conduire à son éviction. Sur cet épisode, et le rôle de Tronchet dans cette manœuvre, voy. Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français*, op. cit., p. 51-52.

<sup>1073</sup> Fenet, vol. VII, p. 508.

<sup>1074</sup> Albert de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, Paris, Giard et Brière, 1893, p. 198 et s. Dans le même sens encore en 1928 dans les débats devant l'Institut : « et c'est l'éducation, et non le sang qui, dans la moderne explication du *jus sanguinis*, est la vivante source de la nationalité d'origine, basée sur la filiation, comme elle est dans la moderne explication du *jus soli*, la vivante source de la nationalité d'origine, basée sur le territoire. », in Institut de droit international, *Annuaire*, 1928, t. 34, p. 700.

<sup>1075</sup> « Le *jus sanguinis* n'a donc pas de défauts. » conclut sobrement Albert de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, Paris, Giard et Brière, 1893, p. 406.



dans les circonstances de l'espèce<sup>1076</sup>. Ce double héritage, le premier issu d'un ouvrage de jeunesse, le second issu de son expérience de juriste au Quai d'Orsay, le conduit à soutenir une position de synthèse en 1930, fusionnant les concepts de *jus soli* et de *jus sanguinis* autour du concept d'éducation par la présence sur le territoire :

« Le moment est venu, notamment, de réviser l'ancienne conception, qui faisait du *jus soli* une sorte d'acquisition par accroissement de l'homme au sol. Tout autre est la vérité aujourd'hui. Quand le *jus soli*, à la seconde ou, à plus forte raison, à la troisième génération, saisit l'individu, c'est sur la présomption qu'à cette succession de naissance dans le même pays correspond l'établissement permanent, sur son territoire, d'une famille étrangère, qui, dans l'ambiance du milieu, perd peu à peu sa langue, ses traditions, ses mœurs, prend un esprit nouveau. C'est du sentiment des parents que le *jus soli*, chez l'enfant, se fait l'interprète. Il n'est plus aujourd'hui, dans le droit moderne, tout au moins à la seconde génération, qu'une forme d'interprétation du *jus sanguinis* : la traduction en droit, dans la nationalité de l'enfant, d'une nationalité des parents, qui, légalement contraire au territoire, est *de fait* conforme à ce territoire. »<sup>1077</sup>

Selon cette approche, le territoire agit *de facto* sur l'individu et lui fait prendre un « esprit nouveau », apte à être transmis par l'éducation donnée aux enfants. Autrement dit, selon cette conception intéressante, le droit du sol serait une transmission *en droit* à l'enfant de la nationalité *de fait* des parents acquise par « l'établissement permanent ». Plus récemment, Patrick Weil résume de manière sans doute plus orthodoxe encore l'idée de la transmission de la nationalité par l'éducation dans *Qu'est ce qu'un Français ?* :

« Être élevé puis vivre dans la même société crée le lien de nationalité, et cette constatation est faite avant même que l'école ou le service militaire obligatoire ne contribuent au XXe siècle à l'homogénéisation de la société. Le droit républicain fonde la nationalité sur la socialisation plus que sur un acte volontaire et contractuel ; sur l'acquisition des codes sociaux plus que sur l'origine ou le lieu de naissance, qui ne sont finalement que des indices de cette acquisition potentielle. Cette logique du lien sociologique effectif n'a rien de conjoncturel ; elle structure le droit de la nationalité française et lui donne sa permanence. »<sup>1078</sup>

Cette convergence doit toutefois être rapportée au seul terrain conceptuel. En fait, l'octroi de la nationalité concrétise toujours l'existence, même minimale, d'un cadre culturel, linguistique, etc. Mais en droit, c'est la sujétion territoriale à titre habituel sur le sol français qui est le fondement du lien de nationalité – et le droit du sang n'a en la matière que les apparences de la déterritorialisation (voy. *infra* n° 329 s.).

---

<sup>1076</sup> Dans sa plaidoirie devant la Cour permanente de Justice internationale en 1923, il évoque dans une belle formule un droit du sang « anémié », voy. Albert de Lapradelle, « Plaidoirie devant la Cour », *Revue de droit international privé*, 1922-1923, vol. 18, p. 122.

<sup>1077</sup> Albert de Lapradelle, « Le droit international de la nationalité », in Académie diplomatique internationale, *Séances et travaux*, 1930, n° 2, p. 101. Logiquement, il prend également résolument parti contre le caractère absolu du droit du sang : « La vérité, qui maintenant s'impose, est que le *jus sanguinis* ne saurait être illimité. » (*ibid.*).

<sup>1078</sup> Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 90.

**316. Une part d'identité de fait : la superposition des mécanismes.** – Suivant ce qu'écrivait déjà Julien Pillaut dans un article publié en 1917 : « Le choix entre les deux théories n'est dicté que par des considérations purement sentimentales. Dans la pratique, en effet, qu'on applique en France le *jus soli* ou le *jus sanguinis*, ce seront toujours en fait les mêmes individus qui seront Français. »<sup>1079</sup> Ce que Pillaut exprime ici repose sur l'hypothèse simple que l'immense majorité des nationaux Français tirent leur qualité à la fois du droit du sang et du droit du sol. L'hypothèse mérite d'être vérifiée.

**317.** Pour examiner l'identité des deux mécanismes, il est intéressant d'opérer le départ entre le droit du sang et le droit du sol en France en prenant comme principal point de repère l'année 2016<sup>1080</sup>. Comment calculer le poids respectif de chacun de ces mécanismes ? Il faut au préalable arrêter le nombre des Français dont on peut présumer qu'ils possèdent cette qualité en vertu à la fois du droit du sang et du droit du sol. Qui sont-ils ? On forme en la matière l'hypothèse suivante : possèdent la nationalité française par le droit du sang *et* le droit du sol les individus nés en France de parents français. Pourquoi ? On forme en la matière deux sous-hypothèses. La première, assez évidente, est que cet ensemble bénéficie de la nationalité par filiation en vertu du droit du sang car né de parents français. La seconde, davantage présomptive, est que cet ensemble bénéficie encore du droit du sol puisque leur naissance en France de parents français laisse solidement imaginer une résidence habituelle sur le sol français permettant d'acquérir volontairement ou automatiquement la nationalité par le droit du sol dès l'âge de treize ans (déclaration anticipée), ou au plus tard à la majorité (acquisition automatique). Dès lors, on aboutit au chiffre de 709 495 individus nés en France de parents français en 2016, et donc par hypothèse considérés comme satisfaisant les critères du droit du sang *et* du droit du sol.

**318.** En sus de cette population, il faut désormais estimer le nombre de Français qui cette même année ont obtenu la nationalité française sur le fondement de leurs seuls naissance et résidence en France (et non sur le fondement de leur filiation), et le nombre de Français qui ont obtenu la nationalité sur le seul fondement de leur filiation (et non sur le fondement de leur

---

<sup>1079</sup> Julien Pillaut, « Essai d'un projet de loi sur la nationalité », *Revue de droit international privé*, 1917, vol. 13, p. 7-8. Voy. dans le même sens Federico Castro, « La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité », *RCADI*, 1961, vol. 102, p. 544 : « La population d'un État est constituée, dans sa grande majorité, par des enfants de nationaux, nés dans le territoire et qui y sont établis de façon permanente. Presque personne, même pas les juristes ne pensent ou ne croient que sa condition de ressortissant puisse être à la merci du pouvoir arbitraire législatif. »

<sup>1080</sup> Sauf mentions contraires, l'ensemble des chiffres utilisés sont ceux de l'INSEE.

naissance et résidence en France). Concernant d'abord les Français issus des mécanismes prévus par le code civil pour acquérir la nationalité sur le fondement de la naissance et de la résidence en France, leur population pour l'année 2016 est de 29 168 individus, nombre formé des 27 100 individus ayant acquis la nationalité par déclaration anticipée, et des 2 068 autres individus ayant acquis la nationalité sans formalités à la majorité. Concernant ensuite les Français issus des mécanismes prévus pour se voir attribuer la nationalité sur le fondement de la filiation et n'étant pas nés sur le sol français, il est possible d'approcher le nombre de cette population par le biais du nombre d'actes de naissance dressés ou transcrits par les services consulaires français, c'est-à-dire à l'étranger<sup>1081</sup>. Leur nombre est de 57 182 en 2016 : l'on peut donc former l'hypothèse d'un nombre d'attribution par le droit du sang équivalent pour cette année concernant la population française expatriée.

**319.** Ainsi, et avec toutes les réserves que ces estimations appellent, aux 709 495 individus dont on peut présumer qu'ils satisfont les critères français du droit du sol *et* du droit du sang (car nés en France de parents français), il faut ajouter 29 168 individus qui satisfont les critères du seul droit du sol, et 57 182 qui satisfont les critères du seul droit du sang – les Français placés dans la « zone limite »<sup>1082</sup> de la nationalité. Si l'on étudie le total de ces mécanismes, l'on aboutit pour 2016 au résultat suivant lequel près de 89% des Français en 2016 sont présumés bénéficiaire du droit du sol *et* du droit du sang, et que 4% des Français détiennent cette qualité en vertu du seul droit du sol, contre 7% en vertu du seul droit du sang – ces chiffres étant stables depuis plusieurs années<sup>1083</sup>. L'on constate alors une part plus significative accordée au droit du sang. Cette différence peut s'expliquer pour partie en raison des nombreux étrangers nés en France qui peuvent obtenir la nationalité par d'autres moyens, comme par exemple l'effet collectif de la naturalisation du père ou de la mère (difficilement évaluable). Surtout, la part des

<sup>1081</sup> Voy. Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, Rapport du gouvernement sur la situation des Français établis hors de France, 2017, p. 116.

<sup>1082</sup> Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français*, *op. cit.*, p. 14. L'auteur utilise ce terme pour désigner les individus qui seraient affectés par un choix entre le droit du sol et le droit du sang.

<sup>1083</sup> Sous forme de tableau pour l'année 2016 :

Nombre total	709 495 + 29 168 + 57 182		100%				
	soit 795 845 individus						
Cumul sang/sol	709 495 individus		89,15%				
Droit du sol seul	29 168 individus		3,67%				
Droit du sang seul	57 182 individus		7,19%				
Pour une évolution en pourcentages depuis 2010 :							
Années	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Cumul sang/sol	90,71%	90,21%	89,96%	89,96%	89,61%	89,70%	89,15%
Droit du sang seul	6,32%	6,79%	6,93%	6,89%	7,16%	7,11%	7,19%
Droit du sol seul	2,97%	3,00%	3,10%	3,15%	3,23%	3,19%	3,67%
Total	100%						

Français qui sont présumés satisfaire les conditions des deux mécanismes (neuf sur dix) est absolument prépondérante, ce qui valide par les chiffres l'affirmation de Pillaut dans son article de 1917. Il y a donc sur le terrain concret une certaine superposition entre ces deux mécanismes.

## **B. La convergence par l'emprise des critères territoriaux**

**320.** Le principe de sujétion territoriale à titre habituel intègre autant le droit du sang que le droit du sol. En effet, le droit du sol ne peut valablement jouer qu'à l'égard d'individus qui, en sus de leur naissance, peuvent se prévaloir d'une certaine durée de résidence. Inversement, le droit du sang n'est plus appelé à produire d'effets à l'égard de générations successives de Français nés à l'étranger et qui ne possèdent plus leur domicile en France (1). Toutefois, ces deux mécanismes font chacun l'objet de correctifs consulaires, c'est-à-dire que la liaison des individus avec une représentation consulaire ou diplomatique met – sous certaines conditions – en échec l'octroi de la nationalité par le droit du sol, ou la perte de la nationalité transmise par le droit du sang (2).

### **1. Les exigences territoriales propres aux deux mécanismes**

**321.** Le droit du sol comme le droit du sang voient leurs effets conditionnés à la satisfaction de critères territoriaux. Le droit du sol prend ainsi en compte la résidence de l'intéressé, ou bien celle de ses parents, pour que la nationalité puisse être conférée (a). Quant au droit du sang, la résidence de longue durée à l'étranger peut conduire à ce que la nationalité soit progressivement perdue par désuétude (b).

#### **a. le droit du sol : la résidence au service de l'octroi de la nationalité**

**322.** L'Ancien Droit comme la législation intermédiaire faisait produire à la seule naissance des effets de plein droit concernant l'attribution de la nationalité. Dans une société encore faiblement mobile, la naissance apparaissait comme un gage suffisant d'attachement de l'individu

au territoire de l'État. De cette période, beaucoup de commentateurs évoquent *a posteriori* l'ancrage « féodal »<sup>1084</sup> du droit du sol, qui attache les individus à la « glèbe »<sup>1085</sup> comme le seigneur rivait les serfs à son domaine. L'enjeu a donc été celui de la modernisation. La législation postérieure, en particulier le code civil, se sépare donc du principe que la seule naissance vaut attribution de la nationalité, et cherche dans une rhétorique largement fondée sur le « hasard »<sup>1086</sup> de la naissance à conjuguer naissance et garantie de liens effectifs avec le territoire français. Plusieurs mécanismes ont répondu à cet objectif : une exigence de domicile puis de résidence stable en sus de la naissance d'une part ; une exigence de deux naissances successives sur le territoire ou, très récemment, la régularité du séjour de l'un des parents au moment de la naissance d'autre part.

**323. Le droit du sol « simple » et la résidence de l'intéressé.** – Le premier mécanisme est celui instauré par le code civil de 1804. Fruit d'un compromis entre Bonaparte et Tronchet, il permet à l'enfant né sur le sol français d'acquérir la nationalité par réclamation l'année de sa majorité, à condition – s'il ne l'a pas encore fait – de fixer son domicile en France (article 9 du code civil). En 1889, tout en laissant subsister ce dispositif, le législateur prévoit désormais l'acquisition automatique de la nationalité de l'individu né en France et domicilié à sa majorité (article 8, 4° nouveau)<sup>1087</sup>. Comme le note Weiss, ce système fonctionne sur le fondement d'une « présomption légale » selon laquelle la conjugaison de la naissance et du domicile en France apporte la preuve d'une résidence continue sur le sol national<sup>1088</sup>. Le mécanisme s'affine dans

---

<sup>1084</sup> Comme le relève déjà Siméon au Tribunal : « En Angleterre, tout enfant qui y naît est généralement sujet du roi, nous dit Blackstone. Cela se ressent de la féodalité, cela n'est point à imiter », voy. Fenet, vol. VII, p. 167. Selon Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français*, op. cit., p. 50, cette opposition « est fondée sur la volonté de rompre avec l'approche féodale pour faire de la nation la source unique de la qualité de Français. La nation est comme une famille, et la nationalité doit se transmettre comme on transmet le nom de famille : par la filiation. »

<sup>1085</sup> Voy. p. ex. François Laurent, *Droit civil international*, vol. I, op. cit., n° 335, p. 491 : « les légistes font de l'homme un accessoire du sol et l'y attachent comme, au moyen-âge, le serf était attaché à la glèbe. » Dans le même sens, voy. André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, Paris, Larose et Forcel, 1892, 1<sup>ère</sup> éd., p. 13.

<sup>1086</sup> C'est sans doute Tronchet qui a contribué de la manière la plus substantielle à imposer cette idée, voy. Philippe Tessier, *François Denis Tronchet*, Paris, Fayard, 2016, p. 373-376. Voy. également Charles Beudant, « De l'effet de la naissance en France sur la nationalité », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1856, vol. 9, p. 69 et s.

<sup>1087</sup> Caractère automatique qui sera remis en cause entre 1993 et 1998. Voy. Patrick Weil (dir.), *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, Paris, La documentation française, 1997, p. 5-19.

<sup>1088</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, op. cit., p. 160 et s. L'État disposait d'un moyen commode pour empêcher la réalisation de ces mécanismes, celui de prendre un arrêté d'expulsion du mineur pour faire obstacle à l'établissement du domicile à la majorité. Le procédé est admis en jurisprudence, et même consacré comme un obstacle à l'acquisition dans la loi de 1927. Voy. sur ce point les développements très complets de Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1928, p. 157-159 et Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, Paris, Sirey, 1956, n° 353-359, p. 147-151. Il devient sans objet à la suite de l'adoption par le législateur du principe d'inexpulsibilité des mineurs, voy. l'art. 25, 1° de la loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, in JORF, 30 octobre 1981, p. 2971.

l'ordonnance du 19 octobre 1945 qui prévoit désormais une condition de « résidence habituelle » d'une durée de cinq années pour obtenir la nationalité française (article 44 et 52 et suivants du code de la nationalité) en sus de la naissance sur le territoire français. Le principe en est aujourd'hui conservé et la résidence habituelle de cinq années forme toujours la condition complémentaire à satisfaire pour obtenir la nationalité, que ce soit automatiquement à la majorité (article 21-7 du code civil) ou par déclaration dès treize ans (article 21-11 du même code).

**324. Le droit du sol « double » et la résidence factuelle des parents.** – La seconde série de mécanismes ne s'intéresse plus directement, ou plus seulement, à la résidence de l'intéressé, mais aussi à celle de ses parents. Le premier dispositif, bien connu, est celui de la loi des 7 et 12 février 1851 qui attribue à la naissance la nationalité aux enfants nés en France d'un parent qui lui-même y est né. S'il ne fait pas référence explicitement à une condition de résidence, c'est qu'en réalité celle-ci est implicite. En effet, après la naissance de deux générations successives en France, l'argument du « hasard » souvent invoqué tombe et l'on présume la résidence française des individus issus de la troisième génération. C'est encore Weiss qui résume le mieux le principe :

« Le législateur de 1851 avait considéré que le fait de deux naissances successives sur le sol français, survenues en ligne directe dans la même famille, est de nature à faire présumer un établissement définitif dans notre pays et implique chez le fils d'étranger l'intention de rompre tous les liens qui peuvent encore l'unir à la nationalité de son père ; l'attachement persistant de deux générations à la terre française équivaut donc en quelque manière à la filiation française. »<sup>1089</sup>

La réforme n'est toutefois pas complètement consensuelle, notamment en doctrine, et l'on trouve par exemple dans les écrits de Charles Beudant la contestation de cette présomption de résidence car les deux naissances pourraient être le fruit « de voyages, de circonstances accidentelles, d'un passage en France de quelques jours. »<sup>1090</sup> Dès lors, toujours pour cet auteur, « L'établissement à perpétuelle demeure, sans esprit de retour, prouve l'intention d'adopter la France pour patrie ; deux naissances consécutives ne font pas même soupçonner cette intention. »<sup>1091</sup> Il est vrai d'ailleurs que le projet initial prévoyait que le parent étranger né en France devait en outre y résider, mais une telle option avait été écartée devant la difficulté des modes

---

<sup>1089</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, p. 197. Le rapporteur de la loi précisait par ailleurs en 1851 le fondement du double droit du sol : « Parce qu'à la suite d'un long séjour sur la terre de France, ayant oublié la langue et quelquefois même jusqu'au nom du pays dont ils sont originaires, ils sont français de fait et d'intention par les mœurs, par l'éducation et par les habitudes », voy. Duvergier, *Collection*, 1851, t. 51, p. 42, note 1.

<sup>1090</sup> Charles Beudant, « De l'effet de la naissance en France sur la nationalité », *op. cit.*, p. 84.

<sup>1091</sup> *Ibid.*

de preuve<sup>1092</sup>. En tout état de cause, le mécanisme de la double naissance s'entend bien comme un système de présomption légal de résidence ; en cette matière également, la naissance de l'intéressé n'est pas le titre unique qui permet d'obtenir la nationalité française. Le dispositif se retrouve encore dans la législation actuelle à l'article 19-3 du code civil.

**325.** Plus globalement, on constate bien qu'entre la naissance et la résidence, c'est surtout la durée et la stabilité de ce dernier élément qui deviennent primordiales. La résidence manifeste en effet mieux que la naissance la liaison territoriale qui s'établit entre l'individu et l'État. Et cette liaison territoriale par le droit du sol permet l'acquisition de la nationalité car elle laisse présumer l'influence du milieu français sur l'individu<sup>1093</sup>. De fait, comme le notait déjà Napoléon en 1801 : « Si les individus nés en France d'un père étranger n'ont pas de biens, ils ont du moins l'esprit français, les habitudes françaises ; ils ont l'attachement que chacun a naturellement pour le pays qui l'a vu naître »<sup>1094</sup>. Dès lors, le droit du sol et la résidence subséquente ne font que reconnaître les attaches territoriales effectives, stables et habituelles d'un individu à l'État, qui créent alors les conditions juridiques de l'accès à la nationalité.

**326. Le droit du sol simple et la résidence régulière d'un parent.** – Un nouveau dispositif, assez contestable dans ses modalités d'application, a fait son apparition dans la récente loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie<sup>1095</sup>. Il adapte pour le seul territoire de Mayotte le droit du sol « simple », c'est-à-dire par la naissance et la résidence, en prévoyant une condition supplémentaire liée à la régularité du séjour de l'un des parents au moment de la naissance de l'enfant sur le sol français (art. 2493 et 2494 du code civil). Cette réforme, issue d'un amendement parlementaire déposé en séance ayant obtenu un avis favorable du Conseil d'État<sup>1096</sup>, repose sur l'adaptation du droit de la nationalité à Mayotte sur le fondement de l'article 73 de la Constitution, le législateur considérant qu'il y a sur ce territoire des « caractéristiques et contraintes particulières » nécessitant une réforme du droit du sol. De fait, pour l'auteur de l'amendement, Mayotte exerce sur les Comores voisines un effet d'attraction particulièrement important qui tient notamment

---

<sup>1092</sup> Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité français*, vol. I, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, p. 233.

<sup>1093</sup> Nous empruntons en substance la formule à Lucien Gérardin, *De l'acquisition de la qualité de français par voie de déclaration : étude sur le bienfait de la loi*, Paris, Larose, 1896, p. 93 qui écrit : « le milieu dans lequel il vit agit sur l'individu ».

<sup>1094</sup> Fenet, vol. VII, p. 6.

<sup>1095</sup> JORF, 11 septembre 2018, texte n° 1.

<sup>1096</sup> Voy. CE, ass. gén., 7 juin 2018, n° 394925, avis sur la proposition de loi tendant à adapter aux caractéristiques et contraintes particulières de Mayotte les règles d'acquisition de la nationalité française par une personne née en France de parents étrangers.

en la possibilité pour les enfants nés sur le sol de ce département d'outre-mer d'obtenir la nationalité française. Par l'introduction d'une condition de régularité de séjour de plus de trois mois de l'un des parents au moment de la naissance, le législateur a souhaité faire obstacle à toute instrumentalisation du droit de la nationalité, mue par l'objectif de donner naissance à un enfant sur le sol français en prévision d'une acquisition future de la nationalité, et ainsi d'une régularisation du séjour des parents. De cette manière, le législateur prend à nouveau en compte la résidence des parents, au sens factuel et surtout juridique, puisque celle-ci doit être conforme à la législation sur les étrangers. Cette réforme ne bouleverse donc pas le droit du sol dans son principe puisque, comme on l'a vu, celui-ci a toujours été assorti de différentes conditions de résidence.

**327.** Cette réforme appelle toutefois une critique particulière sous l'angle de l'indivisibilité de la République. Le législateur a décidé de réviser le droit du sol sur le seul territoire de Mayotte. Ce-faisant, il a rétabli pour ce seul territoire une approche coloniale du droit de la nationalité. En effet, Mayotte fut historiquement une colonie française, achetée en 1841 au sultan Adrian Souli<sup>1097</sup>, accédant au statut de territoire d'outre-mer en 1946, puis, plus récemment, à celui de département d'outre-mer<sup>1098</sup>. Longtemps, le droit commun de la nationalité ne s'y est pas appliqué. En particulier, les indigènes et immigrés ne bénéficiaient pas du droit du sol, l'accès à la nationalité étant régi par le droit du sang et la naturalisation<sup>1099</sup> – cette spécificité étant notamment confirmée en 1953<sup>1100</sup> et 1973<sup>1101</sup>. Il a fallu attendre la grande réforme de 1993<sup>1102</sup> pour que le droit de la nationalité applicable à Mayotte rejoigne le droit commun et que le droit du sol s'y trouve applicable. Ce qui est alors présenté comme une exception aujourd'hui dépassée, mais garantissant à l'époque l'« équilibre démographique, au regard du droit de la nationalité, entre les natifs (...) et les immigrants »<sup>1103</sup>, était justifié en 1933 par le gouvernement avec beaucoup moins de pudeur : « [certains individus], heureux de bénéficier

---

<sup>1097</sup> Voy. Jules de Clerq (dir.), *Recueil des traités de la France*, vol. IV, Paris, Pedone et Lauriel, 1880, p. 594.

<sup>1098</sup> Sur cette évolution, voy. Cour des comptes, *La départementalisation de Mayotte*, rapport public thématique, 2016, p. 12-14.

<sup>1099</sup> Voy. les excellents tableaux sur l'application du droit du sol et du droit du sang sur le territoire des différentes colonies que réalise Yerri Urban, *Race et nationalité dans le droit colonial français (1865-1955)*, thèse, Université de Bourgogne, 2009, p. 583-584.

<sup>1100</sup> Voy. le décret n°53-161 du 24 février 1953 déterminant les modalités d'application du code de la nationalité française aux territoires d'outre-mer, art. 2, in JORF, 27 février 1953, p. 1984 (Mayotte est incluse dans les dépendances de Madagascar).

<sup>1101</sup> Voy. la loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 complétant et modifiant le code de la nationalité française et relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, art. 21, in JORF, 10 janvier 1973, p. 472.

<sup>1102</sup> Voy. la loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité art. 47, in JORF, 23 juillet 1993, p. 10345.

<sup>1103</sup> Sénat, Rapport de Jacques Bérard, n° 331, 2 juin 1993, p. 97.



de droits plus étendus qu'ils n'en posséderaient dans leur propre pays, ne sont pas évolués socialement au point qu'il soit souhaitable de les voir prendre rang parmi nos nationaux. »<sup>1104</sup> L'inapplication du droit du sol à Mayotte résultait donc bien historiquement d'une représentation inégalitaire des populations, propre au système et à l'esprit de la colonisation. C'est précisément avec ce passé que la loi du 10 septembre 2018 renoue. Si la justification de la lutte contre l'immigration irrégulière remplace désormais dans les faits l'argument de l'inégalité entre originaires et immigrés, il n'empêche qu'il s'agit bien de diviser le territoire de la République et de rompre l'unité des conditions d'accès à la nationalité française.

**328.** Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 6 septembre 2018, n'y a rien trouvé à redire<sup>1105</sup>. Il y juge que Mayotte présente bien des « caractéristiques et contraintes particulières » au sens de l'article 73 de la Constitution, permettant ainsi au Parlement d'adapter la législation. Sur quoi ces caractéristiques et contraintes reposent-elles ? Le Conseil considère à la suite du législateur que « l'immigration irrégulière à Mayotte [peut] être favorisée par la perspective d'obtention de la nationalité française par un enfant né en France et par les conséquences qui en découlent sur le droit au séjour de sa famille. »<sup>1106</sup> L'argument ne saurait convaincre. L'acquisition de la nationalité pour un enfant né sur le sol français n'intervient au plus tôt qu'à l'âge de ses treize ans ; l'on voit donc mal comment une perspective si lointaine à l'échelle d'un parcours d'immigration peut motiver à elle-seule une entrée irrégulière en France. Il n'empêche, à considérer qu'il y a bien là des « caractéristiques et contraintes particulières », le Conseil constitutionnel peut aisément rejeter les moyens fondés sur le principe d'indivisibilité de la République et sur le principe d'égalité. Il avait pourtant consacré par le passé le principe d'indivisibilité de la République en droit de la nationalité, jugeant que des distinctions territoriales en matière de nationalité ne pouvaient intervenir qu'à l'égard de territoires ayant accédé à l'indépendance<sup>1107</sup>, ce qui laissait entrevoir un risque élevé de censure en cas de réglementation spéciale propre à un territoire particulier et actuel de la République<sup>1108</sup>. Or, dans cette décision, l'application de l'article 73 de la Constitution sur le fondement de

---

<sup>1104</sup> Décret du 6 septembre 1933 relatif aux droits civils et à la nationalité français à Madagascar et dépendances (exposé des motifs), in JORF, 16 septembre 1933, p. 9779.

<sup>1105</sup> Voy. Cons. const., 6 septembre 2018, n° 2018-770 DC, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*.

<sup>1106</sup> *Ibid.*, § 43.

<sup>1107</sup> Voy. Cons. const., 20 juillet 1993, n° 93-321 DC, *Loi réformant le code de la nationalité*, § 17.

<sup>1108</sup> Plusieurs auteurs de premier plan, notamment Bruno Genevois et Olivier Gohin, avait déjà affirmé que le principe d'indivisibilité de la République s'opposait à ce que la nationalité puisse faire l'objet d'une réglementation spéciale propre à Mayotte, voy. Assemblée nationale, rapport d'information n° 2932 sur la situation d'immigration à Mayotte, 8 mars 2006, p. 225-226.

« contraintes » propres à Mayotte conduit le Conseil constitutionnel à écarter ce moyen<sup>1109</sup>, et admettre en substance que le territoire de la République puisse être divisible. De la même manière, le recours à l'article 73 de la Constitution réduit drastiquement le champ du principe d'égalité – alors même que le seizième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose bien que « La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion » – puisque celui-ci n'est évalué qu'à l'aune de « l'ensemble des enfants nés à Mayotte »<sup>1110</sup>, et non de l'ensemble des enfants nés en France.

## **b. le droit du sang : la résidence au service de la perte de la nationalité**

**329. La perte de la nationalité par filiation en cas d'expatriation de longue durée.** – Le droit du sang rompt-il l'approche retenue par le droit du sol en soustrayant la nationalité à toute logique territoriale ? Si certains auteurs ont pu le soutenir<sup>1111</sup>, il est pourtant clair que le droit du sang maintient en creux une certaine logique territoriale. D'un point de vue théorique d'abord, comme Siméon le note justement dans son discours précité au Tribunal le 16 décembre 1801 à propos des Français expatriés, c'est « L'attachement que nous portons à notre sol »<sup>1112</sup> qu'ils emportent avec eux. Plus loin, il affirme encore que c'est « l'attachement à une terre »<sup>1113</sup> qui fait le citoyen ou le sujet. Autrement dit, ce qui est transmis par le droit du sang, c'est l'attachement au territoire français (bien davantage qu'une appartenance ethnique). D'un point de vue législatif ensuite, le mécanisme de perte de la nationalité par la disparition de l'esprit de retour a longtemps consacré cette idée : l'expatriation et la perte de l'esprit de retour doivent entraîner la perte de la nationalité (voy. *infra* n° 382 s.). Autrement dit, lorsque l'individu expatrié perd son attachement à la terre jusqu'à ne plus envisager de revenir dans son État de nationalité, la nationalité transmise par filiation est réputée éteinte. Cependant, par l'effet de la loi du 26 juin 1889, l'abdication de la nationalité par la perte de l'esprit de retour disparaît de l'ordonnement juridique français. Beaucoup de commentateurs se satisfont à l'époque de cette évolution en retenant le caractère problématique de ce dispositif, soumis à l'aléa judiciaire

---

<sup>1109</sup> Si le Conseil constitutionnel mentionne bien ce moyen, il n'y répond pas explicitement dans ses motifs.

<sup>1110</sup> Cons. const., 6 septembre 2018, n° 2018-770 DC, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, § 45.

<sup>1111</sup> Voy. p. ex. Peter Sahlins, *Unnaturally French*, Ithaca, Londres, Cornell University Press, 2004, p. 293 dans son commentaire des dispositions du code civil de 1804 : « *Nationality became a status of persons, no longer derived from principles of territoriality* ».

<sup>1112</sup> Fenet, vol. VII, p. 155.

<sup>1113</sup> *Ibid.*, p. 164.

en raison d'une imprécision des motifs – la perte de l'esprit de retour n'étant pas aisément caractérisable<sup>1114</sup>.

**330.** Il faut attendre l'adoption de l'ordonnance du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française pour qu'un nouveau mécanisme de perte de la nationalité par la désuétude fasse son apparition. Sobrement, l'exposé des motifs indique qu'« Il y avait lieu enfin de limiter la transmission de la nationalité *jure sanguinis* entre personnes fixées à l'étranger depuis plusieurs générations et qui n'ont pas conservé la possession d'état de Français. »<sup>1115</sup> Le mécanisme se décline sous deux formes, d'abord une perte prononcée par jugement<sup>1116</sup>, ensuite une fin de non-recevoir dans l'admission de la preuve de la nationalité française à l'occasion d'un litige<sup>1117</sup>. Schématiquement, ce mécanisme prévoit que l'absence de résidence sur le sol français mêlé à l'absence de possession d'état de Français d'un individu et de ses ascendants peut conduire à la perte de la nationalité par désuétude. La possession d'état se définit alors comme « un ensemble de faits dont l'appréciation est purement objective, que le juge tire à la fois du comportement de l'intéressé qui s'est conduit en tous points comme l'aurait fait un Français, et la réaction du milieu extérieur qui l'a toujours, quand l'occasion s'en est présentée, tenu pour Français »<sup>1118</sup> – l'on étudiera *infra* (cf. n° 341 s.) la preuve maîtresse en la matière, l'immatri-culation consulaire.

---

<sup>1114</sup> Voy. par exemple Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue international*, *op. cit.*, 1890, 2<sup>ème</sup> éd., p. 291 ; André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, p. 497 et s. Il est à ce titre qu'au moment où cette règle sort de la législation française, elle intègre le corpus de règles adoptées par l'Institut de droit international à sa session de Cambridge, IDI, *Annuaire*, 1895, vol. 14, p. 199, où il est mentionné que « la nationalité d'origine ne doit pas se transmettre à l'infini de génération en génération établies à l'étranger. » Cela n'empêche pas Albert de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, *op. cit.*, p. 403, de dresser le constat suivant : « Des inconvénients qu'on lui reproche, le plus frappant est assurément de permettre aux étrangers de se succéder de génération en génération, sur le territoire d'un État, sans exécuter aucune obligation civique, ni dans le pays de domicile, ni dans le pays d'origine de leur famille. Il en résulte des abus graves, sur la profondeur desquels on ne saurait se faire illusion, et dont la France, en particulier, a cruellement souffert. »

<sup>1115</sup> JORF, 20 octobre 1945, p. 6701.

<sup>1116</sup> « Art. 95. – Le Français qui réside ou a résidé habituellement à l'étranger où les ascendants dont il tient par filiation la nationalité sont demeurés fixés depuis plus d'un demi-siècle, peut être considéré comme ayant perdu la nationalité française à moins que ses ascendants et lui-même aient conservé la possession d'état de Français. La perte de la qualité de Français ne peut être constatée que par un jugement prononcé conformément aux dispositions prévues au titre VI du présent code. » JORF, 20 octobre 1945, p. 6705.

<sup>1117</sup> « Art. 144. – Lorsqu'un individu réside ou a résidé habituellement à l'étranger, où les ascendants dont il tient par filiation la nationalité sont demeurés fixés pendant plus d'un demi-siècle, cet individu ne sera pas admis à faire la preuve qu'il a, par filiation, la nationalité française si lui-même et ses ascendants n'ont pas eu depuis trois générations la possession d'état de Français. » *Ibid.*, p. 6707.

<sup>1118</sup> Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, *op. cit.*, n° 709, p. 289.

**331.** Moyennant quelques aménagements, ces deux mécanismes sont désormais prévus aux articles 23-6<sup>1119</sup> et 30-3<sup>1120</sup> du code civil. La perte de la nationalité par désuétude intervient suivant trois conditions. Il faut d'abord que la nationalité en cause ait été attribuée par filiation, autrement dit par le droit du sang. Il faut ensuite que l'individu dont la nationalité est discutée n'ait pas sa résidence *habituelle* en France, pas plus d'ailleurs que ses ascendants depuis cinquante années au moins. Il faut enfin que l'individu ne puisse prouver sa possession d'état de Français, de même que celle de ses ascendants. Si ces conditions sont réunies, la perte *peut* être prononcée par jugement en application de l'article 23-6 du code civil ; le juge conserve un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité de la perte<sup>1121</sup>. Dans les mêmes conditions, l'individu n'est pas davantage admis à faire la preuve de sa nationalité à l'occasion d'un contentieux par application de l'article 30-3 du code civil.

**332. Actualité de la législation et pistes de réforme.** – Deux épisodes démontrent le caractère encore usuel de ce mécanisme. La première situation concerne les Français établis au Chili depuis plusieurs générations, souvent depuis le XIXe siècle, et qui ont souhaité se prévaloir de leur qualité de Français par filiation dans les années 1970 et 1980 sous la dictature de Pinochet. Par la voix du Sénateur Paul d'Ornano, représentant les Français établis hors de France, ils interrogent en 1986 le gouvernement français sur les difficultés qu'ils rencontrent pour établir leur nationalité française et obtiennent une réponse qui démontre que les mécanismes de perte de la nationalité par désuétude sont bel et bien appliqués par le gouvernement : « [C]haque fois qu'il y a eu doute sur l'allégeance à notre nationalité, notamment en cas de possession d'état discutable, il a été demandé aux intéressés de produire un certificat de nationalité. Cette exigence n'a pas manqué de susciter des réactions de mécontentement, notamment dans des familles qui, par négligence ou désintérêt, avaient, parfois pendant plusieurs générations, perdu toute attache avec notre pays et tout contact avec l'ambassade, ou qui fondaient leur demande sur des formalités isolées dans le temps et renouvelées irrégulièrement qui

---

<sup>1119</sup> « La perte de la nationalité française peut être constatée par jugement lorsque l'intéressé, français d'origine par filiation, n'en a point la possession d'état et n'a jamais eu sa résidence habituelle en France, si les ascendants, dont il tenait la nationalité française, n'ont eux-mêmes ni possession d'état de Français, ni résidence en France depuis un demi-siècle. Le jugement détermine la date à laquelle la nationalité française a été perdue. Il peut décider que cette nationalité avait été perdue par les auteurs de l'intéressé et que ce dernier n'a jamais été français. »

<sup>1120</sup> « Lorsqu'un individu réside ou a résidé habituellement à l'étranger, où les ascendants dont il tient par filiation la nationalité sont demeurés fixés pendant plus d'un demi-siècle, cet individu ne sera pas admis à faire la preuve qu'il a, par filiation, la nationalité française si lui-même et celui de ses père et mère qui a été susceptible de la lui transmettre n'ont pas eu la possession d'état de Français. Le tribunal devra dans ce cas constater la perte de la nationalité française, dans les termes de l'article 23-6. »

<sup>1121</sup> Paul Lagarde, *La nationalité française*, *op. cit.*, n° 43.21, p. 246, mentionne notamment le risque d'apatridie comme cas où la perte serait inopportune.

ne sauraient constituer une possession d'état continue, loyale et sans équivoque. »<sup>1122</sup> De manière plus évocatrice encore, le Sénateur Charles de Cuttoli questionne en 1984 le gouvernement à propos de cas de Français résidant dans les Antilles néerlandaises qui, depuis plus de quarante années, « ont omis de se signaler aux autorités consulaires françaises et de solliciter soit leur immatriculation consulaire soit la délivrance de cartes d'identité ou de passeports français »<sup>1123</sup> et qui « se voient refuser la délivrance de certificats de nationalité ou de carte d'immatriculation »<sup>1124</sup>. Le Gouvernement répond qu'il est fait et qu'il sera fait application des mécanismes de perte de la nationalité pour les individus qui n'ont pas conservé d'attaches avec la France :

« L'intéressé doit, en outre, si les ascendants se sont expatriés depuis plus d'un demi-siècle, joindre tous documents prouvant une possession d'état constante de Français pour lui-même et celui de ses deux parents qui a été susceptible de lui transmettre la nationalité française. Il n'est pas possible de déroger à l'application des articles 95 et 144 du code de la nationalité française pour des personnes installées à l'étranger depuis plus de cinquante ans et qui n'auraient plus conservé aucune attache avec la France. »<sup>1125</sup>

Autrement dit, suivant la position exprimée en 1984, le gouvernement français considère qu'il n'est pas possible de « déroger » à la mise en œuvre des articles prévoyant la désuétude de la nationalité française à la suite de l'expatriation. Mais il reviendra en toutes hypothèses au juge de constater la perte de la nationalité<sup>1126</sup>.

**333.** Ce mécanisme reste toutefois d'un usage complexe et d'un mode de preuve malaisé par le recours à la possession d'état. Paul Lagarde, dans un long commentaire publié en 1987, forme des critiques assez lourdes sur ce dispositif. Sur le principe, l'auteur considère que ce mécanisme n'est pas assez rigoureux à l'égard des Français expatriés et ayant perdu leurs attaches avec leur État de nationalité. Pour Lagarde, l'article 95 du code de la nationalité (aujourd'hui 23-6 du code civil) « [repose] sur des fondements assez équivoques et contraires aux traditions les plus anciennes du droit français de la nationalité »<sup>1127</sup>, il donne en effet un poids trop important à la nationalité *jure sanguinis* et prévoit par principe qu'un individu dispose d'un droit à la conservation de sa nationalité pour une génération entière, malgré l'expatriation. Il cite à cet égard – en l'approuvant – le mécanisme de la « perte de l'esprit de retour » connu de

---

<sup>1122</sup> JORF, Sénat, Question, 28 août 1986, p. 1197.

<sup>1123</sup> JORF, Sénat, Question, 30 août 1984, p. 1369.

<sup>1124</sup> *Ibid.*

<sup>1125</sup> *Ibid.*

<sup>1126</sup> Pour un exemple récent, voy. Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 28 février 2018, n° 17-14239, à paraître au Bulletin.

<sup>1127</sup> Paul Lagarde, « Perte de la nationalité française. Note sous TGI de Paris, 18 octobre 1985 », *Rev. crit. DIP*, 1987, n° 1, p. 101.

l'Ancien Droit et du Code de 1804, et qui intervenait bien plus en amont, dès l'expatriation de la première génération. Par ailleurs, sur le plan de la mise en œuvre, il considère que la *ratio legis* de l'article 95 est particulièrement insatisfaisante :

« Il nous paraît tout à fait déplacé de traiter cette situation comme un cas de perte de la nationalité française. Le descendant du Français expatrié n'est pas plus ou moins français selon qu'on se place juste avant ou juste après l'accomplissement de ce demi-siècle d'expatriation familiale. (...) La question qu'il faudrait se poser n'est donc pas, à notre sens, de savoir quand ce descendant perd la nationalité française, mais si, lors de sa naissance, il présente des liens suffisants avec la France pour se voir attribuer cette nationalité. »<sup>1128</sup>

Ces critiques très justifiées peuvent d'ailleurs nourrir la réflexion sur un mécanisme plus objectif qui, à l'instar du droit du sol, corrèlerait les naissances successives à des effets particuliers en droit de la nationalité<sup>1129</sup>. En effet, il est possible d'imaginer que l'enfant né à l'étranger d'un parent né en France pourrait seul se voir *attribuer* la nationalité à la naissance (*droit du sang simple*, automatique) ; la génération suivante ne pourrait plus bénéficier d'un tel mécanisme. Ainsi, l'enfant né à l'étranger d'un parent lui-même né à l'étranger ne pourrait obtenir la nationalité que par une *acquisition* en vertu du droit du sang, qui pourrait être enregistrée par déclaration à l'initiative des parents dès la naissance de l'enfant (*double droit du sang*, par déclaration). Enfin, dans un dernier mouvement concernant la génération qui suivrait, la nationalité ne serait plus transmissible par filiation. Ainsi, la naissance d'un enfant à l'étranger issu d'une première et d'une seconde génération d'aïeux également nés à l'étranger ne permettrait plus qu'une acquisition par déclaration à la majorité sur le fondement d'une origine française et de liens matériels avec la France – mécanisme déjà prévu à l'article 21-14 du code civil<sup>1130</sup> et appliqué à 274 individus entre 2001 et 2006<sup>1131</sup>. L'on pourrait d'ailleurs opportunément ajouter

---

<sup>1128</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>1129</sup> Voy. déjà le « Harvard Draft » qui proposait une telle mesure en son article 4 : « *A state may not confer its nationality at birth (jure sanguinis) upon a person born in the territory of another state, beyond the second generation of persons born and continuously maintaining an habitual residence therein, if such person has the nationality of such other state.* », in « The Law of Nationality », AJIL, vol. 23, n° 2, supp. Codification of International Law (avril 1929), p. 30 (d'intéressants commentaires à la suite, p. 30-32).

<sup>1130</sup> « Les personnes qui ont perdu la nationalité française en application de l'article 23-6 ou à qui a été opposée la fin de non-recevoir prévue par l'article 30-3 peuvent réclamer la nationalité française par déclaration souscrite conformément aux articles 26 et suivants. Elles doivent avoir soit conservé ou acquis avec la France des liens manifestes d'ordre culturel, professionnel, économique ou familial, soit effectivement accompli des services militaires dans une unité de l'armée française ou combattu dans les armées françaises ou alliées en temps de guerre. » Ce dispositif permet une sorte de droit au retour des anciens nationaux français, dont parlait déjà Napoléon dans son exil à Sainte-Hélène : « Le plus beau titre sur la terre est d'être né Français ; c'est un titre dispensé par le ciel, qu'il ne devrait être donné à personne sur la terre de pouvoir retirer. Pour moi, je voudrais qu'un Français d'origine, fût-il à sa dixième génération d'étranger, se trouvât encore Français s'il le réclamait. Je voudrais, s'il se présentait sur l'autre rive du Rhin disant : Je veux être Français, que sa voix fût plus forte que la loi, que les barrières s'abaissent devant lui, et qu'il rentrât triomphant au sein de la mère commune. », in Emmanuel de Las Cases, *Mémorial de Sainte-Hélène* (1823), I, Paris, Ernest Bourdin, 1842, p. 719-720. Il est à noter qu'il faut bien « franchir le Rhin », c'est-à-dire revenir sur le sol national.

<sup>1131</sup> JORF, Ass. Nat., Question, 5 septembre 2006, p. 9406.

à cet article une condition de résidence à l'instar de l'article 21-16 du code civil à propos de la naturalisation<sup>1132</sup>. Il reviendrait donc à toute famille française établie à l'étranger de se ménager, par le moyen de la naturalisation, l'acquisition de la nationalité de l'État d'accueil de manière à s'assurer que la troisième génération née à l'étranger ne se trouve pas apatride dans le cas où ledit État d'accueil ne disposerait d'aucun mécanisme relatif au droit du sol.

**334.** En tout état de cause, la lecture des articles 23-6 et 30-3 du code civil apportent bien la preuve que l'absence de résidence en France constitue un obstacle à la transmission *ad infinitum* de la nationalité par le droit du sang. Autrement dit, le *jus sanguinis* perd peu à peu sa vitalité lorsqu'il n'est pas renforcé par le *jus domicili*<sup>1133</sup>.

## 2. Les correctifs consulaires

**335. L'extraterritorialité dans les relations consulaires et diplomatiques.** – L'objectif est ici de démontrer que les liens consulaires ou diplomatiques qui unissent un individu à son État d'origine peuvent influencer sur les mécanismes traditionnels du droit de la nationalité en établissant un rattachement territorial. Un tel raisonnement trouve sa justification historique dans la fiction de l'extraterritorialité propre aux agents diplomatique et consulaire et aux bâtiments placés à leur service, et dont Grotius rappelait déjà le principe dans son *De jure* : « selon le Droit des Gens, comme un Ambassadeur représente par une espèce de fiction, la personne même de son Maître, il est aussi regardé, par une fiction semblable, comme étant hors des terres de la Puissance auprès de qui il exerce ses fonctions »<sup>1134</sup>. Pour autant, l'extraterritorialité, comme le précise bien Grotius, n'a qu'un caractère fictionnel qui sert de principe justificatif aux privilèges et immunités dont profite le personnel diplomatique, et à la règle de l'inviolabilité des bâtiments diplomatique et consulaire. L'extraterritorialité n'a donc rien de littéral, les consulats et ambassades ne constituant pas des enclaves étrangères au sein du territoire national, comme le résume très justement Mario Giuliano dans son cours à l'Académie prononcé en 1960 :

---

<sup>1132</sup> « Nul ne peut être naturalisé s'il n'a en France sa résidence au moment de la signature du décret de naturalisation. »

<sup>1133</sup> En empruntant la formule – plus exigeante – de Paul Lagarde, « Perte de la nationalité française. Note sous TGI de Paris, 18 octobre 1985 », *op. cit.*, p. 100 : « le *jus sanguinis* perd peu à peu sa vitalité lorsqu'il n'est pas renforcé par le *jus soli*. »

<sup>1134</sup> Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625, trad. Jean Barbeyrac), vol. II, livre II, chap. 18, § 4, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, p. 540. Dans le même sens, durant la période intermédiaire, le discours imprimé de Claude Laurent Masuyer, annexé à la séance du 11 juin 1793, AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 66, p. 433, les « citoyens, nés chez l'étranger, de Français en voyage ou fonctionnaires de la République auprès des puissances étrangères : ces citoyens n'ont jamais abandonné leur domicile en France. »

« Le régime privilégié des locaux de la mission ne comporte nullement que ces locaux doivent être considérés par l'État accréditaire comme une parcelle de territoire *étranger* ou, plus précisément, de territoire de l'État accréditant. Si on a employé et on emploie parfois dans la pratique le mot "extraterritorialité" de l'hôtel diplomatique pour désigner synthétiquement le statut des locaux de la mission en droit des gens, ce terme – aujourd'hui généralement abandonné – n'est en effet qu'une simple fiction. Les actes et les faits accomplis à l'intérieur des locaux de la mission sont, à tous points de vue, des actes et des faits accomplis dans le territoire de l'État accréditaire, même si l'immunité de l'hôtel diplomatique et les immunités personnelles du chef et des membres de la mission peuvent assez souvent soustraire ces actes et ces faits à la juridiction et aux mesures de coercition des autorités locales. »<sup>1135</sup>

Les corrections, neutralisations et aménagements des règles en matière de nationalité ont donc pour motifs une extraterritorialité *fictionnelle*<sup>1136</sup>.

### **336. L'appartenance consulaire ou diplomatique et l'inapplication du droit du sol. –**

La nationalité des enfants de diplomates ou agents consulaires suit de longue date un régime particulier. En accord avec la fiction de l'extraterritorialité inhérente à la notion de représentation étrangère sur le sol national, il est affirmé – au moins depuis le XIXe siècle<sup>1137</sup> – que les règles relatives au droit du sol sont soit exclues soit aménagées en cette matière.

**337.** En 1889 en effet, le Sénateur Jean Delsol exprime l'idée que « des principes généraux (...) ne permettent pas d'assimiler à un séjour spontané, et impliquant l'intention de se fixer en France, le séjour qui n'a d'autre raison d'être que l'exercice d'une fonction diplomatique conférée par un Gouvernement étranger. (...) [II] n'est pas douteux que le séjour en France de l'agent diplomatique étranger doit être assimilé à sa résidence dans le pays même qu'il représente. »<sup>1138</sup> Autrement dit, en accord avec Weiss, les enfants suivant le domicile du père, ils ne peuvent être considérés comme domiciliés en France au moment de leur majorité, ce qui fait obstacle à l'acquisition de la nationalité française sans formalité par application de l'article 8,

---

<sup>1135</sup> Mario Giuliano, « Les relations et immunités diplomatiques », *RCADI*, 1960, vol. 100, p. 190-191. Voy. plus récemment Edwige Belliard, « Ambassade : excroissance extraterritoriale », in Hervé Ascensio, Pierre Bodeau-Livinec, Mathias Forteau, Franck Latty, Jean-Marc Sorel et Muriel Ubéda-Saillard (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 35-38.

<sup>1136</sup> Cette fiction est en outre reçue de longue date en droit français, bien qu'elle soit d'interprétation très restrictive. Voy. Cass., crim., 13 octobre 1865, *Nikitschenkoff*, S. 1866. I. 34, avec le rapport : « Attendu qu'aux termes de l'art. 3, C. Nap., les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ; Attendu que l'on peut admettre comme exception à cette règle de droit public l'immunité que, dans certains cas, le droit des gens accorde à la personne des agents diplomatiques étrangers, et la fiction légale en vertu de laquelle l'hôtel qu'ils habitent est censé situé hors du territoire du souverain près duquel ils sont accrédités ».

<sup>1137</sup> Des sources anciennes de ce principe se trouvent chez Emer de Vattel, *Le droit des gens*, vol. I, livre I, chap. 19, § 217, Londres [Neuchâtel], 1758, p. 200 : « les enfans de Citoyens, nés hors du pays (...) dans la maison de son ministre auprès d'une Cour étrangère, sont réputés nés dans le pays ; car un Citoyen absent avec sa famille, pour le service de l'État, & qui demeure dans sa dépendance & sous sa juridiction, ne peut être considéré comme étant sorti du Territoire. »

<sup>1138</sup> DP. 1889. 4. 64.



4° de la loi de 1889<sup>1139</sup>. Weiss considère d'ailleurs, à la suite de l'opinion émise par le Garde des Sceaux durant les débats précédant l'adoption de la loi de 1889, que cette règle vaut également en ce qui concerne le double droit du sol, sans toutefois préciser clairement pour quel motif. Sans doute ici l'aménagement des règles relatives au droit du sol ne porte plus sur la notion de domicile et sur la résidence, mais davantage sur la naissance même, réputée en territoire étranger plutôt qu'en France. Pour s'en convaincre, l'étude de la résolution relative aux conflits de lois en matière de nationalité adoptée en 1886 par l'institut de droit international, sur le rapport du même auteur, permet justement de mettre à jour la justification de cette règle : pour les membres de l'institut, le double droit du sol ne saurait s'appliquer aux enfants d'agents diplomatiques ou de consuls envoyés qui sont « réputés nés dans la patrie de leur père »<sup>1140</sup>. Il y a ainsi dans la pensée internationaliste de l'époque une réelle fiction de l'extraterritorialité propre à la représentation diplomatique ou consulaire qui corrige certains aspects du droit du sol relatifs à la naissance ou au domicile.

**338.** Cette dernière règle relative à la naissance réputée étrangère est cependant contestée en France sous l'empire de la loi de 1889. Octave Stemler, docteur en droit et attaché à la Chancellerie, nie sa positivité : « On doit même, en présence des termes généraux de la loi, décider que les enfants nés en France, d'agents diplomatiques ou consulaires étrangers nés eux-mêmes en France, sont Français, aucune exception n'étant prévue. »<sup>1141</sup> Il considère ainsi que le droit français, en l'absence de prévisions explicites, ne reçoit pas la fiction selon laquelle l'enfant né d'un agent diplomatique ou consulaire est né dans le pays de son père. Dans le même sens, Cogordan confirme bien l'approche de Weiss à propos du domicile à la majorité – « Quand il s'agit de l'article 8-4°, on peut toujours soutenir que les diplomates n'ont pas leur vrai domicile en France »<sup>1142</sup> – mais en ce qui concerne le double droit du sol, c'est-à-dire l'article 8, 3°, l'opposition est manifeste : « nous ne savons comment s'y prendrait un tribunal pour exclure un fils d'agent diplomatique de la rigueur de la loi »<sup>1143</sup>, l'auteur précisant qu'« il eût fallu, croyons-nous, le régler dans la loi elle-même, en édictant une exception. »<sup>1144</sup> Ce sera chose faite en 1927, avec l'adoption de deux dispositions spécifiques relatives « aux enfants

---

<sup>1139</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, p. 165-165, note 4.

<sup>1140</sup> IDI, *Annuaire*, 1896, vol. 14, p. 271.

<sup>1141</sup> Octave Stemler, « Application pratique de la nouvelle loi sur la nationalité par l'Administration », *Journal du droit international*, 1890, p. 390. Dans le même sens voy. Louis Le Sueur et Eugène Dreyfus, *La nationalité (droit interne). Commentaire de la loi du 26 juin 1889*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1890, p. 23-26.

<sup>1142</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, *op. cit.*, 1890, 2<sup>ème</sup> éd., p. 111.

<sup>1143</sup> *Ibid.*

<sup>1144</sup> *Ibid.*

nés en France des agents diplomatiques et des consuls de carrière de nationalité étrangère »<sup>1145</sup> qui les excluent de l'application du double droit du sol (art. 2, dernier alinéa) et de l'acquisition de plein droit en vertu de la naissance et du domicile en France à la majorité (art. 4, a.). Reste toutefois ouverte la voie de l'acquisition par réclamation en vertu de la naissance et du domicile en France (art. 3). Autrement dit, en aucune manière le droit du sol – qu'il soit simple ou double – ne saurait s'appliquer aux enfants d'agents diplomatiques ou consulaires en dehors de leur volonté, dûment exprimée par réclamation. La règle est constante depuis lors en droit interne<sup>1146</sup>.

**339.** Plusieurs auteurs retiennent par ailleurs la valeur coutumière en droit international des correctifs propres aux enfants nés d'agents diplomatiques ou consulaires. Antonio Rezek considère ainsi :

« C'est une pratique générale d'exclure du champ d'attribution de nationalité *jure soli* les enfants nés d'agents d'États étrangers, que ce soit des diplomates, des fonctionnaires consulaires ou des membres de missions spéciales. (...) La présomption d'ordre social qui soutient ladite règle est celle que l'enfant d'agents étrangers aura sûrement une autre nationalité – du fait de la nationalité parentale (*jus sanguinis*) associée à la fonction publique des parents – en état de mériter sa préférence. »<sup>1147</sup>

La règle est de plus réceptionnée en droit international conventionnel, mais elle ne vise pas directement le droit du sol puisqu'elle s'attache plutôt à protéger les agents diplomatique et consulaire et leur famille d'une attribution ou d'une acquisition *automatique* de la nationalité. La Convention de 1930 sur la nationalité consacre la première de manière générale cette règle en son article 12 : « Les dispositions légales relatives à l'attribution de la nationalité d'un État en raison de la naissance sur son territoire ne s'appliquent pas de plein droit aux enfants dont les parents jouissent des immunités diplomatiques dans le pays de la naissance. »<sup>1148</sup> Suite à ce texte général, des textes particuliers ont encore consacré ce principe. Ainsi, le protocole spécial annexé à la Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques adopté le 18 avril 1961, entré en vigueur le 24 avril 1964 et ratifié par plus de cinquante États, dispose que « Les membres de la mission qui n'ont pas la nationalité de l'État accréditaire et les membres de leur famille qui

---

<sup>1145</sup> JORE, 14 août 1927, p. 8698.

<sup>1146</sup> Voy. aujourd'hui les dispositions des articles 20-5 (inapplication de l'attribution par le double droit du sol) et 21-10 (inapplication de l'acquisition automatique par la naissance et la résidence) du code civil.

<sup>1147</sup> José Francisco Rezek, « Le droit international de la nationalité », *RCADI*, 1986, vol.198, p. 355-356. Dans le même sens, voy. Michel Verwilghen, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *RCADI*, 1999, vol. 277, p. 143.

<sup>1148</sup> Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, La Haye, 12 avril 1930, in Société des Nations, *Recueil des Traités*, 1937, vol. 179, p. 102. Le principe est adopté à l'unanimité, Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), Genève, N° officiel C. 351 (a). M. 145 (a)., p. 131.

font partie de leur ménage n'acquièrent pas la nationalité de cet État par le seul effet de sa législation. »<sup>1149</sup> Il n'est plus ici question de fiction territoriale en écartant comme réputés étrangers le domicile ou la naissance sur le sol de l'État accréditaire. À l'instar de la législation française, c'est l'attribution ou l'acquisition automatique – par « les seuls bienfaits de la loi » pour reprendre l'ancienne expression française – qui est exclue. La nationalité ne peut ainsi pas être imposée sans consentement à un agent diplomatique ou consulaire et à sa famille. Le droit du sol se trouve intégralement neutralisé dans le cas d'un État qui ne prévoit pas de mécanisme d'acquisition par déclaration en vertu du droit du sol ; il est en revanche seulement aménagé dans le cas où un État prévoit l'attribution ou l'acquisition automatique (empêchées) et l'acquisition par déclaration (réalisable).

**340.** La liaison consulaire et diplomatique agit donc ici comme un correctif des effets du droit du sol. Elle s'applique exclusivement et personnellement aux agents diplomatique et consulaire et ne crée donc pas une extraterritorialité générale qui s'étendrait par exemple à l'ensemble des locaux consulaires et diplomatiques – comme le note Boulbès, « l'extraterritorialité a donc un caractère strictement personnel »<sup>1150</sup>. Ainsi, le droit français n'a jamais considéré – en dehors des aménagements qui viennent d'être décrits – qu'une naissance dans un hôtel diplomatique était réputée sur le territoire de l'État occupant les locaux : l'enfant né dans une ambassade étrangère en France est réputé né en France ; l'enfant né dans une ambassade française à l'étranger est réputé né à l'étranger<sup>1151</sup>.

**341. L'inscription consulaire et la conservation de la nationalité par le droit du sang.** – La nationalité ne saurait se transmettre indéfiniment par le droit du sang : un Français qui n'en a pas la possession d'état et qui tiendrait sa nationalité d'aïeux français résidant depuis au moins cinquante années hors du territoire français, et qui n'en ont pas davantage la possession d'état, peut être jugé avoir perdu la nationalité française, de même qu'il peut ne pas être admis à en faire la preuve. Or, le moyen le plus sûr pour mettre en échec ce mécanisme est justement de

---

<sup>1149</sup> Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, concernant l'acquisition de la nationalité, 18 avril 1961, in Nations Unies, *Recueil des Traités*, 1964, vol. 500, p. 225. Dans le même sens, voy. le protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, concernant l'acquisition de la nationalité, 24 avril 1963, in Nations Unies, *Recueil des Traités*, 1967, vol. 596, p. 471 : « Les membres du poste consulaire qui n'ont pas la nationalité de l'État de résidence et les membres de leur famille vivant à leur foyer n'acquièrent pas la nationalité de cet État par le seul effet de sa législation. »

<sup>1150</sup> Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, *op. cit.*, n° 246, p. 100. Dans le même sens, voy. Jacques Maury, « Nationalité (Théorie générale) », in Albert de Lapradelle et Jean-Paulin Niboyet (dir.), *Répertoire de droit international*, IX, Paris, Dalloz, 1931, n° 58, p. 274-275.

<sup>1151</sup> Voy. André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, I, *op. cit.*, p. 85 ; Albert Geouffre de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, *op. cit.*, p. 214-216.

recourir à l'ancienne institution de l'immatriculation consulaire<sup>1152</sup> – l'on parle aujourd'hui plus volontiers de « l'inscription au registre des Français établis hors de France »<sup>1153</sup> – qui est un moyen admis en jurisprudence et en législation pour démontrer la possession d'état de Français.

**342.** La possession d'état est le produit d'un faisceau d'indices démontrant objectivement que l'individu a agi de bonne foi comme un Français et a été considéré comme tel par l'État et son administration. En ce qui concerne le Français établi à l'étranger, l'immatriculation consulaire constitue à bien des égards le moyen le plus sûr de rapporter cette preuve<sup>1154</sup>. Le décret du 30 décembre 1993 mentionne ainsi ce document comme mode de preuve de la possession d'état<sup>1155</sup>, de même que de nombreuses circulaires de la Chancellerie<sup>1156</sup>. Plusieurs questions formulées par des parlementaires – souvent d'ailleurs des sénateurs représentant les Français établis hors de France – témoignent encore du caractère usuel de ce mode de preuve. En atteste la question posée par le sénateur Charles de Cuttoli en 1986 qui expose préalablement sans être contredit par la réponse ministérielle que « les documents relatifs à l'immatriculation consulaire des Français établis hors de France permettent d'attester de la possession d'état de Français de nos compatriotes dont la famille réside à l'étranger depuis plusieurs décennies »<sup>1157</sup> et qu'ils « échappent ainsi aux dispositions des articles 95 et 144 du code de la nationalité française. »<sup>1158</sup> De la même manière, en deçà d'une immatriculation consulaire, le ministère de la justice a même reconnu qu'une simple « transcription d'un acte de naissance sur les registres de l'état civil consulaire (...) peut effectivement être retenue comme un élément de possession d'état de Français au sens des articles 23-6 et 30-3 du code civil. »<sup>1159</sup> La jurisprudence montre enfin que l'argument est exposé dans le contentieux de l'article 144 de l'ancien code de la nationalité<sup>1160</sup>.

---

<sup>1152</sup> Voy. pour la forme moderne le décret du 3 août 1942 relatif à l'immatriculation consulaire, JORF, 24 septembre 1942, p. 3263. Elle s'applique à titre principal aux Français et permet de former des demandes de documents administratifs ou d'obtenir une inscription sur une liste électorale consulaire.

<sup>1153</sup> Voy. le décret n° 2003-1377 du 31 décembre 2003 relatif à l'inscription au registre des Français établis hors de France, JORF, 1<sup>er</sup> janvier 2004, p. 57.

<sup>1154</sup> C'est le premier moyen que cite Henri Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1959, n° 153, p. 167. Dans le même sens, voy. Paul Lagarde, *La nationalité française, op. cit.*, n° 72.52, p. 358.

<sup>1155</sup> Voy. l'art. 17, 2° du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993 relatif aux déclarations de nationalité, aux décisions de naturalisation, de réintégration, de perte, de déchéance et de retrait de la nationalité française, JORF, 31 décembre 1993, p. 18561.

<sup>1156</sup> Voy. par ex. la circulaire n° 98/17 du 24 décembre 1998 relative à l'amélioration des conditions de délivrance des certificats de nationalité française, NOR : JUS C 9820845 C, non publiée, p. 3 ; Circulaire du 11 juin 2010 relative à la réception et enregistrement des déclarations de nationalité française par les greffiers en chef, NOR : JUS C 1017381 C, BOMJL n° 2010-04 du 30 juin 2010, p. 10.

<sup>1157</sup> JORF, Sénat, Questions, 15 mai 1986, p. 708.

<sup>1158</sup> *Ibid.*

<sup>1159</sup> JORF, Sénat, Questions, 14 janvier 2010, p. 78.

<sup>1160</sup> Voy. Cass, 1<sup>ère</sup> civ., 23 février 1977, n° 75-12799, Bull. n° 106, p. 81 qui mentionne une inscription consulaire trop tardive pour produire des effets. De la même manière, en matière de perte de l'esprit de retour, les juges du

Le rapport de la Commission Long proposait d'ailleurs de faire du lien consulaire un mécanisme exprès de conservation de la nationalité : « Chez les familles françaises établies à l'étranger, le lien de nationalité, fondé sur la filiation, tend à s'affaiblir au fil des générations et est présumé disparaître au bout de cinquante ans dans notre droit actuel : il devrait être confirmé, dès qu'une démarche positive aurait été faite auprès de nos consulats. »<sup>1161</sup> Cette proposition n'est toutefois pas transcrite dans la loi.

**343.** Ici encore, la liaison consulaire opère comme un correctif de l'extraterritorialité inhérente à l'expatriation ; l'immatriculation consulaire agit par fiction comme un puissant facteur de rattachement au territoire national, et fait ainsi obstacle à la perte de la nationalité par filiation par l'effet de la désuétude.

## § 2. La territorialité dans les mécanismes acquisitifs de nationalité

**344.** Le critère de la sujétion territoriale à titre habituel trouve sans doute sa manifestation la plus éclatante dans les mécanismes d'acquisition de la nationalité. La législation française a en effet toujours fait de cette condition un prérequis à la naturalisation, et l'autorité publique y attache encore des conséquences en renonçant pour partie à son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle fait face à un individu dont les attaches territoriales sont manifestes (A). Dans le cas plus particulier de la succession d'États, ici restreint aux annexions et cessions de territoire, le critère de la domiciliation sur le territoire est encore prégnant : la présence de l'individu sur le territoire au moment de la succession est bien souvent la condition d'une acquisition valide de la nationalité (B).

### A. Le critère de la résidence en matière d'acquisition de nationalité

« La résidence sur le sol français est exigée par la loi comme condition première de la naturalisation, parce qu'elle est la manifestation la plus apparente et la plus certaine du lien qui se crée, du pacte qui se forme et se perpétue entre l'étranger et sa future patrie. »<sup>1162</sup>

---

début du XXe siècle insistaient sur une inscription *volontaire et précoce* pour apporter la preuve de la conservation de l'esprit de retour, ce qui se déduit *a contrario* d'un jugement du Trib. civ. Grenoble, 30 mai 1913, *Servettaz c. préfet de l'Isère*, JDI 1917. 1765 : « qu'il importe peu qu'il ait été immatriculé sur les registres du consulat de France, même à Turin en 1910, ces immatriculations étant généralement faites d'office dans les consulats, et l'immatriculation, eût-elle été même provoquée par Servettaz Joannès, ce qui n'est pas établi, n'ayant pu avoir pour effet de lui redonner la qualité de Français qu'il avait perdue par son installation en Italie sans esprit de retour, où lui et sa famille dirigeaient un établissement industriel depuis plus d'un demi-siècle, sans avoir conservé aucune attache avec son pays d'origine ».

<sup>1161</sup> Commission de la nationalité, *Être Français aujourd'hui et demain*, vol. II, Paris, La documentation française, 1988, p. 96.

<sup>1162</sup> Loi relative à la naturalisation des 29 juin et 5 juillet 1867, exposé des motifs in D.P., 1867. 4. 71.

**345.** La sujétion territoriale est une condition de validité traditionnelle en droit de la naturalisation. Elle est aujourd'hui consacrée à travers le principe d'un « stage » préalable à la demande, et d'une exigence de résidence au jour de la naturalisation (1). Sur le versant des modalités de la décision, l'autorité publique reconnaît de manière croissante que les individus dont les attaches territoriales sont particulièrement manifestes doivent profiter d'un droit à obtenir la nationalité par déclaration, reléguant la discrétionnarité de principe en la matière (2).

### 1. Sujétion territoriale et accès à la naturalisation

**346. La durée de « stage ».** – Le principe selon lequel la naturalisation ne peut s'acquérir qu'une fois écoulé un certain temps de résidence ne provient pas de l'Ancien Droit. À cette époque en effet, le Roi ne fixe pas une telle condition pour délivrer des lettres de naturalité (voy. *supra* n° 81 s.). C'est la législation intermédiaire qui va la première instaurer une telle condition, à l'occasion d'une bascule plus globale du système de naturalisation.

**347.** Jusqu'alors en effet, c'est le Roi qui naturalise les étrangers. Ce dispositif séculaire se maintient jusqu'à la date symbolique du 2 mai 1790, date à laquelle le Roi Louis XVI prononce d'une part ses dernières lettres de naturalité<sup>1163</sup>, et promulgue d'autre part le décret concernant les conditions requises pour être réputé Français, adopté par l'Assemblée Nationale le 30 avril 1790. Ce décret substitue au régime individuel des lettres de naturalité un système objectif de naturalisation par la réunion de différentes conditions alternatives :

« Tous ceux qui, nés hors du royaume, de parens étrangers, sont établis en France, seront réputés Français, et admis, en prêtant le serment civique, à l'exercice des droits de citoyen actif, après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils ont, en outre, ou acquis des immeubles, ou épousé une Française, ou formé un établissement de commerce, ou reçu dans quelques villes des lettres de bourgeoisie, nonobstant tous réglemens contraires, auxquels il est dérogé ; sans néanmoins qu'on puisse induire du présent décret qu'aucune élection faite doive être recommencée, et sans entendre rien préjuger sur la question des Juifs, qui a été et demeure ajournée. »<sup>1164</sup>

L'autorité publique n'est donc plus amenée à statuer par voie de décisions individuelles pour que la naturalisation soit prononcée. Ici, cinq années de domicile jointes à diverses conditions alternatives (acquisition d'immeuble, mariage, établissement de commerce, etc.) et à la prestation du serment civique permettent d'être reconnu Français. Le Roi perd donc, au profit de la seule loi, le pouvoir de statuer sur la naturalisation. Le changement ne semble pas être issu

<sup>1163</sup> Peter Sahlins, *Unnaturally French*, *op. cit.*, p. 171.

<sup>1164</sup> Duvergier, *Collection*, t. I<sup>er</sup>, 1834, 2<sup>ème</sup> éd., p. 160.

d'une doctrine nouvelle et spécifique à la matière. Suivant le rapport présenté à l'Assemblée Nationale par Target, les Députés souhaitent surtout répondre aux difficultés qui se présentent aux villes et départements frontières lorsqu'il s'agit de déterminer qui sont les citoyens actifs admis à participer aux opérations électorales<sup>1165</sup>. Dans cette matière comme dans beaucoup d'autres, le système suivi par les révolutionnaires préfère la loi générale et impersonnelle à la décision individuelle – « par haine de l'arbitraire »<sup>1166</sup> écrit Maury. Comme l'a remarqué Peter Sahlins<sup>1167</sup>, ils suivent en cela plusieurs propositions déjà formulées lors des États généraux, notamment le cahier de doléances du baillage de Versailles qui comprend une proposition de Constitution, et en particulier un article 47 qui dispose : « Tout étranger, après trois ans de résidence dans le royaume, jouira de tous les droits de citoyen. »<sup>1168</sup>

**348.** Dès lors, supprimant la décision individuelle de naturaliser, la législation intermédiaire s'en remet à une certaine durée de domicile en France pour permettre aux étrangers d'acquérir de plein droit la nationalité ; sans surprise, elle évalue objectivement ainsi la qualité de la sujétion territoriale de l'individu nécessaire à l'acquisition de la nationalité. Fixé à cinq années par le décret du 30 avril 1790, ce délai est consacré par l'article 3 de la Constitution de 1791 qui prévoit « cinq ans de domicile continu dans le Royaume » en sus d'autres indices objectifs laissant présumer les liens territoriaux (possession d'immeuble, mariage avec une Française, établissement de commerce, etc.). La Constitution de 1793 réduit considérablement ce délai et prévoit en son article 4 l'acquisition de la nationalité au terme d'une année de domicile, toujours en complément d'autres indices (*idem* et vivre de son travail, adopter un enfant, nourrir un vieillard, etc.). Cette réduction de délai ne va pas sans heurt, et le Député Claude Laurent Masurey fait imprimer un discours s'y opposant violemment :

« Dans ce système, tout étranger, âgé de 21 ans, après une résidence d'une année sur le sol de la liberté et un domicile de trois mois, serait citoyen français. Que résulterait-il de là ? Tous les malfaiteurs, tous les brigands, tous les scélérats, ces fléaux dévastateurs des sociétés, échappés au glaive de la loi, chassés par leurs crimes de leur terre natale, viendront se transporter sur la terre hospitalière de la liberté ; ils apporteront avec eux la déperdition des mœurs

---

<sup>1165</sup> Séance du 30 avril 1790, in AP, 1<sup>ère</sup> série, t. XV, p. 340 : « Les départements des frontières et des villes maritimes sont remplis d'hommes nés en pays étrangers, mariés, propriétaires depuis très longtemps, ou possesseurs d'établissements de commerce ; (...) ils forment dans beaucoup de villes le huitième, le septième, le sixième de la population : ce sont des amis de plus que vous acquerrez à une constitution qui voudrait rendre tous les hommes heureux. »

<sup>1166</sup> Jacques Maury, « Nationalité (en France) », in Albert de Lapradelle et Jean-Paulin Niboyet (dir.), *Répertoire de droit international*, vol. IX, Paris, Dalloz, 1931, n° 387, p. 409.

<sup>1167</sup> Peter Sahlins, *Unnaturally French*, *op. cit.*, p. 407, note 4.

<sup>1168</sup> AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 5, p. 182.

publiques et privées ; et pour prix de leurs forfaits, ils acquerront la dignité de citoyens français ! ... non. »<sup>1169</sup>

Le Constituant de 1795 saura écouter *a posteriori* cette doléance et fixe à son article 10 un délai de résidence de sept années consécutives, suivant une déclaration formelle de l'étranger de se fixer en France, et l'assujettissement au paiement d'une contribution directe. La Constitution de 1799 enfin portera ce délai à dix années, mais supprimera l'ensemble des autres conditions objectives tirées des revenus, d'une situation immobilière, maritale, etc. Ce « délai décennal » va alors se maintenir durant la majeure partie du XIXe siècle. L'esprit de cette condition de résidence va d'ailleurs être sévèrement réinterprété par un avis du Conseil d'État rendu le 18 Prairial an XI (7 juin 1803), relevé par Locré, selon lequel « dans tous les cas où un étranger veut s'établir en France, il est tenu d'obtenir la permission du Gouvernement ; et que ces admissions, pouvant être, suivant les circonstances, sujettes à des modifications, à des restrictions, et même à des révocations, ne sauroient être déterminées par des règles ou des formules générales. »<sup>1170</sup> S'en suit une certaine doctrine qui veut que les dix années de résidence de l'étranger préalables à la naturalisation doivent avoir eu lieu sous le régime de l'admission à domicile, dispositif prévu par l'article 13 du code civil. L'admission à domicile est comparée par Weiss à la *denization* anglaise, un statut intermédiaire, conféré discrétionnairement par le gouvernement à l'étranger pour lui permettre de disposer des droits civils sur le sol français, sans pour autant en posséder la nationalité et sans être ainsi astreint aux charges des Français comme le service militaire<sup>1171</sup> – ce qui en fait un statut très « attractif »<sup>1172</sup>. Cette doctrine selon laquelle le délai décennal fixé par la Constitution de 1799 s'entend d'une résidence d'un étranger « admis à domicile » selon les prescriptions de l'article 13 du code civil n'est toutefois pas unanime, et la pratique administrative semble s'en être régulièrement écartée<sup>1173</sup>. Le délai décennal sous admission à domicile est toutefois consacrée par la loi du 3 décembre 1849 sur la naturalisation<sup>1174</sup> – « le concours de ces deux circonstances [délai décennal *et* admission à domicile] peut seul donner à l'acte par lequel l'étranger adopte la France pour patrie, ce caractère de fixité, de

---

<sup>1169</sup> Discours annexé à la séance du 11 juin 1793, AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 66, p. 431.

<sup>1170</sup> Jean-Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, vol. I, Paris, Imprimerie impériale, 1805, p. 233. « C'était violer (...) la Constitution sous couleur de l'interpréter », dira François Laurent, *Droit civil international*, vol. III, *op. cit.*, n° 180, p. 318.

<sup>1171</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, p. 323-324.

<sup>1172</sup> Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 57 et s.

<sup>1173</sup> Voy. André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, p. 314, qui cite en ce sens deux « décisions » du ministre de la justice des 16 février 1825 et 14 août 1830 sans davantage de précisions.

<sup>1174</sup> Duvergier, *Collection*, 1849, t. 49, p. 415 et s.



permanence et de maturité légale qui le rendra sûr et durable »<sup>1175</sup> indique le député conservateur Jules Cardon de Montigny dans son rapport présenté le 8 novembre 1849 –, après un bref intermède révolutionnaire de trois mois pendant lequel le délai est ramené à cinq années sans nécessité d'une admission à domicile<sup>1176</sup>.

**349.** En 1867, le législateur impérial revient pour la première fois sur ce délai décennal, pour le ramener *in fine* à délai de trois années sous admission à domicile – le terme de « stage » devient d'ailleurs usuel pour qualifier cette période<sup>1177</sup> –, délai jugé plus en accord avec les mœurs apaisées de l'époque, comme le souligne le rapporteur :

« Nous avons à rechercher si cette longue épreuve est encore nécessaire aujourd'hui. Les mêmes défiances n'existent plus ; les relations internationales s'inspirent d'un sentiment plus large et plus sympathique. Les points de contact se sont multipliés ; les communications devenues plus rapides, les relations plus fréquentes et plus suivies entre les nations comme entre les individus, ont transporté dans la vie des peuples et dans le règlement des grands intérêts publics quelque chose de cette activité nouvelle et croissante qui est aujourd'hui la loi des intérêts privés. Au milieu de ce mouvement général, un stage de dix années, imposé aux hôtes d'un grand pays pour en devenir les citoyens, n'est-il pas une véritable anomalie ? (...) Le projet propose de réduire à trois années la durée de la résidence qui doit précéder la naturalisation. Ce délai répond aux exigences d'une épreuve concluante et sérieuse. »<sup>1178</sup>

Le principe est ainsi consacré dans la loi du 29 juin 1867<sup>1179</sup>. L'ensemble est encore repris dans la loi du 26 juin 1889, le législateur adjoignant toutefois un nouveau cas de naturalisation, celui de l'étranger qui a résidé dix ans sur le territoire de manière ininterrompue sans toutefois être admis à domicile<sup>1180</sup> ; c'est le retour du délai décennal simple qui s'ajoute donc au délai triennal sous admission à domicile : « l'individu qui a vécu en France pendant dix années et qui demande à être naturalisé ne fait-il pas la preuve qu'il n'entend pas se soustraire aux charges sociales et que, profitant des avantages du pays qu'il habite, il veut s'y rattacher plus étroitement en accomplissant envers lui tous les devoirs d'un bon citoyen ? »<sup>1181</sup> La loi du 10 août 1927, dans une rupture souvent surévaluée<sup>1182</sup>, va réformer la durée de stage en prévoyant un délai de

---

<sup>1175</sup> DP 1849. 4. 172.

<sup>1176</sup> Décret des 28 et 31 mars 1848, tôt suspendus par un arrêté du 29 juin de la même année suite à la multiplication par dix du nombre de naturalisations. Voy. Gérard Légiér, *Histoire du droit de la nationalité*, vol. I, *op. cit.*, n° 590-595, p. 398-400.

<sup>1177</sup> Les rédacteurs du code civil mentionnent déjà en plusieurs occasions le terme de « stage politique », Voy. par exemple les propos de Rœderer devant le Conseil d'État à la séance du 22 août 1801, in Fenet, t. VII, p. 127.

<sup>1178</sup> Rapport du Conseiller d'État François Ernest Manceaux, in D.P., 1867. 4. 70.

<sup>1179</sup> Duvergier, *Collection*, 1867, t. 67, p. 149 et s.

<sup>1180</sup> JORF, 28 juin 1889, p. 2977.

<sup>1181</sup> Voy. le rapport d'Antoine Dubost du 7 novembre 1887 à la Chambre des Députés, in DP 1889. 4. 65.

<sup>1182</sup> Voy. p. ex. l'instruction du 13 août 1927, in André Weiss, « Supplément – Loi sur la nationalité », *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1928, p. 32, relève que « la réduction à un ou trois ans du stage préalable à la naturalisation, qui entraîne, à titre de corollaire, la suppression de l'inutile formalité de l'admission à domicile, si elle ne modifie pas l'essence de l'institution elle-même, en transforme en revanche l'esprit. »

trois années sans nécessité d'une admission à domicile (article 6, 1<sup>o</sup>) ; elle répond ainsi à « l'impératif démographique »<sup>1183</sup>, tout puissant à l'époque. Mais elle ne fait en réalité qu'assouplir les conditions du stage triennal déjà reconnu par la législation de 1867. Aujourd'hui, le délai de droit commun de la naturalisation est fixé à cinq années à l'article 21-17 du code civil, il en est ainsi depuis l'article 62 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française, législation qui fixe de « façon générale »<sup>1184</sup> les délais de stage à cinq années dans l'ensemble des mécanismes d'acquisition de la nationalité (notamment en matière de droit du sol), délai qui « essentiellement fait présumer de l'assimilation »<sup>1185</sup>. Il est à noter enfin que depuis la Constitution de 1791<sup>1186</sup>, la législation a toujours prévu des réductions voire des dispenses de délai de stage pour certaines catégories d'étrangers méritantes ou présumées assimilées<sup>1187</sup>, en particulier concernant les demandes de réintégration dans la nationalité française. Les délais de stage n'ont ainsi cessé de varier au cours de l'histoire du droit de la nationalité : longs, ils servent à apporter une preuve certaine d'un attachement territorial *advenu* de l'individu ; courts, ils sont davantage un pari fait par le législateur sur un attachement territorial *à venir*. Il y a en la matière, comme le dit Laurent, un certain « arbitraire »<sup>1188</sup> législatif qui témoigne d'un « esprit de défiance à l'égard de l'étranger »<sup>1189</sup> plus ou moins vif selon les époques. En toutes hypothèses, ce délai de stage est, comme le résume Louis-Lucas, « la preuve objective de leurs attaches [*celles des étrangers demandeurs à la naturalisation*] avec la France, et nous savons que cette exigence est traditionnelle. (...) Ce que veut la loi, c'est une attache réelle et durable avec notre pays »<sup>1190</sup>.

**350. La résidence au jour de la signature du décret.** – Même lorsque l'étranger est dispensé de délai de stage, la législation prévoit que « Nul ne peut être naturalisé s'il n'a en France sa résidence au moment de la signature du décret de naturalisation », selon l'article 21-16 du code civil, reprise textuelle de l'ancien article 61 du code de la nationalité adopté en 1945. Le législateur de la Libération fixait alors explicitement une exigence de « résidence instantanée

---

<sup>1183</sup> Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français*, *op. cit.*, p. 106 et s.

<sup>1184</sup> Exposé des motifs, in JORF, 20 octobre 1945, p. 6700.

<sup>1185</sup> *Ibid.*

<sup>1186</sup> Voy. les naturalisations d'honneur prononcées par l'Assemblée Nationale en 1792 au profit de Madison, Washington, Bentham, etc. en vertu de l'article 4 qui prévoit la compétence du pouvoir législatif pour délivrer un « acte de naturalisation » en raison de « considérations importantes ». Sur ce point, voy. Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 28-32.

<sup>1187</sup> Sur ce point, voy. Paul Lagarde, *La nationalité française*, *op. cit.*, n° 34.52-34.55, p. 181-183.

<sup>1188</sup> François Laurent, *Droit civil international*, vol. III, *op. cit.*, n° 202, p. 352.

<sup>1189</sup> *Ibid.*

<sup>1190</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française. Droit positif et Conflits de loi*, Paris, Sirey, 1929, p. 145.

qui constitue (...) une condition de validité de l'acquisition de la nationalité française »<sup>1191</sup>. Autrement dit, on retrouve ainsi l'ancienne « clause de résidence » prévue par l'Ancien Régime, c'est-à-dire l'exigence faite au naturalisé de fixer son domicile en France au moment de l'acquisition de la nationalité (voy. *supra* n° 84 s.)<sup>1192</sup>. Comment évaluer cette exigence de résidence « au moment de la signature du décret » ? Évidemment, une telle exigence n'est pas interprétée de manière littérale ; aucune vérification de la présence physique en France du naturalisé le jour de la signature du décret n'est réalisable. En réalité, l'administration et son juge font application d'un raisonnement présomptif : la sujétion territoriale habituelle du demandeur à la naturalisation en France laisse présumer qu'il aura, le jour de la signature du décret, sa résidence en France. Le Conseil d'État voit donc traditionnellement dans cet article 21-16 du code civil une condition de recevabilité de la demande, dont il délivre une grille de lecture plutôt casuistique depuis le milieu des années 1980.

**351.** Le Conseil d'État a en effet dans deux décisions de section rendues le 28 février 1986 au visa de l'article 61 du code de la nationalité (aujourd'hui 21-16 du code civil) fixé le principe selon lequel « la demande de naturalisation n'est pas recevable lorsque l'intéressé n'a pas fixé en France de manière stable le centre de ses intérêts »<sup>1193</sup>. Renaud Denoix de Saint-Marc, dans ses conclusions, précise que cette condition de résidence « instantanée » est « un regard sur le passé et sur le futur, au moins immédiat, tel qu'il peut être raisonnablement prévu, que l'administration doit porter pour savoir si la condition de résidence, même instantanée, est satisfaite. »<sup>1194</sup> Il se fonde par ailleurs sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative au « domicile de nationalité »<sup>1195</sup>, forgée en matière d'acquisition par le droit du sol, pour retenir une définition de principe en droit administratif :

« C'est une résidence *personnelle* et non pas un domicile de droit chez une autre personne comme le domicile dit "de dépendance" de l'article 109 du code civil ; c'est une résidence *effective* qui implique une installation ; une résidence *habituelle* caractérisée par une permanence, sans doute compatible avec des absences de courte durée, mais désignant tout de même sans ambiguïté le centre des attaches et des occupations de l'intéressé. Ces exigences sont

---

<sup>1191</sup> Exposé des motifs, in JORF, 20 octobre 1945, p. 6700. La condition existait déjà en matière d'acquisition par le droit du sol.

<sup>1192</sup> Cette condition est encore connue de la législation postérieure. L'article 4 de la Constitution de 1791 prévoit ainsi cette condition dans le cas de la naturalisation à la discrétion du Parlement, sans délai de stage : « Le Pouvoir législatif pourra, pour des considérations importantes, donner à un étranger un acte de naturalisation, sans autres conditions que de *fixer son domicile en France* et d'y prêter le serment civique. » (nous soulignons)

<sup>1193</sup> CE, section, 28 février 1986, *Bouhanna* (1<sup>ère</sup> esp.) et *Akhras* (2<sup>nde</sup> esp.), Lebon p. 53-54.

<sup>1194</sup> Renaud Denoix de Saint-Marc, conclusions sous CE, section, 28 février 1986 (deux arrêts), *Rev.crit. DIP*, 1986, n° 3, p. 461.

<sup>1195</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 1983, *Rev. crit. DIP* 1984. 77 : le domicile « s'entend, au sens du droit de la nationalité, d'une résidence effective présentant un caractère stable et permanent et coïncidant avec le centre des attaches familiales et des occupations professionnelles ».

finalement fondées sur l'idée que la résidence en France doit révéler sans ambiguïtés l'intention de l'étranger de se fixer, sans esprit actuel de retour, sur le territoire national. »<sup>1196</sup>

Si la lignée jurisprudentielle ainsi inaugurée est désormais surtout affaire de casuistique, le Conseil d'État a tout de même précisé les critères que l'administration peut retenir à bon droit pour évaluer le domicile de nationalité en application de l'article 21-16 du code civil. Dans une décision rendue le 20 mars 2000, le Conseil d'État juge ainsi en sous-sections réunies que « pour apprécier si cette dernière condition est remplie [*fixation de la résidence*], l'administration peut notamment se fonder, sous le contrôle du juge, sur la durée de la présence du demandeur sur le territoire français, sur sa situation familiale, sur le lieu où vivent ses enfants mineurs et sur le caractère suffisant et durable des ressources qui lui permettent de demeurer en France »<sup>1197</sup>. Le juge administratif procède ainsi par la méthode du « faisceau d'indices », aucun critère n'ayant à lui-seul une portée décisive<sup>1198</sup>.

**352.** Il faut toutefois signaler une exception. L'article 21-26 du code civil prévoit plusieurs hypothèses où la résidence à l'étranger est « assimilée » à la résidence en France, dont la principale est la suivante : « Le séjour hors de France d'un étranger qui exerce une activité professionnelle publique ou privée pour le compte de l'État français ou d'un organisme dont l'activité présente un intérêt particulier pour l'économie ou la culture française ». L'origine de cette assimilation se trouve dans la loi du 29 juin 1867 sur la naturalisation qui disposait déjà – et pour la première fois<sup>1199</sup> – qu'« Est assimilée à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français »<sup>1200</sup>. Comme les travaux parlementaires le révèlent, cette assimilation de résidence visait surtout à l'époque à récompenser les consuls et vice-consuls étrangers représentant les intérêts de la France à l'étranger<sup>1201</sup>. De fait, cette hypothèse exceptionnelle n'a vocation à être appliquée que de manière très parcimonieuse. Longtemps d'ailleurs, l'administration a interprété cet article comme ne s'appliquant qu'au court séjour à l'étranger, et qu'à l'inverse, « une véritable résidence stable, effective et permanente à l'étranger [faisait] obstacle à une demande de naturalisation »<sup>1202</sup>. Selon les mots même du Garde des Sceaux : « il n'est pas d'usage (...) dans les relations internationales, de

<sup>1196</sup> Renaud Denoix de Saint-Marc, concl. préc., *Rev.crit. DIP*, 1986, n° 3, p. 459.

<sup>1197</sup> CE, 20 mars 2000, n° 198097, *Rahmouni*, Lebon p. 123.

<sup>1198</sup> Voy. CE, 25 mai 2010, n° 327922, *Methari*, Lebon tables p. 767 (sur ce point).

<sup>1199</sup> Voy. Edmond Nicot, *Étude historique de la naturalisation, à l'occasion de la loi du 29 juin 1867*, Paris, Questroy, 1868, p. 43-44.

<sup>1200</sup> Recueil Duvergier, t. 67, 1867, p. 153 et les notes sur les débats. L'ajout des activités privées présentant un intérêt pour l'économie et la culture est issu de l'article 8 de l'ordonnance n° 59-65 du 7 janvier 1959, JORF, 8 janvier 1959, p. 553.

<sup>1201</sup> Recueil Duvergier, t. 67, 1867, p. 153-154, note 1.

<sup>1202</sup> Paul Lagarde, *La nationalité française, op. cit.*, n° 34.61, p. 185.

permettre à des personnes résidant dans un État étranger dont elles possèdent la nationalité, d'acquérir la nationalité d'un autre État par une simple manifestation de volonté. »<sup>1203</sup> Le Conseil d'État a toutefois mis fin à cette interprétation en préférant une application littérale des assimilations de résidence. Là où l'administration distinguait le séjour (temporaire) de la résidence (permanente) à l'étranger pour accorder dans le seul premier cas l'assimilation et le bénéfice de l'extraterritorialité, le juge administratif, dans une affaire *Jeanne* rendue le 29 novembre 1989, a considéré qu'il n'y avait pas de distinction à opérer : « que cette disposition ne précise ni la durée ni la nature du séjour ainsi visé ; qu'en particulier elle n'exclut pas que le séjour constitue une résidence au sens du Code de la Nationalité française »<sup>1204</sup>. Depuis lors, l'autorité publique ne peut plus opposer l'irrecevabilité à une demande de naturalisation présentée par un individu qui a durablement fixé sa résidence hors de France. Contrairement à Ronny Abraham qui notait avec sévérité à l'égard de la distinction entre séjour et résidence dans ses conclusions sous l'affaire *Jeanne* qu'« il n'apercev[ait] aucune logique juridique dans un tel raisonnement »<sup>1205</sup>, il nous semble tout au contraire qu'une telle appréciation s'accordait parfaitement avec les principes généraux et territoriaux de la nationalité. Cette exception à l'exigence de résidence en France – et donc à la condition territoriale liée à la nationalité – ne doit toutefois pas être surestimée : 200 à 400 dossiers sont *transmis* chaque année par les services consulaires en application de l'article 21-26 du code civil, ce qui ne préjuge pas de l'issue qui leur sera donnée au terme de l'instruction<sup>1206</sup>. La part des naturalisations extraterritoriales dans le contingent général des naturalisations est donc dérisoire<sup>1207</sup>.

## 2. Sujétion territoriale et modalité de la décision

**353. Le principe moderne : la discrétionnarité.** – Comme cela a été montré plus haut, la législation intermédiaire rompt avec le principe d'Ancien Régime selon lequel il appartient au Roi, et plus généralement à l'organe exécutif, de prononcer la naturalisation suivant un régime de liberté totale de décision, autrement dit un pouvoir discrétionnaire. La législation ordinaire

---

<sup>1203</sup> JORF, Sénat, question, 10 mars 1983, p. 393.

<sup>1204</sup> CE, 29 nov. 1989, n° 89723, *Jeanne*, AJDA 1990. 342.

<sup>1205</sup> Ronny Abraham, « Conditions de la naturalisation », AJDA, 1990, n° 4, p. 342.

<sup>1206</sup> Voy. Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, *Rapport du gouvernement sur la situation des Français établis hors de France*, 2017, p. 117. Les chiffres relatifs au nombre de dossiers transmis sont les suivants : 217 en 2009 ; 192 en 2010 ; 242 en 2011 ; 211 en 2012 ; 312 en 2013 ; 256 en 2014 ; 281 en 2015 ; 401 en 2016. D'ailleurs, la dispense de résidence accordée, il arrive à l'administration de rejeter la demande pour défaut de lien avec la France. Le juge confirmant qu'une telle appréciation n'est pas constitutive d'une erreur de droit, voy. CE, 2/6 ssr, 27 octobre 1999, n° 195751, *Mme Bachi*, Lebon tables p. 783 (sur ce point).

<sup>1207</sup> Il n'en demeure pas moins que de telles naturalisations pourraient assez certainement être jugées inopposables dans l'ordre international, voy. *infra* n° 481 s.

constitutionnelle comprise entre 1790 et 1799 laisse place à l'inverse à une naturalisation de droit, moyennant la satisfaction des différents critères – tandis que l'autorité publique refuse de se ménager une part d'appréciation en opportunité de la naturalisation.

**354.** Cela n'a guère duré. Le rétablissement de la discrétionnarité s'est faite sous l'ère napoléonienne dans un mouvement en trois temps. D'abord sous couvert d'un dispositif exceptionnel mis en place pour une durée de cinq années par un sénatus-consulte organique du 18 octobre 1802<sup>1208</sup> : un arrêté du Gouvernement pris sur le rapport du ministre de l'intérieur, le Conseil d'État entendu, permet de naturaliser après un an de domicile les « étrangers qui rendront ou qui auraient rendu des services importants à la République, qui apporteront dans son sein des talents, des inventions ou industrie utiles, ou qui formeront de grands établissements ». On retrouve ici l'influence des dispositions de la Constitution de 1791 qui prévoyait déjà que le Parlement pouvait naturaliser pour des « considérations importantes » un étranger sans délai de stage mais sous condition de fixation de domicile. Ensuite, un nouveau sénatus-consulte organique du 19 février 1808<sup>1209</sup> rend désormais permanent ce dispositif de naturalisation exceptionnelle, prononcée par « décret spécial » rendu sur le rapport d'un ministre, le Conseil d'État entendu. Ce deuxième mouvement de pérennisation d'une forme de naturalisation par voie individuelle et discrétionnaire au profit de l'Exécutif rompt résolument avec l'approche de la « naturalisation de droit » auparavant consacrée comme unique moyen d'acquisition de la nationalité par la législation intermédiaire. Un troisième et dernier mouvement supprime la naturalisation de droit de la Constitution de 1799 au profit de la restauration du pouvoir discrétionnaire de l'organe exécutif. Tel est le résultat de la promulgation d'un simple décret impérial en date du 17 mars 1809<sup>1210</sup>, normalement insusceptible de réviser une disposition constitutionnelle : « Lorsqu'un étranger, en se conformant aux dispositions de l'acte des constitutions de l'empire du 22 frimaire an 8, aura rempli les conditions exigées pour devenir citoyen français, sa naturalisation sera prononcée par nous. » Le processus est révélateur : d'un dispositif exceptionnel et limité dans le temps, l'on bascule en l'espace de moins de sept années vers un plein rétablissement de la discrétionnarité de la naturalisation – « les décrets impériaux remirent tout

---

<sup>1208</sup> Sénatus-consulte organique du 26 Vendémiaire an XI relatif à l'admission des étrangers aux droits de citoyen français pour service rendus à l'État importation d'inventions utiles ou formation de grands établissements, in Duvergier, *Collection*, t. 13, 1836, 2<sup>ème</sup> éd., p. 312.

<sup>1209</sup> Sénatus-consulte organique du 19 février 1808 relatif à l'admission des étrangers aux droits de citoyen français, in Duvergier, *Collection*, t. 16, 1836, 2<sup>ème</sup> éd., p. 220-221.

<sup>1210</sup> Décret du 17 mars 1809 qui prescrit les formalités relatives à la naturalisation des étrangers, in Duvergier, *Collection*, t. 16, 1836, 2<sup>ème</sup> éd., p. 348.

au pouvoir arbitraire de l'empereur »<sup>1211</sup> écrit François Laurent. L'Empereur des Français rétablit ici la culture monarchique de la naturalisation, à laquelle les révolutionnaires avaient mis fin. Le principe est alors acquis et il traversera sous cette forme l'ensemble des systèmes politiques français jusqu'à la période contemporaine.

**355.** Le modèle d'une naturalisation discrétionnaire, parfois aussi appelée « naturalisation concédée », n'est toutefois pas établi sans heurts et l'on trouve à l'occasion des débats relatifs à la loi sur la naturalisation du 3 décembre 1849<sup>1212</sup> une bonne illustration d'une opposition entre une gauche républicaine qui préfère un système objectif hérité de la Révolution, et une droite conservatrice d'inspiration monarchiste qui préfère un système garantissant une certaine liberté à l'autorité publique. Le Député Jean-Baptiste Chamiot présente ainsi à la séance du 20 novembre 1849 un mécanisme de naturalisation de droit, par déclaration de l'étranger, conditionnée par une résidence de dix années et l'absence de condamnation judiciaires. À cette occasion, il critique sévèrement le système discrétionnaire proposé par la majorité : « Il en résulte qu'au lieu que le droit découle des conditions accomplies, qu'au lieu que le droit soit égal et commun pour tous, on arrive à une appréciation de laquelle naissent l'arbitraire, le privilège. Ainsi le président de la République pourra se laisser guider par des conditions d'un caractère ou personnel ou politique. (...) Voilà les inconvénients qui résultent des lois qui concèdent le droit au lieu de le reconnaître (...). »<sup>1213</sup> Le Député Cardon de Montigny, conservateur catholique, lui apportera la réponse traditionnelle qui forme la doctrine justificative constante du système de la naturalisation à la discrétion de l'autorité publique, lié à l'argument de la souveraineté<sup>1214</sup> :

« En effet, je crois avoir établi, au commencement de cette discussion, que, s'il était un acte important de la souveraineté, c'était le droit de conférer la naturalisation, la qualité de citoyen, parce qu'il touche à la loi constitutive de la nation elle-même ; et je regarderais comme véritablement insensée une nation qui, avant de conférer un droit aussi important, avant de s'incorporer un nouveau citoyen, ne commencerait pas par s'assurer s'il offre des garanties morales ; s'il a, d'après les établissements qu'il a fondés dans le pays, le projet de s'y fixer définitivement ; s'il s'est acclimaté au pays, s'il en a pris les mœurs et les idées, s'il sympathise, en un mot, avec la patrie qu'il prétend adopter. »<sup>1215</sup>

C'est finalement cette vision qui l'emporte à nouveau en 1849, plaçant le droit de la naturalisation sous le sceau de la souveraineté, c'est-à-dire du pouvoir discrétionnaire, laissant l'autorité

---

<sup>1211</sup> François Laurent, *Droit civil international*, vol. III, *op. cit.*, n° 180, p. 319.

<sup>1212</sup> Voy. la loi sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France, in Recueil Duvergier, t. 49, 1849, p. 415.

<sup>1213</sup> Assemblée Nationale, séance du 20 novembre 1849, in *Moniteur universel*, 22 novembre 1849, p. 3739.

<sup>1214</sup> Jules Cardon de Montigny dit encore de la naturalisation qu'elle est un « acte libre de la souveraineté nationale », DP 1849. 4. 172.

<sup>1215</sup> Assemblée Nationale, séance du 20 novembre 1849, in *Moniteur universel*, 22 novembre 1849, p. 3739.

publique libre de ses choix lorsqu'elle agrège des individus étrangers à la population française. En matière de naturalisation donc, l'examen de la recevabilité de la demande de naturalisation repose sur la satisfaction des critères fixés par la loi, mais à cette première condition s'ajoute systématiquement une appréciation au fond – en « opportunité » – qui fait de la naturalisation une faveur accordée par l'État, à l'égard de laquelle l'individu étranger ne dispose d'aucun « droit »<sup>1216</sup>. Ce système a été remis partiellement en cause dans la seconde moitié du XXe siècle.

**356. La tendance contemporaine : le recul de la discrétionnarité.** – Plusieurs catégories d'étrangers ont été soustraites au régime discrétionnaire de la naturalisation, au profit d'un système d'acquisition par déclaration une fois certaines conditions satisfaites, reposant majoritairement sur des présomptions territoriales liées aux liens familiaux. Deux exemples en la matière : le mariage, et les acquisitions sur un principe d'unité familiale.

**357.** Le législateur s'inscrit dans une tendance intéressante depuis 1973, celle d'offrir aux membres d'une même famille une option acquisitive, sous condition de stage, pour assurer une unité de nationalité au sein de la cellule familiale. Ici, la réalisation d'un certain stage mêlé à des liens familiaux avec un individu de nationalité française conduisent à l'effacement du régime discrétionnaire de la nationalité au profit d'une acquisition par simple déclaration, autrement dit une « naturalisation de droit ». C'est le mariage qui a conduit le premier à ce régime particulier. Sous l'empire du code civil, le mariage provoquait l'acquisition automatique par la femme de la nationalité de son mari, suivant le sacro-saint principe d'unité de nationalité au sein du couple (voy. *infra* n<sup>os</sup> 357 et 760 s.). Toutefois, dès la fin du XIXe siècle, le législateur ouvre au mari étranger ayant épousé une Française un régime de naturalisation aménagé en réduisant la durée de stage nécessaire à l'acquisition de la nationalité à un an d'admission à domicile (au lieu de trois). Pour autant, le régime de la naturalisation de l'homme marié à une Française reste discrétionnaire. Weiss le justifie ainsi : « Bien que [la femme française] soit réputée renoncer, par le fait même de son mariage, à sa patrie d'origine, elle ne cesse pas pour cela de l'aimer, et tout porte à croire que l'influence légitime qu'elle saura prendre sur l'esprit de son mari s'exercera dans un sens favorable à la France, vers laquelle celui-ci se trouvera incessamment attiré d'autre part, soit par sa nouvelle famille, soit par l'administration des intérêts matériels dont sa femme lui confie le dépôt. Il est donc juste et conforme à ses sentiments

---

<sup>1216</sup> Voy. Paul Lagarde, *La nationalité française*, *op. cit.*, n° 34.11, p. 175-176.



présupposés, de réduire pour lui la durée du stage ordinaire, et de l'admettre à la nationalité française (...). »<sup>1217</sup> Parallèlement, dès 1927, la femme cesse de suivre automatiquement la condition de son mari, et la perte de la nationalité française (dans le cas d'une Française) comme l'acquisition de la nationalité française (dans le cas d'une étrangère) sont soumises à un régime déclaratoire. Finalement, le système actuel inauguré en 1973, qui ne discrimine plus entre les époux, est le produit de ces deux traditions<sup>1218</sup> : l'époux de nationalité étrangère (quel que soit son sexe) dispose d'une voie d'accès à la nationalité par simple déclaration ; il est toutefois soumis à un délai de stage – inexistant en 1973, il ne cesse de s'accroître depuis pour atteindre aujourd'hui quatre années<sup>1219</sup>.

**358.** Il est certain que, *prima facie*, rien ici ne fait obligation au conjoint souhaitant devenir Français de prouver ou de laisser présumer une certaine sujétion territoriale. Pour le dire autrement, suivant le rapport de la Commission Long, l'acquisition par mariage est « clairement inspirée d'une conception de la nationalité privilégiant les éléments du statut personnel et de la volonté individuelle, au détriment du lien de droit public établi entre l'État et la personne. »<sup>1220</sup> Pour autant, l'idée de sujétion territoriale n'est pas absente de l'acquisition par mariage. À la lecture de l'article 21-2 du code civil, le principe fixé est celui d'un stage de quatre années à compter du mariage. Rien n'est dit du lieu de résidence. Toutefois, à la lecture du second alinéa, un système plus complexe se fait jour : « Le délai de communauté de vie est porté à cinq ans lorsque l'étranger, au moment de la déclaration, soit ne justifie pas avoir résidé de manière ininterrompue et régulière pendant au moins trois ans en France à compter du mariage, soit n'est pas en mesure d'apporter la preuve que son conjoint français a été inscrit pendant la durée de leur communauté de vie à l'étranger au registre des Français établis hors de France. » Ici, on voit que le délai de quatre années s'entend en réalité d'une résidence *en France*. Le texte prévoit tout de même que l'acquisition est possible en cas de résidence à l'étranger, moyennant toutefois un délai de résidence étendu : « Il convient en effet de constater que l'assimilation est plus

---

<sup>1217</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, p. 332-333.

<sup>1218</sup> Paul Lagarde parle en ce sens d'une solution « intermédiaire » lors de son audition par la Commission Long le 18 septembre 1987, in Commission de la nationalité, *Être Français aujourd'hui et demain*, vol. I, Paris, La documentation française, 1988, p. 120.

<sup>1219</sup> Sur l'évolution de cette législation, suivant « la crainte sinon la hantise de la fraude », voy. Paul Lagarde, *La nationalité française*, *op. cit.*, n° 51.61-51.62, p. 258-259 ; Sabine Corneloup, « Maîtrise de l'immigration et célébration du mariage », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 207 et s ; Sabine Corneloup, « Les modes actuels d'acquisition de la nationalité française », *op. cit.*, p. 41-43 ; Vicent Tchen, « Police des étrangers », JCI Collectivités territoriales, Fasc. 715, 2014, § 47.

<sup>1220</sup> Commission de la nationalité, *Être Français aujourd'hui et demain*, vol. I, *op. cit.*, p. 136.

facilement constatée lorsque la durée minimum de vie commune est accompagnée par une durée minimum de résidence en France »<sup>1221</sup> note le sénateur Jean-Patrick Courtois dans un rapport publié en 2003. L'extraterritorialité ne forme donc pas un obstacle indépassable à l'acquisition de la nationalité, mais l'économie générale de l'article montre qu'elle forme l'exception, et que le principe demeure celui de la résidence en France.

**359.** Plus récemment, deux lois ont consacré de nouvelles formes d'acquisition par déclaration sur le même fondement d'une certaine durée de résidence en France, mêlée à des liens familiaux avec des ressortissants français. La première est la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 créant un article 21-13-1 du code civil, disposant que « Peuvent réclamer la nationalité française, par déclaration (...), les personnes qui, âgées de soixante-cinq ans au moins, résident régulièrement et habituellement en France depuis au moins vingt-cinq ans et sont les ascendants directs d'un ressortissant français. » Sous couvert de ces formulations générales, cette disposition vise en réalité les personnes immigrées en provenance du Maghreb arrivées en France dans les années 1950 et 1960, jamais reparties, et qui n'ont toujours pas acquis la nationalité de leur pays de résidence – ils sont parfois appelés « *chibanis* », c'est-à-dire *vieillards* en arabe. Le format de ce mécanisme est issu du rapport de Thierry Tuot sur la refondation des politiques d'immigration, remis au Premier Ministre en 2013, dans lequel il était déjà préconisé la naturalisation de droit des ascendants de Français après un séjour de 25 années sur le territoire national<sup>1222</sup>. Il est repris la même année à la proposition n° 12 du rapport de la mission d'information sur les immigrés âgés menée par l'Assemblée Nationale<sup>1223</sup>. Le véhicule législatif choisi par les Députés pour l'intégration sous forme d'amendement de cette proposition sera la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement ; l'amendement est adopté à l'unanimité le 10 septembre 2014, la rapporteuse du texte ayant pris soin de prévoir une condition d'âge –

---

<sup>1221</sup> Sénat, Rapport n° 1 de Jean-Patrick Courtois, annexe au procès-verbal de la séance du 1<sup>er</sup> octobre 2003, p. 196. Les sénateurs créent une exception pour le Français inscrit sur les registres consulaires. Cette inscription place le Français de l'étranger dans une situation comparable avec le Français résidant en France, voy. les débats à ce propos in JORF, Sénat, débats, 16 juin 2016, p. 4873 et s.

<sup>1222</sup> Voy. Thierry Tuot, *La grande nation. Pour une société inclusive. Rapport sur la refondation des politiques d'immigration*, Paris, La documentation française, 2013, p. 31 : « On devient français aussi en donnant des filles et des fils à la patrie – on ne sait pas meilleure façon de marquer son attachement que de vouloir que ceux qu'on élève deviennent et demeurent français. Là encore, les ascendants de Français, séjournant en France depuis longtemps (vingt-cinq ans, par exemple) devraient pour ce seul motif pouvoir devenir français, à peine, pour nous, à défaut, de paraître nous attacher à persécuter jusqu'à leur dernière heure des parents, souvent des veuves ou des mères isolées, pour lesquels la France est tout, et, d'abord, leur famille. »

<sup>1223</sup> Assemblée Nationale, Rapport n° 1214 d'Alexis Bachelay au nom de la mission d'information sur les immigrés âgés, 2 juillet 2013, p. 112-116, ici p. 116 : « Proposition n° 12 : Permettre aux étrangers ascendants de Français et présents sur le territoire depuis vingt-cinq ans au moins d'obtenir la nationalité française par déclaration suivant la procédure prévue aux articles 26 et suivants du code civil. »

65 ans – pour assurer à l’hémicycle que ce dispositif ne s’appliquera qu’à des retraités<sup>1224</sup>. Le Sénat confirmera par la suite le dispositif. Cette disposition étant issue d’un amendement, aucune étude d’impact n’a été publiée. Les auteurs ont toutefois estimé à 200 000 le nombre d’individus potentiellement concernés<sup>1225</sup>. Force est toutefois de constater que ce délai de 25 années apparaît beaucoup trop exigeant, tant du point de vue procédural – la preuve administrative sur une si longue période est particulièrement délicate à rapporter –, que sur le fond : jamais un tel délai n’a été exigé pour une naturalisation de droit dans l’histoire française. Son choix semble avoir été davantage le fruit du hasard et d’une méconnaissance des délais traditionnellement retenus en droit de la nationalité ; le délai décennal paraît en effet largement suffisant pour apporter la preuve d’une sujétion territoriale habituelle, gage d’assimilation à la communauté nationale.

**360.** Un second dispositif est issu de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 créant un article 21-13-2 du code civil disposant que « Peuvent réclamer la nationalité française à leur majorité, par déclaration souscrite auprès de l’autorité administrative en application des articles 26 à 26-5, les personnes qui résident habituellement sur le territoire français depuis l’âge de six ans, si elles ont suivi leur scolarité obligatoire en France dans des établissements d’enseignement soumis au contrôle de l’Etat, lorsqu’elles ont un frère ou une sœur ayant acquis la nationalité française en application des articles 21-7 ou 21-11. » Cette disposition permet à des individus, parfois qualifiés de « génération 1,5 », c’est-à-dire les enfants entrés en bas-âge avec leurs parents sur le territoire français (donc issus de la première génération d’immigrants) mais ayant par la suite des frères et sœurs nés sur le sol français et accédant à ce titre à la nationalité française dès leurs 13 ans (donc issus de la seconde génération), d’accéder à la nationalité par déclaration à leur majorité s’ils sont entrés avant l’âge de six ans et s’ils ont suivi leur scolarité obligatoire en France. Cette nouvelle disposition est issue d’un amendement gouvernemental déposé en séance<sup>1226</sup>. À la différence de la naturalisation de droit des *seniors* adoptée à l’unanimité lors de l’examen de la loi sur le vieillissement, elle fait ici l’objet d’un débat plus compliqué, un Député de l’opposition qualifiant un tel dispositif de « droit du sol hors-sol »<sup>1227</sup>. Suite à son

---

<sup>1224</sup> Sous prétexte d’éviter la censure d’un « cavalier législatif », les parlementaires craignant que des étrangers âgés d’une quarantaine ou d’une cinquantaine d’années puissent se prévaloir de ce dispositif. Voy. les débats en commission des affaires sociales : Assemblée Nationale, Rapport n° 2155 de Martine Pinville, 17 juillet 2014, p. 236-240. Voy. également les débats en séance publique, JORF, Assemblée Nationale, débats, 10 septembre 2014 (2<sup>ème</sup> séance), p. 6226-6229.

<sup>1225</sup> « L’acquisition de nationalité facilitée dès 65 ans », *Le Figaro*, 11 septembre 2014.

<sup>1226</sup> JORF, Assemblée Nationale, débats, 23 juillet 2015 (2<sup>ème</sup> séance), p. 7190.

<sup>1227</sup> Voy. les propos de Guillaume Larrivé, in *ibid.*, p. 7191.

adoption par l'Assemblée Nationale, la disposition sera en revanche rejetée par le Sénat<sup>1228</sup> ; la Chambre basse imposera le mécanisme par la voie du dernier mot constitutionnel. Selon des estimations du ministère de l'intérieur, cette disposition pourrait concerner 500 jeunes adultes par an<sup>1229</sup>. De la même manière que pour les dispositions de l'article 21-13-1, le délai de stage imposé aux intéressés est particulièrement important : de l'âge de six ans à la majorité, ce sont douze années de séjour qui sont imposées au demandeur, en sus de ses liens familiaux et de sa scolarisation dans un établissement sous contrat. Ces deux dispositifs relatifs aux seniors et aux fratries ont conduit à octroyer la nationalité à 544 individus en 2017, un effectif très en dessous des estimations<sup>1230</sup>.

**361.** Malgré les délais de stage particulièrement importants, il n'empêche que ces deux nouveaux mécanismes concernant les plus jeunes et les plus âgés forment la démonstration que la reconnaissance d'attaches territoriales particulièrement effectives conduit à l'effacement du pouvoir discrétionnaire de l'administration, au profit d'une naturalisation de droit qui n'est pas sans rappeler la période révolutionnaire. Ici encore, c'est la sujétion territoriale à titre habituel sur le sol français qui produit des effets, non pas seulement sur l'existence d'une voie d'accès, mais encore sur les modalités de la décision.

## **B. Le critère de la résidence en matière de cession ou d'annexion de territoire**

« Manifestly the nationality of the inhabitants of territory acquired by conquest or cession becomes that of the government under whose dominion they pass, subject to the right of election on their part to retain their former nationality by removal or otherwise, as may be provided. »<sup>1231</sup>

Melville FULLER

**362.** Le droit de la succession d'États est un droit spécial, à la croisée du droit international dont il tire souvent ses sources conventionnelles, et du droit interne dont il reproduit les préférences en matière de nationalité. Il règlemente l'ensemble des aspects de la succession d'un

---

<sup>1228</sup> Sénat, Rapport n° 716 de François-Noël Buffet, 30 septembre 2015, p. 191-195.

<sup>1229</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>1230</sup> Voy. Ministère de l'intérieur, Direction générale des étrangers en France, « L'essentiel de l'immigration – chiffres clés : l'accès à la nationalité française », 2018, n° 15, p. 1. La circulaire du 25 octobre 2016 relative à l'acquisition de la nationalité française par les personnes nées en France métropolitaine avant le 1<sup>er</sup> janvier 1963 de parents algériens de statut civil de droit local, n° INTV1629538N, encourage justement les préfetures à informer davantage les demandeurs à la naturalisation sur l'existence de cette voie d'accès à la nationalité.

<sup>1231</sup> United States Supreme Court, *Boyd v. Nebraska*, 143 U.S. 135 (1892), ici 162.

État à l'autre sur un territoire donné, à la suite d'une annexion ou d'une cession<sup>1232</sup>. Bien entendu, la question du sort de la population est prégnante dans une telle situation, notamment en ce qui concerne les nationaux de l'État cessionnaire. Ce sont alors les critères territoriaux qui s'appliquent ici, quasiment exclusivement, comme le montrent le droit français (1) et les droits européen et international (2).

### 1. Les règles du droit français : une territorialité sujette à exception

**363. Les règles traditionnelles fondées sur la territorialité.** – Les règles suivies par le droit français lorsque la France s'agrége une nouvelle partie de territoire à la suite d'une cession ou d'une annexion ont toujours reposé sur le principe territorial, pris en plusieurs déclinaisons schématiques : changent de nationalité les individus *domiciliés* sur le territoire adjoint à la France, ou les individus *originaires* de ce territoire (l'origine s'entend du lieu de naissance), ou bien ces deux catégories mêlées, ou encore les *originaires domiciliés* (c'est-à-dire cumulant ces deux qualités) ; conservent leur nationalité d'origine les individus qui optent pour celle-ci (par une déclaration formelle) à la condition de se fixer sur le territoire de leur État d'origine (donc de quitter le territoire cédé ou annexé)<sup>1233</sup>. Ces règles ne s'appliquent bien entendu qu'aux ressortissants de la puissance cessionnaire, et les étrangers qui y résident conservent cette qualité puisque tiers à la cession interétatique.

**364.** La pensée moderne et la législation de l'Ancien Droit n'abordent pas directement sous l'angle de leur nationalité la question des populations en cas de cession ou d'annexion d'une partie d'un territoire. Pour autant, les traités de paix mentionnent souvent les hommes – au même titre d'ailleurs que les forêts, les rivières et les villages – comme compris dans les dépendances des territoires cédés. D'autres mentions délient d'ailleurs ces individus de leurs liens de sujétion avec le souverain cessionnaire, pour mieux marquer implicitement leur passage sous la souveraineté et domination d'un nouvel État. Le célèbre Traité des Pyrénées conclu entre Louis XIV et Philippe IV d'Espagne le 7 novembre 1659 porte la trace de cette approche ancrée dans la territorialité, notamment dans ses stipulations relatives à la frontière franco-espagnole :

« § 43. (...) païs, villes, places Châteaux, qui composent lesdites Vigueries de Roussillon & de Conflans, & partie du Comté de Cerdanna, en la matière susdite, appartenances et dépendances & annexes, avec tous les hommes, vassaux, sujets, bourgs, villages, hameaux, forêts, rivières, plat-païs, & autres choses quelconques qui en dépendent, demeureront, irrévocablement, & à toujours par le présent traité de paix, unis et incorporés à la Couronne de France,

<sup>1232</sup> Le cas de la décolonisation est réservé à la seconde partie, l'usage de certains critères ethniques méritant des discussions spécifiques sous l'angle du respect des droits de l'homme.

<sup>1233</sup> Sur l'ensemble, voy. Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé, op. cit.*, n° 212, p. 254.

pour en jouir par ledit Seigneur Roi très-Chrétien [Louis XIV] (...) avec les mêmes droits de Souveraineté, (...) qui ont ci-devant appartenu audit Seigneur Roi Catholique [Philippe IV] (...), que lesdits hommes, vassaux, sujets (...) soient et demeurent quites, & absous dès à présent & pour toujours, des foi, hommage, service & serment de fidélité qu'ils pourroient tous & chacun d'eux lui avoir faits, (...) ensemble de toute obéissance, sujettion & vasselage que, pour cela, il pourroient lui devoir (...). »<sup>1234</sup>

Les internationalistes de l'époque comme par exemple Grotius ou Pufendorf ne produisent pas une théorie générale de la citoyenneté en matière d'annexion ou de cession. Ce sont plutôt des points spéciaux qui retiennent l'attention, comme le consentement des populations, ou les conditions précises de perte de la nationalité en la matière. Grotius le premier mène ainsi de longs développements sur les conditions d'une cession licite d'un territoire, et insiste notamment sur le consentement nécessaire des habitants de ce territoire ; la cession intervient à la condition que « le peuple même du país, qu'on veut aliéner, y consente »<sup>1235</sup>. Même si cet auteur ne l'affirme pas explicitement, il semble assez certain que le fait de se « soumettre à la domination d'autrui »<sup>1236</sup> emporte le changement de nationalité. Pufendorf fera preuve d'un peu plus de précision en envisageant directement la perte de la citoyenneté en cas d'annexion par la force des armes : « Une autre manière de sortir d'un État malgré soi [*perdre la nationalité à titre involontaire*], c'est lors que, par la force des armes, on est réduit à la nécessité de se soumettre à une domination étrangère, soit que l'on demeure toujours dans le País, ou que l'on soit transporté ailleurs. Or il est clair, que cela est permis non seulement à chaque Citoyen, du moins tant qu'il n'a point d'autre engagement particulier avec l'État, mais encore aux Villes & aux Provinces entières, lors qu'il ne paroît pas d'autre moien de se sauver [*de conserver la vie sauve*]. »<sup>1237</sup> Pufendorf précise par ailleurs qu'avec l'accord du nouveau souverain, il est possible d'échapper à ce changement de « citoyenneté » si l'on arrive à rejoindre le territoire de son État d'origine : « Ceux qui ont été conquis dans une Guerre juste & légitime ou que la nécessité a contraints de se mettre eux-mêmes sous la domination d'un État, n'ont ici de liberté [*de se retirer ailleurs*] qu'autant que les Loix de l'État en donnent. »<sup>1238</sup>

---

<sup>1234</sup> Traité de Paix conclu entre Louis XIV, Roi de France, & Philippe IV, Roi d'Espagne, en l'île dite des Faisans, en la rivière de Bidassoa, aux confins des Pyrénées, le 7 novembre 1659, in Yves Joseph de la Motte [signé sous pseudonyme : Monsieur de la Hode], *Histoire de la vie et du règne de Louis XIV, Roi de France et de Navarre*, vol. VI, Francfort, François Varrentrapp, 1743, p. 325 (l'ouvrage est surtout intéressant pour son annexe comprenant de nombreuses reproductions des traités de paix traduits du latin et conclus par le monarque, p. 283 et s). Pour des développements à propos de l'Ancien Droit, voy. René Selosse, *Traité de l'annexion au territoire français et de son démembrement*, Paris, Larose, 1880, 128-141.

<sup>1235</sup> Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, vol. I, livre II, chap. 6, § 4, *op. cit.*, p. 315.

<sup>1236</sup> *Ibid.*

<sup>1237</sup> Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens* (1732, trad. Jean Barbeyrac), vol. II, livre VIII, chap. 11, § 8, *op. cit.*, p. 500.

<sup>1238</sup> *Ibid.*, § 2, p. 495. En ce sens également, les traités de cession ou d'annexion comportent le plus souvent une clause de libre émigration pour les sujets habitants les territoires concernés, ce qui démontre en creux qu'il est

**365.** La première doctrine explicite et systématisée donnée en droit français est l'œuvre de Pothier dans son *Traité des personnes* publié dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle ; elle fera date. Selon l'auteur, en cas de cession ou d'annexion, les habitants de la province qui changent de nationalité sont d'une part les individus qui y sont nés, et d'autre part les étrangers qui y ont été naturalisés, autrement dit l'ensemble des ressortissants domiciliés de la puissance cessionnaire, à l'exception des étrangers : « Il est certain que, lorsqu'une province est réunie à la couronne, ses habitants doivent être regardés comme Français naturels, soit qu'ils y soient nés avant ou après la réunion. Il y a même lieu de penser que les étrangers, qui seraient établis dans ces provinces, et y auraient obtenu, suivant les lois qui y sont établies, les droits de citoyen, devraient, après la réunion, être considérés comme citoyens »<sup>1239</sup>. Pothier précise toutefois, dans la même tradition que Pufendorf, que l'émigration vers l'État d'origine met en échec le changement de nationalité :

« Ils peuvent cependant conserver la qualité et les droits de citoyen, en venant s'établir dans une autre province de la domination française ; car, comme ils ne perdraient la qualité de citoyens, qui leur était acquise, en continuant de demeurer dans la province démembrée ou rendue par les traités de paix, que parce qu'ils seraient passés sous une domination étrangère, et qu'ils reconnaîtraient un autre souverain, il s'ensuit que, s'ils restent toujours sous la même domination, s'ils reconnaissent le même souverain, ils continuent d'être citoyens, et demeurent dans la possession de tous les droits attachés à cette qualité. »<sup>1240</sup>

L'Ancien Droit procède donc à une liaison évidente et caractéristique de la nationalité et de la souveraineté territoriale : tous les nationaux de l'ancienne puissance présents sur le territoire cédé, que ce soit à titre originaire par la naissance, ou à titre secondaire par la naturalisation, acquièrent la nationalité du nouvel État les soumettant à sa domination. À l'inverse, l'émigration vers une terre toujours soumise à la domination du souverain d'origine permet de conserver sa nationalité. Ces principes sont réceptionnés de manière constante dans la législation française moderne.

**366.** Sans souci d'exhaustivité, on peut citer en la matière plusieurs traités. Les premiers appartiennent à une première vague impériale du début des années 1860. Le traité de Turin du 24 mars 1860 rattachant la Savoie et l'arrondissement de Nice à la France prévoit bien une

---

présumé que, passant sous la sujétion territoriale d'un nouvel État, ces habitants en acquièrent la nationalité. Voy. par exemple l'article 17 du Traité de Paix entre l'Empereur et la France, conclu à Ryswick le 30 octobre 1697, in *Actes et mémoires des négociations de la paix de Ryswick*, vol. IV, La Haye, Adrian Moetjens, 1707, 2<sup>ème</sup> éd., p. 71, qui stipule bien concernant la ville de Strasbourg et ses dépendances (en fait la majeure partie de l'Alsace) : « Il sera néanmoins libre à tous & un chacun les Habitans de ladite Ville & de ses dépendances, de quelque condition qu'ils soient, qui en voudront sortir, de s'aller établir ailleurs où ils voudront, & où ils pourront transporter leurs biens meubles sans aucun empêchement, diminution ou exaction (...) » (texte original en latin p. 23-24).

<sup>1239</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes*, partie I, titre II, section 1, *op. cit.*, p. 23.

<sup>1240</sup> *Ibid.*

acquisition de la nationalité française des *originaires* Sardes (au sens de la naissance) et des *domiciliés*, sauf option pour leur nationalité d'origine, moyennant une déclaration et une transportation sur le territoire italien<sup>1241</sup>. Les mêmes stipulations sont renouvelées à l'occasion de la cession à la France par la principauté de Monaco des communes de Menton et de Roquebrune par un traité du 2 février 1861, acquise moyennant le versement de quatre millions de francs<sup>1242</sup>. Plus tard, le Protocole du 31 octobre 1877 entre la France et le Royaume de Suède concernant la rétrocession de l'île de Saint-Barthélemy, faisant suite au plébiscite unanime de la population insulaire<sup>1243</sup>, met quant à lui en place un système acquisitif entièrement fondé sur le domicile, avec droit d'option sans exigence de changement de domicile (mais réserve faite d'un droit d'expulsion au profit du gouvernement français)<sup>1244</sup> ; il est le plus libéral que la France ait jamais conclu<sup>1245</sup>. Le traité de Paris du 10 février 1947 qui procède à l'annexion de plusieurs territoires italiens à la suite de la seconde guerre mondiale suit encore les principes les plus classiques en indiquant le changement de nationalité des Italiens domiciliés et en prévoyant un droit d'option sous condition de quitter le territoire nouvellement français<sup>1246</sup>.

**367.** Quelques mots enfin, même si en l'espèce c'est la France qui cède, du célèbre Traité de Francfort du 10 mai 1871 par lequel la France cède l'Alsace et la Lorraine à la suite de la guerre franco-prussienne. Ce traité fait initialement application très classiquement d'une règle de changement de nationalité des originaires domiciliés, et permet aux Français concernés de conserver leur nationalité moyennant un droit d'option et un transfert de domicile en France : « Art. 2. Les sujets français originaires des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ce territoire, qui entendront conserver la nationalité française, jouiront jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 1872,

---

<sup>1241</sup> Voy. le traité conclu à Turin, le 24 mars 1860, entre la France et la Sardaigne, pour la réunion de la Savoie et de l'arrondissement de Nice à la France, in Jules de Clerq (dir.), *Recueil des traités de la France*, vol. VIII, Paris, Pedone et Lauriel, 1880, p. 34.

<sup>1242</sup> Voy. le traité signé à Paris, le 2 février 1861, entre la France et la Principauté de Monaco, pour la cession à la France des communes de Menton et de Roquebrune, in *ibid.*, p. 164.

<sup>1243</sup> L'île est jugée trop éloignée par la Suède pour que son entretien annuel soit rentable pour le royaume. Elle propose à la France sa « rétrocession » pour 80 000 Francs – l'île fait l'objet d'une première cession française en 1784 –, que le Roi versera entièrement à l'île pour la construction d'un hôpital.

<sup>1244</sup> Voy. le protocole du 31 octobre 1877 fait à Paris à l'effet de régler la rétrocession de l'île de Saint-Barthélemy, in Jules de Clerq (dir.), *Recueil des traités de la France*, vol. XII, Paris, Pedone et Lauriel, 1881, p. 36, et l'exposé des motifs du projet de loi d'approbation p. 38 et s.

<sup>1245</sup> Comme le note André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, I, *op. cit.*, 1<sup>ère</sup> éd., p. 569 : « La rétrocession de l'île de Saint-Barthélemy à la France, quelque modique que soit le nombre des personnes qu'elle a rendues Françaises, a donc, au point de vue doctrinal, une importance très grande ; elle marque le triomphe des véritables principes et constitue pour les annexions et cessions à venir – si l'ère des remaniements territoriaux n'est pas encore fermée – un précédent qui sera suivi. »

<sup>1246</sup> Voy. le traité de paix avec l'Italie, signé à Paris, le 10 février 1947, in Nations Unies, *Recueil des Traités*, 1950, vol. 49, p. 14-15. La France exigera des Italiens souscrivant l'option de nationalité qu'il quitte le sol français, voy. la loi n° 47-2326 du 13 décembre 1947 relative au changement de nationalité sur les territoires réunis à la France par le traité de Paris du 10 février 1946 avec l'Italie, art. 3, in JORF, 14 décembre 1947, p. 12174.



et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en France et de s'y fixer (...). »<sup>1247</sup> La Convention additionnelle du 11 décembre 1871 étend toutefois sensiblement ces premières stipulations en levant la condition de domicile, autrement dit elle réduit la condition territoriale à la seule naissance sur le territoire alsacien-lorrain. Elle mentionne pour ce faire que « les individus originaires des territoires cédés qui résident hors d'Europe »<sup>1248</sup> suivent le régime fixé à l'article 2 du traité du 10 mai 1871 et doivent donc opter pour la nationalité française, mais qu'ils disposent pour cela d'un délai étendu au 1<sup>er</sup> octobre 1873. Implicitement mais nécessairement, cela signifie que l'ensemble des originaires d'Alsace et de Lorraine, c'est-à-dire les individus français qui y sont nés, accèdent à la nationalité allemande, et ce quel que soit leur lieu de domicile, à défaut d'une option au profit de la nationalité française enregistrée dans les délais. Une controverse s'est par ailleurs élevée entre la France et l'Allemagne à propos des seuls domiciliés. Si rien dans le traité de paix ou dans la convention additionnelle ne laisse deviner que les domiciliés non originaires étaient frappés de changement de nationalité, telle a pourtant été l'interprétation de l'Allemagne, sévèrement combattue par la France qui n'a jamais reconnu juridiquement une telle position<sup>1249</sup>.

**368.** Sans surprise, au regard de ces précédents, les plus grands spécialistes français du droit de la nationalité se fondent sur le principe territorial à l'occasion des développements de leurs théories des cessions et annexions. Georges Cogordan énonce ainsi que « De nos jours le sentiment de la race a reparu et la participation du peuple au gouvernement des États en a changé la forme. Les peuples ne supportent plus aussi facilement qu'on les partage comme des troupeaux. Mais l'usage d'accorder aux habitants des pays conquis le droit de cité dans l'État conquérant a survécu dans la jurisprudence internationale. On peut donc dire que c'est une des conséquences ordinaires de la conquête, que des habitants du sol conquis embrassent la nationalité du vainqueur. »<sup>1250</sup> Weiss quant à lui prend résolument parti en faveur du système du domicile : « Résumant les notions théoriques qui viennent d'être développées, nous formulerons les propositions suivantes : 1° Toute cession de territoire dénationalise les sujets de l'État

---

<sup>1247</sup> Traité définitif de paix conclu à Francfort-sur-Mein, le 10 mai 1871, entre la République française et l'Empire d'Allemagne, in Jules de Clerq (dir.), *Recueil des traités de la France*, vol. X, Paris, Pedone et Lauriel, 1880, p. 473.

<sup>1248</sup> Convention additionnelle au Traité de paix du 10 mai 1871, entre la France et l'Allemagne, signée à Francfort le 11 décembre 1871, in *ibid.*, p. 531.

<sup>1249</sup> Voy. Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, *op. cit.*, 1890, 2<sup>ème</sup> éd., p. 361 et s.

<sup>1250</sup> *Ibid.*, p. 320.

cédant *domiciliés* sur le sol annexé et ne dénationalise que ceux-là. 2° Toute personne domiciliée, quel que soit son âge ou son sexe, a un droit *personnel* d'option pour la nationalité de l'État démembré (...). »<sup>1251</sup> Plus tard, Louis-Lucas marque un attachement clair au principe territorial, et au système domiciliaire : « Il semble que le point de départ d'un raisonnement prudent puisse être le suivant. L'annexion territoriale implique, par elle-même, le changement de nationalité des personnes attachées au territoire cédé ; mais, ces personnes doivent avoir le moyen d'écarter cet effet en ce qui les concerne, si elles le désirent. »<sup>1252</sup> ; « Il est parfaitement exact qu'on ne doit faire changer de nationalité que les personnes intimement unies à la fraction du sol qui passe d'une souveraineté sous une autre. Mais, il semble précisément, qu'au point de vue de la nationalité tout au moins, le lien qui unit l'individu au lieu où il est établi est plus caractéristique encore que celui qui l'unit au lieu où il est né. »<sup>1253</sup> Enfin Niboyet s'inscrit dans la même tradition et préfère à tous les autres le système du domicile : « En vertu d'une pratique très ancienne, les habitants d'un territoire cédé doivent prendre la nationalité de l'État cessionnaire. »<sup>1254</sup> Il note que le principe territorial est « suivi presque toujours »<sup>1255</sup>, et qu'il « s'attache aux liens matériels des individus avec le territoire cédé, qu'il s'agisse des liens de naissance ou des liens résultant d'un domicile actuel. »<sup>1256</sup> Il note toutefois que « parmi les plus justes »<sup>1257</sup> se trouve le système qui transmet la nationalité à tous les domiciliés, et exclut les originaires ayant quitté le territoire.

**369.** Le législateur français a explicitement consacré cette doctrine à la Libération aux articles 13 et 14 de l'ordonnance du 19 octobre 1945, désormais intégrés aux articles 17-3 et 17-4 du code civil : « Art. 17-3 : Les effets sur la nationalité française des annexions et cessions de territoires sont réglés par les dispositions qui suivent, à défaut de stipulations conventionnelles. Art. 17-4 : Les nationaux de l'Etat cédant, domiciliés dans les territoires annexés au jour du transfert de la souveraineté acquièrent la nationalité française, à moins qu'ils n'établissent effectivement leur domicile hors de ces territoires. Sous la même réserve, les nationaux français, domiciliés dans les territoires cédés au jour du transfert de la souveraineté perdent cette

---

<sup>1251</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, p. 533.

<sup>1252</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française*, Paris, Sirey, 1929, p. 200-201.

<sup>1253</sup> *Ibid.*, p. 202.

<sup>1254</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1928, n° 211, p. 253.

<sup>1255</sup> *Ibid.*, n° 212, p. 254.

<sup>1256</sup> *Ibid.*

<sup>1257</sup> *Ibid.*, p. 255.

nationalité. » Ainsi, en l'absence de stipulations conventionnelles, la France se rattache par principe au système domiciliaire, qui est l'expression la plus pure du principe territorial<sup>1258</sup>.

**370. La situation particulière de l'Alsace-Lorraine en 1919.** – La situation de l'Alsace-Lorraine a causé un certain trouble chez les juristes. En effet, en la matière, les critères traditionnels et territoriaux relatifs à l'annexion n'ont guère été respectés, écartés au profit d'une approche davantage ethnique. Il y a à l'origine de ce glissement juridique une certaine théorie – celle de la « réintégration » –, bien résumée par une résolution adoptée par la Conférence d'Alsace-Lorraine réunie à Paris dès l'année 1915 : « La Conférence d'Alsace-Lorraine émet à l'unanimité l'avis que la déclaration de guerre de l'Allemagne à la France a entraîné la rupture du traité de Francfort. En conséquence, l'Alsace-Lorraine, qui a toujours protesté contre la conquête allemande, ne peut qu'être réintégrée dans la souveraineté française, sans rétrocession, sans plébiscite, ou tout autre mode de consultation. »<sup>1259</sup> Cette théorie, qui n'a que les apparences de la juridicité, est en réalité ancrée dans une vision revancharde de la perte de l'Alsace-Lorraine<sup>1260</sup> ; elle traduit l'idée que l'Alsace-Lorraine n'aurait jamais dû quitter le giron français et que, par fiction, le traité de cession de 1871 n'a jamais produit d'effets. En droit de la nationalité, les conséquences de cette doctrine sont tôt arrêtées par le rapport d'Auguste Souchon, professeur à la Faculté de droit de Paris, devant la même Conférence en 1915 :

« Si on s'en tenait aux règles ordinaires en matière d'annexion, on dirait que tous les habitants de l'Alsace-Lorraine vont acquérir la nationalité française. *Mais il ne faut pas oublier que nous n'allons pas être en face d'une annexion mais d'une réintégration.* La conséquence est que nous ne sommes liés en aucune façon vis-à-vis d'immigrés qui se trouvent dans le pays nous faisant retour, et aucun principe ne s'oppose à ce que nous prenions vis-à-vis d'eux les mesures les plus désirables pour notre intérêt national. »<sup>1261</sup>

Ce qui se décide ici, c'est le rejet du principe de l'acquisition de la nationalité par le domicile lors de l'annexion de l'Alsace-Lorraine. Autrement dit, seuls les *originaires* au sens ethnique,

---

<sup>1258</sup> Sur les critères ethniques appliqués lors de la décolonisation, voy. *infra* n° 751 s.

<sup>1259</sup> Conférence d'Alsace-Lorraine, *Procès-verbaux de la Conférence*, vol. I, Paris, Imprimerie Nationale 1917, p. 355.

<sup>1260</sup> Théorie selon laquelle l'Alsace-Lorraine a fait l'objet d'une annexion forcée contre la volonté de ses habitants. Cette construction repose notamment sur l'emblématique déclaration des Députés d'Alsace-Lorraine faite à Bordeaux (où siège l'Assemblée Nationale nouvellement élue en raison de l'encerclement de Paris par les Prussiens) le 1<sup>er</sup> mars 1871 : « Livrés au mépris de la justice et par un odieux abus de la force, à la domination de l'étranger nous avons un dernier devoir à remplir. Nous déclarons encore une fois nul et non avvenu un pacte qui dispose de nous sans notre consentement (*Très bien ! Très bien !*). La revendication de nos droits reste à jamais ouverte à tous et à chacun dans la forme et la mesure que notre conscience nous dictera. (...) Vos frères d'Alsace et de Lorraine, séparés en ce moment de la famille commune, conserveront à la France, absente de leurs foyers, une affection filiale, jusqu'au jour où elle viendra y reprendre sa place. (*Nouveaux applaudissements*) » Voy. Charles Stæhling, *Histoire contemporaine de Strasbourg et de l'Alsace*, vol. II, Nancy, Berger-Levrault, 1887, p. 371-372.

<sup>1261</sup> Conférence d'Alsace-Lorraine, *Procès-verbaux de la Conférence*, vol. I, *op. cit.*, p. 230.

c'est-à-dire les Alsaciens-Lorrains qui avaient la nationalité française avant la cession à l'Allemagne en 1871, ainsi que leurs descendants, vont acquérir la nationalité française de plein droit (les auteurs parlent évidemment plus volontiers de « réintégration »). En revanche, les Allemands ayant immigré sur ce territoire après la cession conserveront leur nationalité d'origine, leur seul domicile ne leur permettra pas d'acquérir la nationalité française. Souchon, toujours dans son rapport, confirme cette approche :

« Certains peut-être, malgré ces considérations, pourraient conserver une gêne ; en pensant à tant de précédents dans lesquels l'État annexant a donné de plein droit sa nationalité à tous les habitants du pays annexé. Ceux-là devront se dire que la différence entre l'annexion et la réintégration n'est pas seulement dans les mots, qu'elle est aussi dans les réalités. (...) Il n'y a en Alsace-Lorraine que 250 000 à 300 000 immigrés ; quand bien même, ne devenant pas Français, ils quitteraient tous le pays, ni la vie sociale, ni la vie économique n'y seraient irrémédiablement compromises. »<sup>1262</sup>

Le traité de Versailles du 28 juin 1919 va consacrer cette approche française particulièrement belliqueuse, non sans résistance de l'Allemagne qui appelle à l'application des principes traditionnels en la matière<sup>1263</sup>. Sans entrer dans le détail des prévisions conventionnelles, la ligne de démarcation tracée par les négociations de paix est plutôt simple : tous les habitants de l'Alsace-Lorraine qui auraient eu la nationalité française par le droit du sang ou le droit du sol si ce territoire n'avait jamais été cédé à l'Allemagne sont réintégrés de plein droit dans la nationalité française ; les « immigrants » allemands qui ont gagné ce territoire après la cession de 1871 conservent leur nationalité d'origine et ne peuvent devenir Français que par la voie de la naturalisation. Une procédure intermédiaire d'acquisition par réclamation est en outre ouverte à certaines catégories d'habitants, comme par exemple les enfants issus de couples mixtes franco-allemands, qui ne sont pas jugés dignes d'acquérir la nationalité par une réintégration de plein droit, ou encore les individus domiciliés en Alsace-Lorraine avant le traité de cession de 1871 et leurs descendants. Dans ces dernières situations, le gouvernement conserve toujours la faculté de s'opposer discrétionnairement<sup>1264</sup>. Bien entendu, les « immigrants » allemands, qui ne sont pas compris dans les prévisions du traité et qui sont donc privés de la faculté d'acquérir la nationalité française autrement que par la naturalisation, font l'objet d'expulsions massives : selon les estimations, ce sont ainsi entre 100 000 et 150 000 Allemands qui seront expulsés de

---

<sup>1262</sup> *Ibid.*, p. 231. Souchon nuance toutefois : « Il faut donc, non seulement compter mais même espérer que dans les classes ouvrières tout au moins, la masse des immigrants restera. (...) D'autre part, il ne faut pas que notre administration soit désarmée : des sanctions pour le passé et des exemples pour l'avenir sont nécessaires. Il y a des immigrants dont l'expulsion sera pour la conscience publique un véritable soulagement. » (*ibid.*, p. 231-232)

<sup>1263</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, *op. cit.*, n° 223, p. 265, note 2.

<sup>1264</sup> Voy. l'annexe 1<sup>er</sup> au Traité de Versailles qui détaille l'ensemble de ces dispositifs, in *Traité de Versailles*, Paris, Berger-Levrault, 1919, p. 51-53.

l'Alsace-Lorraine après la première guerre mondiale, alors que certains y vivent depuis les premières années de la cession de 1871<sup>1265</sup>.

**371.** Les critères ethniques, liés à l'origine nationale, sont donc écrasants dans le système de Versailles en ce qui concerne l'Alsace-Lorraine, et en opposition complète avec les principes traditionnels égalitaristes en matière de cession fondés sur l'acquisition de la nationalité par le domicile. Julien Pillaut note ainsi que « Le but des traités de paix de 1919-1920 a été d'essayer de réunir sur le même territoire et sous un gouvernement national les individus de même race, de même langue, et de même civilisation »<sup>1266</sup> ; l'auteur souscrit globalement aux stipulations du traité de Versailles, même s'il note sobrement que « En prenant le texte à la lettre, on aboutit parfois à des résultats que certains jugent excessifs. »<sup>1267</sup> Georges Ripert quant à lui se place en fervent défenseur des solutions raciales arrêtées par la conférence de paix et refuse de placer sur un pied d'égalité l'ensemble des domiciliés en Alsace-Lorraine depuis 1871 : « Il y a sur le territoire annexé deux races, la race autochtone et la race conquérante. La première est unie au sol depuis de longues années par le travail des ancêtres et son propre labeur, l'autre est venue à la faveur de la conquête et a tenté de subjuguier la première. »<sup>1268</sup> Chez quelques autres auteurs en revanche, la gêne est palpable lorsqu'il s'agit de commenter un tel dispositif. Niboyet note ainsi en maniant l'euphémisme que ce système de réintégration « est un peu contraire aux règles généralement suivies. »<sup>1269</sup> Louis-Lucas voit en cette matière une « théorie un peu exceptionnelle et dont il serait facile de faire un usage abusif »<sup>1270</sup>. L'histoire française du droit de la nationalité n'apporte en tout cas pas d'autres exemples d'application de critères ethniques en matière d'acquisition de la nationalité à la suite d'une annexion ou d'une cession de territoire

---

<sup>1265</sup> Certains collectifs alsaciens n'hésitent pas aujourd'hui à qualifier cet épisode d'« épuration ethnique », voy. Bernard Wittmann, *Une épuration ethnique à la française. Alsace-Moselle 1918-1922*, Fouesnant, Yoran Embanner, 2016, 224 p.

<sup>1266</sup> Julien Pillaut, « Les questions de nationalité dans les Traités de paix de 1919-1920 avec l'Allemagne, l'Autriche, la Bulgarie, la Hongrie et la Turquie », *Revue de droit international privé*, 1921, vol. 17, p. 1.

<sup>1267</sup> *Ibid.*, p. 13

<sup>1268</sup> Georges Ripert, « Le changement de nationalité des Alsaciens-Lorrains », *Journal de droit international privé*, 1929, vol. 47, p. 29.

<sup>1269</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé, op. cit.*, p. 255. L'auteur défendait une position moins nuancée dans un article publié dans l'immédiat après-guerre, Jean-Paulin Niboyet, « La nationalité d'après les traités de paix qui ont mis fin à la grande guerre de 1914-1918 », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1921, vol. 48, p. 288 : « on considère que seuls doivent être dénationalisés les individus domiciliés (ou fixés sur le territoire). C'est celui qu'adoptent les traités de paix de 1919-1920 pour les territoires cédés autres que l'Alsace et la Lorraine et il faut reconnaître que c'est le meilleur de tous. » Mais, comme le précise encore l'auteur : « Dire que les individus domiciliés dans [en Alsace-Lorraine] deviendraient de plein droit ressortissants de l'État cessionnaire, c'était soulever les passions les plus violentes et s'exposer aux plus cruels mécomptes. » (*ibid.*, p. 289)

<sup>1270</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française, op. cit.*, p. 208.

au profit de la France. Ce contre-exemple doit être circonscrit au contexte particulier, quasi épidermique, de l'Alsace-Lorraine et des relations franco-allemandes.

## 2. Les règles du droit international : la territorialité consacrée

**372. Un principe retenu dans le droit international général.** – Le droit international général, sous l'impulsion d'une réflexion doctrinale fournie, a consacré par la voix de l'Assemblée générale des Nations Unies le principe territorial en matière de succession d'États sur un territoire.

**373.** Le principe territorial n'a jamais été réellement débattu en droit international<sup>1271</sup>. Rudolf Graupner dans une célèbre conférence donnée le 5 juin 1946 à la Grotius Society de Londres délivre le principe général en matière de nationalité et de succession d'États : « Généralement, le principe du domicile (ou, plus précisément, de la résidence habituelle) est pris comme fondement pour déterminer quels individus doivent changer de nationalité ; toutefois, dans certains cas, le principe de l'origine ou un principe cumulant ou alternant ces deux premiers principes a été appliqué. »<sup>1272</sup> Autrement dit, le droit international fait application de mécanismes laissant présumer une sujétion territoriale habituelle, en l'espèce soit le domicile, soit la naissance sur le territoire. Quelques années plus tard, Erik Castrén confirmera dans son cours à l'Académie que l'ensemble ne fait guère débat :

« L'avis général, lequel a également servi de règle dans la pratique, est qu'avec le changement de souveraineté sur un territoire, *change* également la *nationalité* de la population d'origine qui s'y trouve. Sont considérés comme faisant partie de cette population les citoyens de l'État ayant subi une perte territoriale qui sont nés sur le territoire perdu ou qui y ont leur domicile permanent ou bien qui y bénéficient d'un droit de domicile restant entendu qu'ils y séjournent au moment où se produit la modification territoriale ou y retournent peu de temps après. »<sup>1273</sup>

La Commission du droit international se saisit du problème tardivement, au début des années 1990 et nomme un rapporteur spécial – Václav Mikulka, membre tchèque de la Commission – chargé d'étudier la question avec un groupe de travail *ad hoc*. Ils confirment sans surprise l'inscription des questions de nationalité dans le principe territorial<sup>1274</sup>. L'ensemble de leurs travaux débouche sur la rédaction d'une série d'articles, qui seront repris dans une résolution 55/153 du

---

<sup>1271</sup> Déjà en 1923 la Cour permanente de Justice internationale note l'impératif de ne pas refuser la nationalité aux minorités qui sont unies par un « lien effectif qui les rattache au territoire attribué à l'un ou à l'autre desdits États », voy. CPJI, 15 septembre 1923, *Acquisition de la nationalité polonaise*, série B, avis n° 7, p. 15.

<sup>1272</sup> Rudolf Graupner, « Nationality and State Succession General Principles of the Effect of Territorial Changes on Individuals in International Law », *Transactions of the Grotius Society*, 1946, vol. 32, p. 114.

<sup>1273</sup> Erik Castrén, « Aspects récents de la succession d'états », RCADI, 1951, vol. 78, p. 486.

<sup>1274</sup> Voy. not. les travaux groupe de travail in CDI, *Annuaire*, 1995, vol. II (2), p. 114 et s. et le second rapport du rapporteur spécial, in CDI, *Annuaire*, 1996, vol. II (1), p. 128 et s.

30 janvier 2001 de l'Assemblée Générale des Nations Unies<sup>1275</sup>. Cette résolution contribue à fixer davantage encore la place du principe territorial dans l'ordre international. En effet, l'article 5 stipule que « les personnes concernées qui ont leur *résidence habituelle* sur le territoire affecté par la succession d'États sont présumées acquérir la nationalité de l'État successeur à la date de cette succession. » (nous soulignons) Et l'article 8 renforce encore ce principe en prévoyant que l'acquisition de la nationalité n'est pas obligatoire pour les nationaux non domiciliés : « L'État successeur n'est pas tenu d'attribuer sa nationalité aux personnes concernées qui ont leur résidence habituelle dans un autre État et qui possèdent aussi la nationalité de cet État ou celle de tout autre État. »

**374. Un principe retenu dans le droit international européen.** – À la même période, les travaux de la Commission de Venise et du Conseil de l'Europe ont confirmé cette dynamique. La Commission de Venise arrête ainsi le 28 mai 1996 sur la proposition de Constantin Economides, professeur à l'Université d'Athènes, une déclaration relative aux incidences de la succession d'États en matière de nationalité qui stipule en son quatrième point : « Dans tous les cas de succession d'États (annexion, union d'États, séparation pour former un nouvel État, etc.) l'État successeur accorde sa nationalité à tous les ressortissants de l'État prédécesseur qui résident en permanence sur le territoire de la succession. L'octroi de cette nationalité est fait sans aucune distinction fondée notamment sur l'origine ethnique, la religion ou la langue. De même, une fois cette nationalité octroyée, il ne saurait y avoir de discrimination d'aucune sorte sur les critères précités entre les ressortissants de l'État successeur. »<sup>1276</sup> Le critère de la résidence permanente n'est qu'une déclinaison moderne du principe du domicile, qui s'avère être le moyen le plus sûr de déterminer les liens futurs de sujétion territoriale. Dans une note relative à ces stipulations, Economides précise en effet que « la condition de l'attachement [au] territoire est capitale », et que cette règle est autant « en accord avec la pratique des États en cette matière » qu'elle est « en harmonie avec les règles du droit international général. »<sup>1277</sup>

**375.** La règle est également consacrée à la même période dans la Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997, bien que la formule retenue à l'article 18 peine à marquer une réelle obligatorité : « En se prononçant sur l'octroi ou la conservation de la nationalité en cas de succession d'États, chaque État Partie concerné doit tenir compte notamment : a. du lien

---

<sup>1275</sup> Nations Unies, Assemblée Générale, Résolution 55/153 sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, 30 janvier 2001, p. 2-8.

<sup>1276</sup> Commission de Venise, Projet finalisé de déclaration relative aux incidences de la succession d'États en matière de nationalité, 28 mai 1996, Strasbourg, CDL-NAT(1996)003f-rev-restr, p. 1.

<sup>1277</sup> *Ibid.*, p. 1-2.

véritable et effectif entre la personne concernée et l'État ; b. de la résidence habituelle de la personne concernée au moment de la succession d'États ; c. de la volonté de la personne concernée ; d. de l'origine territoriale de la personne concernée. »<sup>1278</sup> L'on voit bien ici que ce sont les critères territoriaux qui prédominent en la matière, que ce soit par la règle du domicile ou de l'origine, subsumés dans l'idée de « lien véritable et effectif ». La même règle est encore exprimée dans la Convention européenne sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États du 19 mai 2006<sup>1279</sup>. Cette Convention prévoit l'acquisition de la nationalité suivant le principe de la résidence habituelle (art. 5, 1., a.) ou, à défaut d'une telle résidence habituelle, d'un « lien de rattachement » (art. 5, 1., b.). Relèvent de ce dernier critère la possession de la nationalité fédérée en rapport avec le territoire cédé (art. 5, 2., a.)<sup>1280</sup>, la naissance sur ce territoire (art. 5, 2., b.), ou encore le fait d'y posséder sa dernière résidence habituelle (art. 5, 2., c.). Autrement dit, ce sont bien là des critères territoriaux qui fondent les principes relatifs au changement de nationalité.

\*

**376. Conclusion de section : territorialité et octroi de nationalité.** – De manière générale, l'État édicte les critères les plus pertinents pour s'attacher les individus qui sont territorialement liés à sa souveraineté. Ainsi, le lien territorial unissant l'individu à l'État est une condition de validité mise à l'exercice du pouvoir d'octroyer la nationalité. Les mécanismes attributifs et acquisitifs du droit français répondent correctement à cette exigence. La législation et la jurisprudence édictent en la matière de manière quasi systématique des conditions territoriales de validité qui cantonnent le pouvoir de l'État au cercle des individus effectivement liés au sol français. Est-ce à dire que l'État se trouve parfois dans l'obligation d'octroyer sa nationalité aux individus qui se trouvent dans les situations les plus caractéristique d'une sujétion territoriale habituelle ? Sans doute pas. L'État reste libre d'édicter des conditions supplémentaires liées à la moralité de l'individu, à l'absence de condamnations pénales, à la régularité du séjour, etc. – et il ne s'en prive pas. Toutefois, l'histoire montre que l'État a toujours prévu des mécanismes attributifs qui reposent justement sur des mécanismes de plein droit excluant autant l'action de l'État que la volonté de l'individu. Ces cas manifestent alors les liaisons territoriales

---

<sup>1278</sup> Convention du Conseil de l'Europe sur la nationalité, conclue le 6 novembre 1997 à Strasbourg, STCE n° 166.

<sup>1279</sup> Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États, conclue le 19 mai 2006 à Strasbourg, STCE n° 200.

<sup>1280</sup> Comme cela est précisé par le rapport explicatif, STCE n° 200, § 25, p. 5 : « L'exemple cité à l'article 5, paragraphe 2.a n'est pertinent que dans le cas où un lien juridique existe entre l'unité constitutive de l'Etat prédécesseur et la personne concernée au regard du droit interne de cet Etat. Cela était le cas, par exemple, dans les Etats fédéraux (« citoyenneté interne »). »



les plus certaines, comme par exemple la naissance en France de parents français pour l'attribution, ou la naissance et le domicile en cas de succession d'États. De la même manière, le pouvoir discrétionnaire s'efface au profit des étrangers domiciliés en France de longue date, et soit nés sur le sol français, soit mariés avec un Français, soit encore inscrits dans une cellule familiale française. Au-delà d'une obligation juridique, on trouve davantage ici l'expression d'une certaine finesse d'appréciation dans les modalités d'octroi de la nationalité, qui va d'ailleurs croissante. Cela achève de démontrer que le critère de la sujétion territoriale à titre habituel imprègne l'ensemble des règles relatives à l'octroi de la nationalité, ce qui se vérifie encore en matière de perte.

## ***Section 2. La condition territoriale dans la compétence de retrait de la nationalité***

377. À l'instar de l'octroi de la nationalité française, le droit de la perte de la nationalité répond à une condition territoriale. Cette fois cependant, elle est inverse : là où l'octroi suppose une attache territoriale habituelle, la perte repose sur le constat d'une rupture territoriale définitive. Ce principe forme une tradition méconnue mais majoritaire en droit français (I). Elle est d'ailleurs souvent éclipsée par une visible exception, spéciale aux temps troublés, qui permet à l'autorité publique de s'affranchir de toutes conditions territoriales pour déchoir des individus ayant rompu l'ordre de valeurs propre à l'État. Cette bifurcation législative contestable et contestée procède en réalité d'une confusion entre nationalité et citoyenneté qu'il faut déconstruire pour mieux caractériser son statut d'exception (II).

### **§ 1. La territorialité de la perte de la nationalité : le rattachement à un État étranger**

378. La tradition française a toujours lié rupture territoriale à titre définitif et perte de la nationalité. À la suite de l'Ancien Droit et de la législation intermédiaire, la législation contemporaine fait ainsi de la rupture territoriale une condition juridique de validité de la perte de la nationalité, qu'elle soit prononcée à l'initiative de l'État (A) ou de l'individu (B).

#### **A. La perte à l'initiative de l'État : le rattachement en fait et en droit**

379. Lorsque l'État décide de se séparer de l'un de ses nationaux, la rupture territoriale à titre définitif avec la France est toujours intervenue comme une condition juridique de validité de la perte de la nationalité. Toutefois, le mode de preuve de cette rupture a longtemps oscillé entre des considérations de droit (naturalisation en pays étranger) et des considérations de fait (acceptation de fonctions publiques ou militaires) (1). Il faut attendre le premier XXe siècle

pour que la législation synthétise ces exigences autour d'une exigence de preuve d'un rattachement en droit *et* en fait pour prouver la rupture territoriale (2).

### **1. Le mécanisme historique : l'abdication volontaire par le rattachement extraterritorial**

**380.** Le code civil de 1804 ne fait que réceptionner la législation intermédiaire et l'Ancien Droit en ce qui concerne la perte de la nationalité française. L'un des premiers projets du code civil établit clairement que la perte résulte de l'abdication de la nationalité, dont la preuve est faite par l'expatriation définitive de l'intéressé – la perte de « l'esprit de retour » :

« La qualité de Français se perdra par l'abdication qui en sera faite. Cette abdication devra être prouvée par des faits qui supposeront que le Français se sera établi en pays étranger, sans esprit de retour : elle résultera nécessairement, 1° de la naturalisation acquise en pays étranger, 2° de l'acceptation non autorisée, par le gouvernement français, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger ; 3° de l'affiliation à toute corporation étrangère qui supposera des distinctions de naissance. »<sup>1281</sup>

La preuve de la rupture territoriale est ici apportée par des considérations de pur fait – la perte de l'esprit de retour, l'acceptation de fonctions publiques étrangères, etc. – ou de droit – la naturalisation en pays étranger. Même si le projet n'est *in fine* pas adopté en ces termes, la tradition française est ainsi résumée, entre le fait (a) et le droit (b), et subsiste dans la législation contemporaine.

#### **a. l'abdication factuelle par l'expatriation définitive**

**381.** Ce mécanisme est ancien. Il remonte au cas général – connu de l'Ancien Droit – de perte de la qualité de sujet par la perte de « l'esprit de retour ». Mais là où le droit d'Ancien Régime ne connaissait que ce cas général, décliné en différents indices, le droit moderne va maintenir la perte de la nationalité par la perte de l'esprit de retour, et lui disjoindre deux causes particulières que sont l'acceptation de fonctions publiques *ou* militaires à l'étranger. Comme sous l'Ancien Droit, l'ensemble renvoie implicitement mais nécessairement à une expatriation de fait, c'est-à-dire à une rupture territoriale à titre définitif avec le sol français.

**382. La perte de l'esprit de retour.** – La première règle est relative au cas général de la perte de l'esprit de retour. Après avoir été maintenue en vigueur dans la législation intermédiaire sous des formes diverses, cette règle est consacrée par l'article 17 code civil de 1804 – « La qualité de Français se perdra, (...) 4° enfin, par tout établissement fait en pays étranger,

---

<sup>1281</sup> Projet d'article 12 du code civil, procès-verbal de la séance du 6 thermidor an IX (25 juillet 1801), in Fenet, vol. VII, p. 16.

sans esprit de retour ». Elle ne survivra pas à la grande réforme du 26 juin 1889. La casuistique jurisprudentielle en est difficilement systématisable : « C'est ordinairement non par un fait isolé, mais par un faisceau de circonstances que se prouve l'absence d'esprit de retour. Tel événement à lui seul sera insuffisant mais pourra être utilisé en combinaison avec d'autres. »<sup>1282</sup> L'esprit de retour est présumé, et il appartient à celui qui conteste la possession de la nationalité d'en apporter la preuve. Suivant Gérard Légier, différents indices peuvent alors se cumuler, en sus d'une résidence « en pays étranger » : achat de biens à l'étranger, vente de biens français, mariage à l'étranger avec une ressortissante étrangère, recours à l'état-civil étranger, absence d'inscription consulaire française, soumission à la loi militaire étrangère, centre des attaches professionnelles, durée du séjour, etc.<sup>1283</sup> Sévèrement jugé car trop aléatoire dans son application et dans ses critères, cet article fait l'objet d'une proposition de suppression par Camille Sée dans le rapport du Conseil d'Etat rendu en 1883 : « l'appréciation est des plus délicates (...). Aussi la Section a-t-elle préféré supprimer la disposition relative à la perte de l'esprit de retour. »<sup>1284</sup> La proposition sera suivie par le législateur et la règle est retirée du code civil par la loi du 26 juin 1889. Elle sera rétablie sous une forme objective à la Libération française<sup>1285</sup> (voy. *supra* n° 329 s.).

**383. L'acceptation de fonctions publiques ou militaires.** – Le second corpus de règles, lui-aussi issu de l'Ancien Droit, est consacré dans le code civil de 1804 à l'article 17, 2° – « La qualité de Français se perdra, 2° par l'acceptation non autorisée par le Gouvernement, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger ; » – et à l'article 21 – « Le Français qui, sans autorisation du Gouvernement, prendrait du service militaire chez l'étranger, ou s'affilierait à une corporation militaire étrangère, perdra sa qualité de Français. » Ces cas subsistent encore aujourd'hui. La perte de la nationalité en raison de l'acceptation de fonctions publiques ou militaires conférées par un gouvernement étranger est adoucie en comparaison de la législation intermédiaire qui faisait de ce motif une cause de perte de la nationalité, sans envisager la

---

<sup>1282</sup> Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. II, *op. cit.*, n° 972, p. 643.

<sup>1283</sup> *Ibid.*, n° 973, p. 643-646.

<sup>1284</sup> Camille Sée, Rapport du Conseil d'État, 31 mars 1883, in Sénat, *Impressions* (n° 65), vol. II, Paris, Mouillot, 1884, p. 208-209.

<sup>1285</sup> François Laurent, *Droit civil international*, III, *op. cit.*, n° 150, p. 271, indiquait déjà qu'un mécanisme présumptif et objectif serait préférable, et il en propose d'ailleurs la teneur : « Ne vaudrait-il pas mieux que le législateur tranchât lui-même la question de volonté par une présomption ? Ce qui caractérise l'émigration, c'est que l'émigrant fixe son principal établissement en pays étranger, en abandonnant celui qu'il avait dans sa patrie d'origine. Cela ne veut pas dire que le changement de domicile prouve la volonté d'émigrer, bien qu'il en soit souvent ainsi ; mais cette probabilité n'est pas assez forte pour que la loi en fasse une présomption ; il faut qu'elle soit fortifiée par la longue durée de l'établissement. Celui qui pendant dix ans resterait fixé en pays étranger, où il a le siège de ses intérêts, serait présumé abdiquer sa patrie primitive ; jusque-là il conserverait sa nationalité d'origine, ce qui mettrait fin à toute incertitude. »

possibilité d'une autorisation gouvernementale<sup>1286</sup>. Ici les rédacteurs du code civil prévoient la possibilité que l'acceptation de fonctions à l'étranger ne portent pas atteinte à la France, auquel cas, et sur autorisation gouvernementale, l'individu pourra les exercer ; Treilhard dans son discours au Corps législatif résume bien l'esprit de cette exception le 25 février 1803 : « l'acceptation de fonctions publiques ou de service chez l'étranger (...) peuvent quelquefois être excusées ; un peuple ami peut réclamer auprès du gouvernement français des secours que notre intérêt même ne permet pas de refuser. »<sup>1287</sup>

**384.** Bien entendu, à la rupture territoriale qui justifie objectivement la perte de la nationalité, s'ajoute encore la déloyauté de l'individu qui se place résolument au cœur d'un conflit potentiel de souveraineté, comme le précise le Premier Consul au Conseil d'État le 2 août 1801 : « Il est possible, en effet, qu'en vertu de l'obéissance à laquelle il se soumet, on le dirige contre la France, ou que du moins on le dirige contre les intérêts de la France en le faisant combattre quelque puissance que ce soit »<sup>1288</sup>. Ces cas de perte de la nationalité sont donc souvent considérés comme ayant une coloration pénale, et non uniquement civile. Napoléon, à la même séance, parle déjà d'une « *peine* purement civile »<sup>1289</sup> (nous soulignons) ; Proudhon mentionne que le Français est « déchu de [sa] qualité »<sup>1290</sup> suite à perte de l'esprit de retour ; Georges Cogordan évoque en 1879 dans la première édition de sa thèse des « actes de félonie » qui doivent conduire à « l'exclusion pour indignité »<sup>1291</sup>, l'auteur classant ces articles du code civil

---

<sup>1286</sup> À l'exception de la Constitution de 1793 qui prévoit la possibilité de mise au service d'un gouvernement « populaire », les conventionnels visant sans doute alors le gouvernement des États-Unis, comme le relève le Député Jean-François Ducos à la séance du 11 juin 1793 : « La liberté, citoyens, est moins en théorie qu'en principe ; quand je cherche sa plus touchante image, je la trouve encore aux États-Unis. J'observe sur la question, qu'il est possible qu'un Français soit consul des États-Unis dans un port de notre République, et je pense que cette fonction honorable ne doit pas le priver de ses droits de citoyen français. », in AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 66, p. 283. Une certaine coutume d'Ancien Régime prévoyait déjà que les individus qui entraient au service de l'étranger demandaient au préalable une autorisation du Roi, sauf à prendre le risque de perdre la qualité de Français par perte de l'esprit de retour : « les François bien avisez qui accompagnoient les Princes, les Princesses, & même les Ambassadeurs, afin que leur sortie hors du Royaume ne les fit pas reputer étrangers, obtenoient des Lettres du Roy pour conserver le privilege de leur naissance. Sous le regne de Henry III. ceux qui suivirent Madame Marguerite pour être mariée avec le Duc de Savoye, firent lire au Parlement des Lettres de cette qualité : Le même Roy fit verifier une Declaration, qui contenoit que sa sortie hors du Royaume ne le rendroit point incapable de la Couronne. » in Henri Basnage (de Franquesnay), *La Coutume réformée du Païs et Duché de Normandie*, I, Rouen, Centurion Lucas, Jean Lucas, 1678, p. 398. De la même manière, il semble que les individus issus de la noblesse devaient demander l'autorisation du Roi pour s'engager dans une armée étrangère, à la différence du roturier qui était seulement soumis à l'obligation de cesser son service à la demande du Roi, voy. Daniel de Folleville, *Traité théorique et pratique de la naturalisation*, Paris, Maresq, 1880, n° 361, p. 277.

<sup>1287</sup> Fenet, vol. VII, p. 635.

<sup>1288</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>1289</sup> *Ibid.*

<sup>1290</sup> Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes* (1809), vol. I, Dijon, Lagier, Paris, Joubert, 1842, p. 193.

<sup>1291</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, Paris, Larose, 1879, 1<sup>ère</sup> éd., p. 267.

dans un chapitre relatif à la « déchéance de la nationalité »<sup>1292</sup> ; Daniel de Folleville, dans son traité publié en 1880, parle encore d'un « délit civil »<sup>1293</sup> ; Eugène Audinet mentionne quant à lui dans ses *Principes* publiés en 1894 « de véritables déchéances, qui ont, dans une certaine mesure, un caractère pénal »<sup>1294</sup> ; Jacques Maury qualifie cet ensemble de « peine » constituant une « perte déchéance »<sup>1295</sup> dans le *Répertoire de droit international* publié en 1931 ; Boulbès parle encore en 1956 d'articles qui « réprim[ent] » une « faute »<sup>1296</sup> ; etc. Mais cet aspect sanctionnateur, qui n'est d'ailleurs pas relevé par Weiss<sup>1297</sup>, ne doit pas faire écran au fondement de la perte de la nationalité qu'est l'expatriation territoriale : « [Ces articles] supposent (...) un lien établi entre le Français et un pays étranger ; en effet, par la naturalisation, *par l'acceptation de fonctions publiques ou militaires*, ou par l'établissement sans esprit de retour, le Français témoigne qu'il entend se rattacher à une nouvelle patrie »<sup>1298</sup> (nous soulignons). Si ces cas révèlent donc une certaine « félonie », ce n'est pas le conflit de loyauté qui préside à la perte de la nationalité mais bien la présomption irréfragable que le Français a entendu rompre définitivement sa sujétion territoriale avec l'État français.

**385.** Les cas les plus divers se sont produits durant le XIXe siècle. Parmi de nombreux exemples possibles, Gérard Légier rapporte ainsi le cas du dentiste de l'Empereur de Russie, François Despine, qui perd sa nationalité en raison de l'absence d'autorisation gouvernementale dans les années 1830<sup>1299</sup> ; Raymond Boulbès rapporte quant à lui le cas d'un certain Méhul, qui perd la nationalité après avoir accepté sans autorisation les fonctions de directeur du Conservatoire de Liège à la fin des années 1850, et à l'inverse le cas de Joseph de Maistre qui conserve la nationalité française après avoir obtenu de Napoléon l'autorisation d'exercer les fonctions de ministre plénipotentiaire du Roi de Sardaigne, Victor-Emmanuel I<sup>er</sup>, auprès de l'Empire de Russie à Saint-Pétersbourg, au tout début du XIXe siècle<sup>1300</sup>. Au-delà de ces fonctions publiques à proprement parler, les fonctions ecclésiastiques ont pu poser quelques difficultés. La

<sup>1292</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>1293</sup> Daniel de Folleville, *Traité théorique et pratique de la naturalisation*, *op. cit.*, n° 485 bis, p. 396.

<sup>1294</sup> Eugène Audinet, *Principes élémentaires du droit international privé*, Paris, Pedone-Lauriel, 1894, p. 135. Le même auteur le confirme encore plus tard dans une note, voy. note sous Cass., civ., 9 mars 1926, *Recueil Sirey*, 1927, I, p. 121.

<sup>1295</sup> Jacques Maury, « Nationalité (en France) », in Albert de Lapradelle et Jean-Paulin Niboyet (dir.), *Répertoire de droit international*, vol. IX, Paris, Dalloz, 1931, n° 506, p. 468.

<sup>1296</sup> Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, *op. cit.*, n° 729, p. 299.

<sup>1297</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, I, *op. cit.*, p. 478 et s., n'est pas « satisfait » par ce raisonnement. L'auteur voit dans ce cas une abdication volontaire et une perte de la nationalité qui n'intervient pas à titre de peine.

<sup>1298</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, *op. cit.*, 1879, 1<sup>ère</sup> éd., p. 267.

<sup>1299</sup> Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. II, *op. cit.*, n° 949, p. 630.

<sup>1300</sup> Raymond Boulbès, *Le droit français de la nationalité*, *op. cit.*, n° 734, p. 301.

Cour de cassation pose assez rapidement une ligne de démarcation entre les « fonctions qui se rattachent exclusivement au culte »<sup>1301</sup> et les fonctions qui entrent en relation de dépendance avec l'État, soit par la rémunération, soit par l'exercice de compétences civiles<sup>1302</sup>. Seules les secondes conduisent à la perte de la nationalité en l'absence d'autorisation<sup>1303</sup>. Quant aux situations militaires, les problèmes d'interprétation se situent davantage sur la notion de service militaire « chez l'étranger ». Un jugement du tribunal civil de la Seine relevé par Gérard Légier<sup>1304</sup> et rendu en 1845 précise justement que la rupture avec la patrie française doit être durable : « en droit, le service militaire chez l'étranger, qui, aux termes de l'art. 21 c. civ., fait perdre la qualité de Français, ne peut, par la gravité même de ses conséquences, être dans l'esprit de la loi que celui qui constitue *un lien solennel et durable, enchaînant l'homme à un ordre de choses stable et permanent*, et faisant supposer l'abjuration de toute affection pour la patrie »<sup>1305</sup> (nous soulignons). Ainsi de nombreux Français engagés sans autorisation dans diverses armées régulières européennes perdent la nationalité, sauf en certaines situations exceptionnelles lorsqu'ils combattent aux-côtés de l'armée française : il en va ainsi des Français engagés dans le régiment des zouaves pontificaux<sup>1306</sup> entre 1861 et 1870, qui combattent à Rome pour défendre la souveraineté temporelle du pape aux-côtés de détachements de l'armée française, et d'une « légion romaine » constituée à l'initiative de Napoléon III<sup>1307</sup>. Autre exemple

<sup>1301</sup> Cass., req., 15 novembre 1836, *Le préfet du Pas-de-Calais c. d'Abseck*, S. 1836. 1. 937.

<sup>1302</sup> Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. II, *op. cit.*, n° 953-954, p. 632-633.

<sup>1303</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, *op. cit.*, 1890, 2<sup>ème</sup> éd., p. 294, considère que cette règle remonte à l'Ancien Droit, et cite en note un arrêt du Parlement de Rouen du 10 août 1647. Cela ne paraît pas exact. L'arrêt est probablement collecté chez Henri Basnage (de Franquesnay), *La Coutume réformée du Pais et Duché de Normandie*, vol. I, *op. cit.*, p. 399 (célèbre avocat au Parlement de Normandie faisant autorité pour le droit civil du XVII<sup>e</sup> siècle), mais avec une erreur dans la reproduction de la date et des motifs. Basnage évoque en effet un arrêt du 8 août 1647 dans lequel un certain Isaac Basire se retire en Angleterre, devient Chapelain du Roi, se marie avec une Anglaise et obtient des « Lettres de *dénization* ». Revenu en France pour réclamer une succession, l'auteur (qui défendait la cause adverse) rapporte les motifs de l'arrêt : « par l'Arrest la succession fut ajugée au sieur Basire, parce qu'il seroit tenu de demeurer en France, & qu'il ne pourroit la vendre ni engager. On trouva que ses Lettres de dénization n'étoient pas de veritables Lettres de naturalité, parce qu'elles n'avoient pas été passées au Parlement d'Angleterre, sans laquelle formalité on ne peut devenir naturel Anglois. » En conséquence, la solution tient davantage en l'absence de naturalisation en pays étranger et à l'engagement de venir à nouveau résider en France. Il est délicat de considérer que cet arrêt consacre la doctrine selon laquelle de simples fonctions ecclésiastiques ne conduisent pas à la perte de la nationalité – d'autant plus qu'en l'espèce l'intéressé est placé au service du Roi. La règle ne semble donc pas établie avec certitude sous l'Ancien Régime. L'erreur de Cogordan provient sans doute d'une lecture rapide de Merlin de Douai, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 16, Bruxelles, Tarlier, 1824, 4<sup>ème</sup> éd., p. 375 qui cite lui-aussi cet arrêt avec la même erreur de date.

<sup>1304</sup> Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. II, *op. cit.*, n° 1037, p. 684.

<sup>1305</sup> Trib. civ. Seine, 9 août 1845, *Clouet c. ministre des finances*, D. 1846. 2. 100.

<sup>1306</sup> Sur cette unité combattante multinationale, affluant de toute l'Europe pour défendre les États pontificaux entre 1860 et 1870 contre le « *risorgimento* » italien, voy. p. ex. Bruno Dumons, Jean-Philippe Warren (dir.), *Les zouaves pontificaux en France, en Belgique et au Québec*, Bruxelles, Peter Lang, 2005, 157 p. ; Jean Guénel, *La dernière guerre du pape : les zouaves pontificaux au secours du Saint-Siège : 1860-1870*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 1998, 196 p.

<sup>1307</sup> L'engagement dans cette légion romaine est d'ailleurs couvert d'une autorisation impériale sous forme décré-tale au visa de l'article 21 du code civil, voy. Décret du 28 août et 13 septembre 1866 concernant les Français

intéressant, ceux des Français engagés dans des guerres civiles étrangères. Gustave Cluseret, officier français, prend ainsi part – aux côtés de plusieurs membres de la maison royale d'Orléans<sup>1308</sup> – à la guerre de sécession américaine<sup>1309</sup> ; en 1862, il est breveté brigadier général de l'armée fédérale (nordiste)<sup>1310</sup>. De retour en France et élu Député, sa nationalité est contestée à la Chambre. Suite à une étude probablement rédigée par Clunet parue au *Journal de droit international* en 1889 qui conclut à la conservation de la nationalité française<sup>1311</sup>, la Chambre confirme la nationalité française de Cluseret et son élection en tant que Député<sup>1312</sup>, le rapporteur relevant à propos de l'article 21 du code civil que « la jurisprudence et les mœurs en ont atténué les effets. »<sup>1313</sup> De la même manière, l'engagement de deux frères français – Xavier et Tristan Baraute – dans la troisième guerre carliste espagnole conduit les autorités françaises à rechercher leur déchéance dans les années 1870. Mais la mouvance carliste ne pouvant être considérée comme une armée d'une puissance étrangère – elle n'est qu'une faction belligérante dans un contexte de guerre civile – les autorités constatent après de longues investigations l'impossibilité de procéder au retrait de la nationalité<sup>1314</sup>.

---

faisant partie de la légion romaine, in *Collection Duvergier*, t. 66, 1866, p. 444 : « Art. 1<sup>er</sup>. Les Français de tous grades qui feront partie de la légion romaine au moment où ce corps sera mis à la disposition du commissaire du saint-siège conserveront la qualité de Français. » Sur l'ensemble, voy. Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. II, *op. cit.*, n° 1005, p. 664-665.

<sup>1308</sup> Dont la nationalité ne sera guère mise en doute.

<sup>1309</sup> Cluseret justifie sa démarche, mi politique, mi aventurière : « Plus tard, quand la paix fut faite [en Italie], voulant poursuivre à la fois et l'étude pratique de mon métier et concourir au triomphe de la liberté je quittai le service de l'Italie pour aller combattre en faveur de l'union américaine », in Gustave Cluseret, *Mémoires du Général Cluseret*, III, Paris, Lévy, 1888, p. 155. Plus vraisemblablement, la carrière militaire de Cluseret était bloquée en France en raison d'inimitiés au sein du régime impérial. Son offre de service auprès des armées nordistes est initialement rejetée par le général McClellan, qui décrit dans ses mémoires son recrutement de manière fort peu avantageuse : « *Cluseret – afterwards Minister of War under the Commune – brought me a letter of introduction from Garibaldi, recommending him in the highest terms as a soldier, man of honor, etc. I did not like his appearance and declined his services ; but without my knowledge or consent Stanton appointed him a colonel on my staff. I still declined to have anything to do with him, and he was sent to the Mountain Department, as chief of staff, I think.* » in George B. McClellan, *McClellan Own Story. The War For The Union*, New York, Charles L. Webster, 1887, p. 143.

<sup>1310</sup> Il est en effet possible de retrouver sa trace dans les registres officiels : voy. Francis B. Heitman (dir.), *Historical Register and Dictionary of the United States Army*, vol. 1, Washington, Government Printing Office, 1903, p. 312.

<sup>1311</sup> Édouard Clunet, « Affaire du général Cluseret », *Journal de droit international*, 1889, p.73-78, spéc. p. 75 : « Les uns et les autres, en face d'un conflit armé qui éclatait devant eux, se sont rangés, pour un moment, du côté de celui qui leur paraissait soutenir le bon droit. C'est là une assistance spontanée, d'ordre sentimental, temporaire, qui n'a rien de commun avec l'entrée définitive et professionnelle dans une armée étrangère. »

<sup>1312</sup> Suivant Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, *op. cit.*, 1890, 2<sup>ème</sup> éd., p. 409-410 : « Quant aux assemblées qui sont investies du droit de vérifier elles-mêmes les pouvoirs de leurs membres, c'est-à-dire le Sénat et la Chambre des Députés, on admet qu'elles sont souveraines sur ce point, et dès lors elles jugeront les questions d'État (sic) comme les autres. (...) Il n'est pas besoin de faire observer que la décision prise par le Parlement en pareille matière ne saurait engager les tribunaux. »

<sup>1313</sup> Le rapport est reproduit intégralement in Édouard Clunet, « Affaire du général Cluseret », *op. cit.*, p. 79-82, ici p. 79.

<sup>1314</sup> Sur ce dernier cas, voy. Alexandre Dupont, « L'impossible déchéance de nationalité. L'État français face au volontariat militaire pro-carliste (1872-1876) », *Le Mouvement Social*, 2017, n° 2, p. 99-110.

**386.** Les lois du 26 juin 1889 et du 10 août 1927 feront basculer ces mécanismes d'un système *a priori* d'autorisation gouvernementale préalable vers un système *a posteriori* d'injonction gouvernementale à cesser les activités. L'ensemble est consacré par l'ordonnance du 19 octobre 1945 et encore aujourd'hui par l'article 23-8 du code civil<sup>1315</sup>. Toutefois, et comme le note déjà Boulbès en 1956, ces institutions sont probablement tombées en désuétude dès le premier XXe siècle : « le Gouvernement français a estimé de plus en plus qu'une telle mesure pouvait être inopportune et il en a fait usage de moins en moins fréquent. Au point qu'aucune injonction n'ayant été adressée à quiconque depuis l'entrée en vigueur du Code de la Nationalité française, cette institution traditionnelle (...) paraît tombée en désuétude. »<sup>1316</sup>

## **b. l'abdication juridique par l'acquisition d'une nationalité étrangère**

**387. L'abdication juridique par l'acquisition d'une nationalité étrangère.** – Le cas le plus emblématique de la perte de la nationalité par l'expatriation est certainement celui de la naturalisation en pays étranger. Comme le signale Portalis au Conseil d'État dans les travaux préparatoires du code civil, la perte de l'esprit de retour indiquée par la naturalisation étrangère ressort de « la certitude que donne l'évidence »<sup>1317</sup>, Tronchet y voit une déclinaison de la « faculté naturelle qu'on ne peut contester à homme » qu'est « l'expatriation »<sup>1318</sup>. Par ce mécanisme en effet, la France refuse de mettre en œuvre le principe d'une allégeance perpétuelle dans la nationalité, et reconnaît à ses nationaux la capacité d'aller rechercher la naturalisation étrangère : « La qualité de Français se perdra, 1° par la naturalisation acquise en pays étranger », selon les dispositions historiques arrêtées en 1804. Une fois encore, le mécanisme sous-jacent qui donne à la règle son fondement n'est pas tant la nouvelle allégeance de l'individu mais la

---

<sup>1315</sup> Article 23-8 : « Perd la nationalité française le Français qui, occupant un emploi dans une armée ou un service public étranger ou dans une organisation internationale dont la France ne fait pas partie ou plus généralement leur apportant son concours, n'a pas résigné son emploi ou cessé son concours nonobstant l'injonction qui lui en aura été faite par le Gouvernement. L'intéressé sera, par décret en Conseil d'Etat, déclaré avoir perdu la nationalité française si, dans le délai fixé par l'injonction, délai qui ne peut être inférieur à quinze jours et supérieur à deux mois, il n'a pas mis fin à son activité. Lorsque l'avis du Conseil d'Etat est défavorable, la mesure prévue à l'alinéa précédent ne peut être prise que par décret en conseil des ministres. »

<sup>1316</sup> Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, *op. cit.*, n° 734, p. 301. Voy également Eugène Audinet, « Le retrait des naturalisations accordées aux anciens sujets de Puissances en guerre avec la France », *Journal de droit international*, 1915, t. 42, n° III-IV, p. 134, note 1, qui déclare que dès cette époque, les pertes de nationalité pour acceptation de fonctions publiques ou militaires restent « dans la pratique, à peu près lettre morte. » Voy. *contra* les propos de Marc Ancel en 1937 (affecté à la chancellerie), interrogé par Niboyet aux fins de savoir si de telles mesures sont encore prononcées, Ancel lui répond qu'« il y a des cas, très rares d'ailleurs, mais il y en a. » Voy. les débats à la suite de l'exposé de Pierre Louis-Lucas, « La réforme de la législation sur la perte de la nationalité française », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1939, vol. 5, p. 32.

<sup>1317</sup> Fenet, vol. VII, p. 39.

<sup>1318</sup> Fenet, vol. VII, p. 25.



rupture territoriale que laisse présumer la naturalisation acquise chez l'étranger. Pour s'en convaincre, il suffit de relever que, pour certains auteurs, la naturalisation obtenue en pays étranger sans changement de domicile (c'est-à-dire en conservant sa résidence en France) peut être qualifiée de frauduleuse. En effet, dans le seul but de mettre en échec l'application de la loi française (divorce, service militaire, etc.), de nombreux individus ont parfois été rechercher la nationalité d'un pays étranger. Une telle démarche est parfois jugée frauduleuse si elle ne correspond pas *en fait* avec le domicile de l'intéressé. C'est ce que note Cogordan, tout en marquant ses réserves sur le procédé<sup>1319</sup> :

« Le *consilium fraudis* est d'une appréciation difficile dans tous les cas, dans celui-ci particulièrement. On ne peut l'établir que par une interprétation toujours un peu arbitraire des circonstances de la cause, et spécialement du fait que l'intéressé a conservé en France sa fortune, ses occupations, en un mot, son principal établissement, ou qu'il n'a fait aucun séjour ou qu'un séjour de courte durée dans le pays où il a été naturalisé. »<sup>1320</sup>

La jurisprudence n'en fera toutefois jamais un principe, déniait comme critère général de la fraude le fait qu'un individu aille chercher une naturalisation dans un pays dans lequel il n'est pas domicilié<sup>1321</sup>. Pour autant, cette idée est globalement sous-jacente dans la plupart des analyses en cette matière, tant est si bien que Cazalens, avocat et futur membre du Conseil d'État, a pu considérer qu'en fait – et non en droit –, la naturalisation sans établissement du domicile est « au plus haut degré indicative de la fraude »<sup>1322</sup>.

**388.** Le mécanisme finit toutefois par disparaître sous cette forme. La loi du 26 juin 1889, de manière à éviter que cette disposition permette trop facilement au Français d'évader l'obligation de service militaire, conditionne la naturalisation en pays étranger à l'autorisation du gouvernement tant que l'intéressé « est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active »<sup>1323</sup>. En l'absence d'obtention de ladite autorisation, le Français de sexe masculin (le seul étant soumis aux obligations militaires) conserve alors sa nationalité. Il en ressort

---

<sup>1319</sup> D'autres auteurs de premier plan refusent par principe l'idée qu'une naturalisation pourrait être acquise frauduleusement. Voy. Daniel de Folleville, *Traité théorique et pratique de la naturalisation*, op. cit., n° 376-392, p. 285-303 ; André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, op. cit., p. 461.

<sup>1320</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, op. cit., 1890, 2<sup>ème</sup> éd., p. 182-183. Voy. aussi Frantz Despagnet et Charles de Boeck, *Précis de droit international privé*, Paris, Larose et Tenin, 1909, 5<sup>ème</sup> éd., p. 482-483. Dans le même sens du point de vue de la doctrine américaine, voy. William G. Hammond, « Notes of Current European Law », *Southern Law Review*, 1876, n° 2, p. 544 : « *The laws of a country furnish one of the strongest motives by which immigrants are either induced to emigrate to it, or prevented from so doing. How many young Europeans have come to this country on purpose to escape enforced military service ! Yet no European government has ever treated this as a fraud upon their own law, and a reason for disregarding their naturalization here, unless they returned and attempted to enjoy again their original position, without fulfilling its duties.* » (nous soulignons)

<sup>1321</sup> Gérard Lègier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. II, op. cit., n° 914, p. 606.

<sup>1322</sup> Cazalens, « note sous l'affaire de la princesse de Bauffremont », DP 1878. 2. 2.

<sup>1323</sup> JORF, 28 juin 1889, p. 2978.

une claire inégalité entre l'homme et la femme : l'homme toujours soumis aux obligations militaires en France conserve sa nationalité à la suite d'une naturalisation étrangère, à la différence de la femme qui perd sa nationalité française automatiquement – réserve faite de la fraude. Ce n'est qu'en 1973 que le législateur mettra fin à cette inégalité, en renversant le mécanisme : « Toute personne majeure de nationalité française, résidant habituellement à l'étranger, qui acquiert volontairement une nationalité étrangère ne perd la nationalité française que si elle le déclare expressément, dans les conditions prévues aux articles 101 et suivants du présent code. »<sup>1324</sup> Comme le relève Batiffol ce mécanisme « suppose que le Français (...) ne réside plus en France »<sup>1325</sup>, en cela il respecte bien la longue tradition de perte de la nationalité par l'expatriation. Et la femme se trouve désormais à égalité avec l'homme dans la possibilité offerte de conserver sa nationalité d'origine une fois obtenue une naturalisation étrangère. Pour autant, en renversant ainsi le dispositif – d'une perte automatique à une perte sur déclaration de l'individu – la rupture de la sujétion territoriale caractérisée par une naturalisation en pays étranger ne produit plus d'effets de plein droit en matière de perte de la nationalité. De fait, les temps et les mentalités ont changé depuis le XIXe siècle, comme s'en fait l'écho le Garde des Sceaux René Pleven en 1972 à l'Assemblée Nationale :

« En réalité, aujourd'hui, les émigrants ont bien l'espoir de revenir en France. Le départ à l'étranger est le plus souvent nécessité par des considérations d'ordre professionnel, familial, économique et présente, dans la plupart des cas, un caractère essentiellement provisoire. On constate que les Français établis à l'étranger conservent la volonté de revenir dans leurs pays. Ils envoient leurs enfants dans des écoles françaises et s'empressent de réintégrer leur nationalité d'origine dès que les circonstances le leur permettent. (...) Parfois ces Français ont dû se résigner – je dis bien se résigner – à un changement de nationalité qui leur a été imposé par les conditions de leur séjour à l'étranger. On peut donc affirmer que le caractère automatique de la perte de la nationalité n'est plus adapté aux circonstances contemporaines de l'expatriation de la plupart des Français. »<sup>1326</sup>

C'est aussi une rupture caractérisée du principe selon lequel la plurinationalité doit être évitée par les législations nationales, mais même Pierre Mazeaud concède – sans céder à la réforme – qu'il en va des exigences du « rayonnement culturel et économique »<sup>1327</sup> des Français de l'étranger. Il n'en demeure pas moins que la perte pour naturalisation en pays étranger suppose encore aujourd'hui que l'expatriation de fait désormais consacrée – la résidence « habituelle » en pays étranger – se conjugue avec une acquisition *de jure* d'une nationalité étrangère<sup>1328</sup>.

---

<sup>1324</sup> JORF, 10 janvier 1973, p. 470.

<sup>1325</sup> Henri Batiffol, « *Évolution du droit de la perte de la nationalité française* », *op. cit.*, p. 250.

<sup>1326</sup> JORF, Ass. Nat., débats, 11 octobre 1972, p. 4070.

<sup>1327</sup> *Ibid.*, p. 4069.

<sup>1328</sup> Voy. l'article 23 du code civil. Ce cas de perte a donc quitté la catégorie « involontaire ».

**389. Législation spéciale : l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 avril 1915.** – Il est à noter encore que la loi du 7 avril 1915 prévoyant un premier mécanisme de déchéance en temps de guerre repose partiellement sur les différents principes ici développés. Suivant l'article 1<sup>er</sup> de cette loi, une expatriation territoriale présumée définitive en raison de la réalisation de certains faits entraîne la perte de la nationalité :

« En cas de guerre entre la France et une puissance à laquelle a ressorti un étranger naturalisé, celui-ci pourra être déchu de la naturalisation, lorsqu'il aura conservé la nationalité de son pays d'origine ou du pays dans lequel il a été antérieurement naturalisé. La déchéance sera obligatoire : si le naturalisé a recouvré une nationalité antérieure ou acquis toute autre nationalité ; s'il a, soit porté les armes contre la France, soit quitté le territoire français pour se soustraire à une obligation d'ordre militaire ; soit enfin si, directement ou indirectement, il a prêté ou tenté de prêter contre la France, en vue ou à l'occasion de la guerre, une aide quelconque à une puissance ennemie. »<sup>1329</sup>

Dans son rapport, le Député Maurice Bernard précise bien la filiation entre les articles du code civil déjà mentionnés et ce nouveau dispositif : « Appliquant la notion de retrait de naturalisation aux hypothèses prévues par l'article 17, 1<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> du Code civil [respectivement perte pour naturalisation en pays étranger et service militaire à l'étranger], l'étendant aux cas où le naturalisé a conservé sa nationalité d'origine, il en prolonge l'effet en y comprenant des hypothèses où le naturalisé, traître à sa nouvelle patrie, est venu en aide à son pays d'origine, ou bien a refusé d'accomplir telles obligations se liant étroitement aux nécessités de la défense nationale. »<sup>1330</sup> Ce nouveau mécanisme est de fait entièrement tourné vers l'objectif de sanctionner les dispositions de la loi allemande du 22 juillet 1913 sur la nationalité (*Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz*)<sup>1331</sup>, dite « Loi Delbrück » du nom du Secrétaire d'État à l'Intérieur Clemens von Delbrück qui la fera adopter, qui permet à l'Allemand naturalisé en pays étranger de conserver sa nationalité d'origine moyennant une autorisation de l'Empereur<sup>1332</sup>. Les autorités allemandes ne cachent pas à l'époque qu'elles souhaitent faciliter à leurs ressortissants expatriés la possibilité de se faire naturaliser sans risquer de perdre leur nationalité d'origine : « Nous sommes heureux de constater que le projet permet aux Allemands qui, pour des motifs d'ordre

---

<sup>1329</sup> Loi autorisant le Gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par l'anciens sujets de puissances en guerre avec la France, JORF, 8 avril 1915, p. 1948.

<sup>1330</sup> Chambre des Députés, Rapport n° 526, annexe au procès-verbal de la séance du 19 janvier 1915, p. 7.

<sup>1331</sup> RGBl S. 583-593. Pour une traduction complète, voy. Daniel Lefeuvre, « Loi relative à la nationalité du Reich et des États fédérés du 22 juillet 1913 », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 1996, vol. 41, n° 1, p. 46-49.

<sup>1332</sup> Ce principe germanique qui autorise explicitement la plurinationalité n'est pas – contrairement à une idée répandue à l'époque – une nouveauté. La loi du 22 juillet 1913 se contente simplement de rendre explicite cette possibilité là où la législation antérieure laissait régner l'implicite. Voy à ce sujet Alfred Weil, « La double nationalité en droit allemand », *Revue de droit international privé*, 1916, vol. 12, p. 142-158.

économique, sont obligés d'acquérir une nationalité étrangère, de conserver également la nationalité d'Empire » déclare en 1912 au Reichstag le baron von Richthofen<sup>1333</sup> ; Delbrück lui-même déclare à la même occasion « qu'il est tout à fait possible que l'Allemand qui s'établit à l'étranger puisse avoir des raisons d'acquérir, outre son ancienne nationalité, une seconde nationalité qui ne l'empêchera pas d'être un fervent représentant des intérêts de sa première patrie. »<sup>1334</sup> Les parlementaires français vont ainsi régulièrement évoquer à la tribune le « masque » que portent alors les Allemands naturalisés, formellement devenus Français, mais en réalité toujours au service de leur patrie d'origine dont ils ont secrètement conservé la nationalité<sup>1335</sup>.

**390.** L'article 1<sup>er</sup> de cette loi va ainsi frapper les Allemands naturalisés français ayant conservé leur nationalité d'origine et qui, en quittant le sol français pour échapper à leur engagement militaire, vont laisser présumer leur rupture définitive avec la patrie et le sol français. L'ensemble est bien résumé par le Sénateur Henry Bérenger à la tribune le 6 mars 1915, lorsqu'il évoque les « cinq cents insoumis qui, à l'heure actuelle, ont quitté la France, mais qui peuvent y défier impudemment la patrie trop libérale qui les accueillit naguère ! (*Vifs applaudissements.*) »<sup>1336</sup> Le Député Maurice Bernard considère d'ailleurs dans son rapport que le cas d'un Allemand « resté en France » et tombant sous le coup de cette loi « sera exceptionnel »<sup>1337</sup>. L'étude des décrets de déchéance confirme l'analyse. Selon des chiffres mentionnés par Bernard en juillet 1916, 30 individus ont fait l'objet d'un retrait de naturalisation en application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi<sup>1338</sup> – on est loin des 500 insoumis. Les décrets publiés au *Journal officiel*, dans lesquels nous avons retrouvé 28 des 30 individus ayant perdu la nationalité, montrent que l'ensemble de cet effectif a été « déchu de la naturalisation (...) pour avoir quitté le territoire

---

<sup>1333</sup> Les propos sont rapportés dans un commentaire anonyme de la loi dans la partie actualité, « La loi allemande du 22 juillet 1913 sur la nationalité d'Empire et d'État », *Revue de droit international privé*, 1913, p. 966. Von Richthofen précise en particulier que cette disposition va améliorer le sort des Allemands qui souhaitent accéder à la bourse de Londres, réservée aux ressortissants britanniques (*ibid.*, p. 967).

<sup>1334</sup> Les propos sont rapportés dans une brochure rédigée par Joseph Haennig, *Une fourberie allemande. La Loi Delbrück*, Paris, Floury, 1915, p. 24, dans laquelle on trouve de nombreux autres extraits des débats au Reichstag. L'auteur de cette brochure sera plus tard connu pour ses commentaires de la législation antisémite de Vichy. Le « syndrome de Haennig » donne d'ailleurs son nom aux juristes qui acceptent la superstructure juridique autoritaire et raciste, et qui, par leurs commentaires dénués de critique de fond, contribuent à la rendre acceptable. Voy. Richard H. Weisberg, *The Failure of the World : The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1984, p. 2.

<sup>1335</sup> Gérard Légier, « La législation relative à la nationalité française durant la Première Guerre mondiale », *Rev. crit. DIP*, 2014, n° 4, p. 764-765.

<sup>1336</sup> JORF, Débats parlementaires, Sénat, 6 mars 1915, p. 85.

<sup>1337</sup> Chambre des Députés, Rapport n° 526, annexe au procès-verbal de la séance du 19 janvier 1915, p. 10.

<sup>1338</sup> Chambre des Députés, Rapport n° 2291, annexe au procès-verbal de la séance du 7 juillet 1916, p. 10, note 1.

français en vue de se soustraire à une obligation d'ordre militaire. »<sup>1339</sup> La loi de 1915 procède donc bien à des retraits de nationalité frappant des individus dont on peut présumer l'expatriation territoriale à titre définitif (fuite du territoire national et insoumission en temps de guerre), et qui conservent en outre leur nationalité d'origine.

**391.** La loi de 1915 est abrogée et remplacée par une nouvelle loi du 18 juin 1917<sup>1340</sup>, la raison en est connue : le Conseil d'État montre trop de scrupules juridiques dans l'application de la loi et notamment la condition de conservation de la nationalité d'origine<sup>1341</sup>. La compétence passe donc par l'effet de cette nouvelle loi au juge judiciaire qui prononcera 427 déchéances<sup>1342</sup> entre 1917 et 1924 (la loi prévoit son extinction cinq années après la fin du conflit – fixé en 1919). Il n'est pas possible de relever les attaches territoriales des déchus de la loi de 1917 puisque le *Journal officiel* ne procède qu'à un bref résumé comprenant le nom de l'individu déchu, la mention du jugement et sa date, sans précision d'un domicile connu ou inconnu<sup>1343</sup>.

## **2. Le mécanisme moderne : l'exigence d'un rattachement factuel et juridique**

**392.** Dès le premier XXe siècle, les exigences conjuguées de la lutte contre l'apatridie et de la réduction des conflits positifs de nationalité conduisent le gouvernement à adopter un mécanisme moderne de perte de la nationalité à l'initiative de l'autorité publique pour le Français qui est rattaché *en fait et en droit* à une nationalité étrangère. Ce mécanisme est aujourd'hui consacré à l'article 23-7 du code civil qui dispose : « Le Français qui se comporte en fait comme le national d'un pays étranger peut, s'il a la nationalité de ce pays, être déclaré, par décret après

---

<sup>1339</sup> Décrets du 28 juillet 1915, in JORF, 30 juillet 1915, p. 5225-5226 ; Décrets du 3 octobre 1915, in JORF, 7 octobre 1915, p. 7140-7141 ; Décret du 10 décembre 1915, in JORF, 16 décembre 1915, p. 9235-9236 ; Décret du 2 février 1916, in JORF, 5 février 1916, p. 1033.

<sup>1340</sup> JORF, 20 juin 1917, p. 4731-4733.

<sup>1341</sup> Voy. note les propos de Maurice Bernard, Chambre des Députés, Rapport n° 2291, annexe au procès-verbal de la séance du 7 juillet 1916, p. 9-10 : « Saisi, à titre consultatif, de projets de décrets tendant à la déchéance de sujets allemands, pour conservation de la nationalité d'origine, le Conseil d'État, écartant l'admissibilité des indices et des présomptions, s'est refusé à considérer comme suffisantes les preuves qui étaient invoquées. Privé de la faculté de se livrer lui-même à des enquêtes supplémentaires, jugées peut-être nécessaires et surtout de la lumière d'un débat contradictoire, on comprend le scrupule auquel il a dû obéir. Le Gouvernement eût-il dû – comme il le pouvait – passer outre ? C'était s'exposer à ce que revinssent devant la section compétente, sous forme de recours au contentieux, une multiplicité de litiges au cours desquels cette juridiction aurait eu à se prononcer sur des questions d'intention et de volonté sort manifestement de son rôle. C'est pourquoi, d'accord avec le Gouvernement, votre Commission estimant qu'il y a là un vice du système, rendant la loi, pour partie, inapplicable, vous demande de restituer à la juridiction civile des affaires qui ressortissent d'ailleurs à son domaine. »

<sup>1342</sup> Voy. Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français*, op. cit., p. 552, note 61.

<sup>1343</sup> Voy. par exemple la liste des décisions définitives prononçant la déchéance de nationalité, JORF, 28 mai 1918, p. 4650, qui procède selon un modèle invariable : « Par jugement en date du ..., devenu définitif, le tribunal de première instance de ... a déclaré déchu de la nationalité française ..., né le ... à ..., naturalisé par décret du ... »

avis conforme du Conseil d'Etat, avoir perdu la qualité de Français. » Ici convergent l'existence d'une expatriation de fait d'une part, dans un État dont l'individu possède par ailleurs en droit la nationalité d'autre part.

**393. L'origine du texte : la mise en œuvre de la Convention de La Haye de 1930. –** L'origine de cet article remonte à un projet gouvernemental déposé en 1934 à la Chambre des Députés – qui ne sera jamais adopté sous cette forme. À l'époque, le gouvernement souhaite ajouter un alinéa aux cas de perte de la nationalité française : « 6° Le Français qui, possédant la nationalité d'un pays étranger auquel il se rattache en fait notamment par l'accomplissement des obligations du service militaire, est déclaré avoir perdu la nationalité française par décret rendu sur avis conforme du Conseil d'État. L'intéressé, dûment avisé, a la faculté de produire des pièces et mémoires »<sup>1344</sup>. Difficile de ne pas voir ici une transposition du dispositif prévu à l'article premier du protocole relatif aux obligations militaires dans certains cas de double nationalité, annexé à la Convention de La Haye de 1930, stipulant : « L'individu possédant la nationalité de deux ou de plusieurs pays, qui réside habituellement sur le territoire de l'un d'eux et se rattache en fait le plus à ce pays, sera exempté de toutes obligations militaires dans tout autre de ces pays. »<sup>1345</sup> L'exposé des motifs révèle d'ailleurs cette influence internationale :

« Le paragraphe 6 motivé par l'adhésion de la France au Protocole relatif aux obligations militaires dans certains cas de double nationalité, fixe les conditions dans lesquelles la dispense du service militaire, dans les cas prévus par ce Protocole, entraînera la perte de la qualité de Français. (...) [Le nouveau texte] écarte, en conséquence, le principe de la perte automatique de la nationalité ; le Français qui possède la nationalité d'un pays étranger auquel il se rattache en fait et où notamment il a satisfait aux obligations militaires, ne cessera de posséder la qualité de Français que lorsque le Gouvernement aura déclaré d'office qu'il a cessé d'être Français. Il y a là, en quelque sorte, une constatation officielle de l'abdication de la nationalité française, qui transforme un état de fait en état de droit, et dont l'initiative appartient aux Gouvernements. Cependant, il a paru désirable d'entourer cette décision de garanties suffisantes pour sauvegarder les droits de l'individu ; le décret doit être rendu sur avis conforme du Conseil d'État et l'intéressé a la faculté de produire des pièces et mémoire. »<sup>1346</sup>

Le projet dont est issu ce mécanisme de règlement des conflits positifs de nationalité n'est finalement jamais examiné par le Parlement. Il sera toutefois intégré dans le décret-loi du 12 novembre 1938 relatif aux étrangers, adopté par le gouvernement Daladier dans un climat déjà

---

<sup>1344</sup> Projet de loi ayant pour objet de modifier certaines dispositions de la loi du 10 août 1927, sur la nationalité, et d'interpréter l'article 8 du décret du 27 avril 1848, in *Nouvelle revue de droit international privé*, 1934, p. 487-488.

<sup>1345</sup> Protocole relatif aux obligations militaires dans certains cas de double nationalité, La Haye, 12 avril 1930, in Société des Nations, *Recueil des traités*, 1937, vol. 178, p. 228.

<sup>1346</sup> Projet de loi ayant pour objet de modifier certaines dispositions de la loi du 10 août 1927, sur la nationalité, et d'interpréter l'article 8 du décret du 27 avril 1848 (exposé des motifs), in *Nouvelle revue de droit international privé*, 1934, p. 482-483.

très belliqueux (le texte souhaite faire le départ « entre les individus moralement douteux, indignes de notre hospitalité, et la partie saine et laborieuse de la population étrangère »<sup>1347</sup>), et codifié dans un nouvel article 9, 6° de la loi modifiée du 10 août 1927 : « Le Français qui, possédant la nationalité d'un pays étranger dont il se comporte en fait comme le national, est déclaré avoir perdu la nationalité française par décret rendu dans les formes prévues à l'article 10 [décret rendu sur avis conforme du Conseil d'État]. Cette mesure pourra, dans les mêmes formes, être étendue à la femme et aux enfants mineurs. »<sup>1348</sup> L'esprit guerrier du décret-loi qui sert de support à ce mécanisme de règlement des conflits de nationalité ne sera pas sans influence sur un usage parfois très proche de la « déchéance sanction » durant la guerre froide, usage qui sera largement infirmé par une sévère jurisprudence du Conseil d'État (voy. *infra* n° 951). Il n'en demeure pas moins qu'il manifeste à cette époque la convergence complète des critères juridiques et factuels relatifs à la perte de la nationalité : l'individu ne perd la nationalité française qu'en cas d'exercice actif d'une nationalité étrangère, c'est-à-dire normalement lorsqu'il a rompu ses attaches territoriales avec la France au profit d'un nouvel attachement en fait *et* en droit. La pratique administrative de cet article contribue à en apporter la preuve après la seconde guerre mondiale.

**394. Application aux expatriés dans le second XXe siècle.** – À la Libération, ce mécanisme est consacré à l'article 96 du Code de la nationalité. Il sera actionné dès 1949 et connaîtra un pic d'emploi entre 1950 et 1953 (1 cas en 1949 ; 21 en 1950 ; 85 en 1951 ; 82 en 1952 ; 74 en 1953)<sup>1349</sup> dont nous avons étudié les archives par échantillonnage (149 cas dépouillés sur 263 personnes libérées d'office entre 1949 et 1953). Il est assez simple d'évaluer les attaches territoriales des individus grâce à la méthode de notification de l'« avertissement » transmis à l'individu dont le gouvernement envisage la libération d'office des liens d'allégeance de manière à lui permettre, le cas échéant, de transmettre des observations en défense<sup>1350</sup>. Au sein de cet échantillon, les notifications par la voie consulaire forment l'immense majorité des cas, de l'ordre de 80%, ce qui démontre alors l'expatriation des intéressés, tandis que seuls 16% des cas sont notifiés par le juge de paix, ce qui démontre ici la part minoritaire des individus qui

---

<sup>1347</sup> Décret relatif à la situation et à la police des étrangers (rapport), 12 novembre 1938, in JORF, 13 novembre 1938, p. 12920.

<sup>1348</sup> *Ibid.*, p. 12922.

<sup>1349</sup> Selon les chiffres que le ministère de l'intérieur a bien voulu nous transmettre.

<sup>1350</sup> Conformément à l'article 119 du code de la nationalité, JORF, 20 octobre 1945, p. 6706 : « L'intéressé, dûment averti, a la faculté de produire des pièces et mémoires. »

résident en France, enfin 4% des cas font l'objet d'un avis au *Journal officiel* en raison d'une adresse inconnue de l'administration.

**395.** La caractérisation d'une rupture territoriale définitive avec le sol français est constante dans les dossiers. Richard Rabinowicz<sup>1351</sup>, né en 1913 à Varsovie, naturalisé français en 1933, s'expatrie aux États-Unis en 1942, il en acquiert la nationalité en 1943 et y exerce la profession de conseiller régional du Département d'État américain. Sa femme et sa fille le rejoignent à la Libération et acquièrent elles-aussi la nationalité américaine. La libération d'office des liens d'allégeance est prononcée par décret le 8 janvier 1951 avec l'assentiment des intéressés<sup>1352</sup>. Marcel Gassman<sup>1353</sup> né en France en 1920, Français par le double droit du sol et Suisse par la filiation, réside en Suisse et se livre à des activités de contrebande. Il se fonde sur sa nationalité suisse à chacune de ses arrestations. Sa libération d'office des liens d'allégeance est prononcée par décret du 27 avril 1951<sup>1354</sup>. Jean Sobczuski<sup>1355</sup> né en 1925 en France, Français à sa majorité en vertu du droit du sol et Polonais par la filiation, quitte la France avec son père en 1947 dans un convoi de rapatriement. Il est libéré d'office de sa nationalité sur avis positif du consul français de Szczecin en Pologne, lieu de domicile de l'intéressé, par un décret du 27 juillet 1951<sup>1356</sup>. René Eberhart<sup>1357</sup>, né à Mulhouse en 1895, réintégré de plein droit dans la nationalité française par application du traité de Versailles, est naturalisé allemand en 1921 et travaille à Hambourg à partir de 1927. En 1941, il adhère au parti national socialiste et fait un court séjour à Mulhouse. Appelé à présenter ses observations en défense, il confirme son absence d'attachement à la nationalité française. Il est libéré par décret du 20 septembre 1951<sup>1358</sup>. Henri Sobieraj<sup>1359</sup>, né en 1925 en France et Français à sa majorité en vertu du droit du sol et Polonais par filiation, travaille d'abord au consulat de Pologne de Lille. Probablement parti construire le communisme en Pologne en 1950, le rapport note sa fixation « définitive » dans ce pays. Il est libéré d'office de ses liens d'allégeance avec la France par décret du 3 avril 1953<sup>1360</sup>. Pedro Bistagne<sup>1361</sup>, né à Barcelone en 1901, Français par filiation et Espagnol par naturalisation en 1939, est déclaré insoumis en France suite à son refus de se conformer à l'ordre d'appel sous les drapeaux, et

---

<sup>1351</sup> AN, 19990025/174, n° 252.383.

<sup>1352</sup> JORF, 11 janvier 1951, p. 441.

<sup>1353</sup> AN, 19990025/174, n° 253.880.

<sup>1354</sup> JORF, 1<sup>er</sup> mai 1951, p. 4517.

<sup>1355</sup> AN, 19990025/201, n° 254.492.

<sup>1356</sup> JORF, 31 juillet 1951, p. 8293.

<sup>1357</sup> AN, 19990025/212, n° 255.413.

<sup>1358</sup> JORF, 23 septembre 1951, p. 9802.

<sup>1359</sup> AN, 19990025/279, n° 260.510

<sup>1360</sup> JORF, 5 avril 1953, p. 3284.

<sup>1361</sup> AN, 19990025/288, n° 261.172.



condamné à dix années d'emprisonnement. N'ayant jamais résidé en France, le gouvernement français le libère de ses liens d'allégeance par un décret du 20 mai 1953<sup>1362</sup>. Les exemples pourraient encore être multipliés ; l'ensemble témoigne sans équivoque d'un mécanisme de perte de la nationalité qui repose sur la constatation objective de la rupture territoriale des intéressés, condition à laquelle s'ajoute l'exigence de possession de la nationalité en rapport avec leur lieu de résidence. En raison de la désuétude de la lutte contre les cas de plurinationalité, ce mécanisme n'est plus utilisé depuis la fin des années 1960<sup>1363</sup>.

**396.** Ainsi, si la plupart de ces mécanismes sont aujourd'hui tombés en désuétude, il n'en demeure pas moins qu'ils consacrent sans aucun doute le principe suivant lequel la perte de la nationalité n'intervient valablement qu'à la condition d'une rupture territoriale à titre définitif.

## **B. La perte à l'initiative de l'individu : la libération d'allégeance sur fondement territorial**

**397.** En France, l'individu peut également être à l'origine de la perte de la nationalité, on parle dans ce cas plus volontiers d'une « libération d'allégeance » (1). Pour ce mécanisme encore, la rupture territoriale définitive doit être caractérisée pour qu'une telle demande soit recevable. Seule la situation des couples mixtes a pu faire exception, la femme acquérant automatique la nationalité étrangère de son mari en vertu des dispositions du code civil, sans regard pour le principe territorial. Cette exception a aujourd'hui disparu, le mariage ayant cessé de produire des effets de plein droit en matière de nationalité (2).

### **1. La condition territoriale mise à la libération d'allégeance**

**398. La libération d'allégeance sous condition d'expatriation.** – Suivant une pratique administrative qui remonte à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le Français binational peut toujours demander aux autorités françaises à être « libéré de son allégeance », c'est-à-dire à perdre sa nationalité française<sup>1364</sup>. La règle est aujourd'hui consacrée à l'article 23-4 du code civil qui dispose « Perd la nationalité française le Français, même mineur, qui, ayant une nationalité étrangère, est autorisé, sur sa demande, par le Gouvernement français, à perdre la qualité de Français. Cette autorisation est accordée par décret. » Or, comme le note Boulbès, « La libération de

---

<sup>1362</sup> JORF, 9 juin 1953, p. 5150.

<sup>1363</sup> Comme l'indiquent les chiffres transmis par le Ministère de l'intérieur.

<sup>1364</sup> Voy. Jacques Maury, « Nationalité (en France) », *op. cit.*, 1931, n° 457, p. 448 ; R. Dreyfus et Fernand Cros-Mayrevieille, « Les conflits de nationalité et leur solution par la jurisprudence de la Chancellerie », *Journal de droit international privé*, 1914, p. 799-816, spéc. p. 811 et s.

l'allégeance française est, comme la naturalisation une faveur sollicitée du Gouvernement français. Il l'accorde ou la refuse selon qu'il le juge opportun. »<sup>1365</sup> Renoncer à la nationalité française n'est donc pas un droit. L'auteur, fin connaisseur des pratiques administratives, précise encore les conditions de cette appréciation en opportunité : « la Chancellerie exigeait, pour que la demande tendant à conserver l'allégeance étrangère puisse être assimilée à une demande tendant à acquérir cette allégeance, que la nationalité étrangère fût *activement pratiquée*. »<sup>1366</sup> (nous soulignons) Ici, l'on constate bien l'évidente condition de sujétion territoriale habituelle dans l'autre État de nationalité, suivant le sens communément admis de la nationalité active, reposant principalement sur un critère de résidence<sup>1367</sup>. Maury note d'ailleurs en 1931 que cette condition d'expatriation est celle sur laquelle « il est sans doute aisé de se mettre d'accord »<sup>1368</sup>, l'auteur précisant encore qu'« Un État est en droit de ne pas considérer comme libéré de son allégeance, l'individu devenu national d'un autre État alors que cet individu a gardé sa résidence dans le premier. »<sup>1369</sup> La France se conforme d'ailleurs ici à une règle internationale bien établie, et qui figure notamment à l'article 6 de la Convention de La Haye de 1930 : « (...) tout individu possédant deux nationalités acquises sans manifestation de volonté de sa part pourra renoncer à l'une d'elles, avec l'autorisation de l'État à la nationalité duquel il entend renoncer. Cette autorisation ne sera pas refusée à l'individu qui a sa résidence habituelle et principale à l'étranger (...). »<sup>1370</sup> Pierre Louis-Lucas, commentant un projet de réforme devant le comité français de droit international privé en 1937 s'inspirant de tels principes, précise : « Cette règle qui viendrait consacrer l'importance de ce fait capital, le lieu d'établissement de l'individu, c'est quelque chose qui est heureux. En effet, autant il est logique de dire à l'individu "si vous prenez la nationalité étrangère et si vous vous fixez à l'étranger, vous perdrez, la nationalité française", autant il est logique de faire une réserve et de dire : "si vous prenez la nationalité

---

<sup>1365</sup> Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité, op. cit.*, n° 640, p. 261. Bernard Pacteau, « Qui veut ne plus être Français ? », in *Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2015, p. 382, note encore : « Nul doute qu'un pays, même libéral, puisse également poser des bornes au rejet de sa nationalité, d'autant plus qu'il y a là question de souveraineté. »

<sup>1366</sup> Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité, op. cit.*, n° 634, p. 259.

<sup>1367</sup> Voy. parmi de très nombreux exemples, Paul Lagarde, « Perte de la nationalité française », note sous CE, 25 juillet 1986, *Époux Djebbar, Rev. crit. DIP*, 1987, n° 3, p. 551 : « La résidence à l'étranger du double national ou sa volonté affirmée de s'expatrier une fois obtenue la libération d'allégeance constitue l'un [des] éléments objectifs les plus importants. »

<sup>1368</sup> Jacques Maury, « Nationalité (Théorie générale) », *op. cit.*, n° 73, p. 281.

<sup>1369</sup> *Ibid.*

<sup>1370</sup> Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, La Haye, 12 avril 1930, in Société des Nations, *Recueil des Traités*, 1937, vol. 179, p. 100.

étrangère mais que vous continuiez d'habiter la France, vous demeurerez malgré tout Français". »<sup>1371</sup>

**399.** Plus récemment, c'est moins l'autre nationalité que la nationalité française qui fait l'objet d'une évaluation territoriale. Comme Bernard Pacteau l'a relevé, la perte n'est désormais jugée opportune qu'à la condition qu'elle « [coïncide] avec une cessation de liens concrets objectifs et effectifs avec la France »<sup>1372</sup>, c'est-à-dire à une rupture territoriale. Le ministère l'a confirmé à de nombreuses reprises : « La libération des liens d'allégeance est, selon un principe constant de notre droit de la nationalité, le corrolaire (sic) du droit d'expatriation. Dès lors que des demandes sont présentées à cet effet sans autre intention que celle de renoncer à la nationalité française *sur notre sol*, il n'est pas anormal qu'elles appellent des décisions défavorables. »<sup>1373</sup> (nous soulignons) Cette position administrative est par ailleurs largement consacrée en jurisprudence. Le Conseil d'État, dans une décision de principe *Époux Djebbar* rendue en section le 25 juillet 1986, a confirmé que l'examen de la sujétion territoriale des demandeurs à la libération d'allégeance était juridiquement appropriée (absence d'erreur de droit et d'erreur manifeste d'appréciation) : « Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que, pour prendre cette décision, le ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale s'est fondé sur le fait que les intéressés n'envisagent pas de quitter la France où ils demeurent avec leurs enfants qui y accomplissent leurs études ; qu'en retenant de tels motifs, qui ne sont entachés d'aucune erreur de droit, le ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation des circonstances de l'espèce »<sup>1374</sup>. Le Conseil d'État n'a toutefois pas consacré l'idée que la libération d'allégeance est « l'accessoire de l'expatriation », ainsi que le notaient – semble-t-il – les juridictions du fond et le gouvernement<sup>1375</sup>. Mais l'absence d'un considérant de principe n'en rend pas moins claire la règle administrative suivie par l'autorité publique et consacrée par le juge<sup>1376</sup> :

---

<sup>1371</sup> Pierre Louis-Lucas, « La réforme de la législation sur la perte de la nationalité française », *op. cit.*, p. 16.

<sup>1372</sup> Bernard Pacteau, « Qui veut ne plus être Français ? », *op. cit.*, p. 384.

<sup>1373</sup> JORF, Assemblée Nationale, question, 26 avril 1982, n° 10600, p. 1754. Voy. encore JORF, Assemblée Nationale, question, 8 septembre 1986, n° 1769, p. 3001 : « Les doubles nationaux franco-algériens peuvent en effet (...) demander la libération de leur allégeance française qui leur est presque automatiquement accordée lorsqu'ils résident hors de France, et en particulier en Algérie. » ; JORF, Assemblée Nationale, question, 8 juin 1987, n° 19942, p. 3280 : « En fait, l'administration refuse d'accorder une autorisation de perte de la nationalité française lorsque l'intéressé ne manifeste pas une volonté évidente d'expatriation, en conservant notamment ses attaches familiales et professionnelles en France. » Plus généralement sur ce point, voy. Paul Lagarde, *La nationalité française*, *op. cit.*, n° 42.22, p. 227-228.

<sup>1374</sup> CE, sect., 25 juillet 1986, n° 55135, *Époux Djebbar*, Lebon p. 214.

<sup>1375</sup> Jean-Claude Bonichot, « La renonciation à la nationalité française en cas de double nationalité », concl. sous CE, 25 juillet 1986, *Époux Djebbar*, *RFDA*, 1987, n° 4, p. 621.

<sup>1376</sup> Jean-Claude Bonichot, dans ses conclusions précitées (*ibid.*), y voit une directive administrative : « Nous vous dirons tout de suite que nous ne pensons pas que le ministre ait commis une erreur de droit en prenant une position de principe alors que la loi ne détermine pas les conditions dans lesquelles il doit statuer. Le ministre n'a pas ajouté à la loi. Il s'est, en quelque sorte, donné une directive qui est que, sauf cas particulier, normalement, on ne doit

il est attendu du demandeur à la libération d'allégeance qu'il ait rompu ses attaches territoriales avec la France, ou qu'il apporte la preuve que c'est ce qu'il compte faire. Cette lignée jurisprudentielle constante s'est tarie à la fin des années 1990<sup>1377</sup>, probablement à la suite de la suppression du service national<sup>1378</sup>. Il n'en demeure pas moins que la rupture territoriale forme la condition implicite<sup>1379</sup> mais essentielle mise à la perte de la nationalité par décret à la demande de l'individu.

## 2. L'exception disparue du mariage

**400. L'immixtion de la nationalité dans la relation matrimoniale.** – C'est à la législation intermédiaire, pour la première fois, qu'il revient d'avoir fait produire des effets de nationalité au mariage<sup>1380</sup>. Un décret précité du 30 avril 1790 prévoit en effet que « Tous ceux qui, nés hors du royaume, de parens étrangers, sont établis en France, seront réputés Français, et admis, en prêtant le serment civique, à l'exercice des droits de citoyen actif, après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils ont, en outre [parmi d'autres alternatives] épousé une Française (...) »<sup>1381</sup> La disposition est consacrée dans les Constitutions révolutionnaires de 1791, 1793 et 1795. Ici donc, c'est l'homme qui acquiert la nationalité de sa femme. Concernant la nationalité des femmes en revanche, les travaux de Patrick Weil ont montré que les Françaises ne perdaient pas leur nationalité par le mariage avec un étranger, et qu'à l'inverse l'étrangère

---

accorder la libération des liens d'allégeance qu'aux personnes qui, effectivement, rompent les liens avec notre pays et entreprennent de se conduire comme des nationaux d'un autre État. »

<sup>1377</sup> Pour des références jurisprudentielles de la même époque, voy. Bernard Pacteau, « Perte de la nationalité française », note sous CE, 25 juillet 1986, *Époux Djebbar*, JCP G, 1987, II, comm. 20777. Pour les derniers exemples jurisprudentiels, tous inédits au Lebon, voy. : CAA Nantes, 17 décembre 1998, n° 96NT01781 ; CAA Nantes, 19 décembre 1997, n° 96NT02037 ; CE, 25 mars 1996, n° 136527 ; CE, 24 juin 1994, n° 129324 ; CE, 6 septembre 1993, n° 119140 ; CE, 23 octobre 1991, n° 110926.

<sup>1378</sup> Aujourd'hui la situation est globalement inversée puisque le contentieux est constitué de demandes d'annulation formées par les bénéficiaires des décrets de libération, ceux-ci souhaitant par ce moyen récupérer leur nationalité française – avec fort peu de succès.

<sup>1379</sup> La condition est d'ailleurs explicite en cas de répudiation par déclaration de la nationalité française suite à l'acquisition d'une autre nationalité par mariage. Si cette perte de la nationalité est de droit, elle est en revanche directement conditionnée par « une résidence habituelle du ménage fixée (...) à l'étranger. » Ce mécanisme est issu de la loi du 9 janvier 1973, in JORF, 10 janvier 1973, p. 470. Voy. auj. l'art. 23-5 du code civil. Le même constat s'applique à l'article 23 du code civil qui prévoit également depuis 1973 que « Toute personne majeure de nationalité française, *résidant habituellement à l'étranger*, qui acquiert volontairement une nationalité étrangère ne perd la nationalité française que si elle le déclare expressément, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants du présent titre. » (nous soulignons).

<sup>1380</sup> Le mariage sous l'Ancien Droit ne produit pas d'effets sur la nationalité. Voy. Jules Lepoutre, « Nationalité et couple : aspects historiques », in Amélie Dionisi-Peyrusse, Valérie Parisot, Fabienne Jault-Seseke, et Fabien Marchadier (dir.), *La nationalité : enjeux et perspectives*, Paris, LGDJ, 2018, à paraître.

<sup>1381</sup> Décret du 30 avril 1790 concernant les conditions requises pour être réputés Français et pour être admis à l'exercice des droits de citoyen actif, in Recueil Duvergier, t. I<sup>er</sup>, 1834, 2<sup>ème</sup> éd., p. 160.

mariée avec un Français acquérait la nationalité française<sup>1382</sup>. Depuis lors, et sans discontinuer jusqu'au second XXe siècle, les questions de nationalité vont s'immiscer dans le couple.

**401.** Le code civil continue ainsi de renverser l'indifférence de l'Ancien Régime, déjà amorcée par les dispositions révolutionnaires. L'article 12 dispose que « L'étrangère qui aura épousé un Français, suivra la condition de son mari. » et l'article 19 dispose réciproquement que « Une femme française qui épousera un étranger, suivra la condition de son mari. Si elle devient veuve, elle recouvrera la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du Gouvernement, et en déclarant qu'elle veut s'y fixer. » C'est évidemment une régression qui ancre la femme dans un statut subordonné et accessoire à la condition de l'homme qu'elle épouse. On en arrive ainsi à une situation déterritorialisée où la femme née Française perd son statut et devient étrangère sur le sol qui l'a vu naître, alors même qu'elle continue d'y posséder son domicile. Au-delà de l'infériorisation de la femme, c'est aussi une rupture du principe selon lequel la nationalité manifeste un lien de sujétion territorial habituel. Mais cette approche territoriale ancrée dans la féodalité et l'Ancien Régime ne prévaut guère au XIXe siècle, dans une période où la conception familiale de la nation conduit à un droit du sang tout puissant en doctrine, mais aussi en législation. Et dans cette conception familiale, c'est l'homme qui prime, comme le résume bien Boulay de la Meurthe dans sa présentation de la règle au Corps législatif le 2 décembre 1801, en précisant « l'ancienne et constante maxime qui veut que la femme suive la condition de son mari, maxime fondée sur la nature même du mariage qui, de deux êtres, n'en fait qu'un, en donnant la prééminence à l'époux sur l'épouse. »<sup>1383</sup> C'est l'avènement du principe d'unité de nationalité au sein de la famille. L'on ne trouve guère que Cogordan pour porter quelques critiques très feutrées et théoriques par une comparaison avec les États-Unis, pays dans lequel « le mariage d'un étranger avec une femme du pays entraîne, au contraire, la naturalisation de l'étranger, par la présomption qu'il porte de l'intention qu'a ce dernier à se fixer dans le pays », et que « l'idée d'où elle procède n'est pas sans avoir quelque vérité et l'on comprend fort bien qu'on accorde à l'étranger qui a épousé une femme du pays des facilités spéciales pour se naturaliser dans ce pays. »<sup>1384</sup>

**402.** Quel bilan ? On ne dispose pas de chiffres précis pour le XIXe siècle, mais les mariages entre les Françaises et les étrangers sont une réalité dénoncée : lorsque le mariage est

---

<sup>1382</sup> Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 319.

<sup>1383</sup> Recueil Fenet, vol. VII, p. 144.

<sup>1384</sup> Pour l'ensemble, Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, op. cit., 1890, 2<sup>ème</sup> éd., p. 281-282.

envisagé, les étrangers non soumis aux obligations militaires sont parfois préférés aux Français qui à l'inverse sont soumis à la conscription – nombreux sont ceux qui s'en alertent à cette époque dans un mouvement plus général en faveur du droit du sol (voy. *supra* n° 308). Pour le XXe siècle, selon une étude quantitative réalisée par Patrick Weil, 190 000 femmes françaises de naissance seraient devenues étrangères entre 1900 et 1926, ce qui est absolument considérable<sup>1385</sup>.

**403. Fin de l'exception territoriale.** – Il faut attendre le premier XXe siècle pour voir la situation des femmes s'améliorer. Deux dynamiques distinctes vont se renforcer. La première c'est une certaine consolidation des idées féministes. L'opinion publique commence à se faire à l'idée, depuis le XIXe siècle, que l'inégalité de traitement entre l'homme et la femme peut être considérée comme illégitime<sup>1386</sup>. Un scandale assez retentissant bénéficie d'ailleurs aux femmes, celui des mariages avec des ressortissants chinois. En effet, de nombreux Chinois ont gagné la France pour y travailler à l'occasion de la première guerre mondiale, et certains se sont mariés avec des Françaises. Ces femmes, qui doivent toujours à cette époque obéissance à leur mari en vertu de l'article 213 du code civil (révisé sur ce point en 1938), ont acquis la nationalité chinoise et ont souvent dû suivre leur mari rentrant au pays car rapatrié au terme du contrat. L'Ambassadeur de France est tôt averti de la situation et décrit une situation déplorable. Seul remède, empêcher les mariages. Tel est explicitement proposé dans une circulaire du 2 octobre 1919 qui mentionne des femmes « condamnées, par la force des choses, à végéter dans une misère et au milieu de privations inimaginables, dans un pays dont elles ne connaîtront ni la langue, ni les mœurs. (...) L'épouse française, rentrant en Chine dans la famille de son mari, s'y trouverait séquestrée, ravalée à la position subalterne de deuxième femme, en butte à l'autorité despotique de la femme légitime, sans parler de la tyrannie de ses beaux-parents aux sévices desquels l'omnipotence paternelle, de tradition séculaire dans la famille chinoise, la livrerait sans défense. Dans ces conditions, j'estime que non seulement les autorités françaises doivent déconseiller les mariages entre Françaises et Chinois, mais qu'il faut en rendre la célébration à peu près impossible (...). »<sup>1387</sup>

---

<sup>1385</sup> Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 327.

<sup>1386</sup> Eugénie Niboyet, *Le vrai livre des femmes*, Paris, Dentu, 1863, p. 53, déclare déjà en 1863 que « [Le] mariage est saint entre deux êtres égaux ! » Son petit-fils, Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1928, 2<sup>ème</sup> éd., aura une analyse plus contrastée, critiquant d'abord la « propagande féministe » (n° 145, p. 192), mais adoptant un ton plus mesuré lorsqu'est mentionnée « la dignité humaine de la femme, que l'article 19 sacrifiait au culte des principes surannés la liberté de la femme. » (n° 165, p. 210-211).

<sup>1387</sup> Ministère de l'Intérieur, Circulaire du 2 octobre 1919, in « Mariage entre Chinois et Françaises. Inconvénients », *Journal de droit international privé*, 1920, p. 366.

**404.** Mais le mouvement féministe en France au début du XXe siècle n'est pas placé dans une dynamique suffisamment favorable pour l'emporter seul. La France accuse en la matière un certain conservatisme. Cela conduit à une alliance de raison entre le mouvement féministe et le mouvement populationniste, militant pour un accroissement de la population par une augmentation de la natalité et/ou le recours à l'immigration. Ici l'on voit bien tout l'intérêt qu'il y a de permettre à la femme française de conserver sa nationalité : d'une part cela met fin à une décroissance mécanique de la population, d'autre part cela permet de transmettre une nationalité française à l'enfant par le bénéfice couplé du droit du sang et du droit du sol. Le chemin va être long<sup>1388</sup>. La solution est trouvée en 1922, sous l'égide du Sénateur Louis Martin : la femme pourra prendre, si elle le souhaite, la nationalité de son mari après la conclusion du mariage ; par principe, elle conserve sa nationalité d'origine. La disposition est adoptée et intégrée dans la grande loi sur la nationalité de 1927. Cette loi met donc fin au principe de perte automatique qui conduisait à ce que la Française de naissance renonce obligatoirement à sa nationalité quand bien même elle resterait attachée au sol français. Après quelques évolutions<sup>1389</sup>, la réforme de 1973 adoptée sous l'égide de Jean Foyer permet de retourner à la situation antérieure au code civil selon laquelle le mariage ne produit aucun effet de plein droit quant à la nationalité. Depuis 1927 donc, les femmes ne perdent donc plus automatiquement une nationalité française effective par le seul fait de leur mariage.

**405.** L'ensemble forme donc la tradition française en matière de droit de la perte de la nationalité. Le fait y précède le droit : c'est de l'expatriation définitive que procède la perte de la qualité de ressortissant français. Mais cette tradition législative et jurisprudentielle a bifurqué dans la seconde moitié du XIXe siècle pour former une voie parallèle non respectueuse des principes territoriaux. Son origine est simple : il s'agit d'une confusion entre nationalité et citoyenneté.

## **§ 2. Les exceptions au principe : la « déchéance » et la confusion entre nationalité et citoyenneté**

**406.** Une voie parallèle, hors de la tradition territoriale du droit de la perte de la nationalité, se développe depuis la seconde moitié du XIXe siècle en France. Exceptionnelle, spéciale et contestée, elle attire pour ces raisons la plupart des regards. Son fondement repose sur une

---

<sup>1388</sup> Sur l'ensemble, voy. Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 330.

<sup>1389</sup> Et notamment un fort tournant antilibéral dans les années 1930, voy. Anne Simonin, *Le déshonneur dans la République : une histoire de l'indignité (1791-1958)*, Paris, Grasset, 2008, p. 162-168 ; Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 333-334.

confusion des notions de nationalité et de citoyenneté. Suivant cette perspective, le droit de la perte de la nationalité intervient à l'égard d'individus qui n'ont pas rompu leurs attaches avec le territoire français, mais qui en revanche s'inscrivent en rupture avec l'ordre de valeur défendu par l'État. Ces individus, sous certaines conditions, ne mettent plus en jeu leur seule citoyenneté, mais bien leur nationalité, actant le passage de la nationalité d'un cadre objectif reposant sur le territoire à un cadre subjectif reposant sur les valeurs. Cette dynamique législative naît au XIXe siècle, dans le sillage de la seconde abolition de l'esclavage (A). Elle est consacrée dans les temps guerriers du premier XXe siècle et tend à réémerger dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (B).

### **A. De la distinction à la confusion : les effets du décret d'abolition de l'esclavage**

**407.** La législation intermédiaire et le code civil vont, dans une dynamique commune, tracer une ligne de frontière claire et nette entre la nationalité et la citoyenneté, la première étant placée dans un référentiel objectif en lien avec le principe territorial, la seconde étant placée dans un référentiel subjectif en lien avec les valeurs de l'État (1). Cette construction cohérente va voler en éclats en 1848 à la suite de l'adoption d'une déchéance de nationalité spéciale frappant les Français possédant des esclaves. Ce nouveau régime mêle le cadre objectif de la nationalité au cadre subjectif de la citoyenneté, et jette ainsi les bases d'une confusion entre ces notions (2).

#### **1. L'origine d'une stricte distinction : de la législation intermédiaire au code civil**

**408. Indistinction formelle mais pas matérielle dans la législation intermédiaire.** – La législation intermédiaire est incertaine quant à l'objet des règles qu'elle édicte. En effet, comme cela est souvent relevé, les constitutions révolutionnaires ne font pas le départ entre la qualité de Français et la citoyenneté française. La raison invoquée par beaucoup d'auteurs est celle du désintérêt du législateur dans les distinctions entre Français et étrangers<sup>1390</sup> puisque, par l'abolition du droit d'aubaine, cette distinction se serait largement estompée, ou aurait même disparu. La réalité est sans doute plus nuancée et il a déjà été démontré qu'en matière d'entrée sur le territoire et d'expulsion, la qualité de membre de la communauté nationale pouvait avoir, au moins implicitement, un intérêt (voy. *supra* n<sup>os</sup> 110 s. et 136 s.).

---

<sup>1390</sup> Voy. Michel Troper, « La notion de citoyen sous la Révolution française », in *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 304-305 ; Serge Slama, *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, op. cit., p. 81-84 ; Anne Simonin, *Le déshonneur dans la République : une histoire de l'indignité (1791-1958)*, op. cit., p. 223-226. Ces auteurs réduisent la nationalité à sa seule composante civile.



409. En tout état de cause, l'indistinction formelle entre la qualité de Français et celle de citoyen français est particulièrement nette en ce qui concerne le droit de la perte de la nationalité, puisque les motifs de perte mêlent à la fois la rupture territoriale – dans la stricte continuité de l'Ancien Droit – et l'indignité – davantage liée à l'exercice de la citoyenneté dans son versant politique. Cette indistinction se constate dans chacune des Constitutions adoptées pendant la période intermédiaire. Ainsi, la Constitution de 1791, qui distingue pourtant bien entre la citoyenneté passive (qualité de Français) et la citoyenneté active (citoyen français), confond les termes lorsqu'elle énonce les cas de perte :

« Article 6. – La qualité de citoyen français se perd :

1° Par la naturalisation en pays étranger ;

2° Par la condamnation aux peines qui emportent la dégradation civique, tant que le condamné n'est pas réhabilité ;

3° Par un jugement de contumace, tant que le jugement n'est pas anéanti ;

4° Par l'affiliation à tout ordre de chevalerie étranger ou à toute corporation étrangère qui supposerait, soit des preuves de noblesse, soit des distinctions de naissance, ou qui exigerait des vœux religieux. »

Ici, la perte de la qualité de Français par la naturalisation en pays étranger (1°) est un cas directement issu de l'Ancien Droit, auquel se réfèrent déjà Bodin ou Pothier, et qui matérialise de la manière la plus emblématique la rupture territoriale définitive de l'individu à l'égard de son État d'origine (voy. *supra* n° 89). En revanche, les trois derniers alinéas impliquent davantage une perte de la citoyenneté politique par la constatation d'une forme d'indignité, dont la peine de dégradation civique a constitué un fameux exemple<sup>1391</sup>. D'ailleurs, le Député Moreau relève très justement l'ambivalence du texte sur ce point (2°) lors de la discussion de cet article à la séance du 10 août 1791 : « Je vois que l'article n'est pas clair. Certainement une personne peut encourir les peines de la dégradation civique, et pour cela cesser d'être citoyen français. Il perd bien le droit de citoyen, mais il est toujours Français. »<sup>1392</sup> Encore à propos de l'individu condamné par jugement de contumace (3°), le même Député note « Il est toujours Français. »<sup>1393</sup> De la même manière, à propos de l'affiliation à un ordre de chevalerie (4°), le Député Røederer considère que « Par affiliation à tout ordre, on peut interdire la condition de citoyen français actif, mais on ne peut pas rayer de la liste des citoyens non actifs. »<sup>1394</sup> Il est donc erroné d'affirmer que les révolutionnaires ne distinguent pas entre la nationalité – avant la lettre – et la

---

<sup>1391</sup> Anne Simonin, *Le déshonneur dans la République*, op. cit., p. 42-56.

<sup>1392</sup> AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 29, p. 322.

<sup>1393</sup> *Ibid.*

<sup>1394</sup> *Ibid.*

citoyenneté ; Moreau comme Rœderer mettent clairement à mal l'idée souvent selon laquelle ces deux concepts sont « indissociés »<sup>1395</sup>. Il faut donc « trier » entre ces différents motifs ceux qui relèvent d'une perte de la qualité de Français et ceux qui relèvent d'une perte de la seule citoyenneté<sup>1396</sup>. La confusion se poursuit dans la Constitution de l'an I, adoptée le 24 juin 1793 :

« Article 5. – L'exercice des Droits de citoyen se perd - Par la naturalisation en pays étranger - Par l'acceptation de fonctions ou faveurs émanées d'un gouvernement non populaire ; - Par la condamnation à des peines infamantes ou afflictives, jusqu'à réhabilitation.

Article 6. – L'exercice des Droits de citoyen est suspendu - Par l'état d'accusation ; - Par un jugement de contumace, tant que le jugement n'est pas anéanti. »

Ici, « l'acceptation de fonctions ou faveurs émanées d'un gouvernement non populaire » fait directement référence à l'acceptation d'« offices » auprès d'un gouvernement étranger, déjà cause de perte de la qualité de sujet dans l'Ancien Droit, suivant Bacquet ou Pothier (voy. *supra* n° 89), à ceci près que la Révolution ajoute une composante politique à la qualité du gouvernement. Et de fait, c'est bien la perte de la qualité de Français qui est ici visée, comme le note le Député Thirion à la séance du 11 juin 1793, « un Français qui a servi des puissances étrangères peut rentrer dans la République, et après un an de résidence, recouvrir ses droits. »<sup>1397</sup> Cette exigence de résidence d'un an démontre de manière certaine que le Français était alors devenu étranger. En effet, selon l'article 4 de la Constitution de l'an I, l'étranger domicilié depuis un an, moyennant la réalisation de certaines conditions<sup>1398</sup>, acquiert la qualité de Français. Donc, pour Thirion, le Français qui sert une puissance étrangère devient bel et bien étranger, ce qui conduit à la perte de son statut de citoyen – il précise à ce sujet que cet individu « ne peut pas à la fois remplir des fonctions dans un gouvernement étranger et voter dans sa patrie »<sup>1399</sup>. L'on trouve donc encore dans la Constitution de l'an I une indistinction formelle entre les notions de qualité de Français (nationalité) et de citoyen français (citoyenneté).

**410.** Il peut être observé qu'en la matière, les Députés font toujours une application implicite du critère territorial puisqu'en l'absence de rupture territoriale (dégradation civique, contumace, affiliation à un ordre de chevalerie), ils constatent la perte de la seule citoyenneté, et

---

<sup>1395</sup> Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. II, *op. cit.*, p. 508.

<sup>1396</sup> Dans le même sens, voy. Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 37, note 61 ; Jean-Christophe Gaven, « La déchéance avant la nationalité. Archéologie d'une déchéance de citoyenneté », *Pouvoirs*, 2017, n° 1, p. 94-95.

<sup>1397</sup> AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 66, p. 284.

<sup>1398</sup> « Tout étranger âgé de vingt et un ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une année - Y vit de son travail - Ou acquiert une propriété - Ou épouse une Française - Ou adopte un enfant - Ou nourrit un vieillard »

<sup>1399</sup> AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 66, p. 284.

que face à une rupture (prise d'offices auprès d'un gouvernement étranger), ils constatent davantage la perte de la qualité de Français. Autrement dit, s'il y a une indistinction formelle entre nationalité et citoyenneté dans le texte, matériellement en revanche, les débats parlementaires indiquent que ces deux statuts sont distingués : l'un renvoie à des critères territoriaux, l'autre à des critères de dignité et d'honneur. Il n'est pas nécessaire de multiplier les exemples, chacune des autres Constitutions de la période intermédiaire procédant selon ce même mode<sup>1400</sup>, et l'on doit au code civil et à ses travaux préparatoires la formalisation de la distinction, suivant le principe territorial.

**411. Distinction formelle et matérielle dans le code civil.** – Le code civil de 1804 établit clairement une distinction entre qualité de Français et citoyenneté française. En effet, l'article 7 prévoit bien que « L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de *Citoyen*, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle. » Et aux articles suivants, le code civil prévoit logiquement les conditions d'octroi et de perte de la seule « qualité de Français ». En ce sens, le conseiller d'Etat Antoine Boulay de la Meurthe, dans sa présentation du code civil au Corps législatif le 2 décembre 1801, précise que :

« Il est clair qu'il ne s'agit, dans cet article constitutionnel, que de la perte *des droits politiques*, lesquels sont attachés essentiellement à la qualité de citoyen. Mais il s'agit ici des droits civils, lesquels ne dépendent que de la simple qualité de Français. Or, de même que la loi constitutionnelle a déterminé les cas où se perdait la qualité de *citoyen*, la loi civile devait déterminer ceux où se perd la qualité de Français (...). »<sup>1401</sup>

Dès lors, la distinction est formellement bien établie, et elle correspond par ailleurs à des critères territoriaux puisque le code civil, comme cela a déjà été montré, n'établit des cas de perte de la qualité de Français qu'en réponse à une stricte rupture territoriale, comme le démontre clairement le premier projet de code civil présenté en 1801 : « La qualité de Français se perdra par l'abdication qui en sera faite. Cette abdication devra être prouvée par des faits qui supposeront que le Français se sera établi en pays étranger, sans esprit de retour. »<sup>1402</sup> Sans surprise donc, le code civil ne prévoit pas la perte de la qualité de Français du contumax, de l'individu affilié à un ordre de chevalerie étranger, du dégradé civiquement, etc. Le droit de la perte de la qualité

---

<sup>1400</sup> Une exception visible dans la Constitution de l'an III qui prévoit : « Article 15. – Tout citoyen qui aura résidé sept années consécutives hors du territoire de la République, sans mission ou autorisation donnée au nom de la nation, est réputé étranger ; il ne redevient citoyen français qu'après avoir satisfait aux conditions prescrites par l'article dixième. » Ici, sans aucun doute, la Constitution établit formellement qu'en devenant étranger, c'est la qualité de Français qui est perdue, et non la seule citoyenneté.

<sup>1401</sup> Fenet, vol. VII, p. 147-148.

<sup>1402</sup> Projet d'article 12 du code civil, Procès-verbal de la séance du 6 thermidor an IX (25 juillet 1801), in Fenet, vol. VII, p. 16.

de Français est ainsi formellement expurgé des motifs de dignité ou d'honneur qui s'attachent bien davantage à la jouissance de la citoyenneté française. Cela est encore confirmé par Jean-Baptiste Treilhard lors d'une présentation au Corps législatif le 5 mars 1803 : « toute cause qui prive du titre de citoyen, ne doit pas nécessairement priver des droits civils et de la qualité de Français. Cette qualité ne doit se perdre que par des causes qui supposent une renonciation à sa patrie. »<sup>1403</sup> Le code civil consolide donc l'acquis de l'Ancien Droit selon lequel le régime de la perte de la nationalité est territorialement conditionné, et que la qualité de Français ne peut se perdre en l'absence de rupture territoriale, à la différence de la citoyenneté. Une rupture intervient quarante années plus tard, avec l'adoption du décret d'abolition de l'esclavage.

## 2. L'origine d'une confusion : le décret d'abolition du 27 avril 1848

**412. Rupture du principe dans le décret d'abolition du 27 avril 1848.** – La rupture est paradoxalement issue d'un des textes les plus emblématiques de l'ordre républicain, le décret du 27 avril 1848 abolissant l'esclavage, adopté sous la jeune et éphémère II<sup>ème</sup> République. Ce décret prévoit en effet la perte de la « qualité de citoyen français » pour tout Français qui, en infraction avec les dispositions abolitionnistes, posséderait un esclave :

« 8. À l'avenir, même en pays étranger, il est interdit à tout Français de posséder, d'acheter ou de vendre des esclaves, et de participer, soit directement, soit indirectement, à tout trafic ou exploitation de ce genre. *Toute infraction à ces dispositions entraînera la perte de la qualité de citoyen français.* Néanmoins, les Français qui se trouveront atteints par ces prohibitions, au moment de la promulgation du présent décret, auront un délai de trois ans pour s'y conformer. Ceux qui deviendront possesseurs d'esclaves en pays étrangers, par héritage, don ou mariage, devront, sous la même peine, les affranchir ou les aliéner dans le même délai, à partir du jour où leur possession aura commencé. »<sup>1404</sup> (nous soulignons)

Malgré l'imprécision du décret – « la qualité de citoyen français » –, il ne fait guère de doute qu'il est ici question de la perte de la qualité de Français (la nationalité), en sus de la citoyenneté. Si le rapport présenté par Victor Schoelcher en 1848 ne permet guère de trancher ce débat lors de l'adoption du décret, un second rapport présenté par le Député Jean-Baptiste Josseau en 1858 ne laisse aucun doute à ce sujet : il y est fait mention que l'abolition est prononcée à l'égard des Français « sous peine d'être dénationalisés »<sup>1405</sup>, et qu'ils doivent ainsi choisir entre

---

<sup>1403</sup> Jean-Baptiste Treilhard, « Exposé des motifs du titre Ier, livre Ier, du code civil, de la jouissance et de la privation des droits civils », Séance du 14 ventôse an XI, in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Paris, Firmin Didot, 1838, p. 44. Voy. également Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. II, *op. cit.*, p. 516.

<sup>1404</sup> Décret du 27 avril 1848 relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et possessions françaises, X, Bull. XXXII, n° 296, in Duvergier, *Collection*, 1848, t. 48, p. 194.

<sup>1405</sup> Jean-Baptiste Josseau, Rapport sur la loi qui modifie le § 2 de l'art. 8 du décret du 27 avril 1848 relatif aux propriétaires d'esclaves, DP 1858. IV. 63.

« la ruine de leur fortune et l'abjuration de leur nationalité »<sup>1406</sup>. L'usage du terme « nationalité » est en effet à l'époque en plein développement, et il permet très opportunément d'apporter la preuve que ce qui est en jeu ici, c'est bien la nationalité et non la seule citoyenneté. La jurisprudence confirmera cette interprétation<sup>1407</sup>.

**413.** La rupture du principe territorial en droit de la perte de la nationalité est consommée. Aucun mécanisme législatif ne s'assure que le Français qui perd sa nationalité a rompu définitivement les liens avec son pays d'origine, encore moins qu'il possède une tierce nationalité. Les rapports de Schoelcher en 1848 et Josseau en 1858 montrent explicitement que la condition territoriale est exclue du champ d'appréciation de ce qui s'analyse bel et bien en une sanction :

« [le décret] veut que le Français, *en quelque pays qu'il réside*, abdique le honteux privilège de posséder un homme : la qualité de maître devient incompatible avec le titre de citoyen français ; c'est renier son pays que d'en renier le dogme fondamental. »<sup>1408</sup> (nous soulignons)

« S'il est difficile d'en surveiller l'observation rigoureuse, et si ses prescriptions s'arrêtent devant le respect dû à des intérêts légitimes, il n'est cependant pas indifférent, au point de vue de la dignité nationale, de consacrer de nouveau, après dix ans d'expérience, le principe que nul Français ne peut, *en quelque pays qu'il habite*, être un marchand ou même un simple acteur d'esclaves ! »<sup>1409</sup> (nous soulignons)

Sans difficultés, l'on voit bien que ce qui dicte une telle mesure, c'est la protection d'un « dogme fondamental » inscrit dans l'ordre libéral, et même la « dignité nationale » de la France et de ses ressortissants. Autrement dit, le Français n'est plus jugé digne d'appartenir à la communauté nationale, quand bien même c'est à celle-ci, plus qu'à toute autre, qu'il serait objectivement rattaché. La perte de la nationalité ne vient donc plus constater une abdication factuelle démontrée par l'expatriation sans esprit de retour, mais une indignité déconnectée de toute condition territoriale. Il aura fallu toute la force symbolique attachée à l'abolition de l'esclavage pour porter atteinte au principe territorial de la nationalité, pourtant protégé par la tradition française depuis l'Ancien Droit. La perte de la nationalité est alors inscrite dans une approche déterritorialisée et dans un référentiel subjectif de valeur ; elle se trouve alignée sur le régime juridique de la citoyenneté, ce qui avait pourtant été exclu tant par les Révolutionnaires que par

---

<sup>1406</sup> *Ibid.*

<sup>1407</sup> Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. II, *op. cit.*, p. 698-699.

<sup>1408</sup> Victor Schoelcher, Rapport fait au ministre de la marine et des colonies par la commission instituée pour préparer l'acte de l'abolition immédiate de l'esclavage, DP 1848. IV. 81.

<sup>1409</sup> Jean-Baptiste Josseau, Rapport sur la loi qui modifie le § 2 de l'art. 8 du décret du 27 avril 1848 relatif aux propriétaires d'esclaves, DP 1858. IV. 63.

les rédacteurs du code civil. À notre connaissance, à l'exception d'un exemple relevé par Patrick Weil<sup>1410</sup>, le décret n'a jamais conduit à ce qu'une perte de la nationalité soit prononcée par un juge français.

**414. Critique du dispositif.** – Posséder ou faire commerce d'esclaves est absolument sans effet sur la réalité du lien territorial habituel qui est censé unir personnellement un national à son État. Autrement dit, un Français qui se rend coupable de trafic d'esclaves n'en est pas moins objectivement alloué en dernier ressort au territoire français. Le régime de perte de la nationalité instauré par le décret de 1848 procède donc à une confusion entre citoyenneté et nationalité. L'inscription de cette perte de nationalité dans un référentiel de valeur unanimement accepté (l'abolition de l'esclavage) fait longtemps obstacle à une approche critique. Il revient à Cogordan d'avoir formulé une première critique sur cette confusion :

« Si on veut bien se rappeler la distinction que nous avons faite entre le citoyen d'un État et le national, on verra promptement que l'idée de punir certains méfaits par la perte de la nationalité ne provient que d'une confusion entre ces deux termes trop souvent confondus. La nationalité n'est qu'une aptitude à jouir des droits de citoyen : on peut déclarer déchu de tous leurs droits les individus qui se sont rendus coupables de certains crimes, mais on ne peut enlever la qualité de national qu'à ceux qui se sont rattachés à une nationalité étrangère. »<sup>1411</sup>

Son texte montre bien que l'inscription de la nationalité dans un référentiel subjectif exclusivement fondé sur les valeurs met en péril l'ordre international : chaque individu doit être rattaché à une nationalité, et la perte de la nationalité ne s'entend normalement que dans la situation où l'individu possède une autre nationalité. L'auteur précise d'ailleurs encore : « c'est une règle que l'on s'étonne à juste titre, de trouver dans notre législation, d'où il faut espérer qu'elle sera rayée prochainement. Quelle raison y a-t-il de déclarer non Français un individu qui vend ou achète des esclaves plutôt qu'un assassin, un incendiaire ou tout autre criminel ? »<sup>1412</sup> Autrement dit, hors des conflits positifs de nationalité témoignant de la prédominance factuelle de la nationalité étrangère, le Français ne peut pas être privé de sa qualité. Cogordan sera entendu par une partie des parlementaires. Lors des discussions relatives à l'adoption de la grande loi du 26 juin 1889 sur la nationalité<sup>1413</sup>, l'auteur de la proposition, le sénateur Anselme Batbie, ancien professeur à la Faculté de droit de Paris, prévoyait précisément la suppression du décret

---

<sup>1410</sup> Patrick Weil, « Politique de la mémoire : l'interdit et la commémoration », *Esprit*, 2007, février, p. 129-130.

<sup>1411</sup> George Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, op. cit., 1879, 1<sup>ère</sup> éd., p. 265.

<sup>1412</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>1413</sup> JORF, 28 juin 1889, p. 2977 et s.

du 27 avril 1848. Appelé à s'en justifier, il suivait précisément la ligne déjà tracée par Cogordan :

« Je dois m'exprimer sincèrement sur ce point, parce que je ne voudrais pas surprendre la religion de mes collègues. C'est un principe de droit international, que tout individu doit autant que possible avoir une nationalité, avoir une patrie. Les gens sans patrie doivent être considérés comme n'étant pas dans des conditions normales (...). M. Wallon, si je ne me trompe, me fait observer que ces Français se sont mis hors du droit de l'humanité. C'est une pensée très élevée, exprimée en des termes très nobles, j'en conviens. (...) [Mais il] y a bien d'autres criminels qui se placent par des faits plus graves en dehors des lois de l'humanité ; il y a des criminels beaucoup plus coupables que ceux qui font le commerce des esclaves, et cependant vous ne les placez pas en dehors des lois ; ils ne sont pas dénaturalisés parce qu'ils ont commis des crimes, des forfaits abominables. »<sup>1414</sup>

L'opposition est forte, notamment celle du sénateur Henri de Gavardie qui précise, non sans emphase : « Comment ! Il sera permis à des possesseurs ou à des trafiquants d'esclaves, à des hommes qui ont abjuré tout sentiment d'humanité, de garder leur qualité de Français ! Prenez-y garde, messieurs ! (...) Il faut que ce décret demeure, il est entré dans les mœurs publiques, il y aurait de graves inconvénients au point de vue moral à y toucher : je vous demande de le maintenir. »<sup>1415</sup> Une telle argumentation est d'ailleurs soutenue par Victor Schœlcher en personne, qui siège encore comme parlementaire à cette époque : « les hommes qui ont fait le commerce d'esclaves se sont mis en dehors de l'humanité »<sup>1416</sup>, et plus loin « Le commerce des esclaves est une offense à l'espèce humaine tout entière ! »<sup>1417</sup> Mais ces derniers arguments ne l'emportent pas au Sénat qui adopte *in fine* l'abrogation du décret. C'est seulement lors de l'examen de la proposition à la Chambre des Députés que le décret du 27 avril 1848 sera rétabli, suivant une justification « étriquée »<sup>1418</sup> selon les termes de Gérard Légier, les députés alléguant la rareté de l'application de ce décret pour en proposer le maintien. Le Sénat se rallie à cette position et n'en demande plus l'abrogation.

**415.** Toutefois, l'examen de cette période permet d'établir que les parlementaires ont conscience du caractère exceptionnel de ce cas de perte de la nationalité, et de la rupture historique et théorique qu'il crée avec les cas classiques qui supposent une « abdication volontaire », à la « perte de l'esprit de retour ». En témoignent les propos du sénateur Pierre Lacombe prononcés

---

<sup>1414</sup> JORF, débats, Sénat, 8 février 1887, p. 118.

<sup>1415</sup> JORF, débats, Sénat, 7 février 1887, p. 112.

<sup>1416</sup> JORF, débats, Sénat, 8 février 1887, p. 118.

<sup>1417</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>1418</sup> Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. II, *op. cit.*, p. 701.

à la séance du 8 février 1887, qui qualifie un tel mécanisme d'« illogique » et d'« antijuridique » :

« J'ajouterai que c'est là le seul cas que l'on puisse citer de la perte de la qualité de Français envisagée comme une pénalité, car les règles des articles 17 à 21 du code civil doivent être plutôt envisagées comme la conséquence d'une abdication formelle ou légalement présumée de la nationalité originaire. Cette exception, qui paraît assez illogique, qui est même antijuridique, peut-elle se défendre et doit-elle continuer d'exister ? »<sup>1419</sup>

Lacombe pointe très justement le caractère sanctionnateur du décret d'abolition, il s'agit bien de punir l'individu qui a rompu un ordre de valeur, et non plus de constater objectivement et matériellement la perte de la nationalité française par la rupture territoriale.

**416.** Le décret du 27 avril 1848 fonde ainsi une lignée juridique divergente, qui fait exception au principe territorial de la nationalité. André Weiss résume cette atteinte de manière tout à fait convaincante dans la première édition de son *Traité* publié en 1892. Pour cet auteur, le principe du droit français de la nationalité est que « la perte de la nationalité ne peut être infligée à titre de peine, mais qu'elle suppose nécessairement un *fait volontaire* chez celui dont elle modifie l'état. »<sup>1420</sup> Comme il le note encore, « Il serait peu conforme aux égards que se doivent les peuples civilisés de punir un sujet indigne, en le chassant du sol et de la communauté de sa patrie d'origine, en le dépouillant du droit de cité, et en le rejetant ainsi sur les États voisins. D'ailleurs rien n'oblige ceux-ci à faire accueil à l'exilé et l'admettre au nombre de leurs nationaux ; la dénationalisation *nomine pœnæ* aboutit donc à l'*heimathlosat*, que tous les efforts d'une législation bien faite doivent tendre à prévenir. »<sup>1421</sup> C'est sous l'influence de cet auteur que l'Institut du droit international en fera une règle dans une résolution de 1896<sup>1422</sup>. Weiss lie ainsi la perte de la nationalité aux aspects territoriaux, et énonce clairement que l'indignité seule ne saurait fonder une telle mesure. Il conclut en annonçant de manière prescriptive que l'État ne peut normalement pas punir ses ressortissants par le vecteur du droit de la nationalité, en rejetant, comme Cogordan avant lui<sup>1423</sup>, la confusion entre nationalité et citoyenneté :

---

<sup>1419</sup> JORF, débats parlementaires, Sénat, séance du 8 février 1887, p. 119.

<sup>1420</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, 1<sup>ère</sup> éd., 1892, p. 428.

<sup>1421</sup> *Ibid.*

<sup>1422</sup> « Article 6 – Nul ne peut perdre sa nationalité ou y renoncer que s'il justifie qu'il est dans les conditions requises pour obtenir son admission dans un autre Etat. *La dénationalisation ne peut jamais être imposée à titre de peine.* » (nous soulignons) Voy. Résolutions relatives aux conflits de lois en matière de nationalité (naturalisation et expatriation), 29 septembre 1896, in Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 14 (1896), Paris, Pedone, 1896, p. 271. L'article est adopté sans discussion (*ibid.*, p. 269), ce qui témoigne du consensualisme du principe en droit international à la fin du XIXe siècle, sur le rapport d'André Weiss et Henri Catellani (*ibid.*, p. 125-132).

<sup>1423</sup> Dans le même sens encore, au début du XXe siècle, voy. Estanislao Severo Zeballos, *La nationalité au point de vue de la législation comparée et du droit privé humain*, vol. III, Paris, Sirey, 1916, p. 752 : « on confond la



« Tout ce que l'État peut faire, c'est de réduire à l'impuissance ceux de ses membres qui lui paraissent constituer un danger pour l'ordre social par la privation de certains droits (...), par des déchéances pénales ou civiles, qui, jamais, en aucun cas, ne sauraient aller jusqu'à l'exclusion totale du droit de nationalité. L'État est maître de les rayer du nombre des citoyens ; il ne peut faire que, malgré eux, ils cessent d'être Français. »<sup>1424</sup>

Weiss considère ainsi que la perte de la nationalité prévue par le décret du 27 juin 1848 est « une anomalie, une exception que rien ne justifie »<sup>1425</sup>. Pourtant, bien loin de se tarir, ce régime d'exception va se développer aux siècles suivants.

## **B. La consécration de la confusion : la « déchéance » en droit contemporain de la nationalité**

**417.** Cette confusion inaugurée en 1848 ne tarde guère à se développer. Ce sont les contextes de guerre (première et seconde) qui sont surtout propices à l'intégration de la nationalité dans un champ subjectif de valeurs, pour mieux frapper l'ennemi intérieur (1). La subjectivisation de la nationalité, propre à son régime de perte, se développe pourtant également, mais dans une moindre ampleur, dans les périodes de paix, comme le montre la lutte contre le terrorisme depuis le début des années 2000.

### **1. Les temps de guerre : les déchéances collectives par révision des naturalisations**

**418.** Deux épisodes historiques vont conduire en France à ce que le législateur recourt à des mécanismes de révision collective des naturalisations. Ce sont des procédés particulièrement attentatoires à l'État de droit, mais aussi à la tradition territoriale de la nationalité puisque sont ici particulièrement visés des Français qui résident en France et que l'autorité publique souhaite ramener à un statut d'étranger pour mieux les soumettre à la législation d'exception (internement, mise sous séquestre des biens, etc.). Sans surprises, ce sont les première (a) et seconde (b) guerres mondiales qui créent les conditions d'émergence d'une telle législation.

#### **a. la révision collective de la première guerre mondiale**

**419. La condition territoriale écartée en droit : l'examen de l'intention parlementaire.** – La loi précitée du 7 avril 1915 possède une nature ambivalente. Si son article 1<sup>er</sup> s'inscrit dans la droite filiation des cas de perte de nationalité à la suite d'une rupture territoriale

---

suspension du droit de vote et d'éligibilité, prononcé à titre de peine pour un temps plus ou moins limité, avec la suspension de l'état-civil et de l'état politique du national, qui est irrévocable. »

<sup>1424</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, 1892, 1<sup>ère</sup> éd., p. 428-429.

<sup>1425</sup> *Ibid.*, p. 496.

(voy. *supra* n° 389), son article 2 en revanche se place dans une certaine filiation avec le décret d'abolition de l'esclavage en ce qu'il prévoit la perte de la nationalité de ressortissants Français qui n'ont pas nécessairement rompu leurs attaches avec la France. Comme pour le décret du 27 avril 1848, c'est encore la charge symbolique, cette fois liée à la guerre totale contre l'ennemi allemand, qui justifie de déroger à la territorialité du droit de la perte de la nationalité.

**420.** Gérard Légier a analysé en détail dans un article récemment paru les motifs qui ont guidé le législateur. Il y note justement la « collision des opinions »<sup>1426</sup> entre modérés et radicaux, les premiers respectant le principe selon lequel la perte ne résulte que de la rupture territoriale (ils sont d'ailleurs les auteurs de l'article 1<sup>er</sup> de la loi), et les seconds souhaitant au contraire étendre la perte aux individus présents sur le territoire par l'intermédiaire d'un procédé de révision collective des naturalisations (auteurs de l'article 2 de la loi). Deux projets parlementaires vont servir de substrat politique à l'adoption de cet article 2, le premier émanant de la Chambre des Députés, examiné mais non adopté ; le second émanant du Sénat, examiné puis adopté par les deux chambres. C'est le climat de guerre, puissamment germanophobe, qui place sous une chape de plomb les principes juridiques traditionnels.

**421.** Le premier projet est déposé par le Député Jules Delahaye (un catholique conservateur, royaliste et antisémite notoire) accompagné d'un long « contre-rapport » qu'il prononce à la séance du 28 janvier 1915<sup>1427</sup>. Il prévoit initialement que « sont supprimées, à partir des déclarations de guerre, toutes les naturalisations accordées aux sujets allemands, austro-hongrois et turcs, qui n'ont pas un ou plusieurs fils combattant sous les drapeaux de l'armée française. »<sup>1428</sup> Le rapporteur, le Député Maurice Bernard, professeur à la Faculté de droit de Paris, précise que « Ce retrait automatique des décrets de naturalisation a l'inconvénient de frapper aveuglément et brutalement »<sup>1429</sup>, qu'une telle mesure de retrait « serait inutile et injustifiée. »<sup>1430</sup> Pour autant, Delahaye justifie sa mesure et précise justement que le projet du gouvernement ne s'en prend *de facto* qu'aux ressortissants qui ont quitté le territoire, et qu'il faut au contraire chercher surtout à frapper les nationaux encore présents sur le territoire. La violation de la condition territoriale est donc particulièrement caractérisée, comme l'assume parfaitement Delahaye :

---

<sup>1426</sup> Gérard Légier, « La législation relative à la nationalité française durant la Première Guerre mondiale », *op. cit.*, p. 772.

<sup>1427</sup> JORF, Débats parlementaires, Ch. des Dép., 28 janvier 1915, p. 39-45.

<sup>1428</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>1429</sup> Chambre des Députés, Rapport n° 526, annexe au procès-verbal de la séance du 19 janvier 1915, p. 13.

<sup>1430</sup> *Ibid.*

« Le projet du Gouvernement peut se résumer en quelques mots. Il enlève la qualité de Français aux seuls traitres, déserteurs, indignes, qui, en fait, *y ont déjà spontanément renoncé, ont quitté la France* et sont pour elle, désormais, sans danger. Il la laisse à tous les autres, c'est-à-dire au plus grand nombre des Allemands, des Autrichiens, des Turcs naturalisés, depuis une vingtaine d'années surtout, avec une facilité, une imprudence, une légèreté déplorée trop tard par l'administration elle-même. »<sup>1431</sup> (nous soulignons)

« Permettez-moi de vous dire qu'il ne faut pas borner vos investigations à ceux dont vous n'avez plus rien à craindre. *Ils sont dehors ; mais les autres demeurent dedans*. Ce sont ceux-là les plus nombreux, les plus dangereux, que vous ménagez, que vous conservez. Pourquoi ? »<sup>1432</sup> (nous soulignons)

S'entrechoquent une approche modérée fondée sur le droit, et une approche radicale prenant appui sur une germanophobie patente : « “race de vipères”, “race de proie”, “race de sang”, “race de mégalomanes”, les académies et les instituts, les petits et les grands, ne connaissent plus que sous ces noms et d'autres plus violents encore, la race qui proclame sa volonté d'imposer sa domination à tous les faibles (...). »<sup>1433</sup> Delahaye invoque le « droit de [notre] patrie à l'existence »<sup>1434</sup>, et ainsi à faire exception à la légalité ordinaire. Mais le représentant du gouvernement, le Garde des Sceaux Aristide Briand, refuse que de tels pouvoirs soient « laiss[és] à l'arbitraire du Gouvernement »<sup>1435</sup>, tandis que Maurice Bernard affirmait déjà dans son rapport que « le droit s'arrête au seuil de la conscience »<sup>1436</sup> et que l'on ne peut en conséquence dénaturiser que celui qui s'est révélé – trahi – par des actes positifs. De fait, comme le note Gérard Légier, « les tenants du projet [du gouvernement] mettent l'accent sur le respect des principes juridiques, alors que leurs adversaires les relèguent à un rang inférieur »<sup>1437</sup>. La conformité au droit finit par l'emporter à la Chambre des Députés, et l'amendement est rejeté à une écrasante majorité. Mais c'est du Sénat que viendra finalement l'adoption de la mesure de révision collective, sans garanties pour le respect de la composante territoriale de la nationalité.

**422.** Le second projet est déposé par le Sénateur Léon Jénouvrier (membre de la gauche républicaine), à partir d'un échange plutôt anodin avec Aristide Briand à la séance du 4 mars

---

<sup>1431</sup> JORF, Débats parlementaires, Ch. des Dép., 28 janvier 1915, p. 39.

<sup>1432</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>1433</sup> *Ibid.*, p. 41. Cette germanophobie se mêle d'ailleurs d'antisémitisme, Delahaye note encore « J'ai dans mon dossier la liste des membres du “syndicat des banquiers en valeur”. Les noms de consonance française y sont l'exception. Les juifs de toute origine y grouillent comme dans une mare. (*On rit.*) Les Allemands naturalisés soulignés au crayon bleu par un familier de l'institution, y sont 32 sur 110. » (*Ibid.*)

<sup>1434</sup> *Ibid.*, p. 43, ce qui n'est d'ailleurs pas sans rappeler les doctrines allemandes du « *Notrecht* », voy. *supra*.

<sup>1435</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>1436</sup> Maurice Bernard, Rapport n° 526, *op. cit.*, p. 2. Élégante formule qui sera largement tournée en dérision par les opposants au projet du gouvernement. En réalité, pour Bernard, le droit doit se saisir des manifestations de la conscience lorsque des actes positifs montrent l'affiliation à une puissance étrangère, mais doit en revanche rester immobile face à l'absence de toute manifestation.

<sup>1437</sup> Gérard Légier, « La législation relative à la nationalité française durant la Première Guerre mondiale », *op. cit.*, p. 774.

1915. Jénouvrier mentionne que « La loyauté de la France ne [lui] semblerait pas du tout compromise, si un texte législatif déclarait souverainement que toutes ces naturalisations [prononcées depuis 1913] sont au moins suspendues », et Aristide Briand, sur un ton sans doute provocateur, déclare « Déposez un amendement », et Jénouvrier s'exécute : « Je ne voulais pas déposer d'amendement ; je voulais simplement présenter quelques observations. Mais, puisque M. le garde des sceaux me fait l'honneur d'une provocation – oh ! des plus amicales ! – je m'empresse de déposer à l'article 1<sup>er</sup> un amendement déclarant toutes les naturalisations prononcées en 1914 seront suspendues. » Jénouvrier, comme beaucoup d'autres avant lui, déplore encore les effets de la loi Delbrück de 1913 qui autorise les allemands à conserver leur nationalité même à la suite d'une naturalisation en terre étrangère, et qui fait de chacun d'eux – supposément – des espions en puissance, conservant une loyauté réelle pour leur gouvernement d'origine<sup>1438</sup>. Deux jours plus tard, la « provocation » de Briand prend la forme d'un amendement prévoyant rien de moins que l'annulation collective de toutes les naturalisations prononcées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1913 à l'égard de l'ensemble des ressortissants des puissances en guerre avec la France. Une fois encore, c'est un débat entre le droit et une certaine idée de la justice d'une part, et la sécurité nationale et une germanophobie patente d'autre part. Le Sénateur Henri Michel note ainsi que « Les plus grandes injustices ne sont rien à côté du danger que les nuées d'espions allemands font courir à notre pays. (*Vive approbation.*) »<sup>1439</sup>, et Jénouvrier confirme : « Mais enfin, est-ce au moment où tous nous sommes victimes privées ou publiques de l'espionnage allemand et de l'espionnage austro-hongrois, est-ce à ce moment que nous pouvons discuter sur des questions de nuances, quand l'ennemi est à nos portes et que l'espion nous envahit ? À la porte l'Allemand ! À la porte l'Austro-Hongrois ! À la porte l'Ottoman ! Voilà ma réponse. (*Applaudissements sur divers bancs.*) »<sup>1440</sup> C'est au Garde des Sceaux Aristide Briand qu'il revient de porter une parole d'apaisement par le droit – mais qui peine à être entendue – : « Est-ce que véritablement dans ce moment on est fondé à tout négliger, à méconnaître des principes de droit qui ont été considérés jusqu'ici comme sacrés ? ... C'est peut-être, monsieur le sénateur, parce qu'ils ont été violés par d'autres, que nous nous dressons pour les défendre et que nous nous apparaîtrons en beauté devant le monde entier. (*Vives interruptions.*) »<sup>1441</sup> Le Sénateur Henri Michel, caricaturant volontiers ces derniers propos du ministre,

---

<sup>1438</sup> Comme le précise le Sénateur Henri Michel, au soutien de l'amendement Jénouvrier : « Il faut supprimer toutes les naturalisations depuis la loi Delbrück, c'est-à-dire qu'il faut atteindre tous les naturalisés qui sont susceptibles d'avoir conservé la nationalité allemande. », voy. JORF, débats, Sénat, 4 mars 1915, p. 58.

<sup>1439</sup> *Ibid.*

<sup>1440</sup> *Ibid.*

<sup>1441</sup> *Ibid.*, p. 57.

résume : « Périssent la France plutôt qu'un principe juridique ! »<sup>1442</sup> Bref, au Sénat, c'est le « salut public », le « triomphe à tout prix », qui chez Jénouvrier et ses collègues président à l'action législative de la France, nul autre argument ne peut prévaloir<sup>1443</sup>.

**423.** Finalement, après une seconde lecture et une adoption par la Chambre des Députés, le dispositif prend sa forme définitive : d'abord la publication d'un état nominatif de l'ensemble des naturalisations prononcées au profit de ressortissants des puissances en guerre depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1913 ; ensuite une révision collective par la publication d'un avis justifié de maintien de la naturalisation de sujets étrangers jugés dignes, et des déchéance par décret non motivé pour les sujets jugés indignes. Ce dispositif est hors norme et vise précisément les individus présents en France. Il ne fait pas de la rupture territoriale une condition pour prononcer la déchéance, bien au contraire : la présence sur le sol national du ressortissant français autrefois sujet d'une puissance en guerre est par essence suspecte et justifie une déchéance résolument arbitraire. La condition territoriale est donc puissamment renversée par ce texte d'exception. La doctrine est globalement silencieuse : « Mais si nous relevons ainsi le caractère anormal de la nouvelle loi, nous n'avons pas l'intention de la critiquer. »<sup>1444</sup> Ce commentaire d'Eugène Audinet, professeur de droit et spécialiste de la matière, n'est qu'une déclinaison doctrinale de « l'union sacrée » à laquelle s'astreint déjà la classe politique.

**424. La condition territoriale écartée en fait : l'examen des mesures prononcées.** – La rupture de la condition territoriale est patente lorsque l'on observe les mesures prononcées en application de la loi du 7 avril 1915. L'état nominatif des naturalisations conférées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1913 est publié au *Journal officiel* du 7 mai 1915, il mentionne 758 naturalisations de ressortissants des puissances en guerre<sup>1445</sup>. Quel est alors le résultat de la loi ? Selon des chiffres livrés par le Député Maurice Bernard en juillet 1916, 664 avis de maintien sont publiés, et 94 retraits par décrets non motivés sont adoptés<sup>1446</sup>, soit une révision de 12% des naturalisations,

---

<sup>1442</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>1443</sup> Voy. JORF, débats, Sénat, 5 mars 1915, p. 74 : « On a reproché à mon amendement – et j'ai été très sensible à ce reproche – de permettre des injustices. On a dit qu'il frapperait des innocents ; qu'il y aurait des victimes. Cela est vrai. (...) Croyez-vous que les moments que nous vivons, et qui sont peut-être sans exemple dans l'histoire de l'humanité, ne causent pas de ruines ? Croyez-vous que nos nationaux ne souffrent pas, au milieu de ce tourbillon qui nous emporte, de toutes les injustices, aussi bien dans leurs biens que dans leurs personnes ? Ils ne disent rien : ils savent que c'est la rançon. Les deuils privés se taisent. Nous n'avons tous qu'une pensée : *salus populi* (*Vifs applaudissements*), le triomphe à tout prix. S'il y a des injustices, nous les réparerons quand le moment sera venu. Mais ce n'est pas une raison suffisante pour empêcher ce que je considère comme une mesure de salut public. »

<sup>1444</sup> Eugène Audinet, « Le retrait des naturalisations accordées aux anciens sujets de Puissances en guerre avec la France », *op. cit.*, p. 129.

<sup>1445</sup> Voy. JORF, 7 mai 1915, p. 2926-2939.

<sup>1446</sup> Chambre des Députés, Rapport n° 2291, annexe au procès-verbal de la séance du 7 juillet 1916, p. 10, note 1.

ce qui n'est pas négligeable. L'étude des décrets publiés au *Journal officiel*, dans lesquels nous avons retrouvé 91 des 94 individus déchus<sup>1447</sup>, montre qu'à l'exception de cinq soldats déserteurs ou insoumis affectés aux 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> régiments étrangers dont la résidence n'est pas mentionnée, *l'intégralité des déchus résident en France*<sup>1448</sup>, conformément aux objectifs affichés par le législateur. Cela constitue la première rupture concrète de la condition territoriale jusqu'alors suivie en droit de la perte de la nationalité. Ramener ces Français naturalisés à une condition d'étranger a d'ailleurs une utilité concrète : procéder à leur internement concentrationnaire<sup>1449</sup>, et placer leurs biens sous séquestre<sup>1450</sup>.

**425.** À l'instar du mécanisme prévu par le décret du 27 avril 1848, l'article 2 de la loi du 7 avril 1915 fait de la conservation de la nationalité une question de dignité, sans souci de constater une rupture territoriale de l'individu avec le sol national. Cette législation de guerre écarte donc à nouveau la condition territoriale du droit de la perte de la nationalité, et consolide la confusion entre nationalité et citoyenneté. Ce mécanisme sera à nouveau adopté dans la législation du régime de Vichy.

## **b. la révision collective de la seconde guerre mondiale**

**426. La violation du cadre territorial par la législation de Vichy.** – Le dispositif de révision collective des naturalisations, prévu par la loi du 22 juillet 1940, a déjà été abondamment commenté dans les travaux de Bernard Laguerre<sup>1451</sup>, Patrick Weil<sup>1452</sup>, Alix Landau-

---

<sup>1447</sup> Voy. décret du 9 juillet 1915, in JORF, 12 juillet 1915, p. 4722 ; décret du 14 juillet 1915, in JORF, 18 juillet 1915, p. 4897-4898 ; décret du 21 juillet 1915, in JORF, 25 juillet 1915, p. 5114 ; décrets des 25 et 28 juillet 1915, in JORF, 31 juillet 1915, p. 5247-5248 ; décrets des 28 et 29 juillet 1915, in JORF, 3 août 1915, p. 5333-5334 ; décret du 31 juillet 1915, in JORF, 8 août 1915, p. 5482-5483 ; décrets des 6, 7 et 10 août 1915, in JORF, 11 août 1915, p. 5559-5560.

<sup>1448</sup> Quant à l'étude des avis de maintien, elle montre que la conservation de la nationalité tient par exemple aux « bons renseignements », ou à l'engagement de l'individu ou de ses enfants dans l'armée française.

<sup>1449</sup> Voy. Jean-Claude Farcy, *Les camps de concentration français de la Première Guerre mondiale (1914-1920)*, Paris, Anthtopos, Economica, 1995, p. 32 et s. sur la nature administrative de l'internement. Voy. également CE, 4 janvier 1918, *Du Graty*, Lebon p. 5 : une décision d'internement « relève de l'exercice du pouvoir qui appartenait au gouvernement, chargé de veiller à la sécurité du territoire français et d'assurer la défense nationale, de prendre en temps de guerre, à l'égard des étrangers, les mesures de police qu'il jugeait nécessaires ».

<sup>1450</sup> Voy. Eugène Audinet, « Séquestre des biens des sujets ennemis en France », *JDI*, 1917, p. 1601 (I) et 1918, p. 51 (II).

<sup>1451</sup> Bernard Laguerre, « Les dénaturalisés de Vichy », *Vingtième siècle, revue d'histoire*, 1988, n° 20, p. 3-15.

<sup>1452</sup> Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 175-202.

Brijatoff<sup>1453</sup>, et Claire Zalc<sup>1454</sup>. L'on se bornera donc à rappeler que cette politique de dénaturalisation a conduit à la perte de la nationalité de 15 154 individus<sup>1455</sup> qui, pour la plupart, résident en France. La loi est une réaction à la politique de naturalisation entreprise depuis 1927, perçue comme ayant ouvert l'acquisition de la nationalité à de nombreux individus en réalité indignes de cette qualité. La loi du 22 juillet 1940 repose alors sur un double fondement : d'abord un antisémitisme d'État, 40% des mesures de dénationalisation sont prononcées à l'égard des personnes de confession juive<sup>1456</sup> ; ensuite une approche plus « classique » reposant la reconnaissance *a posteriori* de l'indignité et qui complète le dispositif. L'intérêt d'étudier ce mécanisme demeure toutefois, notamment au regard de sa similitude avec la loi du 7 avril 1915.

427. La question des influences de la loi du 22 juillet 1940 a souvent été examinée. Patrick Weil a déjà analysé les similarités de cette loi avec la loi allemande de 1933 sur la déchéance de nationalité<sup>1457</sup> ; Gérard Noiriel a relevé quant à lui les influences de la loi de 1927 réglant la déchéance pour indignité en temps de paix<sup>1458</sup>. Mais ce qui frappe en particulier, et qui n'avait jusqu'ici pas été établi explicitement, c'est la quasi identité des dispositifs de 1915 et 1940 : le régime juridique et contentieux de la loi du 22 juillet 1940 est largement similaire à l'article 2 de la loi du 7 avril 1915. En effet, ces deux lois établissent bien des régimes de révision : la loi de 1915 mentionne que « Seront *révisées* toutes les naturalisations accordées postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1913 (...) » (nous soulignons) ; la loi de 1940 dispose qu'« Il sera procédé à la *révision* de toutes les acquisitions de nationalité française intervenues depuis la promulgation de la loi du 10 août 1927 sur la nationalité »<sup>1459</sup> (nous soulignons). Il y a ici dans la manière de nommer le mécanisme une parenté complète. Et au-delà du nom, il s'agit bien sur le fond de réviser un ensemble de mesures d'acquisitions de la nationalité prononcées dans des bornes temporelles délimitées, avec pour point de départ un fait juridique qui crée *a posteriori* une incertitude sur l'opportunité des mesures déjà prononcées – la date du 1<sup>er</sup> janvier

---

<sup>1453</sup> Alix Landau-Brijatoff, *Indignes d'être français. Dénaturalisés et déchus sous Vichy*, Paris, Buchet et Chastel, 2013, 351 p., spéc. p. 43-173. L'ouvrage suit les trajectoires personnelles de plusieurs dénaturalisés.

<sup>1454</sup> Claire Zalc, *Dénaturalisés. Les retraits de nationalité sous Vichy*, Paris, Le Seuil, 2016, 388 p.

<sup>1455</sup> Sur ce chiffre, voy. les réflexions critiques de Claire Zalc, *ibid.*, p. 300-301. L'auteur note qu'il est sans doute préférable de nuancer autour d'un « environ 15 000 ». Voy. également Bernard Laguerre, « Les dénaturalisés de Vichy », *op. cit.*, p. 6-7.

<sup>1456</sup> De la même manière, pour une analyse critique de ce chiffre, voy. Claire Zalc, *Dénaturalisés. Les retraits de nationalité sous Vichy*, *op. cit.*, p. 302.

<sup>1457</sup> Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 143-144 et p. 307-308. Dans le même sens, Claire Zalc, *Dénaturalisés. Les retraits de nationalité sous Vichy*, *op. cit.*, p. 44-45. Sur cette loi allemande, voy. Maurice Ruby, *L'évolution de la nationalité allemande d'après les textes (1842 à 1953)*, *op. cit.*, p. 87-92.

<sup>1458</sup> Gérard Noiriel, *Les origines républicaines de Vichy*, Paris, Hachette, 1999, p. 133 et s.

<sup>1459</sup> JORF, 23 juillet 1940, p. 4567.

1913 au regard de l'entrée en vigueur de la loi Delbrück qui jette le soupçon sur les ressortissants d'origine allemande ; la date du 10 août 1927 au regard de régime libéral créé par cette loi sur la nationalité et qui conduit à des acquisitions de nationalité perçues comme inopportunes. Le régime juridique est encore identique, le gouvernement agit ici en complète opportunité, suivant un pouvoir ultra-discrétionnaire : les décrets de révision n'apportent aucune justification aux mesures de dénaturalisation. Le procédé est dans les deux cas rétroactif, et atteint les individus sur le versant de leurs droits acquis. Sur le plan contentieux enfin, à l'instar de sa série jurisprudentielle inaugurée en 1916 (voy. *infra* n° 872 s.), le Conseil d'État va déclarer irrecevable toute discussion relative à l'opportunité de la déchéance prononcée en application de la loi du 22 juillet 1940. Dans une décision de principe *Chiarazzo* rendu le 6 mars 1942, le Conseil d'État juge que le requérant « qui n'invoque aucun vice de forme ou de procédure, n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'État statuant au contentieux l'opportunité du décret par lequel la nationalité française lui a été retirée ainsi qu'à sa famille »<sup>1460</sup>. Le Conseil d'État ne fait ici que confirmer sa jurisprudence en matière de révision collective des naturalisations, puisqu'il affirmait déjà en 1916 qu'un requérant « n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'État l'opportunité de la mesure prise à son égard »<sup>1461</sup>. Claire Zalc relève d'ailleurs que le ministère se fonde directement sur ce précédent jurisprudentiel dans ses écritures en défense<sup>1462</sup>. La continuité jurisprudentielle plaide donc encore en faveur de l'identité des procédés législatifs de 1915 et 1940. Pour autant, ces profondes similitudes ne doivent pas masquer quelques différences entre ces deux lois. La loi du 22 juillet 1940 va d'abord être appliquée à tous les Français par acquisition par la commission de révision, à la différence de la loi du 7 avril 1915 qui ne s'appliquait qu'aux seuls naturalisés. Par ailleurs, la loi de 1940 ne se présente pas comme une loi adoptée en circonstances de guerre, frappant les ressortissants français originaires des puissances ennemies : à la différence de la loi de 1915, elle frappe indistinctement tous les ressortissants français sans restriction à certaines nationalités. Ces deux différences doivent toutefois être relativisées : l'application de la loi à l'ensemble des Français par acquisition n'est le résultat que d'une interprétation extensive de la commission de révision, la loi de 1940 ne concernant expressément que les seuls naturalisés<sup>1463</sup> ; quant aux destinataires, dans l'esprit du régime, c'est bien l'ennemi intérieur qui est à chaque fois visé dans un contexte marqué par la guerre totale.

---

<sup>1460</sup> CE, 6 mars 1942, n° 71929, *Sieur Chiarazzo*, Lebon p. 77.

<sup>1461</sup> CE, 7 juillet 1916, n° 60.033, *Dreifuss* (1<sup>ère</sup> espèce), et n° 60.039, *Lévi dit Max*. (2<sup>ème</sup> espèce), Lebon p. 278.

<sup>1462</sup> Claire Zalc, *Dénaturalisés. Les retraits de nationalité sous Vichy*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>1463</sup> Voy. Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français*, *op. cit.*, p. 177.



**428.** La loi du 22 juillet 1940 de révision collective des naturalisations n'est donc ni en rupture, ni en continuité<sup>1464</sup> avec l'ordre juridique républicain. Elle n'est pas davantage une solution « absolument originale et inédite »<sup>1465</sup>. Cette loi constitue plutôt une législation d'exception propre aux temps de guerre et dont la formule est inaugurée lors du premier conflit mondial. Bien entendu, cette argumentation n'est valable que sur le plan juridique, puisque la rupture et la singularité apparaissent dans les proportions et les objectifs<sup>1466</sup>. Si l'article 2 de la loi du 7 avril 1915 conduit à la révision de 94 naturalisations, la loi du 22 juillet 1940 conduit quant à elle à la révision de la nationalité de 15 154 individus : les chiffres sont sans commune mesure. Quant aux objectifs, si le législateur de 1915 laisse exprimer des préjugés racistes à l'égard des ressortissants allemands, autrichiens, ottomans, etc., il cherche surtout à sanctionner l'indignité de certains ressortissants français. Tel n'est plus le cas en 1940 puisque l'ensemble des dénaturalisations des Français de confession juive ne reposent plus que sur un critère racial. Quelques sondages dans les nombreux décrets de révision des acquisitions de nationalité montrent que, comme en 1915, les déchus résident en France<sup>1467</sup>.

**429.** Il est donc possible de déduire que les procédés de révision s'opposent par nature à la condition territoriale de la nationalité : ce qui est recherché, ce ne sont plus les preuves objectives d'abdication de la nationalité française, mais davantage l'intérêt de l'État à dénationaliser pour inscrire dans un régime d'exception propre aux étrangers (internement, déportation<sup>1468</sup>, mise sous séquestre, etc.) des Français présents sur le sol national. La période de guerre renverse donc fondamentalement la condition territoriale du droit de la perte de la nationalité.

## **2. Les temps républicains : les déchéances individuelles pour déloyauté ou indignité**

**430.** Au-delà des législations d'exception, il revient au législateur de 1927 d'avoir inscrit dans le droit commun la possibilité de déchoir un individu sans tenir compte de ses attaches territoriales (a). La confusion entre citoyenneté et nationalité est ainsi consacrée en droit, et déploie ses effets jusqu'à la période contemporaine (b).

---

<sup>1464</sup> Voy. Gérard Noiriel, *Les origines républicaines de Vichy*, *op. cit.*, p. 133 et s.

<sup>1465</sup> Claire Zalc, *Dénaturalisés. Les retraits de nationalité sous Vichy*, *op. cit.*, p. 49 (l'auteure apporte quelques nuances p. 51).

<sup>1466</sup> Dans le même sens, voy. Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 176.

<sup>1467</sup> Voy. p. ex. JORF, 7 novembre 1940, p. 5587 ; JORF, 6 juillet 1941, p. 2836 ; JORF, 21 août 1941, p. 3513 ; JORF, 11 juin 1941, p. 2429 ; JORF, 27 août 1942, p. 2924 ; JORF, 7 novembre 1942, p. 3713 ; JORF, 23 septembre 1943, p. 2506 ; JORF, 21 octobre 1943, p. 2714 ; JORF, 2 mai 1943, p. 1218 ; JORF, 5 avril 1944, p. 986.

<sup>1468</sup> Les juifs dénaturalisés à partir de 1940 se trouvent soumis au risque de déportation, qui concerne davantage les juifs étrangers que les juifs français. Sur ce point, voy. Claire Zalc, *Dénaturalisés. Les retraits de nationalité sous Vichy*, *op. cit.*, p. 251-257.

## a. la confusion inscrite dans le droit commun : la loi du 10 août 1927

**431. Le modèle de la déchéance de 1927.** – Ici encore, le dispositif de déchéance mis en place par la loi de 1927 a déjà été abondamment commenté. Suivant Patrick Weil, ce modèle forme la « contrepartie libérale » de l’ouverture de la naturalisation en 1927. En effet, l’objectif jusqu’alors suivi en matière de naturalisation voulait que l’assimilation de droit ne fasse que consacrer une assimilation de fait ; que seul l’étranger déjà Français en fait puisse obtenir en droit la nationalité par la voie de la naturalisation. Suivant ce modèle, la naturalisation ne pouvait être demandée qu’après un stage de dix années de résidence, ou de trois années d’admission à domicile. Or, suivant l’instruction qui accompagne la loi : « Ce point de vue a subi une modification profonde, ce semble, de la part du législateur de 1927. Il a entendu, en présence d’un mouvement exceptionnellement important d’immigration, protéger le pays contre la cristallisation de noyaux étrangers dans certaines régions de la France – noyaux qui seraient susceptibles de constituer un véritable péril pour la nation à certaines heures de son existence, notamment lors d’une mobilisation. Il ne s’agirait donc rien moins désormais que de poursuivre parallèlement l’assimilation de droit et de fait d’étrangers immigrés. »<sup>1469</sup> Dès lors, et selon une formule bien connue : « Aux diagnostics d’hier des pronostics devront être parfois substitués demain. »<sup>1470</sup> En effet, avec un passage de la durée de stage pour demander la naturalisation à trois années, le législateur considère qu’il forme une sorte de « pari » sur l’avenir, et qu’il doit à ce titre se prémunir en cas d’erreur : c’est là l’origine de la déchéance moderne. Et ce mécanisme a ainsi une portée majeure, le Garde des Sceaux Louis Barthou déclare même à la Chambre que « le sort de la loi se joue sur cette disposition »<sup>1471</sup>, puisque les conservateurs ne peuvent accepter sans contrepartie l’ouverture de la naturalisation. Le dispositif prévu par la loi du 9 août 1927 est le suivant :

« Art. 9. – Perdent la qualité de Français : (...) 5° Le Français qui, ayant acquis, sur sa demande, ou celle de ses représentants légaux, la nationalité française, est déclaré déchu de cette nationalité par jugement.

Cette déchéance peut être encourue :

- a) Pour avoir accompli des actes contraires à la sûreté intérieure et extérieure de l’État français ;
- b) Pour s’être livré au profit d’un pays étranger, à des actes incompatibles avec la qualité de citoyen français et contraires aux intérêts de la France ;

---

<sup>1469</sup> Instruction du 13 août 1927, in André Weiss, « Supplément – Loi sur la nationalité », *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1928, p. 32.

<sup>1470</sup> *Ibid.*

<sup>1471</sup> JORF, Ch. des Dép, débats, 7 avril 1917, p. 1220.

c) Pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui des lois de recrutement. »

Art. 10. – L'action en déchéance doit être exercée dans un délai de dix ans à partir de l'acquisition de la qualité de Français (...). »<sup>1472</sup>

Ici, l'influence des dispositions des lois de 1915 et 1917 est patente, mais l'esprit n'est plus le même. Il ne s'agit plus de s'en prendre aux sujets des puissances en guerre mais bien d'ouvrir au gouvernement la possibilité d'intenter devant le juge judiciaire une action en déchéance de nationalité. Car dans la continuité de la loi du 18 juin 1917, l'article 10 de la loi du 9 août 1927 prévoit que dans les dix années suivant l'acquisition, le ministère public peut intenter l'action en déchéance à la demande du ministre de la justice au tribunal civil du domicile de l'intéressé.

**432.** Il est certain que dans l'esprit du législateur, autant d'ailleurs que dans le texte arrêté, rien ne prévoit que le lien territorial entre l'individu et la France doit être ineffectif. Dans les débats parlementaires, cette idée ne sera toutefois que peu évoquée. Ernest Lafont, comme en 1915, défend la suppression des dispositions relatives à la perte de la nationalité, encore une fois sans succès. Auguste Reynaud, dont l'argument est resté célèbre, tente d'ailleurs d'emporter la conviction en citant l'adage de droit civil « donner et retenir ne vaut »<sup>1473</sup>. Il ne convainc pas davantage. Il lui est rétorqué que la matière ici n'est pas de droit civil, mais de droit public, et qu'ainsi il n'est possible d'appliquer le régime des donations à la naturalisation : « ce qui a été oublié par M. Auguste Reynaud (...), déclare le député Georges Pernot, c'est ce principe fondamental que nous ne légiférons pas aujourd'hui en matière de droit civil, mais en matière de droit public. Comme l'a dit M. le garde des sceaux dans une intervention, il n'y a pas de contrat passé entre l'État français et l'étranger qu'il naturalise. Il y a, en réalité, un droit de souveraineté de l'État français et une concession faite par le gouvernement français. (*Applaudissements.*) »<sup>1474</sup> Il est d'ailleurs possible d'ajouter que l'adage cité par Reynaud connaît, même en droit civil, des exceptions<sup>1475</sup>. D'autres arguments, sans critiquer le fondement de la déchéance, s'attachent aux modalités de la mesure. Est ainsi soulevé le risque d'« arbitraire politique »<sup>1476</sup> par Charles Frey qui relève qu'un gouvernement qui ne serait pas animé de sentiments libéraux pourrait se saisir des qualifications malléables et imprécises d'« actes contraires à la sûreté intérieure et extérieure de l'État français » ou d'« actes incompatibles avec la

---

<sup>1472</sup> JORF, 14 août 1927, p. 8699.

<sup>1473</sup> JORF, débats, Ch. des Dép., 1<sup>ère</sup> séance du 7 avril 1927, p. 1216.

<sup>1474</sup> JORF, débats, Ch. des Dép., 1<sup>ère</sup> séance du 7 avril 1927, p. 1219.

<sup>1475</sup> Voy. l'article classique d'Albert Desjardins, « Recherche sur l'origine de la règle : Donner et retenir ne vaut », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1868, t. 33, p. 207-243.

<sup>1476</sup> JORF, débats, Ch. des Dép., 2<sup>ème</sup> séance du 7 avril 1927, p. 1230.

qualité de citoyen français » pour prononcer des déchéances fondées sur des appréciations politiques – l’avenir lui donnera raison (voy. *infra* n° 947 s.). Ernest Lafont mentionne d’ailleurs, avec beaucoup d’ironie, le cas de commerçants dénoncés par leurs concurrents et déchus de la nationalité lors de la première guerre mondiale : « On n’a jamais vu de commerçant en faillite dénationalisé pendant la guerre »<sup>1477</sup> ! L’affaire Joseph Caillaux est également encore dans les esprits<sup>1478</sup>. Cet ancien Président du Conseil est accusé pendant la guerre de trahison et de complot contre la sureté de l’État, il est finalement condamné par la Haute Cour pour la seule infraction de correspondance avec l’ennemi<sup>1479</sup>, et plus tard amnistié. Ce procès politique a montré la malléabilité juridique des infractions politiques. Il n’empêche, l’amendement proposant de lier la déchéance à une condamnation pénale est encore repoussé.

**433. À la recherche du fondement juridique de la déchéance.** – Ce qui n’est guère évoqué au Parlement, et qui est pourtant décisif d’un point de vue juridique, c’est la *ratio legis* de la loi, son fondement. La justification de la déchéance repose quasiment entièrement sur « l’erreur » que pourrait commettre le gouvernement en naturalisant sous un délai de stage de « seulement » trois années. Ces nouveaux Français, par les actes qu’ils commettraient suite à leur acquisition de nationalité, pourraient révéler *a posteriori* leur indignité de la qualité de Français. Le garde des sceaux déclare ainsi : « on a tout fait pour faciliter la naturalisation. Mais cette faveur exceptionnelle doit avoir sa contrepartie. (*Très bien ! Très bien ! au centre*) On peut s’être trompé sur les sentiments de ceux que l’on a naturalisé. Il est donc naturel que l’État français revendique et exerce toute sa souveraineté. »<sup>1480</sup> Plus loin, Berthou précise encore de la même manière : « Nous voulons que, s’il y a de mauvais Français, dont les actes démontrent qu’ils ont été ou hâtivement ou légèrement naturalisés, le pouvoir souverain ait le droit de leur enlever cette nationalité. »<sup>1481</sup> L’instruction ministérielle précise sur un fondement partiellement différent qu’« Il ne faut pas, notamment, admettre comme une acquisition de nationalité française sincère de la part de l’impétrant, celle qui n’est sollicitée que dans la pensée de mieux nuire à l’État, dont il aspire, en apparence seulement, à posséder la citoyenneté, en réalité pour se mieux garder des mesures de police et de sureté prévues à l’égard des étrangers. »<sup>1482</sup> La

---

<sup>1477</sup> JORF, débats, Ch. des Dép., Débats parlementaires, 1<sup>ère</sup> séance du 7 avril 1927, p. 1220.

<sup>1478</sup> Voy. les arguments d’André Berthon in JORF, débats, Ch. des Dép., 1<sup>ère</sup> séance du 7 avril 1927, p. 1218, mentionnant « un ancien Président du Conseil ».

<sup>1479</sup> Voy. le récit du procès dans les mémoires de Joseph Caillaux, *Mes prisons*, Paris, Flammarion, 2<sup>ème</sup> éd., 1925, p. 261-282.

<sup>1480</sup> JORF, débats, Ch. des Dép., 1<sup>ère</sup> séance du 7 avril 1927, p. 1227.

<sup>1481</sup> JORF, Ch. des Députés, Débats parlementaires, 2<sup>ème</sup> séance du 7 avril 1927, p. 1233.

<sup>1482</sup> L’instruction est reproduite dans l’annexe III d’André Weiss, « Supplément – Loi sur la nationalité », *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1928, p. 61.

déchéance de nationalité sert donc également ici à pallier « le danger d'une acquisition de mauvaise foi »<sup>1483</sup>. À l'adage « donner et retenir ne vaut », l'administration oppose « *fraus omnia corrumpit* »<sup>1484</sup>. Ainsi, les « sentiments » ou la « sincérité » des nouveaux Français peuvent avoir été trop hâtivement évalués, et les actes postérieurs à la naturalisation peuvent révéler une indignité ou une déloyauté qui existait *déjà* au moment de l'acquisition, et qui doit donc conduire à la déchéance de nationalité. Autrement dit, la découverte postérieure à l'acquisition de la nationalité d'une indignité ou d'une insincérité qui, si elles avaient été connues au moment de la décision, auraient conduit au refus de l'acquisition, peut entraîner le prononcé d'une déchéance. Difficile de ne pas voir dans ce mécanisme des similarités importantes avec le régime de retrait des actes administratifs<sup>1485</sup>. L'exorbitance du régime de la déchéance est alors totale : le retrait des actes administratifs intervient normalement dans le délai du recours contentieux, soit deux mois à l'époque<sup>1486</sup>, et certainement pas dix années comme le prévoit la loi de 1927 ; quant aux faits, ils sont normalement évalués au moment de l'adoption de la mesure, et non déduits rétroactivement des actes accomplis postérieurement comme dans la loi. Louis-Lucas note ainsi sévèrement que « Ce raisonnement [du législateur] est discutable étant donné que les faits reprochés au naturalisé ne se produisent que postérieurement à la naturalisation et que rien ne démontre qu'il ait été de mauvaise foi au moment où il a demandé à acquérir la nationalité française. »<sup>1487</sup> De manière plus théorique et objective, Scelle relève que « La conception de la loi trahit ici le préjugé contractuel puisqu'il est certains commentateurs qui s'obstinent encore à parler de naturalisations frauduleuses, en oubliant que la situation de national est toujours une situation objective quelle que soit l'origine du rattachement du sujet de droit à l'ordre juridique étatique. »<sup>1488</sup> Il est toutefois intéressant de noter que les juges américains recourent à la même époque, hors de toute construction législative, à une même appréciation de la sincérité de la procédure de naturalisation par la prise en compte de faits postérieurs, jurisprudence dite de la

---

<sup>1483</sup> *Ibid.*

<sup>1484</sup> *Ibid.*

<sup>1485</sup> Dans le même sens, voy. Paul Lagarde, « Le débat sur la déchéance de nationalité. Essai de clarification », *JCP G*, 2016, n° 5, 105 : la déchéance de nationalité « a été conçue comme une sorte de retrait tardif de naturalisation ».

<sup>1486</sup> Suivant la jurisprudence en vigueur à l'époque, voy. CE, 3 novembre 1922, n° 74010, *Dame Cachet*, Lebon p. 790.

<sup>1487</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française*, *op. cit.*, p. 272. Henri Bonneau, « Le retrait de nationalité en droit des gens », *RGDIP*, 1948, p. 64, précise encore : « C'est donc une pure fiction de considérer qu'il y a dans les faits incriminés une cause de *nullité* de l'acte, lequel subit en réalité une véritable *révocation*. » Dans le même sens encore, Jacques Maury, « Nationalité (Théorie générale) », *op. cit.*, n° 93, p. 289 note que « c'est, même si l'on réserve la possibilité, d'ailleurs limitée, de la preuve contraire, avouer qu'on entre dans le domaine de la fiction », et plus loin, « Nationalité (en France) », *op. cit.*, n° 511, p. 470, qu'« on habille d'un vêtement d'apparence juridique la solution légale toute nue ou mieux encore on s'efforce de baptiser *nullité* ce qui est *révocation*. »

<sup>1488</sup> George Scelle, « À propos de la loi allemande du 14 juillet 1933 sur la déchéance de nationalité », *Revue critique de droit international*, 1934, t. 29, n° 1, p. 70.

« réserve mentale [*menal reservation*] » inaugurée pendant la première guerre mondiale et formalisée dans l'affaire *Wursterbarth*<sup>1489</sup>. Cette politique jurisprudentielle sera renversée par l'arrêt *Schneiderman* rendu par la Cour suprême en 1943 dans laquelle la Cour précise que seuls les faits antérieurs et contemporains de la procédure de naturalisation peuvent être évoqués pour fonder un retrait<sup>1490</sup>.

**434.** La nature et le régime du dispositif de la déchéance est ainsi fondamentalement fixé en 1927. Sur le fond, il est toutefois possible de relever une dynamique infractionnelle dans la rédaction des motifs. Ce mouvement a été initié par le décret-loi du 12 novembre 1938<sup>1491</sup> qui crée un nouveau cas de déchéance du Français par acquisition qui a « commis un crime ou un délit ayant entraîné une condamnation à une peine d'au moins une année d'emprisonnement ». C'est une extension particulièrement importante des motifs justifiant la déchéance dictée ici par les impératifs liés à la préparation de la guerre. La dynamique se poursuit et se renforce dans l'ordonnance du 19 octobre 1945 créant le code de la nationalité puisque l'atteinte à la sûreté de l'État est désormais fondée sur une condamnation pénale<sup>1492</sup> (art. 98, 1°), de même qu'un nouveau cas de déchéance suite à la commission d'infractions politiques (art. 98, 2°). De la même manière, la soustraction aux lois de recrutement fait l'objet d'une pénalisation puisque la nouvelle rédaction prévoit la nécessité d'une « condamnation » en la matière (art. 98, 3°). La déchéance peut encore être prononcée à la suite d'une condamnation de droit commun, mais dont le *quantum* de peine est porté de une à cinq années d'emprisonnement (art. 98, 5°). Seul motif non pénal à subsister : la commission d'actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France (art. 98, 4°)<sup>1493</sup>. Finalement, la loi du 17 mars 1998 relative à la nationalité supprime la possibilité de déchoir un individu suite à une condamnation de droit commun<sup>1494</sup>. Dès la Libération, la mesure administrative de déchéance de nationalité

---

<sup>1489</sup> Patrick Weil, *The Sovereign Citizen*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2013, p. 71-72.

<sup>1490</sup> United States Supreme Court, *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118 (1943), ici 135 : la Cour précise bien qu'elle évalue les faits « *at the time of his naturalization* ». Voy. Patrick Weil, *The Sovereign Citizen*, *op. cit.*, p. 120-122.

<sup>1491</sup> Décret-loi du 12 novembre 1938 relatif à la situation et à la police des étrangers, in JORF, 13 novembre 1938, p. 12920.

<sup>1492</sup> Ce qui exauce un vœu formulé par Camille Sée en 1883, voy. *infra*.

<sup>1493</sup> Constat à nuancer largement, car de l'aveu même du gouvernement, ce motif non pénal « résulte le plus généralement d'une condamnation définitive », voy. JORF, Ass. Nat., questions, 3 août 1987, p. 4448

<sup>1494</sup> L'article 25 dispose aujourd'hui : « L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'Etat, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride :

1° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ;

2° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit prévu et réprimé par le chapitre II du titre III du livre IV du code pénal ;

3° S'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du code du service national ;

s'ancre donc résolument dans une forte contrainte juridictionnelle tirée de l'exigence du prononcé préalable d'une condamnation pénale.

**435.** Sur le plan procédural, la déchéance quitte le régime judiciaire par l'effet du décret-loi de 1938 pour rejoindre, comme en 1915, le régime administratif. La déchéance est prononcée par l'autorité administrative sur avis conforme du Conseil d'État, et sous l'éventuel contrôle du Conseil d'État statuant au contentieux. Le délai pour prononcer la déchéance a fait également l'objet de plusieurs extensions. Le décret-loi de 1938 allonge le délai à dix ans à compter de la découverte des faits justifiant la déchéance, et non plus à dix ans suivant l'acquisition. C'est une extension particulièrement importante – la déchéance peut intervenir des années après l'acquisition – qui ne survivra pas à la fin de la seconde guerre mondiale. L'ordonnance de 1945 établit plutôt un double délai : les faits doivent avoir été commis dans un délai de dix années suivant l'acquisition, et la déchéance doit être prononcée dans un délai de dix années suivant la perpétration des faits – ce qui place l'individu dans une période probatoire s'étendant au maximum à vingt années. La loi du 23 janvier 2006<sup>1495</sup> a porté ces délais à deux fois quinze années en matière de terrorisme, créant une période probatoire pouvant donc s'étendre jusqu'à trente années. La déchéance de l'article 25 du code civil est donc particulièrement inscrite dans un régime répressif qui vise à sanctionner la violation d'un ordre de valeur et non la rupture territoriale de l'individu. La confusion entre citoyenneté et nationalité est ainsi patente lorsqu'on étudie les mesures prononcées par l'autorité publique.

## **b. illustrations de la confusion**

**436. Illustration de la confusion : le terrorisme depuis les années 1990.** – Depuis les attentats de New York du 11 septembre 2001, de nombreuses politiques antiterroristes mettent en cause la législation ordinaire et conduisent à pérenniser des dispositifs d'exception. Le droit de la perte de la nationalité s'inscrit dans cette mouvance. Alors que de nombreux observateurs avaient noté avant cette date la « désuétude » de la déchéance de nationalité, le « *home-grown terrorism* » conduit à une recrudescence de la déchéance de nationalité qui procède toujours, en directe filiation avec le décret du 27 avril 1848, d'une confusion entre les valeurs subjectives de la citoyenneté et la condition objective et territoriale de la nationalité.

---

4° S'il s'est livré au profit d'un Etat étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France. »

<sup>1495</sup> Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, in JORF, 24 janvier 2006, p. 1129.

437. La France, comme d'autres pays européens<sup>1496</sup>, mène une politique de déchéance de nationalité ciblant précisément les Français par acquisition qui se sont rendus coupables d'acte de terrorisme. Depuis 2002, treize individus ont ainsi perdu leur nationalité : un en 2002, un en 2003, cinq en 2006, un en 2014, et cinq en 2015<sup>1497</sup>. Cette décision de perte de la nationalité est souvent le prélude d'une expulsion vers le second État de nationalité, pratique qui peut être en contravention avec l'ordre international (voy. *infra* n° 574 s.). Ces déchéances de nationalité interviennent à nouveau en rupture du principe territorial, comme le montrent deux cas récents. Le premier cas est celui de Bachir Ghoumid, né le 5 avril 1974 à Mantes-La-Jolie, devenu Français par déclaration le 29 août 1991, et par ailleurs marié depuis 1996 avec une Française avec qui il a deux enfants de nationalité française. Cet individu est donc né sur le territoire français et il y réside depuis lors, il a obtenu sa nationalité par le droit du sol, et l'intégralité de sa cellule familiale est française. Pour autant, la déchéance de nationalité dont il fait l'objet par décret du 7 octobre 2015 le ramène *en droit* à une condition d'étranger sur le sol français, alors même qu'*en fait*, ses attaches territoriales avec la France sont substantielles. Il en va de même d'un second cas, celui d'Attila Turk, né le 5 juin 1976 à Mantes-la-Jolie, lui aussi devenu Français par déclaration le 15 septembre 1994, marié depuis 1999 avec une ressortissante française avec qui il a quatre enfants français nés en France. Il est lui aussi déchu par décret du 7 octobre 2015. Ces deux exemples en particulier montrent donc que la déchéance de nationalité telle qu'elle est aujourd'hui prévue à l'article 25 du code civil ne se pratique pas dans le respect du principe territorial de la nationalité, et que le gouvernement agit plutôt suivant un référentiel subjectif propre à la citoyenneté. Le rapporteur public dans les différentes décisions rendues à propos de la légalité de ces décrets de déchéance a ainsi affirmé que l'atteinte à leur « identité personnelle » était certes « forte », mais que « les actions ayant justifié les condamnations pénales des intéressés révèlent également le peu d'importance qu'a eue leur allégeance à la France et à ses valeurs dans la construction de leur identité personnelle. »<sup>1498</sup> Ici, gouvernement et juge convergent autour de l'idée selon laquelle la nationalité est inscrite dans un référentiel de valeur, là où traditionnellement l'on ne voit que l'expression de la citoyenneté. La condamnation pour terrorisme agit ainsi, à l'instar de l'esclavage ou du communisme, comme un révélateur de

---

<sup>1496</sup> Voy. *infra* n° 556 s.

<sup>1497</sup> Ces chiffres nous ont été communiqués par le ministère de l'intérieur.

<sup>1498</sup> Xavier Domino, « Contrôle du juge sur les mesures de déchéance de nationalité », *AJDA*, 2016, n° 31, p. 1762. Le rapporteur public se fonde sur la notion d'identité dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme, à ce sujet voy. *infra* n° 803 s.



l'indignité et de déloyauté de l'individu qui ne *mérite* ainsi plus de faire partie de la communauté des nationaux.

**438. Nouveaux développements dans le cadre du projet de loi constitutionnelle du 23 novembre 2015.** – Mais cette pratique gouvernementale n'apparaît pas complètement consensuelle. Le projet de loi constitutionnelle relatif à la protection de la Nation déposé le 23 décembre 2015 à l'Assemblée Nationale, suite au discours de Versailles prononcé par le Président François Hollande le 16 novembre 2015 peu après des attentats de Paris, visant à constitutionaliser l'état d'urgence et la déchéance de nationalité, a conduit à plusieurs prises de position parlementaire démontrant que l'idée de l'inscription de la nationalité dans le champ de la citoyenneté et des valeurs ne recueille pas l'unanimité des suffrages. Sans aucun doute possible bien sûr, le projet gouvernemental s'inscrivait bien dans la longue durée de la confusion entre nationalité et citoyenneté. L'exposé des motifs précisait ainsi qu'« il s'agit pour la communauté nationale de pouvoir décider de sanctionner ceux qui par leurs comportements visent à détruire le *lien social*. Il en va fondamentalement ainsi pour ceux qui commettent des actes de terrorisme et frappent aveuglément des victimes innocentes, en niant le *respect* dû à la vie humaine et les *valeurs* qui sont le fondement de notre Nation. »<sup>1499</sup> (nous soulignons) De la même manière, le Conseil d'État, dans son avis relatif à ce projet de loi constitutionnelle, notait que « la mesure proposée répond à un objectif légitime consistant à sanctionner les auteurs d'infractions si graves qu'ils ne *méritent* plus d'appartenir à la communauté nationale. »<sup>1500</sup> (nous soulignons) Nul doute ici sur la confusion, le champ du « lien social », des « valeurs », du « mérite », renvoie inmanquablement à la composante subjective qui fonde la citoyenneté et l'appartenance à la communauté politique, et non à la composante objective et territoriale qui fonde la nationalité et la communauté étatique.

**439.** Dans un premier mouvement argumentatif, les débats ont d'abord montré que cette conception subjective fondée sur les valeurs ne manquait pas de défenseurs. À l'Assemblée Nationale comme au Sénat, de nombreux parlementaires ont exprimé leur soutien à une approche mêlant citoyenneté et nationalité. Serge Grouard note ainsi : « Si je tourne les armes contre la France, si je tue des Français simplement parce qu'ils sont Français, comment puis-je être encore Français ? Le lien légal qui me rattache à ma nationalité n'est plus que celui de la

---

<sup>1499</sup> Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, texte n° 3381, exposé des motifs, p. 6.

<sup>1500</sup> CE, Ass. gén., 11 décembre 2015, n° 390866, avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, § 7.

haine. Il est illégitime. Il doit être rompu. C'est la déchéance de nationalité. »<sup>1501</sup> Eric Woerth confirme de la même manière que la « communauté nationale [doit être] suffisamment forte pour dire clairement qu'elle n'admet pas en son sein quelqu'un qui porte les armes contre elle et contre sa propre identité. »<sup>1502</sup> Dans une formule lyrique, Bruno Retailleau confirme encore, cette fois au Sénat : « Si, finalement, mes chers collègues, il est juste que la qualité de français puisse s'acquérir par le droit du sol, il est également parfaitement légitime qu'elle puisse se perdre par le prix du sang, le sang versé par les Français massacrés ! »<sup>1503</sup> Au-delà des bancs de la droite, la gauche socialiste a d'ailleurs apporté son soutien à cette mesure, par exemple par la voix de Sébastien Pietrasanta : « Ceux qui attaquent notre République se mettent en dehors de notre communauté nationale et sont indignes d'être Français. Ceux qui veulent terroriser notre belle et vieille nation doivent être déchus. »<sup>1504</sup> La référence à 1848 est d'ailleurs dans beaucoup d'esprits. Le Député Jean-Pierre Blazy l'exprime directement : « Si le citoyen a des droits, il a aussi des devoirs. C'est la raison pour laquelle la Deuxième République a prévu en 1848 la déchéance de nationalité à la suite de l'abolition de l'esclavage. (...) De nos jours, le devoir du citoyen français, binational ou pas, est d'abord de ne pas assassiner ses compatriotes. »<sup>1505</sup>

**440.** Dans un second mouvement argumentatif, les débats ont ensuite montré que de nombreux parlementaires s'inscrivent contre cette conception subjective confondant citoyenneté et nationalité. La démonstration la plus consensuelle résulte des propos tenus par le Député Jean-Marc Germain :

« Nous devons viser le symbole auquel les terroristes, au-delà des vies arrachées, se sont attaqués. Ce furent, en janvier, la liberté, en particulier celle de la presse, mais aussi l'égalité, garantie par les forces de l'ordre, les policiers, ainsi que la fraternité, puisque des Juifs ont été spécifiquement ciblés. En novembre, ce furent encore la liberté, l'égalité, la fraternité, nos trois boussoles fauchées à travers notre jeunesse. C'est donc aux valeurs de la République que les terroristes se sont attaqués, valeurs auxquelles on adhère en étant citoyen français. C'est la citoyenneté qu'il faut déchoir, mes chers collègues. (...) Convaincus à gauche, nous le sommes tous : c'est notre vision de toujours de l'identité de la France, qui est pour nous républicaine. (...) Convaincus à droite, humanistes, gaullistes, je sais que vous l'êtes nombreux. Certains l'ont dit tout haut, d'autres le pensent tout bas. Unissons-nous, députés, sénateurs, autour de l'idée non pas d'une déchéance de la nationalité, mais des droits attachés à celle-ci. »<sup>1506</sup>

---

<sup>1501</sup> JORF, débats, Ass. Nat., 8 février 2016 (2<sup>ème</sup> séance), p. 1118.

<sup>1502</sup> JORF, débats, Ass. Nat., 9 février 2016 (1<sup>ère</sup> séance), p. 1156.

<sup>1503</sup> JORF, débats, Sénat, 16 mars 2016, p. 4198.

<sup>1504</sup> JORF, débats, Ass. Nat., 8 février 2016 (2<sup>ème</sup> séance), p. 1122.

<sup>1505</sup> JORF, débats, Ass. Nat., 8 février 2016 (2<sup>ème</sup> séance), p. 1118.

<sup>1506</sup> JORF, débats, Ass. Nat., 5 février 2016 (2<sup>ème</sup> séance), p. 1048.

Cette approche est largement confirmée par de nombreuses autres interventions issues de la gauche parlementaire. Sergio Coronado affirme encore que « Cette idée [de la déchéance de nationalité] charrie un imaginaire pour le moins inquiétant, car ces personnes, nées en France, élevées en France, éduquées en France, ayant manqué de projets et étant souvent passées par nos prisons et possédant la nationalité française ne seraient pas de vrais Français, mais des corps étrangers au corps national. Je ne partage pas cette conception. »<sup>1507</sup> De la même manière, Daniel Goldberg s'interroge : « Comment pourrions-nous annoncer que les personnes condamnées pour actes de terrorisme pourront, si elles sont nées et qu'elles ont grandi en France, ne plus être françaises (...) ? (...) Derrière cette question se profile l'idée que certaines nations seraient sans reproche en matière de terrorisme. La déchéance non de la nationalité mais des éléments liés à celle-ci permet de sortir de cette difficulté par le haut. »<sup>1508</sup> Au Sénat encore, Gaëtan Gorce a fait référence au lien de fait qui unit le Français à son État de nationalité, même s'il se rend coupable des pires actes : « Il s'agirait au fond de dire que ces terroristes sont exclus de la communauté nationale symboliquement, comme s'ils n'y avaient jamais appartenu. Mais ces terroristes sont souvent des Français, qu'ils soient binationaux ou non ; ils ont été élevés, ils ont grandi dans la société française, et c'est un problème que nous devons assumer et traiter. Nous ne le réglerons pas symboliquement en les excluant de la communauté nationale. »<sup>1509</sup> D'autres députés font valoir que le terrorisme ne doit pas être sanctionné sur le terrain du droit de la nationalité. Il en va ainsi de Christophe Léonard qui considère qu'« Un terroriste français, qu'il ait une ou deux nationalités, est un criminel abject dont les meurtres doivent être sanctionnés avec la même égalité et la même sévérité. Ces actes sont indignes de la nationalité qu'il porte mais il n'en demeure pas moins Français. »<sup>1510</sup> Au-delà même des rangs de la gauche, la droite libérale a encore émis cette opinion, notamment par la voix de Michel Piron (tout en restreignant l'argumentation à la seule nationalité attribuée) :

« L'immense majorité de nos concitoyens, nés sur le territoire national, est française sans l'avoir choisi ni demandé : c'est une donnée et non un acquis. Ainsi Brutus lui-même, bien que parricide, n'a pas cessé d'être reconnu par César comme son fils, qui lui a dit en mourant : "Toi aussi, mon fils"... Voilà pourquoi, si retirer à un citoyen un droit acquis, la naturalisation, est une chose, lui dénier l'inné, la nationalité, en est une autre qui, même prononcée, demeure l'habit juridique d'une absurdité philosophique. L'indignité nationale et la perte de droits qu'elle entraîne constituent des réponses infiniment mieux accordées aux principes fondamentaux de notre droit comme à son rapport au droit international. »<sup>1511</sup>

---

<sup>1507</sup> Assemblée Nationale, Commission des lois, compte rendu n° 43, 27 janvier 2016, p. 34.

<sup>1508</sup> JORF, débats, Ass. Nat., 9 février 2016 (1<sup>ère</sup> séance), p. 1179.

<sup>1509</sup> JORF, débats, Sénat, 17 mars 2016, p. 4275.

<sup>1510</sup> JORF, débats, Ass. Nat., 9 février 2016 (1<sup>ère</sup> séance), p. 1174.

<sup>1511</sup> JORF, débats, Ass. Nat., 8 février 2016 (2<sup>ème</sup> séance), p. 1129.

Non majoritaires, les amendements visant à remplacer la déchéance de nationalité par l'indignité nationale ou la dégradation civique ont tous été rejetés<sup>1512</sup>. L'on y décèle l'absence de consensualisme en matière de déchéance de nationalité des Français, en particulier de ceux qui *en fait* appartiennent à la communauté nationale. L'ensemble fait écho à ce que déclarait déjà Niboyet en 1938 – « Mais alors qu'on ne cherche pas, dans la matière de la nationalité, d'inutiles et choquantes sanctions. Qu'on se place résolument sur le plan général et l'on y trouvera les peines qui conviennent à la responsabilité de chacun. »<sup>1513</sup> – ou Louis-Lucas en 1929 – « On doit penser que la déchéance de la nationalité à titre de peine devrait sans doute disparaître complètement d'une législation bien conçue. L'État pourrait, en privant son national de la jouissance des droits politiques et même d'un grand nombre de droits privés, lui montrer assez bien sa désapprobation et lui infliger une peine suffisamment grave »<sup>1514</sup>.

**441.** Par-delà plus d'un siècle et demi d'histoire, le débat sur la constitutionnalisation de la déchéance de nationalité a ainsi révélé que la confusion entre nationalité et citoyenneté, sur fond de conflit entre condition objective de lien territorial d'un côté, et condition subjective de dignité de l'autre, n'est pas clos<sup>1515</sup>.

\*

**442. Conclusion de section : l'exception à la territorialité, une affaire de circonstances.** – Cette tradition établissant une confusion entre citoyenneté et nationalité sur fond d'inapplication de la condition territoriale ne doit pas être sousestimée. Si elle doit être ramenée à un strict statut d'exception, il n'en demeure pas moins que ce principe est reçu en législation depuis désormais un siècle et demi, et que la déchéance de nationalité pour fait de terrorisme profite d'une grande visibilité. Comment justifier une telle exception ? Pour Patrick Weil, une telle mesure révèle en réalité le souverain dans sa capacité à définir l'état d'exception<sup>1516</sup>, sui-

---

<sup>1512</sup> Les scores sont toutefois honorables. En particulier l'amendement n° 207, prévoyant une « déchéance nationale » au sens d'une dégradation civique, réunissant 108 voix contre 145, voy. JORF, débats, Ass. Nat., 9 février 2016 (1<sup>ère</sup> séance), p. 1177.

<sup>1513</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, 1938, n° 403, p. 468.

<sup>1514</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française*, *op. cit.*, p. 215-216.

<sup>1515</sup> Pour un autre exemple historique de glissement de la citoyenneté vers la nationalité, voy. le développement des oppositions pour indignité depuis 1893 chez Anne Simonin, *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 140 et s.

<sup>1516</sup> Voy. Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français*, *op. cit.*, p. 396.

vant la théorie schmittienne bien connue : « est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle »<sup>1517</sup>. Selon Schmitt, le souverain peut agir et décider suivant une compétence « illimitée[e] »<sup>1518</sup> pour conserver sa qualité face à un état de nécessité extrême, c'est même à cela qu'on peut le reconnaître. Sans aller jusqu'à se prononcer sur la validité ou l'opportunité d'une telle théorie, le questionnement qu'elle suscite demeure intéressant : lorsque l'État édicte la législation relative à la perte de la nationalité sans égard pour l'encadrement territorial de sa compétence, agit-il en réponse à une situation exceptionnelle ? Sans doute la prohibition de l'esclavage, les luttes contre l'espionnage allemand, les déstabilisations soviétiques, ou le terrorisme islamique caractérisent dans une certaine mesure des temps troublés. Mais l'on peine en revanche à caractériser un danger pour la conservation de l'État qui vaudrait l'établissement d'une souveraineté illimitée de l'État dans le champ d'application de sa compétence en droit de la nationalité ; il n'y a rien dans ces phénomènes qui ne puisse être traité par les moyens de la légalité ordinaire et du droit pénal. Il faut donc rappeler cette exception à son principe. Juridiquement, la tâche n'est certainement pas ardue. En effet, rien n'empêche aujourd'hui l'autorité publique de prononcer les déchéances de nationalité de l'article 25 du code civil dans le respect du principe territorial propre au droit de la perte de la nationalité – et donc de réserver la perte à des individus qui ont rompu leurs attaches territoriales avec la France à titre définitif –, ou au juge de rappeler au gouvernement par la voie de l'analogie qu'il y a en la matière une tradition et une logique à respecter, sauf à continuer d'entretenir une confusion entre nationalité et citoyenneté<sup>1519</sup>, et à hypothéquer la bonne tenue des relations internationales<sup>1520</sup>.

\* \* \*

**443. Conclusion de chapitre : la liaison territoriale, une condition de principe.** – L'octroi et la perte de la nationalité sont les deux faces d'une même pièce ; ces mécanismes témoignent chacun de la territorialité de la nationalité à l'époque contemporaine. Pour autant, depuis l'Ancien Droit, cette territorialité a été aménagée. C'est la composante temporelle sur laquelle il faut désormais mettre l'accent : si le lien territorial n'a pas disparu, la condition temporelle

---

<sup>1517</sup> Carl Schmitt, *Théologie politique* (1922, trad. Jean-Louis Schlegel), Paris, Gallimard, 2008, p. 15.

<sup>1518</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>1519</sup> Comme le relevait encore dans la matière de la perte de la nationalité Henri Bonneau, « Le retrait de nationalité en droit des gens », *op. cit.*, p. 61 : « il paraît plus indiqué de recourir à la distinction du national et du citoyen, qui a souvent été méconnue ».

<sup>1520</sup> L'on renvoie également à l'analyse de Jean Morange, « Les frontières, entre logique territoriale et logique personnelle », in Étienne Pataut, *État(s) des frontières*, Paris, Pedone, 2017, p. 196 : « Tout comme l'étranger doit se soumettre au droit de l'État territorial sous peine d'être éloigné, certains nationaux doivent se soumettre à la loi nationale sous peine de perdre leur nationalité et les avantages qui y sont attachés (protection de l'État, droits politiques et droits relatifs à l'entrée et à la sortie du territoire par exemple).

s'est largement relâchée. Là où le fait de quitter le territoire sans esprit de retour ou le fait de naître sur le territoire produisaient tous deux des effets de plein droit en matière de perte ou d'attribution de la nationalité sous l'Ancien Régime, la situation est aujourd'hui moins absolue. Différents mécanismes viennent désormais s'assurer que le lien territorial est réellement habituel en matière d'octroi (par exemple la condition de résidence habituelle liée au droit du sol), tandis que d'autres servent à garantir que la rupture territoriale est absolument définitive en matière de perte (par exemple la condition d'expatriation sur plusieurs générations pour la perte de la nationalité par le droit du sang). Il n'y a donc pas de différence de nature entre la condition territoriale en matière d'octroi ou de perte de la nationalité.

**444.** Pour autant, force est de constater que cette condition territoriale représente un principe qui connaît des exceptions. En plusieurs occasions, que ce soit la dispense de résidence en matière de naturalisation, ou la déchéance sans condition d'expatriation, le législateur et l'autorité publique ne font pas application des critères relatifs à la sujétion territoriale habituelle. Mais ces exceptions sont quantitativement limitées, et – en ce qui concerne la déchéance – historiquement ancrées dans une confusion et une dérogation propres aux temps troublés. Ce ne sont donc que des exceptions qui, bien loin de remettre en cause le principe, en confortent au contraire la positivité. L'action valide de l'État en droit de la nationalité se fonde donc par principe sur des critères territoriaux dans l'ordre juridique français contemporain. L'ordre international répond exactement au même principe, si ce n'est que la condition territoriale n'implique plus un examen en validité – par nature impossible –, mais un examen en opposabilité.



## Chapitre 4. La condition territoriale d'opposabilité dans l'ordre international

« En matière de nationalité, il n'y a pas plus de place à l'arbitraire de l'individu qu'il n'en peut y avoir à l'arbitraire de l'État. (...) La loi sur la nationalité doit donc s'ordonner de telle manière que l'individu vienne dans le cadre de l'État où, naturellement, ses sentiments l'appellent, où pratiquement sa vie se place ou tout au moins commence. (...) C'est aux conditions mêmes de sa vie qu'il appartient de porter témoignage de ses sentiments profonds. »<sup>1521</sup>

Albert DE LAPRADELLE

**445.** La compétence en droit de la nationalité appartient exclusivement à l'État qui est habilité par son ordre juridique interne à prendre des mesures relatives à l'octroi et à la perte de la nationalité. Seul l'ordre juridique interne permet donc d'apprécier les mesures en termes de validité<sup>1522</sup>. Dans l'ordre international à l'inverse, la validité d'une mesure relative à la nationalité ne peut pas être questionnée. Autrement dit, un décret de naturalisation ou de déchéance est tenu pour valide de manière irréfragable dans l'ordre international. Dès lors, ce qui se joue dans l'ordre international est d'une autre nature : il ne s'agit plus d'étudier la mesure en tant que telle, mais plutôt d'en réguler les effets, jusqu'à rendre une mesure internationalement inopposable en cas de violation par l'État de ses obligations internationales afférentes à la matière. Ce n'est donc plus l'habilitation et son champ d'application qui sont pertinents (voy. *supra* n° 52 s.), mais plutôt les obligations permissives ou prescriptives qui indiquent à l'État la marche à suivre quand il agit en droit de la nationalité<sup>1523</sup>.

**446.** Or, de ce point de vue, la nationalité est une matière « jalousement gardée par les États »<sup>1524</sup> : le droit de la nationalité n'a fait l'objet que de rares développements conventionnels, il est donc particulièrement difficile de trouver des obligations fixées par écrit qui s'appliqueraient uniformément dans l'ordre international. En cette matière donc, ce sont les principes non-écrits et les normes coutumières qui s'appliquent de manière privilégiée, et la prohibition de l'abus de droit est à ce titre un instrument particulièrement pertinent pour constituer une

---

<sup>1521</sup> Albert de Lapradelle, « Le droit international de la nationalité », in Académie diplomatique internationale, *Séances et travaux*, 1930, n° 2, p. 102 ; Voy. également Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française*, Paris, Sirey, 1929, p. 325.

<sup>1522</sup> Voy. *supra* n° 303 s.

<sup>1523</sup> Voy. Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 354-355.

<sup>1524</sup> Johannes M. Chan, « The Right to a Nationality as a Human Right », *Human Rights Law Journal*, 1991, vol. 12, n° 1/2, p. 1.



obligation régulant les usages de la nationalité dans l'ordre international (ce qui est permis et ce qui ne l'est pas), que ce soit sur les versants de l'acquisition ou de la perte (section 1). Il est alors possible de démontrer que l'ordre international consacre une appréciation en opposabilité de la nationalité conférée ou retirée par l'État reposant sur des critères territoriaux liés à l'*effectivité* de la nationalité, et dont la violation se résout sur le terrain de la prohibition de l'abus de droit (section 2).

### ***Section 1. La pertinence de la théorie de l'abus de droit***

447. La compétence de l'État en matière de nationalité ne peut être appréciée sous l'angle de la validité dans l'ordre international (I). Il est donc nécessaire de s'interroger sur l'existence de normes internationales venant réglementer l'emploi de la compétence de l'État dans le champ de la nationalité. Le principe de prohibition de l'abus de droit apparaît alors comme une norme pertinente pour encadrer la compétence de l'État sous les angles de l'opposabilité et de la responsabilité, en particulier dans le domaine de la nationalité. Il est en effet possible de démontrer que l'ordre international, par le prisme de l'abus de droit, conditionne l'exercice de la compétence de l'État au respect d'un critère de sujétion territoriale avec l'individu (II).

#### **§ 1. L'impossible appréciation en validité du droit de la nationalité dans l'ordre international**

448. La nationalité a toujours été considérée comme une compétence exclusive de l'État – on lit parfois « souveraine ». Autrement dit, la nationalité ne tire sa validité que de l'ordre interne et l'ordre international est impuissant à l'atteindre sous ce rapport<sup>1525</sup> (A). Est-ce à dire que l'ordre international est aussi impuissant pour sanctionner une nationalité octroyée ou retirée en violation d'une obligation internationale ? La réponse est négative. Toutefois le mode d'intervention de l'ordre international se situera sur le terrain de l'inopposabilité, c'est-à-dire la privation des effets internationaux d'une mesure nationale en matière de nationalité. Cette démonstration bien reçue en doctrine est également consacrée par la jurisprudence internationale, et notamment par le célèbre arrêt *Nottebohm* rendu en 1955 (B).

---

<sup>1525</sup> Bien entendu, en droit interne, le droit international peut sous certaines conditions prévues par l'ordre juridique de l'État (monisme, dualisme, effet direct, etc.) intégrer le champ de réglementation de la norme d'habilitation et ainsi, par l'effet de la *lex superior*, agir sur la validité de la norme attributive ou privative de nationalité de l'État. Ce présent chapitre porte toutefois exclusivement sur l'ordre international, et les effets internes de nombreuses normes conventionnelles seront étudiés en détail dans la seconde partie.

## A. L'impossibilité théorique d'apprécier en validité une compétence exclusive de l'État

449. Le constat est opéré de longue date par les théoriciens de l'État et la jurisprudence nationale : la compétence en matière de nationalité appartient exclusivement à l'État puisqu'il en va de sa capacité à déterminer sa population constitutive (1). Dès lors, la compétence en matière de nationalité est entièrement fondée sur une habilitation de droit interne, et l'ordre international ne peut pas se positionner dans un rapport de validité avec les normes édictées par l'État (2).

### 1. Le caractère exclusif de la compétence étatique en matière de nationalité

450. **Un principe constant.** – L'ordre international a toujours considéré que la nationalité relevait de la compétence exclusive des États ; c'est exclusivement à la législation de l'État intéressé que le droit international se reporte pour déterminer la nationalité d'un individu.

451. En déterminant sa population constitutive par le biais de son droit de la nationalité, l'État s'attache une composante humaine, qui, mêlée au territoire, permet de matérialiser la sphère d'exercice privilégiée de son pouvoir. Pour reprendre les termes d'Olivier Beaud, la nationalité contribue à « humaniser » la souveraineté de l'État<sup>1526</sup>. Sans surprise chez les internationalistes, le principe est constamment professé à La Haye. La première fois par Ernst Isay en 1924 :

« On admet en principe que le droit des gens laisse aux divers États eux-mêmes le soin de déterminer les conditions de l'acquisition ou de la perte de la nationalité chez eux. (...) En principe les États décident eux-mêmes qui est ou n'est pas leur ressortissant. Mais s'ils ont cette indépendance, s'ils l'ont en vertu du droit des gens, il s'ensuit que toute législation d'État qui porte atteinte à l'égalité d'indépendance d'autres États est contraire au droit des gens. Si un État se permet de dénier à un individu la nationalité d'un État étranger, il agit en opposition avec le droit des gens car il empiète sur le droit de l'État étranger de fixer par lui-même les conditions d'acquisition et de perte de sa nationalité. »<sup>1527</sup>

Ce constat est encore fait par Hans Kelsen en 1932 : « Le droit des gens n'établit pas directement de règles obligatoires en ce qui concerne le contenu des normes relatives à l'acquisition et à la perte de la nationalité, normes qui permettent de répondre à la question de savoir si un individu est ou non le ressortissant d'un Etat déterminé. Le droit interne peut établir des règles quelconques sur les conditions dans lesquelles on devient ou l'on cesse d'être ressortissant de

<sup>1526</sup> Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 129.

<sup>1527</sup> Ernst Isay, « De la nationalité », *RCADI*, 1924, vol. 5, p. 440.

l'Etat considéré. »<sup>1528</sup> En 1949, Alexander Makarov souscrit au même principe : « On trouve rarement dans la science juridique une unanimité comme celle qui règne quant à la question de savoir le droit qui doit être appliqué pour déterminer la nationalité d'une personne. Seules les règles juridiques de l'État, de la nationalité duquel il s'agit, peuvent répondre à la question de savoir si la personne considérée possède cette nationalité ou non. Cette règle est fondée, comme nous le pûmes déjà constater, sur des principes du droit des gens. »<sup>1529</sup> Michel Verwilghen confirme enfin dans son célèbre cours sur les conflits de nationalité en 1999 que : « Pour l'État, sujet actuellement le plus raffiné de l'ordre international, la désignation de son patrimoine humain constitue une prérogative essentielle, que nul ne saurait lui contester. S'il est un principe de droit international solidement établi, c'est bien celui-là »<sup>1530</sup>.

**452.** Le principe est en réalité établi par différents organes judiciaires dès le second XIXe siècle. L'affaire *Medina* jugée le 31 décembre 1862 par le surarbitre Bertinatti entre les États-Unis et le Costa-Rica établit ainsi pour la première fois dans la sphère de l'arbitrage international qu'il relève de la « souveraineté même » des États-Unis d'établir par sa loi son « pouvoir de naturaliser les étrangers »<sup>1531</sup>. La Cour de cassation française relève de la même manière le 3 août 1871 qu'en matière de nationalité, « chaque pays [est] libre et indépendant dans l'exercice de sa souveraineté. »<sup>1532</sup> Et à la même époque, le Tribunal fédéral de la Confédération suisse juge que « Chaque État dispose en vertu de sa souveraineté du droit de définir les conditions sous lesquelles sont acquis [*erworben*] les droits de citoyenneté étatique [*Staatsbürgerrecht*] et municipale [*Gemeindebürgerrecht*]. »<sup>1533</sup>

**453.** Surtout, le principe est consacré textuellement à l'article 1 de la grande Convention de 1930 : « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement

---

<sup>1528</sup> Hans Kelsen, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, 1932, n° 42, p. 244. Voy. également Hans Kelsen, « La naissance de l'État et la formation de sa nationalité. Les principes, leur application au cas de la Tchécoslovaquie », *Revue de droit international*, 1929, t. 4, p. 637.

<sup>1529</sup> Alexander Makarov, « Règles générales du droit de la nationalité », *RCADI*, 1949, vol. 74, n° 39, p. 319.

<sup>1530</sup> Michel Verwilghen, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *RCADI*, 1999, vol. 277, n° 111, p. 125.

<sup>1531</sup> Albert de Lapradelle et Nicolas Politis (dir.), *Recueil des arbitrages internationaux*, II, Paris, Pedone, 1923, p. 168. Pour le détail de nombreuses autres affaires, voy. Carlo Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 160-162.

<sup>1532</sup> Cass., civ., 3 août 1871, *Préfet de la Haute-Savoie c. Bourgeois*, S. 1871. 1. 200.

<sup>1533</sup> Tribunal Fédéral, 7 octobre 1876, *Ville de Horgen c. Ville de Auw*, BGE 2. I. 175, ici 178 : « *Denn jedem Staate steht kraft seiner Souverainetät das Recht zu, diejenigen Bedingungen sestzusetzen, unter welchen sein Staats- und Gemeindebürgerrecht erworben wird.* »

reconnus en matière de nationalité. »<sup>1534</sup> C'est alors l'occasion pour les États de solidement faire valoir une parfaite unanimité en la matière. Sondés sur le principe de souveraineté en droit de la nationalité soumis par les bases de travail préparant la codification, les États ont tous confirmé avec force leur adhésion à ce principe dans les réponses collectées dans les travaux préparatoires de la codification. Plusieurs réponses sont à ce titre assez représentatives. La Belgique mentionne ainsi que « La nationalité tant à la base même de la formation et de la conservation de l'État (électorat, éligibilité, fonctions publiques, jurys, milice, etc.), il est d'importance primordiale que chaque nation puisse régler cette question en pleine souveraineté. Le point de savoir si un individu relève de tel ou tel État doit, par conséquence, être examiné à la lueur de la législation de cet État. Il ne semble pas possible d'apporter à ces deux principes des restrictions. »<sup>1535</sup> Les États-Unis s'attachent au « droit souverain que possède un État de déterminer quelles sont les personnes qui peuvent acquérir sa nationalité »<sup>1536</sup>. La France note que « La législation française s'inspire de ce principe que la loi d'un État est seule compétente pour déterminer qui est national de cet État et comment se perd la nationalité de cet État. La loi française détermine ainsi comment on devient Français et comment on cesse de l'être ; elle ne règle pas l'acquisition ou la perte d'une nationalité étrangère. »<sup>1537</sup> Le Japon même note encore que « Chaque État doit être libre d'édicter la législation nationale qu'il juge appropriée en ce qui concerne l'acquisition et la perte de sa nationalité. »<sup>1538</sup> Nul doute que ces principes sont encore constants aujourd'hui, ils sont par exemple textuellement repris à l'article 3 de la Convention européenne sur la nationalité qui stipule qu'« Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses ressortissants. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales applicables, le droit international coutumier et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité. »<sup>1539</sup>

**454. Une compétence qui n'est pas conférée par le droit international.** – Il ne revient pas à l'ordre international d'habiliter ou de fonder la compétence de l'État souverain en matière de nationalité. C'est l'ordre interne exclusivement qui permet à l'État d'agir valablement en droit de la nationalité. Bluntschli établit assez tôt cette position dans sa codification du droit

---

<sup>1534</sup> Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signée à La Haye le 12 avril 1930, in Société des Nations, *Recueil des traités*, 1937-1938, vol. 179, p. 98.

<sup>1535</sup> Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international – Bases de discussion, I (Nationalité), 15 mai 1929, C.73.M.38.1929.V, p. 131.

<sup>1536</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>1537</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>1538</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>1539</sup> Convention européenne sur la nationalité, in Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n° 166.

international : « 364. Chaque état a le droit de fixer librement les conditions auxquelles il accorde et retire la qualité de citoyen de l'état (indigénat). Cette question, toute d'organisation intérieure, est du domaine du droit constitutionnel de chaque état et non de celui du droit international. Mais au fait qu'un individu est citoyen d'un état, et que sa qualité doit être respectée par les autres états, se rattachent certaines conséquences dont le droit international doit s'occuper. »<sup>1540</sup> Oppenheim, dans la première édition de son célèbre traité, l'établit encore sans exception : « Il revient au droit interne plutôt qu'au droit international de déterminer qui doit être considéré ou non comme un sujet. »<sup>1541</sup> Malgré les tentatives de certains auteurs d'ancrer la compétence de l'État dans l'ordre international, cette position n'a jamais sérieusement prévalu en droit. Arangio-Ruiz résume ainsi qu'il revient « à chaque État en vertu de son propre droit interne, d'attribuer la nationalité ; compétence non attribuée mais factuelle pour le droit international qui se borne à laisser ou à reconnaître à l'État une *liberté* ou un droit correspondant »<sup>1542</sup>. De la même manière, toute idée de délégation opérée par l'ordre international au profit de l'État est irrecevable. De fait, les États « légifèrent sur un terrain qui leur est propre »<sup>1543</sup>, et l'égalité souveraine entre États de même que l'absence de centralisation de l'ordre international empêchent d'identifier en droit international un quelconque mécanisme d'attribution ou de délégation de compétence.

## 2. L'impossible appréciation en validité du droit interne

**455. La nationalité en tant qu'acte interne face au droit international.** – Une norme interne établissant ou retirant la nationalité d'un individu (qu'elle soit issue de l'application d'une loi, d'une décision administrative ou d'une décision de justice) peut entrer en contradiction avec des obligations juridiques internationales auquel l'État est soumis. Pour autant, ce conflit ne se résout pas sur le mode de la validité. Comme la nationalité est une composante exclusive et souveraine de l'État, elle ne tire sa validité que de l'ordre interne, et l'ordre inter-

---

<sup>1540</sup> Johann Kaspar Bluntschli, *Le droit international codifié* (1872, trad. Lardy), Paris, Guillaumin, 2<sup>ème</sup> éd., 1874, p. 215.

<sup>1541</sup> Lassa Oppenheim, *International Law. A Treatise*, I (Peace), New York, Longmans et Green, 1905, § 293, p. 348.

<sup>1542</sup> Gaetano Arangio-Ruiz, « Le domaine réservé : l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne : cours général de droit international public », *RCADI*, 1990, vol. 225, p. 183. Le même auteur précise encore dans *L'État dans le sens du Droit des Gens et la Notion du Droit international*, Bologna, Cooperativa Libreria Universitaria, 1975, p. 60 : « Par conséquent, la sujétion des individus aux États n'est pas l'«ouvrage» du droit des gens. Ce n'est pas le droit des gens, en d'autres mots, qui place les individus dans et sous l'État, et les États sur les individus. Le peuple – en tant que société humaine correspondant à un État – ne se pose pas du point de vue du *droit* international, en termes de cause ou raison d'être *juridique* international de l'État. »

<sup>1543</sup> José Francisco Rezek, « Le droit international de la nationalité », *RCADI*, 1986, vol.198, p. 353.

national est impuissant à invalider une telle norme conférant ou retirant la nationalité à un individu. Cela ne signifie pas pour autant que l'ordre international est impuissant pour sanctionner de telles violations. En ce cas, la contradiction entre l'acte juridique interne et l'obligation internationale se résoudra sur le terrain de l'inopposabilité : toujours valide dans l'ordre interne, la mesure d'octroi ou de perte de la nationalité ne sera en revanche pas opposable dans l'ordre international<sup>1544</sup>.

**456.** Jules Basdevant exprime ainsi implicitement cette dichotomie entre validité et opposabilité dans un commentaire de plusieurs arbitrages vénézuéliens publié en 1909 :

« L'État, en attribuant sa nationalité, ne crée pas, à sa guise, le rapport juridique en question : il constate qu'en fait tel individu se rattache étroitement à sa population et il place ce fait social dans les cadres de l'ordre juridique. Par suite s'impose à cet État le devoir juridique de n'attribuer à un individu sa nationalité que si cela correspond bien à la situation de fait, faute de quoi son acte serait inopérant au point de vue international, *ne s'imposerait pas au respect des autres États.* »<sup>1545</sup> (nous soulignons)

Pour Basdevant, rien n'empêche ici l'État de s'attribuer un individu en violation d'une obligation internationale prescrivant comme un « devoir » que la nationalité exprime un fait social de rattachement. Mais alors, un tel acte est « inopérant » dans l'ordre international et ne s'impose pas aux autres États qui sont libres d'en accepter ou d'en refuser les effets. Maurice Bourquin exprime encore cette idée, cette fois de manière plus théorique, à l'occasion de son cours sur le droit de la paix professé en 1931 :

« Mais si l'acte interne n'est jamais atteint dans son existence ou dans sa validité, si l'irrégularité qu'il présente n'a jamais pour effet immédiat d'entraîner son anéantissement, il ne faudrait pas en conclure que son efficacité fût de même épargnée par le jeu des sanctions internationales. Ce que le droit des gens cherche à éviter, dans sa teneur actuelle, c'est de réagir directement sur l'ordre juridique interne, et ce résultat ne pourrait être éludé s'il s'attaquait à l'acte lui-même, qui fait partie intégrante de cet ordre. Au contraire, les effets de cet acte, les conséquences qu'il est normalement appelé à produire peuvent être décomposées et distinguées les unes des autres suivant la sphère où elles se déroulent. On peut parfaitement admettre par exemple, qu'une loi internationale irrégulière subsiste, qu'elle conserve son efficacité dans l'ordre juridique interne, mais qu'en même temps ses effets soient paralysés dans l'ordre international. Et c'est précisément ce que fait le droit des gens. On peut considérer comme un

---

<sup>1544</sup> L'inopposabilité n'est d'ailleurs qu'une voie possible, la responsabilité internationale en étant une autre comme on le verra *infra*. Voy ainsi Carlo Santulli, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, LGDJ, 1995, p. 69-70 : « Si une norme interne contredit une norme internationale, cette dernière "prévaut", mais pas par l'invalidation de la première : le droit international la nie tout simplement en tant que règle juridique ; elle survit, mais toujours en tant que fait auquel le droit international attache des conséquences de droit en le qualifiant de *fait internationalement illicite*. »

<sup>1545</sup> Jules Basdevant, « Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *Revue de droit international privé*, 1909, vol. 5, p. 61.

principe reçu que l'acte interne contraire aux obligations internationales de l'État n'est *pas opposable* aux autres États. »<sup>1546</sup>

C'est encore ce que précise Kelsen une année plus tard. Pourtant partisan en la matière d'une approche résolument moniste, il note sous un vocable partiellement différent une contrariété *indirecte* du droit interne aux règles internationales qui révèle en réalité l'incapacité de l'ordre international à résoudre le conflit sur le terrain de l'invalidité : « Il peut cependant se faire qu'un État se mette en contradiction avec le droit international par une règle relative à l'acquisition et à la perte de sa nationalité lorsqu'il veut au moyen de cette norme tourner une obligation internationale, qui lui impose de traiter les ressortissants étrangers d'une certaine façon. (...) Une telle loi, relative à l'acquisition de la nationalité, serait indirectement contraire au droit international à cause de sa réaction sur d'autres obligations internationales de l'Etat. »<sup>1547</sup> Plus récemment, Gaetano Arangio Ruiz relevait dans un langage plus direct que « L'État ne conformant pas sa conduite à la restriction de liberté découlant des règles internationales commettrait un fait illicite ou créerait éventuellement des situations non conformes au droit international (en matière, par exemple, de protection diplomatique). Mais cela ne toucherait en rien sa compétence et la validité (nationale) de la nationalité octroyée de façon non conforme au droit des gens. »<sup>1548</sup> Bien entendu, l'inopposabilité internationale n'est pas sans effet sur l'ordre interne. L'État qui voit telle attribution ou telle perte reconnue inopposable est évidemment invité à revoir les conditions législatives, administratives ou judiciaires en la matière, sauf à prendre le risque que ce genre de situations se reproduisent<sup>1549</sup>. Le but de l'État est évidemment d'assurer l'efficacité internationale des normes qu'il édicte. Il n'y a cependant ici rien de mécanique, il n'y a pas d'« obligation réflexe »<sup>1550</sup>, ce qui confirme la séparation des ordres juridiques en matière de nationalité, et le dédoublement de cette dernière dans ses effets internes et internationaux.

---

<sup>1546</sup> Maurice Bourquin, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1931, vol. 35, p. 211.

<sup>1547</sup> Hans Kelsen, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *op. cit.*, p. 247-248.

<sup>1548</sup> Gaetano Arangio-Ruiz, « Le domaine réservé : l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne : cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 473.

<sup>1549</sup> Voy. *ibid.*, p. 472-473 : « Bien entendu, toute variation en plus ou en moins dans la sphère du lié détermine le cas échéant – les États y donnant suite dans le cadre de leurs systèmes respectifs – des variations dans le *contenu* du droit national. Par exemple, toute restriction conventionnelle ou non écrite de la liberté d'un État d'attribuer sa nationalité à des personnes, à des navires ou à des aéronefs se traduit normalement, grâce à l'adaptation de l'ordre interne de l'État lié, en prescriptions concernant l'activité des organes étatiques préposés à l'octroi de la nationalité. Il n'en découle certainement pas une restriction de la compétence étatique en la matière. L'octroi de la nationalité continue de relever (...) du domaine national. Il n'y a pas un transfert de cette compétence de l'ordre national à l'ordre international. »

<sup>1550</sup> Jean Combacau, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'État en droit international », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 95.

457. S'il est parfois mentionné que la nationalité est également un acte juridique unilatéral dont l'ordre international pourrait connaître en termes de validité<sup>1551</sup>, il n'en demeure pas moins qu'en l'absence de toute centralisation internationale – à la manière d'un État fédéral vis-à-vis des États fédérés –, l'ordre international est impuissant à atteindre *in fine* la mesure nationale litigieuse qu'il tient d'ailleurs pour un pur fait<sup>1552</sup>. Même les prétentions à l'examen en validité d'un acte unilatéral d'attribution de la nationalité se réduisent inévitablement, « faute de mieux », à une question d'opposabilité pour l'État qui conteste à une telle prétention<sup>1553</sup>. Autrement dit, suivant Carlo Santulli, « Cet acte unilatéral est “valable” dès qu'il remplit les conditions que le droit international impose pour sa validité mais, en pratique, ses effets ne seront concrétisés qu'en fonction de la réaction des autres États : la décision étatique est, en pratique, une prétention qui ne réalisera ses effets que par l'assentiment des autres États. »<sup>1554</sup>

## B. Les confirmations et précisions jurisprudentielles du second arrêt *Nottebohm*

458. Le second arrêt *Nottebohm* de 1955<sup>1555</sup> s'inscrit parfaitement dans la dimension théorique qui fait de la nationalité une compétence exclusive de l'État insusceptible d'être examinée dans l'ordre international sous l'angle d'un rapport de validité. Cette confirmation jurisprudentielle acte la positivité et la juridicité de cette approche en droit international public (1). Mais le raisonnement est loin d'être seulement théorique. Dans cette affaire, elle juge la nationalité

---

<sup>1551</sup> Voy. par exemple Carlo Santulli, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, op. cit., p. 78-83 ; Hélène Raspail, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, thèse, Paris, 2011, p. 9-10 ; Florian Couveinhas Matsumoto, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 456-457, p. 498-499.

<sup>1552</sup> En Suisse, le Tribunal Fédéral a d'ailleurs refusé dans un arrêt de principe d'examiner les questions de nationalité sous l'angle de l'opposabilité. Constatant l'inexistence de voie de droit permettant d'invalider une mesure en droit de la nationalité contraire aux obligations internationales, il en a déduit que la législation et les décisions étrangères, même litigieuses, doivent intégralement s'appliquer. Voy. Tribunal Fédéral, 15 juin 1934, *Lempert c. Bonfol*, BGE 60. I. 67, ici 81. Pour plus de précisions, voy. Paul Weis, *Nationality and Statelessness*, Alphen aan den Rijn, Sythoff & Noordhoff, 2<sup>ème</sup> éd., 1979, p. 120-121.

<sup>1553</sup> Jean Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 203, va jusqu'à considérer que « l'invalidité d'un acte n'est simplement pas concevable dans les conditions habituelles de fonctionnement du droit international, alors même que sa positivité serait établie ».

<sup>1554</sup> Carlo Santulli, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, op. cit., p. 82.

<sup>1555</sup> La célébrité des faits de cet arrêt rend inutile de s'y attarder. Tout au plus mentionnera-t-on qu'il s'agissait d'un ressortissant allemand, Frédéric Nottebohm, expatrié au Guatemala pour affaire. Il va rechercher la nationalité liechtensteinoise peu avant la guerre, sans doute pour assurer la sécurité de ses affaires et basculer sous le pavillon d'un État neutre. Des sommes importantes sont engagées dans la principauté du Liechtenstein tant est si bien que la nationalité est obtenue rapidement et sans condition de résidence – et que la nationalité allemande est réciproquement perdue. De retour au Guatemala muni du passeport neutre de la principauté, Nottebohm est tout de même considéré comme un sujet ennemi et ses biens sont saisis par le gouvernement. Regagnant le Liechtenstein après un internement aux États-Unis, Nottebohm demande à son nouvel État d'engager une action en protection diplomatique pour obtenir réparation. Le Liechtenstein et le Guatemala ayant chacun pris des déclarations facultatives d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, c'est devant cette juridiction que l'affaire est portée.



inopposable car ineffective. Or, en interprétant cet arrêt à la lumière des écrits de Jules Basdevant, il est possible de considérer que la notion de nationalité effective est une déclinaison de la condition territoriale en matière de nationalité (2).

### 1. La souveraineté de l'État, motif d'un examen en seule opposabilité

**459. La souveraineté de l'État dans son ordre interne.** – Dans le second arrêt *Nottebohm*, la Cour internationale de Justice a confirmé sans ambiguïtés la compétence exclusive de l'État pour déterminer ses nationaux : « Il appartient au Liechtenstein comme à tout État souverain de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité ainsi que de conférer celle-ci par la naturalisation octroyée par ses propres organes conformément à cette législation. Il n'y a pas lieu de déterminer si le droit international apporte quelques limites à la liberté de ses décisions dans ce domaine. (...) Cela est implicitement contenu dans la notion plus large selon laquelle la nationalité rentre dans la compétence nationale de l'État. »<sup>1556</sup> Ce qui peut en revanche surprendre, c'est la justification que donne plus loin la Cour à ce principe :

« Le droit international laisse à chaque État le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité. S'il en est ainsi, c'est que la diversité des conditions démographiques n'a pas permis jusqu'ici l'établissement d'un accord général sur les règles concernant la nationalité, encore que, par sa nature, celle-ci affecte les rapports internationaux. On a estimé que le meilleur moyen de faire concorder ces règles avec les conditions démographiques diverses existant ici et là était de laisser leur détermination à la compétence de chaque État. »<sup>1557</sup>

La Cour considère ainsi que c'est « la diversité des conditions démographiques » qui entraîne la diversité dans les législations sur la nationalité, elle suit en cela l'un des grands principes analytiques du droit du sang et du droit du sol qui veut que le droit du sol soit l'apanage des pays d'immigration, tandis que le droit du sang celui des pays d'émigration<sup>1558</sup>. La Cour laisse ici penser, non sans un certain optimisme, qu'une future stabilisation démographique mondiale, ou une harmonisation des situations démographiques nationales, laisseront – prochainement ? –

---

<sup>1556</sup> Recueil CIJ 1955, p. 20.

<sup>1557</sup> Recueil CIJ 1955, p. 23.

<sup>1558</sup> Voy. par exemple Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1928, p. 72 : « Un État n'est nullement libre de prendre parti entre ces deux conceptions [*droit du sang et droit du sol*]. Le choix lui est commandé par sa situation démographique. Un pays de pure immigration doit – c'est pour lui souvent une nécessité politique, et par suite une question de vie ou de mort, – chercher à *absorber* les étrangers et le plus vite possible ; il sera donc conduit à faire jouer le *jus soli* très largement. Comme on l'a fait remarquer, la loi des vases communicants n'est pas d'application constante en physique seulement ; l'expérience chaque jour conduit à envisager son extension dans le domaine de la sociologie. C'est ainsi que se sont développés dans les États de l'Amérique. Au contraire, un pays à forte population, qui ne subit qu'une immigration infime, mais qui, au contraire, fournit des émigrants (Allemagne, Italie, Pologne, etc.), peut faire jouer le système du *jus sanguinis*. Il n'a pas besoin, en effet, d'assimiler les étrangers, parce que sa population lui suffit et que les étrangers sont trop peu nombreux chez eux pour constituer un danger. Et, d'autre part, il a tout intérêt à ce que ses nombreux nationaux dispersés à l'étranger lui restent rattachés, car il en tire un profit national considérable. »

le loisir aux États de concevoir et de conclure un « accord général sur les règles concernant la nationalité ».

**460.** Ce second arrêt *Nottebohm* est confirmatif d'une approche de principe déjà initiée par la Cour permanente de Justice internationale en 1923 dans la célèbre affaire des *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*. Déjà avec un certain optimisme quant aux évolutions possibles du droit de la nationalité – la Cour mentionne « l'état actuel du droit international » pour mieux laisser entrevoir une *lege ferenda* internationale –, la Cour permanente juge que la nationalité ressort du domaine réservé des États, c'est-à-dire de leur compétence exclusive, sous réserve d'éventuels accords internationaux :

« La question de savoir si une certaine matière entre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux. C'est ainsi que, dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans ce domaine réservé. Aux fins du présent avis, il suffit de remarquer qu'il se peut très bien que, dans une matière qui, comme celle de la nationalité, n'est pas, en principe, réglée par le droit international, la liberté de l'État de disposer à son gré soit néanmoins restreinte par des engagements pris envers d'autres États. En ce cas, la compétence de l'État, exclusive en principe, se trouve limitée par des règles de droit international. »<sup>1559</sup>

La Cour permanente de Justice internationale consacre alors au début du XXe siècle un principe déjà bien établi dans les milieux doctrinaux et judiciaires et fort bien résumé par La France, suivant la plaidoirie d'Albert de Lapradelle, lors de la phase orale :

« Pas de vie internationale sans État, pas d'ordre international sans État. Donc, organiser l'État, c'est poser les premiers jalons de la Société internationale, c'est fixer les premières bases de l'ordre international : ainsi, la question de la formation de l'État est-elle la question fondamentale du droit international. Mais comment la règle-t-il ? En laissant à l'État le soin de s'organiser lui-même : à lui de décider comment il se forme et se recrute, à lui de créer sa propre substance, puis de la développer, à lui de promulguer par le jeu de sa puissance et dans l'étendue de cette puissance les lois qui sont celles de sa croissance et de sa vie. Déterminer la nationalité, c'est procéder à son recrutement, c'est assurer la continuation de son existence. C'est, par conséquent, pour l'État, en même que le premier des devoirs, le premier des droits. Messieurs, s'il n'y avait qu'un seul droit qui fût en dehors de la compétence du Conseil de la Société des Nations, assurément ce serait celui-là ! »<sup>1560</sup>

---

<sup>1559</sup> CPJI, avis, 7 février 1923, Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, série B, n° 3, p. 24.

<sup>1560</sup> Albert de Lapradelle, « Plaidoirie devant la Cour », *Revue de droit international privé*, 1922-1923, vol. 18, p. 146-147.

Sans surprise<sup>1561</sup>, la Cour internationale de Justice, comme avant elle la Cour permanente de Justice internationale<sup>1562</sup>, ont chacune avec solennité confirmé la compétence exclusive de l'État pour déterminer ses nationaux<sup>1563</sup>.

**461. L'appréciation en opposabilité dans l'ordre international.** – Dans cette même affaire *Nottebohm*, la Cour internationale de Justice établit encore clairement l'étendue de son office en matière de nationalité : examen en opposabilité, mais pas en validité. Elle juge ainsi sans ambiguïté qu'« il s'agit de rechercher si cet acte [de naturalisation] émanant du Liechtenstein seul est *opposable* au Guatemala en ce qui concerne l'exercice de la protection. La Cour traitera de cette question sans examiner celle de la *validité* de la naturalisation de Nottebohm selon la loi du Liechtenstein. »<sup>1564</sup> (nous soulignons) La Cour sépare donc la question de l'opposabilité de la nationalité dans l'ordre international de celle de la validité dans l'ordre interne. Conformément au principe de compétence exclusive de l'État en matière de nationalité, elle refuse par principe toute appréciation qui remettra en cause de manière objective l'octroi de la nationalité. Comme elle le résume encore plus loin, c'est la seule question des effets intersubjectifs qui est abordée : « La naturalisation de Nottebohm est un acte accompli par le Liechtenstein dans l'exercice de sa compétence nationale. Il s'agit de déterminer si cet acte produit l'effet international ici considéré. »<sup>1565</sup> Comme le note Carlo Santulli, « Le raisonnement est irréprochable »<sup>1566</sup>.

---

<sup>1561</sup> Au-delà des plaidoiries françaises, il faut aussi mentionner que les États-Unis avaient clairement indiqué que la nationalité relevait du domaine réservé au sens de l'article 15, § 8 du Pacte de la Société des Nations, à l'occasion d'une déclaration du Président Wilson devant le *Committee on Foreign Relations* du Sénat le 19 août 1919 : « *The United States was by no means the only Government interested in the explicit adoption of this provision, and there is no doubt in the mind of any authoritative student of international law that such matters as immigration, tariffs, and naturalization are incontestably domestic questions with which no international body could deal without express authority to do so. No enumeration of domestic questions was undertaken because to undertake it, even by sample, would have involved the danger of seeming to exclude those not mentioned.* », voy. US Congress, Treaty of Peace with Germany. Hearings before the Committee on Foreign Relations, US Senate, 66<sup>th</sup> Congress, 1<sup>st</sup> Session, 1919, in Senate Document, n° 106, Washington, Government Printing Office, 1919, p. 501.

<sup>1562</sup> Voy. encore CPJI, avis, 15 septembre 1923, *Acquisition de la nationalité polonaise*, série B, n° 7, p. 16 : « Si, d'une manière générale, il est vrai qu'un État souverain ait le droit de déterminer quelles personnes seront considérées comme ses ressortissants, il n'est pas moins vrai que ce principe n'est applicable que sous réserve des engagements conventionnels visés ci-dessus. »

<sup>1563</sup> Et comme après elles la Cour de justice de l'Union européenne. Voy. CJCE, 7 juillet 1992, C-369/90, Mario Vicente Micheletti e.a. c. Delegación del Gobierno en Cantabria, § 10, Rec. I., p. 4262.

<sup>1564</sup> Recueil CIJ 1955, p. 20.

<sup>1565</sup> Recueil CIJ 1955, p. 21.

<sup>1566</sup> Carlo Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, op. cit., p. 162, note 292. Voy. encore José Francisco Rezek, « Le droit international de la nationalité », op. cit., p. 386 : « L'arrêt *Nottebohm* a eu le mérite primordial de montrer qu'un acte d'État peut être opérant sur le plan international sans être objectivement illicite – une conclusion majoritaire que les voix dissidentes ont eu du mal à comprendre, trop attachées peut-être à la commodité du raisonnement propre au droit interne, où tout ce qui n'est pas objectivement nul doit produire ses effets. » Pour une critique de cette approche « dualiste », fondée sur l'idée que l'octroi de la nationalité par un État est fondée sur une compétence conférée par

## 2. L'opposabilité à la condition de l'effectivité : relire *Nottebohm* avec Basdevant

**462. Brève généalogie de la notion d'effectivité.** – La notion de nationalité « effective » est née des conflits positifs de nationalité : face à un individu plurinational, quelle nationalité doit primer pour régler un problème juridique reposant sur une condition de nationalité ? Pour répondre à cette question, le terme de nationalité effective renvoie à l'idée d'une recherche de concordance entre la nationalité de droit et la nationalité de fait, et en cette matière, c'est la notion de domicile qui s'impose : si l'une des nationalités en conflit correspond au domicile de l'intéressé, c'est ordinairement en sa faveur que le juge tranchera. D'un point de vue plus général, la nationalité « effective » renvoie donc – par le prisme du domicile – à la nationalité correspondant à une sujétion territoriale habituelle de l'individu.

**463.** Initialement plus volontiers appelée nationalité « active », cette théorie apparaît à l'occasion de l'affaire *Stoerck* examinée par une commission *ad hoc* de l'Institut de droit international en 1888, chargée de fixer la marche à suivre pour départager deux nationalités lorsqu'un membre pressenti de l'Institut se trouve dans une situation de plurinationalité<sup>1567</sup>. Le rapport de Louis Renault, professeur à la Faculté de droit de Paris, fixe ainsi le principe suivant :

« Auquel des deux États convient-il de rattacher cet individu ? Nous pensons qu'il est naturel de le considérer comme étant seulement le ressortissant de l'État auquel l'unissent le droit et le fait, dont il est le national et sur le territoire duquel il réside ou au service duquel il se trouve. C'est, pour ainsi dire, la *nationalité active* qui doit être envisagée et non la nationalité un peu théorique qui peut subsister à côté de celle-là. »<sup>1568</sup>

Le principe d'une recherche de la nationalité « de fait » se retrouve alors dans toutes les sentences arbitrales de l'époque lorsqu'elles sont confrontées à un conflit de nationalité. Le même Louis Renault, président un tribunal arbitral entre l'Italie et le Pérou dans la célèbre affaire *Canevaro*, fait d'ailleurs application du même principe dans la sentence rendue le 3 mai 1912 qui examine « en fait » les liens de rattachement de l'individu pour faire prévaloir une nationalité sur l'autre<sup>1569</sup>. À la même époque, dans l'affaire *Massiani* jugée par la commission

---

l'ordre international, voy. Joseph L. Kunz, « The Nottebohm Judgement (Second Phase) », *AJIL*, 1960, vol. 54, n° 3, p. 550-551.

<sup>1567</sup> Le cas avait déjà été étudié de manière théorique par Johann Caspar Bluntschli, *Le droit international codifié* (1869, trad. Lardy), Paris, Guillaumin, 1870, p. 209-210 : dans sa règle 374, l'auteur note qu'il faut « accorder la préférence à la nationalité de fait, c'est-à-dire à celle qui s'unit au domicile. »

<sup>1568</sup> IDI, *Annuaire*, 1889, vol. 10, p. 25.

<sup>1569</sup> Cour permanente d'arbitrage, 3 mai 1912, *affaire Canevaro (Italie c. Pérou)*, in *RSA*, vol. XI, p. 406 : « Considérant qu'en fait, Raphaël Canevaro s'est, à plusieurs reprises, comporté comme citoyen péruvien, soit en posant sa candidature au Sénat où ne sont admis que les citoyens péruviens et où il est allé défendre son élection, soit surtout en acceptant les fonctions de Consul général des Pays-Bas, après avoir sollicité l'autorisation du Gouvernement, puis du Congrès péruvien ; Considérant que, dans ces circonstances, quelle que puisse être en Italie, au

mixte France-Venezuela dans une sentence du 31 juin 1905, l'arbitre fait prévaloir expressément « la loi du domicile » en matière de nationalité<sup>1570</sup>. C'est à cette occasion que Jules Basdevant, dans un commentaire publié à la *Revue de droit international privé*, répand l'usage du terme de « nationalité effective » : « On est à même, désormais, de bien voir quelle doctrine guide nos sentences arbitrales. D'après elles, la nationalité qui doit prévaloir en cas de conflit, c'est la nationalité effective ; celle-ci est révélée en interrogeant les circonstances de fait dont la plus importante est le domicile. »<sup>1571</sup> La jurisprudence internationale est constante depuis, réserve faite d'une sentence arbitrale assez isolée, rendue le 8 juin 1932 dans l'affaire *Salem* opposant l'Égypte aux États-Unis, et dans laquelle les arbitres refusent d'appliquer la théorie de la nationalité effective pour trancher un conflit positif de nationalité<sup>1572</sup>. Sévèrement appréciée, Maury déclare à propos de cette solution : « Sur ce point, on peut estimer, avec grande chance de ne pas se tromper, que le tribunal a commis une véritable erreur »<sup>1573</sup>.

**464.** Dès le début du XXe siècle, les notions de nationalité « effective », « active », « dominante », « de fait », ou encore liée à la « loi du domicile » sont ainsi toutes synonymes et laissent apparaître l'idée qu'entre deux nationalités, celle qui prévaut est celle qui correspond, le cas échéant, au domicile de l'intéressé (l'individu peut être domicilié dans un État tiers, dont il ne possède pas la nationalité, auquel cas ce critère n'est d'aucune aide). Maury écrit en ce sens que « La loi du domicile ou de la résidence n'apparaît que comme un cas particulier de

---

point de vue de la nationalité, la condition de Raphaël Canevaro, le Gouvernement du Pérou a le droit de le considérer comme citoyen péruvien et le lui dénier la qualité de réclamant italien. » Charles de Boeck, « L'arbitrage Canevaro », *RGDIP*, 1913, t. 20, p. 349, juge la solution « élégante et réaliste ».

<sup>1570</sup> Commission mixte France-Venezuela, 31 juin 1905, affaire Massiani, in RSA, vol. X, p. 183 : « *But the important question to be determined is, has this tribunal jurisdiction over this claim ? Neither the widow nor the children are of French nationality as recognized by the laws of Venezuela. The widow was born in Venezuela, achieved French nationality by the laws of both countries when she married Thomas Massiani, but by the laws of Venezuela was restored to her quality of a Venezuelan citizen at his death. During their married life they remained in Venezuela ; they were there domiciled when he died. It always has been her domicile. It is therefore her nationality, since such is the law of her domicile, which law prevails when there is a conflict as held by the umpire in the claim of Maninat heirs before this same tribunal. »*

<sup>1571</sup> Jules Basdevant, « Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *op. cit.*, p. 60. L'opinion est constante chez l'auteur, voy. encore Jules Basdevant, *Droit international public* (la jurisprudence internationale), Paris, Les cours de droit, 1936-1937, p. 321 ; *Droit international public* (La répartition des compétences), Paris, Les cours de droit, 1937-1938, p. 457-459.

<sup>1572</sup> Commission mixte Égypte-États-Unis, 8 juin 1932, affaire Salem, in RSA, vol. II, p. 1187 : « *The principle of the so-called "effective nationality" the Egyptian Government referred to does not seem to be sufficiently established in international law. It was used in the famous Canevaro case; but the decision of the Arbitral Tribunal appointed at that time has remained isolated. In spite of the Canevaro case, the practice of several governments, for instance the German, is that if two powers are both entitled lay international law to treat a person as their national, neither of these powers can raise a claim against the other in the name of such person. Accordingly the Egyptian Government need not refer to the rule of "effective nationality" to oppose the American claim if they can only bring evidence that Salem was an Egyptian subject and that he acquired the American nationality without the express consent of the Egyptian Government. »*

<sup>1573</sup> Jacques Maury, « Nationalité et condition des étrangers », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1938, t. 58, p. 37.

celle de l'option effective »<sup>1574</sup>, et que « La présomption tirée de ce dernier [le domicile] ne serait que difficilement renversée, aurait même fort peu de chances de l'être »<sup>1575</sup>, lorsqu'est déterminée la nationalité la plus effective. Plus récemment, Carlo Santulli s'accorde également à constater qu'« Un avatar ultérieur de cette pratique [de la loi du domicile] peut être reconnu dans les doctrines de la nationalité effective et de la nationalité dominante »<sup>1576</sup>. La nationalité effective renvoie donc à l'examen de la sujétion territoriale à titre habituel de l'individu, comme le relève déjà Lapradelle devant la Cour permanente de Justice internationale en 1923 : « la nationalité effective [est] celle qui est confirmée par la présence continue de l'individu sur le territoire »<sup>1577</sup>.

**465.** Dès lors, les critères territoriaux se font jour dans une théorie naissante de la nationalité en droit international. Deux auteurs en particulier vont procéder à une montée en généralité, liant sans équivoque nationalité et territoire. Jules Basdevant, dans son article précité publié en 1909, va le premier développer une théorie objective de la nationalité reposant sur l'examen du « lien social » unissant l'individu à l'État : « La nationalité, c'est l'expression juridique du fait qu'un individu est plus étroitement rattaché à la population d'un État déterminé qu'à celle de tout autre. Le lien juridique appelé nationalité a à sa base un lien social, un rapport de fait. C'est dire que ce lien juridique n'est pas la création arbitraire de l'État qui attribue à tel individu sa nationalité. »<sup>1578</sup> Un an plus tard, dans une publication assez confidentielle (une introduction à un travail d'étudiants de la Faculté de droit de Grenoble), il confirme encore son approche : « alors, pas n'est besoin de voir dans la nationalité un droit subjectif ; on y peut voir une situation de droit objectif, l'expression juridique du fait qu'un individu est plus étroitement lié à la population d'un État déterminé qu'à celle de tout autre État. »<sup>1579</sup> Comme Basdevant faisait du domicile le critère clé de la nationalité effective, c'est bien le territoire qui en creux sert ici de révélateur du « lien social », ou du rattachement le plus « étroit » à la population de l'État.

---

<sup>1574</sup> Jacques Maury, « Nationalité (Théorie générale) », in Albert de Lapradelle et Jean-Paulin Niboyet (dir.), *Répertoire de droit international*, vol. IX, Paris, Dalloz, 1931, n° 109, p. 295.

<sup>1575</sup> *Ibid.*, n° 110, p. 297.

<sup>1576</sup> Carlo Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>1577</sup> Albert de Lapradelle, « Plaidoirie devant la Cour », *op. cit.*, p. 149. Encore aujourd'hui, un tel constat est admis en jurisprudence, voy. CJUE, 16 juillet 2009, C-168/08, *Laszlo Hadadi*, § 54 : « la résidence habituelle [est] une considération essentielle aux fins de déterminer la nationalité la plus effective ».

<sup>1578</sup> Jules Basdevant, « Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *op. cit.*, p. 61.

<sup>1579</sup> Jules Basdevant, « De la nationalité sous condition soit suspensive, soit résolutoire dans la législation française. Contribution à l'établissement d'une théorie juridique de la nationalité », *Annales de l'Université de Grenoble*, 1910, t. 22, p. 331 (l'auteur signe la seule introduction).

**466.** Plus tard, en 1927, Charles de Visscher, cherchant à bâtir une « théorie générale, internationale, (...) et vraiment objective de la nationalité »<sup>1580</sup>, mentionne que « Parmi ces éléments [de fait], il en est un qui a toujours joué un rôle absolument prépondérant : c'est le domicile. Quand, indépendamment de la nationalité, un individu a, en outre, son domicile dans un pays donné, c'est à ce pays qu'il se rattache le plus intimement : c'est la nationalité de ce pays qui doit l'emporter sur l'autre, car c'est la nationalité active, effective, celle qui est non seulement de droit, mais à la fois de droit et de fait. »<sup>1581</sup> Résumant sa pensée, il établit le lien le plus clair entre territoire et nationalité :

« [L]a conception de la nationalité réelle ou effective se présente comme une conception libérale et progressive, parce qu'elle fait de *l'établissement*, c'est-à-dire d'un fait de l'homme, le critérium, la pierre de touche de la nationalité réelle. Le domicile apparaît ici comme l'expression indiscutable et tangible, comme le signe extérieur irrécusable des aspirations et des volontés individuelles. L'importance primordiale du territoire dans la détermination de la nationalité reparaît donc ici. Ainsi, parti de points de vue opposés et suivant des voies différentes, nous nous trouvons ramené toujours vers cet élément territorial qui, dans une théorie internationale de la nationalité, apparaît comme l'élément capital dans la détermination de la nationalité effective. »<sup>1582</sup>

L'apport de ces deux auteurs est considérable. Ils sortent chacun l'examen des problèmes de nationalité de la stricte matière des conflits positifs pour procéder à une montée en généralité, à une « théorie objective de la nationalité » reposant, par le biais de l'effectivité, sur une appréciation territoriale du lien de sujétion entre l'État et l'individu<sup>1583</sup>. Leurs théories convergentes, en particulier celle de Basdevant, forment le sous-bassement doctrinal de la décision de 1955.

#### **467. Le principe de la nationalité effective devant la Cour internationale de Justice. –**

La Cour internationale de Justice, après avoir très justement noté que son examen ne saurait être celui de la validité de la naturalisation de Frédéric Nottebohm, mais plutôt de l'opposabilité

---

<sup>1580</sup> Charles de Visscher, « Notes sur la responsabilité internationale des États et la protection diplomatique d'après quelques documents récents », *RDILC*, 1927, vol. 54, t. 8, p. 270.

<sup>1581</sup> *Ibid.*

<sup>1582</sup> *Ibid.*, p. 271-272.

<sup>1583</sup> Jules Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1936, vol. 58, p. 598, confirme encore cette démarche : « on hésiterait sans doute à reconnaître à un État un pouvoir absolument discrétionnaire sur ce point [droit de la nationalité] (...) : ce qui le montre, c'est la jurisprudence qui s'est formée, en matière de responsabilité internationale, touchant le caractère national de la réclamation considéré comme une condition de recevabilité de celle-ci. » Dans cette même dynamique, partant des décisions arbitrales pour produire une théorie de la nationalité, l'on trouve également Albert de Lapradelle à l'occasion d'un cour méconnu professé à l'Académie diplomatique internationale, « Le droit international de la nationalité », in *Académie diplomatique internationale, Séances et travaux*, 1930, n° 2, p. 95-102. Pour l'auteur, « C'est le juge, et après le juge, généralisant ses solutions, c'est la loi qui seule ici peut dire, par un principe général, de quel État un individu doit relever. » (p. 102). Quant au principe général, il faut rechercher « en fait, [le] véritable sentiment de l'individu tel qu'il se déduit, non pas d'une déclaration verbale, momentanée, plus ou moins suspecte, mais du témoignage muet, permanent, sincère de ses attitudes et de sa vie : domicile, acceptation de fonction publique, etc. » (p. 101).

d'une telle mesure dans l'ordre international, a livré dans un célèbre paragraphe de principe une définition matérielle de la nationalité, conditionnant son opposabilité internationale :

« Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, 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*. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national. »<sup>1584</sup> (nous soulignons)

L'on doit sans aucun doute à la plume de Jules Basdevant ces célèbres mots – il est juge au moment de l'affaire, et ancien Président de la Cour. Ils ne sont qu'une consécration juridictionnelle de formules déjà forgées par l'auteur en doctrine en 1909 – « La nationalité, c'est l'expression juridique du fait qu'un individu est plus étroitement rattaché à la population d'un État déterminé qu'à celle de tout autre. Le lien juridique appelé nationalité a à sa base un lien social, un rapport de fait. » – et en 1910 – la nationalité est « l'expression juridique du fait qu'un individu est plus étroitement lié à la population d'un État déterminé qu'à celle de tout autre État » (voy. *supra* n° 465). La Cour internationale de Justice, conformément à son statut qui lui donne compétence pour trancher les litiges en se fondant notamment<sup>1585</sup> sur « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » (art. 38, 1., d.) consacre donc une exigence générale d'effectivité de la nationalité comme condition d'opposabilité dans l'ordre international<sup>1586</sup>. Cette filiation ici mise à jour permet de lever le voile sur les intentions de la Cour, et de répondre à plusieurs des critiques dont l'arrêt fait traditionnellement l'objet.

---

<sup>1584</sup> Recueil CIJ 1955, p. 23.

<sup>1585</sup> La Cour se fonde encore sur « la pratique des États », et comme le précise Paul de Visscher, « L'affaire Nottebohm », *RGDIP*, 1956, vol. 60, p. 260, relève une « conscience commune de l'effectivité nécessaire de la nationalité » chez les États : « s'il n'est pas possible de ramener à l'unité la diversité des conceptions qui guident les États dans l'octroi de leur nationalité, au moins est-il permis de dire que la généralité des États sont conscients du fait que la nationalité contribue à une répartition des compétences étatiques et que, pour ce motif, le lien juridique de la nationalité ne doit être établi que lorsqu'il couvre un certain rattachement de l'individu à l'État. »

<sup>1586</sup> Basdevant a-t-il trouvé délicat de citer ses propres travaux ? La critique parfois formulée à l'égard de l'absence de références doctrinales mentionnées par la Cour tient peut-être dans cet état de fait. Joseph L. Kunz, « The Nottebohm Judgement (Second Phase) », *AJIL*, 1960, vol. 54, n° 3, p. 552 : « True, the “genuine link” theory was not invented by the Court. But the Court was unable to quote treaties or to show any general principles of law. » Pour Jacques Maury, « L'arrêt Nottebohm et la condition de nationalité effective », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1958, vol. 23, n° 3/4 (*Festgabe für Alexander N. Makarov*), p. 520-521 : « On doit ajouter que la Cour tire aussi argument de la “doctrine des publicistes” ou des “opinions doctrinales” sans, d'ailleurs, donner ni citations, ni références. Les unes et les autres auraient pu être nombreuses, quoiqu'il n'y ait pas unanimité, pour l'hypothèse des conflits de nationalités. Elles eussent été sans doute plus difficiles à trouver pour la théorie du lien sous sa forme générale, quelques unes au moins auraient pu cependant être faites même si l'on répugnait à reproduire l'opinion d'un des membres de la Cour. »



468. La première critique traditionnelle est celle d'une généralisation forcée et contraire au droit positif de la théorie de la nationalité effective, justement mise au point en matière de conflits positifs de nationalité devant les juridictions arbitrales<sup>1587</sup>. En effet, selon certains commentateurs, là où la notion d'effectivité ne devait s'appliquer qu'aux plurinationaux, de manière à déterminer la loi applicable, la Cour fait ici le choix très contestable de l'appliquer à un mononational. Il est vrai que les notions de nationalité effective, active, de fait, etc. renvoient inmanquablement aux premières sentences arbitrales confrontées à la difficulté de trancher entre les différentes nationalités d'un individu. Mais de fait, la Cour internationale de Justice a justement décidé de dépasser ce cadre et de s'en remettre à une certaine théorie objective de la nationalité, qui certes trouve ses racines dans les arbitrages internationaux en matière de conflits de nationalité, mais qui s'en est tôt séparée dans le souci d'une approche générale de la nationalité<sup>1588</sup>. La Cour ne se fonde pas sur la jurisprudence arbitrale – dont elle ferait une mauvaise transposition –, elle se fonde bien davantage sur une doctrine internationale de la nationalité<sup>1589</sup>. Le fait que cette doctrine « libérale et progressive » pour reprendre les termes de Visscher, matériellement ancrée dans le territoire, reléguant l'approche formaliste, n'ait guère triomphé en matière d'arbitrage des investissements internationaux ne saurait surprendre, en témoigne

---

<sup>1587</sup> Voy. p. ex. Georges Perrin, « Les conditions de validité de la nationalité en droit international public », in *Hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 876-877.

<sup>1588</sup> En ce sens, voy. Kurt Lipstein, « Acta et agenda », *Cambridge Law Journal*, 1977, vol. 36, n° 1, p. 55, qui confirme l'idée selon laquelle Basdevant a toujours souhaité monter en généralité et extraire sa théorie du strict cadre des conflits positifs : « *More fundamentally, outside the sphere of double nationality Professor Basdevant, as he then was, believed that all nationality was based on this principle and that such effectiveness must have existed at the time when the nationality was acquired.* » Dans le même sens, voy. Suzanne Bastid, « L'affaire Nottebohm devant la Cour Internationale de Justice », *RCDIP*, 1956, vol. 45, p. 633, relève qu'« On peut penser que l'arrêt de la Cour servira d'argument pour prendre en considération la nationalité effective dans d'autres situations. Par ailleurs, sans toucher directement à la compétence de l'État pour légiférer et décider en matière d'attribution de nationalité (...), la décision rendue dans cette affaire est de nature à inciter les États à être attentif aux situations de fait et à réduire les avantages que certains peuvent chercher dans des nationalités de complaisance. Sous cet aspect, il conduit à une limitation de la souveraineté de l'État dans un domaine où le contrôle du juge est possible. » ; Peter Spiro, « A New International Law of Citizenship », *AJIL*, 2011, vol. 105, p. 705, « Nottebohm was merely an extension of the accepted rule that states could not reach out to claim those to whom they had no real connection. »

<sup>1589</sup> Comme le résume bien Ian Brownlie, « L'expérience semble bien appuyer l'idée que la doctrine du lien effectif est un produit inévitable d'un processus de mise en relation entre la nationalité et le droit international en tant que système général. », voy. Ian Brownlie, « The Relations of Nationality in Public International Law », *BYIL*, 1963, vol. 39, p. 364.

l'emblématique camouflé de la sentence *Flegenheimer*<sup>1590</sup> – bien que ce constat soit à nuancer<sup>1591</sup>. La divergence des arbitres internationaux avec la Cour internationale de Justice ne révèle qu'une divergence des conceptions de la nationalité, et ne saurait délégitimer la solution retenue par la Cour.

**469.** La critique sous-jacente est d'ailleurs de considérer que par une telle décision, la Cour prive de protection les millions d'individus expatriés possédant une nationalité ineffective en raison d'une transmission par le seul droit du sang au fil de plusieurs générations. John Read, dans son opinion dissidente, déclare ainsi que « Dans beaucoup de pays, tels la Chine, la France, le Royaume-Uni et les Pays-Bas, les citoyens non-résidents forment une partie importante du corps politique et se comptent par centaines de milliers ou par millions. Beaucoup de ces citoyens non-résidents ne se sont jamais trouvés sur le territoire de leur patrie. »<sup>1592</sup> Il y a là une critique mieux fondée<sup>1593</sup>, mais davantage sur le plan de l'espèce que sur le plan des principes. Là où des individus nés dans un État, qui y vivent de manière constante et qui y ont placé le centre de leurs intérêts, à tel point qu'ils n'ont même plus le besoin de séjourner sur le territoire de leur État de nationalité, ceux-là doivent *diligemment* se mettre en situation d'obtenir la nationalité de leur État hôte, que ce soit par une réclamation *jure soli* si elle est possible, ou par une naturalisation. À défaut, ils sont assurément la source de leur propre préjudice, celui de ne pouvoir opposer qu'une nationalité ineffective lors – par exemple – d'une réclamation internationale<sup>1594</sup>. En l'espèce en revanche, le cas de Frédéric Nottebohm est plus problématique puisqu'au moment de l'intervention du Lichtenstein, celui-ci y réside depuis plusieurs années, et il a marqué son intention de s'y fixer durablement. La Cour internationale de Justice, en appréciant l'effectivité de la nationalité au moment de son acquisition, et non au moment du

---

<sup>1590</sup> Commission de conciliation italo-américaine, 20 septembre 1958, *affaire Flegenheimer (Italie c. États-Unis)*, in *RSA*, vol. XIV, p. 376. La commission de conciliation refuse de faire application de la théorie de la nationalité effective à un cas de mononationalité, et s'oppose ainsi très directement à la doctrine de la Cour internationale de Justice.

<sup>1591</sup> Marian Cornell, « Who is Afraid of Nottebohm – Reconciling the ICSID Nationality Requirement for Natural Persons with Nottebohm's Effective Nationality Test », *Journal of International Arbitration*, 2011, vol. 28, n° 4, p. 322 et s.

<sup>1592</sup> John Read (op. diss.), in *Recueil CIJ 1955*, p. 44. Voy. également Ségolène Barbou des Places, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, thèse, Nancy, 1996, p. 255.

<sup>1593</sup> Encore que, comme le note Suzanne Bastid, « L'affaire Nottebohm devant la Cour Internationale de Justice », *op. cit.*, p. 628, « Le bénéfice de la protection diplomatique n'est pas un droit individuel dont il conviendrait d'assurer l'avantage dans toute la mesure du possible, du moment qu'un État accepterait d'agir. »

<sup>1594</sup> Dans le même sens, voy. Jacques Maury, « L'arrêt Nottebohm et la condition de nationalité effective », *op. cit.*, p. 528 : « Il suffit de songer au cas d'une personne dont les parents et ascendants sont depuis longtemps établis, ont leur centre de vie dans un pays étranger et qui n'a plus aucun rapport avec l'État dont *jure sanguinis* elle est encore le national : admettra-t-on, même si elle n'a pas acquis une autre nationalité, que cet État puisse, un jour, prétendre exercer, pour elle, le droit de protection diplomatique ? » Poser la question, c'est déjà y répondre. D'ailleurs, libre à ces individus de se transporter dans leur pays de nationalité pour rendre effectif le lien qui les unit par une résidence devenue habituelle.

dépôt de la réclamation du Lichtenstein, commet sans doute ici une erreur quant à son appréciation d'espèce<sup>1595</sup>, mais qui est bien loin d'invalider le raisonnement de principe sur l'exigence et la recherche d'une nationalité effective.

**470.** La seconde critique traditionnelle soutient l'idée que la Cour souhaite en réalité surtout sanctionner l'insincérité de la demande de Nottebohm, dictée par la nécessité de placer sa nationalité sous le pavillon d'un État neutre – le Lichtenstein – durant la seconde guerre mondiale, plutôt que de risquer de se voir appliquer des législations de guerre (internement, mise sous séquestre ou confiscation des biens, etc.) en raison de sa nationalité allemande. Deux justifications sont souvent invoquées : d'abord les derniers mots de la Cour, qui relève le « manque de sincérité » de la demande de Nottebohm puisque « cette naturalisation a été recherchée par lui pour lui permettre de substituer à sa qualité de sujet d'un État belligérant la qualité de sujet d'un État neutre, dans le but unique de passer ainsi sous la protection du Lichtenstein »<sup>1596</sup> ; ensuite la pratique de nombreux États pendant la guerre traitant en ennemi des individus qui n'étaient plus formellement Allemands. L'évaluation de l'insincérité de la demande de naturalisation ne saurait d'abord être surévaluée dans les motifs qui ont guidé la Cour. Sans doute cet élément a pu jouer un rôle de conviction, mais l'argumentation principale repose bel et bien sur l'évaluation des liens territoriaux entre Nottebohm et le Lichtenstein :

« Aucun domicile, aucune résidence prolongée dans ce pays au moment de la demande de naturalisation : celle-ci mentionne qu'il y est en visite et confirme le caractère passager de celle-ci en demandant que la procédure de naturalisation soit commencée et terminée sans délai. Aucune intention manifestée alors ni réalisée dans les semaines, mois et années qui suivent de s'y fixer, mais, au contraire, retour au Guatemala suivant de près la naturalisation avec l'intention manifeste d'y rester. Si Nottebohm s'est rendu en 1946 au Liechtenstein, c'est en conséquence du refus de l'accueillir au Guatemala. (...) Aucune allégation d'intérêts économiques ni d'activité exercée ou à exercer au Liechtenstein. Aucune manifestation d'une intention quelconque d'y transférer tout ou partie de ses intérêts et de ses affaires. »

C'est au visa de ces seuls motifs que la Cour conclut à l'« absence de tout lien de rattachement » avec le Lichtenstein et juge irrecevable l'action en protection. Dès lors, c'est d'abord la situation objective et territoriale de Nottebohm qui témoigne de son insincérité, et non pas ses intentions supposées. Quant à la pratique des États de traiter en ennemi les individus qui ne sont plus Allemands en raison d'une déchéance ou d'une naturalisation étrangère, il n'y a là qu'une déclinaison des législations de guerre qui relèguent au second plan les principes traditionnels

---

<sup>1595</sup> En ce sens, voy. Robert D. Sloane, « Breaking the Genuine Link : The Contemporary International Legal Regulation of Nationality », *Harvard International Law Review*, vol. 50, n° 1, 2009, p. 13. Contra, voy. Jacques Maury, « L'arrêt Nottebohm et la condition de nationalité effective », *op. cit.*, p. 525-526.

<sup>1596</sup> Recueil CIJ 1955, p. 26.

relatifs à la nationalité pour mieux privilégier une logique de suspicion généralisée (voy. *supra* n° 419 à propos des déchéances françaises de la première guerre mondiale). Traiter les individus selon les intérêts qu'ils servent ou qu'ils ont servi, leur lieu de naissance ou de provenance, tels sont les principes suivis en temps de guerre. Ils occultent la nationalité formelle. Ces circonstances de guerre ont pu jouer un rôle en renforçant la légitimité de la décision de la Cour internationale de Justice (se placer sous le pavillon d'un État neutre aux seules fins d'assurer la préservation d'intérêts économiques n'est pas moralement satisfaisant), mais la doctrine qu'elle suit s'ancre bien davantage dans le contexte pacifié des arbitrages internationaux, et des théories générales bâties en temps de paix par ses juges – que ce soit Basdevant ou Visscher. En tout état de cause, si un implicite est à rechercher dans le second arrêt *Nottebohm*, il se trouve bien davantage du côté de la théorie de l'abus de droit (voy. *infra* n° 503).

**471.** Ancrer le second arrêt *Nottebohm* dans sa juste filiation doctrinale permet de rendre compte de la théorie générale que les juges cherchent à suivre en la matière<sup>1597</sup>, celle d'une approche matérielle de la nationalité, fondée sur les liens territoriaux, plutôt qu'une approche formaliste et déterritorialisée qui fait de la nationalité un simple instrument au service des intérêts de l'État. Sous cet angle, la démarcation entre partisans et opposants à la solution de l'arrêt en dit plus sur les conceptions de la nationalité des auteurs que sur la prétendue justesse du raisonnement de la Cour<sup>1598</sup>.

**472.** Pour les partisans de l'arrêt, il peut être ainsi affirmé sans difficulté depuis lors que les « manifestations de la coutume internationale dans le domaine de la nationalité »<sup>1599</sup> se regroupent autour de la notion d'effectivité, c'est-à-dire autour d'une conception territoriale de la nationalité. La Cour internationale de Justice, qui reconnaît le caractère exclusif de la compétence de l'État, juge toutefois que les effets internationaux d'une nationalité peuvent être mis en échec lorsque l'individu qui s'en prévaut n'est pas *effectivement* en lien avec son État de nationalité, autrement dit, suivant le critère du domicile, qu'il n'est pas inscrit dans un lien de sujétion

---

<sup>1597</sup> Voy. Jacques Maury, « L'arrêt *Nottebohm* et la condition de nationalité effective », *op. cit.*, p. 532-533 : « La réponse la plus simple et la plus logique semble être la généralisation de cette exigence à tous les effets qui ne sont pas strictement d'ordre interne ».

<sup>1598</sup> Dans le même sens, voy. Federico Castro, « La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité », *RCADI*, 1961, vol. 102, p. 582 : « Il est évident que l'arrêt de la Cour s'éloigne de la conception strictement légale et formaliste en utilisant celle que l'on a pu appeler conception sociologique ou réaliste. Il était donc naturel et inévitable que l'arrêt fut critiqué par les partisans de la première de ces conceptions. » On désapprouve toutefois l'auteur quand il indique que « La Cour (...) n'a pas voulu, peut-être par excès de prudence, affirmer quoi que ce soit qui sorte du domaine nécessaire pour décider le cas concret. » (*ibid.*, p. 584)

<sup>1599</sup> Jacques de Burlet, « De l'importance d'un "droit international coutumier de la nationalité" », *RCDIP*, 1978, vol. 67, p. 325-326. Du même auteur, voy. également « Effectivité et nationalité des personnes physiques », *RBDI*, 1976, n° 1, p. 75-89.

territorial habituel avec cet État. Il est dès lors intéressant de noter que cette inopposabilité n'est qu'une déclinaison de la théorie de l'abus de droit.

## § 2. La théorie de l'abus de droit et l'appréciation en opposabilité

473. La prohibition de l'abus de droit est une obligation internationale de nature prescriptive qui paralyse l'usage par l'État de son habilitation interne en droit de la nationalité, lorsqu'il détourne cette compétence aux fins d'évader la nature ou les fonctions territoriales de la nationalité (A). Autrement dit, le droit international public, par le moyen de l'inopposabilité, prohibe comme abusive d'une part toute naturalisation qui ne reposerait pas sur un lien habituel de sujétion territorial entre l'individu et l'État, et d'autre part toute déchéance qui ne reposerait pas sur une rupture définitive du lien de sujétion territorial entre l'individu et l'État, et qui au surplus viserait à évader les fonctions territoriales de la nationalité comme la prohibition de l'expulsion ou l'obligation de réadmission (B).

### A. Présentation de la théorie de l'abus de droit

474. L'abus de droit tire son origine des législations nationales et son histoire remonte au droit romain<sup>1600</sup>. De nombreux travaux se consacrent à en faire état<sup>1601</sup>. Si cette théorie fait l'objet d'une consécration parfois contestée dans l'ordre international à la suite du célèbre plaidoyer pour cette notion opéré par Nicolas Politis dans son cours de 1925<sup>1602</sup>, force est de reconnaître que sa positivité est aujourd'hui assez bien établie<sup>1603</sup>. Une présentation sommaire de la théorie de l'abus de droit apparaît pertinente pour mettre en relief plusieurs aspects : d'abord les différentes formes d'abus dans l'ordre international, et ensuite les conditions et conséquences de la reconnaissance de l'abus.

#### 1. Typologie des abus de droit en droit international

475. **Typologie suivant la classification de Robert Kolb.** – Dans sa thèse, Robert Kolb a entrepris un relevé à prétention exhaustive des sources relatives à l'abus de droit, il en tire une

---

<sup>1600</sup> Voy. Mila Jovanović, « Aequitas and Bona Fides in the Legal Practice of Ancient Rome and the Prohibition of the Abuse of Rights », *Facta Universitatis*, Series Law and Politics, vol. 1, n° 7, 2003, p. 763-789 ; Ursula Elsener, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Bruxelles, Bruylant, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2004, 236 p.

<sup>1601</sup> Pour une synthèse très complète, voy. Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public*, Genève, Graduate Institute Publications, 2000, p. 83-96.

<sup>1602</sup> Nicolas Politis, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, 1925, vol. 6, 121 p.

<sup>1603</sup> Pour un panorama des opinions doctrinales, voy. Vladimir Paul, « The Abuse of Rights and Bona Fides in International Law », *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1977, vol. 28, p. 107-112.

classification en quatre différents types<sup>1604</sup>. Le premier type d'abus de droit est ainsi selon l'auteur l'acte caractérisé par une intention de nuire. La malveillance ne pouvant dicter un comportement dans l'ordre international, son expression normative revient à caractériser un abus de droit. Bien entendu, la difficulté d'apporter la preuve d'une telle intention réduit très largement le champ de l'abus de droit et le rend en réalité quasi impossible à constituer<sup>1605</sup>. Le deuxième type d'abus de droit s'apparente au détournement de pouvoir, il représente la « conception dominante » en la matière et repose sur une approche téléologique. Autrement dit, aménageant le contentieux administratif français du second XIXe siècle dont est issue cette conception<sup>1606</sup>, il s'agit de sanctionner dans l'ordre international l'usage d'un droit contrairement aux fins sociales qui lui sont attribuées<sup>1607</sup>. La difficulté, mais qui n'est guère insurmontable, repose dans la détermination des finalités des compétences de l'État exercées dans l'ordre international<sup>1608</sup>. Le troisième type d'abus de droit renvoie à une mise en balance des intérêts. Il s'agit alors de vérifier que la recherche de l'intérêt individuel de l'État dans l'ordre international ne conduit pas à écarter un autre intérêt individuel ou collectif plus important. Autrement dit, l'action de l'État ne doit pas sacrifier des intérêts plus importants dans l'ordre international, sauf à relever d'un exercice abusif. Le quatrième et dernier type d'abus de droit relève de l'arbitraire, « c'est-à-dire les actes manifestement injustifiés au regard des faits »<sup>1609</sup>, qu'ils soient frauduleux, déraisonnables, discriminatoires, etc.

---

<sup>1604</sup> Pour l'ensemble, voy. Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 159-165. Pour une synthèse du même auteur, voy. « La bonne foi en droit international public », *RBDI*, 1998, n° 2, p. 719-722.

<sup>1605</sup> Voy. Stefan Jovanovic, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, Pedone, 1988, p. 178.

<sup>1606</sup> Voy. p. ex. Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, vol. I, Paris, Dunod, 1869, n° 283, p. 398 : « il y a excès de pouvoirs quand un agent de l'administration, tout en faisant un acte de sa compétence, et en suivant les formes prescrites par la législation, use de son pouvoir discrétionnaire pour un cas et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué » ; Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. II, Paris, Berger-Levrault, 1888, p. 453 : « ce que nous appelons aujourd'hui des cas de détournement de pouvoir, c'est-à-dire ceux où une autorité abuse de son pouvoir réglementaire pour édicter des prescriptions étrangères au but que le législateur a eu en vue en instituant ce pouvoir. »

<sup>1607</sup> Nicolas Politis, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *op. cit.*, p. 80, évoque « l'exercice anormal d'un droit, contrairement à sa destination économique et sociale telle qu'elle est comprise par la conscience collective au moment même ou il en est fait usage. »

<sup>1608</sup> Dans une plaidoirie devant la Cour internationale de Justice, Georges Scelle fait bien ressortir le lien entre les deux notions : « Faire dégénérer une compétence discrétionnaire en un pouvoir arbitraire revient à commettre ce qu'on appelle dans toutes les langues juridiques un abus de droit, ou comme nous disons en droit public français, un détournement de pouvoir. (...) L'abus de droit ou le détournement de pouvoir consiste essentiellement, pour l'agent juridique, à se servir des pouvoirs qui lui ont été conférés par la règle de droit, dans un but autre que celui pour lequel elle a été écrite. » in CIJ, « affaire des conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies », *Mémoires, plaidoiries et documents*, 1948, p. 76.

<sup>1609</sup> Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 165.

476. Dans le cadre de ces travaux, on verra que que l'abus de droit en tant que détournement de pouvoir est particulièrement pertinent, puisque la finalité sociale de la nationalité a bien été identifiée autour des impératifs territoriaux – caractérisation d'une sujétion territoriale habituelle en matière d'octroi ; rupture définitive de la sujétion en matière de perte. L'idée d'un abus de droit relevant de l'arbitraire pourra encore servir la même démonstration puisque la sujétion territoriale est une question de fait dont la mise en œuvre peut révéler un caractère déraisonnable.

## 2. Les conséquences de l'abus de droit

477. **Les conséquences de l'abus de droit.** – Il n'est pas inhérent à la notion qu'un dommage soit causé. Lorsqu'on considère par exemple l'abus de droit comme détournement de pouvoir, l'ensemble est constitué à la seule condition de faire la preuve d'un usage contraire aux finalités sociales du droit en question. Ainsi, lorsque l'acte n'a pas causé de dommage, ou que le sujet du droit international qui l'a subi ne souhaite pas en obtenir réparation, les conséquences de l'abus de droit se situent sur le terrain de l'opposabilité. Comme le note Guggenheim, « Il nous paraît certain que le sujet qui devrait subir les effets d'un abus de droit n'est pas obligé de le reconnaître. »<sup>1610</sup> Un État peut donc unilatéralement refuser de reconnaître les effets juridiques sur son territoire d'un acte qu'il juge abusif.

478. Mais si un tel acte lui cause par ailleurs un dommage dont il souhaite faire cesser les effets concrets, ou obtenir réparation, il ne peut plus agir unilatéralement. Comment y parvenir ? « [D']abord par le moyen ordinaire des négociations diplomatiques »<sup>1611</sup> répond Politis. Non sans un certain optimisme, l'auteur précise qu'en s'engageant dans une telle voie, l'abus de droit va permettre de rendre « objective » la situation juridique et ainsi maximiser les chances d'aboutir à une « entente amiable »<sup>1612</sup>. Si les négociations n'aboutissent pas, Politis note encore que « L'application pratique de la théorie de l'abus peut, en second lieu, être assu-

---

<sup>1610</sup> Paul Guggenheim, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *RCADI*, 1949, vol. 74, p. 253.

<sup>1611</sup> Nicolas Politis, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *op. cit.*, p. 92.

<sup>1612</sup> *Ibid.* Dans le même sens, voy. Charles de Boeck, « L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique », *RCADI*, 1927, vol. 18, p. 632-633. Contra, voy. Charles Dupuis, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1930, vol. 32, p. 95, qui écrit : « Il ne m'apparaît point que les chances d'entente amiable aient grand chance d'être accrues par la discussion sur l'usage social ou antisocial d'une liberté non contestée, et je serais plus enclin à croire que l'allégation du préjudice subi serait peut-être moins mal accueillie et mieux prise en considération si elle n'était pas, en quelque sorte, aggravée par l'incrimination d'usage antisocial d'une faculté. »

rée par l'arbitrage. C'est surtout par ce procédé que la théorie atteindra son but qui est de soumettre l'usage de toutes les facultés légales à un contrôle objectif. »<sup>1613</sup> Les voies de l'arbitrage sont évidemment très diverses en droit international. À la soumission du différend par la voie d'un compromis d'arbitrage, que ce soit devant une structure permanente comme la Cour internationale de Justice ou la Cour permanente d'arbitrage ou devant une structure *ad hoc* comme une commission mixte d'arbitrage, s'ajoute la possibilité, dans le cas où les États en litige auraient accepté la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, de lui soumettre le différend. Bien entendu, dans le cas d'un acte abusif car adopté en vue de menacer ou rompre la paix internationale, le Conseil de sécurité dispose du plus large éventail coercitif pour intervenir<sup>1614</sup>.

**479.** La prohibition de l'abus de droit se résout donc en première analyse sur le terrain de l'inopposabilité, action unilatérale que peut prendre tout État concerné par les effets d'un acte abusif. En seconde analyse, la prohibition de l'abus de droit se développe encore sur le terrain du droit de la responsabilité internationale, mais à la condition d'un dommage et de voies juridiques pour actionner la responsabilité de l'État<sup>1615</sup>.

**480.** La responsabilité internationale reste le terrain privilégié de l'étude de l'abus de droit chez de nombreux auteurs<sup>1616</sup>, et c'est par cette voie que la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice ont pu en consacrer l'existence en droit international public. Rien de très étonnant à cela puisque déjà lors des travaux préparatoires du statut de la Cour permanente de Justice internationale, les procès-verbaux du Comité consultatif de juristes révèlent qu'Arturo Ricci-Busatti, diplomate italien, considère que la prohibition de « l'abus du droit » est un principe appelé à « entr[er] en jeu dans chaque cas » potentiellement

---

<sup>1613</sup> Nicolas Politis, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *op. cit.*, p. 92.

<sup>1614</sup> Le Conseil de sécurité a d'ailleurs déjà caractérisé un abus de droit. Voy. p. ex. Nations Unies, Conseil de Sécurité, Résolution n° 95, 1<sup>er</sup> septembre 1951, S/2322 : « Constate en outre que ces pratiques [entrave du passage par le canal de Suez des marchandises destinées à Israël] constituent un abus de l'exercice du droit de visite, de fouille et de saisie ». L'initiative de cette formule revient sans doute au Royaume-Uni dont le représentant mentionne que « l'on ne peut maintenant appuyer l'Égypte lorsqu'elle invoque les droits de belligérant pour assurer sa défense, et que leur exercice doit être considéré comme un abus de ces droits, tels qu'ils sont reconnus en droit international. », in Nations Unies, *Répertoire de la Pratique du Conseil de sécurité, 1946-1951*, New York, Publication des Nations Unies, 1954, p. 478.

<sup>1615</sup> Comme le note encore Carlo Santulli, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, *op. cit.*, p. 62 : « le rapport interétatique qui confère un droit propre à l'État est réalisable par la voie de la mise en jeu de la responsabilité internationale ou de l'inopposabilité de la nationalité ».

<sup>1616</sup> Voy. p. ex. Paul Guggenheim, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *op. cit.*, p. 253 ; Francisco V. Garcia-Amador, « Constituent elements and legal nature of international responsibility », *RCADI*, 1958, vol. 94, p. 376-382.



soumis à la Cour<sup>1617</sup>. Un tel usage ne tarde d'ailleurs pas et la Cour permanente de Justice internationale, dans l'affaire de la Haute-Silésie polonaise mentionne en 1926 que « l'Allemagne a conservé jusqu'au transfert effectif de la souveraineté le droit de disposer de ses biens, et ce n'est qu'un abus de ce droit ou un manquement au principe de la bonne foi qui pourraient donner à un acte d'aliénation le caractère d'une violation du Traité ; un tel abus ne se présume pas, mais il incombe à celui qui l'allègue de fournir la preuve de son allégation. »<sup>1618</sup> La Cour fait à nouveau appel à ce concept dans des termes similaires quatre années plus tard dans l'affaire des zones franches de la Haute-Savoie<sup>1619</sup>. La Cour internationale de Justice mentionne encore explicitement la notion dans l'affaire des pêcheries norvégiennes en 1951, à l'occasion d'un différend relatif à la délimitation des eaux territoriales : la délimitation suivant la direction générale de côte doit être généralement suivie, sans précision « mathématique », mais « Réserve faite d'un cas d'abus manifeste »<sup>1620</sup>. Dans d'autres affaires, sans le mot, la Cour se réfère encore au même principe, ainsi de l'avis relatif aux conditions d'admission rendu en 1948<sup>1621</sup>, ou l'arrêt relatif aux ressortissants américains au Maroc rendu en 1952<sup>1622</sup>.

## **B. La consécration de la théorie de l'abus de droit en droit de la nationalité**

**481.** Il ne s'agit pas ici de procéder à un relevé exhaustif des manifestations de la théorie de l'abus de droit dans la matière de la nationalité, mais plutôt de mettre en valeur sa naissance dans la doctrine française, britannique et allemande des années 1920 et 1930, puis ses développements directs ou indirects dans la pensée académique (1). Cette théorie a rapidement quitté

---

<sup>1617</sup> CPJI, *Procès-verbaux des séances du Comité*, 16 juin – 24 juillet 1920, La Haye, Van Langenhuisen, 1920, p. 314-315.

<sup>1618</sup> CPJI, arrêt, 25 mai 1926, Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond), série A, n° 7, p. 30.

<sup>1619</sup> CPJI, ord., 6 décembre 1930, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (deuxième phase)*, série A, n° 24, p. 12 : « que, s'il est constant que la France ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales, il n'est pas moins certain que la législation fiscale française s'applique dans le territoire des zones franches comme dans toute autre partie du territoire français ; qu'une réserve doit être faite pour le cas d'abus de droit, abus que la Cour ne saurait cependant présumer ».

<sup>1620</sup> CIJ, arrêt, 18 décembre 1951, *affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, Recueil CIJ, p. 142.

<sup>1621</sup> CIJ, avis, 28 mai 1948, *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, Recueil CIJ, p. 63 : « L'article 4 [“Peuvent devenir Membres des Nations Unies tous autres États pacifiques qui acceptent les obligations de la présente Charte et, au jugement de l'Organisation, sont capables de les remplir et disposés à le faire.”] n'interdit la prise en considération d'aucun élément de fait qui, *raisonnablement et en toute bonne foi* peut être ramené aux conditions de cet article. » (nous soulignons)

<sup>1622</sup> CIJ, arrêt, 27 août 1952, *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*, Recueil CIJ, p. 63 : « eu égard au principe directeur de l'égalité économique, les mêmes méthodes doivent être appliquées sans discrimination à toutes les importations, quelles que soient l'origine des marchandises ou la nationalité des importateurs ; le pouvoir d'évaluer appartient aux autorités douanières, *mais elles doivent en user raisonnablement et de bonne foi.* » (nous soulignons)

le terrain purement universitaire pour gagner, parfois par des voies détournées, les cénacles diplomatiques, puis la jurisprudence internationale, arrêt *Nottebohm* en tête (2).

## 1. Une création de la doctrine

**482. Les consécration directes.** – De nombreux auteurs ont rapidement décliné la théorie de l’abus de droit dans le domaine spécifique de la nationalité. Et de fait, suivant le constat déjà opéré par Politis, la théorie de l’abus de droit s’épanouit de manière privilégiée dans les matières peu ou pas réglementées par le droit international<sup>1623</sup>. Une littérature convergente se développe alors autour des années 1930.

**483.** Sous l’influence des dénaturalisations russes, italiennes et allemandes (voy. *infra* n° 561 s.), de grands auteurs vont chercher à déterminer en droit international positif les bornes du pouvoir de l’État en matière de nationalité. Or, face à l’absence de règles expresses, beaucoup s’orientent vers l’abus de droit. Quant au critère de l’abus, c’est le rapport territorial de l’individu à l’État qui forme clairement la grille d’analyse. Dans cette dynamique, il revient sans doute à un juriste allemand, Gerhard Leibholz, d’avoir le premier mentionné la possibilité d’un abus de droit en droit de la nationalité (l’auteur parle plus volontiers d’abus de pouvoir discrétionnaire – *Ermessensmißbrauch* – que d’abus de droit – *Rechtmißbrauch*) à l’occasion d’un premier article publié dans le *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie* (Dictionnaire de droit des gens et de diplomatie) en 1925<sup>1624</sup>, puis d’un second à la revue de Heidelberg en 1929. Selon cet auteur, l’abus en matière de nationalité doit être strictement lié à la notion de territoire :

« Un Etat décide librement les conditions auxquelles un individu acquiert sa nationalité. Mais là encore, un abus de pouvoir discrétionnaire [*Ermessensmißbrauch*] est possible dans plusieurs cas. Parmi toutes les situations factuelles qui permettent une transmission de la nationalité, celles qui sont obligatoires [*zwangsmäßig*], c’est-à-dire indépendantes de la volonté du peuple (par exemple la naissance), ou bien inversement, fondées sur le libre arbitre des individus (par exemple, la naturalisation), toutes ne peuvent pas être choisies arbitrairement [*willkürlich*]. Avec le temps, dans la pratique, certains principes ont émergé, fondés dans la conscience juridique des peuples [*Rechtsbewußtsein der Völker*] ; ils constituent en fait la base sur laquelle s’appuie presque toujours la législation relative à la nationalité [*Indigenatsgesetzgebung*] des États. Aujourd’hui, la nationalité, quelles que soit ses orientations (et surtout en

---

<sup>1623</sup> Nicolas Politis, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l’abus des droits dans les rapports internationaux », *op. cit.*, p. 93 : « Admis à apprécier à la lumière du droit international l’usage d’une liberté par hypothèse non réglementée, le juge sera bien obligé, en constatant le défaut de règle, de reconnaître sa légalité et de débouter en conséquence l’État lésé de son action en réparation. L’application de la théorie de l’abus fera disparaître l’entrave. Elle permettra au juge de pousser plus loin son examen, pour voir si, derrière l’apparence de la légalité, ne se dissimule une illégalité donnant lieu à responsabilité internationale. »

<sup>1624</sup> Gerhard Leibholz, « Staatsangehörigkeit und Naturalisation », in Karl Strupp, Julius Hatschek (dir.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlin, Leipzig, de Gruyter, 1925, p. 589.

matière de filiation), doit toujours s'attacher au territoire [*an das Gebiet anknüpfen*]. (...) Si cette relation territoriale directe ou indirecte [*unmittelbare oder mittelbare Gebietsbeziehung*] est absente, le droit international ne justifie pas [*nicht rechtfertigen*] l'acquisition de la nationalité. »<sup>1625</sup>

On aperçoit ici, dès le début de la théorisation de l'abus de droit en matière de nationalité, que les liaisons territoriales entre l'individu et l'État servent de référentiel principal – sinon exclusif – pour matérialiser l'abus dans le comportement de l'État. Quelques années plus tard, Louis Le Fur, à l'occasion du rapport publié en 1931 qu'il donne à l'Institut du droit international sur la compétence exclusive de l'État, s'attache à la nouvelle théorie de l'abus de droit dans le domaine spécifique de la nationalité :

« Ces deux questions [*nationaux et étrangers*] qui touchent à la “substance vivante de l'État” (A. de Lapradelle) doivent naturellement être du domaine exclusif de l'État. Elles n'en sortent que dans le cas où il existe un traité international visant ces questions, ou encore dans le cas où les mesures prises sont contraires aux principes généraux du droit ; il en existe déjà, même en ces matières, et par exemple on pourrait voir dès maintenant un “abus de droit”, réserve faite sur le choix de l'expression, dans le cas d'un État décidant la naturalisation immédiate des immigrants dès leur arrivée sur son territoire ou prétendant au contraire appliquer *in infinitum* le jus sanguinis. »<sup>1626</sup>

Si l'auteur marque des réserves sur les termes mêmes de « l'abus de droit »<sup>1627</sup>, il n'en réfute pas moins sa claire positivité en droit de la nationalité. Ici, encore, bien que de manière moins nette que Leibholz, Le Fur s'en remet à l'existence ou non d'attaches territoriales à titre habituel entre l'individu et l'État : la naturalisation immédiate après l'arrivée sur le territoire ne permet *a priori* pas de présumer l'attachement territorial de l'individu ; la transmission à l'infini du droit du sang – sous-entendu à l'égard des nationaux expatriés – ne permet pas davantage de

---

<sup>1625</sup> Gehrard Leibholz, « Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauchs im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten », *ZaöRV* (Heidelberg Journal of International Law), 1929, vol. 1, p. 99-100 : « *Dieses entscheidet frei darüber, an welche Voraussetzungen der Staatsangehörigkeitserwerb der Individuen geknüpft werden soll. Auch hier ist ein Ermessensmißbrauch möglich und zwar in verschiedener Richtung. Vor allem dürfen die Tatbestände, die zwangsmäßig, also unabhängig vom Willen der Menschen (z.B. Geburt), oder umgekehrt gerade auf Grund eines freien Willensaktes der Individuen (z. B. Naturalisation) diesen den Erwerb der Staatsangehörigkeit vermitteln, nicht willkürlich gewählt werden. Es haben sich - getragen von dem Rechtsbewußtsein der Völker - mit der Zeit in der Praxis bestimmte Prinzipien herausgebildet, die allein der Indigenatsgesetzgebung der Staaten zugrunde gelegt werden dürfen und faktisch auch fast immer zugrunde gelegt werden. Die Staatsangehörigkeit muß heute stets in irgendeiner Richtung, unmittelbar oder mittelbar (so vor allem bei der Abstammung), an das Gebiet anknüpfen. (...) Fehlt diese unmittelbare oder mittelbare Gebietsbeziehung, so ist völkerrechtlich der Erwerbsgrund der Staatsangehörigkeit nicht zu rechtfertigen.* »

<sup>1626</sup> Rapport de Louis Le Fur, « Reconnaissance, détermination et signification en Droit international du Domaine laissé par ce dernier à la compétence exclusive de l'État », in Institut de droit international, *Annuaire*, 1931, vol. 36 (I), p. 40.

<sup>1627</sup> La critique est classique, on la trouve surtout sous la plume de Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, LGDJ, 1923, 9<sup>ème</sup> éd., n° 871, p. 287, qui relève : « Cette nouvelle doctrine repose toute entière sur un langage insuffisamment étudié (...). Il ne faut donc pas être dupe des mots : *le droit cesse où l'abus commence*, et il ne peut pas y avoir “usage abusif” d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois *conforme au droit* et *contraire au droit*. »

caractériser des attaches territoriales effectives entre un individu et son État. Dans ces deux cas, l'auteur considère donc que l'État agit en abusant de son droit<sup>1628</sup>.

**484.** Toujours à la même époque, mais cette fois sur le versant de la privation de nationalité, c'est le grand rival de Louis Le Fur, Georges Scelle, qui retient la théorie de l'abus de droit dans la matière de la nationalité au sein de ses écrits. D'emblée, dans son *Précis de droit des gens* publié en 1932, il marque son intérêt pour cette doctrine : « [L'État] est limité par un ensemble de règles coutumières qui, tout en laissant au législateur national une très grande latitude, proscrivent parfois certains abus tel que l'attribution en bloc de la nationalité à des individus qui normalement doivent ressortir à un État déterminé. (...) [La] juridiction internationale pourrait être appelée à faire ici application de la théorie de l'abus de droit. »<sup>1629</sup> Il n'en précise toutefois guère les principes et le fonctionnement. Il faut attendre un célèbre<sup>1630</sup> commentaire de la loi allemande sur la déchéance de nationalité publié en 1934 pour qu'il caractérise de l'abus en droit de la nationalité :

« la compétence des gouvernants en matière de nationalité ne peut pas être entièrement discrétionnaire ou, comme on dit parfois, souveraine. S'agit-il de l'attribution de la nationalité. Si l'on admet que chaque législateur étatique est compétent pour déterminer quels seront ses nationaux, c'est parce que l'on a reconnu que chaque législateur étatique est le mieux placé pour apprécier les conditions de fait qui devront déterminer *le rattachement* des individus à une collectivité déterminée. Mais la règle fondamentale qui est à la base de l'ordre social dans ce domaine, c'est qu'il existe des *éléments de fait* provenant de *la nature des choses*, des liens qui rattachent naturellement un individu à une collectivité politique, soit en raison de ses attaches avec le sol, soit en raison de son ascendance, soit en raison de son activité sociale, soit par la combinaison de ces différents éléments dont les modalités peuvent différer avec les diverses sociétés politiques, mais qui ne sont pas arbitraires. Le législateur étatique a le devoir et le pouvoir de rechercher et de définir ces éléments de rattachement, mais il ne peut pas les

---

<sup>1628</sup> Dans cette mouvance se situent Marc Ancel, « Les conflits de nationalités. Contribution à la recherche d'une solution rationnelle des cas de multi-nationalité », *Journal du droit international*, 1937, t. 64, p. 36 : « Ce qui se dégage de ce mouvement, c'est une conception de la nationalité qui ne repose pas plus sur la notion de contrat que sur la notion de dépendance politique, mais qui suppose un équilibre entre les deux notions de statut légal et de condition librement choisies. Dans cette conception, la nationalité n'est ni à l'entière discrétion de l'État, ni à la libre disposition de l'individu. Il n'est pas admissible qu'un État puisse, sans limitation, réclamer, en vertu de ses lois internes, telles catégories d'individus ; il ne l'est pas non plus que le ressortissant puisse, sans condition aucune, se dérober à son statut légal, ou se placer arbitrairement sous le statut qui lui paraît le plus commode. À la théorie de l'abus du droit qui limitait le pouvoir étatique correspond ici la théorie de la fraude à la loi qui limite la possibilité du changement individuel. Ainsi envisagée, la nationalité constitue un rapport juridique qui exprime à la fois une réalité nationale et une réalité internationale. » ; Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, vol. I, Paris, Sirey, 1938, n° 48, p. 64 : « On a toujours considéré jusqu'ici qu'un État était libre de réglementer à son gré la matière. (...) Cette formule n'exclut pas l'intervention du droit international dans certaines situations exceptionnelles, ainsi lorsqu'un État abuse de ses droits. »

<sup>1629</sup> Georges Scelle, *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, p. 85-86.

<sup>1630</sup> Voy. par exemple la réponse allemande de Berthold Schenk von Stauffenberg, « Die Entziehung der Staatsangehörigkeit und das Völkerrecht », *ZaöRV* (Heidelberg Journal of International Law), 1934, vol. 4, p. 261-276, qui s'attache à démontrer l'absence de règles positives en droit international concernant la perte de la nationalité, et s'appuie notamment sur les déchéances françaises de la première guerre mondiale pour illustrer, en conclusion, l'attachement de la France à cette pratique. L'auteur est le frère du colonel Claus Schenk von Stauffenberg ; ils participeront ensemble à l'opération Walkyrie visant à renverser le régime nazi.

créer, ni les subordonner à sa propre volonté, encore moins à son caprice. (...) Une loi sur la nationalité peut donc être entachée d'excès de pouvoir ou d'abus de compétence si elle est dictée par de purs mobiles d'intérêt politique au lieu d'être inspirés (sic) par la recherche des lois du rattachement naturel des individus à telle ou telle société étatique dans le cadre de la Société internationale. »<sup>1631</sup>

Comme d'autres auteurs avant lui, Scelle se fonde donc sur la nationalité en tant qu'expression d'un lien factuel de rattachement. Toutefois, sa conception n'est pas exclusivement territoriale puisqu'il fonde ce lien – outre le sol qu'il cite tout de même en premier – sur l'ascendance ou l'activité sociale. Si l'auteur mentionne « l'excès de pouvoir » et « l'abus de compétence » d'une législation qui ne serait pas fondée sur ces principes, c'est parce qu'il adopte en droit international une approche de la « légalité » et du « principe de la hiérarchie des normes en vertu duquel dans une société composée l'ordre juridique global l'emporte nécessairement en cas de contradiction sur l'ordre juridique local. »<sup>1632</sup> Scelle fait donc de l'abus de droit un outil permettant d'agir en validité contre l'État<sup>1633</sup>. Sa position est isolée sur ce point, mais elle conforte la place de l'abus de droit dans la théorie internationale.

**485.** De la même manière, Hersch Lauterpacht, dans son célèbre ouvrage *The Function of Law in the International Community* publié en 1933, confirme son adhésion à la théorie de l'abus de droit et cite d'ailleurs directement la nationalité. L'auteur s'intéresse aux législations des États russe et italien qui ont prononcé la déchéance de leurs ressortissants alors qu'ils se trouvaient sur le territoire d'un État hôte ; il précise alors que ces États hôtes avaient nécessairement mais « implicitement » admis ces individus « dans l'assurance qu'ils seraient réadmis en cas d'expulsion »<sup>1634</sup>. C'est cette violation de l'obligation de réadmission des nationaux qui constitue alors l'abus de droit en matière de déchéance de nationalité :

---

<sup>1631</sup> Georges Scelle, « À propos de la loi allemande du 14 juillet 1933 sur la déchéance de nationalité », *Revue critique de droit international*, 1934, t. 29, n° 1, p. 66-67. Cet article témoigne d'ailleurs du fait que la *Revue de droit international privé*, après avoir changé de nom et de directeur, ne bascule pas dans un pur positivisme et un formalisme juridique parfois dénoncé, voy. Sylvia Falconieri, « Le refus d'un "nouvel ordre" géopolitique bâti sur la "race". La Nouvelle revue de droit international privé (1934-1944) », *Relations internationales*, 2012, vol. 149, n° 1, p. 91.

<sup>1632</sup> Georges Scelle, « À propos de la loi allemande du 14 juillet 1933 sur la déchéance de nationalité », *op. cit.*, p. 65.

<sup>1633</sup> Voy. encore Georges Scelle, « Critique du soi-disant domaine de "compétence exclusive" », *RDILC*, 1933, t. 14, p. 381 : « Tout pouvoir social a un but social ; la règle coutumière ou écrite a une direction. La compétence conférée dans un but déterminé ne peut donc être exercée légalement qu'en vue d'atteindre ce but, et dans la direction ou le sens de la règle de droit qui l'institue. Si elle est utilisée dans un but autre, elle cesse d'avoir toute efficacité juridique, elle disparaît. L'acte juridique qu'a engendré son exercice est annulable. On a fait de cette constatation, en Droit privé et en Droit public, l'utilisation que l'on sait [abus de droit et détournement de pouvoir]. »

<sup>1634</sup> Hersch Lauterpacht, *The function of law in the international community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, p. 300-301.

« Il n'y a pas de règle parfaitement établie en droit international positif qui limite la liberté de l'État en matière de déchéance de nationalité. Mais il est suggéré que l'exercice indiscriminé par l'État du droit de dénaturalisation de ses propres sujets, lorsqu'il est couplé avec le refus de les réadmettre quand ils sont expulsés [*deported*] d'un pays étranger, constitue un abus de droit qui ne pourrait que difficilement être toléré [*countenanced*] par un tribunal international. »<sup>1635</sup>

Là-encore c'est au territoire qu'il est fait référence, la nationalité matérialisant un lien de sujétion territorial à titre habituel, elle assure par cela-même des fonctions territoriales notamment liées à la réadmission des nationaux. Lorsque l'État évade son obligation de réadmission par le moyen de la déchéance de nationalité, il agit contrairement à la réalité factuelle et territoriale que représente normalement la nationalité. Dès lors, il encourt que sa mesure soit considérée comme abusive<sup>1636</sup>. Il ne fait en la matière que prolonger la pensée de Leibholz qui note déjà dans son article précité que la dénationalisation aux fins de contournement de l'obligation de réadmission est abusive :

« Aujourd'hui à nouveau populaire, la privation de nationalité [*Aberkennung der Staatsangehörigkeit*] à des fins punitives [*zu Strafzwecken*] ou pour des motifs politiques [*politischen Gründen*] (par exemple en Russie, en Italie) peut être désignée comme un comportement des États contraire au droit international [*Völkerrechtswidrig*]. Ce serait le cas surtout si l'État d'origine [*Heimatsstaat*] refusait d'accomplir ses obligations internationales à l'égard de ses anciens nationaux [*früheren Staatsangehörigen*] – on pense en particulier à la réadmission [*Wiederaufnahme*]. »<sup>1637</sup>

**486.** Plus récemment, en 1979, Paul Weis, dans la stricte continuité de Lauterpacht, retient de la même manière l'abus de droit en matière de déchéance lorsque l'État se sert de ce moyen pour mettre en échec son obligation de réadmission. Il note en effet de façon préalable que « La bonne foi [*good faith*] d'un État qui a admis un étranger dans l'assurance que son État de nationalité est dans l'obligation de le réadmettre serait mise à mal si par une dénationalisation subséquente ce devoir était anéanti [*extinguished*]. »<sup>1638</sup> Toutefois, l'auteur, après une étude du droit conventionnel et de la pratique des États, considère que ce principe en tant que tel n'est

---

<sup>1635</sup> *Ibid.*, p. 301 : « *There is no clear rule of international law at present which limits the freedom of action of States in this respect, but it is submitted that the indiscriminate exercise by a State of the right of denationalizing its subjects, when coupled with the refusal to receive them when deported from a foreign country constitutes an abuse of rights which could hardly be countenanced by an international tribunal.* »

<sup>1636</sup> Voy. encore Hersch Lauterpacht, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1937, vol. 62, p. 389-390.

<sup>1637</sup> Gehrard Leibholz, « Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauchs im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten », *op. cit.*, p. 101 : « *Auch kann die heute wieder vielfach (z. B. in Rußland, Italien) beliebte Aberkennung der Staatsangehörigkeit zu Strafzwecken und aus politischen Gründen möglicherweise zu einem als Völkerrechtswidrig zu bezeichnenden Verhalten der Staaten führen. Dies würde vor allem der Fall sein, wenn der Heimatsstaat sich weigern würde, die ihm gegenüber seinen früheren Staatsangehörigen obliegenden völkerrechtlichen Verpflichtungen – man denke insbesondere an die Wiederaufnahme – zu erfüllen.* »

<sup>1638</sup> Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, *op. cit.*, p. 55 : « *The good faith of a State which has admitted an alien on the assumption that the State of his nationality is under an obligation to receive him back would be deceived if by subsequent denationalization this duty were to be extinguished.* »

guère consacré en droit positif. Il relève toutefois qu'à défaut d'un principe spécial, la théorie de l'abus de droit peut de manière satisfaisante condamner une telle pratique :

« Suivant les principes généraux du droit international, il existe une exception – probablement théorique –, à la règle selon laquelle la perte de la nationalité met fin au devoir d'admission. Si un État devait recourir à la dénationalisation d'un ressortissant présent à l'étranger dans le seul but de lui dénier toute réadmission, ou encore pour empêcher son retour dans le cas d'un ressortissant menacé d'expulsion, alors une telle action – prise *in fraudem juris internationalis* – serait contraire au droit international, pas seulement en tant qu'abus de droit, mais aussi en tant que violation directe des droits souverains de l'État d'accueil, en l'espèce le droit d'expulser les étrangers, fondé sur la suprématie territoriale. »<sup>1639</sup>

Evidemment, cette position de Weis n'est pas un franc plaidoyer en faveur de l'abus de droit. Il note bien que cette approche est « théorique » et qu'elle est de toute manière parallèle à la reconnaissance d'une violation « directe » de la souveraineté territoriale de l'État d'accueil.

**487.** La répétition de l'argument a pu porter quelques effets à tel point que la Commission du droit international l'a récemment consacré dans un projet d'articles sur l'expulsion des étrangers. Ce projet comporte en effet un article 8 stipulant : « Un État ne peut faire de son national un étranger, par déchéance de sa nationalité, aux seules fins de l'expulser. »<sup>1640</sup> Le commentaire indique bien qu'« Une telle déchéance de nationalité, dans la mesure où elle n'aurait aucune autre justification que la volonté de l'État d'expulser l'individu en question, *serait abusive, voire arbitraire* au sens de l'article 15, paragraphe 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme. »<sup>1641</sup> (nous soulignons) Aux cours des consultations des gouvernements, seuls trois États – la Suisse<sup>1642</sup>, la Malaisie<sup>1643</sup>, et le Royaume-Uni<sup>1644</sup> – ont exprimé de diverses manières

---

<sup>1639</sup> *Ibid.*, p. 57 : « *There exists a – probably theoretical – exception, following from the general principles of international law, to the principle that loss of nationality terminates the duty of admission. If a State were to resort to denationalisation of nationals abroad solely for the purpose of denying them readmission or to prevent their return, for instance, in the case of a national threatened with deportation, such action taken in fraudem juris internationalis would be contrary to international law not only as an abuse of right but as a direct infringement of the sovereign rights of the State of residence, i.e., of the right to expel aliens, which follows from its territorial supremacy.* »

<sup>1640</sup> Nations Unies, Assemblée générale, Commission du droit international, « Rapport », 2014, A/69/10, p. 13.

<sup>1641</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>1642</sup> La Suisse considère que l'expulsion d'un national par le moyen d'une déchéance préalable est possible, mais à la condition de motifs qualifiés. Voy. Nations Unies, Assemblée générale, Commission du droit international, « Expulsion of aliens – Comments and information received from Governments », 26 août 2008, A/CN.4/604, p. 162 : « *It may therefore be supposed that it would be permissible, under international law, for a State to deprive one of its nationals of his nationality on the grounds of occasioning serious harm to its national interests and, on the same grounds (national security), to expel him once his nationality had been revoked.* »

<sup>1643</sup> La Malaisie reconnaît qu'en l'état de son droit positif, la déchéance de nationalité peut former une étape préalable à l'expulsion. Voy. Nations Unies, Assemblée générale, Commission du droit international, « Expulsion of aliens – Comments and information received from Governments », 26 avril 2010, A/CN.4/628, p. 4 : « *Since the law prohibits the banishment or expulsion of a citizen, the deprivation of nationality is a possible precondition for a person's expulsion.* »

<sup>1644</sup> Le Royaume-Uni propose à la Commission par amendement une rectification pour prévoir que, lorsque les motifs de la déchéance sont également ceux de l'expulsion, celle-ci peut avoir lieu (par exception au principe).

leur conviction selon laquelle le droit international positif n'admettait pas en tant que tel ce principe. À l'inverse, la Russie<sup>1645</sup> et les États-Unis<sup>1646</sup> ont formé des commentaires sémantiques sans remettre en cause le principe exprimé. La Commission du droit international a donc ici procédé à une consécration doctrinale de la notion d'abus de droit en matière de nationalité<sup>1647</sup>. *Quid* du devenir conventionnel ? Ce projet est soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies qui ne devrait pas rendre de verdict définitif avant sa 75<sup>ème</sup> session en 2020<sup>1648</sup>.

**488. Les consécrations indirectes.** – Beaucoup d'auteurs, à la différence des précédents, soutiennent qu'une action de l'État en droit de la nationalité dénuée de fondement territorial, serait *généralement* contraire au droit international. Ils font alors l'économie de la recherche du fondement qui, en droit international, permet de donner une portée juridique à cette affirmation. Mais en réalité, en consacrant l'existence de principes spéciaux en droit international de la nationalité venant encadrer l'action de l'État, la plupart de ces auteurs appliquent implicitement ou inconsciemment la théorie de l'abus de droit, ce qui se vérifie principalement par le champ lexical utilisé, toujours apparenté à l'idée de l'abus.

**489.** Révélateur de cette manière d'aborder le problème est le cours d'Alexander Makarov donné à La Haye en 1949. La situation de l'auteur est particulière : d'abord professeur de droit international à l'Université de Petrograd, il est par la suite « éloigné » de l'université par les soviétiques et finit par quitter la Russie pour Berlin en 1925, c'est donc un « réfugié russe » qui

---

Voy. Nations Unies, Assemblée générale, Commission du droit international, « Expulsion of aliens – Comments and information received from Governments », 21 mars 2014, A/CN.4/669, p. 24 : « *A State shall not make its national an alien, by deprivation of nationality for the sole purpose of expelling him or her, albeit that the grounds for deprivation, prescribed by law, may also be grounds for expulsion in their own right.* »

<sup>1645</sup> La Russie mentionne surtout que son droit positif ne connaît pas la déchéance de nationalité, à la différence du retrait (« *annulment* »). Voy. Nations Unies, Assemblée générale, Commission du droit international, « Expulsion of aliens – Comments and information received from Governments », 26 août 2008, A/CN.4/604, p. 162.

<sup>1646</sup> Les États-Unis font savoir qu'ils n'entendent pas inclure dans la notion de déchéance le renoncement de l'individu à sa nationalité (« *intentionally relinquishes* ») Voy. Nations Unies, Assemblée générale, Commission du droit international, « Expulsion of aliens – Comments and information received from Governments », 21 mars 2014, A/CN.4/669, p. 24.

<sup>1647</sup> Ce qui n'est guère surprenant au regard de l'intérêt que porte la Commission depuis longtemps à ce concept. Voy. Václav Mikulka, « First report on State succession and its impact on nationality of natural and legal persons », *Yearbook of the International Law Commission*, 1995, vol. 2 (I), n° 64, p. 169 : « *The function of international law is, therefore, in the first place, to delimit the competence of States, or in other words to eliminate as regards third States the consequences of an exaggerated or abusive exercise by a State of its legislative competence with respect to nationality.* » Voy. également Manley O. Hudson, « Nationality, Including Statelessness », *Yearbook of the International Law Commission*, 1952, vol. 2, p. 10, qui fait état de la doctrine en la matière sans prendre position.

<sup>1648</sup> Lors des discussions devant la sixième commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, seul le Bangladesh a émis des réserves non étayées contre cet article, voy. A/C.6/72/SR.15, p. 2. La commission a adopté le projet de résolution pour transmission à la 75<sup>ème</sup> session de l'Assemblée générale (2020), voy. A/C.6/72/SR.28, p. 6.



participe de très près à la grande doctrine internationale de la nationalité<sup>1649</sup>. Makarov ne s'oppose pas en principe à la théorie de l'abus de droit, en revanche il relève qu'elle « ne pourrait être envisagée comme solution de notre problème que si nous devions constater le manque absolu de règles du droit des gens général applicables en notre matière. Cependant, ce n'est pas le cas. »<sup>1650</sup> Ce que pense l'auteur en effet, c'est que des principes internationaux spécifiques à la nationalité traduisent déjà en droit international positif la théorie générale de l'abus de droit. Il considère que « Comme exigence minimum, on doit admettre le principe qu'il est défendu aux États particuliers d'octroyer leur nationalité aux individus qui n'ont aucun point de rattachement à l'ordre juridique de tel État »<sup>1651</sup>. Il en déduit deux principes d'encadrement du pouvoir de l'État : « le principe autorisant la naturalisation automatique seulement sous condition de l'existence d'un rattachement à l'ordre juridique de l'État naturalisant, et le principe de l'acquisition de la nationalité de l'État annexant en cas de changements territoriaux »<sup>1652</sup>. Difficile de ne pas voir dans ces deux principes des traductions de l'abus de droit. Dans les deux cas évoqués par Makarov, le lien de rattachement forme la base de la nationalité<sup>1653</sup>, et l'État trouve son pouvoir limité par cet état de fait, basculant dans l'illicite s'il n'en respecte pas les manifestations en matière de naturalisation ou de succession d'États.

**490.** Au-delà de cet exemple d'une doctrine universitaire bâtie de l'exil, il convient de distinguer les doctrines relatives à la naturalisation extraterritoriale, et celles relatives à la déchéance extraterritoriale. La naturalisation extraterritoriale (le fait pour un État de naturaliser un individu qui ne possède avec lui aucun lien habituel de sujétion territoriale) fait d'abord l'objet d'une condamnation de principe, sur le même fondement implicite de l'abus. D'abord aux États-Unis, suivant une décision rendue en 1801 par la Cour suprême de New York, les juges ne reconnaissent alors pas les effets d'une naturalisation étrangère prononcée à l'égard

---

<sup>1649</sup> Voy. la notice biographique qui précède son cours « Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique russe (URSS) », *RCADI*, 1931, vol. 35, p. 476. Il est notamment l'auteur d'un cours sur « La nationalité de la femme mariée », *RCADI*, 1937, vol. 60, p. 111-241, et d'enseignements généraux en droit de la nationalité, voy. *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1947, 398 p.

<sup>1650</sup> A. N. Makarov, « Règles générales du droit de la nationalité », *op. cit.*, p. 304.

<sup>1651</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>1652</sup> *Ibid.*, p. 307.

<sup>1653</sup> Dans le même sens, voy. Erich Kaufmann, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1935, vol. 54, p. 374-375 : « les États ne sont pas autorisés à procéder à la naturalisation d'individus qui ne seraient pas établis sur leurs territoires nationaux ou qui n'auraient pas demandé la naturalisation, ou au sujet desquels ils ne pourraient invoquer aucun autre lien sérieux qui justifierait la naturalisation, tels que service militaire ou civil. En cas de lésion de ces principes généraux, qui sont inhérents à l'institution de l'allégeance politique, les États, dont les intérêts sont atteints *par ces actes arbitraires*, ont le droit d'intervenir ; et les tribunaux internationaux ne tiendront pas compte d'une nationalité acquise contrairement auxdits principes. » On voit bien ici la parenté directe avec la théorie de l'abus de droit par la mention de « l'acte arbitraire », qui d'ailleurs se résout à la fois sur le terrain de la responsabilité et de l'opposabilité.

d'un ressortissant américain résidant sur le sol américain : « si une règle différente devait prévaloir, il serait dans le pouvoir de n'importe quel souverain étranger de naturaliser n'importe lequel de nos concitoyens, et, dans le cœur de notre pays, les détacher de l'allégeance qu'ils doivent à leur gouvernement. »<sup>1654</sup> L'on voit bien ici la volonté de mettre en échec toute velléité d'un souverain étranger d'étendre abusivement sa compétence personnelle à l'égard d'individus qui *de facto*, par l'absence de domicile, ne lui sont pas rattachés. Le célèbre Harvard Draft codifie en 1929 la règle à son article 14 : « Sauf stipulations contraires prévues par cette convention, un État ne peut pas naturaliser un étranger qui a sa résidence habituelle sur le territoire d'un autre État. »<sup>1655</sup> Dans le commentaire, probablement rédigé par Richard Flournoy, le caractère « déraisonnable » s'apparente sans aucun doute à la notion voisine d'abus : « En général, il peut être soutenu que la juste considération [*proper regard*] due aux autres États rend déraisonnable [*unreasonable*] pour tout État d'essayer d'étendre l'application de ses lois sur la naturalisation à l'égard d'individus qui résident sur le territoire d'autres États. »<sup>1656</sup> L'International Law Association avait d'ailleurs déjà consacré le principe dans son « *Model Statute* » rédigé en 1924 à la session de Stockholm : « les conditions imposées pour un demandeur à la naturalisation devraient inclure la condition selon laquelle le demandeur doit être domicilié sur le territoire de l'État dont il demande à devenir citoyen et doit préalablement avoir résidé sur ce territoire ou avoir été au service de l'État pendant une certaine période. »<sup>1657</sup> À la même époque encore l'Institut de droit international adopte en 1928 à Stockholm (en la présence notamment de Jules Basdevant, Albert de Lapradelle, Charles de Visscher, Eugène Audinet, Jean-Paulin Niboyet, etc.) que « Nul individu ne peut acquérir, par naturalisation, une nationalité étrangère, tant qu'il réside dans le pays dont il possède la nationalité. »<sup>1658</sup> La convergence de

---

<sup>1654</sup> New York Supreme Court, *Fish v. Stoughton*, 2 J.C 407 (1801), ici 408 : « *If a different rule should prevail, it would be in the power of the sovereign of any other nation thus to naturalize any of our citizens ; and in the heart of our country, to detach them from the allegiance they owe to its government. The motion must be denied.* » Pour une première codification doctrinale du principe, voy. David Dudley Field, *Draft Outlines of an International Code*, New York, Diossy, 1872, p. 139 : « 271. *Absentees cannot be naturalized. – No person can be naturalized who is not at the time actually within the territorial limits of the nation by which he is naturalized.* »

<sup>1655</sup> « The Law of Nationality », *AJIL*, 1929, vol. 23, n° 2, supp. Codification of International Law (avril 1929), p. 51 : « *Except as otherwise provided in this convention, a state may not naturalize an alien who has his habitual residence within the territory of another state.* »

<sup>1656</sup> *Ibid.* : « *In general, it may be said that a proper regard for other states makes it unreasonable for any state to attempt to extend the operation of its naturalization laws so as to change the nationality of persons at the time resident of other states.* »

<sup>1657</sup> International Law Association, Report of the Thirty-Third Conference (September 8<sup>th</sup> to 13<sup>th</sup>, 1924), Londres, Sweet et Maxwell, 1925, p. 30 : « *the conditions imposed on applicants for naturalization shall include a condition that the applicant must be domiciled within the State of which he or she desires to become a citizen and must have resided within that State or been in the service of that State during a specific period.* »

<sup>1658</sup> Résolution sur la nationalité, 28 août 1928, in Institut de droit international, in Institut du droit international, *Annuaire*, 1928, t. 34, p. 760.

la pensée de l'époque autour de la condamnation de la naturalisation extraterritoriale est donc manifeste.

**491.** En matière de déchéance extraterritoriale ensuite (le fait pour un État de retirer la nationalité à un de ses ressortissants alors qu'il se trouve à l'étranger et alors qu'il maintient avec lui un lien habituel de sujétion territoriale), le même phénomène se constate. De nombreux auteurs condamnent en principe un tel procédé en se fondant implicitement sur des notions ou des mécanismes qui s'apparentent à l'abus de droit<sup>1659</sup>. Ernst Isay le premier, dans son cours donné à l'Académie en 1924, relève que les dénationalisations en masse d'individus qui se trouvent alors mis à la « charge » d'États hôtes s'opposent à la « coexistence organisée des États », ce qui marque par là le détournement de pouvoir, l'abus d'un droit utilisé à des fins antisociales :

« [L]e droit des gens n'autorise pas l'État à retirer sa nationalité à des parties entières de sa population. (...) Les parties mutilées ne meurent pas, elles ne se rattachent pas à de nouveaux organismes, mais elles continuent de vivre à part, elles végètent en marge des États et les harcèlent de leurs revendications. L'heimatlosat des individus en lui-même est déjà une charge pour les États ; l'heimatlosat de masses importantes leur serait insupportable. La constitution artificielle sans effective dénationalisation d'un pareil "apolidisme" s'opposerait aux conditions élémentaires d'une coexistence organisée des États. »<sup>1660</sup>

Ce texte est particulièrement riche tant il s'y ressent qu'Isay approche la notion d'abus de droit sans jamais en prononcer le mot (un an avant que Politis donne son fameux cours). L'idée d'une « constitution artificielle » d'apatrides – il forge avec peu de succès le terme d'« apolidisme » – en raison d'une dénationalisation renvoie nécessairement à une déchéance qui ne correspond pas *en fait* avec la situation territoriale des individus, et pourtant prononcée en connaissance de cause par l'État pour mettre de manière « insupportable » à la charge des autres États des « parties mutilées » de sa population. À l'évidence, l'ensemble renvoie implicitement à la notion de prohibition de l'abus. À la même époque, John Fischer Williams se fonde sur la pratique russe pour affirmer qu'« un État ne peut pas, que ce soit par le recours à une peine de bannissement ou en mettant un terme au lien de nationalité, forcer [*compel*] tout autre État à recevoir l'un de

---

<sup>1659</sup> Voy. déjà la résolution de l'Institut du droit international sur les règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers adoptée le 9 septembre 1892 : « En principe, un Etat ne doit pas interdire l'accès ou le séjour sur son territoire soit à ses sujets, soit à ceux qui, après avoir perdu leur nationalité dans ledit Etat, n'en ont point acquis une autre. », in Institut du droit international, *Annuaire*, 1894, vol. 12, p. 219. Le rapporteur, Ludwig von Bar ne précise toutefois pas dans son rapport les motifs qui le conduisent à proposer une telle règle. Difficile donc de retracer l'usage, même implicite, de l'idée d'abus. Voy. Institut du droit international, *Annuaire*, 1892, vol. 11, p. 291. John Westlake formule une opposition sur ce point, considérant que les individus qui ont perdu leur nationalité doivent suivre le régime des étrangers de droit commun, voy. *ibid.*, p. 314-315.

<sup>1660</sup> Ernst Isay, « De la nationalité », *op. cit.*, p. 441.

ses nationaux qu'il souhaite expulser de son propre territoire. »<sup>1661</sup> L'idée de « forcer » un État souverain est évidemment constitutive de l'abus, même si le terme n'est pas employé. Plus tard, Haro Van Panhuys, dans son célèbre ouvrage *The Rôle of Nationality in International Law* publié en 1959, se rallie au même ordre d'idée, sans toutefois formellement recourir à la notion : « L'opinion selon laquelle un État ne peut pas unilatéralement se soustraire [*shirk*] à son devoir d'admission par la déchéance de nationalité d'un de ses ressortissants est largement partagée. Malgré l'expatriation de l'intéressé, ce devoir d'admission reste en vigueur, au moins tant que l'individu concerné n'a pas acquis la nationalité d'un autre État. »<sup>1662</sup> La parenté est évidente avec les théories formées par Leibholz, Lauterpacht ou Weis. Si l'auteur n'emploie pas le terme d'« abus », il en utilise toutefois le champ lexical par l'emploi du verbe « *shirk* », très péjoratif, que nous traduisons par « soustraction » mais qui renvoie aussi à l'idée de se « dérober », de se « défilier », ou même de « tirer au flanc ». Van Panhuys soutient également l'idée de l'inopposabilité de la mesure litigieuse tant que l'individu n'a pas acquis une autre nationalité. Autrement dit, la déchéance extraterritoriale rendant l'individu apatride est inopposable en droit international. Hans Kelsen affirme la même solution à de nombreuses reprises :

« Mais la possibilité d'interdire le séjour aux nationaux trouve, au point de vue international, une limite en ce que. L'État dont l'expulsé est le ressortissant est obligé de le recevoir à nouveau si l'État de la résidence l'expulse comme étranger, et cela alors même que l'individu qui doit être reçu à nouveau par sa patrie d'origine aurait perdu sa nationalité d'après le droit de cet Etat. Ceci est la conséquence de l'obligation générale qui existe à la charge de l'Etat d'accueillir à nouveau ses ressortissants à la demande de tout autre Etat qui ne tolère pas leur séjour sur son territoire. Cette obligation existe donc d'après le droit international général, même lorsqu'elle n'est pas établie par traité. »<sup>1663</sup>

Cette forme de « continuité de nationalité » malgré la déchéance n'est pas ici explicitement réduite par Kelsen au seul cas d'apatridie. La déchéance extraterritoriale ne produit pas d'effets en droit international en raison de la violation de l'obligation de réadmission mise à la charge des États de nationalité au moment de l'entrée de leurs ressortissants sur le territoire d'un État d'accueil. Bien entendu, la notion d'abus est ici primordiale pour suivre le raisonnement de

---

<sup>1661</sup> John Fischer Williams, « Denationalization », *BYIL*, 1927, n° 8, p. 61. L'auteur précise encore : « un État ne peut pas couper le lien de nationalité d'une telle manière qu'il se relève lui-même du devoir international – dû aux autres États – de réadmettre un individu dénationalisé qui n'a pas acquis une autre nationalité, dût-t-il être expulsé comme étranger par l'État où il l'est devenu. » (*ibid.*).

<sup>1662</sup> Haro F. Van Panhuys, *The Rôle of Nationality in International Law*, Leiden, Sythoff, 1959, p. 57 : « [*T*]he view is widely held that a State may not unilaterally shirk its duty of admission by depriving its national of his nationality. In spite of expatriation this duty remains in force, at least in so far as the individual concerned did not acquire another nationality. »

<sup>1663</sup> Hans Kelsen, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *op. cit.*, p. 254. Dans le même sens, voy. Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État* (1949, trad. Laroche et Faure), Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 287.

Kelsen puisqu'on voit mal comment une obligation de réadmission des *nationaux* peut contraindre un État à l'égard d'un individu qui est désormais formellement, juridiquement, un étranger pour lui. C'est bien parce que l'État agit de mauvaise foi – abusivement – que cette obligation lui est encore opposable. De fait, Kelsen parle plus haut dans son cours de la possibilité qu'un État se mette « en contradiction avec le droit international par une règle relative à l'acquisition et à la perte de sa nationalité lorsqu'il veut au moyen de cette norme *tourner* une obligation internationale »<sup>1664</sup> (nous soulignons) L'idée de « tourner » une obligation internationale renvoie bien ici à l'idée de l'abus, du détournement. Autrement dit, même Kelsen, pourtant peu porté sur la détermination des finalités sociales du droit, reconnaît sans le dire l'abus en matière de déchéance extraterritoriale.

**492.** Si l'ensemble de ces auteurs consacre donc des principes qui formellement ne s'attachent pas à la théorie de l'abus de droit, il n'empêche que matériellement ces principes demeurent dans l'orbite de cette théorie<sup>1665</sup>. Que les consécutions en soient directes ou indirectes, la théorie de l'abus de droit est donc bien solidement établie en doctrine<sup>1666</sup>. Reste à constater que cette situation doctrinale converge avec la réalité juridique.

## **2. Une consécration juridique indirecte**

**493.** La théorie de l'abus de droit appliquée au droit de la nationalité n'a pas encore fait l'objet d'une consécration directe en droit positif, que ce soit dans un instrument conventionnel ou dans la jurisprudence internationale. La valeur coutumière du principe peut en revanche se déduire des travaux de codification menée à La Haye en 1930 (a), mais aussi, sous des formes

---

<sup>1664</sup> Hans Kelsen, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *op. cit.*, p. 247. Dans ce passage il cite en exemple des cas de naturalisations d'étrangers présents sur le territoire aux fins d'enrôlement dans l'armée ou d'expropriation sans indemnité (les étrangers bénéficiant potentiellement de la protection de leur État de nationalité en cas d'expropriation contraire aux obligations internationales de l'État).

<sup>1665</sup> L'un des intérêts de l'abus de droit est d'ailleurs de contribuer à la formation coutumière de règles internationales qui se détachent alors formellement de cette théorie. Voy. Alexandre-Charles Kiss, *L'abus de droit en droit international*, Paris, LGDJ, 1953, p. 193-196, spéc. p. 194 : « Mais il est également possible que ce cas [d'abus de droit], ou la répétition de cas similaires, aboutissent à la formation d'une nouvelle règle spécifique du droit international en cette matière. En effet, il est un des problèmes théoriquement non résolus, comment les règles du droit coutumier naissent, quelle est la base des premiers précédents qui seront considérés par la suite comme décidant la question de l'existence ou la non-existence d'une règle de droit. (...) [L]e principe de l'abus de droit est susceptible de donner une réponse à ce problème, et probablement la seule réponse sur le plan strictement juridique à côtés des nombreuses possibilités du domaine des faits extrajuridiques ».

<sup>1666</sup> Voy. encore récemment, Hugues Fulchiron *La nationalité française*, Paris, PUF, 2000, p. 13 : « Bien sûr, si un trop grand décalage existe entre la réalité du rattachement et l'octroi de la nationalité, le lien devient artificiel et peut être source de perturbations dans l'ordre interne comme dans l'ordre international. Il risque d'être ignoré par les autres États ».

spéciales et indirectes, des jurisprudences de la Cour internationale de Justice (b), de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme (c).

**a. la « demi-consécration »<sup>1667</sup> coutumière : la codification de 1930**

**494. La demi-consécration de l'abus de droit.** – L'abus de droit est une notion largement évoquée dans les travaux préparatoires à la codification de 1930. Pour autant, le principe n'est pas textuellement inséré dans la Convention, soit que certains représentants trouvent cela superflu tant il ressort de l'évidence que ce principe appartient au droit positif, soit que d'autres n'y voient pas un intérêt suffisant. Chacun connaît la célèbre formule de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de 1930 – « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité. »<sup>1668</sup> Si la généralité de ces termes révèle *in fine* les difficultés des représentants à tomber d'accord sur le contenu de la coutume ou des principes en matière de nationalité, il n'en demeure pas moins qu'au regard des travaux préparatoires, il est permis de considérer que la prohibition de l'abus de droit en matière de nationalité intègre ces principes.

**495.** À l'occasion des réponses formulées par les États entre 1928 et 1929 aux questions préalables posées par le comité préparatoire (notamment sur l'étendue de leur souveraineté en droit de la nationalité), la plupart des observations émettent l'idée selon laquelle l'État est souverain dans son ordre interne, mais que sa législation n'est opposable aux autres États qu'à la condition de respecter certains principes – dont les mêmes États sont souvent en mal de délimiter les contours. L'abus de droit n'y est à ce stade quasiment pas mentionné, à l'exception des observations néerlandaises qui se réfèrent directement à ce principe pour dénoncer comme

---

<sup>1667</sup> Le terme est emprunté à l'un des représentants belges lors de la codification de 1930 qui évoque une « demi-satisfaction » quant à l'œuvre conventionnelle réalisée par la première commission sur la nationalité en ce qui concerne les abus de dénationalisation. Voy. Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), Genève, N° officiel C. 351 (a). M. 145 (a), p. 244.

<sup>1668</sup> Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, La Haye, 12 avril 1930, in Société des Nations, *Recueil des Traités*, 1937, vol. 179, p. 98.

abusives les naturalisations qui ne reposent pas sur un lien présentant « un certain degré d'intensité »<sup>1669</sup> entre l'individu et l'État. Les Pays-Bas ne proposent toutefois pas au comité préparatoire d'en faire une règle : cela n'est ni « nécessaire ni désirable »<sup>1670</sup>. Le comité préparatoire ne proposera donc aucune base de discussion directement en lien avec l'abus de droit aux représentants des États à La Haye.

**496.** C'est au cours des échanges devant la première commission chargée d'établir le texte de la Convention sous la présidence de Nicolas Politis que la proposition d'insérer l'abus de droit parmi les « principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité » fait à nouveau surface. Ce sont les Pays-Bas, sans surprise, qui évoquent le principe dès la 1<sup>ère</sup> séance du 17 mars 1930, par la voix de leur représentant, Jan Kusters, grand internationaliste et juge à la Haute Cour néerlandaise. Conformément à la position émise par son gouvernement, il considère qu'un tel principe appartient au droit positif mais n'en recommande pas l'adoption. Il souhaite plutôt mettre en relief les difficultés d'établir toutes les limitations au pouvoir de l'État en matière de nationalité, et propose face à la quasi-impossibilité de la tâche de ne rien mentionner dans la Convention<sup>1671</sup> – plutôt ne rien faire que mal faire – :

« L'État se compose de nationaux qui sont, avec le territoire, l'essence même de l'État. Il s'ensuit que l'État doit être libre de régler l'acquisition et la perte de la nationalité. C'est une faculté que lui accorde le droit commun à la condition que l'État s'abstienne d'abuser de cette faculté, car c'est également un principe de droit commun que l'abus du droit n'est pas permis. (...) Ce qui aurait vraiment une valeur pratique – mais je crois que ce serait impossible – ce serait d'indiquer nettement dans quels cas il y a abus de droit, de déterminer les cas où la liberté de l'État de régler la matière à son gré n'existe pas. Ce sont les cas douteux qu'il faut régler, et sur ce point, la base nous laisse dans l'incertitude complète. (...) La conclusion de

---

<sup>1669</sup> Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international : bases de discussion établies par le comité préparatoire à l'intention de la conférence, I (Nationalité), N° officiel C. 73. M. 38. 1929, p. 186 : « [P]our qu'un État puisse imposer à des individus sa nationalité, il faut qu'il existe une certaine relation, un certain lien entre l'État les individus qu'il désire considérer comme ses citoyens. On est d'accord pour estimer que ces liens doivent présenter un certain degré d'intensité, mais il est impossible d'en indiquer les limites d'une façon générale. (...) Comme partout ailleurs, des abus de droit peuvent être commis sous ce rapport et il n'y a aucune raison pour que les conséquences de ces abus soient reconnues comme légitimes. Si, par exemple, un État désirait considérer comme ses nationaux tout individu qui traverserait son territoire ou qui aurait des relations commerciales avec un ressortissant de cet État, une pareille prétention ne devrait certainement pas être reconnue, ni par l'État dont les nationaux seraient ainsi annexés, ni par de tiers États. »

<sup>1670</sup> *Ibid.*

<sup>1671</sup> Position paradoxale dont Kusters justifiera par la suite de manière un peu alambiquée : « Le principe de droit commun concernant l'abus de droit – ou l'abus de droit intentionnel – s'impose ici si infailliblement que certains auraient voulu le mentionner expressément dans la convention. Mais on a conservé l'idée que la législation d'un État, pour être reconnue par les autres États, doit être en accord avec le droit international, idée qui se recommande encore parce que dans l'avenir, des règles nouvelles, coutumières et autres pourraient se former dont il convient de tenir compte d'avance. », in Jan Kusters, « La nationalité à la conférence de La Haye pour la codification du droit international », *Revue de droit international privé*, 1930, t. 25, p. 417-418.

ce qui précède, c'est qu'il vaut mieux ne pas insérer les dispositions de la première base dans la convention que nous avons l'intention de conclure. »<sup>1672</sup>

La Belgique, par la voix de son représentant Robert Standaert, (fonctionnaire à la sûreté publique, spécialiste des questions de nationalité) n'a pas les mêmes scrupules et propose l'introduction formelle de la prohibition de l'abus de droit par la voie d'un amendement additionnel à l'article premier, lors de la 16<sup>ème</sup> séance du 2 avril 1930, dans les derniers jours de la conférence. La délégation précise alors :

« Nous n'avons pu nous mettre d'accord, lors de la discussion générale, sur l'expression "principes généralement reconnus en la matière". Or, cette même expression réapparaît dans la rédaction élaborée par le Comité de rédaction. Puisque nous ne pouvons pas faire une délimitation quant aux principes généralement reconnus en la matière, je pense qu'il y a lieu de rédiger autrement la phrase et de dire que la faculté de légiférer ne peut consacrer un abus de droit. »<sup>1673</sup>

L'amendement trouve un soutien de poids en la personne de Simon Rundstein, représentant de la Pologne et spécialiste international de la nationalité, mais qui souhaite toutefois réduire l'abus de droit au seul cas où il serait « intentionnel », notant que si en droit interne « l'intention de nuire n'est pas nécessaire », « le droit international n'[a] pas encore subi cette évolution »<sup>1674</sup>.

**497.** L'amendement est toutefois rejeté, semble-t-il pour son caractère vague. Richard Flournoy, représentant des États-Unis déclare en effet : « En ce qui concerne le caractère vague du texte primitif, je me permets de dire que l'expression "abus de droit" me paraît encore plus vague. »<sup>1675</sup> Le représentant italien abonde en ce sens : « La formule "abus de droit" est extrêmement vague. »<sup>1676</sup> La proposition belge est rejetée à la même séance sans décompte des voix. Il ne faut toutefois pas déduire de ce rejet un refus de principe de reconnaître la positivité de l'abus de droit. La position déjà défendue par Kosters au nom des Pays-Bas sera reprise en substance par les représentants du Mexique et de l'Uruguay. Ces deux autres États vont en effet expressément marquer leur adhésion à cette notion, tout en notant qu'il n'est pas nécessaire de l'inscrire dans le texte même de la Convention. Le représentant du Mexique, le diplomate Eduardo Suarez, déclare ainsi :

---

<sup>1672</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), Genève, N° officiel C. 351 (a). M. 145 (a)., p. 19-20.

<sup>1673</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>1674</sup> *Ibid.* Une telle réduction aurait sans doute privé d'effet utile un tel principe.

<sup>1675</sup> *Ibid.*

<sup>1676</sup> *Ibid.*



« Le pouvoir absolu qui peut être reconnu à l'État est subordonné à cette restriction [l'abus de droit], mais il ne paraît pas nécessaire de la faire figurer dans un texte formel. Il est entendu que, si l'État possède un droit, celui-ci n'existe que tant que l'État n'en abuse pas. (...) En conséquence, si le principe de la faculté pour l'État de légiférer en matière de nationalité est énoncé dans la convention, on doit comprendre que ce droit est subordonné au principe que l'État ne doit pas en abuser, et les tribunaux internationaux décideront, avec toute la prudence requise, si l'État a usé ou abusé de son droit. »<sup>1677</sup>

De la même manière, la délégation de l'Uruguay, souhaitant exprimer « le sens de son adhésion » à la formule relative aux principes de droit généralement reconnus en la matière » précise que « La deuxième partie de l'article [les principes] vise uniquement la limitation des abus de certaines législations qui pourraient attribuer la naturalisation sous des conditions tellement larges et libérales qu'elles donneraient l'impression de l'exercice abusif d'un droit reconnu, d'une manière générale, dans la première partie de l'article. »<sup>1678</sup>

**498.** À cette conférence de codification réunie en 1930, ce sont donc cinq États – Les Pays-Bas, la Belgique, la Pologne, le Mexique et l'Uruguay – qui marquent expressément leur adhésion au principe de la prohibition de l'abus de droit en matière de nationalité, qu'ils en souhaitent l'inscription ou non dans le texte de la Convention. Quant aux deux seules objections soulevées relatives au caractère vague d'une telle notion, force est de constater qu'elles doivent être largement nuancées. L'objection américaine est d'abord particulièrement surprenante en ce qu'elle émane d'abord de Richard Flournoy, rapporteur du *Harvard Draft* qui – comme déjà évoqué *supra* (cf. n° 493) – se fonde dans ce texte sur des considérations approchant la notion d'abus de droit, ou écrit lui-même à propos de ce concept dans les années 1920<sup>1679</sup>. Au surplus, le gouvernement américain, dans sa réponse aux questions du comité préparatoire, affirmait déjà « qu'aucun État n'est libre d'étendre l'application de ses lois de nationalité de manière à atteindre et à revendiquer l'allégeance de quiconque lui plaît »<sup>1680</sup> – ce qui est une forme d'adhésion manifeste mais implicite à l'idée de prohibition de l'abus. Quant à l'Italie, son objection

---

<sup>1677</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>1678</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>1679</sup> Il mentionne ainsi le concept d'« *abuse of naturalization* » connu de la législation américaine dans « Naturalization and Expatriation » (2), *Yale Law Journal*, 1922, vol. 31, n° 8, p. 852. Il notera d'ailleurs lui-même à la suite de la Convention que « *It is obvious that international law does place a limit upon the power of a state to make effective claims upon the nationality of persons. While it may be competent for a state to confer rights of citizenship within its territories upon whomsoever it pleases, regardless of place of birth, parentage or residence, it is quite a different matter for it to stretch its hands into the recognized domain of other states and claim as its nationals persons having no connection with it of a kind generally recognized as furnishing a sufficient ground for the conferring of nationality.* », voy. Richard W. Flournoy, « Nationality Convention, Protocols and Recommendations Adopted by the First Conference on the Codification of International Law », *AJIL*, 1930, vol. 24, n° 3, p. 469.

<sup>1680</sup> Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international : bases de discussion établies par le comité préparatoire à l'intention de la conférence, I (Nationalité), N° officiel C. 73. M. 38. 1929, p. 145.

est sans doute plus cohérente, même si son gouvernement affirmait également dans sa réponse au comité préparatoire que « l'État n'est pas tenu de reconnaître les effets de la législation d'un autre État »<sup>1681</sup>. Il apparaît dès lors que les raisons qui ont conduit à ne pas intégrer textuellement le principe dans la Convention permettent paradoxalement de démontrer que pour beaucoup d'État, le principe de la prohibition de l'abus de droit en matière de nationalité appartient au droit international positif. À tout le moins, les travaux préparatoires ne permettent pas d'écarter la positivité de la théorie de l'abus de droit en matière de nationalité<sup>1682</sup>.

**499. Le rejet d'une obligation générale de réadmission des dénationalisés.** – Au cours des mêmes travaux préparatoires, face à la législation russe qui a dénationalisé plusieurs centaines des milliers de ressortissants dans l'entre-deux guerres (voy. *infra* n° 561 s.), plusieurs États manifestent leur intérêt pour la consécration textuelle d'une règle prohibant la déchéance extraterritoriale (obligation négative) ou prescrivant la réadmission des anciens nationaux (obligation positive). Dès le stade des réponses gouvernementales au comité préparatoire, la Suisse et la Finlande vont spécifiquement viser ce problème. La Suisse propose ainsi au comité la rédaction d'une règle selon laquelle « un individu sans nationalité pourra toujours être renvoyé dans l'État dont il était en dernier lieu ressortissant »<sup>1683</sup>. Précisant sa position, cet État note que :

« On peut toutefois se demander si des inconvénients sérieux ne pourraient pas surgir du fait qu'en application de sa législation, un État retirerait le droit de cité à l'un de ses ressortissants domiciliés dans un autre pays, mettant ce dernier dans l'impossibilité de renvoyer de son territoire l'individu atteint par une telle mesure. Dès lors cette déchéance équivaut à un bannissement de l'État d'origine, le pays de domicile se trouvera en présence d'un heimatlose (apatride), dont il ne saura, le cas échéant, comment se débarrasser. »<sup>1684</sup>

La Finlande vise de la même manière le fait de se « débarrasser » d'un ressortissant par le moyen de la déchéance et de l'expulsion. Cet État en propose la prohibition absolue :

« [O]n pourrait indiquer, en cette matière, quelques restrictions fondées sur certains principes généraux du droit. S'il doit être considéré comme généralement établi qu'aucun État ne doit se refuser à recevoir sur son territoire un individu de sa propre nationalité, et qu'il ne doit pas non plus expulser une personne de cette nationalité, il importe de constater : a) La perte de la nationalité, statuée ou prononcée par un État, ne doit jamais avoir le caractère d'une peine infligée à un de ses nationaux ni viser le but de se débarrasser, par la voie d'expulsion, d'une

---

<sup>1681</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>1682</sup> Dans le même sens, voy. Lawrence Preuss, « International Law and Deprivation of Nationality », *Georgetown Law Journal*, n° 23, 1934-1935, p. 270.

<sup>1683</sup> Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international : bases de discussion établies par le comité préparatoire à l'intention de la conférence, I (Nationalité), N° officiel C. 73. M. 38. 1929, p. 201.

<sup>1684</sup> *Ibid.*

personne peu désirable. Ce principe ne s'applique pas au cas où la personne en question peut se prévaloir d'une autre nationalité ou se trouve au service d'un État étranger. »<sup>1685</sup>

En conséquence, le comité préparatoire propose la base de discussion n° 2 suivante aux États lors de la conférence de codification : « Si un individu, après être entré en pays étranger, a perdu sa nationalité sans en acquérir une autre, l'État dont il était le national reste tenu de le recevoir, à la demande du pays de séjour. »<sup>1686</sup>

**500.** Sur cette base, la discussion devant la première commission est sans doute l'une des plus difficiles de la conférence. Trois groupes d'États se dessinent. Le premier, majoritaire et favorable à l'article, est mené par l'Autriche qui fixe la *ratio legis* de cet article : « Il ne paraît guère justifié que l'État de séjour qui, souvent, n'a eu ni motif ni moyen de vérifier la nationalité de l'individu, assume les conséquences fâcheuses d'une mesure de ce genre [une déchéance], fréquemment dictée par des considérations politiques »<sup>1687</sup> Cette position est soutenue par les Pays-Bas, la Belgique, la Chine, la Suisse, la Grèce, le Royaume-Uni, l'Allemagne, et le Brésil<sup>1688</sup>. Le deuxième groupe, minoritaire, ne marque pas d'opposition de principe à cet article mais considère qu'il sort du champ de la codification. Suivant un formalisme confondant, ils relèvent que l'apatridie est la situation d'un étranger sans nationalité, et qu'un tel objet ne peut donc pas entrer dans le champ de la codification des règles relatives à la nationalité. Cette position est bien résumée par le représentant de la Yougoslavie qui déclare : « À mon avis, la base n° 2 ne traite pas d'une question de nationalité. Ici, en somme, il n'y a ni conflit de nationalité, ni, sous une autre forme, une question de nationalité. (...) [I]l s'agit plutôt d'une question d'admission d'un étranger sur le territoire national, car l'apatride ayant perdu sa nationalité, c'est, pour le pays un étranger. »<sup>1689</sup> Cette position est reprise en substance par l'Italie, la Pologne, le Chili, la Suède et la Roumanie<sup>1690</sup>. Un dernier, groupe, ultra minoritaire, formé de la Russie et de la France, s'oppose par principe à l'édiction d'une telle règle, considérant au contraire que cette pratique est conforme au droit international. La position de l'URSS n'est guère surprenante puisque c'est la pratique de cet État qui est ici visée. Le délégué russe établit ainsi une

---

<sup>1685</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>1686</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), Genève, N° officiel C. 351 (a). M. 145 (a), p. 275.

<sup>1687</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>1688</sup> Pour les références des positions, voy. *ibid.* pour les Pays-Bas, p. 37 ; la Belgique, p. 38 ; la Chine, p. 38 ; la Suisse, p. 39 ; la Grèce, p. 40 ; le Royaume-Uni, p. 40 ; l'Allemagne, p. 41 ; et le Brésil, p. 41. La position du Portugal, p. 39, est difficilement déchiffrable : si le délégué mentionne que le texte « semble inacceptable », il précise toutefois « l'État dont l'individu étant national est tenu de le recevoir. »

<sup>1689</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>1690</sup> Pour les références des positions, voy. *ibid.* pour l'Italie, p. 37 ; pour la Pologne, p. 39 (Simon Rundstein fait plutôt valoir la difficulté de la question, qui prendrait mieux place dans une conférence sur la nationalité et l'apatridie) ; pour le Chili, p. 39 ; pour la Suède, p. 41 ; et pour la Roumanie, p. 41.

position sans fard : « Le Gouvernement de l'URSS, dont la législation contient sur la dénationalisation des dispositions contraires à la solution visée dans la base 2, ne peut l'accepter et la délégation propose de la supprimer entièrement. »<sup>1691</sup> En réalité, c'est la position de la France qui est la plus surprenante. Alors même que personne n'ignore à cette époque que c'est la répression soviétique à l'égard des « russes blancs » qui crée en Europe des centaines de milliers d'apatrides par le moyen de la déchéance (pour mieux empêcher leur retour), Navailles, le représentant de la France, feint l'ignorance : « Il m'a été dit que des situations tout à fait particulières existaient dans certains pays. Je ne les connais pas. »<sup>1692</sup> Difficile de croire une telle affirmation<sup>1693</sup>. Sur le fond, la position de la France rejoint celle de la Russie soviétique :

« une telle disposition présente l'inconvénient assez sérieux d'être en opposition avec le droit de souveraineté. Il peut arriver qu'un Français, ayant perdu par exception la nationalité française sans en acquérir une autre, agisse de façon à rendre indésirable son séjour sur le territoire français. Dans ce cas, puisqu'il s'agit d'un individu qui n'a plus la qualité de Français, le gouvernement français peut, en vertu du droit de souveraineté, prendre contre lui un arrêté d'expulsion. Or, si la base en discussion est maintenue, elle ira à l'encontre de la faculté dont tous les États usent d'expulser de leur territoire un étranger indésirable. »<sup>1694</sup>

Le Président constate alors que les délégués sont partagés entre deux groupes équivalents : ceux favorables à la base de discussion, et ceux défavorables, pour des raisons pratiques ou de principe. Il est alors décidé de renvoyer la question à une sous-commission *ad hoc*, chargée de trouver une voie médiane, et dont les travaux ne seront pas publiés. Le texte suivant est arrêté après plusieurs jours de travail :

« Si un individu après être entré en pays étranger, a perdu sa nationalité sans en acquérir une autre, l'État dont il possédait en dernier lieu la nationalité est tenu de le recevoir, à la demande du pays de séjour, 1) si cet individu est dans un état d'indigence permanent par suite d'une maladie incurable ou pour tout autre cause ; ou 2) si cet individu a subi, dans le pays de séjour, une condamnation à une peine d'au moins un mois d'emprisonnement.

Dans le premier cas, l'État dont cet individu possédait en dernier lieu la nationalité pourra se refuser à le recevoir en s'engageant à pourvoir aux frais d'assistance dans le pays de séjour à partir du trentième jour à compter de la demande. Dans le second cas, l'individu devra, soit avoir accompli sa peine, soit en avoir obtenu remise totale ou partielle et être renvoyé, aux

---

<sup>1691</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>1692</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>1693</sup> La France a créé depuis 1924 un « Office central des réfugiés russes », chargé de reconnaître pour le compte du ministère des affaires étrangères les réfugiés et apatrides russes présents en France. Voy. p. ex. Catherine Gousseff, *L'exil russe : la fabrique du réfugié apatride*, Paris, CNRS éditions, 2008, p. 253-257.

<sup>1694</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), Genève, N° officiel C. 351 (a). M. 145 (a), p. 37. Plus loin : « La délégation française a la préoccupation d'éviter que, dans une convention internationale, il soit fait, pour la première fois, une atteinte à un droit souverain des États jamais contesté. C'est la première fois que nous verrions dans un texte l'obligation pour un État de recevoir sur son territoire un individu qu'il a expulsé. Je ne pense pas que l'on puisse aller aussi loin. » (*ibid.*, p. 42).

frais du pays de séjour, sur le territoire de l'État dont il possédait en dernier lieu la nationalité. »<sup>1695</sup>

Ce texte n'est guère satisfaisant. La Belgique, très engagée dans ce débat, note qu'elle « le votera sans enthousiasme, comme une demi-satisfaction donnée à une idée qui lui était chère. »<sup>1696</sup> Les États-Unis en revanche, qui déclarent avoir été favorables à la base initiale de discussions, refusent en revanche de voter le nouveau texte : « Si un apatride doit être accueilli à nouveau par l'État dont il était antérieurement ressortissant, cette obligation semblerait devoir être inconditionnelle. (...) Nous sommes donc partisans de la suppression de cet article dans son état actuel. »<sup>1697</sup> En réalité, les lignes de partage ne bougent guère. Le Royaume-Uni, toujours favorable au principe, fait une déclaration dont la justesse juridique mérite d'être relevée :

« Le principe fondamental de cet article est qu'un État ne doit pas pouvoir se libérer par un acte unilatéral de l'obligation d'accueillir à nouveau son ressortissant, cet acte unilatéral consistant dans le retrait de la nationalité. S'il pouvait le faire, il priverait nettement l'État dans lequel a résidé son ressortissant, du droit d'attendre du premier État que celui-ci reprenne, au cas (certes, très improbable) où l'intéressé se montrerait indésirable. D'après moi, c'est une situation tout à fait logique ; car il existe, jusqu'à un certain point, une sorte de contrat ou d'obligation, résultat de l'octroi d'un passeport par un État à un individu, en ce sens que l'État étranger, sur le territoire duquel l'individu pénètre avec ce passeport, est fondé à présumer que l'autre État dont l'individu possède la nationalité, le reprendra dans certaines éventualités. Si l'État dont il possède la nationalité la lui retire arbitrairement, il paraît simplement juste et raisonnable de reconnaître le principe que l'obligation de reprise subsiste, bien que la nationalité ait théoriquement pris fin. »<sup>1698</sup>

Ici l'on voit bien que le Royaume-Uni ramène cette question sur le terrain de la nationalité, désamorçant tous les arguments consistant à considérer qu'il n'y a là qu'une question de police des étrangers, sans lien avec la nationalité. Sans le dire, l'orateur pose en règle l'inopposabilité de la nationalité arbitrairement retirée, c'est-à-dire aux seules fins d'empêcher le retour d'un national jugé indésirable, lorsqu'il est à l'étranger. La Turquie enfin rejoint le groupe des opposants au principe, déjà formé par la Russie et la France, en déclarant « que cet article est contraire aux principes généraux qui ont été acceptés, et incompatibles avec la souveraineté législative des États. »<sup>1699</sup>

---

<sup>1695</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>1696</sup> *Ibid.*, p. 244.

<sup>1697</sup> *Ibid.*, p. 243. Cette position présentée par Richard Flournoy n'est guère surprenante, le représentant américain soutenait déjà dans le *Harvard Draft* l'existence d'une « règle générale » selon laquelle « l'État donc un apatride expatrié fut le national devrait en assumer la responsabilité et le réadmettre sur son territoire s'il est considéré comme indésirable par d'autres États. », voy. « The Law of Nationality », *AJIL*, 1929, vol. 23, n° 2, supp. Codification of International Law (avril 1929), p. 77.

<sup>1698</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), Genève, N° officiel C. 351 (a). M. 145 (a)., p. 244.

<sup>1699</sup> *Ibid.*, p. 243.

**501.** Passant au vote, l'article recueille une majorité de seize voix<sup>1700</sup> contre quinze<sup>1701</sup>, avec seize abstentions<sup>1702</sup>, ce qui est insuffisant pour lui faire intégrer le texte conventionnel – il faut pour cela une majorité des deux tiers. Pour satisfaire les États qui sont majoritairement favorables au principe de cet article, il fait l'objet d'un protocole spécial annexé à la Convention, dont la signature et la ratification sont séparées<sup>1703</sup> et d'un « vœu » ainsi formulé : « La Conférence recommande aux États d'examiner s'il serait désirable que, dans le cas où un individu perd sa nationalité sans en acquérir une autre, l'État dont il possédait en dernier lieu la nationalité doive l'admettre sur son territoire, à la demande du pays où il réside, et à des conditions autres que celles spécifiées au Protocole spécial relatif à l'apatridie, adopté par la Conférence. »<sup>1704</sup>

**502.** L'œuvre conventionnelle de la conférence de codification est donc rétrécie. Elle ne reflète pas la position de beaucoup d'États – et non des moindres (les États-Unis, la Chine, le Royaume-Uni, l'Allemagne, les Pays-Bas, etc.) – qui considèrent que la prohibition de la déchéance extraterritoriale aux fins d'évasion de l'obligation de réadmission ressort du droit international positif, ce qui conduit soit à rejeter une ratification perçue comme superflue (cf. la position des Pays-Bas), soit à n'accepter qu'une codification générale et absolue (cf. la position des États-Unis). Reflétant très certainement la pratique de nombreux États en la matière, l'Allemagne précise que la réadmission des anciens nationaux est d'ordre « coutumière »<sup>1705</sup> lorsque ceux-ci n'ont pas acquis une autre nationalité<sup>1706</sup>. Il n'est donc guère possible de déduire

---

<sup>1700</sup> Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Colombie, Ville libre de Dantzig, Espagne, Grande-Bretagne, Grèce, Inde, Etat libre d'Irlande, Mexique, Salvador, et Suisse.

<sup>1701</sup> Chili, Danemark, États-Unis d'Amérique, Hongrie, Italie, Japon, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Suède, Tchécoslovaquie, Turquie, et Yougoslavie.

<sup>1702</sup> Afrique du Sud, Brésil, Bulgarie, Cuba, Égypte, Estonie, Finlande, France, Islande, Luxembourg, Monaco, Nicaragua, Pérou, Perse, Pologne, Uruguay.

<sup>1703</sup> Pour le texte définitif, voy. Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, I (Séances plénières), Genève, 19 août 1930, N° officiel C. 351. M. 145 1930. V., p. 114-121. Il faut attendre 2004 pour son entrée en vigueur, à la faveur des dix ratifications exigées par l'article 9 du protocole. En effet, ce protocole de la Société des Nations, « transféré à la garde » des Nations Unies est entré en vigueur suite à l'adhésion du Zimbabwe le 1<sup>er</sup> décembre 1998. Il semble que les services du secrétariat aient accusé un certain retard puisque l'enregistrement n'est intervenu qu'au 1<sup>er</sup> avril 2004. De plus, la publication dans le *Recueil des traités*, 2005, vol. 2252, p. 435, ne s'accompagne pas de la bonne version du texte : le recueil publie le « protocole relatif à un cas d'apatridie » au lieu du « protocole spécial relatif à l'apatridie ».

<sup>1704</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, I (Séances plénières), Genève, 19 août 1930, N° officiel C. 351. M. 145 1930. V., p. 162 (adopté par 29 voix contre 4).

<sup>1705</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), Genève, 1930, n° officiel C. 351 (a). M. 145 (a)., p. 243.

<sup>1706</sup> Le principe est très ancien en ce qui concerne l'Allemagne, on le trouve déjà contenu à l'article 1<sup>er</sup>, b. de la convention du 15 juillet 1851 (dit « Traité de Gotha », déjà évoqué *supra* chap. 2), qui stipule que « Chacun des gouvernements contractants s'engage à : (...) b. reprendre à la demande d'un autre État leurs anciens ressortissants (sujets), même s'ils ont déjà perdu cette qualité en vertu de la législation interne, tant qu'ils ne sont pas devenus ressortissants d'un autre État. » (« § 1. Jede der contrahirenden Regierungen verpflichtet sich, (...) b

de ces travaux de codification l'inexistence en droit coutumier d'une telle obligation, malgré les oppositions. Des auteurs comme Kay Hailbronner<sup>1707</sup> ou Rainer Hofman<sup>1708</sup> surestiment donc la valeur du produit fini de la codification et ne s'attachent pas assez au sens des longs débats suivis par la Commission pour contredire l'idée de l'existence d'une telle obligation coutumière<sup>1709</sup>. Surtout, si l'on examine la pratique étatique européenne du second XX<sup>e</sup> siècle, il apparaît que de nombreux textes (accord du Conseil de l'Europe, recommandation et directive de l'Union européenne) consacrent l'obligation de réadmission des individus « déchus » ou dont la nationalité est « contestée », et apportent ainsi la preuve de la solide cristallisation d'une telle coutume<sup>1710</sup>.

---

*ihre vormaligen Angehörigen (Unterthanen), auch wenn sie die Unterthanschaft nach der inländischen Gesetzgebung bereits verloren haben, so lange, als sie nicht dem andern Staate nach dessen eigener Gesetzgebung angehörig geworden sind, auf Verlangen des andern Staates wieder zu übernehmen.* »), voy. Philipp Anton Guido von Meyer (dir.), *Corpus Juris Confoederationis Germanicae*, II, Francfort, Drud et Verlag von H. T. Brönnner, 3<sup>ème</sup> éd., 1859, p. 583.

<sup>1707</sup> Kay Hailbronner, « Readmission Agreements and the Obligation on States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals », *ZaöRV* (Heidelberg Journal of International Law), vol. 57, 1997, p. 24 : « *In view of the lack of a common state practice and of opinio juris, the existence of a general obligation under customary international law to readmit former nationals, in cases of a change of status before entry into a third state, seems doubtful.* » Paradoxalement, l'argumentation générale d'Hailbronner témoigne plutôt du contraire.

<sup>1708</sup> Rainer Hofman, « Denationalization and Forced Exile », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, n° 8, 1985, n° 26, p. 128-133 : « *An examination of the practice of States, including their treaty practice, shows, however, that customary international law does not impose on the State of former nationality a duty of readmission. This was manifested by the proceedings of the Hague Codification Conference of 1930 relating to nationality explains the existence of pertinent repatriation treaties.* »

<sup>1709</sup> En sens contraire, Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, I, Genève, Georg et Cie, 1953, p. 318, qui note en se fondant sur la base de discussion n° 2 de la conférence de codification que « L'État qui délègue son national des liens de sa nationalité a cependant l'obligation de le reprendre à sa charge à la demande du pays de séjour, s'il n'a pas acquis entre temps une nouvelle nationalité. »

<sup>1710</sup> Voy. l'Accord européen sur le régime de la circulation des personnes entre les pays membres du Conseil de l'Europe du 13 décembre 1957, in Conseil de l'Europe, STE n° 25 : « Art. 5. – Chacune des Parties contractantes réadmettra sans formalité sur son territoire tout titulaire de l'un des documents énumérés dans la liste établie par elle et figurant à l'annexe au présent Accord, même dans le cas où la nationalité de l'intéressé serait contestée. » (nous soulignons) ; la recommandation du Conseil, 30 novembre 1994, concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un État membre et un pays tiers, JOCE, C 274, 19 septembre 1996, p. 21 : « Chaque partie contractante réadmet sur son territoire sans formalité, à la demande de l'autre partie contractante, toute personne qui, se trouvant sur le territoire de la partie contractante requérante, ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée ou de séjour en vigueur, lorsqu'il est établi ou valablement présumé qu'elle possède la nationalité de la partie contractante requise. Cela vaut également pour toute personne qui, après son entrée sur le territoire de la partie contractante requérante, a été déchue de la nationalité de la partie contractante requise et n'a pas obtenu au moins une assurance de naturalisation de la part de la partie contractante requérante. » (nous soulignons) ; la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil 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, JO UE, 30 avril 2004, p. 114 : « art. 27, 4. : L'État membre qui a délivré le passeport ou la carte d'identité permet au titulaire du document qui a été éloigné d'un autre État membre pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique de rentrer sur son territoire sans aucune formalité, même si ledit document est périmé ou si la nationalité du titulaire est contestée. » (nous soulignons)

## **b. la consécration juridictionnelle implicite : l'abus de droit, fondement caché de *Nottebohm***

**503. La place explicite de l'abus de droit dans la procédure écrite et orale.** – Dans cette célèbre affaire, le Guatemala – l'État défendeur – saisit tôt l'intérêt de contester la nationalité de Frédéric Nottebohm : l'action en protection diplomatique étant fondée sur la nationalité<sup>1711</sup>, démontrer l'inopposabilité de la nationalité c'est à coup sûr rendre irrecevables les prétentions de l'État réclamant. C'est donc ce à quoi s'évertuent les agents du Guatemala, et notamment Henri Rollin<sup>1712</sup>, professeur de droit international à l'Université libre de Bruxelles, en particulier par le moyen de la théorie de l'abus de droit, jusqu'à même dénier toute *validité* à la naturalisation litigieuse. Le Liechtenstein, majoritairement par la voix de son agent Georges Sauser-Hall, professeur de droit international à l'Université de Genève, loin de dénier toute pertinence à l'argument, ne rejette pas la positivité de l'abus de droit dans la matière de nationalité ; il relève plutôt l'insatisfaction des critères pour le reconnaître en l'espèce, au regard en particulier de l'absence de dommage. Il y a deux apports à relever : d'abord le consensus autour de l'existence positive de la notion ; ensuite les interprétations peu orthodoxes que chacune des parties ont de la notion.

**504.** Le Guatemala retient qu'en droit international de la nationalité, il n'y a « ni système de règles coutumières, ni principes rigides s'imposant à l'observation des États. »<sup>1713</sup> Dès lors, et se fondant sur la pensée de Georges Scelle<sup>1714</sup>, l'État retient que « c'est bien plutôt dans la voie de l'abus de pouvoir (ou de compétence, ou de droit) que la jurisprudence déterminera dans chaque cas d'espèce s'il y a violation du droit international. »<sup>1715</sup> Concrétisant l'argument au litige, le Guatemala écrit dans son contre-mémoire que :

« Pareil abus de droit existera notamment dans les cas où par un exercice anormal de sa compétence un Etat aura imposé ou même octroyé sa nationalité à des ressortissants d'un autre pays, souvent avec la conséquence que par l'effet de la législation de ce pays, celui-ci aura du

---

<sup>1711</sup> CPJI, 28 février 1939, *Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, série A/B, n° 76, p. 16.

<sup>1712</sup> Henri Rolin connaît bien cette théorie puisqu'il en fait mention à partir de l'œuvre de Politis dans son cours sur « Les principes de droit international public », *RCADI*, 1950, vol. 77, n° 112, p. 392-393 : « De tout ceci il ressort que le droit des gens classique lui-même admettant que, dans certains cas, des matières relevant de la compétence nationale des États et laissées à cette compétence, c'est-à-dire abandonnées à cette compétence sans réglementation, retomberaient dans l'orbite internationale lorsque l'exercice qui serait fait de cette compétence heurterait de façon flagrante certains intérêts légitimes reconnus. Ce qui correspond sensiblement à la notion de l'abus de droit si brillamment défendue par M. Politis dans son cours de 1925. »

<sup>1713</sup> CIJ, *Mémoires*, Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), vol. I, § 16, p. 190.

<sup>1714</sup> Étonnamment pas sur son *Précis* mais plutôt sur une obscure reproduction d'après les notes d'un cours de diplôme d'étude supérieur, avec l'autorisation de l'auteur : Georges Scelle, *Cours de droit international public*, Paris, Les cours de droit, 1948, 413 p., spéc. p. 84.

<sup>1715</sup> CIJ, *Mémoires*, Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), vol. I, § 16, p. 190.



même coup vu se rompre les liens d'allégeance existant entre lui et le naturalisé. À cet égard il est permis d'observer que suivant la pratique à peu près générale des États, la naturalisation n'est accordée qu'à ceux qui sont domiciliés effectivement sur le territoire de l'État dont ils sollicitent la naturalisation et ce depuis un certain nombre d'années (...). »<sup>1716</sup>

C'est à partir de cette première mention de l'abus de droit dans la phase écrite de l'affaire que chacun des deux États va s'éloigner de la *doxa* de l'abus de droit. Le Liechtenstein dans sa réplique va d'abord montrer un certain rapport épidermique à l'argument de l'abus : « L'imprécision [*vagueness*] de ces conditions alléguées et l'évidente [*obvious*] incompatibilité avec la pratique générale des États montre l'absurdité de l'assertion guatémaltèque. »<sup>1717</sup> En réalité, loin de rejeter par principe l'idée de l'abus, les écritures de cet État vont s'attacher à démontrer que l'abus de droit ne peut s'envisager qu'à la condition de réalisation d'un dommage :

« L'abus de droit a lieu quand un État s'est prévalu de son droit de façon arbitraire d'une telle manière à infliger à un autre État un dommage [*injury*] qui ne peut être justifié par une légitime prise en compte de son propre avantage. (...) L'octroi à M. Nottebohm de la naturalisation n'était donc ni un "exercice irrégulier de compétence", ni un abus de droit, puisque le gouvernement du Guatemala ne plaide pas ni ne cherche à prouver l'existence d'un dommage ou d'une intention dommageable (...). »<sup>1718</sup>

Au-delà des formules alambiquées, l'ensemble de l'argumentation liechtensteinoise repose ici sur le conditionnement de l'abus par la réalisation d'un dommage. La réplique se fonde sur le célèbre traité d'Oppenheim, pris en son édition de 1948. Si cette édition comprend bien des développements sur l'abus de droit, ils ne sont certainement pas écrits sous la plume d'Oppenheim<sup>1719</sup> (décédé en 1919), mais plutôt sous celle de Lauterpacht qui en complète l'œuvre depuis 1935, et qui y traite depuis spécifiquement de la question de l'abus de droit<sup>1720</sup>. Or, Lauterpacht n'envisage l'abus que sous l'angle de la responsabilité internationale de l'État (voy.

---

<sup>1716</sup> *Ibid.*, § 17-18, p. 190.

<sup>1717</sup> CIJ, Mémoires, Affaire Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala), vol. I, § 16, p. 384 : « The vagueness of this alleged requirement and its obvious incompatibility with general State practice show the absurdity of the Guatemalan contention. » L'impolitesse sera relevée lors de la phase orale par Henri Rolin : « Thèse absurde, nous a répondu la réplique (...). C'est la seule fois que nos adversaires m'ont paru manquer à leur habituelle courtoisie. », in CIJ, Plaidoiries, Affaire Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala), sect. B., p. 184.

<sup>1718</sup> CIJ, Mémoires, Affaire Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala), vol. I, § 24-25, p. 384-385 : « Abuse of rights is said to occur when a State avails itself of its right in an arbitrary manner in such a way as to inflict upon another State an injury which cannot be justified by a legitimate consideration of its own advantage. (...) The grant of naturalization to Mr. Nottebohm was therefore not an "irregular exercise of competence" nor an abuse of rights, for even the Guatemalan Government does not plead or attempt to prove any injury or intended injury (...). »

<sup>1719</sup> Oppenheim dans la première édition de son traité évoque la question de manière éparse, par exemple à propos de l'abus de la neutralité des ports en période de conflit, voy. Lassa Oppenheim, *International Law. A Treatise*, II (War and Neutrality), New York, Longmans et Green, 1906, § 333, p. 356. À propos de la nationalité, il ne mentionne pas la possibilité de l'abus, au contraire même : « *it is left to the discretion of the naturalising State to grant naturalisation under any conditions it likes* », in Lassa Oppenheim, *International Law. A Treatise.*, I (Peace), New York, Longmans et Green, 1905, § 305, p. 359.

<sup>1720</sup> La dernière édition du célèbre traité, désormais placée sous la responsabilité de Jennings et Watts, témoigne encore de cet héritage puisque la déchéance y est mentionnée comme fondement possible d'un abus de droit. Voy.

*supra* n° 485), il n'est donc guère étonnant qu'il mentionne le dommage comme condition d'engagement de la responsabilité de l'État pour abus de droit. La notion d'abus de droit, pris par exemple dans sa composante de détournement de pouvoir, ne présuppose absolument pas la réalisation d'un dommage<sup>1721</sup>. Simplement, dans le cas où aucun dommage n'est allégué, la sanction de l'abus réside dans l'inopposabilité de la mesure et non dans la responsabilité de l'État. C'est ce que va partiellement répondre le Guatemala dans la duplique. Si les écritures de cet État considèrent très justement que le dommage n'est pas nécessaire à la caractérisation de l'abus, les agents du Guatemala proposent toutefois à la Cour d'aller bien plus loin que l'*inopposabilité* puisqu'ils concluent à l'*invalidité* de la mesure de naturalisation :

« Cette définition ne nous paraît pas à l'abri des critiques. C'est à notre avis à tort que la notion du dommage y est introduite ; l'existence de celui-ci n'est requise que comme condition du droit à réparation, mais non lorsqu'il s'agit seulement de réclamer l'application à l'acte incriminé de la sanction habituelle de l'excès de pouvoir ou de compétence, à savoir la nullité de l'acte. Tout au plus peut-on à cet égard faire détournement mention de la notion de dommage, sous les aspects du dommage éventuel que toute violation des règles relatives à la compétence, spécialement tout détournement de pouvoir est susceptible de produire tôt ou tard. »<sup>1722</sup>

Donc, si les écritures du Liechtenstein témoignent d'une lecture trop générale de Lauterpacht, il est certain que celles du Guatemala font ici une lecture trop absolue de Scelle. En effet, George Scelle est sans doute l'un des seuls auteurs à faire de l'invalidité la conséquence du caractère abusif d'une mesure étatique – l'abus n'étant qu'une déclinaison de l'excès de pouvoir dans la pensée de cet auteur, très engagé dans une version moniste à primauté internationale de l'ordre juridique. Comme cela a déjà été mentionné *supra*, la conséquence normale de l'abus en droit international se résout dans l'inopposabilité de la mesure litigieuse, l'ordre international étant impuissant à examiner en validité une mesure fondée sur une habilitation interne.

**505.** La phase orale conduit à la confirmation de ces arguments. Paradoxalement, Sauser-Hall, agent du Liechtenstein, insiste encore sur la positivité de l'abus de droit, en montrant même que Paul Guggenheim – juge *ad hoc* du Liechtenstein dans la présente affaire ! – recourt

---

Robert Jennings, Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, vol. I, partie 1, Londres, Longman, 2008, 9<sup>ème</sup> éd., p. 408.

<sup>1721</sup> Également selon la notion d'abus de droit en tant qu'abus de discrétionnarité, voy. Bin Cheng, *General Principles of Law*, Londres, Stevens and Sons, 1953, p. 132-136.

<sup>1722</sup> CIJ, *Mémoires*, Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), vol. I, § 17, p. 511.

à cette notion dans son traité de droit international public, y compris en matière de nationalité<sup>1723</sup>. Pour le reste, il se fonde désormais directement sur la pensée de Lauterpacht pour confirmer que l'abus de droit ne s'envisage qu'à la condition de réalisation d'un dommage<sup>1724</sup>. Mais Henri Rolin, agent du Guatemala aura tôt fait de démontrer que la condition du dommage n'est guère nécessaire, et que la finalité sociale de la compétence de l'État en matière de nationalité est établie par Guggenheim lui-même dans son traité : « Pour qu'un État puisse attribuer sa nationalité à l'individu, il faut qu'il existe entre lui et l'individu une relation relativement étroite (...). S'il n'existe pas de relation étroite entre lui et l'individu, il n'est pas permis à l'État d'attribuer à ce dernier sa nationalité. »<sup>1725</sup> La situation est donc singulière : c'est Sauser-Hall – agent du Liechtenstein – qui mentionne des écrits de Paul Guggenheim – juge *ad hoc* nommé par le Liechtenstein – qui *in fine* servent la cause du Guatemala lorsque Rolin en fait lecture ! Finalement, Rolin, après avoir qualifié d'« oiseau de passage »<sup>1726</sup> Frédéric Nottebohm dans son rapport avec le Liechtenstein, conclut qu'« [il] ne [croit] pas que l'on puisse sérieusement soutenir que le Liechtenstein, en accordant sa naturalisation dans de telles conditions, en l'absence de toute relation étroite entre lui et l'individu dont il connaissait les intentions, ait agi conformément aux principes généralement reconnus en matière de nationalité et qu'il n'aurait pas abusé de son droit. »<sup>1727</sup>

**506.** La théorie de l'abus de droit emporte donc une place absolument prépondérante dans les phases écrites et orales devant la Cour internationale de Justice. Et, ce qui est remarquable, les deux parties au litige convergent pour reconnaître la positivité d'une telle théorie, même si les définitions quant aux conditions de caractérisation ou aux conséquences de la reconnaissance divergent. Face à un tel unanimisme, la Cour va pourtant rester muette sur le sujet.

**507. La place implicite de l'abus de droit dans le second arrêt.** – Comme cela a été déjà évoqué, la solution de la Cour internationale de Justice dans le second arrêt *Nottebohm* repose

---

<sup>1723</sup> Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. I, *op. cit.*, p. 154-155 (pour l'abus de droit) et p. 317 (application en droit de la nationalité). Paul Guggenheim et Georges Sauser-Hall se connaissent bien. Ils sont considérés comme faisant partie des internationalistes suisses les plus renommés après la seconde guerre mondiale, et ils défendront tous deux les intérêts de la Suisse dans l'affaire de l'Interhandel devant la CIJ. Voy. Raymond R. Probst, « “Good Offices” : the Swiss experience », *RCADI*, 1987, vol. 201, p. 286-287.

<sup>1724</sup> CIJ, *Plaidoiries*, Affaire Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala), sect. B., p. 91 et s.

<sup>1725</sup> Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, I, *op. cit.*, p. 314. Voy. CIJ, *Plaidoiries*, Affaire Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala), sect. B., p. 406 et s. : « Messieurs, que cette notion d'abus de droit s'applique tout spécialement à la matière de la nationalité, la plupart des auteurs l'ont signalé. Nous avons cité M. Scelle, M. Sauser-Hall a cité lui-même M. Lauterpacht et M. Guggenheim. Il était donc tout à fait légitime que nous demandions à la Cour de bien vouloir y recourir. »

<sup>1726</sup> CIJ, *Plaidoiries*, Affaire Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala), sect. B., p. 410.

<sup>1727</sup> *Ibid.*, p. 413.

entièrement sur la notion de « nationalité effective ». Nulle part en revanche il n'y est fait mention de la théorie de l'abus de droit. L'explication en est simple : l'exigence d'une nationalité effective est un principe spécial formé à partir du principe général de la prohibition de l'abus de droit.

**508.** Cela ressort d'abord des formules de l'arrêt. On a déjà vu en effet que l'abus de droit pouvait être consacré soit directement avec l'usage même du terme, soit indirectement en recourant à l'univers sémantique de l'abus. Comme le note Robert Kolb, un principe général comme l'abus de droit peut être décliné « en règles plus spécifiques », mais alors « elles portent le code génétique du principe général qui continue à les régir ; elles s'inscrivent dans une finalité juridique plus large dont elles sont les messagers. »<sup>1728</sup> Cela s'observe bien avec la règle de la nationalité effective dans le langage de la Cour. Une formule parmi toutes le résume lorsque les juges déclarent que « La naturalisation n'est pas une chose à prendre à la légère. »<sup>1729</sup> Par ces mots, la Cour exprime l'idée que la compétence étatique en matière de nationalité ne peut pas suivre une approche uniquement *formelle* et qu'en la matière, les finalités sociales de la compétence doivent être prises en compte selon une approche *matérielle*. Or, toujours selon la Cour, la naturalisation de Nottebohm « manque de la sincérité qu'on doit attendre d'un acte aussi grave pour qu'il s'impose au respect d'un État », et « a été octroyée sans égard à l'idée que l'on se fait, dans les rapports internationaux, de la nationalité. » En creux, ce qui se dessine, c'est que le Liechtenstein a, dans ce domaine *grave* qu'est la nationalité, agi avec *légèreté*, octroyant une naturalisation *insincère*, sans *égard* pour la notion et pour les rapports internationaux, et qu'en conséquence une telle mesure ne saurait être *respectée* par les autres États. La Cour caractérise bien le détournement, l'abus, qui fonde l'inopposabilité.

**509.** Basdevant, qui est sans doute l'auteur de l'arrêt (voy. *supra* n° 467), exprime alors l'idée que la nationalité doit bien exprimer un fait social de rattachement, sauf à n'être qu'une « création arbitraire de l'État » pour reprendre les termes de son article publié en 1909. Peu de temps après l'arrêt, une telle interprétation est retenue par Federico Castro dans son grand cours donné sur la nationalité à l'Académie : « La doctrine de l'arrêt permet, en tout cas, d'éviter des abus, autant à cause de naturalisations purement apparentes obtenues par faveur ou bien achetées ou cumulées, dans le but d'échapper à l'application normale des lois, que dans les cas où

---

<sup>1728</sup> Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., p. 156.

<sup>1729</sup> Recueil CIJ 1955, p. 24.

elles sont imposées par les Gouvernements dans le but d'empêcher ou d'entraver des réclamations diplomatiques. »<sup>1730</sup> Dans le même sens, Paul de Visscher défend avec vigueur ce point de vue lors des débats relatifs à la protection diplomatique devant l'Institut de droit international : « Personnellement, je suis de ceux – plus nombreux que vous semblez dire – qui ont approuvé l'arrêt *Nottebohm* dans lequel j'ai vu une manifestation de ce principe d'effectivité en l'absence duquel l'exercice d'un droit dégénère en abus et discrédite le droit lui-même au plus grand dommage des individus qui en sont les bénéficiaires ultimes. »<sup>1731</sup> Ian Brownlie lui-même confirme cette interprétation dans ses *Principles of Public International Law* : « L'affaire *Nottebohm* est essentiellement une affirmation du fait que le droit international se réserve le droit de ne pas reconnaître les effets juridiques des institutions de droit interne qui ne seraient que des créations éphémères, abusives ou simulées. »<sup>1732</sup> Madeleine Grawitz, plutôt qu'un abus de droit, identifie davantage un « détournement de pouvoir »<sup>1733</sup> au regard de la volonté d'évader les législations de guerre. Les termes étant synonymes (l'abus appartient au vocabulaire du droit privé là où le détournement appartient à celui du droit public), on peut paradoxalement considérer que cette auteure soutient la thèse de l'abus de droit en matière de naturalisation extraterritoriale, mais pas sur un fondement territorial<sup>1734</sup>. Plus récemment, Robert D. Sloane soutient le même raisonnement mais en utilisant expressément la notion d'abus de droit<sup>1735</sup>. Jean Combacau écrit enfin que la Cour exerce « un contrôle plus critique mettant l'accent sur une sorte d'éthique de la nationalité destinée à brider dans le cas particulier les effets excessifs d'un lien dont la matérialité est pourtant établie et au-delà, par la valeur dissuasive d'une telle

---

<sup>1730</sup> Federico Castro, « La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité », *op. cit.*, p. 583-584.

<sup>1731</sup> Observations de Paul de Visscher, 3 avril 1964, in Institut de Droit International, *Annuaire*, 1965, vol. 51, t. I, p. 214.

<sup>1732</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 5<sup>ème</sup> éd., p. 491 : « the *Nottebohm* principle is essentially the assertion that in referring to institutions of municipal law, international law has a reserve power to guard against giving effect to ephemeral, abusive, and simulated creations. »

<sup>1733</sup> Madeleine Grawitz, « Arrêts *Nottebohm* du 18 novembre 1953 (compétence) et du 6 avril 1955 (fond) », *AFDI*, 1955, vol. 1, p. 275.

<sup>1734</sup> Voy. *ibid.*, p. 273. L'auteur considère sur ce point que « La dispense de résidence ne saurait être retenue comme preuve d'abus de droit, car M. Sauser-Hall n'a pas eu de peine à indiquer les nombreuses lois nationales qui laissent un gouvernement libre de l'accorder. » Ce raisonnement n'est guère satisfaisant. Il suffit de renvoyer à la pensée des auteurs qui ont théorisé la notion de nationalité effective – Basdevant en tête – ou aux auteurs qui ont décliné l'abus de droit en matière d'octroi de nationalité – comme Leibholz ou Le Fur – pour se convaincre du caractère primordial des critères territoriaux en la matière. Les législations nationales qui ne respectent pas cette approche ne mettent certainement pas en danger leur validité, mais leur opposabilité internationale peut être questionnée.

<sup>1735</sup> Robert D. Sloane, « Breaking the Genuine Link : The Contemporary International Legal Regulation of Nationality », *op. cit.*, p. 19-24. L'auteur considère que c'est davantage le souci d'évader l'application des lois de la guerre qui caractérise l'abus. Mais s'il y a ici abus, il est davantage dans le chef de *Nottebohm* en tant que personne physique que dans celui de l'État de naturalisation – le terme de « fraude » serait alors davantage pertinent.

décision, à conduire les États à plus de discernement dans l'attribution même de leur nationalité. »<sup>1736</sup> Cette « éthique » de la nationalité visant à « brider » des effets « excessifs » de la nationalité peut certainement se rattacher à une forme de prohibition de l'abus de droit.

**510.** Considérer que l'abus de droit est le fondement implicite de la décision repose ensuite sur des raisons contentieuses. En effet, la Cour, dont la procédure est très influencée par le droit de Common Law, ne peut juger *ultra-petita*, c'est-à-dire au-delà des prétentions des parties<sup>1737</sup>. Or, la solution arrêtée par les juges est parfois considérée comme « n'[étant] conforme ni à l'argumentation ni aux preuves que les Parties ont présentées à la Cour »<sup>1738</sup>, pour reprendre les termes de l'opinion dissidente d'Helge Klaestad. Pourtant, comment ne pas mettre en correspondance les moyens développés par le Guatemala et le Liechtenstein à propos de l'abus de droit d'une part, et la solution fondée sur la nationalité effective d'autre part ? En effet, dans ses conclusions finales (2, b.), le Guatemala fonde l'irrecevabilité de la requête du Liechtenstein notamment sur le fait que « la naturalisation n'a pas été accordée au sieur Nottebohm en conformité avec les principes généralement reconnus en matière de nationalité »<sup>1739</sup>. Comme John Read le reconnaît lui-même dans son opinion dissidente, « il résulte clairement de l'attitude adoptée par le conseil que la conclusion finale 2 b) doit être considérée comme visant l'abus de droit. »<sup>1740</sup> Or, il peut être considéré que la Cour, en appliquant la notion de nationalité effective, a retenu un principe généralement reconnu en matière de nationalité qui n'est qu'une déclinaison de la théorie de l'abus de droit. De cette manière, la Cour n'a pas jugé *ultra-petita* mais s'est au contraire fondée sur des arguments et conclusions largement débattus entre les parties pour trancher le litige<sup>1741</sup>.

---

<sup>1736</sup> Jean Combacau, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 113.

<sup>1737</sup> Voy. Carlo Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, 2015, 2<sup>ème</sup> éd., n° 548, p. 347-348.

<sup>1738</sup> Helge Klaestad (op. diss.), Recueil CIJ 1955, p. 30. De manière plus neutre, Suzanne Bastid, « L'affaire Nottebohm devant la Cour Internationale de Justice », *op. cit.*, p. 621, note que « Procéder ainsi est le fait d'une juridiction qui affirme son autorité, dont l'existence et les pouvoirs ne sont plus dépendants de la volonté des États qui se présentent devant elle. C'est une innovation dans la pratique de la Cour statuant au contentieux. »

<sup>1739</sup> CIJ, *Plaidoiries*, Affaire Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala), sect. B., p. 380.

<sup>1740</sup> John Read (op. diss.), in Recueil CIJ 1955, p. 37. Read reconnaît par ailleurs la positivité de la théorie de l'abus de droit, mais à la condition de la réalisation d'un dommage, c'est-à-dire selon les termes énoncés par le Lichtenstein (*ibid.*, p. 37-38).

<sup>1741</sup> Carlo Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, n° 601, p. 372, note que la juridiction « peut reformuler les moyens et les retenir, ou les rejeter, par un raisonnement et des "autorités" (i.e. des références) partiellement différentes de ceux qui ont été présentés par les parties. » Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, *op. cit.*, p. 413-414, précise de la même manière à propos de l'arrêt *Nottebohm* : « *The tendency to look for very precise grounds judgement is a common characteristic of judicial technique, and few jurists seriously believe that, apart from cases of treaty interpretation, the pronouncements of the Court can be placed in quarantine by formal devices.* »

**511.** Un dernier argument, lié à la politique jurisprudentielle, permet enfin de démontrer que l’abus de droit est un fondement implicite de la décision. Car en effet, si l’abus de droit est omniprésent dans l’arrêt et dans les débats, pourquoi la Cour n’a-t-elle pas choisi de le mentionner explicitement ? Étonnamment, c’est peut-être Paul Guggenheim qui, bien que ne se joignant pas à la majorité, délivre pour partie la réponse par anticipation, à l’occasion de son cours donné en 1949 à l’Académie : « La jurisprudence internationale et la pratique diplomatique appliquent la notion de l’abus de droit avec beaucoup de circonspection, l’affirmation d’un tel abus pouvant sérieusement envenimer les relations interétatiques et rendre plus difficile l’exécution volontaire des décisions judiciaires et arbitrales internationales. »<sup>1742</sup> Le problème se pose donc sans doute sous l’angle de la politique jurisprudentielle : la Cour internationale de Justice pouvait-elle, sans risquer la fréquentation de son prétoire, affirmer que le Liechtenstein avait abusé d’un de ses droits ? Le consentement des États à se faire juger est en effet au cœur du système contentieux de la Cour<sup>1743</sup>. Autrement dit, le choix des mots peut avoir son importance pour conserver la confiance des États dans le règlement de leurs litiges internationaux. C’est d’ailleurs ce que soutient encore John R. Dugard, rapporteur spécial sur la protection diplomatique, dans son premier rapport publié en 2000 : « Confronté au choix entre d’une part juger que le Liechtenstein a agi de mauvaise foi en conférant sa nationalité à Nottebohm, et d’autre part juger que l’intéressé ne possédait pas un lien “effectif” de rattachement au Liechtenstein, la Cour préféra la seconde solution car elle n’impliquait pas de condamner la conduite d’un État souverain. »<sup>1744</sup>

**512.** Le second arrêt *Nottebohm*, bien loin de devoir être réduit à un cas d’espèce propre à la protection diplomatique, est donc en réalité une consécration spéciale de la théorie de l’abus de droit en matière de nationalité<sup>1745</sup>, fondé sur des critères territoriaux suivant la notion d’effectivité.

---

<sup>1742</sup> Paul Guggenheim, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *op. cit.*, p. 254, note 2.

<sup>1743</sup> La Cour fonctionne pour partie sur le mode *arbitral* (par compromis de juridiction ou clause compromissoire), et pour partie sur la base de déclarations *facultatives* d’acceptation de la juridiction obligatoire.

<sup>1744</sup> John R. Dugard, « First report on diplomatic protection », *Yearbook of the International Law Commission*, 2000, vol. II (1), n° 108, p. 228 : « Faced with the choice between finding that Liechtenstein had acted in bad faith in conferring nationality on Nottebohm and finding that he lacked a “genuine” link of attachment with Liechtenstein, the Court preferred the latter course as it did not involve condemnation of the conduct of a sovereign State. »

<sup>1745</sup> Cette consécration spéciale et implicite conduit Georg Schwarzenberger, « Uses and Abuses of the “Abuse of Rights” in International Law », *Transactions of the Grotius Society*, 1956, vol. 42, p. 161-162, à dénier à l’arrêt *Nottebohm* une place dans les illustrations du « *hard core* » de la théorie de l’abus de droit.

### c. la consécration conventionnelle spéciale : les textes protecteurs des droits de l'homme

**513. La CEDH et son protocole n° 4.** – Le protocole n° 4 du 16 septembre 1963 annexé à la Convention européenne des droits de l'homme, déjà étudié à propos des garanties qu'il crée en faveur des nationaux en matière de prohibition de l'expulsion et de droit d'entrée sur le territoire, a conduit la Cour européenne des droits de l'homme à consacrer implicitement la théorie de l'abus de droit en droit de la nationalité. Cette interprétation nouvelle repose sur des décisions demeurées jusqu'à présent assez confidentielles, mais dont la dynamique et les apports tracent une solution assez nette.

**514.** L'on sait que l'article 3 du protocole n° 4 stipule que « 1. Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire dont il est le ressortissant. » et que « 2. Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant. » Or, par principe, ces protections s'appliquent aux nationaux. Le risque existe donc de voir les États se soustraire à cette obligation par le moyen de la déchéance. Une telle éventualité est évoquée en 1961 par le comité d'expert chargé d'établir le texte du protocole, les avis divergent alors comme le montre une note de synthèse rédigée sur ce point à l'occasion des deux premières réunions du comité :

« Lors de ses deux premières réunions, le Comité a évoqué, à l'occasion de l'examen de l'article 3 du Projet de second Protocole additionnel, l'hypothèse dans laquelle un État expulserait un de ses ressortissants, après avoir privé celui-ci de sa nationalité. À cet égard, divers points de vue ont été exprimés : Plusieurs experts ont estimé que cette question était liée à celle de la reconnaissance du droit à une nationalité. Ils ont suggéré que le Comité examine à un stade ultérieur de ses travaux, l'opportunité d'inclure dans le deuxième Protocole une disposition garantissant ce droit (proclamé à l'article 15 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme). D'autres experts ont émis l'avis que, de toute manière, il pourrait y avoir, dans l'hypothèse envisagée, violation de l'article 2, *par application de la théorie de l'abus de droit*, au cas où ce serait dans l'intention d'exiler un de ses ressortissants que l'État aurait commencé par déchoir celui-ci de sa nationalité. Suivant une autre opinion encore, le procédé évoqué ne serait condamnable que si l'instance en déchéance de nationalité ayant précédé l'expulsion n'avait pas été assortie des garanties fondamentales de procédure que postule l'administration d'une bonne justice. »<sup>1746</sup> (nous soulignons)

Les positions sont donc partagées. Certains considèrent qu'une telle protection doit faire l'objet de précisions expresses. D'autres sont de l'avis que les ressortissants nationaux ne sauraient être privés de ces nouveaux droits territoriaux par le moyen d'une déchéance, sauf à ce que l'État abuse de son droit et viole *ipso facto* les stipulations conventionnelles en discussion. La théorie de l'abus de droit est donc traitée par une partie des experts comme une notion de droit

---

<sup>1746</sup> Note établie le 22 septembre 1961 par la Direction des Droits de l'homme, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4*, Strasbourg, 1976, p. 403.



international positif, encadrant les pouvoirs de l'État en matière de nationalité, et empêchant le détournement des obligations du futur protocole. Cette dernière position n'a toutefois pas prévalu. Au cours d'une troisième réunion, le comité supprime toute référence de la théorie de l'abus de droit, que ce soit sous forme implicite ou explicite :

« 27. A été évoquée à nouveau l'hypothèse dans laquelle un État expulserait un de ses nationaux, après avoir privé celui-ci de sa nationalité. Il a été entendu que cette hypothèse n'était pas couverte par le texte du paragraphe premier. La proposition a été faite d'insérer dans l'article 3 une disposition aux termes de laquelle "il serait interdit à l'État de priver un ressortissant de sa nationalité afin de pouvoir l'expulser". *La majorité du Comité a estimé inopportun d'aborder dans le contexte de l'article 3 du projet, la délicate question de la légitimité des privations de nationalité.* Elle a constaté au surplus qu'il serait difficile en fait de contrôler si, lorsqu'un État prive un ressortissant de sa nationalité et expulse ce dernier tout aussitôt après, la privation de nationalité est ou non inspirée par *l'intention* d'expulser la personne en question. »<sup>1747</sup> (nous soulignons)

C'est la « délicatesse » de la question qui emporte la conviction. Les rédacteurs du protocole, en cherchant à consacrer des droits territoriaux simples au profit des ressortissants nationaux, ne souhaitent sans doute pas compliquer leur tâche, ou mettre en danger les chances de ratification de leur œuvre conventionnelle. Le choix est donc résolument fait de laisser les questions de déchéances de nationalité et de soustraction aux obligations de réadmission ou de prohibition des expulsions hors du champ du protocole. La situation aurait pu en rester là, mais très rapidement, une fois le texte entré en vigueur le 2 mai 1968, les organes judiciaires de la Convention – la Commission et la Cour – se sont emparés de ces stipulations pour en donner une interprétation accueillant la possibilité de l'abus de droit.

**515.** De fait, l'année suivant l'entrée en vigueur du protocole, la Commission européenne des droits de l'homme, dans une décision *X. c. RFA* rendue le 15 décembre 1969, reconnaît que refus de nationalité aux fins d'évader la prohibition de l'expulsion des nationaux peut poser un problème sous l'angle de l'article 3 du protocole n° 4. Les faits de l'espèce ne sont pas d'une grande clarté, mais il semble que le requérant se considérait comme allemand, ou à tout le moins se plaignait que cette qualité ne lui soit pas reconnue, et avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion pour des motifs liés à l'ordre public. Au regard de ces considérations, la Commission relève « d'office » la question de la conformité de l'arrêté d'expulsion à l'article 3, alinéa 1 du protocole n° 4 (prohibition de l'expulsion des nationaux). Elle considère alors dans une formule de principe que :

---

<sup>1747</sup> Troisième réunion du comité d'experts, 2 au 11 octobre, in *ibid.*, p. 440.

« bien que l'examen du grief du requérant concernant le droit à la nationalité en tant que tel échappe à la compétence *ratione materiae* de la Commission, il se pose la question de savoir s'il existe entre la décision des autorités allemandes refusant au requérant la nationalité allemande et celle ordonnant son expulsion un lien de cause à effet créant la présomption que ce refus avait pour seul but l'expulsion hors du territoire de la République Fédérale d'Allemagne »<sup>1748</sup>

Le terrain choisi par la Commission est particulièrement intéressant. Ici, bien loin des prévisions des rédacteurs qui envisageaient le seul cas de la *déchéance* de nationalité, les juges retiennent ici qu'un *refus* de nationalité peut, s'il est assujéti au seul but de permettre l'expulsion, peut se trouver en contradiction avec les stipulations du protocole. Comment déduire ce lien entre refus de nationalité et expulsion ? La Commission considère que si les circonstances révèlent un lien de cause à effet, alors il est possible de *présumer* que le refus de nationalité sert l'expulsion. En l'espèce cependant, « rien ne permet de conclure, eu égard aux circonstances particulières de cette affaire, qu'il était dans les intentions des autorités allemandes d'opposer un tel refus dans le seul but d'expulser le requérant » et « la Commission en conclut qu'il n'y a aucune apparence de violation des droits et libertés garantis par la Convention et notamment de l'article 3, alinéa 1, du 4<sup>ème</sup> Protocole additionnel »<sup>1749</sup>. Il est très clair ici que la Commission européenne des droits de l'homme ne suit pas les préconisations arrêtées par le comité d'expert au moment de la rédaction du protocole. Sans aucun doute, les juges examinent la *légitimité* du refus de nationalité au regard de l'expulsion subséquente en essayant de mettre à jour les *intentions* de l'État suivant un mécanisme de présomption (étude du lien de cause à effet) pour conclure – suivant les *apparences* – si l'article 3 du protocole a ou non été violé. Autrement dit, l'article 3 du protocole n° 4, censé s'appliquer aux seuls nationaux, est ici invoqué d'office et à bon droit à propos de la situation d'un étranger. Il s'agit donc d'une application de la théorie de l'abus de droit, les juges vérifiant que l'État ne se soustrait pas à ses obligations en détournant les moyens dont il dispose en vertu de son droit de la nationalité.

**516.** On aurait pu croire que cette décision resterait isolée, pour deux raisons. D'abord parce la Commission européenne des droits de l'homme, dans une décision *I.B. c. RFA* rendue le 24 mai 1974, s'est explicitement fondée sur les travaux préparatoires du comité d'expert pour écarter du champ du protocole les mesures d'extradition : « En droit international, il y a une différence cardinale entre "l'extradition" et "l'expulsion". L'expulsion est l'exécution d'une obligation de quitter le pays, alors que l'extradition signifie plutôt le transfert d'une personne d'une juridiction à une autre dans le but d'être déféré à la justice ou d'exécuter une peine. (...) Cette

---

<sup>1748</sup> Com. EDH, déc., 15 décembre 1969, n° 3745/68, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, Rec. 31, p. 107.

<sup>1749</sup> *Ibid.*

interprétation est confirmée par les travaux préparatoires »<sup>1750</sup>. Ce renouement avec les travaux préparatoires laissait imaginer que l'interprétation extensive de la décision *X. c. RFA* n'avait pas vocation à faire jurisprudence. Ensuite parce que la Cour européenne des droits de l'homme, réunie en grande chambre dans l'affaire *Slivenko c. Lettonie* rendue le 23 janvier 2002, a jugé que l'article 3 du protocole n° 4 s'applique aux seuls nationaux par renvoi aux dispositions nationales : « La Cour relève que l'article 3 du Protocole n° 4 offre une protection absolue et inconditionnelle contre l'expulsion des nationaux. Toutefois, elle estime qu'aux fins de cette disposition la "nationalité" des requérantes doit en principe être déterminée d'après le droit interne. »<sup>1751</sup> La Cour ne fait plus mention de la possibilité pour un étranger d'entrer dans les stipulations du protocole dans le cas où l'extranéité serait le produit exclusif d'une volonté de l'État de se soustraire à l'obligation de réadmission ou à la prohibition de l'expulsion des nationaux. Réservé aux seuls nationaux par renvoi aux critères de l'État sans mention de la sanction potentielle de l'abus, il serait possible d'imaginer qu'à ce stade la jurisprudence *X. c. RFA* est restée isolée.

**517.** Tel n'est toutefois pas le cas, dans une décision *Naumov c. Albanie* rendue le 3 décembre 2002, la Cour confirme et précise sans ambiguïtés la jurisprudence arrêtée par la Commission en 1969. En l'espèce, Stefan Naumov, ancien ambassadeur de la Bulgarie en Albanie s'était vu conférer – après avoir quitté ses fonctions – la nationalité albanaise par un décret présidentiel en 1997. Suite aux élections, le nouveau pouvoir lui retirait sa nationalité, alléguant une acquisition frauduleuse. Une mesure d'expulsion était prononcée à la suite, mais jamais mise à exécution. Après avoir obtenu l'annulation de ces mesures devant les juridictions internes, Naumov demanda réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme, en se fondant notamment sur la prohibition de l'expulsion des nationaux telle que garantie par le protocole n° 4. La Cour juge le grief recevable, Naumov, bien qu'étranger au moment de l'adoption de la mesure d'expulsion, est fondé à considérer qu'il y a potentiellement ici une violation des stipulations du protocole. Les juges considèrent alors que « Même si dans certains cas une privation de nationalité suivie par une expulsion peut soulever des problèmes au regard

---

<sup>1750</sup> Com. EDH, plénière, déc., 24 mai 1974, n° 6242/73, *I.B. c. République fédérale d'Allemagne*, Rec. 46, p. 202 : « The Commission considers, however, that the proposed transfer of the applicant to the German Democratic Republic would not constitute an expulsion in the sense of this provision. In international law, there is an essential difference between "expulsion" and "extradition". Expulsion is the execution of an order to leave the country, while extradition means the transfer of a person from one jurisdiction to another for the purpose of his standing trial or for the execution of a sentence imposed upon him. The latter is the situation in the present case. The above interpretation is confirmed by the Preparatory Work : the Explanatory Report on Protocol No. 4 (P4), prepared by the Committee of Experts on Human Rights, states expressly that it was understood that extradition was outside the scope of Article 3 (1) (P4-3-1)- see Doc. H. /71) 11 of the Council of Europe, p. 47. »

<sup>1751</sup> CEDH, grande chambre, déc., 23 janvier 2002, n° 48321/99, *Slivenko et a. c. Lettonie*.

de l'article 3 du protocole n° 4, à la lumière du fait que l'expulsion n'a pas été mise à exécution, la Cour considère qu'il n'y a aucune apparence de violation de cet article dans la présente affaire. »<sup>1752</sup> C'est donc une confirmation jurisprudentielle de la décision *X. c. RFA*, mais cette fois dans le cas d'une privation de nationalité. La Cour affirme la même doctrine que plusieurs membres du comité d'expert en 1962 : un individu devenu étranger par le moyen d'une déchéance aux seules fins d'expulsion peut mettre en jeu les garanties du protocole n° 4, formellement réservé aux seuls nationaux. C'est une application implicite de la théorie de l'abus de droit. Le lien de « cause à effet » est précisé : l'expulsion doit avoir été exécutée pour faire *apparaître* la soustraction aux obligations conventionnelles de l'État.

**518.** Cette série jurisprudentielle plaide donc indéniablement pour la positivité, non pas de la théorie de l'abus de droit en tant que telle, mais plutôt pour sa consécration spéciale en matière de refus ou de privation de nationalité aux seules fins d'expulsion d'un individu dans l'ordre conventionnel européen (à la condition de la ratification du protocole n° 4)<sup>1753</sup>.

**519. Le PIDCP et son comité.** – Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit en son article 12, 4. que « Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays. » Lors de l'adoption de ce texte, à propos de la consécration d'un droit subjectif d'entrée sur le territoire au profit des nationaux, la plupart des États ont fait savoir que la notion de « propre pays » devait renvoyer à « pays de nationalité » (voy. *supra* n° 129). Le Canada, qui trouvait le terme trop vague proposait d'ailleurs de faire référence à la nationalité directement. Il n'empêche que le terme « propre pays », par sa généralité, pouvait potentiellement viser des situations plus larges et mettre en échec des stratégies d'évasion de la part des États, comme cela est d'ailleurs justement relevé par le représentant italien à la 3<sup>ème</sup> commission de l'Assemblée générale des Nations Unies en 1959 :

« M. Colucci, se référant à l'amendement canadien, appelle l'intention sur la possibilité d'une interprétation incorrecte de la formule "dans le pays dont elle est ressortissante". En effet, il suffirait à un État de refuser à une personne qui n'a pas été légalement exilée la qualité de citoyen pour lui interdire l'accès au territoire, sans que cette personne puisse se réclamer du

---

<sup>1752</sup> CEDH, déc., 3 décembre 2002, n° 10513/03, *Naumov c. Albanie* : « *Even if in some cases the revocation of the citizenship followed by expulsion may raise potential problems under Article 3 of Protocol No. 4, in the light of the fact that the deportation order was not executed, the Court finds that there is no appearance of violation of that Article in the present case.* »

<sup>1753</sup> Il est d'ailleurs intéressant de relever que le secrétariat de l'Assemblée générale des Nations Unies mentionne la décision *X. c. RFA* de 1969 dans son mémorandum d'appui aux travaux de la Commission du droit international sur l'expulsion des étrangers. Autrement dit, l'origine de l'article 9 du projet d'article qui prohibe la déchéance aux seules fins de l'expulsion trouve pour partie son origine dans la jurisprudence européenne. Voy. Nations Unies, Assemblée générale, « Expulsion of aliens – Memorandum by the Secretariat », 10 juin 2006, A/CN.4/565, n° 892, p. 509, note 1878.

paragraphe 2 de l'article 12. Avant que les auteurs de l'amendement au paragraphe 2 se concertent, M. Colucci tient à signaler que les mots "dans son propre pays" lui semblent préférables. »<sup>1754</sup>

Le débat en reste là, la remarque du représentant italien ne produisant aucune réponse particulière. Le terme « propre pays » est finalement adopté.

**520.** Le comité des droits de l'homme, organe spécial placé auprès du Pacte international pour en assurer le respect – par la production d'interprétations, par le *monitoring* des États parties, ou même par le mécanisme de requêtes individuelles –, a plus tard produit une interprétation convergente. Si le comité a d'abord considéré que « propre pays » devait s'interpréter prioritairement comme pays de nationalité<sup>1755</sup>, il a par la suite, dans une célèbre décision *Stewart c. Canada* rendue le 1<sup>er</sup> novembre 1996, largement étendu cette interprétation :

« La question plus délicate est de savoir quelles personnes, outre les nationaux, sont protégées par les dispositions du paragraphe 4 de l'article 12. Étant donné que la notion que recouvre l'expression "son propre pays" n'est pas limitée à la nationalité au sens strict du terme, à savoir la nationalité conférée à la naissance ou acquise par la suite, celle-ci s'applique, pour le moins, à toute personne qui, en raison des liens particuliers qu'elle entretient avec un pays donné ou des revendications qu'elle a à cet égard, ne peut pas être considérée dans ce même pays comme un simple étranger. »<sup>1756</sup>

Pour illustrer son propos, le comité cite plusieurs exemples : un individu dont la nationalité aurait été retirée « en violation du droit international » ; un individu laissé sans nouvelle nationalité dans le contexte d'une succession d'États ; un individu apatride résident de longue durée et « arbitrairement [privé] du droit d'acquérir la nationalité ». Comme ont pu le noter Gérald Neuman et Yuji Iwasawa en 2011, le comité relève des « formes de manipulation du droit sur la nationalité auxquelles il ne devrait pas être permis de recourir pour ne pas accorder la protection prévue au paragraphe 4 de l'article 12 »<sup>1757</sup>. En l'espèce, Stewart est né en Écosse en 1960 et quitte définitivement le Royaume-Uni à l'âge de sept ans pour le Canada. Il fait l'objet de très nombreuses condamnations de basse intensité, et finalement d'un arrêté d'expulsion à destination de son pays de nationalité en 1990 ; il n'a en effet jamais demandé à acquérir la nationalité canadienne. Le comité des droits de l'homme donne à cette dernière circonstance

---

<sup>1754</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> Commission, 954<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 12 novembre 1959, A/C.3/SR.954, § 35, p. 244.

<sup>1755</sup> Comité des droits de l'homme, 31 mars 1984, n° 68/1980, A.S. c. Canada, CCPR/C/12/D/68/1980, p. 3 : « Article 12 states that no one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country ; B. and her son are Polish nationals; the provisions of article 12 therefore do not apply in this [Canadian] case ».

<sup>1756</sup> Comité des droits de l'homme, 1<sup>er</sup> novembre 1996, n° 538/1993, *Stewart c. Canada*, CCPR/C/58/D/538/1993, p. 16-17.

<sup>1757</sup> Gerald L. Neuman et Yuji Iwasawa, in Comité des droits de l'homme, 18 juin 2011, n° 1557/2007, *Nystrom c. Australie*, CCPR/C/102/D/1557/2007 (op. diss.), p. 24.

une importance capitale. En effet, pour qu'un individu puisse considérer son État de résidence comme son « propre pays », tout en conservant sa nationalité d'origine, il faudrait que « le pays d'immigration [pose] des obstacles déraisonnables à l'acquisition de la nationalité par les nouveaux immigrants. »<sup>1758</sup> Constatant en l'espèce que le Canada ne pose pas ce genre d'« obstacles déraisonnables », le comité rejette la requête de Stewart, non sans une certaine sévérité relevée par plusieurs opinions dissidentes<sup>1759</sup>.

**521.** Au-delà des questions de « quasi-nationalité »<sup>1760</sup> que posent cette série jurisprudentielle, longtemps constante<sup>1761</sup> et récemment précisée<sup>1762</sup>, il est intéressant de voir ici la condamnation de principe des « manipulations » de l'État aux fins de se soustraire aux obligations du Pacte. Ainsi, l'État qui fait obstacle à l'acquisition de sa nationalité ou qui prive un individu de sa nationalité aux seules fins de le priver du droit d'entrer dans son « propre pays » (sur le versant de l'admission comme de l'expulsion) agit potentiellement en violation de l'article 12, 4. Le comité a d'ailleurs précisé dans des observations générales adoptées en 1999 que « les cas dans lesquels la privation du droit d'une personne d'entrer dans son propre pays pourrait être raisonnable, s'ils existent, sont rares. »<sup>1763</sup> Sans doute faut-il voir dans cette précision, à la lumière des décisions de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme, que l'arbitraire se déduit du clair lien de cause à effet entre la mesure en droit de la nationalité (refus de naturalisation ou déchéance de nationalité) et la mesure territoriale litigieuse (expulsion ou refus d'entrée).

**522.** Le comité des droits de l'homme, comme la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme, se sont donc saisis de leurs textes respectifs pour matérialiser indirectement des prohibitions spéciales de l'abus de droit en matière de nationalité. Autrement dit, l'État

---

<sup>1758</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>1759</sup> Voy. Elizabeth Evatt, Cecilia Medina Quiroga, Francisco José Aguilar Urbina, in *ibid.*, (op. diss.), p. 21-24.

<sup>1760</sup> Jean-Yves Carlier, Sylvie Saroléa, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 40.

<sup>1761</sup> Voy. Comité des droits de l'homme, 3 avril 1997, n° 558/1993, *Canepa c. Canada*, CCPR/C/59/D/558/1993, p. 8-9; Comité des droits de l'homme, 26 juillet 2004, n° 1011/2001, *Madafferi c. Australie*, CCPR/C/81/D/1011/2001, p. 21.

<sup>1762</sup> Voy. Comité des droits de l'homme, 18 juin 2011, n° 1557/2007, *Nystrom c. Australie*, CCPR/C/102/D/1557/2007, p. 24; Comité des droits de l'homme, 21 juillet 2011, n° 1959/2010, *Warsame c. Canada*, CCPR/C/102/D/1959/2010, p. 17-18, décisions dans lesquelles le comité élargit la catégorie des individus protégés en ne vérifiant plus si l'État de résidence ouvre raisonnablement des voies d'accès à sa nationalité, et si l'individu les a saisies.

<sup>1763</sup> Comité des droits de l'homme, observations générales n° 27, Liberté de circulation (article 12), 2 novembre 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, § 21, p. 6.

partie à ces conventions ne peut se soustraire à ses obligations par le seul vecteur de sa compétence en droit de la nationalité, sauf à abuser de son droit et à encourir une condamnation judiciaire.

\*

**523. Conclusion de section : typologie de l'abus de droit en matière de nationalité. –**

La théorie de l'abus de droit permet d'agir pragmatiquement au niveau de l'opposabilité d'une mesure étatique pour en neutraliser les effets, mais aussi au niveau de la responsabilité de l'État pour obtenir une réparation internationale du dommage éventuellement causé – à la condition de trouver une voie d'action internationale. Surtout, elle trouve dans le droit de la nationalité un terrain d'action privilégié. Les États agissant avec une jalouse indépendance dans l'ordre international, la nationalité n'est certainement pas un domaine où les normes conventionnelles se multiplient. La théorie de l'abus de droit, en tant que principe régulant l'usage des compétences, y compris en matière de nationalité, permet donc d'encadrer le pouvoir de l'État. Et c'est le rapport au territoire qui est placé au cœur de l'abus de droit décliné à la matière de la nationalité, sous deux aspects. D'abord en matière de naturalisation : l'État conférant sa nationalité à un individu avec qui il ne possède pas un lien territorial habituel abuse de sa compétence par l'établissement d'un rattachement artificiel. C'est ici une fraude au fondement territorial de la nationalité. L'État, agissant sans égard pour la situation factuelle, commet un abus de droit par le vecteur d'une mesure arbitraire, que l'on peut qualifier de *naturalisation extraterritoriale*. Ensuite en matière de déchéance : l'État retirant sa nationalité à un individu avec qui il possède encore un lien territorial habituel abuse de sa compétence par une rupture là-encore artificielle du lien de nationalité. C'est ici une fraude aux fonctions territoriales de la nationalité. En retirant la nationalité, l'État se soustrait à son obligation de réadmission ou à la prohibition de l'expulsion des nationaux, alors même que l'individu est encore en fait étroitement rattaché à sa population. L'abus de droit prend alors la forme d'un détournement de pouvoir, que l'on peut qualifier de *déchéance extraterritoriale*.

**524.** Il se déduit de l'ensemble des sources examinées que le droit international général fait de la prohibition de l'abus de droit *lato sensu*, et de ses déclinaisons spéciales en droit de la nationalité, une obligation coutumière à laquelle les États sont astreints quand ils agissent en vertu de leur compétence en droit de la nationalité, et sur laquelle les autres États peuvent se fonder pour rendre inopposable une naturalisation ou une déchéance extraterritoriale, comme

pour engager la responsabilité internationale de l'État infracteur. Différentes sources conventionnelles viennent consacrer et renforcer pour partie cette obligation. Il convient désormais de passer en revue les pratiques étatiques violant cette prohibition de l'abus.

## ***Section 2. La violation du cadre territorial constitutive d'un abus de droit***

**525.** L'étude du cadre théorique de l'abus de droit en lien avec la condition territoriale consacrée par l'ordre international comme condition d'opposabilité des mesures en droit de la nationalité permet d'analyser à nouveau les pratiques étatiques anciennes et surtout contemporaines. Il se trouve en effet que de nombreux États agissent en droit de la nationalité sans tenir compte des liens de sujétion territoriale qui les unissent – ou pas – aux individus à qui ils confèrent ou retirent la nationalité. Il est donc intéressant de dresser un panorama de ces pratiques, sans toutefois tendre à l'exhaustivité, en s'intéressant aux mesures nationales les plus emblématiques de l'extraterritorialité. On étudie ainsi classiquement les naturalisations extraterritoriales (I) et les déchéances extraterritoriales (II).

### **§ 1. L'abus de droit en matière de naturalisation extraterritoriale**

« Attendu, en effet, que les dispositions légales brésiliennes dont s'agit sont des dispositions exorbitantes du droit commun international ; qu'elles imposent avec une simple faculté de répudiation dans un délai très court, une naturalisation hâtive (...) ; que, comme il l'a fort bien compris, nulle part sinon au Brésil, Mathieu Ulmann ne saurait être considéré comme devenu Brésilien »<sup>1764</sup>

Tribunal civil de la Seine, 13 juillet 1915.

**526.** L'extrait du jugement du tribunal civil de la Seine rendu en 1915 est un exemple rare d'une jurisprudence française déniait tout effet juridique à une naturalisation étrangère. Le juge refuse ici que la naturalisation brésilienne, automatiquement prononcée à l'égard de tous les étrangers après seulement deux années de résidence<sup>1765</sup>, soit opposable dans l'ordre international, et en particulier l'ordre français, parce que justement elle est trop « hâtive » : ce qui manque

---

<sup>1764</sup> Tribunal civil de la Seine, 1<sup>ère</sup> chambre, 13 juillet 1915, *Mathieu Ulmann c. Ministère public*, in *Revue de droit international privé*, 1916, t. 12, p. 77.

<sup>1765</sup> Voy. André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, 1892, p. 665. Le caractère caricatural de cette législation va probablement marquer la doctrine juridique internationale, à tel point que l'on trouve régulièrement des exemples par l'absurde pour démontrer l'abus. Voy. p. ex. Heinrich Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923, vol. 1, p. 96 : « la Grande-Bretagne possède en général la liberté d'édicter les lois sur l'acquisition de la nationalité britannique. Cependant il y aurait incontestablement une intrusion étrangère dans le droit public des États-Unis et d'autres États, si une loi anglaise décidait que tous ceux qui parlent la langue anglaise sont sujets britanniques. »



donc, c'est la sujétion territoriale *à titre habituel* pour que la naturalisation soit opposable. Et de tels raisonnements, largement mis en sommeil, pourraient à nouveau se faire jour<sup>1766</sup>. En effet, la pratique des naturalisations extraterritoriales est en plein développement, suivant deux logiques. La première repose sur la volonté de certains États, en particulier d'Europe de l'Est<sup>1767</sup>, de maintenir ou de créer des liens avec une diaspora expatriée par le moyen de l'octroi de la nationalité, qui repose alors sur des critères ethniques ou culturels, mais non territoriaux<sup>1768</sup>. Il y a là une pratique qui évidemment contrevient aux règles posées par le droit international. Mais ces mesures deviennent particulièrement problématiques lorsqu'elles servent *in fine* des objectifs liés au recours à la force. À ce titre, il convient d'étudier en particulier la politique russe en matière de naturalisation extraterritoriale qui sert de prétexte, comme en Géorgie en 2008, à une intervention militaire en protection des nationaux. Il y a sans doute ici la manifestation la plus sérieuse et la plus grave des politiques de naturalisation non respectueuses des liens de sujétions territoriaux habituels entre un État et un individu (A). En parallèle de cette politique de naturalisation, certains pays se sont mis à vendre leur nationalité sans fixer aucune condition territoriale, le paiement d'une somme d'argent étant la seule contrepartie exigée à l'octroi de la nationalité. Là-encore, on trouve ici une manifestation très emblématique d'une nationalité inopposable dans l'ordre international car contrevenant à l'obligation prohibitive de l'abus de droit. Il est d'ailleurs intéressant de noter que cette pratique touche autant les micro-États de la zone caraïbe que certains États membres de l'Union européenne (B).

### A. Naturalisations extraterritoriales et politique d'intervention

« Quiconque maltraite un Citoyen offense indirectement l'Etat, qui doit protéger ce Citoyen. Le Souverain de celui-ci doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation, ou le punir ;

---

<sup>1766</sup> L'affaire fait à l'époque grand bruit, et les États-Unis la mentionnent encore dans leur réponse aux questions préparatoires de la codification de 1930 comme un exemple typique de législation contraire aux prescriptions internationales, voy. Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international : bases de discussion établies par le comité préparatoire à l'intention de la conférence, I (Nationalité), N° officiel C. 73. M. 38. 1929, p. 146-147.

<sup>1767</sup> Voy. Karin Traunmüller, « 'Kin-States' and 'Extraterritorial Naturalization' – Some Reflections Under International Law », *Austrian Review of International and European Law*, 2013, vol. 18, p. 99-152. L'auteure considère que seule la naturalisation extraterritoriale « en masse » contrevient aux critères du droit international, et qu'en dehors d'une telle hypothèse, il n'est pas possible de clairement condamner de telles pratiques. Voy. également Timofey Agarin et Ireneusz Paweł Karolewski (dir.), *Extraterritorial Citizenship in Postcommunist Europe*, Londres, Rowman & Littlefield, 2015, 230 p. ; José-María Arraiza, « Good Neighbourliness as a Limit to Extraterritorial Citizenship: The Case of Hungary and Slovakia », in Dimitry Kochenov et Elena Basheska (dir.), *Good Neighbourliness in the European Legal Context*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 114-135.

<sup>1768</sup> Voy. Ngo Chun Luk, *Diaspora Status and Citizenship Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2017, 693 p. L'auteur s'intéresse en particulier à la quasi-nationalité mise en place par les États qui ne souhaitent justement pas conférer formellement leur nationalité aux individus membre d'une diaspora.

puisqu'autrement le Citoyen n'obtiendrait point la grande fin de l'association civile, qui est la sûreté.»<sup>1769</sup>

VATTEL

**527.** La politique de naturalisation extraterritoriale menée par de nombreux pays et reposant sur des critères culturels ou ethniques sans fixer de condition de sujétion territoriale s'analyse clairement en une rupture des obligations internationales prohibitives de l'abus de droit. Toutefois, un exemple en particulier mérite une attention spéciale, celui des naturalisations extraterritoriales prononcées comme un préalable et un prétexte à une intervention armée. Cette pratique hautement abusive repose sur le droit d'un État, plutôt bien établi par l'ordre international, d'intervenir militairement en protection de ses nationaux qui résident sur le territoire d'un État tiers, en dehors du consentement de l'État territorial ou d'une autorisation du Conseil de Sécurité des Nations Unies (1). La logique est alors renversée : ce n'est pas la volonté de protéger des nationaux à l'étranger qui dicte l'intervention, c'est la volonté d'intervenir sur le territoire d'un État souverain qui dicte la naturalisation d'individus à l'étranger. L'exemple du conflit russo-géorgien de 2008 témoigne de manière emblématique de cette pratique (2).

### **1. La nationalité, moyen de projection militaire de l'État : aspects historiques**

**528. Un précédent topique : la crise vénézuélienne de 1902-1903.** – C'est la « politique des canonnières » (*gunboat diplomacy*) menée par Berlin, Londres et Rome au début du XXe siècle à l'occasion du blocus vénézuélien<sup>1770</sup> qui donne un exemple assez intéressant de la protection militaire des nationaux et de leurs intérêts lorsqu'ils sont présents sur le sol étranger. À la suite de la guerre civile vénézuélienne, le gouvernement de Cipriano Castro refuse d'une part de faire droit aux demandes de réparation formées par les gouvernements allemand, britannique et italien en raison des dommages subis par leurs ressortissants présents sur le territoire vénézuélien, et d'autre part de régler les dettes souscrites auprès de ces pays étrangers. Ces trois États européens forment alors une expédition militaire et assurent un blocus maritime des ports vénézuéliens entre décembre 1902 et février 1903, entrecoupé d'échanges de tirs avec les forts terrestres du pays. Le Venezuela, à la suite d'une médiation des États-Unis, accepte finalement de soumettre les différends à l'arbitrage international et verse quelques compensations spéciales aux États belligérants – la stratégie du blocus a fonctionné. L'on voit ainsi une manifestation

---

<sup>1769</sup> Emer de Vattel, *Le droit des gens*, vol. I, livre II, chap. 6, § 71, Londres [Neuchâtel], 1758, p. 309.

<sup>1770</sup> Sur cette affaire, voy. Nancy Mitchell, *The Danger of Dreams : German and American Imperialism in Latin America*, Chapel Hill, Londres, University of North Carolina Press, 1999, p. 64 et s.

topique du droit que s'arrogent les États d'intervenir militairement au profit de leurs nationaux à l'étranger<sup>1771</sup>.

**529.** La protection militaire des nationaux à l'étranger relève pourtant souvent du prétexte pour un État qui saisit là l'occasion de projeter par la force son ordre juridique et ses intérêts contre le consentement d'un État souverain. C'est sur le continent américain que de telles manœuvres ont pu le plus inquiéter, tant est si bien qu'une doctrine particulière, la doctrine « Cárdenas », du nom de Lázaro Cárdenas, le président mexicain qui l'a forgée en 1938, a pu être formulée quant aux effets extraterritoriaux de la nationalité :

« La nationalité, en tant que statut personnel, déploie ses pleins effets juridiques dans les seules limites de la juridiction interne. Elle n'a en revanche pas d'effet extraterritorial. En conséquence, ses effets sont suspendus dans toutes les situations où une personne physique ou morale s'établit sur le sol étranger pour développer des investissements, des entreprises, réaliser des gains, ou simplement chercher l'hospitalité. Il s'en déduit encore qu'il revient à l'État hôte d'offrir toutes les facilités et toutes les garanties à ceux qui immigreront légalement sur leur territoire, avec ces intentions, en leur permettant d'acquérir le statut de national, c'est-à-dire une pleine égalité civile de droits et d'obligations avec les citoyens de l'État. »<sup>1772</sup>

Cette position juridique très isolée, et peu connue, n'a jamais prévalu mais elle révèle bien comment les États ont parfois souhaité se protéger juridiquement des effets que provoque la présence de ressortissants étrangers sur leur territoire, à l'époque où les impérialismes se développaient<sup>1773</sup>. L'époque a aujourd'hui évidemment évolué et les seules affaires économiques ne sont plus suffisantes à une intervention armée.

---

<sup>1771</sup> L'opinion est bien acceptée en doctrine, Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, I., Paris, Rousseau, 1922, 8<sup>ème</sup> éd., n° 440, p. 884 écrit par exemple que « L'État a le droit et le devoir de protéger ses régnicoles à l'étranger, par les moyens autorisés par le droit international, et de recourir, selon les circonstances, aux moyens coercitifs, même à la guerre ».

<sup>1772</sup> Philip Marshall Brown, « The "Cardenas Doctrine" », *AJIL*, 1940, vol. 34, n° 2, p. 300 : « *Nationality, as personal status, has full juridical effect only within local jurisdiction. It lacks extraterritoriality, and its effects are therefore suspended in every instance when a moral and physical person moves to foreign soil to develop investments, commercial undertakings, or for pecuniary gain, or for the purpose of establishing oneself in the midst of a hospitable state, which, as a consequence, should afford every facility and guarantees to those who immigrate lawfully to its territory with these intentions, in order that they may acquire the status of nationality on terms of civil equality respecting the rights and obligations of its own citizens.* »

<sup>1773</sup> Notamment l'impérialisme américain, renonçant à la doctrine Monroe de non intervention, et étendant sa zone d'influence sur l'ensemble du continent américain à la suite du « corollaire Roosevelt ». Voy. Serge Ricard, « The Roosevelt Corollary », *Presidential Studies Quarterly*, 2006, vol. 36, n° 1, p. 17-26. La doctrine Cárdenas est une déclinaison spéciale à la matière de la nationalité de l'esprit de la doctrine Drago, formulée au début du XXe siècle et qui retenait l'interdiction d'utiliser les armes contre un État souverain à la manière d'une voie d'exécution forcée en paiement de dettes. Voy. Luis M. Drago, « Les emprunts d'État et leurs rapports avec la politique internationale », *RGDIP*, 1907, t. 14, p. 250-287.

**530. Les fondements internationaux d'une protection militaire des nationaux à l'étranger.** – Prohibition généralisée du recours à la force oblige, il est presque étonnant d'envisager encore aujourd'hui la défense des nationaux comme un moyen légal de recourir à la force sur le sol d'un État tiers et souverain. Pour autant, il est plutôt bien établi par le droit international que les États disposent d'un droit de protection militaire de leurs nationaux lorsqu'ils résident à l'étranger, mais dans des conditions particulièrement strictes<sup>1774</sup>. Bien entendu, les États communiquent peu sur les conditions (juridiques ou autres) de leurs interventions militaires et non consenties sur le territoire d'États souverains. Pour autant, deux fondements peuvent être abordés<sup>1775</sup>.

**531.** Le premier repose sur le droit de légitime défense tel que garanti par la Charte des Nations Unies. Si la Charte prohibe en son article 2, § 4, le droit de recourir à l'emploi de la force « contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État », elle consacre en revanche en son article 51 le « droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée ». Or, pour beaucoup d'auteurs, la protection des nationaux à l'étranger peut justement entrer dans les prévisions de la légitime défense internationale sur le fondement de la Charte. Derek W. Bowett exprime cette idée avec force en plaçant « le droit de protection des nationaux » dans son ouvrage *Self-defence in International Law* publié en 1958. Il y exprime l'idée que la défense des nationaux n'est qu'une déclinaison de la défense de l'État lui-même mais que cette défense doit être exercée avec proportionnalité : « une démonstration navale de grande ampleur ou un débarquement militaire ne pourront jamais être justifiés par une action de défense au profit d'un seul et unique national ; mettre en œuvre de tels moyens s'analyserait en une complète violation des droits de l'État territorial au profit d'une application disproportionnée des droits de l'État agissant en protection. »<sup>1776</sup> Pour le reste, l'auteur indique que l'imminence d'un danger pour un national ou même sa propriété peut justifier une action à l'étranger, notant à ce propos une pratique bien fixée des États-Unis et du Royaume-Uni<sup>1777</sup>. À la même époque, Gérard Fitzmaurice retient le même principe selon lequel un État est fondé à intervenir en légitime défense en application de

---

<sup>1774</sup> En sens contraire, l'opinion assez isolée mais très autorisée de Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 301 : « *The instances in which states have purported to exercise it, and the terms in which it is delimited, show that it provides infinite opportunities for abuse. Forcible intervention is now unlawful.* »

<sup>1775</sup> Le fondement de l'action d'humanité ne sera pas évoqué, il semble trop général au regard des principes spéciaux et positifs pour la défense des nationaux. Sur cette différence, voy. Kristen E. Eichensehr, « Defending Nationals Abroad : Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues », *Virginia Journal of International Law*, 2008, vol. 48, n° 2, p. 461-463.

<sup>1776</sup> Derek W. Bowett, *Self-defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, p. 94.

<sup>1777</sup> *Ibid.*, p. 96-105.

l'article 51 de la Charte au profit de ses nationaux, à la condition qu'ils soient soumis à un risque de mort ou de blessure grave, que l'État territorial ne soit pas en situation de les protéger, et que l'État de protection agisse sur un unique fondement humanitaire<sup>1778</sup>. En réalité, dans le contexte contemporain, c'est surtout la réponse à des actions terroristes qui amènent les États à agir militairement sur le territoire d'États tiers en défense de leurs nationaux. Le « raid d'Entebbe » de 1976 représente à ce titre un exemple classique, celui d'une intervention militaire israélienne unilatérale sur le territoire ougandais où étaient retenus en otage une centaine de ressortissants israéliens à la suite du détournement d'un vol Air-France par des membres du Front populaire de libération de la Palestine. Une telle action fondée sur l'article 51 de la Charte n'a pas rencontré l'opposition du Conseil de sécurité des Nations Unies et a été globalement acceptée par le concert des États<sup>1779</sup>. Antonio Cassese soutient le même point de vue et considère qu'une « agression armée » au sens de l'article 51 peut naître d'une « attaque très sérieuse soit sur le territoire de l'État, soit sur ses agents ou nationaux alors qu'ils sont sur le territoire ou à l'étranger »<sup>1780</sup>. L'analyse des justifications fournies par les États laisse également apparaître un recours à cet argument pour justifier les actions en protection<sup>1781</sup>.

**532.** Suivant un second fondement, le droit de protéger les nationaux à l'étranger par le recours à la force relève du droit international coutumier. En effet, pour plusieurs auteurs, la protection des nationaux à l'étranger ne saurait entrer dans le cadre de la réponse légitime à une « agression armée », rendant ainsi inapplicable l'article 51 de la Charte. Pour autant, ces mêmes auteurs considèrent qu'entre alors en jeu un fondement alternatif, celui du droit international coutumier, permettant à l'État de recourir à la force pour porter secours à ses nationaux. Cette interprétation est fondée sur le texte même de l'article 51 qui énonce qu'« Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense » et qui laisse imaginer que le droit coutumier (et naturel) de la légitime défense ait pu survivre à l'adoption de la Charte, au-delà des prescriptions formellement inscrites dans le texte de San Francisco. En ce sens, Humphrey Waldock écrit dans son cours donné à La Haye en 1952 que l'emploi de la force est autorisé par le droit international coutumier pour défendre les nationaux à l'étranger aux conditions suivantes : une menace imminente de dommages à des ressortissants nationaux ;

---

<sup>1778</sup> Gerald Fitzmaurice, « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *RCADI*, 1957, vol. 92, p. 172-173.

<sup>1779</sup> David J. Gordon, « Use of Force for the Protection of Nationals Abroad : The Entebbe Incident », *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1977, vol. 9, n° 1, p. 129 et s.

<sup>1780</sup> Antonio Cassese, « The International Community's "Legal" Response to Terrorism », *The International and Comparative Law Quarterly*, 1989, vol. 38, n° 3, p. 596.

<sup>1781</sup> Oscar Schachter, « The Right of States to Use Armed Force », *Michigan Law Review*, 1984, vol. 82, n° 5/6 (Festschrift in Honor of Eric Stein), p. 1628-1633.

l'échec ou l'incapacité du souverain territorial à les protéger ; la limitation des mesures de l'État de protection au seul objectif de protéger les ressortissants contre les dommages<sup>1782</sup>. Plus récemment, Rex J. Zedalist<sup>1783</sup>, Gregory M. Travaglio<sup>1784</sup> ou Muriel Ubéda-Saillard<sup>1785</sup> ont pu apporter du soutien au fondement coutumier du droit de l'État à protéger ses nationaux à l'étranger.

**533.** Pour résumer, ce que le droit international autorise en derniers recours, quel que soit le fondement, c'est une opération de sauvetage, proportionnée dans ses moyens et sa durée. Ce qui n'est guère détaillé en revanche, c'est la qualité du lien de nationalité requise pour l'action en protection par le moyen du recours à la force. Les auteurs prennent la nationalité des intéressés comme certaine et n'envisagent pas l'étude de son effectivité. Paradoxalement, c'est Ian Brownlie, un auteur qui pourtant rejette l'existence du droit de l'État de protéger militairement ses nationaux à l'étranger, qui sous-entend en 1963 qu'une telle condition devrait exister : « Le droit d'intervention est relié à un concept – celui de la nationalité – qui n'a reçu aucune définition en droit international. Il est toutefois admis qu'un lien substantiel doit exister entre un État et un individu avant que ce dernier puisse être regardé comme un national, mais l'on ne trouvera guère plus de précisions en droit. »<sup>1786</sup> Ce que cet auteur évoque seul en 1963, devient aujourd'hui une condition essentielle : la pratique de la protection des nationaux par l'emploi de la force étant bien établie en droit international, la tentation est désormais grande d'instrumentaliser la nationalité pour créer les conditions d'une intervention. Ce n'est plus la présence des nationaux à l'étranger qui justifie l'intervention, c'est la volonté d'intervention qui justifie que soit artificiellement créée une population nationale à l'étranger.

## **2. La nationalité, moyen d'intervention de l'État : le cas de la Russie**

**534. La politique de naturalisation extraterritoriale de la Russie en Géorgie.** – Dès l'accès à l'indépendance de la Géorgie en 1991, deux de ses provinces – Abkhazie et Ossétie

---

<sup>1782</sup> Humphrey Waldock, « The regulation of the use of force by individual states in international law », *RCADI*, 1951, vol. 81, p. 467. Dans le même sens, Humphrey Waldock, « General course on public international law », *RCADI*, 1962, vol. 106, p. 240-241.

<sup>1783</sup> Rex J. Zedalist, « Protection of Nationals Abroad: Is Consent the Basis of Legal Obligation », *Texas International Law Journal*, 1990, vol. 25, p. 238-248.

<sup>1784</sup> Gregory M. Travaglio, « Terrorism, International Law, And The Use Of Military Force », *Wisconsin International Law Journal*, 2000, vol. 18, p. 160 et s.

<sup>1785</sup> Muriel Ubéda-Saillard, « Les aspects opérationnels de l'exercice de la compétence personnelle à l'égard des nationaux à l'étranger », *AFDI*, 2009, vol. 55, p. 166-167, avec de nombreux exemples français.

<sup>1786</sup> Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, *op. cit.*, p. 300 : « *The right of intervention is linked to a concept—that of nationality—which has not received any definition in international law. It is assumed that some substantial link should exist between a state and an individual before the latter can be regarded as a national but there is little precision to be found in the law.* »

du Sud – font rapidement sécession et échappent depuis lors au contrôle des autorités de Tbilissi. Très attachées à la Russie, ces deux provinces sont entrées depuis cette période dans la sphère d'influence russe. À ce titre, la Fédération de Russie entreprend dès 2002 une politique active de naturalisation extraterritoriale à l'égard de plusieurs dizaines de milliers de ressortissants abkhazes et ossètes<sup>1787</sup>. Cette politique repose sur la loi sur la nationalité russe amendée en 2002 qui permet d'obtenir la naturalisation sans condition de résidence si le demandeur possède un parent résidant en Russie, ou s'il est un ancien ressortissant soviétique aujourd'hui apatride, ou s'il est diplômé de l'enseignement supérieur en Russie, ou encore s'il est un ancien ressortissant soviétique qui a été provisoirement autorisé à séjourner en Russie. Cette politique de naturalisation a été largement facilitée par une bureaucratie russe très conciliante, qui admettait notamment les procédures « à distance » (les associations nationalistes abkhazes et ossètes étaient habilitées à recueillir et à transmettre les éléments de la demande pour que le demandeur n'ait pas à se déplacer lui-même) mais aussi par une appréciation souple du critère d'apatridie. Le résultat de cette politique a conduit à naturaliser la quasi-totalité de la population de ces deux provinces en l'espace de quelques années (90% de la population ossète et 80% de la population abkhaze<sup>1788</sup>).

**535.** L'inopposabilité internationale de ces nationalités acquises sans que ces individus aient à quitter leur domicile est patente. La mission indépendante d'experts mise en place par l'Union européenne en 2009 pour rendre ses conclusions sur le conflit géorgien a considéré que la naturalisation de demandeur sur le simple fondement de leur ancienne qualité de ressortissant soviétique et d'un séjour temporaire en Russie ne satisfaisait pas « le standard minimum exigeant un lien factuel entre la personne et la Russie »<sup>1789</sup>, et que plus généralement les naturalisations collectives de ressortissants ne résidant pas sur le sol de l'État qui confère sa nationalité étaient contraires au droit international<sup>1790</sup>. Ces conclusions, largement fondées sur la doctrine

---

<sup>1787</sup> Sur l'ensemble du paragraphe, voy. Anne Peters, « Extraterritorial Naturalizations : Between the Human Right to Nationality, State Sovereignty and Fair Principles of Jurisdiction », *Jahrbuch für Internationales Recht*, 2010, vol. 53, p. 638-643 ; Peter Roudik, « Russian Federation : Legal Aspects Of War In Georgia », Legal Report n° 1474, Law Library of Congress, 2008, p. 11.

<sup>1788</sup> Scott Littlefield, « Citizenship, Identity and Foreign Policy: The Contradictions and Consequences of Russia's Passport Distribution in the Separatist Regions of Georgia », *Europe-Asia Studies*, 2009, vol. 61, n° 8, p. 1473.

<sup>1789</sup> Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, Report, II, 2009, p. 169 : « *That means that the conferral of Russian nationality to persons living outside the territory of the Russian Federation only because they had been citizens of the Soviet Union and have acquired a temporary residence permit does not fulfil the minimum requirement of a factual connection between the person and Russia.* »

<sup>1790</sup> *Ibid.*, p. 171 : « *The large-scale naturalisations of residents of South Ossetia and Abkhazia with no other factual connection to Russia must be equated to so-called collective (ex lege) naturalisations of foreign residents. For this reason they are already prohibited by the specific international legal prohibition of extraterritorial collective naturalisations.* »

de *Nottebohm*, et que l'on doit sans doute à Anne Peters, du Max Planck Institute de Heidelberg (et également membre de la mission), ont été confirmées et étendues par cette dernière dans un article fleuve publié en 2011. Elle y développe notamment l'idée, prudente, que la naturalisation extraterritoriale, sans être contraire au droit international par principe, est « suspecte », et qu'à partir du moment où elle est collective, elle devient nécessairement contraire au droit international<sup>1791</sup>. Un tel système est tout à fait pertinent et, le complétant, l'on peut dire que : la naturalisation individuelle extraterritoriale peut être présumée contraire au droit international – car abusive –, sauf à ce que l'État naturalisant apporte la preuve d'un lien territorial préexistant (long séjour préalable sur le territoire de l'État naturalisant, et séjour momentané dans l'État de résidence) ou fictionnel (individu placé au service de l'État naturalisant) ; la naturalisation collective extraterritoriale est irréfragablement contraire au droit international. Mais ce qui n'est qu'une question assez théorique – ces naturalisations sont-elles opposables dans l'ordre international ? – devient absolument cruciale lorsque la nationalité devient le prétexte à une intervention armée.

**536. La protection militaire des nationaux russes.** – La défense des nationaux à l'étranger a été le prétexte le plus mobilisé par les autorités russes pour justifier leur intervention sur le territoire de la Géorgie lors du conflit de 2008. Le 7 août en effet, l'armée géorgienne décide de lancer une offensive armée dans la région séparatiste sud-ossète, à la suite de tensions frontalières. Dès les premiers morts côté ossète, les autorités russes forment une contre-attaque en déployant à partir du 8 août une force militaire conséquente sur le territoire ossète, c'est-à-dire en violation de la souveraineté territoriale de la Géorgie. Sans surprise, la victoire militaire est russe, mais malgré les demandes de cessez-le-feu de la partie géorgienne, la Russie poursuit les opérations jusqu'au 12 août. Ce qui est intéressant, c'est de voir à quel point l'argument de la défense des nationaux russes a été décisif dans le processus de justification de l'intervention armée par le Kremlin. Dmitri Medvedev, qui est alors le Président de la Fédération de Russie, déclare ainsi à la télévision juste avant le début des hostilités : « Je suis obligé de défendre la vie et l'honneur des citoyens russes, quel que soit le lieu où ils se trouvent »<sup>1792</sup>. Une tribune du Président de la Cour constitutionnelle russe publiée le 13 août 2008 mentionne qu'il est conforme à l'ordre constitutionnel russe que l'armée puisse intervenir pour protéger la vie des nationaux à l'étranger<sup>1793</sup>. De la même manière, une lettre du 11 août 2008 de Vitaly Churkinde,

---

<sup>1791</sup> Anne Peters, « Extraterritorial Naturalizations : Between the Human Right to Nationality, State Sovereignty and Fair Principles of Jurisdiction », *op. cit.*, p. 688-691.

<sup>1792</sup> Tony Karon, « Has Georgia Overreached in Ossetia ? », *The Time*, 9 août 2008.

<sup>1793</sup> Peter Roudik, « Russian Federation : Legal Aspects Of War In Georgia », *op. cit.*, p. 9.



ambassadeur russe auprès du Conseil de sécurité des Nations Unies, fait état d'une action militaire en protection des nationaux fondée sur le droit de légitime défense et l'article 51 de la Charte<sup>1794</sup>. Il apparaît donc clairement que c'est la protection des nationaux à l'étranger qui a joué un rôle prépondérant, autant rhétorique que juridique, dans la justification de l'opération russe.

537. Or, il y a justement ici une difficulté sur ce fondement justificatif au regard des conditions d'obtention de la nationalité des ressortissants dont la Russie entendait assurer la protection. Comme on a pu le montrer, les nationalités russes des intéressés ne remplissaient guère les critères internationaux d'opposabilité. Les conclusions de la mission d'expertise de l'Union européenne sont alors sans appel, et mobilisent très justement le langage de l'abus :

« À propos de ce dernier groupe – celui des “nouveaux” Russes –, il semble abusif de prendre en compte un besoin de protection pour justifier une intervention, car en réalité c'est la Russie elle-même, par sa propre politique, qui a créé cette justification. Et en particulier s'il n'existe pas un lien authentique (*genuine*) ou effectif (*effective*) entre ce dernier État et ces nouveaux citoyens. (...) En effet, comme ce type d'action en protection [par le recours à la force] est – à la différence de la protection diplomatique – controversé en lui-même, il est certainement exigé que les liens entre l'État de protection et les personnes protégées soient encore plus étroits (*closer*). Or, au regard de la majorité des nationaux vivant en Ossétie du Sud, un lien effectif au sens décrit ci-dessus est manifestement (*obviously*) manquant. En conclusion, l'intervention russe ne peut pas être considérée comme une opération de sauvetage (*rescue operation*) au profit des nationaux russes présents en Géorgie. »<sup>1795</sup>

Il apparaît donc clairement ici que l'attitude de la Russie est constitutive d'un abus de droit : se fonder sur une nationalité ineffective pour agir en protection par le recours à la force est un détournement du droit de la nationalité, qui d'ailleurs cause un préjudice particulièrement grave et sérieux à l'encontre du souverain territorial, ici la Géorgie. Cette conclusion est très largement partagée par l'ensemble des commentateurs s'étant penchés sur la situation<sup>1796</sup>.

---

<sup>1794</sup> Lettre du 11 août 2008 émanant du représentant permanent de la Fédération Russe aux Nations Unies, adressée au Président du Conseil de sécurité, S/2008/545 : « *In those circumstances, the Russian side had no choice but to use its inherent right to self-defence enshrined in Article 51 of the Charter of the United Nations. I have the honour to assure you that the use of force by the Russian side is strictly proportionate to the scale of the attack and pursues no other goal but to protect the Russian peacekeeping contingent and citizens of the Russian Federation from the illegal actions of the Georgian side and to prevent future armed attacks against them.* »

<sup>1795</sup> Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, op. cit.*, p. 288-289.

<sup>1796</sup> Robert P. Chatham, « Defense of Nationals Abroad: The Legitimacy of Russia's Invasion of Georgia », *Florida Journal of International Law*, 2011, vol. 23, p. 95 et p. 102 (« *Russia's asserted justification in invading Georgia in defense of its nationals abroad is likely illegitimate based on the tenuous nexus between Russia and the South Ossetians. Other states, including Georgia, likely would not have recognized Russia's grant of citizenship. Therefore, Russia was not acting to protect its nationals abroad.* ») ; Roy Allison, « The Russian case for military intervention in Georgia : international law, norms and political calculation », *European Security*, 2009, vol. 18, n° 2, p. 178-180 ; Scott Littlefield, « Citizenship, Identity and Foreign Policy: The Contradictions and Consequences of Russia's Passport Distribution in the Separatist Regions of Georgia », *op. cit.*, p. 1462 ; James A. Green, « Passportisation, Peacekeepers and Proportionality : The Russian Claim of the Protection of Nationals

538. C'est fondamentalement une politique assez neuve que la Russie a ainsi mise en place. Un auteur a pu évoquer une dynamique de « *weaponizing nationality* »<sup>1797</sup>, que l'on pourrait sans doute traduire par « militarisation de la nationalité », et qui rend bien compte de cette nouvelle stratégie. Ici, l'étude des liens effectifs entre ces « nouveaux » nationaux permet très justement de désamorcer tout processus argumentatif ou justificatif en droit international visant à fonder un recours à la force sur d'éventuelles menaces pesant sur cette « nouvelle » population. Reconnaître l'inopposabilité de la nationalité sur la base de critères territoriaux est donc de première nécessité, sauf à voir se multiplier les actions reposant sur cette manœuvre abusive et, *in fine*, l'emploi de la force<sup>1798</sup>.

## B. Naturalisation extraterritoriale et vente de la nationalité

539. La vente de la nationalité est la caractérisation la plus extrême d'une nouvelle forme de rapport entre l'individu et l'État, non plus centrée sur l'étude des liens de sujétion territoriale, mais plutôt sur ce que l'individu peut apporter à l'État (en numéraire) sans jamais avoir besoin d'y résider. Une auteure a pu qualifier cette nouvelle forme d'octroi de la nationalité de « *ius pecuniae* »<sup>1799</sup>. En réalité, toute acquisition de nationalité sans condition territoriale suit clairement un régime d'inopposabilité dans l'ordre international (1). L'Union européenne, dans son ordre juridique, a d'ailleurs consacré et étendu la même solution (2).

---

Abroad in Self-Defence », in James A. Green et Christopher Waters (dir.), *Conflict in the Caucasus. Implications for International Legal Order*, Londres, Palgrave Macmillan, 2010, p. 55 et s. Contra toutefois, concluant surtout qu'au-delà des questions de nationalité, l'intervention était disproportionnée, voy. Kristopher Natoli, « Weaponizing Nationality : An Analysis of Russia's Passport Policy in Georgia », *Boston University International Law Journal*, 2010, vol. 28, p. 411-413.

<sup>1797</sup> Kristopher Natoli, « Weaponizing Nationality : An Analysis of Russia's Passport Policy in Georgia », *op. cit.*, p. 389-417.

<sup>1798</sup> Il semble d'ailleurs que la Russie se soit encore fondée sur cet argument pour intervenir en Crimée ukrainienne en 2014, voy. Irakli Sirbiladze, « Securitization of The Ethnic Russians And The Russian Nationals Living Abroad As A Foreign Policy Instrument of The Russian Federation: The Cases of Georgia And Ukraine », *Journal of Young Researchers (Tbilisi State University)*, 2016, n° 3, p. 53-55.

<sup>1799</sup> Voy. Joachim Stern, « *Ius Pecuniae* – Staatsbürgerschaft zwischen ausreichendem Lebensunterhalt, Mindestsicherung und Menschenwürde », in Julia Dahlvik, Heinz Fassmann, et Wiebke Sievers (dir.), *Migration and Integration – wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich*, Vienne, Vienna University Press, 2011, p. 55-74 ; Jelena Džankić, « The pros and cons of *ius pecuniae* : investor citizenship in comparative perspective », EUI Working Paper RSCAS 2012/14, 18 p. ; Jelena Džankić, « Citizenship with a Price Tag : The Law and Ethics of Investor Citizenship Programmes », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2014, vol. 65, n° 4, p. 387-404 ; Jelena Džankić, « Immigrant investor programmes in the European Union », *Journal of Contemporary European Studies*, 2018, à paraître ; Ayelet Shachar et Rainer Bauböck (dir.), « Should Citizenship be for Sale ? », EUI Working Paper RSCAS 2014/01, 38 p.

## 1. Le cas général des nationalités insulaires dans la société internationale

**540. La vente de la nationalité au profit des individus.** – Le phénomène de vente de la nationalité n'est certainement pas nouveau, on en trouve trace dans un fragment d'Aristote relevé par Françoise Caujolle-Zaslowsky qui fait état dès cette époque d'un « “marché” du droit de citoyenneté » constitué d'« actes de vente, par des cités à court d'argent, du droit de citoyenneté à des groupes habitant la cité sans en faire légalement partie. »<sup>1800</sup> La cité d'Ephèse vend ainsi sa citoyenneté pour une somme de six mines – on qualifie alors péjorativement ces individus de « citoyens à six mines » –, la cité de Samos pour une somme de cinq statères<sup>1801</sup>. Plus tard, Bodin mentionne encore des cas où des seigneurs vendent la qualité de citoyen à des bourgeois ou citadins présents dans leur ressort territorial :

« Et neantmoins il y en a de si privilégiés par dessus les autres, que pour une fois le Duc receut cinquante mil escus, pour cinquante bourgeois qu'il fit : en quoi il usa d'un tour de maistre, croissant sa puissance d'autant de fideles sujets, et ravallant celle des conjurés contre luy, avec une bonne somme de deniers qu'il eut. Ainsi firent les Venetiens appovris par les victoires des Genevois, et craignans la rebellion de plusieurs sujets à peu de seigneurs, vendirent le droit de gentilhomme Venitien à trois cens citadins, pour s'appuyer de leurs biens, de leur force, et de leur conseil. »<sup>1802</sup>

Ce qu'on constate toutefois, dans ces cas rapportés par Aristote ou par Bodin, c'est que l'autorité publique naturalise des individus qui sont à chaque fois des *habitants*. La condition pécuniaire n'intervient donc qu'à l'égard d'individus qui, au regard de leur situation factuelle, sont territorialement soumis à la puissance naturalisante. Dès lors, cette condition n'a rien de juridiquement contestable. Une affaire suisse va montrer à la fin du XIXe siècle qu'une bascule est entamée et que la naturalisation commence à être monnayée à des individus qui ne disposent d'aucun liens territoriaux avec l'État. En 1870, le Conseil fédéral rapporte ainsi le cas de sujets prussiens qui ont sollicité leur naturalisation auprès de différentes communes suisses, avec l'aval des cantons, de manière à échapper au service militaire en Prusse. Le Conseil note alors que ce sont des agents de commerce suisses qui démarchent les sujets étrangers :

« L'année dernière, toutefois, la Suisse dut assister au triste spectacle d'agents offrants en Allemagne le droit de cité suisse comme un article de commerce, de communes cupides vendant ce droit à des personnes qu'elles n'avaient jamais vues, et d'autorités cantonales assez faibles

---

<sup>1800</sup> Françoise Caujolle-Zaslowsky, « Citoyens à six mines », in Pierre Aubenque et Alonso Tordesillas (dir.), *Aristote Politique. Études sur la Politique d'Aristote*, Paris, PUF, 1993, p. 35.

<sup>1801</sup> *Ibid.*, p. 35-36.

<sup>1802</sup> Jean Bodin, *Les six livres de la République* (1576), livre I, chap. 6, in Henri Rochais, Marie-Dominique Couzinet et Christiane Frémont (dir.) (dir.), *Les six livres de la République de Jean Bodin*, vol. I, Paris, Fayard, 1986, p. 141.

pour ne pas s'opposer à ce honteux trafic. Il en est résulté qu'un État étranger a usé de représailles contre cette manière d'éluder ses lois militaires, et que les autorités fédérales ont dû assumer la responsabilité de cette affaire assez peu honorable. »<sup>1803</sup>

De fait, la Prusse, tirant les conséquences de ces naturalisations, avait procédé à l'expulsion et au retrait de nationalité de ses anciens sujets. Lorsque ces individus s'adressent à la Confédération helvétique pour qu'elle agisse par la voie de la réclamation diplomatique, celle-ci refuse : « Il n'avait jamais été question pour ces jeunes gens d'aller s'établir dans leur nouvelle patrie »<sup>1804</sup>, en conséquence « le Conseil fédéral a décidé de refuser son intervention en faveur des pétitionnaires naturalisés suisses »<sup>1805</sup>. Une telle approche est soutenue par le Conseil des États :

« Au point de vue suisse, ces citoyens ne l'étaient que de nom, n'y avaient jamais résidé ou habité, n'accomplissaient aucune des charges de nos nationaux : c'étaient des citoyens suisses créés d'une manière artificielle par la spéculation d'agents qui avaient trouvé des communes assez complaisantes pour donner les mains à de semblables marchés. En présence de ces faits nous comprenons que le Conseil fédéral ait refusé à réclamer contre un ordre d'expulsion (...). »<sup>1806</sup>

Ce que le Conseil des États relève en revanche, c'est la légitimité de réclamations suisses à l'égard d'autres ressortissants, cette fois « de jeunes hommes ayant habité la Suisse pendant plusieurs années, où ils avaient même formé des établissements et ayant obtenu des naturalisations incritiquables à tous égards »<sup>1807</sup>. Incorporés de force dans les armées de l'État du Wurtemberg, l'ensemble des autorités confédérales considèrent qu'il y a là matière à réclamation et à action en protection diplomatique. Cette affaire qui fait grand bruit à l'époque en Suisse montre bien la ligne de démarcation entre la naturalisation abusive et la naturalisation légitime en matière de condition pécuniaire. Lorsque la naturalisation est vendue sans aucun critère de résidence, alors son inopposabilité est totale, tant est si bien que même l'État naturalisant, en l'espèce la Confédération helvétique, refuse d'assurer la protection de ses ressortissants. En revanche, si le critère de la sujétion territoriale à titre habituel est satisfait, alors la naturalisation est opposable, quelques soient les autres conditions fixées pour son acquisition.

**541.** De ce point de vue, plusieurs États insulaires se mettent ouvertement en contradiction avec les principes internationaux depuis le début des années 1990. Selon une étude publiée par

---

<sup>1803</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale touchant la révision de la Constitution fédérale du 17 juin 1870, FF 1870 II. 794.

<sup>1804</sup> Conseil fédéral, Rapport à la Haute assemblée fédérale sur sa gestion en 1869, 5 mai 1870, FF 1870. 2. 539.

<sup>1805</sup> *Ibid.*

<sup>1806</sup> Conseil des États, Rapport sur la gestion du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral pendant l'année 1869, 15 juin 1870, FF 1870. 2. 845.

<sup>1807</sup> *Ibid.*, 846.

des membres du FMI en 2015, trois pays vendent en effet leur nationalité sans aucune condition de résidence, il s'agit de trois îles des Antilles : la Dominique, un État de 70 000 habitants, pour la somme de 100 000 dollars américains ; la Grenade, un État de 110 000 habitants, pour la somme de 250 000 dollars ; Saint-Kitts-et-Nevis, un État de 50 000 habitants, pour la somme de 250 000 dollars<sup>1808</sup>. Ces trois programmes, dont des firmes internationales comme Henley and Partners assurent la promotion, constituent pour ces micro-États des revenus conséquents, jusqu'à représenter par exemple 25% du PIB de Saint-Kitts-et-Nevis en 2014<sup>1809</sup>. L'ensemble n'est qu'une déclinaison de l'économie grise de la zone caraïbe<sup>1810</sup>, qui favorise la dissimulation financière, mais aussi en l'espèce la dissimulation de nationalité<sup>1811</sup>. Pour autant, il est absolument certain que ces naturalisations prononcées sans condition de résidence sont internationalement inopposables, et que l'acceptation de ces passeports ne relève que de la bonne volonté des États d'accueil qui demeurent libres de les priver d'effets sur leur territoire.

**542. La vente de la nationalité au profit d'un État.** – Un dernier cas de naturalisation abusivement acquise peut être mentionné dans l'ordre international. Cette fois cependant, les demandes n'émanent plus de personnes privées mais ont fait l'objet d'un accord interétatique entre l'Union des Comores et les Emirats Arabes Unis. Cette situation a été révélée dans un livre d'investigation publié en 2015 et signé par Atossa Araxia Abrahamian<sup>1812</sup>. La situation est

<sup>1808</sup> Xin Xu, Ahmed El-Ashram et Judith Gold, « Too Much of a Good Thing ? Prudent Management of Inflows under Economic Citizenship Programs », *IMF Working Paper*, 2015, WP/15/93, p. 5.

<sup>1809</sup> Voy. Atossa Araxia Abrahamian, *The Cosmopolities. The Coming of the Global Citizen*, New York, Columbia Global Reports, 2015, p. 80. Le marché est toutefois en train de s'effondrer. Dans la dernière étude du FMI, la part du programme de vente de la nationalité dans le PIB de Saint-Kitts-et-Nevis est passée à 12% en 2015, puis à 7% en 2016 ; les prévisions s'établissent à 2% à horizon 2019. Voy. FMI, « St Kitts and Nevis Staff Report », *IMF Country Report*, n° 17/186, 2017, p. iii. Il semble d'ailleurs que les tarifs aient été revus à la baisse à la suite des fortes tempêtes de 2017 qui ont dévasté les Caraïbes, de manière à financer des fonds de reconstruction, ce qui montre l'extrême dépendance de ces économies à cette source de revenus. Voy. Saphora Smith, « Hurricane-hit countries slash cost of citizenship-by-investment programs », *NBC News*, 6 janvier 2018. De fait, la médiatisation est sans doute peu propice au fleurissement des affaires. De nouveaux États émergent : la République du Vanuatu semble vendre sa nationalité sans condition de résidence depuis 2015, pour la somme de 200 000 dollars américains. Voy. David Turner, « Passport to a luxury life », *Financial Times*, 23 juin 2017 ; Atossa Araxia Abrahamian, « When Citizenship Is for Sale », *The New York Times*, 7 janvier 2018, p. 6 (Sunday Review).

<sup>1810</sup> Ces trois pays étaient jusqu'en 2010 placés sur la liste française des « États non coopératifs » (communément appelés « paradis fiscaux ») établie en application de l'article 238-0 A du code général des impôts, voy. arrêté du 12 février 2010, NOR : ECEL1003822A.

<sup>1811</sup> Posséder un passeport d'une de ces îles permet à des individus dont les pays d'origine sont frappés de sanctions financières internationales (par exemple l'Iran) de continuer à pratiquer une activité économique globale. Voy. US Department of Treasury, Financial Crimes Enforcement Network, « Abuse of the Citizenship-by-Investment Program Sponsored by the Federation of St. Kitts and Nevis », 20 mai 2014, FIN-2014-A004, p. 1 : « *FinCEN believes that illicit actors are abusing this program to acquire SKN citizenship in order to mask their identity and geographic background for the purpose of evading U.S. or international sanctions or engaging in other financial crime. For example, FinCEN believes that several Iranian nationals designated by the Office of Foreign Assets Control (OFAC) have obtained passports issued through the SKN Citizenship-by-Investment program.* »

<sup>1812</sup> Atossa Araxia Abrahamian, *The Cosmopolities. The Coming of the Global Citizen*, op. cit., 166 p. ; Voy. également quelques réflexions complémentaires in Atossa Araxia Abrahamian, « When Citizenship Is for Sale », *The*

la suivante. Les Emirats Arabes Unis, comme plusieurs pays de la péninsule arabe, n'ont pas inclus dans la nationalité émiratie l'ensemble des individus domiciliés sur le territoire lors de l'accès à l'indépendance en 1971. Depuis lors, se maintient sur le territoire des Emirats une population d'apatrides, qualifiée en arabe de « *bidoon jinsiya* », c'est-à-dire « sans nationalité », souvent abrégée en « *bidoon* », dont le nombre précis n'est pas connu, et dont les estimations particulièrement divergentes évoluent entre 10 000 et 100 000 individus. Les autorités des Emirats Arabes Unis n'ont jamais eu l'intention de leur conférer leur nationalité : la nationalité émiratie est particulièrement difficile à obtenir, notamment en raison des larges avantages auxquels elle donne droit (adossés à la richesse pétrolière et touristique du pays). Dès les années 2000, une réflexion s'est alors engagée sur la possibilité d'acheter au profit des *bidoon* une nationalité étrangère, sans toutefois soumettre ces individus à une exigence d'expatriation dans leur nouveau pays de nationalité. Il semblerait ainsi que cet accord ait permis à environ 40 000 *bidoon* d'acquérir la nationalité comorienne, en vertu d'un mécanisme administratif directement géré par les autorités des deux pays, et moyennant une somme de 4 000 euros par passeport, soit un montant total de 200 millions d'euros versé à l'Union des Comores, réglé par les Émirats Arabes Unis<sup>1813</sup>. Il n'est pas fait obligation, pour le moment en tout cas, à ces individus de gagner le territoire comorien. Ils peuvent continuer à vivre sur le sol des Emirats, désormais pourvus d'une nationalité étrangère. Ces nationalités ne sont bien entendu pas opposables dans l'ordre international.

**543.** La situation d'un *bidoon* naturalisé comorien mérite l'attention car elle permet justement de montrer l'inopposabilité internationale de la nationalité obtenue dans le cadre de ce programme interétatique. Ahmed Abdul Khaleq est né aux Emirats Arabes Unis, sans toutefois en posséder la nationalité. Militant de la cause des *bidoon*, il est arrêté, condamné et emprisonné, notamment pour avoir causé des troubles à l'ordre public et insulté les autorités. Libéré à la suite d'une mobilisation internationale de forte intensité<sup>1814</sup>, les autorités émiraties lui délivrent un passeport comorien. Reprenant ses activités de défense des droits des *bidoon*, il est à nouveau emprisonné. Pendant son incarcération, il lui est précisé que sauf à quitter le pays par

---

*New York Times*, 7 janvier 2018, p. 6 (Sunday Review). Sauf mention contraire, les développements qui suivent sont issus de ces lectures.

<sup>1813</sup> 25 millions sont directement donnés au Gouvernement, et 175 millions sont affectés à la construction d'infrastructures publiques (contrats dont bénéficient principalement des entreprises du Golfe). Voy. Claire Beaugrand, « Torn Citizenship in Kuwait : Commodification versus Rights-Based Approaches », *LSE Middle East Center Collected Papers*, 2015, vol. 2 (Challenges to Citizenship in the Middle East and North Africa Region), p. 30.

<sup>1814</sup> Voy. en particulier la mobilisation universitaire de la New York University à travers une lettre « Arrested in the Emirates » publiée dans la *New York Review of Books*, 2011, vol. 58, n° 10, et signée notamment par Ronald Dworkin. Les Emirats accueillent en effet plusieurs institutions universitaires et culturelles de premier plan, notamment New York University Abu Dhabi, l'Université Paris Sorbonne Abu Dhabi, le Louvre Abu Dhabi, etc.

le moyen de son nouveau passeport, il serait soumis à un emprisonnement d'une durée indéfinie. L'Union des Comores fait alors savoir qu'elle refuse d'accueillir son ressortissant. Son père parvient ensuite à lui obtenir un visa touristique à destination de la Thaïlande. Ahmed Abdul Khaleq gagne ainsi Bangkok en 2012 où il est directement accueilli par des représentants du Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies. Suivant une procédure accélérée placée sous le contrôle des Nations Unies, il obtient le statut de réfugié au Canada où il vit depuis lors. Cette situation permet de constater que ni le Canada, ni les Nations Unies, n'ont considéré que le passeport comorien d'Ahmed Abdul Khaleq pouvait produire des effets. En effet, le statut de réfugié repose sur l'appréciation de la capacité du pays de nationalité à protéger son ressortissant ; à défaut de nationalité, c'est le pays de résidence habituelle qui doit être pris en compte. Or, la reconnaissance du statut de réfugié démontre qu'a été prise en compte la situation de Khaleq au regard de son pays de résidence habituelle, les Emirats (où la persécution politique est avérée), et non son pays de nationalité, les Comores (où il n'existe *a priori* aucun risque de persécution). L'inopposabilité de cette nationalité abusivement conférée est donc patente.

## 2. Le cas particulier des nationalités des États membres de l'Union européenne

**544. Données théoriques initiales : la spécificité de l'UE au regard du droit international.** – Dans les deux domaines qui nous intéressent ici – la « nationalité effective » et l'« abus de droit » –, le droit de l'Union européenne a pris un chemin divergent du droit international, ce qui n'est guère étonnant au regard de la « spécificité » souvent affirmée de l'ordre juridique de l'Union européenne. En la matière donc, si la notion de nationalité effective a été explicitement mise de côté, la théorie de l'abus de droit a en revanche fait l'objet de développements conventionnels explicites sous la forme du principe de coopération loyale.

**545.** La notion de nationalité effective a été écartée par le juge communautaire dans un célèbre arrêt *Micheletti* rendu le 7 juillet 1992. Dans cet arrêt, était en cause la situation d'un ressortissant argentin et italien qui s'était fondé sur sa première nationalité pour obtenir la transcription d'un diplôme en Espagne, et sur la seconde pour obtenir une « carte de séjour définitive de ressortissant communautaire » afin de s'établir sur le sol espagnol. L'administration refuse alors la délivrance de la carte de séjour, considérant que face à un bi-national, la nationalité qui doit prévaloir est celle liée à la dernière résidence habituelle, en l'espèce la nationalité argentine. Par cette décision, l'autorité publique ne permet pas à Micheletti de se fonder sur son statut

de citoyen européen en Espagne. Saisi par renvoi préjudiciel, la Cour de justice affirme alors que cette pratique n'a pas de validité dans l'ordre juridique de l'Union européenne :

« La définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre, compétence qui doit être exercée dans le respect du droit communautaire. Il n'appartient pas, par contre, à la législation d'un État membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité. Par conséquent, une interprétation de l'article 52 du traité selon laquelle, lorsque le ressortissant d'un État membre possède en même temps la nationalité d'un État tiers, les autres États membres peuvent soumettre la reconnaissance de la qualité de ressortissant communautaire à une condition telle que la résidence habituelle de l'intéressé sur le territoire du premier État ne saurait être admise. »<sup>1815</sup>

C'est l'uniformité d'application du droit de l'Union que la Cour défend : « une telle possibilité [de recours à la nationalité effective] aurait pour conséquence que le champ d'application personnel des règles communautaires portant sur la liberté d'établissement pourrait varier d'un État membre à l'autre. »<sup>1816</sup> Les conclusions prononcées par l'avocat général Giuseppe Tesaurò sont éclairantes. L'on y constate un rejet en bloc de l'arrêt *Nottebohm*, considéré comme « très discuté », et surtout de la nationalité effective, perçue comme une « notion qui remonte à une période "romantique" de la vie des relations internationales »<sup>1817</sup>. Les termes sont choisis et la volonté de rompre avec le « romantisme » est un appel au formalisme juridique et au rejet d'une approche matérielle de la nationalité<sup>1818</sup>. Autrement dit, l'avocat général fait sienne la critique classique de l'arrêt *Nottebohm*, perçu comme un arrêt isolé, dicté par des considérations d'espèce et par un contexte historique marqué par l'après-guerre. L'on a pu démontrer le caractère incomplet, si ce n'est erroné, d'une telle analyse. Quoi qu'il en soit, telle est la position affichée par le juge suprême de l'Union et constante depuis<sup>1819</sup>.

---

<sup>1815</sup> CJCE, 7 juillet 1992, C-369/90, *Mario Vicente Micheletti e.a. c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, § 10-11, Rec. I. 4261.

<sup>1816</sup> *Ibid.*, § 12. Sur ce point, voy. Ségolène Barbou des Places, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, thèse, Nancy, 1996, p. 264 et s.

<sup>1817</sup> Conclusions de Giuseppe Tesaurò sur l'affaire *Micheletti* (aff. C-369/90) présentées le 30 janvier 1992, § 5, Rec. I. 4255-4256.

<sup>1818</sup> Pour une critique récente, voy. Marian Cornell, « Who is Afraid of *Nottebohm* – Reconciling the ICSID Nationality Requirement for Natural Persons with *Nottebohm*'s Effective Nationality Test », *op. cit.*, p. 326, note que « *Without a doubt, the Nottebohm decision emerged from a generation different than our own. But (...) [it] remains a relevant authority in an island of uncertainty and shifting norms which have generally evolved* ». En conclusion, l'auteur note encore que « *[The] decision in Nottebohm permits, in a limited fashion, a state party to oppose nationality on the basis of meaningful ties (although it is not clear whether during or after the naturalization process). Nottebohm does not invalidate nationality granted by a state, it only sets solid criteria for when a state may disregard an individual's nationality.* » (*ibid.*)

<sup>1819</sup> Voy. la confirmation dans CJCE, assemblée plénière, 2 octobre 2003, C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, § 28, Rec. I. 11645-11646.



546. Elle a été confirmée hors du champ de la plurinationalité par la suite dans le célèbre arrêt *Zhu et Chen* rendu en assemblée plénière le 19 octobre 2004<sup>1820</sup>. Dans cette espèce, dont les faits sont bien connus, une mère chinoise avait fait en sorte d'accoucher en Irlande du Nord pour faire attribuer à son enfant la nationalité irlandaise, et par la suite s'installer en Angleterre. Il y avait là une certaine « ingénierie » justement permise par le droit de la nationalité irlandais qui permettait d'obtenir *jure soli* la nationalité de l'Irlande du Sud en naissant en Irlande du Nord (pourtant composante du Royaume-Uni)<sup>1821</sup>. Ainsi, dans cette espèce, une jeune fille se prévaut au Royaume-Uni de la citoyenneté européenne au bénéfice d'un droit au séjour pour sa mère, alors même qu'elle n'a jamais résidé dans son pays de nationalité, l'Irlande du Sud. Le Royaume-Uni soulevait justement devant la Cour le caractère abusif d'une telle démarche : « le déplacement de Mme Chen en Irlande du Nord dans le but que son enfant acquière la nationalité d'un autre État membre constitue une tentative pour se prévaloir abusivement des normes du droit communautaire. »<sup>1822</sup> Ce que l'État défendeur soutient *in fine*, c'est l'ineffectivité de la nationalité qui sert de fondement à la citoyenneté européenne de la requérante. L'avocat général Antonio Tizzano proposait de rejeter cet argument sur un fondement procédural, tout en laissant ouverte la question de la recevabilité d'une telle argumentation :

« la nationalité irlandaise de Catherine est un élément suffisant pour exclure que le litige qui l'oppose, avec sa mère, au Secretary of State soit purement interne à l'ordre juridique britannique. On pourrait éventuellement parvenir à une autre conclusion seulement si on estimait que Catherine ne possède pas effectivement la citoyenneté irlandaise, ou qu'en toute hypothèse la possession de cette nationalité ne serait pas opposable au gouvernement du Royaume-Uni. Nous devons toutefois noter qu'à aucune phase de la procédure, ni devant la juridiction nationale ni devant la Cour, il a été mis en doute que Catherine possède effectivement la nationalité irlandaise (...). Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de prendre position sur l'existence ou non d'une disposition de droit international général selon laquelle aucun État ne serait tenu de reconnaître la nationalité attribuée à l'individu par un autre État, en l'absence d'un lien réel et effectif de l'individu avec l'État national »<sup>1823</sup>

Cette position d'Antonio Tizzano marque donc un glissement certain au regard de la jurisprudence *Micheletti*, il considère en effet qu'il aurait été nécessaire de « prendre position » et qu'en conséquence la question de la réception de l'arrêt *Nottebohm* et de la théorie de la nationalité effective par l'ordre juridique de l'Union européenne n'est pas tranchée. La Cour ne va pas

---

<sup>1820</sup> CJCE, assemblée plénière, 19 octobre 2004, C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, Rec. I. 9951.

<sup>1821</sup> La mère de la requérante admet le caractère instrumental de la nationalité : « Mme Chen admet que son séjour au Royaume-Uni visait à créer les conditions devant permettre à son enfant à naître d'acquérir la nationalité d'un autre État membre aux fins d'obtenir, par la suite, pour l'enfant et pour elle-même un droit de séjour de longue durée au Royaume-Uni. », in *ibid.*, § 36.

<sup>1822</sup> *Ibid.*, § 34.

<sup>1823</sup> Conclusions d'Antonio Tizzano sur l'affaire *Micheletti* (aff. C-200/02) présentées le 18 mai 2004, § 34-37, Rec. I. 9934-9935.

suivre son avocat général. Elle va confirmer d'une part sa jurisprudence traditionnelle, et affirmer qu'un État membre n'est pas en droit de s'opposer aux effets d'une nationalité attribuée par un autre État membre aux fins de restreindre l'exercice des libertés de circulation :

« Aucune des parties ayant soumis des observations devant la Cour n'a mis en cause la légalité de l'acquisition par Catherine de la nationalité irlandaise ni le caractère effectif de celle-ci. En outre, il n'appartient pas à un État membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité. Or, tel serait précisément le cas si le Royaume-Uni était en droit de refuser aux ressortissants d'autres États membres tels que Catherine le bénéfice d'une liberté fondamentale garantie par le droit communautaire au seul motif que l'acquisition de la nationalité d'un État membre viserait en réalité à procurer un droit de séjour en vertu du droit communautaire à un ressortissant d'un État tiers. »<sup>1824</sup>

La Cour confirme donc en creux qu'une nationalité d'un État membre, même potentiellement ineffective, doit produire des effets dans l'ordre juridique communautaire. La position de la Cour de justice est donc particulièrement claire et constante dans le rejet de la théorie du lien effectif<sup>1825</sup>.

**547.** Par ailleurs, l'ordre juridique de l'Union européenne consacre de manière beaucoup plus intense que l'ordre international la prohibition de l'abus de droit, sous la forme particulière d'un principe de « coopération loyale »<sup>1826</sup>. En particulier, l'article 4, § 3, alinéa 3 TUE dispose que « [les États membres] s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. » Il s'agit ici d'une consécration explicite d'une prohibition de faire usage des compétences hors des finalités sociales compatibles avec l'ordre juridique de l'Union. Autrement dit, la théorie du droit international reconnaît ici, entre autres, une prohibition de l'abus de droit par le moyen du détournement de pouvoir, puisque par l'effet de cet article, l'usage des compétences de l'État est enserré dans une finalité compatible avec les « ob-

---

<sup>1824</sup> CJCE, assemblée plénière, 19 octobre 2004, C-200/02, *Zhu et Chen*, § 38-40, Rec. I. 9967-9968.

<sup>1825</sup> La Cour de justice rejette encore l'usage de ce concept dans l'application du règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, voy. CJUE, 16 juillet 2009, C-168/08, *Laszlo Hadadi*, § 51-55. À noter toutefois que l'avocat général Paolo Mengozzi, dans ses récentes conclusions dans l'affaire *Tjebbes et a. c. Minister van Buitenlandse Zaken*, « souscrit » à l'analyse selon laquelle la nationalité est le produit d'un lien effectif entre un individu et un État : « je souscris tout d'abord entièrement à la position défendue par le gouvernement néerlandais selon laquelle, en substance, dans l'exercice de sa compétence lui permettant de définir les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité, un État membre est habilité à partir du postulat que la nationalité traduit la manifestation d'un lien effectif entre lui-même et ses ressortissants. » Voy. Conclusions de l'Avocat général Paolo Mengozzi, prononcées le 12 juillet 2018, aff. C-221/17, *Tjebbes et a. c. Minister van Buitenlandse Zaken*, § 53.

<sup>1826</sup> Voy. p. ex. Anne-Marie Tournepiche, *Les accords interinstitutionnels dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 327-352.

jectifs » de l'Union. Nombreux sont d'ailleurs les auteurs qui voient dans ce dispositif une déclinaison du principe de bonne foi du droit international<sup>1827</sup>. Sa consécration explicite en droit primaire – que ne connaît pas le droit international – est due à la dimension fédérative de l'Union européenne. En effet, sur le modèle notamment de l'Allemagne, le principe de coopération loyale renvoie également au principe de « fidélité fédérale » (*Bundestreue*) qui « se présente normalement, normativement, comme une *Rechtsausübungsschranke*, c'est-à-dire comme un principe qui, à la lumière de considérations supérieures, peut imposer des limites à l'exercice d'un pouvoir formellement accordé. »<sup>1828</sup> Ainsi, parallèlement à la bonne foi, la fidélité fédérale est considérée comme une « référence majeure »<sup>1829</sup> du principe de coopération loyale au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne.

**548.** Dans le domaine qui nous intéresse, le droit de l'Union européenne entretient donc un rapport ambivalent avec l'ordre international : il en rejette la notion de « nationalité effective », mais en réceptionne expressément – sous le vocable de la « coopération loyale » – les impératifs de bonne foi, qui renvoient pour partie à la prohibition de l'abus de droit. Or, l'affaire de la vente des passeports maltais va remettre en cause cette ambivalence, notamment en replaçant l'exigence d'effectivité de la nationalité au cœur des objectifs de l'Union européenne.

**549. De nouvelles circonstances : l'affaire de la vente des passeports maltais.** – Cette affaire très médiatique a fait couler beaucoup d'encre et l'on se contentera ici d'un rappel succinct des faits pour mieux se concentrer sur les positions juridiques émises par l'Union européenne.

**550.** Le Gouvernement maltais de Joseph Muscat décide en octobre 2013 de mettre en place un programme de vente de la nationalité baptisé « Individual Investor Programme », modifiant les dispositions du Maltese Citizenship Act. Le projet prévoit un prix de vente de la nationalité fixé à 1,15 million d'euros (principalement répartis entre une donation à l'État, et un investis-

---

<sup>1827</sup> Anne-Marie Tournepiche, *Les accords interinstitutionnels dans l'Union européenne*, op. cit., p. 332-334 ; Vlad Constantinesco, « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in *Du droit international au droit d'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 100-105 ; Marc Blanquet, *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994, p. 396-404.

<sup>1828</sup> Hans Albrecht Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand : la *Bundestreue* (fidélité fédérale) », *RDP*, 1979, p. 787. L'auteur précise encore : « Il s'agit de l'introduction d'axiomes d'orientation de valeurs prépondérants et de l'adaptation correspondante du relief des pouvoirs (compétences) en question. » (*ibid.*)

<sup>1829</sup> Marc Blanquet, *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, op. cit., p. 371.

sement immobilier), et ne comprend aucune condition de résidence *préalable* à la naturalisation, pas plus d'ailleurs qu'une résidence *au moment ou postérieure* à la naturalisation. Il est adopté le 15 novembre 2013. Ce programme va rapidement attirer l'attention des institutions européennes, notamment par l'intermédiaire de l'opposition maltaise dont les réseaux s'étendent au Parlement européen<sup>1830</sup>. Plusieurs groupes parlementaires européens (de tous bords confondus) vont alors déposer un projet de résolution commune condamnant une telle pratique. Le 15 janvier 2014, à l'occasion des discussions relatives à ce projet de résolution, Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne, fait connaître la position de la Commission :

« Les États membres devraient user de leurs prérogatives pour conférer la nationalité dans un esprit de coopération loyale avec les autres États membres, comme stipulé dans les traités européens. En conformité avec le critère utilisé en droit international public, les États membres ne devraient délivrer leur nationalité qu'aux personnes qui possèdent un "lien effectif" ou une "connexion effective" avec le pays en question. (...) Je n'appelle pas à une extension des pouvoirs juridiques de la Commission aux fins de déterminer ce qui caractérise la nationalité ou bien ses règles d'octroi. La Commission attend toutefois des États qu'ils agissent en pleine conscience des conséquences de leurs décisions. (...) Il est clair que le principe de coopération loyale, qui est inscrit au sein des traités européens (art. 4, § 3 TUE), devrait conduire les États membres à prendre en compte les effets de leurs décisions en matière de nationalité à l'égard des autres États membres et de l'Union dans son ensemble. C'est pourquoi la Commission suit avec beaucoup d'attention tous les développements relatifs à la nationalité au sein des États membres. (...) [La] citoyenneté est un élément fondamental de notre Union, et on ne peut lui étiqueter aucun prix. »<sup>1831</sup>

Le lendemain, le Parlement adopte une résolution sur « la citoyenneté européenne à vendre »<sup>1832</sup> dans laquelle il « fait observer que la citoyenneté européenne suppose l'existence d'un intérêt dans l'Union et dépend des liens de l'intéressé avec l'Europe et ses États membres ou de ses liens personnels avec des citoyens de l'Union », et qu'en conséquence il « prie Malte de mettre son régime d'octroi de la citoyenneté en conformité avec les valeurs de l'Union ». Le Parlement européen reconnaît que « les questions de résidence et de citoyenneté relèvent de la compétence

---

<sup>1830</sup> Sergio Carrera Nuñez, « How Much Does EU Citizenship Cost ? The Maltese Citizenship-for-Sale Affair : A Breakthrough for Sincere Cooperation in Citizenship of the Union ? », in Sergio Carrera Nuñez et Gérard-René de Groot (dir.), *European Citizenship at the Crossroads. The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 309-310.

<sup>1831</sup> Parlement européen, débats, 15 janvier 2014, CRE 17 : « *Member States should use their prerogatives to award citizenship in the spirit of sincere cooperation with the other Member States, as stipulated by the EU Treaties. In compliance with the criterion used under public international law, Member States should only award citizenship to persons where there is a 'genuine link' or 'genuine connection' to the country in question. (...) « I am not calling for the Commission to obtain extension of its legal power to determine what constitutes nationality or the rules granting it. The Commission nevertheless expects from the Member States that they act in full awareness of the consequences of their decisions. (...) It is a fact that the principle of sincere cooperation, which is inscribed in the EU Treaties (Article 4(3) of the Treaty on European Union), should make the Member States take account of the impact of the decisions they take in the field of nationality on other Member States and on the Union as a whole. That is why the Commission follows any developments concerning citizenship in the Member States very closely. (...) [Citizenship] is a fundamental element of our Union and one cannot put a price tag on it. »*

<sup>1832</sup> Parlement européen, résolution du 16 janvier 2014 sur la citoyenneté de l'Union européenne à vendre, n° 2013/2995 RSP.

des États membres, mais prie les États membres d'exercer leurs compétences en la matière avec vigilance et de tenir compte de tout effet préjudiciable », autrement dit il insiste et mentionne l'exigence de « coopération loyale ». Il demande également à la Commission d'établir « des lignes directrices concernant l'accès à la citoyenneté de l'Union dans le cadre des régimes nationaux ».

**551.** Il s'agit d'une réaction « sans précédent »<sup>1833</sup> en droit de la nationalité au sein des institutions européennes. Jamais auparavant le pouvoir de naturaliser d'un État membre n'avait été mis en cause par les institutions européennes<sup>1834</sup>. Face au risque de l'engagement d'une procédure judiciaire en manquement un temps évoquée par la Commission européenne, Malte participe à une session de négociation sur son programme de vente de la nationalité. Il en ressort un communiqué commun adopté le 29 janvier 2014 dans lequel Malte consent à mettre en place une exigence de résidence de douze mois préalable à la naturalisation pour assurer des « liens effectifs » entre le demandeur et l'État :

« Les amendements incluent une exigence de “liens effectifs” [*genuine links*] avec Malte, par le biais de l'introduction d'une condition de résidence effective à Malte préalable à la possibilité d'acquisition de la nationalité. Les certificats de naturalisation seront ainsi octroyés à la condition que le demandeur apporte la preuve qu'il ou elle a résidé à Malte pour une période d'au moins douze mois directement avant l'octroi de la naturalisation. (...) Les services de la Commission se réjouissent de l'annonce de ces amendements concernant la condition de résidence – faits de bonne foi et dans un esprit de loyale coopération (...). »<sup>1835</sup>

La législation maltaise est alors modifiée le 4 février pour intégrer cette nouvelle condition de résidence préalable. Un État membre de l'Union accepte ainsi de revoir les dispositions de sa législation sur la nationalité, pourtant compétence exclusive, suite aux demandes conjointes de la Commission et du Parlement, sur le fondement de l'exigence d'un exercice loyal des compétences au regard des objectifs et des valeurs de l'Union.

---

<sup>1833</sup> Sergio Carrera Nuñez, « How Much Does EU Citizenship Cost ? The Maltese Citizenship-for-Sale Affair : A Breakthrough for Sincere Cooperation in Citizenship of the Union ? », *op. cit.*, p. 310.

<sup>1834</sup> Même le représentant du Conseil, Dimitrios Kourkoulas, déclare à la séance : « the Member States must have sufficient trust in each other to recognise mutually different national provisions governing naturalisation », in Parlement européen, débats, 15 janvier 2014, CRE 17, ce qui marque une certaine condamnation tacite de la pratique maltaise.

<sup>1835</sup> 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 : « *The amendments include genuine links to Malta through the introduction of an effective residence status in Malta prior to the possibility to acquire Maltese naturalisation. No certificate of naturalisation will be issued unless the applicant provides proof that he/she has resided in Malta for a period of at least 12 months immediately preceding the day of issuing of the certificate of naturalisation. (...) The Commission's services welcomed the announced amendments concerning the residence requirement – done in good faith and in a spirit of sincere cooperation (...).* »

**552.** Ce compromis va toutefois être remis en cause par deux discrètes réinterprétations maltaises. Dans un premier temps, les autorités de cet État établissent que cette règle de douze mois de résidence doit être interprétée sur le modèle de la domiciliation fiscale, c'est-à-dire par une présence physique d'au moins 183 jours sur une période de douze mois<sup>1836</sup>. Dans un second temps surtout, en 2015, les mêmes autorités établissent officiellement que la notion de résidence « n'implique pas une présence physique »<sup>1837</sup> sur le territoire ! Sans aucun doute il y a là une violation de l'accord conclu avec la Commission. Il est évident que la présence physique sur le territoire était exigée par l'accord du 29 janvier 2014. Avec cette réinterprétation largement dénaturante, le délai de douze mois devient un simple délai d'attente, alors qu'il devait viser à établir un lien effectif entre le demandeur et son futur pays par la résidence sur le territoire.

**553.** La Commission européenne a récemment repris la main sur le sujet, notamment à la faveur de la révélation de faits de corruption liés au programme maltais<sup>1838</sup>, et indique dans son rapport 2017 sur la citoyenneté européenne que :

« La Commission entend (...) préserver la nature profonde de la citoyenneté de l'Union et ses valeurs intrinsèques ; en 2017/2018, elle publiera un rapport sur les régimes nationaux accordant la citoyenneté de l'Union aux investisseurs, qui décrira l'action de la Commission dans ce domaine, exposera la législation et les pratiques nationales actuelles et donnera des orientations aux États membres. »<sup>1839</sup>

De la même manière, la successeur de Vivian Reding, la Commissaire européenne à la justice Věra Jourová, a fait savoir à l'occasion d'une réponse écrite à la question d'un parlementaire européen en décembre 2017 que « L'opinion de la Commission est que les États membres doivent user de leur compétence en matière d'acquisition de la nationalité en accord avec le droit

---

<sup>1836</sup> Voy. OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, 22 juillet 2010, article 15, 2., a.

<sup>1837</sup> Office of the Regulator, *Second Annual Report on the IIP Programme of the Government of Malta*, La Valette, 2015, n° 79-92, p. 13-15 ; Office of the Regulator, *Fourth Annual Report on the Individual Investor Programme of the Government of Malta*, La Valette, 2017, p. 30-32. Est citée in extenso une consultation commandée à Dimitri Kochenov, professeur de droit constitutionnel européen à l'Université de Groningen. Il est peu de dire que cet universitaire est très lié aux agences de vente de nationalité. Il est responsable de plusieurs programmes de recherche pour la firme Henley and Partners (le leader mondial en la matière), et président du Investment Migration Council. Voy. Atossa Araxia Abrahamian, *The Cosmopolities. The Coming of the Global Citizen*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>1838</sup> Dont même le Parlement européen s'est ému dans Résolution sur l'état de droit à Malte, 15 novembre 2017, n° 2017/2935 RSP : « Y. considérant que le gouvernement maltais a instauré en 2014 un programme destiné aux investisseurs individuels, au titre duquel les ressortissants de pays tiers peuvent acheter la citoyenneté maltaise et de l'Union au prix de 650 000 euros; qu'il est difficile de connaître la liste des bénéficiaires de cette mesure puisque leurs noms ne figurent pas sur la liste des personnes naturalisées qui est rendue publique; qu'un rapport de la FIAU de 2016, qui a fuité, faisait état de préoccupations quant à une éventuelle corruption touchant à l'administration de ce programme ». L'OCDE a de son côté lancé une enquête en février 2018 et collecte des informations auprès de potentiels lanceurs d'alerte, voy. OCDE, *Consultation Document : Preventing Abuse of Residence by Investment Schemes to Circumvent the CRS* (19 February 2018 – 19 March 2018), 19 février 2018.

<sup>1839</sup> Union européenne, *Rapport sur la citoyenneté de l'Union 2017. Renforcer les droits des citoyens dans une Union du changement démocratique*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, p. 15.

international et le droit de l'Union européenne, dans un esprit de coopération loyale [*sincere cooperation*] avec les autres États membres. En conséquence, la Commission contrôle [*monitoring*] les dispositifs d'acquisition de la nationalité par l'investissement [*citizenship investors' schemes*], y compris les demandes, pour s'assurer qu'un lien effectif [*genuine link*] existe entre les investisseurs et l'État membre qui leur remet la nationalité. »<sup>1840</sup> L'affaire maltaise n'a donc pas fini de produire des effets<sup>1841</sup>. Il est d'ailleurs intéressant de noter que de tels débats pourraient créer les conditions d'une réflexion plus générale sur des règles communes en matière de naturalisation, à l'instar de la dynamique américaine de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle (voy. *supra* n° 234 s.). D'ores et déjà, cette affaire conduit à une reconstruction théorique des principes européens en matière de naturalisation abusive.

**554. Reconstruction théorique : l'alignement de l'UE sur le droit international.** – La notion de « nationalité effective » appartient-elle réellement à une période « romantique » des relations internationales ? Sans doute pas, l'affaire maltaise s'écarte résolument des conclusions précitées de Tesauro, de même que de la lettre de l'arrêt *Micheletti*. L'arrêt *Nottebohm* imprègne en effet la doctrine de la Commission en matière de nationalité. Le « lien effectif [*genuine link*] », en « conformité (...) avec le droit international public », est sans cesse employé, que ce soit par Reading dans son discours au Parlement européen, ou dans le communiqué co-signé par la Commission et l'État Maltais, ou encore par Jourová dans sa réponse écrite. Reading emprunte même à la Cour internationale de Justice la formule selon laquelle « la nationalité n'est pas une affaire à prendre à la légère »<sup>1842</sup>. De fait, la sémantique de la Cour internationale de Justice, tout comme la théorie sous-tendue qui prohibe comme abusives les naturalisations extraterritoriales<sup>1843</sup>, est ici intégrée aux « valeurs »<sup>1844</sup> de l'Union européenne. Vendre la citoyenneté européenne par le biais de sa nationalité étatique constitue donc un détournement d'une compétence réservée, en ce qu'elle suit une finalité sociale extérieure et incompatible avec les objectifs de l'Union. En ce sens, l'affaire maltaise révèle une claire violation du principe de coopération loyale. L'ordre juridique de l'Union européenne marque une convergence

---

<sup>1840</sup> Parlement européen, questions, 15 décembre 2017, n° E-005960/2017.

<sup>1841</sup> Elle n'est d'ailleurs que la face émergée d'un phénomène de vente plus global et plus ou moins officiel que connaissent au moins également Chypre, la Bulgarie et l'Autriche.

<sup>1842</sup> La parenté est en effet manifeste entre les propos de Reading – « *citizenship cannot be taken lightly* » – et le langage de la Cour – « *Naturalization is not a matter to be taken lightly* ».

<sup>1843</sup> Avec beaucoup de justesse, Myriam Benlolo-Carobot, « Brexit et citoyenneté européenne », *Rev. Aff. Eur.*, 2016, n° 4, p. 617, a d'ailleurs qualifié d'« abusives » de telles naturalisations.

<sup>1844</sup> On ne pense donc pas que « l'invocation des valeurs de l'Union en la matière est dénuée de la moindre fonction autre que purement déclamatoire », in Étienne Pataut, « Chronique Citoyenneté de l'Union européenne – Intégration et solidarité : quelles valeurs pour la citoyenneté ? », *RTDE*, 2014, n° 3, 784.

évidente avec l'ordre international, dont l'arrêt *Micheletti* l'avait éloigné<sup>1845</sup>. L'action de la Commission européenne s'inscrit pleinement dans une approche prohibitive des naturalisations abusives car conférées sans qu'il n'existe un lien de sujétion territorial habituel entre l'individu et l'État. La jonction s'opère donc ici dans le domaine de la nationalité entre la prohibition de l'abus de droit et le principe de coopération loyale.

555. Quelles sont les potentialités de cette réception européenne de la théorie de la « nationalité effective » ? Il faut distinguer entre la Commission européenne d'une part, et les États membres d'autre part. La Commission se trouve fondée, par le moyen du principe de coopération loyale, à imposer aux États (qui se placent dans une situation manifeste d'abus) une condition de résidence pour s'assurer de l'octroi d'une nationalité territorialement effective. Le recours en manquement, ou sa menace, devient ainsi un moyen d'agir *directement* sur la législation d'un État membre qui ne respecterait pas la condition de sujétion territoriale habituelle dans l'octroi de nationalité. Le conflit ne se résout donc pas sur le terrain de l'opposabilité. À l'inverse, l'inopposabilité reste un moyen ouvert aux autres États membres. Si l'arrêt *Micheletti*, au visa de l'article 54 TCE, affirmait que les États membres ne pouvaient exiger une « condition supplémentaire » de « résidence habituelle » préalable sur le territoire de l'État membre de nationalité pour bénéficier du statut de citoyen européen, il apparaît aujourd'hui que l'article 4, § 3, alinéa 3 TUE pourrait conduire à une reconfiguration de cette solution<sup>1846</sup>. Le statut de citoyen européen, fondé sur les articles 20 et 21 TFUE, devrait être applicable *prima facie*, sauf à ce que l'État membre démontre que l'individu souhaitant se prévaloir de ce statut sur son territoire n'a jamais eu aucun lien effectif de résidence avec l'État membre qui lui a conféré sa nationalité. Dans ce cas, la juste conciliation entre les articles 4 TUE et les articles 20 et 21 TFUE devrait conduire à reconnaître à l'État membre le droit de juger inopposable une telle nationalité conférée en rupture du principe de coopération loyale<sup>1847</sup>. Dans

---

<sup>1845</sup> Dans le même sens, voy. Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup et Ségolène Barbou des Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Paris, PUF, 2015, n° 72, p. 57 : « L'exigence d'effectivité pourrait ressurgir afin de condamner les politiques de "vente" de nationalité qui sont apparues au sein de l'Union européenne. »

<sup>1846</sup> Il est remarquable de noter que Stephen Hall, *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1995, p. 63-74, avait déjà anticipé une telle évolution en considérant que l'octroi d'une nationalité inefficace au sens de *Nottebohm* pouvait rompre le devoir de solidarité prévu à l'article 5 TCE (aujourd'hui le principe de coopération loyale). Voy. également Gerard-René de Groot, « The Relationship Between the Nationality Legislation of the Member States of the European Union and European Citizenship », in Massimo La Torre (dir.), *European Citizenship : An Institutional Challenge*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 123.

<sup>1847</sup> Dans le même sens, voy. Rostane Mehdi, « Les programmes nationaux de vente de passeports : la citoyenneté européenne à l'encan ? », Groupe de recherches Espace de liberté, sécurité, justice, 27 janvier 2014 : « Le droit de l'Union ne peut être moins exigeant que le droit international général. Une nationalité complaisamment accordée, pour des raisons peut-être inavouables, sans considération aucune pour les conséquences liées à la mise en œuvre de ce que l'on peinera à qualifier de politique publique, devrait être perçue comme inefficace donc inopposable.



l'ordre international bien entendu, un tel octroi de nationalité est inopposable aux États tiers suivant les règles classiques déjà décrites.

## § 2. L'abus de droit en matière de déchéance extraterritoriale

« Sans doute, est-ce un des droits souverains des États de retirer, dans des cas déterminés, la nationalité à leurs ressortissants. Mais il y a, en toute matière, le droit et l'abus de droit. »<sup>1848</sup>

René MASSIGLI

**556.** Les propos ici rapportés du diplomate français René Massigli, représentant de la France au Conseil de la Société des Nations, sont prononcés à l'occasion de l'examen par le Conseil de la situation des réfugiés russes<sup>1849</sup>. Ils sont absolument symptomatiques de la grande diffusion à cette époque de la théorie de l'abus de droit en matière de nationalité, qui gagne alors les plus hautes instances internationales. Les mesures de déchéance de la Russie soviétique et de l'Allemagne nazie visent en effet à cette époque à se « débarrasser » de ressortissants indésirables en leur retirant la nationalité alors qu'ils se trouvent sur le territoire d'un État tiers, de manière à empêcher leur retour en évadant l'obligation de réadmission des nationaux. L'abus des législations russe et allemande est alors manifeste, même si les réactions diplomatiques et jurisprudentielles sont assez inégales (A). L'usage de la déchéance de nationalité comme un moyen d'expulsion déguisé, très ancré dans cette séquence historique, a été récemment redécouvert par les États occidentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Ces temps troublés et contemporains marquent ainsi le retour d'une déchéance utilisée comme moyen de bannissement, dont le caractère abusif ne fait guère de doute (B).

### A. La déchéance en tant qu'outil de bannissement : les origines historiques

**557.** La déchéance de nationalité n'a pas toujours été un outil au service du bannissement de ressortissants jugés indésirables sur le sol national, bien au contraire. Comme cela a été montré *supra* (cf. n° 378 s.), la déchéance sanctionne normalement la rupture territoriale à titre définitif entre un individu et un État : le fait précède alors le droit. En parallèle, la peine pénale

---

La préservation de l'ordre public de l'Union justifierait que la Commission réagisse vigoureusement à ce qui s'apparente à une illégalité de l'espèce la plus grave : un détournement de pouvoir. »

<http://www.gdr-elsj.eu/2014/01/27/elsj/les-programmes-nationaux-de-vente-de-passeports-la-citoyennete-europeenne-a-lencan/>

<sup>1848</sup> Conseil de la Société des Nations, 24 janvier 1936, in Société des Nations, *Journal officiel*, 1936, p. 128.

<sup>1849</sup> Le diplomate évoque « certaines pratiques [qui] tendent malheureusement à se généraliser, selon lesquelles des personnes venues de l'étranger avec un passeport visé se trouvent, au cours de leur séjour, privées par leur pays d'origine de leur nationalité (...). », voy. *ibid.*

de bannissement – d’application spécifique aux nationaux – remplissait le rôle d’une mesure de confinement territorial par l’expatriation forcée de l’individu, mais pour une durée limitée, et avec le consentement d’un État d’accueil. Avec l’obsolescence de la peine pénale de bannissement, la déchéance a vite été identifiée comme un moyen pour l’État d’évader ses obligations territoriales à l’égard de ses propres ressortissants (1). Mais de la théorie à la pratique, il faut attendre les mesures prononcées en masse par les régimes autoritaires russe et allemand dans les années 1920 et 1930 pour constater les premières pratiques abusives reposant sur l’emploi de la déchéance de nationalité (2).

## **1. De la peine de bannissement à la déchéance extraterritoriale : histoire de la bascule en France**

**558. Les origines historiques du procédé.** – À partir de quel moment la déchéance de nationalité a-t-elle été perçue comme un moyen de « confinement territorial » pour reprendre les termes de Bentham, c’est-à-dire une méthode d’externalisation du traitement pénal de l’infraction, similaire à celle adoptée pour justifier la peine de bannissement ? L’étude de cette question laisse apparaître une problématique théorique de première importance. La peine de bannissement n’entraîne jamais après la Révolution française la perte de la nationalité. Elle consiste en une rupture territoriale imposée à titre de peine, mais temporaire, et toujours soumise à l’acceptation d’un État d’accueil qui à tout moment demeure libre de renvoyer l’individu dans son pays de nationalité. Il n’y a donc dans cette peine aucun *abus de droit*. En revanche, utiliser le même mécanisme en se fondant sur la déchéance de nationalité est abusif par principe. Dans le modèle normal et non abusif de la déchéance de nationalité, le fait précède le droit : c’est en se fondant sur la rupture territoriale de l’individu, éminemment factuelle, que l’État peut actionner une perte de la nationalité. En revanche, dans le modèle abusif de la déchéance de nationalité, le droit précède le fait : c’est par le moyen juridique de la déchéance de nationalité que l’État impose en fait à son ancien ressortissant une rupture territoriale. Or, lorsqu’il s’agit de bannir un individu par la déchéance, c’est forcément un État en liens effectifs avec un individu qui fait le choix d’un confinement territorial hors de ses frontières, à titre punitif ou préventif<sup>1850</sup>.

---

<sup>1850</sup> Dans le même sens, voy. Ian Brownlie, « The Relations of Nationality in Public International Law », *op. cit.*, p. 339-340 : « *If the deprivation is not a part of a delictual act but merely involves denationalization of groups of citizens domiciled within the frontiers of a State, who lack any other links, then there is no delict – as there would be, for example, if they were forced to try to gain admission illegally in neighbouring States – but the deprivation is not entitled to recognition by others because it disregards the doctrine of effective link and represents an attempt to avoid the responsibilities of territorial sovereignty and statehood. However, if denationalized persons do go*

559. En France, les premières déchéances poursuivant des fins extraterritoriales sont intervenues en 1930, dans le cadre de la répression du communisme (voy. *infra* n° 948). C'est à cette époque que dans les faits, la bascule s'opère entre le dernier banni par la voie de la peine de bannissement – Louis Malvy en 1918 –, et le premier banni par la voie de la déchéance de nationalité – Thomas Olszanski en 1934. À la désuétude de la peine de bannissement répond donc une nouvelle méthode reposant sur la suppression des liens de nationalité. Cette première mise en pratique tire toutefois ses origines intellectuelles du XIXe siècle, à une époque où certains avaient déjà perçu l'intérêt de la perte de la nationalité comme outil de confinement territorial. À notre connaissance, il revient à Camille Sée, conseiller d'État, dans un rapport publié en 1883, d'avoir proposé le premier la déchéance de nationalité aux fins de priver les individus de leur droit de résider dans leur État de nationalité. Le rapport propose la déchéance de plein droit des Français condamnés en vertu des articles 75 et 85 du code pénal, c'est-à-dire pour les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'État. Camille Sée explique ainsi que « Le Français qui tombe sous l'application de ces articles ne perd pas sa qualité. Il peut, dans les cas où la peine peut être prescrite, rentrer en France et invoquer tous les droits attachés à la qualité de Français. Il perdra désormais sa nationalité et pourra, s'il franchit notre frontière, être expulsé du territoire français. »<sup>1851</sup> La section dans son ensemble note encore que « Cette disposition a pour but de prévenir le scandale pouvant résulter de la présence sur notre territoire d'un Français qui, traître à la France, viendrait, sa peine prescrite, vivre ou séjourner sur notre territoire. »<sup>1852</sup> Ce que retiennent ici probablement les membres du Conseil d'État, ce sont sans doute les cas de condamnation à mort (qui sanctionnent la majorité de ces crimes). Il est de fait possible pour le Français qui serait condamné à mort par contumace de revenir en France une fois la peine prescrite, c'est-à-dire après un délai de vingt années en vertu de l'article 635 du code de l'instruction criminelle de l'époque<sup>1853</sup>. C'est précisément ce genre de comportement qui pourrait constituer un « scandale » et dont la déchéance apparaît comme un moyen de se protéger. Mais la formule et les intentions sont alambiquées. Il n'empêche, à une époque où la peine de bannissement est encore en vigueur et encore prononcée, la déchéance est pour la première fois liée à l'idée d'expulser définitivement un national du sol français en le rendant étranger. Si le projet n'est pas repris par le Parlement, il y a ici une expression théorique solide d'une nouvelle

---

*abroad and establish strong links with other States it may be justifiable to accept the loss of the nationality of their former home. This is not to recognize illegality but to accept the effect of changes of fact. »*

<sup>1851</sup> Camille Sée, Rapport du Conseil d'État, 31 mars 1883, in Sénat, *Impressions* (n° 65), II, Paris, Mouillot, 1884, p. 209.

<sup>1852</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>1853</sup> Sur les délais de prescriptions des peines à l'époque, voy. Alfred Bertauld, *Cours de droit pénal et de législation criminelle*, Paris, Cosse, Marchal et Billard, 1873, 4<sup>ème</sup> éd., p. 622-623.

idée pour le XIXe siècle, celle de se servir de la nationalité pour agir sur la résidence de l'individu.

**560. Perception doctrinale.** – Cette bascule – du bannissement par la voie pénale au bannissement par la voie de la déchéance – est peu perçue à l'époque. À l'occasion de la généralisation de la déchéance de nationalité dans la législation française de 1927, deux auteurs de premier plan semblent toutefois apercevoir les dangers d'une pratique en gestation. Pierre Louis-Lucas affirme ainsi sa préférence à l'égard de la peine de bannissement et réfute que la déchéance de nationalité puisse intervenir en remplacement. Il indique ainsi en 1928 que « la sanction qui consisterait à ne priver [le Français] que de certains droits définis, politiques ou autres, peut-être à le bannir, serait préférable à tous égards »<sup>1854</sup> et que la peine de bannissement est « l'équivalent pour le national de ce qu'est l'expulsion pour l'étranger. »<sup>1855</sup> Surtout, Jean-Paulin Niboyet exprime l'impossibilité juridique de faire de la déchéance de nationalité un outil au service d'une politique de bannissement :

« Nous n'approuvons pas notre législation dans toutes ses dispositions. A quoi tend, en effet, cette dénationalisation ? Elle crée des *heimatlose*, puisque ces individus n'ont pas, le plus souvent, une autre nationalité. Ensuite, et surtout, elle est théoriquement inexécutable. En effet, son but est de permettre d'*expulser* ces individus ? Or, aucun État n'est, en droit des gens, tenu de les recevoir sur son territoire. De sorte que si chaque État se renferme dans ses droits, la France est, en définitive, obligée de les conserver. Et s'il en est ainsi, à quoi sert-il de les avoir dénationalisés. Sur le terrain *civil* il faudra bien continuer de leur appliquer la loi française (loi de leur domicile) ; sur les autres terrains, politique notamment, le même résultat pourrait être atteint par la voie de déchéances directes (perte des droits de citoyens en tout ou en partie). Il serait préférable en tout cas de n'admettre la dénationalisation à titre de peine que lorsque l'intéressé possède une nationalité étrangère. »<sup>1856</sup>

Marc Ancel, à l'inverse, s'en félicite. Il y voit justement une « arme merveilleusement utile » puisque, dans le cas où l'autorité publique ne disposerait pas d'une « incrimination suffisante » pour agir pénalement contre un individu, la déchéance peut « permettre son expulsion », et constituer ainsi une « mesure de sûreté » au profit de l'État<sup>1857</sup>. La perception de ce phénomène ira par la suite croissante, surtout à la vue des pratiques russe et allemande des années 1920 et 1930. Il revient ainsi à un auteur néerlandais, Jean-Pierre-Adrien François, diplomate et professeur, futur secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage, d'avoir le premier théorisé que

---

<sup>1854</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française*, op. cit., p. 271.

<sup>1855</sup> *Ibid.*, note 2.

<sup>1856</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, op. cit., n° 171, p. 219.

<sup>1857</sup> Voy. les propos rapportés dans les débats à la suite de l'exposé de Pierre Louis-Lucas, « La réforme de la législation sur la perte de la nationalité française », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1939, vol. 5, p. 32.

la déchéance de nationalité occupait désormais efficacement les mêmes fonctions que la désuète peine de bannissement :

« Une mesure autrefois bien connue, qui pouvait avoir les mêmes effets que la dénationalisation, était l'exil. Dans les États civilisés cette mesure n'était plus appliquée en ce qui concerne les propres sujets. Pour effectuer l'expulsion, il est nécessaire qu'un autre État reçoive la personne en question. Quand celle-ci possède la nationalité de l'État qui veut l'expulser, aucun État n'est obligé de la recevoir sur son territoire. (...) Les États peuvent toutefois tâcher d'éluider ces règles générales du droit international en privant en même temps les sujets en cause de leur nationalité ; ce n'est plus alors leurs propres sujets qu'ils expulsent, mais des apatrides. La mesure présente en outre l'avantage d'être encore plus rigoureuse que le bannissement pur et simple. »<sup>1858</sup>

C'est en effet du contexte international que naît cette prise de conscience doctrinale, en particulier en se fondant sur les pratiques russe et allemande de l'entre-deux-guerres.

## 2. La pratique autoritaire des années 1920-1930 : Russie et Allemagne<sup>1859</sup>

**561. La pratique de la Russie soviétique.** – La Russie soviétique va provoquer les premiers bouleversements modernes liés à la déchéance de nationalité comme vecteur de bannissement. En effet, la Révolution bolchévique de 1917 ne tarde guère à produire des effets en la matière puisque le 28 octobre 1921<sup>1860</sup>, Lénine signe un décret privant de leur nationalité une part importante des émigrés russes :

« 1° Les personnes appartenant aux catégories ci-dessous indiquées qui se trouvent à l'étranger après la promulgation de la présente décision sont privées des droits de citoyens russes :

a) Les personnes qui ont séjourné à l'étranger sans interruption pendant plus de cinq années et qui n'ont pas obtenu des représentants soviétiques de passeports pour l'étranger ou des certificats correspondant, avant le 1<sup>er</sup> juin 1922 ;

b) Les personnes parties de la Russie après le 7 novembre 1917 sans autorisation des autorités soviétiques ;

c) Les personnes ayant servi volontairement dans les armées qui ont combattu le pouvoir soviétique, ou ayant participé sous une forme ou une autre à des organisations contre-révolutionnaires ; »<sup>1861</sup>

---

<sup>1858</sup> Jean-Pierre-Adrien François, « Le problème des apatrides », *RCADI*, 1935, vol. 53, p. 306.

<sup>1859</sup> On laisse de côté la question de la loi italienne, très semblable à la législation russe, mais « appliqu[ée] à titre tout à fait exceptionnel », voy. Giuseppe Nitti, « La situation juridique des émigrés italiens en France », *RGDIP*, 1929, t. 36, p. 757. Pour une traduction de la loi italienne sur la déchéance du 31 janvier 1926, voy. *ibid.*, p. 743.

<sup>1860</sup> Parfois aussi daté du 15 décembre 1921, en raison d'une nouvelle publication suite à la confirmation du Comité central exécutif panrusse. Il entre en vigueur le 20 décembre 1921. Voy. Marc Vichniac, « Le statut international des apatrides », *RCADI*, 1933, vol. 43, p. 171, note 2.

<sup>1861</sup> Le décret est rapporté par : Paul Tager, « Documents : Russie soviétique », *Journal du droit international*, 1925, t. 52, p. 551-552 ; conclusions du substitut Chabrier, « affaire Bek-Marmatscheff c. Koutznetzkoïf », *Revue de droit international privé*, 1929, t. 24, p. 301

Ce texte est confirmé à la suite à l'échelle de la fédération soviétique – et non plus seulement la Russie – par un décret du 29 octobre 1924 qui, outre la réception de cette législation, prévoit un nouveau cas de déchéance concernant les ressortissants soviétiques à l'étranger qui « ne sont pas revenu[s] ou ne reviennent pas sur l'ordre des organes intéressés du gouvernement »<sup>1862</sup>. Les motifs politiques transparaissent clairement, en particulier dans les b) et c) du décret de 1921 : quitter la Russie sans autorisation après le 7 novembre 1917, c'est fuir le nouveau régime puisque cette date correspondant à la prise de Petrograd par les bolchéviques ; plus clairement encore, lutter contre le « pouvoir soviétique » ou prendre part à la « contre-révolution » est un motif de perte de la nationalité.

**562.** Il en résulte une dénationalisation en masse, dont l'estimation est particulièrement délicate, les chiffres avancés variant entre 400 000<sup>1863</sup> et deux millions<sup>1864</sup> en 1927, puis s'établissant autour d'un simple million probablement très arrondi dans les années 1930<sup>1865</sup>. Pour Trachtenberg, il y a là majoritairement des « citoyens bannis »<sup>1866</sup> pour des motifs politiques, et dont le gouvernement empêche le retour par le moyen de la déchéance. Pour Niboyet, un État ne peut pas se « débarrasser » de ses ressortissants par cette voie :

« Est-il conforme au droit des gens qu'un pays dénationalise en masse ses ressortissants ? Nous n'hésiterons pas à admettre la négative. En ce qui nous concerne d'ailleurs, nous ne ferions aucune différence entre la dénationalisation individuelle ou en masse. Nous ne croyons pas qu'un État ait le droit de se débarrasser, aux dépens des États voisins, des nationaux qui ont cessé de lui plaire. Il y a d'autres sanctions civiles ou pénales. La dénationalisation réagit sur les États que l'on oblige à accepter que des individus soient désormais sans nationalité, c'est-à-dire de véritables singularités juridiques. (...) [Les] États qui dénationalisent leurs ressortissants ne remplissent pas leurs obligations internationales. »<sup>1867</sup>

Lapradelle insiste quant à lui sur un double fondement pénal et politique de ces mesures pour arguer de leur inopposabilité :

« Est-il conforme au droit international que l'État transforme ses nationaux en heimatlos ? Manifestement non. Est-il conforme au droit international qu'un État frappe, pour des raisons politiques, ses nationaux de la perte de leur nationalité ? Manifestement non. La législation

---

<sup>1862</sup> Paul Tager, « Documents : Russie soviétique », *Journal du droit international*, 1925, t. 52, p. 552.

<sup>1863</sup> Jean Delehelle, « Conséquences juridiques de la reconnaissance du gouvernement des soviets par la France », *Revue de droit international privé*, 1927, t. 22, p. 205.

<sup>1864</sup> John Fischer Williams, « Denationalization », *op. cit.*, p. 46.

<sup>1865</sup> Voy. par ex. Lawrence Preuss, « International Law and Deprivation of Nationality », *op. cit.*, p. 264 ; Bernard Trachtenberg, « La situation des apatrides », *Revue de droit international privé*, 1933, t. 28, p. 236, note 3.

<sup>1866</sup> Bernard Trachtenberg, « La situation des apatrides », *op. cit.*, p. 257.

<sup>1867</sup> Jean-Paulin Niboyet, « note sous CA Paris, 30 avril 1926, *Chiger* », *Revue de droit international privé*, 1927, t. 22, p. 246-247.

française n'a pas à reconnaître l'effet sur son territoire de dispositions pénales d'un droit étranger, encore moins de dispositions pénales prises pour des considérations qui seraient exclusivement d'ordre politique. »<sup>1868</sup>

Cet argument est intéressant, il repose sur l'idée qu'un État n'a pas à utiliser les moyens territoriaux d'autres États pour mener sa politique pénale. En ce sens, comme le dira plus tard un autre auteur : « L'État souverain est celui qui doit pouvoir satisfaire à ses besoins par ses propres moyens juridiques, ce qui implique le devoir de ne pas concevoir des solutions qui ne soient susceptibles de réalisation que par le recours à des moyens appartenant à des États étrangers, telles leurs possessions territoriales ; et ceci sans leur agrément et en violation de leur droit de souveraineté. »<sup>1869</sup>

**563.** Toutefois, il faut bien relever que ces individus traités en « réfugiés » en France ne sont pas nécessairement désireux de revenir dans leur pays d'origine passé sous la domination soviétique, et que le prononcé de ces déchéances a pu servir leurs intérêts. Ainsi, ce décret soviétique de 1921 « n'est pas sans résultat heureux pour les réfractaires au régime communiste, car il les affranchit de la loi soviétique dont ils redoutaient par-dessus tout l'application »<sup>1870</sup> note Joseph Champcommunal en 1924. De la même manière, Jean Delehelle questionne de manière rhétorique en 1927 : « peut-on supporter, après les bouleversements qui se sont produits en Russie, que des hommes, qui ont tout quitté en haine d'un pouvoir, soient repris par ce pouvoir à l'étranger après plusieurs années »<sup>1871</sup> ? Jean-Paulin Niboyet se fonde d'ailleurs précisément sur la situation territoriale des réfugiés pour affirmer que, dans le cas où un individu a quitté son État pour des motifs politiques et qu'il ne souhaite en aucune manière y retourner, la perte de la nationalité ne mérite sans doute pas la condamnation internationale<sup>1872</sup>. Si les États

---

<sup>1868</sup> Albert de Lapradelle, « Consultation dans l'affaire Bek-Marmatscheff c. Koutznetzkoï », *Revue de droit international privé*, 1929, t. 24, p. 311.

<sup>1869</sup> Maximilien Philonko, « Expulsion des Heimatlos », *Journal du droit international*, 1933, t. 60, p. 1178. L'auteur écrit encore dans une formule marquante : « De quel droit traitera-t-on l'État étranger comme une sorte d'égout dans lequel on se permettrait de déverser son détrit social ? » (*ibid.*, p. 1177).

<sup>1870</sup> Joseph Champcommunal, « La condition des Russes à l'étranger spécialement en France », *Revue de droit international privé*, 1924, t. 19, p. 347.

<sup>1871</sup> Jean Delehelle, « Conséquences juridiques de la reconnaissance du gouvernement des soviets par la France », *op. cit.*, p. 206. L'auteur précise plus loin : « La perte de la nationalité russe par les réfugiés qui ne se rallient pas à l'URSS ne doit pas seulement résulter de la législation soviétique ; elle est nécessitée par la situation de fait. L'équité obligerait d'admettre la perte de la nationalité des émigrés russes, même s'il n'y avait pas eu de législation de dénationalisation en Russie. » (*ibid.*, p. 235).

<sup>1872</sup> Voy. Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, vol. I, *op. cit.*, 1938, n° 114, p. 135 : « Nous sommes ainsi conduit à restreindre, en doctrine, le droit à la dénationalisation des nationaux, au cas où ceux-ci ont quitté le territoire pour motif politique et refusent d'y revenir, c'est-à-dire pratiquement des réfugiés politiques. À l'égard des autres, – il est vrai qu'ils sont moins nombreux – la dénationalisation devrait être condamnée sans réserves, et remplacée s'il y a lieu par des peines qui seraient plus efficaces. (...) Les moyens ne manquent certainement pas. Tout vaudrait mieux que de créer chez soi des apatrides puisqu'on est en définitive obligé de les conserver sur son territoire. »

qui ont accueilli ces ressortissants russes par la suite déchus peuvent légitimement chercher leur expulsion<sup>1873</sup>, comme pour n'importe quel étranger<sup>1874</sup>, force est de constater que dans cette masse d'individus, beaucoup sont globalement réfractaires à l'idée de retourner en Russie<sup>1875</sup>. Le rapport entre le droit et le fait est ici nuancé. La déchéance extraterritoriale est en effet abusive à condition que l'État évade son obligation de réadmission à l'égard d'un individu avec lequel il est lié par une sujétion territoriale encore habituelle, cela est nécessaire pour caractériser le détournement. Autrement dit, le droit précède-t-il réellement le fait dans cette situation d'espèce ? La réponse est tout de même plutôt positive : le mobile politique conduit le gouvernement soviétique à agir de manière trop précoce et trop générale. Comment justifier la déchéance d'individus au simple motif qu'ils ont quitté après 1917 le territoire sans autorisation ? Une telle condition est déraisonnable et caractérise par là-même l'abus et la volonté de se « débarrasser » des opposants. Il en va de même des dispositions qui retirent la nationalité à l'individu qui a participé à la lutte contre-révolutionnaire, sans prendre la précaution de s'assurer que cet engagement s'est fait au profit d'un État étranger (marquant par là un commencement de rattachement à une souveraineté étrangère), à l'instar de la législation française (voy. *supra* n° 379 s.). En revanche, ne paraît pas abusive la déchéance prononcée après cinq années d'expatriation, puisqu'il suffit à l'individu de demander un passeport aux autorités diplomatiques soviétiques pour en paralyser l'effet. Il faut d'ailleurs relever que les États-Unis ont à cette époque une législation sans doute plus sévère à l'égard des américains expatriés, mais il est vrai qu'elle ne concerne que les naturalisés retournés vivre dans leur pays d'origine<sup>1876</sup>.

---

<sup>1873</sup> C'est la solution du « rapatriement » qui est étudiée pendant quelques temps dans le cadre de la Société des Nations. Face à la mauvaise volonté russe, elle est rapidement abandonnée. Voy. Ioan G. Lipovano, *L'Apatridie*, thèse, Paris, Les éditions internationales, 1935, p. 116-117.

<sup>1874</sup> Réserves faites évidemment des considérations relatives au droit d'asile et au droit des réfugiés. Mais à cette époque, la matière n'est pas formalisée juridiquement et relève bien davantage, au regard du droit international, d'une question laissée à l'entière discrétion des États. L'hypothèse est envisagée par Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, vol. I, *op. cit.*, 1938, n° 114, p. 134, qui se fonde alors sur « les lois de l'humanité » : « Comment admettre la cruauté d'obliger l'État de refuge, s'il refuse de s'incliner devant le fait de l'apatridie, à livrer les réfugiés au pays d'origine. C'est là une éventualité à laquelle nul ne se résoudra. (...) Les lois de l'humanité obligent donc, d'une part, à recevoir les réfugiés, et d'autre part à ne pas protester contre le fait qu'ils deviennent apatrides. »

<sup>1875</sup> Voy. Joseph Champcommunal, « La condition des Russes à l'étranger spécialement en France », *op. cit.*, p. 321 : « Ce qui caractérise ce mouvement d'émigration, ce départ collectif, c'est encore moins la crainte des représailles que la volonté hautement affirmée de maintenir la nation traditionnelle et de rester fidèle à ses institutions. Les Russes vivant en terre étrangère, bien que répartis entre plusieurs territoires, prétendent constituer un bloc unique, indivisible, jouissant d'une sorte d'autonomie. (...) Sans être sans précédent dans l'histoire, la situation est fort exceptionnelle. Elle rappelle – tout préjugé historique écarté – la situation des émigrés français en Allemagne au temps de la Convention. »

<sup>1876</sup> Patrick Weil, *The Sovereign Citizen*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2013, p. 83-91. Dans le sens d'une législation somme toute peu extraordinaire, voy. Joseph Champcommunal, « La condition des Russes à l'étranger spécialement en France », *Revue de droit international privé*, 1924, t. 19, p. 346 : « Ce décret [de



564. Il en résulte justement que l’abus de la législation russe, largement consacré en doctrine, n’a pas ou peu été évoqué par les juges, face d’une part à l’absence de volonté des pays d’accueil de renvoyer ces « réfugiés », et d’autre part l’absence de volonté des Russes déchus de retourner dans leur pays d’origine. La jurisprudence française, une fois le gouvernement soviétique reconnu, a donc appliqué mécaniquement les décrets de 1921 et 1924 dans un arrêt d’appel *Chiger* rendu en 1926<sup>1877</sup>, à l’invitation d’ailleurs de la Chancellerie<sup>1878</sup>, et moyennant postérieurement une timide réserve de principe au cas où entrerait en jeu l’ordre public de la France<sup>1879</sup>. De la même manière, le Tribunal fédéral suisse fait application en 1934 des décrets soviétiques en refusant par principe d’en examiner l’opposabilité internationale dans une affaire *Lempert c. Bonfol*<sup>1880</sup>. Il n’en sera pas de même avec la législation allemande.

---

1921], malgré son caractère de mesure politique, impose son autorité, car chaque peuple a le droit de régler souverainement sa composition. Il n’est pas rare d’ailleurs qu’un pays fasse résulter la déchéance de la nationalité de certaines circonstances, telles que l’émigration sans espoir de retour ou la prise du service militaire dans une armée étrangère. »

<sup>1877</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 30 avril 1926, *Chiger*, RDIP 1927. 244 : « que Chiger rentre dans cette catégorie [des nationaux russes par filiation] ; qu’il ne figure pas parmi ceux qui, selon le paragraphe 12 du décret du 29 octobre 1924, combiné avec les dispositions d’un précédent décret du 28 octobre 1921, ont été déclarés déchus du droit de cité de l’Union des Républiques socialistes soviétiques ; que, sans doute, cette déchéance a atteint les personnes qui ont séjourné à l’étranger plus de cinq années sans interruption, et qui n’ont pas reçu avant le 1<sup>er</sup> mars 1922, des représentations soviétiques à l’étranger, des passeports étrangers ou des certificats correspondants ; mais que de délai n’a point couru vis-à-vis de Chiger, puisqu’il est expressément stipulé dans ces textes qu’ils ne sera pas applicable aux pays où il n’existe pas de représentations de l’Union des républiques soviétiques, et qu’il n’entrera en vigueur, en ce qui les concerne, qu’après la création de cette représentation »

<sup>1878</sup> Voy. ministre de la justice, « circulaire sur la législation applicable aux Russes, en France », 28 avril 1925, in *Journal du droit international*, 1926, t. 53, p. 233 : « Monsieur le ministre des Affaires étrangères, consulté, me fait connaître qu’une distinction doit être établie, à cet égard, entre les “réfugiés russes” et les citoyens de l’Union des Républiques socialistes et soviétique. Les premiers n’ont pas de statut personnel par suite de l’abolition de l’ancienne législation russe et du fait que l’Union des Républiques socialiste et soviétique ne reconnaît pas la nationalité russe des émigrés. »

<sup>1879</sup> Trib. Civ. Seine, 2<sup>ème</sup> ch., 7 mars 1929, *Bek-Marmatscheff*, in RDIP 1929. 306-307 : « Att. Que le gouvernement français ayant, le 28 octobre 1924, notifié au gouvernement de l’Union des Républiques socialistes soviétiques qu’il le reconnaissait *de jure*, c’est à la loi de l’Union des Républiques qu’il convient de se référer pour déterminer la nationalité de la dame Bek-Marmatcheff, même si cette loi est antérieure au 28 octobre 1924, la reconnaissance *de jure* par le gouvernement français ayant un effet rétroactif ; Att. qu’il n’en serait autrement que si les mesures de dénationalisation édictées par le gouvernement des Soviets étaient contraires à l’ordre public français, mais qu’elles y sont étrangères ; (...) Att. Qu’aux termes du 1<sup>er</sup> article, paragraphe *b* de ce décret [de 1921], étaient notamment privées des droits de citoyen russe les personnes parties de la Russie après le 7 novembre 1917 sans l’autorisation des autorités soviétiques ; Att. Que la dame Bek-Marmatscheff rentrait dans la catégorie des personnes visées par ce paragraphe (...) ; Att. qu’il s’ensuit qu’en vertu [de cet article], la dame Bek-Marmatscheff doit être considérée comme déchue de plein droit de la nationalité russe »

<sup>1880</sup> Voy. Tribunal Fédéral, 15 juin 1934, *Lempert c. Bonfol*, BGE 60. I. 67, ici 81 : « *Es ist nicht nötig, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob das aus der Souveränität des einzelnen Staates grundsätzlich folgende Recht, die Voraussetzungen für den Erwerb und die Fortdauer seiner Staatsangehörigkeit durch seine nationale Gesetzgebung frei zu bestimmen, durch Rücksichten des internationalen Verkehrs Einschränkungen erleide; ferner inwiefern sich hierüber aus der Völkerrechtslehre bestimmte Grundsätze ableiten lassen, die es gestatten würden, eine Bestimmung wie die in Betracht kommende als unzulässig zu erklären. Denn selbst wenn dies der Fall wäre, würde darin nach dem Wesen des Völkerrechtes als einer Ordnung zwischen Staaten höchstens eine Verletzung von Pflichten gegenüber den andern Staaten liegen, die durch die beanstandete Ordnung in ihren Interessen betroffen werden, wobei die Annahme eines solchen Verstosses überdies praktisch solange ohne Wirkung bleibt, als ein*

**565. La pratique de l'Allemagne hitlérienne.** – La législation allemande relative à la déchéance de nationalité va être formée de deux lois, adoptées entre 1933 et 1941. La première est la loi du 14 juillet 1933 relative à la révocation des naturalisations et à la déchéance de nationalité<sup>1881</sup>, qui prévoit elle-même deux mécanismes. Le premier mécanisme, déjà mentionné, prévoit une révision collective des naturalisations. D'une durée provisoire de deux années, ce dispositif contenu au § 1 de la loi du 14 juillet 1933 signée par Hitler permet la « révocation des naturalisations » (*Widerruf von Einbürgerungen*) prononcées entre le 9 novembre 1918 et le 30 janvier 1933, si celles-ci sont jugées « indésirables ». Le Règlement du 26 juillet 1933 pris en application de la loi indique bien que ce sont les « principes populaires nationaux » qui doivent guider l'autorité, à savoir les points de vue « de race, de nationalité et de culture » qui visent « spécialement » les « Israélites de l'est », mais aussi les « personnes qui ont commis un délit grave ou un crime, ou se sont, en général, comportées d'une manière préjudiciable au bien de l'État ou du peuple ». À ce premier mécanisme s'ajoute un second système de « déchéance de nationalité » (*Aberkennung der Staatsangehörigkeit*) des émigrés prévu au § 2 de la même loi, et qui rappelle très largement le modèle russe :

« Les ressortissants de l'Empire qui résident à l'étranger peuvent être déchus de la nationalité allemande s'ils ont lésé les intérêts allemands par leur conduite, contraire au devoir de fidélité envers l'Empire et le peuple. Il en est de même pour les ressortissants de l'Empire qui n'obéissent pas à la sommation de revenir faite par le ministre de l'Intérieur de l'Empire (...). »

La même réglementation du 26 juillet ne laisse guère de doute quant au caractère politique de la déchéance : « Une conduite contraire au devoir de fidélité envers l'Empire et le peuple a spécialement lieu quand un Allemand a aidé à la propagande hostile à l'Allemagne, ou a cherché à avilir le prestige allemand ou les mesures du gouvernement national. » Un décret secret d'Himmler pris le 30 mars 1937 permet de renforcer l'efficacité du mécanisme par l'établissement de présomptions relatives au caractère antinational de l'émigration, notamment à l'égard des personnes de confession juive, et des responsables politiques de gauche<sup>1882</sup>. En 1941, la législation prend une tournure exclusivement antisémite par l'adoption de la « onzième ordonnance à la loi sur la citoyenneté » (*Elfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz*) le 25 novembre 1941 qui prévoit une déchéance par décret de toute personne juive résidant à l'étranger : « Un

---

*Rechtsweg für den auswärtigen Staat, um den früheren Heimatstaat zur Rückgängigmachung der Ausbürgerung und Wiederaufnahme der betreffenden Person anzuhalten, nicht gegeben ist. »*

<sup>1881</sup> RGBl I. S. 480. Trachtenberg en a donné une traduction et un court commentaire, voy. « Documents : Allemagne », *Revue de droit international privé*, 1933, t. 28, p. 687-688 (texte de loi), p. 688-690 (règlement d'application du 26 juillet 1933) et p. 690-692 (commentaire).

<sup>1882</sup> Jean-Pierre Kéribin, « Le droit allemand de la nationalité sous le Troisième Reich », in Gérard Schneilin et Gilbert Krebs (dir.), *État et société en Allemagne sous le III<sup>e</sup> Reich*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 1997, p. 73.

Juif qui a sa résidence habituelle à l'étranger [*gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland*] ne peut pas être un ressortissant allemand [*deutscher Staatsangehöriger*]. »<sup>1883</sup> Au total, quels sont les résultats de cette politique ? Les estimations sont ici plus précises : les déchéances et révocations prises en vertu de la législation de 1933 auraient atteint 38 766 individus ; les déchéances prises en vertu de la législation de 1941 auraient atteint entre 155 000 et 170 000 individus<sup>1884</sup>.

**566.** Bien entendu, du point de vue territorial, ces législations sont hautement abusives. Certes leur application repose sur une condition d'expatriation – au moins en ce qui concerne les déchéances prévues par les lois de 1933 et 1941 –, mais leur immédiateté d'application ne prend pas le soin de caractériser la rupture de la sujétion habituelle au territoire allemand. L'objectif implicite mais certain, c'est d'imposer ces populations à la charge des États qui les ont accueillies en recourant à un mécanisme de « proscription politique »<sup>1885</sup> comme l'écrira très justement Scelle. Quant à leurs effets internationaux, à la différence des déchéances russes, l'inopposabilité de ces mesures va être largement retenue par les juridictions nationales. D'abord pour des raisons liées à la guerre : dans ce genre de période, les dénationalisations peuvent ne pas produire d'effets sur le territoire des États en guerre car ceux-ci souhaitent continuer de traiter en sujets d'une puissance belligérante les individus entrés sur leurs territoires avec un passeport ennemi. Autrement dit, un Allemand entré sur le territoire britannique puis privé de sa nationalité continuera d'être considéré comme Allemand par les autorités, de manière à lui appliquer la législation d'exception relative aux sujets des puissances ennemies (détention, mise sous séquestre des biens, etc.)<sup>1886</sup>. Il revient d'ailleurs au Royaume-Uni d'avoir fixé avec la plus grande clarté cette règle dans une affaire *Rex v. Home Secretary, ex parte L.*, rendue en 1945, et dans laquelle Lord Caldecote écrit pour la Cour que « si les décrets allemands produisaient des effets, alors ces Allemands seraient privés de leur nationalité et rendus apatrides ; il en résulterait à l'évidence qu'ils ne seraient plus considérés comme des étrangers ennemis et qu'ils ne tomberaient plus sous le coup des incapacités afférentes à ce statut. (...) Les changements de nationalité en temps de guerre qui pourraient porter préjudice à notre pays ne doivent donc pas être reconnus. »<sup>1887</sup> La décision est toutefois très critiquée, considérée

---

<sup>1883</sup> RGBl. I. S. 1146 : « *Ein Jude, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat, kann nicht deutscher Staatsangehöriger sein.* »

<sup>1884</sup> Jean-Pierre Kéribin, « Le droit allemand de la nationalité sous le Troisième Reich », *op. cit.*, p. 72-73. Dans le même sens, Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 308.

<sup>1885</sup> Georges Scelle, « À propos de la loi allemande du 14 juillet 1933 sur la déchéance de nationalité », *op. cit.*, p. 74.

<sup>1886</sup> Voy. Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, *op. cit.* p. 121-122.

<sup>1887</sup> *Rex V. Home Secretary, ex parte L.*, [1945] 1 K.B. 7 (The Law Reports, King's Bench Division).

comme « inopportune et injuste »<sup>1888</sup>, elle doit nécessairement être cantonnée aux circonstances de guerre<sup>1889</sup>. Ensuite pour des raisons liées aux droits de l'homme : la contrariété manifeste et absolue aux droits fondamentaux va conduire plusieurs juges à considérer comme inopposable une telle législation. Le Tribunal fédéral suisse dans une affaire *Levita-Mühlstein* rendue en 1946 va ainsi considérer comme contraire à l'ordre public suisse la législation allemande de 1941, car fondée « sur des arguments racistes », qui « ne sont pas compatibles avec le sentiment de la justice », notamment celui de « l'égalité des citoyens devant la loi »<sup>1890</sup>. Cette solution est toutefois de courte durée puisque, dès 1948, la jurisprudence est revirée et le Tribunal ne retient plus la possibilité d'une inopposabilité pour des motifs tirés d'une contrariété à l'ordre public suisse<sup>1891</sup>. Plus tard, la *House of Lords* britannique, statuant en juge suprême, retiendra les mêmes formules dans l'affaire *Oppenheimer v. Cattermole* rendue en 1975, Lord Cross of Chelsea déclarant notamment que : « En ce qui nous concerne ici, nous faisons face à une législation qui retire à une partie de la communauté des citoyens, sur de seuls motifs raciaux et sans compensation, tous les biens sur lesquels l'État peut mettre la main, et, de plus, les prive de leur nationalité. Dans mon esprit, une loi de cette espèce constitue une si grave infraction aux droits de l'homme que les tribunaux de ce pays doivent lui dénier toute qualité juridique [*refuse to recognise it as a law at all*]. »<sup>1892</sup>

**567.** Il se déduit de l'ensemble que les juges britannique et suisse n'ont parfois pas hésité à reconnaître comme inopposable une mesure de déchéance prononcée par l'autorité allemande, pour des motifs variés liés aux circonstances de guerre ou à la protection des droits de l'homme. Force est donc de constater que l'inopposabilité n'a rien de théorique auprès des juges nationaux et qu'un tel mécanisme est fonctionnel. Si l'argument de la violation de la condition territoriale liée à la nationalité n'a pas encore été évoqué devant les juges, rien ne semble s'y

<sup>1888</sup> James E. S. Fawcett, « Decisions in the English Courts since the Beginning of 1945 Involving Public and Private International Law », *BYIL*, 1946, t. 23, p. 381.

<sup>1889</sup> Voy. Hersch Lauterpacht, « The Nationality of Denationalized Persons », *JYIL*, 1948, t. 1, p. 179-180.

<sup>1890</sup> Tribunal Fédéral, 14 juin 1946, *Madeleine Levita-Mühlstein contre le Département fédéral de justice et police*, BGE 72. I. 407, ici 413.

<sup>1891</sup> Tribunal Fédéral, 3 octobre 1948, *Rosenthal c. Eidg. Justiz- und Polizeidepartement*, BGE 74. I. 346, ici 349 : « *Ob die Ordnung des ausländischen Rechts schweizerischen Auffassungen von öffentlicher Ordnung entspricht oder nicht, ist unerheblich.* » Pour un commentaire du revirement, voy. Clive Parry, « The Duty to Recognise Foreign Nationality Laws », *ZaöRV* (Heidelberg Journal of International Law), 1958, vol. 19, p. 353-354.

<sup>1892</sup> *Oppenheimer v. Cattermole*, [1975] UKHL 50 TC 159, ici 214 : « *But what we are concerned with here is legislation which takes away without compensation from a section of the citizen body singled out on racial grounds all their property on which the state passing the legislation can lay its hands and, in addition, deprives them of their citizenship. To my mind a law of this sort constitutes so grave an infringement of human rights that the courts of this country ought to refuse to recognise it as a law at all.* »

opposer ; l'argument de l'inopposabilité d'une déchéance en raison d'une soustraction abusive à l'obligation de réadmission des nationaux peut en conséquence prospérer.

## **B. Le caractère abusif de la déchéance dans le cadre de la lutte contre le terrorisme**

**568.** C'est dans le contexte de la lutte contre le terrorisme qu'est réapparue la doctrine d'emploi de la déchéance de nationalité comme un moyen – abusif – de confinement territorial des individus jugés indésirables<sup>1893</sup>. De nombreux pays recourent à ce moyen<sup>1894</sup>, mais deux en particulier retiennent l'attention en ce qu'ils suivent chacun un modèle symptomatique des usages. Le Royaume-Uni d'abord, en ce qu'il utilise la déchéance de nationalité lorsque son ressortissant se trouve à l'étranger, de manière à évader l'obligation de réadmission des nationaux, et ainsi mettre en œuvre une stratégie préventive de lutte contre le terrorisme (1). La France ensuite, en ce qu'elle utilise la déchéance de nationalité lorsque son ressortissant se trouve encore sur le sol national, comme un préalable au prononcé d'une mesure d'expulsion à destination d'un second État de nationalité. La France évade donc ici la prohibition de l'expulsion des nationaux et met en œuvre une stratégie répressive de lutte contre le terrorisme (2).

### **1. La déchéance abusive des nationaux en séjour dans un État tiers : le cas britannique**

**569. Exposé de la législation britannique.** – Le Royaume-Uni est sans doute le pays qui recourt le plus au moyen de la déchéance extraterritoriale<sup>1895</sup>. Dans ce pays, la politique de déchéance de nationalité pour faits de terrorisme a débuté en 2003 : trente-sept déchéances ont été prononcées jusqu'alors<sup>1896</sup>, en application du British Nationality Act 1981 (ci-après BNA 1981) tel qu'amendé par le Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, l'Immigration,

---

<sup>1893</sup> Voy. l'étude d'Andrew Walmsley, *Les questions de nationalité et le déni du droit de résidence dans le contexte de la lutte contre le terrorisme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 5 décembre 2006, CDCJ-BU (2006) 22, p. 10-13 qui retient globalement, en cas de plurinationalité, l'interdiction de l'État de résidence et de nationalité d'un individu condamné pour terrorisme de procéder à une expulsion subséquente à une déchéance vers un second État de nationalité.

<sup>1894</sup> Voy. Peter Spiro, « Expatriating Terrorists », *Fordham Law Review*, 2014, vol. 82, p. 2169-2187 ; Audrey Macklin, « Citizenship Revocation, the Privilege to Have Rights and the Production of the Alien », *Queen's Law Journal*, 2014, vol. 40, p. 1-54 ; Sangita Jaghai, « Citizenship deprivation, (non) discrimination and statelessness. A case study of the Netherlands », *Statelessness Working Paper Series* n° 2017/07, 17 p. ; Audrey Macklin et Rainer Bauböck (dir.), « The Return of Banishment : Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship ? », *RSCAS* 2015/14, 57 p.

<sup>1895</sup> Pour une étude des origines de la déchéance au Royaume-Uni, voy. Patrick Weil et Nicholas Handler, « Revocation of Citizenship and Rule of Law : How Judicial Review Defeated Britain's First Denaturalization Regime », *Law and History Review*, 2018, vol. 36, n° 2, p. 295-354.

<sup>1896</sup> Chiffres transmis à l'auteur par le Home Office (Office for Security and Counter-Terrorism) le 2 novembre 2015. Ils se décomposent comme suit : une en 2003 ; une en 2005 ; une en 2007 ; deux en 2009 ; cinq en 2010 ; six en 2011 ; cinq en 2012 ; huit en 2013 ; quatre en 2014 ; quatre en 2015.

Asylum and Nationality Act 2006, et l'Immigration Act 2014. Les dispositions pertinentes sont les suivantes :

« (2) Le Secrétaire d'Etat peut, par arrêté, priver une personne de sa nationalité s'il est convaincu que cette privation est conforme à l'intérêt général. (...) »

(4) Le Secrétaire d'Etat ne doit pas prendre un arrêté en application de la sous-section 2 s'il est convaincu que cet arrêté rendrait une personne apatride.

(4A) Mais cela n'empêche pas le Secrétaire d'Etat de prendre un arrêté en application de la sous-section 2 pour priver une personne de sa nationalité si : (a) la nationalité résulte d'une naturalisation, (b) le Secrétaire d'Etat est convaincu que la privation est conforme à l'intérêt général parce que la personne, pendant qu'elle disposait de ce statut de national, s'est conduite d'une manière préjudiciant sérieusement aux intérêts vitaux du Royaume-Uni, des Îles, ou des Territoires d'Outre-Mer, et (c) le Secrétaire d'Etat a des motifs raisonnables de penser que la personne est capable, en application de la loi d'un autre Etat, de devenir un ressortissant national de cet autre Etat. »<sup>1897</sup>

La législation britannique n'a longtemps concerné que les nationaux par naturalisation. Ce n'est que depuis le Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 que la déchéance de nationalité a été étendue aux nationaux de naissance. Certains Britanniques *jure soli* ont ainsi fait l'objet de déchéances de nationalité<sup>1898</sup>. En revanche, la section 40 (4A) de la même loi fait exception ; plus sévère, car conduisant potentiellement à des cas d'apatridie, elle ne s'applique qu'aux Britanniques par naturalisation. En ce qui concerne la prévention de l'apatridie, le principe demeure (Sect. 40 (4) BNA 1981) qu'une mesure administrative de déchéance de nationalité ne peut pas conduire à rendre l'individu apatride<sup>1899</sup>. L'appréciation de la nationalité étrangère est considérée comme une question de fait<sup>1900</sup>, la charge de la preuve incombe au demandeur, par tout moyen<sup>1901</sup>, notamment par l'étude de la législation et de la pratique gouvernementale étrangères<sup>1902</sup>. Comme l'a jugé la Cour Suprême du Royaume-Uni à l'unanimité, un droit virtuel à obtenir une nationalité par application d'une législation étrangère ne peut être considéré comme

---

<sup>1897</sup> « (2) *The Secretary of State may by order deprive a person of a citizenship status if the Secretary of State is satisfied that deprivation is conducive to the public good. (...) (4) The Secretary of State may not make an order under subsection (2) if he is satisfied that the order would make a person stateless. (4A) But that does not prevent the Secretary of State from making an order under subsection (2) to deprive a person of a citizenship status if: (a) the citizenship status results from the person's naturalisation, (b) the Secretary of State is satisfied that the deprivation is conducive to the public good because the person, while having that citizenship status, has conducted him or herself in a manner which is seriously prejudicial to the vital interests of the United Kingdom, any of the Islands, or any British overseas territory, and (c) the Secretary of State has reasonable grounds for believing that the person is able, under the law of a country or territory outside the United Kingdom, to become a national of such a country or territory. »*

<sup>1898</sup> Voy. *SI, TI, UI & VI v. SSHD* [2012] UKSIAC 106/2011\_2 (21 déc. 2012).

<sup>1899</sup> Apport du BNA 1981, le British Nationality Act 1948 ne prévoyait pas une telle garantie.

<sup>1900</sup> Voy. *X2 v. SSHD*, [2017] UKSIAC SC/132/2016 (22 février 2017), § 10.

<sup>1901</sup> Voy. *Al-Jedda v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] EWCA Civ 212, § 3.

<sup>1902</sup> Voy. *ibid.* ; *Pham v Secretary of State for the Home Department*, [2015] UKSC 19, § 33-38.

une autre nationalité au sens de la section 40 (4) BNA 1981<sup>1903</sup>. Cette décision a conduit le gouvernement britannique à réformer sa législation lors de l'adoption de l'Immigration Act 2014. La section 40 BNA 1981 comporte ainsi un nouveau paragraphe (4A) faisant désormais exception au principe : la déchéance peut intervenir si le ministre a des motifs raisonnables de penser que l'intéressé *pourrait* obtenir la nationalité d'un autre pays. Cette exception ne peut toutefois s'appliquer qu'aux citoyens britanniques par naturalisation, et selon un standard plus élevé de comportement préjudiciable (« atteinte aux intérêts vitaux du Royaume-Uni ») ; elle n'a pas été à ce jour employée par le gouvernement britannique<sup>1904</sup>.

**570.** Dans ce pays, la déchéance de nationalité n'est pas liée à une condamnation pénale. Le ministre peut priver un individu de sa nationalité s'il a la conviction qu'une telle mesure relève de l'intérêt général [*conducive to the public good*, (sect. 40 (2) BNA 1981)]. Sans surprise toutefois, le gouvernement britannique affirme bien que les individus liés à une activité terroriste sont les cibles privilégiées de cette procédure<sup>1905</sup>. Au contentieux, le juge anglais contrôle si le comportement passé, présent ou futur de l'intéressé constitue une menace pour la sécurité nationale<sup>1906</sup>. Il juge sur le fondement d'une *balance of probabilities*<sup>1907</sup> : dès que la probabilité de réalisation d'un fait dépasse 50%, il est considéré comme avéré. Ce standard civil de preuve est considérablement moins élevé que le *beyond reasonable doubt* applicable en matière pénale. Les faits retenus pour engager une déchéance sont par exemple les relations avec des islamistes extrémistes<sup>1908</sup>, le financement d'organisations terroristes<sup>1909</sup> ou la participation à des actes terroristes<sup>1910</sup>. Il est cependant quasiment impossible d'étudier *in concreto* l'appréciation de ces faits par le juge : les questions relatives à la sécurité nationale ne sont pas retranscrites dans le jugement et l'audience n'est pas publique (le demandeur et son conseil n'y sont d'ailleurs pas conviés)<sup>1911</sup>. Seules sont mentionnées les conclusions du juge, sans précision du

---

<sup>1903</sup> Le gouvernement britannique avait déchu un de ses ressortissants, alléguant alors qu'il pourrait obtenir la nationalité par réintégration auprès de l'Etat irakien. La Cour suprême a invalidé ce raisonnement en affirmant qu'une tierce nationalité doit être possédée au moment de la déchéance, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Voy. *SSHD v Al-Jedda*, [2013] UKSC 62, § 30-34.

<sup>1904</sup> Information transmise à l'auteur par le Home Office (Office for Security and Counter-Terrorism) le 2 novembre 2015.

<sup>1905</sup> Voy. Theresa May, House of Commons Debates (Hansard), 30 janv. 2014, col. 1050.

<sup>1906</sup> Voy. *SI, TI, UI & VI v. SSHD*, [2012] UKSIAC 106/2011\_2 (21 déc. 2012), § 18.

<sup>1907</sup> Voy. *ibid.*, § 19.

<sup>1908</sup> Voy. *Hilal Al-Jedda v. SSHD* [2014] UKSIAC SC/66/2008 (18 juin 2014), § 39.

<sup>1909</sup> Voy. *NM v. SSHD* [2009] UKSIAC SC/87/2009 (6 oct. 2009), § 1.

<sup>1910</sup> Voy. *K2 v. SSHD* [2014] UKSIAC SC/96/2010 (18 déc. 2014), § 2.

<sup>1911</sup> Voy. Special Immigration Appeals Commission Act 1997, sections 5 et 6.

raisonnement et des faits<sup>1912</sup>. La procédure britannique de déchéance de la nationalité, reposant sur l'appréciation d'un risque pour la sécurité nationale, a donc un caractère préventif<sup>1913</sup>.

**571. Caractère abusif des mesures : essai de classification.** – Les recherches du *Bureau of Investigative Journalism* ont montré que sur dix-huit cas de déchéances étudiées sur le fondement de la section 40 BNA 1981, seules trois étaient intervenues lorsque les intéressés étaient sur le territoire national<sup>1914</sup>. Dans l'ensemble des autres cas, le gouvernement britannique procède à la déchéance lorsque les individus résident à l'étranger, constat confirmé par l'étude de la jurisprudence anglaise<sup>1915</sup>. Le gouvernement britannique, sur proposition du *Security Service*, semble ainsi attendre que les intéressés quittent le territoire pour engager la procédure de déchéance, profitant notamment de courts séjours à l'étranger<sup>1916</sup>. Le juge anglais a considéré qu'une telle mise en œuvre de la législation n'était pas constitutive *in abstracto* d'un abus de droit, concluant toutefois qu'elle ne devait pas *in concreto* priver l'individu de son droit au recours<sup>1917</sup>. Le ministre de l'immigration James Brokenshire a confirmé au Parlement en 2014 que le gouvernement considérait qu'attendre que l'individu soit hors du territoire national pour procéder à la déchéance était une action appropriée permettant d'empêcher le retour sur le sol britannique :

« Je comprends que les membres de la chambre soient préoccupés par le fait que la déchéance intervienne alors que l'intéressé réside en dehors du Royaume-Uni, et j'entends bien les arguments de mon honorée collègue. Je répète que la Ministre de l'Intérieur ne prend une mesure privative de nationalité que lorsqu'elle considère que c'est approprié, et cela peut en effet signifier qu'une telle action sera menée lorsque l'individu est à l'étranger, ce qui empêchera son retour et réduira le risque subi par le Royaume-Uni. »<sup>1918</sup>

---

<sup>1912</sup> Voy. par ex. *S1, T1, U1 & V1 v. SSHD* [2012] UKSIAC 106/2011\_2 (21 déc. 2012), § 20 : « *For the reasons set out in the closed judgment, we are satisfied in the case of each appellant that it was conducive to the public good to deprive him of British citizenship.* »

<sup>1913</sup> Il est même possible de considérer que le bannissement par la voie de la déchéance est un mode alternatif de traitement du risque terroriste, lorsque des poursuites pénales ne sont pas envisageables. Voy. Audrey Macklin, « *Citizenship Revocation, the Privilege to Have Rights and the Production of the Alien* », *op. cit.*, p. 18.

<sup>1914</sup> Voy. Alice Ross, Chris Woods, « 'Medieval Exile': The 42 Britons stripped of their citizenship », *The Bureau of Investigative Journalism*, 26 févr. 2013.

<sup>1915</sup> Voy. par ex. *G1 v SSHD* [2012] EWCA Civ 867, § 2 ; *E2 v. SSHD* [2012] UKSIAC 117/2012 (2 août 2012).

<sup>1916</sup> Voy. les confirmations de l'administration dans le jugement *L1 v SSHD* [2014] UKSIAC SC\_100\_2010 (4 août 2014), § 21 et s. et 34.

<sup>1917</sup> Voy. *ibid.*, § 92 : « *It is our view that it is legitimate for the Home Secretary to bear in mind national security considerations when looking at the timing of legal action. There are clear limits to that. It would be an abuse of power to act so as to prevent or frustrate an effective appeal.* » En l'espèce, le juge considère que le demandeur n'a pas été privé de son droit au recours.

<sup>1918</sup> James Brokenshire, House of Commons Debates (Hansard), 11 février 2014, col. 262WH : « *I understand that Members are concerned about instances where deprivation action takes places when a person is outside the UK, and I hear the hon. Lady's point. I restate that the Home Secretary takes deprivation action only when she considers it is appropriate and that may mean doing so when an individual is abroad, which prevents their return and reduces the risk to the UK.* »



La stratégie est donc explicite et le retrait de nationalité sert donc sans aucun doute des objectifs territoriaux. D'ailleurs, la déchéance de nationalité s'accompagne régulièrement d'un *exclusion order* empêchant de manière définitive l'individu de solliciter un visa ou un titre de séjour<sup>1919</sup>.

**572.** Quelles sont les déchéances britanniques abusives ? Autrement dit quelles mesures tombent sous le coup de la prohibition générale de l'abus de droit ou d'un principe spécial qui en assure la transcription au domaine de la nationalité ? Le cas de la section 40 (4A) du BNA 1981 est sans aucun doute abusif : priver un individu de sa nationalité sans être certain qu'il possède une tierce nationalité, alors qu'il réside à l'étranger, est une mesure abusive au même titre que l'étaient déjà les déchéances soviétiques ou allemandes. Et de fait, à notre connaissance, le Royaume-Uni n'y a pas encore eu recours. La situation est plus complexe lorsque les autorités britanniques procèdent à la déchéance d'un individu plurinationnel séjournant dans son État de nationalité, en vertu de la section 40 (2) du BNA 1981. L'abus de droit au sens général ne peut pas être constitué puisque cet État accueille alors l'un de ses ressortissants, qui y dispose d'un droit de séjour absolu. Autrement dit, la déchéance ne produit pas à l'égard du second État de nationalité une obligation d'accueillir contre son gré un individu. En revanche, peuvent alors entrer en jeu les garanties spéciales tirées du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui garantissent à chaque individu le droit d'entrer dans son « propre pays ». Ici, la manipulation est manifeste, c'est bien pour prévenir les risques de retour sur le sol national que les autorités britanniques privent l'individu de sa nationalité, et en ce sens une action devant le Comité des droits de l'homme sur le fondement de la violation de l'article 12, 4 du Pacte pourrait bien prospérer. Rien n'est envisageable du côté du Conseil de l'Europe puisque le Royaume-Uni n'a pas ratifié le protocole n° 4 annexé à la Convention européenne des droits de l'homme

**573.** *Quid* de la situation d'un individu plurinationnel déchu alors qu'il réside sur un État tiers dont il ne possède pas la nationalité ? Il semble raisonnable qu'ici, dans le cas où cet État a accueilli ce ressortissant sur la foi de la nationalité subséquentement retirée, il puisse considérer cette mesure comme inopposable. En effet, un État ne peut pas être forcé à actionner une tierce nationalité dont il ne connaissait pas l'existence au moment d'accueillir sur le territoire un individu. Il se peut en effet qu'en l'absence de passeport afférent à cette seconde nationalité, les

---

<sup>1919</sup> Voy. par ex. *K2 v. SSHD* [2014] UKSIAC SC/96/2010 (18 déc. 2014), § 2. Sur la nature de ces pouvoirs, v. Eric Fripp (dir.), *The Law and Practice of Expulsion and Exclusion from the United Kingdom*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 345 et s.

procédures à mettre en œuvre soient longues et coûteuses (assignation de l'individu, établissement d'un laissez-passer, renvoi forcé, etc.), et que le renvoi puisse même d'ailleurs ne pas intervenir dans le cas où l'expulsion vers le pays en question présenterait des risques pour l'individu (climat de violence généralisé ou craintes individuelles). En ce sens, Van Panhuys considère que l'État retirant de mauvaise foi la nationalité à un de ses ressortissants reste lié par son obligation de réadmission, quand bien même ce ressortissant aurait une deuxième nationalité<sup>1920</sup>. Il nous semble bien à ce titre qu'une déchéance de nationalité prononcée dans un cadre préventif pour empêcher le retour d'un national présentant un risque pour la sécurité nationale relève justement d'une manipulation de la nationalité révélant la mauvaise foi de l'État. La déchéance de nationalité est donc également inopposable à l'État tiers qui accueille un individu plurinational sur le fondement de celle des nationalités qui est subséquemment retirée, sauf à ce que l'État qui procède à la déchéance démontre sa bonne foi en relevant par exemple que l'individu déchu a rompu définitivement avec lui toutes ses attaches territoriales.

## **2. La déchéance abusive des nationaux renvoyés vers leur État de nationalité : le cas français**

**574. Exposé de la législation française.** – En France, l'article 25 du code civil dispose que : « L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'Etat, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride : 1° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ». L'article 25-1 du même code indique que les faits reprochés doivent s'être produits antérieurement ou dans un délai de quinze ans suivant l'acquisition de la nationalité, et que la déchéance ne peut être prononcée que dans un délai de quinze ans à compter de la perpétration desdits faits. Ces dispositions ont conduit au prononcé de treize déchéances de nationalité depuis 2002<sup>1921</sup>. Concernant la prévention de l'apatridie d'abord, les règles françaises relatives à la déchéance de nationalité ne peuvent, et cela de manière absolue, avoir pour conséquence de rendre un individu apatride<sup>1922</sup>. Dans le cas où l'individu déchu contesterait

---

<sup>1920</sup> Voy. Haro F. Van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law*, op. cit., p. 57 : « *If a State, in good faith, deprives its national who also possesses the nationality of a second State, of his nationality, it is not easy to see why the former should still be bound to admit him.* » À l'inverse donc, le retrait de nationalité de mauvaise foi maintient en vigueur l'obligation de réadmission. Il précise ainsi « *Third States may – as has been said – demand admission from both national States, though circumstances are conceivable, especially of a geographical nature, which make one of the two States the more eligible.* » (*ibid.*, p. 56)

<sup>1921</sup> Chiffres transmis à l'auteur par le Ministère de l'intérieur (sous-direction de la nationalité française). Ils se décomposent comme suit : une en 2002, une en 2003, cinq en 2006, une en 2014 et cinq en 2015.

<sup>1922</sup> Apport de la loi n° 98-170 du 16 mars 1998 relative à la nationalité (art. 23), in JORF, 17 mars 1998, p. 3935.

posséder une autre nationalité devant le juge administratif, ce dernier devrait renvoyer cette question préjudicielle au juge judiciaire (art. 29 c. civ.). La charge de la preuve incombe alors, par tout moyen<sup>1923</sup>, au demandeur à l'exception<sup>1924</sup>, c'est-à-dire à l'individu déchu. Concernant le mode d'obtention de la nationalité des personnes frappées de déchéance, la législation française ne peut s'appliquer qu'aux individus ayant obtenu la nationalité par acquisition, malgré la tentative d'étendre par la voie constitutionnelle la déchéance aux Français par attribution lors des débats suivant les attentats de Paris<sup>1925</sup>. Concernant le fait générateur de la déchéance de nationalité, le comportement de l'individu est clairement défini par l'article 25, 1° du code civil : il s'agit de la commission d'un crime ou d'un délit constituant soit une atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, soit un acte de terrorisme. Le prononcé administratif d'une déchéance doit donc nécessairement se fonder sur un jugement définitif rendu en matière pénale. Les cas français connus de déchéance se fondaient tous sur des jugements ou arrêts définitifs condamnant les intéressés en application de l'article 421-2-1 du code pénal réprimant « le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, [d'un acte terroriste] »<sup>1926</sup>. La procédure française de déchéance est donc répressive.

**575. Caractère abusif des mesures.** – En France, la déchéance de nationalité intervient la plupart du temps lorsque l'individu purge sa peine à la suite de sa condamnation pour acte de terrorisme ; un arrêté d'expulsion<sup>1927</sup> est alors pris pendant la période d'incarcération ou à la suite de la libération de l'intéressé. Sur les treize cas de déchéances prononcées en France, il ressort des investigations journalistiques et des rapports d'organisations non gouvernementales que : deux individus ont quitté le territoire volontairement sans attendre un éventuel arrêté d'expulsion<sup>1928</sup> ; quatre individus ont été effectivement expulsés vers leur pays d'origine<sup>1929</sup> ; un

---

<sup>1923</sup> Voy. Cass. civ. 13 juill. 1933, S. 1933. I. 341.

<sup>1924</sup> Voy. *mutatis mutandis* Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 17 févr. 1982, Rev. crit. DIP 1983. 249, avec la note d'Henri Batiffol.

<sup>1925</sup> Voy. Gilles Finchelstein, « Post mortem. Raison et déraison du débat sur la déchéance de nationalité », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, p. 99-112.

<sup>1926</sup> Voy. CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 8 juin 2016, n<sup>os</sup> 394348, 394350, 394352, 394354, 394356, Lebon p. 232 ; CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 11 mai 2015, n° 383664, inédit ; CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 26 sept. 2007, n° 301145, *Benmessahel*, Lebon tables p. 846. ; CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 26 sept. 2007, n° 301967, inédit ; CE, 2<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> srr, 18 juin 2003, n° 251299, *Saiki*, Lebon tables p. 777.

<sup>1927</sup> Les individus condamnés pour terrorisme ne peuvent pas faire l'objet des protections légales contre l'expulsion prévues aux articles L. 521-2 et 3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>1928</sup> Karim Bourti et Omar Saiki, voy. Jean Chichizola, « Les islamistes condamnés déchus de leur nationalité », *Le Figaro*, 15 mai 2006, p. 13.

<sup>1929</sup> Adél Tebourski, voy. Human Rights Watch, *Au nom de la prévention. Des garanties insuffisantes concernant les éloignements pour des raisons de sécurité nationale*, rapport, vol. 19, n° 3, juin 2017, p. 43 et p. 45-47 ; Rachid Benmessahel, Abdelkrim Lefkir, voy. Human Rights Watch, « France : La Cour européenne des Droits de l'Homme ordonne la suspension de mesures d'éloignement », communiqué, 24 avril 2008 ; Ahmed Sahnouni el-

individu a vu son expulsion suspendue par une décision en indication de mesures provisoires émanant de la Cour EDH<sup>1930</sup> confirmée par le Conseil d'État<sup>1931</sup> ; cinq individus, présents en France, contestent actuellement leurs décrets de déchéance devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1932</sup> ; un dernier cas reste inconnu. Les autorités françaises ont d'ailleurs reconnu à l'occasion du débat sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la protection de la nation que la déchéance de nationalité servait *de facto* un objectif d'expulsion des individus. L'exposé des motifs établi par le gouvernement en 2015 est ainsi particulièrement clair :

« L'élargissement des cas de déchéance de nationalité française contribuera en outre à renforcer la protection de la société française, en permettant notamment de procéder à l'éloignement durable du territoire de la République, par la voie de l'expulsion, des personnes dont le caractère dangereux est avéré par la condamnation définitive dont elles ont fait l'objet et à interdire leur retour sur le territoire. »<sup>1933</sup>

Il ne fait donc aucun doute que l'expulsion est un risque réel et sérieux dans le cas des Français déchus de leur nationalité, risque qui est d'ailleurs corroboré par les faits. Dans l'ordre interne, si la déchéance a bien une nature répressive, le bannissement formé par la déchéance et l'expulsion possède davantage une nature préventive<sup>1934</sup>.

**576.** Toutefois, le renvoi vers l'État d'origine ne saurait constituer en droit international un abus de droit au sens général du terme. Comme pour le Royaume-Uni, un État de nationalité ne peut alléguer se trouver forcé d'accueillir un individu contre son gré alors que celui-ci dispose de sa nationalité. La France est en revanche particulièrement exposée au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention européenne des droits de l'homme. Toute la politique française vise en effet à faire assumer la charge et les risques de ses anciens ressortissants à d'autres États de nationalité, alors même que la nationalité française est la plus effective. Il y a donc clairement une privation du droit d'entrer dans son « propre pays » au sens de l'article 12, 4 du Pacte de 1966 d'une part, et une expulsion du territoire dont un individu est le ressortissant au sens du protocole n° 4 annexé à la Convention européenne,

---

Yaacoubi, voy. Elise Vincent, « Un Marocain condamné pour terrorisme expulsé contre l'avis de la CEDH », *Le Monde.fr*, 24 septembre 2015.

<sup>1930</sup> Voy. CEDH, 6 sept. 2011, n° 27778/09, *Djamel Beghal c. France*.

<sup>1931</sup> Voy. CE, ord., 30 juin 2009, n° 328879, *Ministère de l'intérieur c. Beghal*, Lebon p. 240.

<sup>1932</sup> Fouad Charouali, Rachid Aït El Hadj, Bachir Ghoumid, Redouane Abreri et Attila Turk, aff. 52273/16.

<sup>1933</sup> Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, texte n° 3381, exposé des motifs, p. 6-7.

<sup>1934</sup> L'ensemble contribue donc encore à brouiller la distinction entre sanctions administratives et mesures de police administrative. Sur cette distinction, voy. Catherine Teitgen-Colly, « Introduction », in CERAP, *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, Rapport de recherche, Mission de recherche Droit et Justice, 2017, p. 25-27.

tel que cet article est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme (voy. *supra* n° 513 s.) d'autre part.

\*

**577. Conclusion de section : paix et nationalité.** – L'inopposabilité des mesures abusives relatives à l'octroi ou à la perte de la nationalité n'est pas qu'une virtualité. Si, dans le mode normal de fonctionnement de l'ordre international, on imagine bien que l'on puisse s'accommoder d'une naturalisation ou d'une déchéance extraterritoriale, les temps troublés montrent que de telles politiques ont souvent les conséquences les plus désastreuses pour la société internationale. Ainsi des naturalisations extraterritoriales : que des individus puissent acheter une nationalité sans avoir à se fonder sur une sujétion territoriale avec l'État naturalisant ne paraît avoir que peu de conséquences, mais accepter en droit un tel mécanisme, c'est valider les interventions militaires menées par la Russie qui se fondent sur des nationalités qui ne reflètent pas davantage la situation factuelle et territoriale de leur détenteur. Ainsi encore des déchéances extraterritoriales : quelques déchéances prononcées pour faire obstacle au retour d'individus soupçonnés ou convaincus d'actes terroristes ne bouleversent pas l'ordre international, mais multiplier de telles mesures jusqu'à approcher les chiffres de l'entre-deux-guerres provoquerait un dérèglement international de haute intensité. La nationalité, dans l'ordre international plus que dans n'importe quel ordre juridique, est le seul moyen de répartition ordonné des individus entre les territoires étatiques. La condition de sujétion territoriale habituelle pour octroyer la nationalité, ou sa rupture pour retirer la nationalité, est ainsi capitale et sa violation doit se résoudre dans l'inopposabilité internationale, car comme l'écrivait déjà Louis-Lucas en 1929 : « La paix, dans une mesure qui n'est pas à dédaigner, peut être servie ou compromise par les législations sur la nationalité. »<sup>1935</sup>

\* \*

**578. Conclusion de chapitre : la finalité territoriale de la nationalité.** – La condition territoriale, c'est-à-dire le principe selon lequel la nationalité répond à un lien territorial unissant à titre habituel un individu à un État, est reçue par le droit international public. Son mode de consécration repose implicitement mais nécessairement sur la théorie de l'abus de droit. L'État qui agit sans respecter la nature des liens territoriaux qui l'unissent à un individu recourt de manière *arbitraire* ou *détournée* à sa compétence en matière de nationalité, et encourt à ce titre

---

<sup>1935</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française, op. cit.*, p. 313.

l'inopposabilité de la mesure qu'il a prise, voire même l'engagement de sa responsabilité à la double condition de la réalisation d'un dommage et de l'existence d'une voie juridique internationale. À l'heure où les États vendent leur nationalité sans condition de résidence, distribuent des passeports pour justifier des interventions militaires sur le territoire d'États souverains, ou rompent unilatéralement les liens de nationalité lorsqu'un individu est à l'étranger pour s'en débarrasser, la reconnaissance de la positivité de l'obligation internationale qui prohibe les usages abusifs d'une compétence souveraine apparaît comme étant de première nécessité pour garantir la coexistence pacifique au sein de l'ordre international, et pour garantir un usage de cette compétence en accord avec sa finalité sociale. Et la finalité sociale de la nationalité étatique, c'est d'attribuer à chaque État les individus qui lui sont rattachés *en fait*, suivant le critère de la sujétion territoriale à titre habituel. Toute mesure évadant cette finalité ne saurait produire d'effets dans l'ordre international.

\*

\*      \*

**579. Conclusion de titre : territorialité et personnalité de la nationalité.** – La nationalité est un lien personnel dont la dimension territoriale est prépondérante. La *doxa* en la matière ne reçoit pourtant guère ce constat, les exemples du droit du sang ou de l'expatriation servent souvent à démontrer l'a-territorialité de la nationalité, pour mieux mettre en relief une compétence personnelle qui confère justement à l'État un titre pour agir au-delà de son territoire. Mais la nationalité est avant tout un outil répartiteur de la population mondiale. Autrement dit, chaque national est présumé vivre sur le sol de l'État dont il possède la nationalité, et l'expatriation est à ce titre une situation exceptionnelle : selon les chiffres des Nations Unies, seule 3,4% de la population mondiale vit dans un pays dans lequel elle n'est pas née<sup>1936</sup>. Il n'y a donc rien de surprenant à constater et à réguler la compétence de l'État en matière de nationalité sur un fondement territorial. Cet encadrement territorial repose sur un principe simple : l'État peut agir en matière d'octroi de la nationalité à l'égard des seuls individus avec qui il entretient un lien de sujétion territoriale à titre habituel ; il ne peut à l'inverse agir en matière de perte qu'à l'égard des individus avec qui il a perdu tout lien de sujétion territoriale à titre habituel. La territorialité de la nationalité ne signifie donc pas que l'État ne peut agir qu'à l'égard des individus qui sont

---

<sup>1936</sup> Nations Unies, *International Migration Report : Highlights*, New York, 2017, ST/ESA/SER.A/404, p. 5.

physiquement présents sur son territoire. Ce qui permet à l'État d'agir, ce n'est pas sa compétence territoriale en elle-même, mais plutôt la relation temporelle (habituelle ou non) de l'individu au territoire de l'État.

**580.** Ce principe, cette « condition territoriale », encadre la puissance de l'État. Mais cet encadrement de la compétence étatique en droit de la nationalité est d'une nature différente selon les ordres juridiques. Il appartient au domaine de la validité dans l'ordre interne, et au domaine de l'opposabilité dans l'ordre international. Il y a là une différence irréductible liée au fait que la nationalité est une compétence étatique exclusive issue d'une habilitation strictement interne. Impossible donc pour l'ordre international d'agir sur l'existence même du lien de nationalité, seuls les effets internationaux des mesures étatiques lui sont accessibles ; l'ordre interne en revanche régule directement la nationalité sous un rapport de validité, c'est-à-dire qu'hors des situations territorialement consacrées, l'État ne peut pas valablement exercer sa compétence.

\* \* \* \*

**581. Conclusion de la première partie : la territorialité inscrite dans une logique d'abstention.** – La nationalité est un construit. Comme l'a déjà montré Kelsen, ce statut n'a rien de consubstantiel à l'État<sup>1937</sup>. Toutefois, on constate par l'évidence que les États ont toujours recouru à ce moyen pour déterminer parmi la population soumise à leur autorité ceux qui devaient bénéficier d'un statut spécial, protecteur et permanent, c'est-à-dire la nationalité. Le critère a tôt été fixé dans la France moderne du XVI<sup>e</sup> siècle, et il s'est bâti dès cette époque un véritable statut territorial reposant sur l'évaluation – selon des mécanismes de preuves et de présomptions – de la sujétion territoriale des individus : la *sujétion territoriale à titre habituel* permet de conférer la nationalité, l'absence de sujétion à l'inverse empêche d'octroyer la nationalité, tandis que seule la *rupture territoriale à titre définitif* permet de retirer la nationalité. Cette condition temporelle a aujourd'hui fait l'objet d'un certain aménagement : le caractère durable du lien de sujétion territoriale pour obtenir la nationalité est aujourd'hui moins présumé et davantage prouvé (du modèle d'attribution par le droit du sol à un modèle d'acquisition par la naissance et la résidence), et la perte du lien de sujétion territoriale habituel se fait sur un temps plus long (de la perte dès la première génération par l'absence d'esprit de retour à un

---

<sup>1937</sup> Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État* (1949 trad. Laroche et Faure), *op. cit.*, p. 291 : « Si la nature de la citoyenneté [nationalité] est d'être la condition d'un ensemble de droits et d'obligations, il nous faut souligner que ceux-ci ne sont nullement essentiels au type de système juridique que nous appelons État. »

mécanisme objectif sur plusieurs générations). Il n'en reste pas moins que le principe demeure clairement, et qu'il permet de justifier objectivement les liens de nationalité résultant de la législation et des pratiques administratives et juridictionnelles. La déchéance de nationalité ne forme à cet égard qu'une – visible – exception qui ne fait que confirmer le rang principal de la territorialité de la nationalité. Paradoxalement d'ailleurs, la déchéance de la nationalité témoigne des fonctions territoriales de la nationalité : la déchéance dans le cadre de la lutte contre le terrorisme sert justement de moyen de confinement territorial, ce qui révèle en creux l'obligation de réadmission et la prohibition de l'expulsion des nationaux.

**582.** Surtout, cette nature territoriale n'est pas qu'une *tradition* implicite et méconnue de la nationalité, elle est aussi une source puissante de l'encadrement du pouvoir de l'État, que ce soit d'une part sur le plan interne où la condition territoriale recouvre le domaine de la validité, ou d'autre part sur le plan international où cette même condition recouvre le domaine de l'opposabilité. La compétence de l'État est spatialement et négativement contrainte. Cet encadrement territorial prescrit en effet bien davantage l'abstention que l'action : il s'agit d'empêcher l'État d'agir sans respect pour la condition territoriale, plutôt que de l'obliger à agir lorsque cette condition territoriale est respectée. Autrement dit, la territorialité de la nationalité ne produit pas à l'égard de l'État une obligation de conférer la nationalité à tous les nationaux qui sont habituellement présents sur son territoire, pas plus d'ailleurs qu'elle ne contraint l'État à retirer la nationalité à tous les nationaux qui ont rompu leurs attaches territoriales. En ce sens, la territorialité de la nationalité n'agit pas sur la discrétionnarité du pouvoir de l'État, mais sur son champ d'application *ratione personae*.

**583.** Cette première partie achevée laisse deviner le second phénomène juridique contribuant à encadrer le pouvoir *discrétionnaire* de l'État. Il ne s'agit plus de s'intéresser aux conditions territoriales de l'exercice de la compétence en matière de nationalité, mais sur le champ de réglementation de la compétence elle-même. Ce qu'on constate alors, c'est que la nationalité s'inscrit depuis plus d'un demi-siècle dans un référentiel protecteur des droits de l'homme, et que suivant ce phénomène, la discrétionnarité du pouvoir de l'État recule. Après l'étude du caractère territorial de la nationalité, place désormais à l'examen de sa fondamentalisation.





## **PARTIE II. – Le caractère fondamental de la nationalité et le recul de la discrétionnarité du pouvoir de l'État**

**584.** Le caractère fondamental de la nationalité s'illustre par sa transformation en un droit de l'homme – le droit à la nationalité – après la seconde guerre mondiale, puis (par rétroaction) par son inscription générale dans le champ substantiel et procédural des droits de l'homme. Autrement dit, c'est lorsque la nationalité a acquis une certaine « force symbolique »<sup>1938</sup> qu'elle a pu s'inscrire dans le champ des droits fondamentaux. Ainsi, l'on rejoint Etienne Picard pour constater que le caractère « fondamental » d'un droit ne se déduit pas de la place qu'il occupe dans la hiérarchie des normes, mais plutôt de la perception d'une certaine valeur<sup>1939</sup>. Ce qui est donc intéressant de constater avec la nationalité, c'est la capacité de cette notion à quitter progressivement les rivages du pouvoir de l'État, de la stricte verticalité et de l'allégeance, pour gagner le domaine de l'individu et des protections des droits de l'homme. C'est à cette dynamique de « fondamentalisation »<sup>1940</sup> qu'il convient désormais de s'intéresser.

**585.** Quel est alors le rapport entre la fondamentalisation du droit et le pouvoir discrétionnaire de l'État ? Et quelle est la place du droit de la nationalité dans cette dynamique ? La fondamentalisation du droit vise nécessairement à contraindre le pouvoir de l'État dans une optique de protection de l'individu. Lorsque René Cassin évoque dans son cours à l'Académie donné en 1951 la future ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il considère que cette irruption des droits fondamentaux va sans aucun doute « ligoter ou gêner la vieille souveraineté législative et réglementaire des États sur beaucoup de points où elle est encore intacte, surtout si les engagements sont assortis de contrôles internationaux, de recours et de garanties. »<sup>1941</sup> Telle est donc bien l'ambition programmatique des droits fondamentaux : « ligoter » ou « gêner » la souveraineté au bénéfice de l'individu pour prévenir *a minima* le risque d'arbitraire. Les droits fondamentaux ont donc vocation, entre autres, à réduire l'étendue de la liberté de l'État en contraignant celui-ci à exercer des choix qui garantissent les effets

---

<sup>1938</sup> Jean-François Flauss, « L'influence du droit international des droits de l'homme sur la nationalité », *Perspectives du droit public : mélanges offerts à Jean-Claude Helin*, Paris, Litec, 2004, p. 272.

<sup>1939</sup> Étienne Picard, « Droits fondamentaux », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 549. Pour une réflexion générale sur le vocable « fondamental », voy. Véronique Champeil-Desplats, « Des “libertés publiques” aux “droits fondamentaux” : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, 16 p. La « fondamentalité » d'un droit se déduit donc de la valeur que lui confère un ordre juridique donné, dont le rang dans la hiérarchie des normes n'est qu'un indice.

<sup>1940</sup> L'idée de fondamentalisation « [évoque] l'importance croissante des droits et libertés fondamentaux dans l'architecture juridique », voy. Muriel Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, Paris, PUF, 2016, p. 71. Voy. également l'excellent dossier sur « La fondamentalisation du droit privé », *Revue de droit d'Assas*, 2015, n° 11, p. 33-118.

<sup>1941</sup> René Cassin, « Les droits de l'homme », *RCADI*, 1951, vol. 79, p. 302.

protecteurs des droits fondamentaux. L'on pourrait encore dire que le respect des droits fondamentaux exige une stricte proportionnalité entre la poursuite de l'intérêt général d'une part, et le respect des droits de l'individu d'autre part. Par nature donc, le développement des droits fondamentaux implique une réduction du pouvoir discrétionnaire de l'État. Or, lorsque Marcel Waline étudiait déjà en 1930 les limites du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique, il écrivait que « Ces limites nous paraissent résulter : des restrictions législatives ; du contrôle juridictionnel sur les actes administratifs. »<sup>1942</sup> Cette méthodologie paraît encore tout à fait adaptée aux enjeux contemporains, si ce n'est qu'aux restrictions législatives l'on doit désormais ajouter les restrictions conventionnelles et constitutionnelles qui n'existaient guère à cette époque. Étudier la réduction du pouvoir discrétionnaire par la fondamentalisation du droit revient donc à s'interroger sur les développements des normes de référence<sup>1943</sup> dans les droits fondamentaux, et sur le contrôle juridictionnel des décisions prises par l'autorité publique.

**586.** En droit de la nationalité, la fondamentalisation est indéniable<sup>1944</sup>, elle résulte autant de la transformation de la nationalité en un droit de l'homme – le « droit à la nationalité » – que de l'inscription subséquente de la nationalité dans le champ protecteur des droits fondamentaux. Autrement dit, le caractère fondamental de la nationalité a un sens juridique, celui de provoquer la pénétration des droits de l'homme dans son champ, mais aussi un sens pratique, celui de saisir l'importance de cette notion pour la protection des droits fondamentaux. Suivant le programme déjà tracé par Waline, deux dynamiques peuvent donc être distinguées pour procéder à l'étude du recul de la discrétionnarité en droit de la nationalité : d'abord l'étude du développement et de l'extension des normes de références textuelles qui viennent directement réduire la latitude normative de l'État en matière d'acquisition et de perte de la nationalité (titre 3) ;

---

<sup>1942</sup> Marcel Waline, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *Revue du droit public*, 1930, vol. 47, p. 209 (numérotation omise).

<sup>1943</sup> L'emploi du vocable de « normes de référence » permet d'éviter de faire le choix d'un rang normatif pour évoquer les droits fondamentaux ayant vocation à contraindre l'action de l'État. La pénétration des normes internationales et européennes dans le contentieux constitutionnel a par exemple entraîné à une certaine désuétude de la notion de « bloc de constitutionnalité », trop liée au seul rang constitutionnel, au profit de l'expression « normes de référence » qui renvoie mieux à l'idée d'une norme supérieure dont le rang n'est toutefois pas prédéterminé, et qui peut indistinctement couvrir les normes constitutionnelles et conventionnelles. Voy. par ex. Chrisine Maugué, « Le Conseil constitutionnel et le droit supranational », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, p. 70-71.

<sup>1944</sup> Hugues Fulchiron, Amélie Panet, « Perte de la nationalité. – Acte de l'état civil étranger. – Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. – Droit à la nationalité. – Contrôle de proportionnalité », *Journal du droit international*, 2016, n° 4, 16 évoquent d'ailleurs la « “fondamentalisation” du droit de la nationalité » pour énoncer que « Le principe universellement admis selon lequel les États déterminent souverainement quels sont leurs nationaux, doit donc s'exercer dans le respect par l'État de ses engagements internationaux en matière de droits de l'homme. »

ensuite l'étude du développement et de l'approfondissement du contrôle juridictionnel en contentieux administratif<sup>1945</sup> qui réduisent fortement la marge d'appréciation de l'autorité publique en droit de la nationalité (titre 4).

---

<sup>1945</sup> De manière à ne pas soumettre à un « tropisme contentieux » trop important, seul le titre 4 reposera sur la seule étude des liens entre réduction du pouvoir discrétionnaire et contrôle de la légalité par le juge administratif. Sur cette problématique, voy. Charles Vautrot-Schwarz, « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, p. 647.



### TITRE 3. – L'extension des normes de référence

**587.** Les normes de références formées par les droits fondamentaux viennent directement contraindre, en vertu de la hiérarchie des normes<sup>1946</sup>, l'habilitation de l'État à adopter une norme déterminée. Quelle est alors la place de ces normes de référence issues des droits fondamentaux dans le droit de la nationalité ? Et quelle est leur aptitude à faire reculer le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique ? On retiendra une distinction classique et logique entre obligations procédurales et obligations substantielles pesant sur le pouvoir de l'État pour étudier ces questions – à l'instar de la distinction entre le droit pénal et la procédure pénale. Le droit procédural constitue ainsi une « voie pour que les droits substantiels des personnes, lorsqu'ils sont ignorés ou violés, soient reconnus et restaurés »<sup>1947</sup>. En cela, on considère parfois qu'ils sont « seconds » ou « servants » au regard des droits substantiels, qui eux-seuls consacrent des « prérogatives juridiques des personnes »<sup>1948</sup>. Cela ne signifie bien sûr pas que les droits procéduraux sont d'une valeur inférieure aux droits substantiels. Suivant le célèbre mot de Jhering : « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté. »<sup>1949</sup>

**588.** En droit de la nationalité, on assiste à une extension des normes de référence, autrement dit à leur développement, à leur imprégnation toujours croissante du champ matériel de la nationalité. Ainsi, les obligations procédurales tendent à se renforcer, elles sont formées d'un faisceau d'obligations principalement issu de la législation interne et du droit européen conventionnel. Elles contraignent le pouvoir de l'État et l'astreignent au respect du droit ; en ce sens il s'agit principalement d'une garantie contre l'arbitraire (chapitre 5). Les obligations matérielles sont plus diverses et se fondent sur l'ensemble des rangs normatifs (constitutionnel, conventionnel, législatif), elles contraignent directement le pouvoir discrétionnaire de l'État en réduisant la latitude normative des compétences en droit de la nationalité. Là-encore, les développements contemporains de la matière démontrent une densification importante des obligations substantielles en droit de la nationalité (chapitre 6).

---

<sup>1946</sup> Avec plus ou moins d'efficacité selon leur rang dans cette hiérarchie.

<sup>1947</sup> Marie-Anne Frison-Roche, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in Dominique d'Ambra, Florence Benoît-Rohmer et Constance Grewe (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 2.

<sup>1948</sup> Voy. *ibid.*

<sup>1949</sup> Rudolf von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (1858, trad. O. de Meulenaere), vol. III, Paris, Marescq, 1880, 2<sup>ème</sup> éd., p. 158.



## Chapitre 5. Les normes imposant des obligations procédurales à l'État

589. La mise en œuvre de protections procédurales s'inscrit dans deux logiques. La première, la plus ancienne, est *institutionnelle*. Les institutions qui sont chargées de protéger la bonne application de la loi sont régies par des règles procédurales leur permettant d'assurer cette finalité. Les institutions juridictionnelles en sont de bons exemples ; ce sont d'ailleurs par elles que les règles procédurales – on dirait aujourd'hui « processuelles »<sup>1950</sup> – se sont formalisées. La seconde, plus récente, est *normative*. Cette logique se détache des institutions et tend plutôt à « fondamentaliser » des règles universelles de procédure dans le cadre d'une approche orientée vers les droits de l'homme. La procédure n'est donc plus l'accessoire d'une institution particulière, mais bien un « droit » en soi ; elle constitue dès lors la catégorie des « droits procéduraux »<sup>1951</sup>, sous-ensemble des droits fondamentaux. Quelle est alors la place du droit de la nationalité dans ces différentes formes de protections procédurales ? Et quelle est l'étendue de la protection procédurale dans cette même matière ? En droit interne, le droit de la nationalité a longtemps grandi à l'ombre de la procédure administrative non contentieuse. Est-ce à dire que ce droit est lui aussi marqué par « une tradition où se mêlent propension à la fermeture, profondeur de l'opacité et pente autoritariste »<sup>1952</sup> ? Sans doute pas. Dès le XIXe siècle, et dans un processus continu durant le XXe siècle, le législateur français va développer et renforcer les garanties procédurales en droit de la nationalité, autant en amont qu'en aval du processus décisionnel (section 1). L'émergence de « droits procéduraux » en droit européen des droits de l'homme n'a en revanche pas produit d'effets immédiats en droit de la nationalité. Récemment toutefois, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a montré que les garanties procédurales européennes commençaient à imprégner le champ du droit de la nationalité, tant est si bien qu'un ensemble d'obligations contraint désormais l'État en droit positif, et pourrait même aller jusqu'à remettre en cause certaines architectures institutionnelles à moyen terme, en particulier en droit de la déchéance de nationalité (section 2).

---

<sup>1950</sup> Suivant une certaine volonté de revalorisation de la matière : voy. Serge Guinchard, Méлина Douchy-Oudot, Véronique Magnier, Frédérique Ferrand, Cécile Chainais, Xavier Lagarde, Laurence Sinopoli, Jean-Marc Sorel, Constantin Delicostopoulos, Ioannis Delicostopoulos et Hélène Ruiz-Fabri, *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 2013, 7<sup>ème</sup> éd., n° 3, p. 4-5.

<sup>1951</sup> Voy. Didier Cholet, « Institutions juridictionnelles et procédures : quelles relations ? », in *Mélanges Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, p. 349-361, spéc. p. 357.

<sup>1952</sup> François Burdeau, « Procédure administrative », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 1223.



## ***Section 1. La progression des garanties procédurales fixées par le droit interne***

**590.** Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, le régime procédural propre aux mesures administratives adoptées en droit de la nationalité témoigne du souci précoce du législateur de garantir un haut niveau de protection procédurale, dès l'amont de la décision. La loi va ainsi progressivement consolider et créer des garanties procédurales administratives particulièrement importantes dans tous les domaines du droit de la nationalité (I). En aval de la décision, l'enjeu se situe davantage dans l'accès au juge. Force est de constater que si la compétence judiciaire est parfaitement garantie par la loi, la compétence administrative est plus lacunaire (II).

### **§ 1. Les obligations administratives en amont de la décision : protéger contre l'arbitraire**

**591.** Dans la phase administrative préalable à la décision, il faut distinguer le domaine d'intervention de l'autorité publique. En matière de perte de la nationalité, le caractère particulièrement grave de la décision conduit le législateur à édicter très tôt des dispositions protectrices des droits de la défense, garantissant que l'arbitraire sera exclu du processus décisionnel, notamment par l'intervention du Conseil d'État sur avis conforme selon une procédure quasi-contentieuse (A). En matière d'acquisition de la nationalité par naturalisation, les enjeux sont moins dans l'instruction de la demande que dans la motivation de la décision. Ainsi, l'obligation de motivation des décisions de refus de naturalisation, y-compris en opportunité, est l'un des apports procéduraux les plus emblématique de la dynamique de fondamentalisation de la nationalité et de la réduction du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique. L'émergence de cette seconde question est toutefois plus tardive (B).

#### **A. Perte de la nationalité et procédure administrative : l'enjeu des droits de la défense**

**592.** La loi du 22 juillet 1893 modifie la grande loi de 1889 sur la nationalité. C'est une demande émanant de l'administration qui souhaite disposer des moyens légaux pour s'opposer à l'acquisition de la nationalité par le droit du sol, jugée trop automatique et donc problématique dans le cas d'individus considérés comme « indignes ». Le législateur accepte, mais l'on doit au Sénat la création d'un régime particulier venant garantir que ce nouveau système ne se mue pas en arbitraire : l'avis conforme du Conseil d'État en matière individuelle. Cette procédure est à l'époque tout à fait inédite (1). Au fil du XX<sup>e</sup> siècle, elle est progressivement appliquée à l'ensemble du droit de la perte de la nationalité française, le juge étendant les prescriptions législatives pour renforcer d'un même mouvement les exigences de communication des griefs aux personnes visées par une procédure (2).

## 1. La matrice administrative de la loi du 22 juillet 1893

**593. Le système de l'opposition pour indignité : éléments de contexte.** – La naissance de l'opposition pour indignité est le fruit de la volonté d'un haut fonctionnaire, Charles Falcimagne, conseiller d'État et directeur des affaires civiles et du Sceau au ministère de la justice. Comme Anne Simonin l'a bien démontré<sup>1953</sup>, c'est par son entremise que le Gouvernement demande l'inscription dans le code civil d'une capacité à s'opposer à l'acquisition de la nationalité par « réclamation » (à partir de 1927 on parle plus volontiers de « déclaration ») à l'égard des mineurs nés en France mais non domiciliés (art. 9 de la loi de 1889) et des enfants de Français qui ont perdu cette qualité (art. 10 de la même loi). Ce haut fonctionnaire collecte en effet depuis quelques temps certains dossiers où des réclamants se sont rendus coupables en France de nombreuses infractions, et où l'acquisition de la nationalité met justement fin à la capacité du gouvernement de les expulser. Il y déniche la figure émergente en droit civil de « l'abus de droit » : « Si l'esprit des lois du pays d'accueil devait être bafoué, le législateur serait en droit de considérer la personne commettant cet "abus de droit" comme indigne de l'application de la loi »<sup>1954</sup> note à ce propos Anne Simonin. Falcimagne transmet ainsi au législateur vingt-cinq dossiers où les « expulsables »<sup>1955</sup> ont la part belle. L'indignité constitue donc initialement un moyen auxiliaire à la politique pénale qui vise à ne pas priver le gouvernement de sa capacité à vider le territoire des infracteurs. Nommé commissaire du gouvernement devant la Chambre des Députés pour défendre le projet qu'il a lui-même contribué à monter, Falcimagne confirme ainsi :

« Le nombre de déclarations de nationalité que nous avons acceptées a atteint le chiffre de 2,000. Nous vous demandons l'autorisation, étant donnés ces chiffres, de rejeter, bon an mal an, peut-être dix ou douze demandes émanant de malfaiteurs avérés qui constituent pour notre pays un danger, tant en raison des condamnations dont ils ont été l'objet qu'à cause du péril encore plus grand auquel nous sommes exposés, lorsque, comme cela s'est présenté parfois, nous sommes obligés d'accorder cette qualité de Français à des individus notoirement connus comme étant des espions étrangers. Je crois donc que la Chambre peut nous accorder ce droit, absolument nécessaire sans mettre en péril l'œuvre qu'elle a accompli en 1885. »<sup>1956</sup>

Le législateur est vite convaincu de l'intérêt de la réforme et la loi du 22 juillet 1893 modifie donc l'article 9 du code civil en prévoyant désormais que :

---

<sup>1953</sup> Voy. Anne Simonin, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité (1791-1958)*, Paris, Grasset, 2008, p. 140-149.

<sup>1954</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>1955</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>1956</sup> JORF, débats, Ch. Dép., 6 mai 1893, p. 1351.

« l'enregistrement pourra (...) être refusé, pour cause d'indignité, au déclarant qui réunirait toutes les conditions légales ; mais, dans ce cas, il devra être statué sur l'avis conforme du conseil d'État, dans le délai de trois mois à partir de la déclaration, ou, s'il y a eu contestation, du jour où le jugement qui a admis la réclamation est devenu définitif. Le déclarant aura la faculté de produire devant le conseil d'État des pièces et des mémoires. »<sup>1957</sup>

Le changement est important. Frantz Despagne ira même jusqu'à écrire que le mécanisme d'acquisition par réclamation perd « le caractère de *bienfait de la loi* qu'on lui reconnaissait jadis et [se] transforme en une naturalisation véritable, simplement facilitée au point de vue des conditions à remplir, en un mot une concession gracieuse qui ne peut plus être réclamée comme un droit acquis. »<sup>1958</sup> L'auteur force ici le trait, notamment parce qu'opposé à l'avis conforme du Conseil d'État, il cherche à rapprocher le nouveau système de la naturalisation dans laquelle n'intervient plus la Haute Assemblée depuis 1889. Il n'empêche, cette capacité d'opposition bouleverse le système du code civil et en particulier le droit du sol, auquel est désormais adjoint une condition de dignité<sup>1959</sup> du réclamant, là où auparavant la simple demande valait nécessairement acquisition – un Député ira même jusqu'à qualifier la réforme « loi de réaction contre le code civil »<sup>1960</sup>. Surtout, émerge ici un « modèle administratif » jusqu'alors inconnu : la possibilité d'une intervention du Gouvernement sur le versant de la perte de la nationalité moyennant un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État, l'intéressé étant appelé à produire ses observations.

**594. Le nouveau système administratif d'opposition pour indignité.** – Selon les propos du rapporteur au Sénat, Jean Delsol, le projet du gouvernement prévoyait initialement une capacité d'opposition du gouvernement par décret pour tout motif, le Conseil d'État entendu. Ce sont les Sénateurs qui vont alors créer et encadrer le refus d'enregistrement pour indignité, dans

---

<sup>1957</sup> Loi du 22 juillet 1893 modifiant la loi du 26 juin 1889 et les articles 8 et 9 du Code civil, in JORF, 23 juillet 1893, p. 3765.

<sup>1958</sup> Frantz Despagne, « Du rôle du Conseil d'État dans la naturalisation d'après la loi du 22 juillet 1893 », *RDP*, 1894, vol. 1, p. 102.

<sup>1959</sup> En dehors des exemples cités par Falcimaigne, l'indignité n'est guère définie. Le Député Thellier de Poncheville s'en inquiète avec insistance à la séance du 6 mai 1893 : « En quoi consiste l'indignité ? Il faudrait que les cas d'indignité fussent déterminés d'une façon précise par la loi, car s'ils ne le sont pas, c'est l'arbitraire. Or, aucun de nous ne doit ouvrir la porte à l'arbitraire, parce que tous nous sommes exposés à en souffrir. », in JORF débats, Ch. Dép., 6 mai 1893, p. 1893. Anne Simonin, *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 149-163, a pu déterminer à partir des archives du Conseil d'État que cette notion recoupe d'abord une acception pénale, puis bascule progressivement vers la déloyauté après la première guerre mondiale.

<sup>1960</sup> Les propos sont tenus par Thellier de Poncheville à la séance du 6 mai, voy. JORF, débats, Ch. Dép., 6 mai 1893, p. 1349.

un délai de trois mois, et surtout sur avis conforme du Conseil d'État, l'intéressé appelé à produire des pièces et mémoires<sup>1961</sup>. Delsol mentionne ainsi que, bien qu'il s'agisse « d'une matière non contentieuse »<sup>1962</sup> : « L'avis conforme du conseil d'État est une garantie suffisante contre les abus de pouvoir qu'on pourrait redouter. »<sup>1963</sup> Le Conseil d'État apparaît donc dès cette époque comme une institution clé pour la réforme. L'intervention en conformité de la Haute-Assemblée est la garantie suffisante et nécessaire pour porter atteinte à un droit pourtant garanti par le code civil depuis près d'un siècle. De fait, la grande épuration républicaine de juillet 1879 a changé la composition et les représentations relatives au Conseil d'État : depuis cette date, le nouveau régime s'est assuré de la fidélité de cette institution aux idéaux républicains en révoquant de nombreux membres affiliés aux courants réactionnaires ou cléricaux<sup>1964</sup>. Comme le relève Vincent Wright, « Après juillet 1879, le Conseil devint une institution politiquement digne de confiance. Le régime pouvait compter sur lui. Le corps était enfin en harmonie avec les institutions politiques du pays. »<sup>1965</sup>

**595.** C'est bien ce que révèlent les débats parlementaires. La plupart des orateurs confirment l'intérêt et la qualité de la garantie que constitue un avis conforme du Conseil d'État. À la Chambre des Députés surtout, Falcimaigne qui défend le projet comme commissaire du gouvernement, qualifie même le Conseil d'État de « juge » alors que c'est la section administrative qui statue :

« On a dit tout à l'heure que le conseil d'État statuerait par simple mesure administrative ; c'est encore vrai. Mais, messieurs, j'attire votre attention sur un paragraphe spécial de l'article de la loi actuellement en délibération et qui dit que, devant le conseil d'État, l'individu qui aura fait la déclaration sera admis à fournir toute défense qu'il jugera utile. Le droit de défense est donc pleinement sauvegardé ; et lorsque le conseil d'État, qui dans l'espèce statuera, *à vrai dire, comme un juge*, aura obtenu les renseignements qui, suivant nous, motiveraient le refus de la déclaration, lorsqu'il aura entendu la défense du déclarant, il statuera et ce qu'il aura décidé le Gouvernement sera obligé de l'accepter. »<sup>1966</sup> (nous soulignons)

---

<sup>1961</sup> Voy. JORF, débats, Sénat, 10 mars 1893, p. 267.

<sup>1962</sup> *Ibid.*

<sup>1963</sup> *Ibid.*

<sup>1964</sup> Voy. Vincent Wright, « L'épuration du Conseil d'État (juillet 1879) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1972, vol. 19, n° 4, p. 627 et s.

<sup>1965</sup> *Ibid.*, p. 650.

<sup>1966</sup> JORF, débats, Ch. Dép., 6 mai 1893, p. 1350.

Et lorsque Thellier de Poncheville considère que l'avis conforme du Conseil d'État n'est qu'une déclinaison d'une « intervention de l'administration »<sup>1967</sup>, le rapporteur Eugène Mir lui rétorque qu'en cette matière « Le conseil d'État n'est pas une administration, c'est un tribunal. »<sup>1968</sup>

**596.** Sur la nature juridictionnelle de l'intervention du Conseil d'État, il revient à Frantz Despagnet, grand internationaliste de la fin du XIXe siècle, de produire les observations les plus claires en la matière dans un article spécialement consacré à la question publié à la *Revue du droit public*. Opposé à l'intervention du Conseil d'État, il considère que l'indignité est un motif politique dont le gouvernement doit seul assumer l'interprétation et *in fine* la responsabilité<sup>1969</sup>. L'avis conforme du Conseil d'État lui paraît donc contre indiqué en ce que justement il juridictionnalise une activité normalement cantonnée au seul conseil : « Ainsi le Conseil d'État, dans le cas prévu par la loi du 22 juillet 1893, procède comme un véritable tribunal, qui juge les allégations contraires présentées, et rend une décision définitive devant laquelle doivent s'incliner soit le pouvoir exécutif, soit le requérant. »<sup>1970</sup> L'auteur s'élève ainsi contre « un contrôle souverain qui bouleverse toutes nos règles de droit public »<sup>1971</sup> en instituant « un contrôle bizarre et hybride, administratif dans son objet, judiciaire dans sa procédure et dans son résultat définitif. »<sup>1972</sup> Il va même jusqu'à noter que cet avis conforme dédouane le gouvernement de sa responsabilité. De fait, l'organe exécutif n'assume pas la responsabilité d'un refus d'opposition puisque c'est le Conseil d'État en toute indépendance et en forme quasi-juridictionnelle qui prend la décision :

« Qu'on suppose une interpellation au Parlement sur l'attribution de la nationalité à un homme réputé dangereux ou indigne par son passé ; c'est là un acte de politique sur lequel tout représentant du pays a le droit de demander des explications. Le ministre répondra qu'il a refusé la naturalisation, mais que le Conseil d'État a condamné son refus ; c'est alors derrière une autorité qui lui est hiérarchiquement subordonnée que le gouvernement se retranchera ; c'est aussi

---

<sup>1967</sup> *Ibid.*, p. 1349.

<sup>1968</sup> *Ibid.* Dans une certaine synthèse qui provoque l'hilarité, Thellier de Poncheville conclut en disant que « Le conseil d'État est un tribunal administratif ! (...) (*On rit.*) » pour mieux mettre en relief la difficulté pour l'administration de se juger elle-même, voy. *ibid.*

<sup>1969</sup> Voy. Frantz Despagnet, « Du rôle du Conseil d'État dans la naturalisation d'après la loi du 22 juillet 1893 », *op. cit.*, p. 107 : « la nature même de la question qui lui est soumise s'y oppose, puisque l'examen des arguments invoqués par le gouvernement pour écarter un requérant comme indigne ne se réfère en rien à l'appréciation de droits acquis, et qu'il ne peut y avoir contentieux véritable lorsqu'il s'agit uniquement de considérer le mérite d'un individu pour obtenir une faveur et l'opportunité qu'il peut y avoir à la lui accorder. »

<sup>1970</sup> *Ibid.*, p. 107. Dans le même sens : « d'après la loi du 22 juillet 1893, la haute assemblée reçoit les observations de l'intéressé en même temps que celles du pouvoir exécutif ; elle a à statuer comme un véritable tribunal, avec cette particularité, inconnue jusqu'à présent dans notre législation, (...) qu'il apprécie une question de dignité et non de droit. » (*ibid.*, p. 112).

<sup>1971</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>1972</sup> *Ibid.*, p. 107.

cette autorité qui tiendra en échec la sanction politique que le Parlement peut exercer sur les actes des ministres au moyens d'un vote de critique ou de blâme. »<sup>1973</sup>

**597.** Pour André Weiss justement, c'est l'absence de responsabilité politique du gouvernement en matière d'opposition à l'acquisition de la nationalité qui résulte directement de l'avis conforme du Conseil d'État qui contribue à faire de l'article 9 une « naturalisation de faveur » : elle ne revêt pas la forme d'une « naturalisation ordinaire », qui seule « s'analyse en un acte discrétionnaire de la puissance publique, en un acte de souveraineté »<sup>1974</sup>. Autrement dit, le régime créé par la loi de 1893 ne s'analyse pas en un renforcement de la souveraineté de l'État en droit de la nationalité, la discrétionnarité n'en sort pas grandie. Au contraire même, le régime instauré par la loi de 1893 empêche le pouvoir discrétionnaire de l'État de se déployer en droit de la nationalité ; l'intervention inédite du Conseil d'État sous la forme d'un avis conforme portant sur une situation individuelle, bien que suivant des modalités administratives pré-contentieuses, présente de nombreuses garanties contre l'arbitraire et au profit des droits de la défense de l'individu. C'est donc un modèle protecteur qui émerge à la fin du XIXe siècle, sous couvert de rendre au gouvernement une marge d'appréciation dans certains cas d'acquisition de la nationalité. Il ouvrira la voix à l'examen contentieux des mesures adoptées par l'autorité publique en droit de la nationalité (voy. *infra* n° 868 s.).

## **2. L'extension progressive du modèle à l'ensemble des cas de perte**

**598. L'extension du modèle administratif.** – Le modèle administratif inauguré par la loi du 22 juillet 1893 – avis conforme du Conseil d'État et capacité de l'individu à produire des pièces et mémoires – va progressivement s'étendre à toutes les formes de perte de la nationalité, qui auparavant ne ressortait soit d'aucun contrôle, soit du contrôle du juge judiciaire<sup>1975</sup>.

**599.** Il en va ainsi dès 1938 des cas de retrait, de déchéance et de perte de la nationalité, suite à l'adoption du décret-loi du 12 novembre 1938 relatif à la situation et à la police des

---

<sup>1973</sup> *Ibid.*, p. 106. Dans le même sens, voy. André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, Paris, Larose et Tenin, 1907, 2<sup>ème</sup> édition, p. 129, note 2 : « le rôle qui lui est ainsi imparti donne aux intéressés une garantie puissante contre l'arbitraire gouvernemental, en même temps qu'il supprime, en cette matière, la responsabilité du ministre devant le Parlement. »

<sup>1974</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, 1907, 2<sup>ème</sup> édition, p. 131.

<sup>1975</sup> Le cas des retraites de nationalité prononcés en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 avril 1915 est trop spécifique pour être évoqué ici. On renvoie aux développements *supra* chap. 3, et l'on se bornera à mentionner qu'en la matière le Conseil d'État est saisi pour avis non qualifié, mais conforme dans les faits, que les motifs de la décision projetée sont notifiés à l'individu, qui est appelé à présenter par écrit ses observations. Voy. en particulier les art. 1 et 3 du décret portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 7 avril 1915 autorisant le Gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France, in JORF, 26 avril 1915, p. 2589-2590.

étrangers<sup>1976</sup>. Avec l'approche de la guerre, le gouvernement cherche à rationaliser le système de perte de la nationalité et bascule le régime judiciaire de la déchéance de nationalité vers le régime administratif issu de la loi de 1893, et crée deux nouveaux cas – la perte pour l'exercice en fait et en droit d'une nationalité étrangère d'une part, et le retrait de nationalité d'autre part – soumis eux-aussi au même régime administratif. L'ensemble est donc tourné vers l'objectif de doter l'autorité publique de « moyens prompts et efficaces pour retirer notre nationalité aux naturalisés qui se montreraient indignes »<sup>1977</sup>, comme le mentionne le rapport signé par Daladier, Reynaud et Sarralt. Selon ce décret-loi de 1938, la déchéance de nationalité d'abord est désormais prononcée sur proposition du ministre de l'intérieur par un décret rendu par le ministre de la justice sur avis conforme du Conseil d'État, l'intéressé, « dûment appelé », peut produire des « pièces et mémoires », mais aucune communication des motifs n'est prévue (art. 22 du décret-loi de 1938, révisant l'art. 10 de la loi du 10 août 1927). Le même système est ensuite prévu en matière de retrait. Le dispositif est nouveau et fait suite à la proposition du comité français de droit international privé<sup>1978</sup>. Par l'effet du décret-loi, l'autorité publique peut rapporter le décret obtenu par fraude dans un délai de dix années à compter de sa découverte, par le moyen d'un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État et l'intéressé appelé à produire en défense des « pièces et mémoires » (art. 18 du décret-loi de 1938, créant un nouvel art. 7 *bis* à la loi du 10 août 1927). Enfin un nouveau cas, déjà évoqué *supra* (cf. n° 392 s.), prévoit la « perte » de la nationalité du Français qui possède la nationalité « d'un pays étranger dont il se comporte en fait comme le national », dans les conditions fixées pour la déchéance de nationalité (art. 22 du décret-loi de 1938, créant un nouvel article art. 9, 6° à la loi du 10 août 1927). Dès cette époque donc, l'ensemble du droit de la perte de la nationalité bascule sous le régime administratif dont la loi de 1893 avait fixé le modèle.

**600.** Cela ne va pas sans certaines résistances doctrinales. Les membres du comité français de droit international privé réunis le 13 mars 1939 réfléchissent justement sur cette question. Pierre Louis-Lucas, dans sa communication initiale mentionne que « La procédure a donc cessé d'être judiciaire, voilà un élément du statut de la Personne, sa nationalité qui n'a pas à être appréciée par ceux qui sont les gardiens du statut de la personne humaine, les tribunaux civils.

---

<sup>1976</sup> Décret-loi du 12 novembre 1938 relatif à la situation et à la police des étrangers, in JORF, 13 novembre 1938, p. 12920.

<sup>1977</sup> *Ibid.*, p. 12921.

<sup>1978</sup> Le comité considère à la suite d'un exposé de Pierre Louis-Lucas en 1937 que la jurisprudence du Conseil d'État n'a pas vocation à régir les cas de retrait de nationalité, et que le législateur doit se saisir du problème et réglementer précisément le retrait de la nationalité pour absence de satisfaction des critères légaux, ou pour fraude. Voy. Pierre Louis-Lucas, « La réforme de la législation sur la perte de la nationalité », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1939, vol. 5, p. 21-22 et p. 37.

Cet élément peut être retiré purement et simplement par l'autorité administrative. »<sup>1979</sup> La condamnation est de principe : basculer sous un régime administratif c'est faire exception à la compétence de principe du juge civil en matière de nationalité. De fait, les débats qui suivent l'exposé de Louis-Lucas sont assez mesurés, comme le montre le compte rendu :

« On s'est très fermement élevé contre le caractère administratif de cette procédure. Il était indispensable d'entourer la déchéance de plus de garanties. Il fallait permettre aux intéressés de se justifier. C'est pourquoi le contrôle impartial de l'autorité judiciaire semblait préférable. On peut prédire que tôt ou tard on reviendra à ce système. Certains membres ont cependant remarqué qu'il ne fallait pas exagérer les inconvénients de la procédure administrative. La déchéance n'est possible que sur avis conforme du Conseil d'État. Il serait donc excessif de considérer que l'individu n'a aucune garantie. La compétence du Conseil d'État pourrait même se justifier, dans une certaine mesure puisque la matière de la nationalité, comme l'a affirmé la Cour de cassation, dans son arrêt des Chambres réunies de 1921, fait partie de notre Droit public. À cet égard l'intervention du Conseil d'État, n'est pas, en soi, contraire à tous les principes qui régissent la matière de la nationalité. »<sup>1980</sup>

Il s'en déduit une double nuance : d'abord la compétence de principe du juge judiciaire n'est pas si absolue puisqu'en effet la Cour de cassation a jugé que la nationalité relevait du droit public ; ensuite la garantie édictée par le législateur, c'est-à-dire la capacité de produire des pièces et mémoires<sup>1981</sup> devant le Conseil d'État rendant un avis conforme, présente certaines garanties qu'il ne faut pas négliger. Jean-Paulin Niboyet est beaucoup plus critique dans son commentaire de la réforme, en particulier concernant les dispositions qui permettent de priver de la nationalité un Français de naissance. Il considère que cette « substitution » de la procédure administrative à la procédure judiciaire est « absolument inadmissible » et qu'elle révèle le « véritable abus que l'on commet en faisant aussi légèrement par décret-loi des réformes graves »<sup>1982</sup>. La guerre passée, les propos se feront plus policés, notamment à propos de l'article 96 du code de la nationalité qui vient consacrer l'article 9, 6° créé en 1938 : « On conçoit cette procédure, car les tribunaux judiciaires ne sont pas des organes qualifiés pour trancher un conflit de nationalité et retirer à un individu sa nationalité. Il y a là une question d'appréciation de caractère purement politique, car le texte dit "peut", qui doit dépendre du seul pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Celui-ci doit statuer conformément à l'avis du Conseil d'État. »<sup>1983</sup>

---

<sup>1979</sup> Pierre Louis-Lucas, « La réforme de la nationalité effectuée par le décret-loi du 12 novembre 1938 », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1946, vol. 6, p. 50.

<sup>1980</sup> Pierre Louis-Lucas, « La réforme de la nationalité effectuée par le décret-loi du 12 novembre 1938 », *op. cit.*, p. 51.

<sup>1981</sup> Cette condition est prise très au sérieux par le Conseil d'État qui censure au contentieux le décret d'opposition adopté avant la fin du délai imparti à l'individu visé pour produire des pièces et mémoires. Voy. CE, 29 juin 1928, n° 94072, *Demoiselle Schmidt*, Lebon p. 837.

<sup>1982</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Addendum au Traité de droit international privé français*, vol. I, Paris, Sirey, 1939, p. 34.

<sup>1983</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, vol. I, Paris, Sirey, 1947, 2<sup>ème</sup> éd., p. 446.



Ce rôle est également bien accepté par Boulbès qui considère que l'avis conforme fait du Conseil d'État « l'arbitre souverain entre l'intéressé et l'autorité publique. »<sup>1984</sup> Évidemment, cette multiplication des acteurs appelés à statuer réduit *in fine* la discrétionnarité du pouvoir de l'autorité publique.

**601.** Ce modèle va être consacré par la législation d'après-guerre et étendu au cas de perte de la nationalité pour emploi dans une armée ou un service public étranger<sup>1985</sup> (nouvel art. 97 du code de la nationalité), en plus de l'exercice actif d'une nationalité étrangère (art. 96 du même code), de la déchéance de nationalité (art. 98 du même code) et du retrait de nationalité (art. 112 du même code). L'ensemble est toujours en vigueur dans le code civil en ce qui concerne la perte de la nationalité pour exercice actif d'une nationalité étrangère (art. 23-7 du code civil), pour l'emploi dans une armée ou un service public étrangers (art. 23-8 du même code), la déchéance de nationalité (art. 25 du même code) et le retrait de nationalité (art. 27-2 du même code). Il s'en déduit que depuis cette période, l'ensemble des cas de perte de la nationalité à l'initiative de l'autorité publique sont prononcés par décret pris sur avis conforme du Conseil d'État, l'intéressé appelé à produire ses observations.

**602.** Concernant enfin les décrets d'opposition à acquisition de la nationalité, le modèle original de 1893 s'est sans surprise maintenu jusqu'à aujourd'hui. C'est l'étendue des acquisitions pouvant être frappées d'opposition qui a en revanche largement varié. Le principe en la matière est plutôt simple : lorsque le législateur ajoute un nouveau cas d'acquisition de droit de la nationalité (avec une soustraction au principe de faveur de la naturalisation), il prévoit la plupart du temps la capacité du gouvernement à s'opposer dans un délai déterminé pour indignité ou défaut d'assimilation ; puis, lorsque le gouvernement découvre sur le temps long qu'il n'y a guère matière à s'opposer, le législateur finit par supprimer cette voie de droit. Ainsi, si l'indignité est initialement circonscrite à l'acquisition par le droit du sol, elle s'étend progressivement à l'ensemble des cas d'acquisition par déclaration qui se multiplient dans le premier XXe siècle, par exemple à l'égard de la nouvelle voie d'acquisition par déclaration à raison du

---

<sup>1984</sup> Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, Paris, Sirey, 1956, n° 906, p. 366.

<sup>1985</sup> Code de la nationalité française, art. 97 et 119, voy. JORF, 20 octobre 1945, p. 6705-6706. Spécificité concernant cet article, le gouvernement va prévoir par ordonnance la possibilité d'outrepasser l'avis négatif du Conseil d'État par un décret pris en Conseil des ministres, sans que les raisons en soient bien connues, sauf à imaginer une sanction indirecte du Conseil d'État suite aux décisions à propos de l'article 96 du même code (voy. *infra* n° 952 s.), voy. ordonnance n° 61-120 du 2 février 1961 portant modification de certaines dispositions du code de la nationalité française, in JORF, 4 février 1961, p. 1345. Le Conseil d'État saisi pour avis de ce projet d'ordonnance aurait alors rendu un avis négatif à une large majorité, voy. « Une ordonnance aggrave et étend les conditions de la perte de nationalité », *Le Monde*, 6 février 1961.

mariage, ouverte aux femmes étrangères épousant un Français (art. 39 du code de la nationalité)<sup>1986</sup>. Systématiquement, il est prévu que le décret d'opposition pour indignité ou défaut d'assimilation soit adopté sous avis conforme du Conseil d'État, l'intéressé appelé à produire ses observations (art. 106 et 109 du code de la nationalité). En 1973, le modèle évolue en matière d'opposition à l'acquisition par mariage : la généralisation de ce droit au profit des femmes *et* des hommes conduit le législateur à désormais prévoir non plus un décret sur avis conforme du Conseil d'État, mais plutôt un décret en Conseil d'État, c'est-à-dire un décret pris par le Conseil d'État *entendu*, sans obligation pour le gouvernement de suivre son avis<sup>1987</sup>. Il y a là une certaine régression par rapport au modèle de 1893.

**603.** C'est la Commission de la nationalité présidée par Marceau Long qui va s'apercevoir à la fin des années 1990, au cours de ses investigations, que la plupart des cas d'opposition sont tombés en désuétude. Cela ressort en particulier de l'audition de Gérard Moreau, directeur de la population au ministère des affaires sociales, qui note que les oppositions sont « rares » et « variable[s] »<sup>1988</sup>, et qui – face à la surprise de la Commission constatant le très faible nombre d'oppositions – précise en substance que les moyens qui seraient nécessaires à l'examen de l'ensemble des acquisitions par déclaration seraient hautement disproportionnés au regard du bénéfice que peut en retirer l'autorité publique, notamment en ce qui concerne les mineurs<sup>1989</sup>. La Commission constate ainsi qu'hors les cas d'opposition à déclaration acquisitive par la voie du mariage, aucun cas n'a été suivi depuis douze ans, et que ces procédures « alourdissent inutilement »<sup>1990</sup> la législation. Ces propositions sont suivies par le législateur et la grande réforme de 1993 ne laisse subsister que l'opposition à l'acquisition par mariage (art. 21-4 du code civil). Toutefois, la récente introduction de nouveaux cas d'acquisition par déclaration pour les fratries et les seniors (voy. *supra* n° 359 s.) a conduit le législateur à réintroduire dans ces deux situations la possibilité d'une opposition par décret dans les mêmes conditions que celles du mariage (par renvoi à l'art. 21-4). L'opposition par décret en Conseil d'État, l'intéressé appelé à produire

---

<sup>1986</sup> Pour un panorama complet, voy. les cas d'oppositions par décret aux articles 39, 46 et 57 du code de la nationalité, in JORF, 20 octobre 1945, p. 6703.

<sup>1987</sup> Voy. la nouvelle formulation de l'art. 39 in JORF, 10 janvier 1973, p. 468.

<sup>1988</sup> Commission de la nationalité (dir.), *Être Français aujourd'hui et demain*, vol. I, Paris, La documentation française, 1988, p. 264.

<sup>1989</sup> *Ibid.*, p. 267 : « Cette organisation matérielle est lourde et difficile, et n'est sans doute pas justifiée, et à mon avis c'est la raison de fond, par les délits qui justifient cette opposition pour des jeunes. Il s'agit de mineurs, n'est-ce pas ? Et pour des mineurs, commettre des délits tels qu'ils justifient l'opposition c'est un phénomène tout à fait rare. Mobiliser par conséquent une organisation gigantesque pour cela, je ne suis pas sûr que le jeu en vaille la chandelle. »

<sup>1990</sup> Commission de la nationalité (dir.), *Être Français aujourd'hui et demain*, vol. II, Paris, La documentation française, 1988, p. 165.

ses observations, ne concerne donc plus que les cas d'acquisition par mariage, et au profit des fratries et des seniors.

**604.** Reste un angle mort dans le modèle général de 1893, celui de la communication des griefs à l'intéressé, préalablement à la décision. Suivant André Weiss, le modèle d'avis donné à l'individu lorsque l'opposition est projetée ne mentionne en aucune manière les motifs de droit ou de fait qui fondent la décision projetée<sup>1991</sup>, cette lacune dans les droits de la défense sera palliée par une série d'interprétations rendues par le Conseil d'État, finalement consacrées textuellement.

**605. Le renforcement des exigences de communication des griefs.** – Le problème posé par ce régime administratif est celui de la motivation des décisions. Si le Conseil d'État dispose de l'ensemble des éléments, l'intéressé est en réalité dans l'obligation de soumettre des observations générales puisque les motifs du projet de décision ne lui sont pas communiqués. Forcé de se défendre en aveugle, la situation a pu paraître contraire aux droits de la défense. Le Conseil d'État a donc dans une série jurisprudentielle fait obligation à l'administration, dans l'approfondissement de ses obligations légales, de communiquer les griefs à la personne visée par une mesure sanctionnatrice.

**606.** Sans surprise, c'est d'abord le domaine sanctionnateur par excellence de la déchéance de nationalité qui a fait l'objet d'une jurisprudence protectrice du Conseil d'État. Dans la décision *Léoncini*<sup>1992</sup> rendue en sous-sections réunies le 20 octobre 1954 le Conseil juge que l'article 121 du code de la nationalité impose à l'administration de mettre l'intéressé à même de discuter les griefs invoqués contre lui ; toutefois une telle obligation n'emporte pas l'exigence faite à l'administration de communiquer le dossier. Le Conseil d'État renverse donc la position auparavant consacrée à l'occasion des déchéances de la première guerre mondiale<sup>1993</sup>. Cette jurisprudence est étendue en 1958 dans le contentieux voisin de la perte de la nationalité pour exercice actif d'une nationalité étrangère. Le Conseil d'État, dans une décision *Époux Speter*<sup>1994</sup> rendue en assemblée, retient l'irrégularité de la procédure qui n'a pas conduit à informer les

---

<sup>1991</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, 1907, 2<sup>ème</sup> édition, p. 130, note 1.

<sup>1992</sup> CE, 20 octobre 1954, n° 26557, *Léoncini*, Lebon tables p. 793 (sur ce point).

<sup>1993</sup> Voy. CE, 7 juillet 1916, n° 60.033, *Dreifuss*, Lebon p. 278.

<sup>1994</sup> CE, ass., 7 mars 1958, nos 20777 et 20778, *Époux Speter*, Lebon p. 152.

intéressés « des faits qui étaient relevés à leur charge ». Marceau Long, dans de remarquables conclusions<sup>1995</sup>, fixe la *ratio legis* aisément généralisable :

« Il est, en effet, absolument hors de doute que la perte de la nationalité française qui peut frapper un étranger naturalisé, constitue l'une de ces mesures qui, prise en considération de la personne de l'intéressé, et lui portant un préjudice grave, ne peuvent être prises qu'après la communication des griefs. (...) Il ne fait donc pas de doute pour nous qu'une mesure qui peut avoir des conséquences aussi graves qu'un retrait de nationalité, ne peut être prise qu'après que l'administration ait fait connaître aux personnes, dont toute la vie risque d'être bouleversée par la décision projetée, les motifs qu'elle a de la prendre. »<sup>1996</sup>

Le Conseil d'État étend ainsi cette même jurisprudence au contentieux de l'opposition par décret à l'acquisition de nationalité dans une affaire *Rubin* rendue en assemblée le 2 décembre 1960<sup>1997</sup>. Le requérant n'avait pas été informé « des faits qui étaient relevés à sa charge », il n'avait donc pas pu les discuter dans ses écritures en défense. Le Conseil d'État annule donc le décret d'opposition, et renverse par la même occasion sa jurisprudence contraire arrêtée au début du XXe siècle<sup>1998</sup>. En matière de retrait, la jurisprudence est plus subtile. Seul le retrait pour fraude (art. 112 du code de la nationalité) est soumis aux exigences de communication des griefs, en ce que justement il y a ici une part sanctionnatrice de l'irrégularité de la procédure initiale. La décision *Shamash*<sup>1999</sup> rendue en 1957 prévoit ainsi la communication des griefs à l'individu dont l'administration projette le retrait de la naturalisation en raison de la fraude qui entacherait la procédure d'acquisition. En revanche, le retrait de nationalité en raison de l'insatisfaction des conditions requises pour le prononcé de la naturalisation (art. 111 du code de la nationalité) est jugé expressément comme non constitutif d'une sanction, et échappe ainsi au régime de communication des griefs préalable dans une décision de principe *Albo Nico*<sup>2000</sup> rendue en 1949, largement confirmée<sup>2001</sup>.

**607.** Cette dynamique jurisprudentielle va être progressivement consacrée dans la loi. Le premier temps va être la grande loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs<sup>2002</sup>. Celle-ci mentionne l'exigence de motiver les décisions qui « infligent une sanction », mais aussi les décisions qui « retirent ou abrogent une décision créatrice de droits » (art.

---

<sup>1995</sup> Pour une mention en forme d'hommage, voy. Patrick Weil, « Marceau Long, un réformateur républicain », in *Le service public. Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2016, p. 491-495.

<sup>1996</sup> Marceau Long, « conclusions sous l'arrêt *Speter* », *Act. Jur.*, 1958, vol. I, p. 178.

<sup>1997</sup> CE, ass., 2 décembre 1960, n° 46516, *Sieur Rubin*, Lebon p. 668.

<sup>1998</sup> Voy. CE, 5 mai 1922, nos 72323 et 73320, *Vandendriessche*, Lebon p. 402 ; CE, 23 février 1923, n° 73974, *Strauss*, Lebon p. 192.

<sup>1999</sup> CE, 18 décembre 1957, *Shamash*, Lebon p. 683.

<sup>2000</sup> CE, 23 décembre 1949, *Albonico*, Lebon p. 572.

<sup>2001</sup> CE, 21 janvier 1959, nos 44.111 et 44.112, *Rivetto*, Lebon p. 53 ; CE, 13 février 1974, n° 85.091, *Gosson*, Lebon p. 94.

<sup>2002</sup> JORF, 12 juillet 1979, p. 1711.

1<sup>er</sup>). Et de fait, au premier rang des mesures qui doivent faire l'objet d'une motivation, la circulaire d'application du 31 août 1979<sup>2003</sup> fait expressément mention au titre des exemples de la nationalité, et spécialement des « décisions prononçant la perte ou la déchéance de la nationalité française » et des décisions qui marquent une « opposition (...) fondée sur des motifs limitativement énumérés par la loi ». Cette loi confirme donc bien que les individus ont le droit de connaître les motifs de droit et de fait qui fondent la décision de perte, même s'il ne s'agit pas à ce stade d'en garantir leur connaissance lors de la procédure administrative préalable<sup>2004</sup>. Sans surprise alors, dans un second temps propre à la grande réforme de 1993 qui place à nouveau le droit de la nationalité dans le code civil, toutes les mesures de perte de la nationalité *lato sensu* vont faire l'objet d'une exigence préalable de communication des motifs. La particularité de la réforme de 1993 est de séparer pour la première fois, conformément à l'article 34 de la Constitution, les « règles » législatives relatives à la nationalité des questions procédurales qui appartiennent davantage au domaine réglementaire. En cette matière, c'est depuis lors le décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993 relatif aux déclarations de nationalité, aux décisions de naturalisation, de réintégration, de perte, de déchéance et de retrait de la nationalité française qui détermine la procédure administrative préalable applicable aux individus<sup>2005</sup>. Ainsi, « les motifs de fait et de droit » sont communiqués aux intéressés préalablement à toute décision ; ils peuvent à cette occasion produire un « mémoire » ou des « observations » en défense dans un délai d'un mois. La procédure concerne toutes les pertes à l'initiative de l'autorité publique, c'est-à-dire les « pertes » au sens du code civil relatives à l'exercice actif d'une nationalité étrangère (art. 59 du décret de 1993) ou de l'emploi dans une armée ou un service public étrangers (art. 60 du même décret), la déchéance de nationalité (art. 61 du même décret), le retrait de nationalité (art. 62 du même décret), et les oppositions aux déclarations acquisitives de nationalité (art. 32 du même décret).

## **B. Acquisition de la nationalité et procédure administrative : l'enjeu de la motivation**

**608.** Longtemps l'absence de motivation des décisions de refus de naturalisation fut l'expression la plus emblématique de la souveraineté de l'État. Autrement dit, l'absence de communication des motifs manifestait bien la « faveur » plutôt que le « droit » que constituait la naturalisation. Cette doctrine s'est progressivement effacée au fil du XXe siècle, non sans une

---

<sup>2003</sup> JORF, 4 septembre 1979, p. 2147.

<sup>2004</sup> Le Conseil d'État confirme sans surprise l'application de la loi à la déchéance de nationalité, voy. CE, 23 mai 1986, n° 58806, *Warzecka*, Lebon p. 148, ce qui ne bouleverse guère la situation pour les administrés puisque le juge fait déjà obligation à l'administration de communiquer les griefs au stade précontentieux.

<sup>2005</sup> JORF, 31 décembre 1993, p. 18559.

certaine résistance administrative et politique, (1) pour aboutir aujourd'hui à une pleine obligation de motivation des décisions de naturalisation (2).

## 1. Le développement de la motivation en matière de refus de naturalisation

**609. Le développement législatif de la motivation en matière d'irrecevabilité.** – La naturalisation, de par son caractère éminemment souverain, a longtemps échappé à toute exigence de motivation. Entre les deux guerres, Niboyet écrit donc sans difficultés que la naturalisation « est un acte *souverain* ou discrétionnaire de la puissance publique qui reste toujours libre de l'accorder ou de la refuser sans avoir à justifier de ses motifs. »<sup>2006</sup>

**610.** Ce principe va être partiellement rompu par le législateur de 1945 qui va rendre obligatoire la motivation en matière d'irrecevabilité (art. 115 du code de la nationalité), mais qui va textuellement confirmer l'absence de motivation des décisions de rejet et d'ajournement<sup>2007</sup> (art. 116 du même code)<sup>2008</sup>. Cette « heureuse innovation »<sup>2009</sup> se justifie assez bien : puisque l'irrecevabilité est fondée sur des motifs de droit, il n'y a guère d'atteinte à la discrétionnarité du pouvoir de l'État dans la communication du ou des motifs de droit qui ont été retenus par l'autorité<sup>2010</sup>. En revanche, la règle est confirmée en matière de rejet, car comme le note encore Boulbès : « L'Autorité publique apprécie *souverainement* la demande dont elle est saisie. Si donc elle la rejette, sa décision n'a nul besoin d'être motivée et la notification (...) n'exprime aucun motif. »<sup>2011</sup>

**611.** La jurisprudence du Conseil d'État n'a jamais créé d'obligation de motivation en dehors des prévisions du législateur. Ainsi, sous l'empire de la loi de 1927, le juge considère que

---

<sup>2006</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1928, n° 125, p. 160. Dans le même sens dans la première édition de son *Traité* : « elle ne constitue pas un droit mais une faveur : elle est un acte *discrétionnaire* de l'État qui reste toujours libre de l'accorder ou de la refuser sans avoir à justifier de ses motifs. », voy. Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, vol. I, Paris, Sirey, 1938, n° 277, p. 263. Voy encore Jean-Paulin Niboyet, « note sous CE, 21 juillet 1922, Bonnet », RDIP, 1922-1923, vol. 18, p. 323 : « La décision du garde des Sceaux n'a même pas besoin d'être motivée. C'est l'exercice d'un pouvoir arbitraire à juste titre, mieux encore c'est un *acte discrétionnaire*. »

<sup>2007</sup> Le terme fait son entrée dans la législation. Il relevait auparavant d'une simple pratique administrative de la Chancellerie qui prononçait le « rejet en l'état », c'est-à-dire l'« ajournement », lorsqu'elle « entrevoyait la possibilité d'accorder [plus tard] la faveur demandée », voy. Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, *op. cit.*, n° 913, p. 370.

<sup>2008</sup> L'ensemble est inscrit au nouvel article 110 du code de la nationalité suite à la réforme de 1973, voy. JORF, 10 janvier 1973, p. 471.

<sup>2009</sup> Henri Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, LGDJ, 1955, 2<sup>ème</sup> éd., n° 120, p. 136.

<sup>2010</sup> Dans le même sens, voy. Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, *op. cit.*, n° 911, p. 369-370.

<sup>2011</sup> *Ibid.*, n° 912, p. 370.

les décisions de rejet de la demande de naturalisation n'ont pas à être motivées dans une décision de principe *Todorowsky*<sup>2012</sup> rendue en 1935, jurisprudence encore constante sous le régime du code de la nationalité<sup>2013</sup>. La loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs est d'ailleurs sans effet sur les décisions de rejet ou d'ajournement, le Conseil d'État confirmant son inapplicabilité aux décisions de refus de naturalisation dans une décision *Abecassis*<sup>2014</sup> rendue en 1984.

## 2. La consécration de l'exigence de motivation en matière de refus de naturalisation

**612. Les acquis de la loi de 1993 : une exigence générale de motivation.** – Il revient à la Commission Long d'avoir mis en lumière les difficultés posées par cette inégale exigence de motivation. Dans son rapport de 1988, la Commission juge sévèrement cette option législative :

« Le plus souvent, ce mutisme de l'administration n'est pas compris des intéressés et est mal accepté. Il suscite un sentiment de frustration et d'arbitraire, avivé par la lenteur et la lourdeur de la procédure qui a abouti à un tel résultat (...). Bien que l'on soit ici dans un domaine où la compétence de l'État est souveraine et souvent qualifiée de discrétionnaire, la Commission estime qu'il est possible et souhaitable d'abroger les dispositions faisant obstacle à la motivation des décisions de rejet en matière de nationalité. (...) La Commission considère que l'extension du principe de motivation à l'ensemble des décisions prises par l'autorité publique dans les dossiers de naturalisation représente un progrès nécessaire et important dans le domaine des libertés publiques. Cette mesure revêtirait en outre une valeur symbolique importante sur le plan de la transparence de la procédure concernée. »<sup>2015</sup>

La grande réforme du 22 juillet 1993 fait intégralement droit à cette proposition, malgré l'avis du gouvernement qui souhaitait restreindre la qualité de la motivation<sup>2016</sup>, et malgré l'opposition de la droite conservatrice qui y voit une « monstruosité juridique et politique »<sup>2017</sup>. Le nouvel article 110 du code de la nationalité, recodifié à l'article 27 du code civil dispose ainsi : « Toute décision déclarant irrecevable, ajournant ou rejetant une demande de naturalisation ou de réintégration par décret ainsi qu'une autorisation de perdre la nationalité française doit être motivée. » Paul Lagarde, très critique envers l'œuvre du législateur, voit dans cette évolution

<sup>2012</sup> Voy. CE, 4 décembre 1935, *Todorowsky*, Lebon p. 1132.

<sup>2013</sup> D'autant plus que tel est le sens de la loi. Voy. CE, 31 octobre 1952, *Fisher*, Lebon p. 481 ; CE, 12 mars 1954, n<sup>os</sup> 25455 et 25456, *Navarro*, Lebon tables p. 793 (sur ce point).

<sup>2014</sup> CE, 30 mars 1984, n<sup>o</sup> 40735, *Abecassis*, Lebon tables p. 619 (sur ce point). Le Conseil d'État consacrait ainsi la jurisprudence arrêtée par les juges du fond, voy. TA Paris, 22 juin 1982, Lebon p. 484.

<sup>2015</sup> Commission de la nationalité, *Être Français aujourd'hui et demain*, vol. II, *op. cit.*, p. 153-154.

<sup>2016</sup> Voy. l'amendement n<sup>o</sup> 108 déposé par le gouvernement qui vise à restreindre la motivation aux conditions d'opportunité qui fondent la décision parce qu'« il est important que la loi ne donne pas la fausse impression que cette motivation est de la même nature que celle de la recevabilité. », in JORF, débats, Ass. Nat., 13 mai 1993 (2<sup>ème</sup> séance), p. 492. L'amendement est repoussé principalement par fidélité aux conclusions de la Commission présidée par Marceau Long, voy. les propos du rapporteur Pierre Mazeaud (*ibid.*).

<sup>2017</sup> Voy. les propos de Philippe de Villiers, in JORF, débats, Ass. Nat., 12 mai 1993 (2<sup>ème</sup> séance), p. 410.

des règles de motivation « la réforme la plus importante »<sup>2018</sup> dans le sens d'une libéralisation du droit de la nationalité.

**613.** Nombreux sont les auteurs à considérer qu'une telle réforme n'atteint pas le pouvoir souverain ou discrétionnaire de l'État. Paul Lagarde précise par exemple que « Cette obligation de motivation n'est pas contraire au pouvoir discrétionnaire de l'administration. »<sup>2019</sup> Ronny Abraham, dans des conclusions présentées en 1998 écrit encore qu'« il n'apparaît nullement que le législateur de 1993 ait entendu, en imposant la motivation des refus de naturalisation, modifier la nature même du pouvoir d'appréciation conféré au gouvernement en la matière ni en restreindre l'étendue. »<sup>2020</sup> Pourtant, à l'inverse, il semble bien qu'obliger l'administration à motiver des décisions rendues en pure opportunité réduit sensiblement le champ du pouvoir discrétionnaire de l'État<sup>2021</sup>. Là où l'absence de motivation laisse à l'administration une liberté totale quant à son choix, l'exigence de motivation fait en revanche obligation à l'administration de déterminer objectivement les raisons avouables de son refus : on bascule dès lors d'un pouvoir largement arbitraire à un pouvoir discrétionnaire assez encadré. Autrement dit, la liberté de l'autorité publique recule. Pierre Guiho saisit bien ce mouvement – pour le critiquer – à l'occasion de son commentaire de la loi. L'auteur considère que l'exigence de motivation tend à transformer la naturalisation en un droit pour les demandeurs : « Le principe traditionnel est désormais abandonné. L'étranger qui remplit les conditions légales de la naturalisation a, dans une certaine mesure, un droit à l'obtenir puisqu'elle ne peut lui être refusée qu'avec de justes motifs soumis au contrôle de la juridiction administrative. Par le fait même la différence entre l'acquisition "par le bienfait de la loi" et la naturalisation se trouve sensiblement atténuée. »<sup>2022</sup> Dans le même sens, mais favorable à ce mouvement, Amélie Dionisi-Peyrusse considère que l'exigence de motivation traduit « l'amorce d'un changement de la philosophie du concept de naturalisation », « un premier pas vers un droit à la naturalisation »<sup>2023</sup>. Sans aller aussi loin, c'est en partie ce que considèrent beaucoup de parlementaires qui jugent que la souveraineté de

---

<sup>2018</sup> Paul Lagarde, « La nationalité française rétrécie », *Rev. crit. DIP*, 1993, n° 4, p. 535. Voy. également Pierre Guiho, « Le contrôle de l'état de santé de l'étranger en instance de naturalisation », *D.*, 1993, n° 35, p. 504 : « Elle constitue une nette avancée dans le sens libéral, alors que les détracteurs de la loi en gestation l'avaient abondamment présentée comme restrictive de l'accès à la nationalité (mais avaient-ils pris soin de s'informer sérieusement ?). »

<sup>2019</sup> Paul Lagarde, « La nationalité française rétrécie », *op. cit.*, p. 535.

<sup>2020</sup> Ronny Abraham, « La décision de rejet d'une demande de naturalisation doit être motivée », *Rev. crit. DIP*, 1998, n° 2, p. 269.

<sup>2021</sup> Les mouvements d'approfondissement du contrôle juridictionnel lui sont toutefois antérieurs, voy. *infra* n° 977 s.

<sup>2022</sup> Pierre Guiho, « La nouvelle révision du code de la nationalité... et son abolition », *D.*, 1994, n° 1, p. 1.

<sup>2023</sup> Amélie Dionisi-Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Defrénois, 2008, n° 610, p. 225.



l'État ne peut s'exprimer que dans un cadre où aucun compte ne doit être rendu au demandeur, aucune motivation ne peut être exigée. Autrement dit, rompre avec l'absence de motivation équivaut à rompre avec la souveraineté. Le Député Francis Delattre déclare ainsi : « L'obligation de motiver le rejet d'une demande de naturalisation ou de réintégration constitue apparemment une innovation juridique qu'il ne nous paraît pas souhaitable de retenir, car une telle décision appartient à la souveraineté de l'État. »<sup>2024</sup> Surtout, le Député Philippe de Villiers, dans un long contre rapport lu en séance, donne sans doute l'expression la plus claire du recul du pouvoir de l'État :

« L'obligation de motiver le rejet d'une demande de naturalisation ou de réintégration constituerait, monsieur le garde des sceaux, une innovation pouvant être qualifiée de monstruosité juridique et politique. En effet, il est constant que la décision d'octroyer la nationalité est par excellence un acte de souveraineté, par lequel le peuple français admet un étranger à partager son destin. D'ailleurs, la non-motivation des actes de souveraineté est traditionnelle dans notre droit pour des actes beaucoup moins importants que l'octroi de la nationalité, par exemple le refus d'un visa. Il serait vraiment incohérent que, dans notre pays, le refus d'un visa n'ait pas à être motivé et que le refus de la naturalisation doive l'être. En outre, il s'agirait là d'une source de contentieux infinis, affaiblissant gravement la liberté concrète de décision du peuple français. »<sup>2025</sup>

Cette opinion conservatrice a le grand mérite de mettre en relief l'apport fondamental de la loi de 1993 : le recul de la discrétionnarité du pouvoir de l'État en matière de naturalisation. Au Sénat, on note de manière plus policée « un progrès tout à fait conforme à l'évolution contemporaine de nos institutions. »<sup>2026</sup>

**614. La consolidation de la qualité de la motivation par la loi de 1998.** – Cette exigence de motivation va difficilement entrer dans les mœurs administratives. Rien de surprenant à cela, il y a ici une véritable révolution pour une administration qui conservait le secret de ses motifs depuis quasiment deux siècles. Le contentieux permet justement d'en prendre connaissance. Dans une décision *M'Rah* rendue en 1998, l'administration avait rejeté une demande de naturalisation comme « n'[étant] pas justifiée au point de vue de l'intérêt national »<sup>2027</sup>. Or, comme le note avec justesse Ronny Abraham dans ses conclusions, cette mention « constitue pour le destinataire de la décision une information dont la valeur est nulle »<sup>2028</sup>. Le Conseil d'État confirme donc le jugement du tribunal administratif de Nantes qui annulait la décision du ministre

---

<sup>2024</sup> JORF, débats, Ass. Nat., 13 mai 1993 (2<sup>ème</sup> séance), p. 491.

<sup>2025</sup> JORF, débats, Ass. Nat., 12 mai 1993 (2<sup>ème</sup> séance), p. 410.

<sup>2026</sup> JORF, débats, Sénat, 17 juin 1993, p. 1431.

<sup>2027</sup> CE, 2/6 ssr, 28 janvier 1998, n° 171535, *M'Rah*, Lebon tables p. 899 (sur ce point).

<sup>2028</sup> Ronny Abraham, « La décision de rejet d'une demande de naturalisation doit être motivée », *op. cit.*, p. 269.

rejetant la demande de naturalisation du requérant. Le Conseil affirme en outre dans un considérant de principe que l'article 27 du code civil impose à l'administration une « motivation [qui] doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision »<sup>2029</sup>. Le juge entérine ainsi une interprétation protectrice de l'article 27 du code civil, en plein accord avec l'article 3 de la loi de 1979 sur la motivation des actes administratifs qui dispose à l'identique que « La motivation exigée par la présente loi doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision. »<sup>2030</sup> Cette interprétation jurisprudentielle est en outre conforme aux travaux préparatoires puisque Pierre Mazeaud avait mentionné en séance en 1993 que la motivation devait s'inscrire dans le cadre de la loi de 1979<sup>2031</sup>.

**615.** Le législateur profite d'ailleurs de la réforme du 16 mars 1998 pour inscrire cette garantie spéciale par voie d'amendement<sup>2032</sup>. L'article 27 (non codifié) de la loi dispose ainsi : « Toute décision déclarant irrecevable, ajournant ou rejetant une demande de naturalisation ou de réintégration par décret ainsi qu'une autorisation de perdre la nationalité française doit être motivée selon les modalités prévues à l'article 3 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. »<sup>2033</sup> Défendant au Sénat l'amendement adopté par sa majorité à l'Assemblée Nationale, la Garde des Sceaux Élisabeth Guigou déclare quelques jours avant l'arrêt *M'Rah* du Conseil d'État qu'il s'agit bien de forcer l'administration à respecter les exigences de motivation adoptées en 1993 : « La loi de 1993 n'a pas précisé en quoi consistait cette motivation. Or l'expérience a montré que l'administration ne s'estimait pas tenue par les termes de la loi de 1979. L'Assemblée nationale a souhaité faire une référence expresse à ce texte pour les décisions relatives à la naturalisation. Je me suis déclarée favorable à cette disposition et je ne puis donc que m'opposer à sa suppression. »<sup>2034</sup> L'ensemble parachève donc le système de motivation des refus de naturalisation, et réduit d'autant le pouvoir discrétionnaire de l'État.

---

<sup>2029</sup> CE, 2/6 ssr, 28 janvier 1998, n° 171535, *M'Rah*, Lebon tables p. 899 (sur ce point).

<sup>2030</sup> JORF, 12 juillet 1979, p. 1712.

<sup>2031</sup> Voy. JORF, débats, Ass. Nat., 13 mai 1993 (2<sup>ème</sup> séance), p. 492 : « Nous préférons (...) la recommandation de la commission Marceau Long, qui souhaite une véritable transparence et demande la motivation de la décision de rejet. Ce souci répond d'ailleurs aux dispositions de la loi de 1979 sur la motivation des actes administratifs, car il s'agit bien d'une décision administrative. »

<sup>2032</sup> Voy. JORF, débats, Ass. Nat., 28 novembre 1997, p. 81-82.

<sup>2033</sup> JORF, 17 mars 1998, p. 3937.

<sup>2034</sup> JORF, débats, Sénat, 14 janvier 1998, p. 47.

## § 2. Les obligations judiciaires en aval de la décision : garantir l'accès au juge

616. La nationalité, en tant que support du statut civil de l'individu, a longtemps été l'affaire exclusive du juge judiciaire. La compétence de ce dernier n'a donc jamais fait débat, de même que l'idée que la nationalité puisse être examinée et déterminée par un juge. La nationalité attribuée, acquise ou perdue par le seul effet de la loi relève donc, selon une tradition continue de l'Ancien Droit à nos jours, du juge civil (A). En revanche, face aux décisions individuelles de l'administration, la possibilité qu'un juge puisse intervenir est moins évidente ; en témoigne un ancrage normatif d'une compétence administrative contentieuse particulièrement réduite et lacunaire (B).

### A. Le solide ancrage législatif de la compétence judiciaire

617. La compétence judiciaire en matière de nationalité est ancrée dans un discours de l'évidence : c'est le juge civil mieux que tout autre qui peut intervenir pour trancher les litiges relatifs aux effets des lois sur la nationalité (1). Le législateur a toutefois donné à cette compétence judiciaire un fondement législatif, d'abord parcellaire, ensuite général (2).

#### 1. Une compétence judiciaire ancrée dans la tradition

618. **Le juge civil, juge incontesté de la nationalité.** – La tradition judiciaire domine très largement le contentieux de la nationalité. Déjà sous l'Ancien Droit, l'on se souvient que ce sont les Parlements qui dictaient par leur jurisprudence les critères d'accès et de perte de la nationalité. Cet ancrage de la nationalité dans le chef de compétence du juge judiciaire se retrouve chez tous les auteurs privatistes et publicistes au croisement des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. Laferrière le premier : il note à l'occasion de l'examen des questions préjudicielles entre ordres juridictionnels que même en l'absence de textes, « la juridiction administrative n'en serait pas moins obligée de renvoyer à l'autorité judiciaire les questions d'état, de capacité civile, de domicile, de propriété, que ces textes ont expressément distraites du litige administratif. »<sup>2035</sup> Et cette compétence *naturelle* du juge judiciaire pour examiner « les questions d'état » emporte évidemment la nationalité : « Il est également de principe que l'état civil des citoyens, leur nationalité, la validité des actes constitutifs de la famille, ne peuvent être appréciés que par les tribunaux judiciaires, sans aucun partage de compétence avec la juridiction administrative. »<sup>2036</sup>

---

<sup>2035</sup> Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, Paris, Berger-Levrault, 1887, p. 447.

<sup>2036</sup> *Ibid.*, p. 448. Dans le même sens chez le même auteur en matière de naturalisation, dans la seconde édition de son traité : « Supposons, par exemple, que la solution d'une question de nationalité soumise à un tribunal judiciaire

Du côté des privatistes, les mêmes principes sont mentionnés. Weiss considère ainsi que « les tribunaux judiciaires seuls ont compétence à [l'égard de la nationalité]. La nationalité, en effet, est un des éléments, – le plus important peut-être, – dont se compose l'état des personnes ; elle figure au nombre des matières de notre droit privé que le Code civil a réglées ; les contestations qui s'y rattachent rentrent donc naturellement dans le domaine de l'autorité judiciaire, comme celles qui sont relatives aux rapports de famille, au régime des biens, aux contrats. »<sup>2037</sup>

**619.** À une époque où la juridiction administrative est encore peu développée et où personne n'imagine une décision de refus de nationalité être frappée de recours devant le Conseil d'État, la question de la compétence judiciaire est aussi une protection pour les individus qui ne peuvent trouver dans leurs relations avec l'administration des garanties en forme juridictionnelle. Cogordan exprime avec beaucoup de justesse cette idée, tout en confirmant l'ancrage judiciaire des questions de nationalité :

« La nationalité confinant à la fois au droit civil et au droit public, on peut se demander quelle doit être l'autorité compétente pour statuer sur les controverses qui s'y rapportent, en un mot, pour la constater légalement. Sera-ce la justice ? Sera-ce l'administration ? En France, la réponse est facile à faire. Par cela même que les lois régissant la perte et l'acquisition de la qualité de Français font partie intégrante du Code civil, c'est au pouvoir judiciaire qu'il appartient de les interpréter et d'en surveiller la stricte application. (...) Rien n'est plus juste, d'ailleurs, que d'avoir confié aux magistrats seulement la connaissance des questions si délicates et importantes que soulèvent les lois sur l'allégeance. Les formalités dont sont entourées les décisions judiciaires, l'instruction préalable, la publicité des audiences, les modes de recours, sont des garanties que l'on chercherait en vain, si l'affaire pouvait être tranchée sommairement dans les bureaux d'une administration publique. »<sup>2038</sup>

La réflexion doctrinale converge d'ailleurs une consécration législative qui va aller croissante entre la fin du XIXe siècle et le code de la nationalité de 1945.

---

dépende de la validité d'un décret de naturalisation, invoqué par une partie et contesté par une autre comme entaché d'excès de pouvoir ou de vice de forme. Le tribunal pourra-t-il apprécier lui-même la validité du décret, ou devra-t-il renvoyer les parties à se pourvoir devant la juridiction administrative ? Il nous semble que, dans ce cas, il n'y a point à proprement parler de question préjudicielle se détachant de la question de fond et comportant un jugement distinct et séparé ; il n'y a qu'une seule question, celle de savoir si telle personne a acquis ou non la qualité de Français par l'un des moyens que prévoit la loi civile. Or, la question de savoir si l'on a été légalement naturalisé Français nous semble relever toute entière des tribunaux judiciaires, seuls juges de l'état des citoyens, car l'acte de la puissance publique est, dans ce cas particulier, constitutif de l'état civil lui-même. », voy. Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, Paris, Berger-Levrault, 1896, 2<sup>ème</sup> éd., p. 516-517.

<sup>2037</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, 1907, 2<sup>ème</sup> éd., p. 803.

<sup>2038</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, Paris, Larose et Forcel, 1890, 2<sup>ème</sup> éd., p. 401-402.

## 2. Une compétence judiciaire consacrée par la loi

**620. La consécration législative de cette compétence judiciaire.** – Longtemps la compétence judiciaire n’a guère été discutée et ne faisait en réalité même pas l’objet d’une attribution législative : « elle s’est imposée sans discussion à une époque où nul ne doutait que la nationalité ne fût un élément de l’état des personnes »<sup>2039</sup> relève Batiffol. Les tribunaux judiciaires réglèrent les questions de nationalité incidemment aux litiges dont ils étaient saisis, que ce soit en matière successorale, électorale, militaire, etc.<sup>2040</sup>

**621.** La première claire attribution législative d’une compétence au juge judiciaire remonte à la loi précitée du 22 juillet 1893. À l’occasion de cette loi, le Parlement décide de confier au juge judiciaire le soin de trancher les litiges naissant des refus d’enregistrement des réclamations de nationalité opposées par la Chancellerie lorsque les conditions légales ne lui paraissent pas satisfaites. Le Sénateur Delsol déclare ainsi le 10 mars 1893 : « il est évident que le Gouvernement ne peut pas se faire le juge de questions de cette nature. (...) En cas de contestation, le Gouvernement est le premier à reconnaître que la difficulté doit être tranchée par une autorité autre que la sienne. Mais alors, où sera porté le débat ? Le débat, sur cette hypothèse, a un caractère éminemment civil et ne peut être porté que devant les tribunaux ordinaires. (...) Le tribunal civil sera donc le juge compétent. »<sup>2041</sup> Le même raisonnement est suivi à l’occasion de la bascule de 1917 en matière de déchéance de nationalité. À cette époque le législateur décide que les sujets ressortissants de puissances en guerre avec la France seront finalement déchus par voie judiciaire plutôt que par voie administrative. Le Député Maurice Bernard précise alors dans son rapport que « C’est, en effet, à la juridiction ordinaire, aux tribunaux civils, gardiens de l’état des personnes qu’il appartient de résoudre les questions contentieuses de nationalité, et notamment la question de déchéance », une manière de sauvegarder et concilier – par « la lumière et la garantie des débats contradictoires » – « les droits de l’individu et les intérêts sacrés de la défense nationale »<sup>2042</sup>. Le même schéma est reproduit en 1927 lorsque la déchéance de droit commun est définitivement confiée à l’autorité judiciaire par attribution législative à l’article 10 de la loi du 10 août 1927<sup>2043</sup>, et l’on a vu à quel point le passage à une

---

<sup>2039</sup> Henri Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, op. cit., 1955, 2<sup>ème</sup> éd., n° 156, p. 175.

<sup>2040</sup> Pour un panorama détaillé et parfois critique, voy. Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, op. cit., 1890, 2<sup>ème</sup> éd., p. 404 et s.

<sup>2041</sup> JORF, Sénat, débats, 10 mars 1893, p. 267.

<sup>2042</sup> Maurice Bernard, Chambre des Députés, Rapport n° 2291, annexe au procès-verbal de la séance du 7 juillet 1916, p. 10.

<sup>2043</sup> Voy. JORF, 14 août 1927, p. 8699. Lors des premiers débats à propos de cette réforme, la compétence judiciaire pour la déchéance est encore rappelée au Sénat par Frédéric Eccard, rapporteur d’un projet de loi sur la déchéance de nationalité : « La loi qui vous est présentée est d’ordre général et s’applique à tous les naturalisés, quelle que

compétence administrative en 1938 avait pu susciter des critiques, notamment de Niboyet (voy. *supra* n° 600).

**622.** Finalement, le code de la nationalité va consacrer textuellement en 1945 la compétence du juge judiciaire à l'article 124 du code de la nationalité qui dispose : « la juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des contestations sur la nationalité, qu'elles se produisent isolément ou à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif. »<sup>2044</sup> Cette protection législative du principe de la compétence judiciaire est toujours inscrite aujourd'hui à l'article 29 du code civil. Toute « contestation » sur la nationalité est donc arbitrée par le juge judiciaire, ce qui forme une garantie particulièrement importante pour les individus. Demeure toutefois un angle mort : les décisions administratives qui échappent par principe au contrôle du juge judiciaire.

## **B. La consécration réglementaire partielle de la compétence administrative contentieuse**

**623.** L'idée qu'un juge puisse examiner la légalité des décisions individuelles intervenant en matière de nationalité s'est longtemps heurtée à l'argument de la souveraineté. Le droit de la nationalité peut s'exprimer sur un mode automatique ; la possession, la conservation ou la perte de la nationalité interviennent souvent sans qu'aucune décision ne soit formellement prise, auquel cas l'intervention du juge est à la fois acceptable et souhaitable pour trancher les questions d'état des individus. La situation est différente lorsque la nationalité d'un individu résulte d'une décision formellement prise par l'autorité publique. Dans ce cas, l'éventuel litige ne porte plus sur les effets automatiques de la loi, mais vise tout au contraire à contester la volonté du gouvernement. Difficile donc de consacrer dans la loi la compétence d'un juge en cette matière (1). Cela n'interviendra que de manière détournée et parcellaire, d'abord momentanément à l'occasion de la loi du 7 avril 1915, ensuite de manière permanente et technique par l'effet du décret du 29 juin 2010 sur la déconcentration de la procédure de naturalisation (2).

---

soit leur origine. Le texte en est inspiré par le désir de donner aux intéressés toutes les garanties désirables : il leur accorde la faculté de produire, devant le tribunal de première instance, la cour d'appel et enfin la cour de cassation, les arguments qui leur sont favorables. Nous pouvons être certains que les tribunaux français s'inspireront dans leurs sentences des principes de justice et d'équité qu'ils ont toujours tenu à l'honneur de respecter et qu'ils sauront pleinement les concilier avec les exigences de la sécurité nationale. (*Vifs applaudissements.*) », in JORF, Sénat, débats, 23 janvier 1923, p. 112.

<sup>2044</sup> JORF, 20 octobre 1945, p. 6707.

## 1. L'absence de compétence générale d'attribution du juge administratif

**624. Les angles morts de la législation.** – Au XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle, la « jurisprudence de la Chancellerie »<sup>2045</sup> est longtemps considérée comme insusceptible de recours, et aucun texte ne consacre alors la compétence d'un juge pour apprécier les décisions prises par l'autorité publique en forme décrétole, ou les refus de naturalisation<sup>2046</sup>. Tout un pan de la législation sur la nationalité échappe donc à la compétence judiciaire, surtout en ce qui concerne la naturalisation. Un auteur peut ainsi écrire en 1894 que les décisions ressortant du droit public, de la souveraineté de l'État, échappent à tout contrôle juridictionnel.

« On dit souvent que les tribunaux judiciaires sont juges souverains en matière d'état et de capacité des personnes. C'est une formule qui est un peu exagérée. En effet, on admet généralement que la naturalisation ordinaire constitue un acte de souveraineté, un acte gouvernemental dont le pouvoir judiciaire ne peut contrôler la validité et qui n'a d'autre sanction que la responsabilité parlementaire du garde des sceaux. »<sup>2047</sup>

Même si le Conseil d'État dispose d'une compétence de principe au contentieux depuis 1872 pour « statu[er] souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes dans diverses autorités administratives »<sup>2048</sup>, aucune disposition ne lui attribue expressément une compétence contentieuse en matière de nationalité. La situation ne change guère à la suite de l'adoption du décret de 1953 réformant le contentieux administratif et créant les tribunaux administratifs, si ce n'est qu'on y apprend que ces (nouveaux) tribunaux sont « juges de droit commun du contentieux administratif »<sup>2049</sup>, et que le Conseil d'État reste compétent en premier et dernier ressort pour les « recours pour excès de pouvoir formés contre les décrets réglementaires ou individuels »<sup>2050</sup>. La compétence juridictionnelle dans l'ordre administratif est donc *implicitement* définie. Autrement dit, le législateur n'a pas fait le choix d'attribuer explicitement à la juridic-

---

<sup>2045</sup> R. Dreyfus et F. Cros-Mayrevielle, « Des conflits de nationalité et leur solution par la jurisprudence de la Chancellerie », *Journal de droit international privé*, 1914, vol. 41, p. 799. À l'époque c'est le ministère de la justice qui est en charge des questions de nationalité.

<sup>2046</sup> Avant l'avènement de la justice déléguée par la loi du 24 mai 1872, il n'existe même à proprement parler aucun « juge » de l'administration.

<sup>2047</sup> Georges Gruffy, « Applications pratiques des lois françaises sur la nationalité par l'Administration », *Journal de droit international*, 1894, vol. 21, p. 773.

<sup>2048</sup> Loi du 24 mai 1872 sur la réorganisation du Conseil d'État, art. 9, in Duvergier, *Collection*, 1872, vol. 72, p. 224. Auj. R. 311-1, 1<sup>o</sup> CJA.

<sup>2049</sup> Décret n<sup>o</sup> 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif, art. 2, in JORF, 1<sup>er</sup> octobre 1953, p. 8593. Les conseils de préfecture qu'ils remplacent avaient une compétence d'attribution, voy. Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, *op. cit.*, 1896, 2<sup>ème</sup> éd., p. 220-223.

<sup>2050</sup> Décret n<sup>o</sup> 53-934 du 30 septembre 1953 préc., art. 2, 1<sup>o</sup>.

tion administrative une compétence relative aux décisions administratives en matière de nationalité, c'est-à-dire concernant les décisions sous forme décrétole (perte, déchéance, retrait, opposition) et les décisions de refus (naturalisation et libération d'allégeance). Il s'en déduit que le juge administratif a longtemps été doublement libre de toute contrainte textuelle, d'abord pour déterminer sa compétence (le recours est-il recevable pour un examen contentieux ?), ensuite pour moduler l'intensité de son contrôle (le contrôle est-il restreint à l'erreur *manifeste* ?). Les garanties juridictionnelles administratives sont donc avant tout prétorienne (voy. *infra* n<sup>os</sup> 855 s. et 921 s.).

## 2. Les compétences spéciales d'attribution du juge administratif

**625. Une compétence d'attribution épisodique en 1915-1917.** – Une première consécration ressort de l'histoire. L'éphémère loi du 7 avril 1915 est en effet la première à mentionner la compétence du Conseil d'État en matière de recours contre les décrets de retrait pris à l'encontre des anciens ressortissants de puissances en guerre avec la France, l'article 1<sup>er</sup> de la loi prévoyant que « La déchéance sera prononcée par décret rendu après avis du conseil d'État et *sauf recours au contentieux devant cette juridiction* »<sup>2051</sup>. Cet article porte ainsi les traces de la volonté de modération des rédacteurs (voy. *supra* n<sup>o</sup> 419 s.) : « Votre Commission, dans le désir de traduire en quelque sorte solennellement ce souci de donner à l'individu toutes les garanties désirables contre l'arbitraire, a voulu que ce droit de recours devant le Conseil d'État fut mentionné expressément. »<sup>2052</sup> précise le rapport à la Chambre basse. La compétence de déchoir transmise au juge judiciaire dès 1917, la législation ne mentionnera plus explicitement la compétence du Conseil d'État pour statuer au contentieux sur les décrets de déchéance.

**626. Une compétence d'attribution technique depuis 2010.** – Une seconde consécration est le produit de la réforme de la double instruction en matière de procédure de naturalisation depuis 2010. Suite à la révision générale des politiques publiques<sup>2053</sup>, le gouvernement de François Fillon décide de déconcentrer la procédure de naturalisation : aux préfetures le soin d'instruire et de décider en matière de naturalisation (instruction unique<sup>2054</sup>), et au ministre d'examiner par une procédure de recours administratif préalable obligatoire les décisions préfectorales litigieuses (confirmation ou infirmation en cas de recours). Cette procédure expérimentée

---

<sup>2051</sup> JORF, 8 avril 1915, p. 1918.

<sup>2052</sup> Ch. Dép., Rapport n<sup>o</sup> 526, annexe au procès-verbal de la séance du 19 janvier 1915, p. 10.

<sup>2053</sup> Voy. Conseil de la modernisation des politiques publiques, *La révision générale des politiques publiques*, 4 avril 2008, p. 46.

<sup>2054</sup> Auparavant, la préfeture instruisait le dossier et le transmettait avec son avis au ministère, qui instruisait une seconde fois pour décision définitive.



dans plusieurs préfectures par un décret de 2009<sup>2055</sup> produit « des résultats très prometteurs »<sup>2056</sup> en matière de délai d'instruction, le Gouvernement décide en conséquence de la généraliser par un second décret de 2010<sup>2057</sup>. Or, dans les deux décrets pris en 2009 (art. 3) et en 2010 (art. 8), il est à chaque fois mentionné la compétence d'attribution du Tribunal administratif de Nantes pour examiner les recours formés contre les décisions d'irrecevabilité, d'ajournement ou de rejet de la demande de naturalisation émanant du ministre après recours administratif préalable obligatoire<sup>2058</sup>

**627.** Ce qui est étonnant, c'est que cette attribution est notée intervenir « par dérogation au second alinéa de l'article R. 312-1 » du code de justice administrative, c'est-à-dire qu'elle est considérée comme faisant exception au principe de compétence territoriale des juridictions administratives selon lequel le tribunal compétent est celui « dans le ressort duquel a légalement son siège l'autorité qui, soit en vertu de son pouvoir propre, soit par délégation, a pris la décision attaquée ». Pourtant, depuis 1987, l'autorité décisionnelle (par délégation<sup>2059</sup>) en matière de naturalisation – la sous-direction de l'accès à la nationalité française – a été délocalisée à Rezé<sup>2060</sup>, en Loire Atlantique, et relève de la compétence du tribunal administratif de Nantes – sans jamais que cette compétence contentieuse de droit commun ne soit explicitement attribuée par décret<sup>2061</sup>. Il ne semble donc guère qu'il y ait « dérogation » en la matière ; la compétence contentieuse nantaise n'est en aucune manière une nouveauté introduite par la réforme de 2010

---

<sup>2055</sup> Voy. décret n° 2009-1671 du 28 décembre 2009 sur l'expérimentation de la déconcentration des décisions individuelles relatives aux demandes d'acquisition de la nationalité française, in JORF, 30 décembre 2009, texte n° 61.

<sup>2056</sup> JORF, Ass. Nat., questions, 11 janvier 2011, p. 250.

<sup>2057</sup> Voy. décret n° 2010-725 du 29 juin 2010 relatif aux décisions de naturalisation et de réintégration dans la nationalité française, in JORF, 30 juin 2010, texte n° 75.

<sup>2058</sup> L'exception est codifiée à l'article R. 312-18 CJA : « Par dérogation au second alinéa de l'article R. 312-1, le tribunal administratif de Nantes est compétent pour connaître des recours dirigés contre les décisions du ministre chargé des naturalisations prises en application de l'article 45 du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993 [la décision ministérielle de refus de naturalisation]. »

<sup>2059</sup> La sous-direction de l'accès à la nationalité française exerce son pouvoir de décision en vertu d'une subdélégation de signature de la directrice de l'accueil, de l'accompagnement des étrangers et de la nationalité, tenant elle-même son pouvoir d'une délégation de signature ès-fonction du ministre chargé des naturalisations, voy. décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, art. 3, in JORF, 28 juillet 2005, texte n° 3 ; Décision du 11 octobre 2016 portant délégation de signature (direction de l'accueil, de l'accompagnement des étrangers et de la nationalité), in JORF, 12 octobre 2016, texte n° 40.

<sup>2060</sup> Voy. Rémy Schwartz, « Fonction publique de l'État : les délocalisations », *AJDA*, 1994, n° 6, p. 456.

<sup>2061</sup> Suivant le droit commun de la procédure administrative contentieuse alors en vigueur, par application du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, l'article R. 46 dispose bien : « le tribunal administratif territorialement compétent est celui dans le ressort duquel a légalement son siège l'autorité qui, soit en vertu de son pouvoir propre, soit par délégation, a pris la décision attaquée ou a signé le contrat litigieux. », in JORF, 10 septembre 1989, p. 11497, *auj. R. 312-1 CJA*. En ce sens, voy. TA Paris, 26 avril 1985, n° 57311, *Minsitre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Manouk*, Lebon tables p. 629 (sur ce point).

relative à la déconcentration de la procédure de naturalisation<sup>2062</sup>. Alors pourquoi procéder à une telle mention ? Sans doute pour assurer une certaine unité contentieuse puisque le ministre conserve la capacité d'évoquer tout dossier de naturalisation<sup>2063</sup>, et une décision signée de l'autorité ministérielle serait normalement soumise à l'examen contentieux du tribunal administratif de Paris<sup>2064</sup>. Même si cette possibilité est théorique – selon toutes probabilités, le ministre privilégierait la voie hiérarchique et donnerait instruction aux services de Rezé sans qu'il soit besoin pour lui de signer la décision –, il n'en demeure pas moins qu'une telle réserve protège la juridiction du tribunal administratif de Nantes. Accessoirement à l'ambition de la réforme, mais de manière primordiale pour l'attribution des compétences juridictionnelles, il s'agit de la seule mention expresse en droit positif d'une compétence administrative contentieuse en matière de naturalisation. Au total, le droit au juge administratif est très parcellaire en droit de la nationalité. S'il est garanti textuellement au niveau réglementaire depuis 2010 en matière de naturalisation, il ne repose sur aucune compétence d'attribution en matière de perte de la nationalité.

\*

### **628. Conclusion de section : des garanties procédurales internes contre l'arbitraire. –**

L'encadrement législatif et réglementaire du processus décisionnel repousse le risque d'arbitraire en droit de la nationalité, et protège *in fine* la liberté<sup>2065</sup>. La formalisation procédurale empêche en effet l'autorité publique d'agir sans contrainte ; elle est la condition nécessaire au respect des conditions édictées par la législation. Les outils retenus par le droit français apparaissent à ce titre pertinents. Les contraintes procédurales sont ainsi multiples dès l'amont de la décision. La procédure suivie en droit de la perte de la nationalité prévoit d'abord l'intervention d'une pluralité d'organes appelés à statuer sur la mesure. En particulier, la décision du gouvernement est le plus souvent soumise à l'avis conforme du Conseil d'État qui est ainsi coauteur de l'acte<sup>2066</sup>. Si ces garanties ne sont pas de nature juridictionnelle – phase administrative oblige –, certains éléments y sont pourtant applicables, notamment les droits de la défense. Cette plu-

---

<sup>2062</sup> En ce sens, voy. les nombreuses décisions du TA de Nantes que relève Georges Olekhnovitch, « La jurisprudence actuelle du Conseil d'État en matière d'acquisition, de retrait et de perte de la nationalité française », *Rev. crit. DIP*, 1992, n° 2, p. 363.

<sup>2063</sup> La simple délégation de signature ne prive pas l'autorité délégante de sa compétence.

<sup>2064</sup> Voy. *mutatis mutandis* en matière de refus de visa, Norbert Foulquier, « Compétence territoriale des tribunaux administratifs », *JCl Justice administrative*, Fasc. 31, 2017, § 99.

<sup>2065</sup> Voy. Rudolf von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (1858, trad. O. de Meulenaere), vol. III, Paris, Marescq, 1880, 2<sup>ème</sup> éd., p. 156-164.

<sup>2066</sup> Voy. Hafida Belrhali-Bernard, « Les avis conformes du Conseil d'État », *AJDA*, 2008, n° 22, p. 1181.

ralité des organes réduit ainsi non seulement le risque d'arbitraire, mais aussi le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique qui doit soumettre son appréciation pour confirmation au Conseil d'État. Au-delà des domaines sanctionneurs, le droit de la nationalité français réceptionne en outre depuis la fin du XXe siècle une obligation généralisée de motivation des décisions. Ce processus de justification administrative contribue encore à lever le risque d'arbitraire puisque rendre compte de ses motifs de droit et de fait, c'est à la fois un gage et une démonstration du respect du droit. Ce sont en effet aussi les apparences de l'arbitraire – qui peuvent facilement naître du silence gardé par l'administration lorsqu'elle adopte une décision défavorable – qui reculent grâce à l'obligation de motivation. En aval de la décision ensuite, la protection est plus lacunaire. Si la compétence du juge judiciaire est bien établie, celui-ci n'est toutefois pas compétent pour examiner les mesures administratives en droit de la nationalité. Cette mission revient donc au juge administratif, et seul un décret vient discrètement garantir sa compétence d'attribution dans le contentieux des refus de naturalisation et de réintégration. La compétence du juge est donc généralement laissée à sa seule appréciation<sup>2067</sup>, mais elle est surtout insuffisamment protégée si d'aventure une réforme conduisait à priver de garantie juridictionnelle les requérants pourtant soucieux de déférer l'examen de la légalité d'une mesure en droit de la nationalité leur faisant grief. C'est justement à ce titre que le droit conventionnel européen devient intéressant. Ses standards textuels viennent assurer un effet « cliquet » aux dispositions protectrices françaises, de même qu'il pourrait conduire à certaines évolutions à moyen terme.

## ***Section 2. Le développement des garanties procédurales offertes par le droit européen***

**629.** On ne peut guère parler d'une dialectique entre le droit européen des droits de l'homme et le droit français à travers un jeu d'influence réciproque. Comme on l'a démontré, le droit français fixe des garanties procédurales qui sont déjà particulièrement contraignantes. Le droit européen, fruit de traditions diverses et inégalement protectrices n'atteint pas les mêmes standards et le droit français apparaît souvent plus protecteur sur le plan procédural – en matière de nationalité. En revanche, le droit européen des droits de l'homme fixe un seuil minimal de garanties que le législateur ne pourrait écarter si, demain, il décidait de réviser les protections procédurales fixées par le droit français. Il demeure ainsi hautement pertinent d'étudier les garanties européennes. En particulier, en droit positif, les protections conventionnelles européennes relatives au droit au recours effectif et au droit au procès équitable garantissent des

---

<sup>2067</sup> L'on verra *infra* (cf. n° 856) que le juge administratif s'est saisi très en avant de sa compétence en droit de la nationalité.

standards minimums applicables en droit de la nationalité (I). Il demeure un domaine où le droit conventionnel européen pourrait contraindre dans un futur proche le droit français : il s'agit du principe de non cumul des peines dans le domaine de la perte-sanction de la nationalité. Suivant une approche matérielle de la sanction, l'on pourrait considérer que la condamnation pénale et la déchéance de nationalité se « cumulent » et qu'en ce sens il y a là une violation du principe *non bis in idem*. Plusieurs obstacles formels empêchent toutefois la réception immédiate de ce principe dans l'ordre interne, mais il est parfaitement envisageable que le droit français doive composer à moyen terme avec le non cumul des peines en droit de la nationalité (II).

### **§ 1. L'inégale applicabilité des garanties procédurales**

**630.** L'application du droit au recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme nécessite que lui soit adossé un droit ou une liberté garantis par la Convention. Or, pour cette raison, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'une mesure en droit de la nationalité ne pouvait *per se* faire l'objet des garanties prévues à l'article 13 de la Convention. La position de la Cour s'explique notamment par le caractère sensible du recours en droit de la nationalité, la discrétionnarité de l'autorité publique étant particulièrement atteinte en cas de révision judiciaire. Il n'empêche, les derniers développements jurisprudentiels devant la Cour permettent de déduire que le droit au recours peut désormais s'appliquer à la matière de la nationalité (A). Concernant le procès équitable garanti à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, les juges européens ont consacré son inapplicabilité, mais ont réceptionné certains de ces principes dans le cadre d'un contrôle procédural *sui generis* fondé sur l'article 8 de la Convention (B).

#### **A. L'applicabilité potentielle du droit au recours effectif**

**631.** Le droit au recours effectif n'a pas de portée autonome en droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour que cette garantie trouve à s'appliquer, il faut nécessairement qu'un droit ou une liberté garantis par la Convention soit en cause – qu'un « grief » soit « défendable ». À défaut donc de combiner aux stipulations de l'article 13 celles d'un autre article, aucune argumentation sur le recours effectif ne peut prospérer devant la Cour. C'est d'ailleurs ce que les juges européens ont jugé sans surprise (1). Mais les derniers développements de la jurisprudence européenne qui font de la nationalité une composante de l'identité

protégée par l'article 8 de la Convention laissent désormais clairement entrevoir une recevabilité généralisée du grief tiré de la violation de l'article 13 de la Convention, à la condition nécessaire et suffisante qu'il soit combiné à l'article 8 de la même Convention (2).

### 1. L'inapplicabilité de principe

**632. L'absence de droit protégé au sens de la Convention.** – Depuis les premiers temps contentieux de la Convention, il est constamment jugé que « le droit à l'octroi d'une nationalité ne figure pas, en tant que tel, parmi [les] droits et libertés [garantis par la Convention] »<sup>2068</sup>. La difficulté est alors classique : en l'absence de droit substantiel garanti par la Convention en cause, le requérant ne peut actionner la protection tirée de l'article 13 garantissant le droit à un recours effectif. Sans surprise donc, dans une décision *Borisov c. Lituanie* rendue en 2011, la Cour a ainsi eu l'occasion de juger que « la Convention ne garantit pas au requérant un droit à la nationalité » et qu'en conséquence « à défaut de grief défendable [*arguable claim*] en application de l'article 13 de la Convention, les prétentions du requérant doivent être rejetées comme incompatibles *ratione materiae* »<sup>2069</sup>.

**633. L'absence de consensus sur la question du droit au recours.** – La question du recours juridictionnel est de fait sensible. Pour s'en convaincre, il suffit de voir que même la Convention européenne sur la nationalité ne prévoit pas un droit à un recours juridictionnel. De manière plus générale, l'article 12 de la Convention de 1997 prévoit que « Chaque État Partie doit faire en sorte que les décisions concernant l'acquisition, la conservation, la perte de sa nationalité, la réintégration dans sa nationalité ou la délivrance d'une attestation de nationalité puissent faire l'objet d'un *recours administratif ou judiciaire conformément à son droit interne*. » (nous soulignons) Si le rapport explicatif mentionne l'« importance cruciale » de ce droit au recours, les auteurs utilisent plus volontiers le terme de « droit de révision » au fil du commentaire<sup>2070</sup>. Quel est le sens de ce glissement sémantique ? Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le droit au recours peut être exercé devant un juge, mais aussi un organe administratif : « il ne saurait être exclu que, dans certaines circonstances, les voies de nature administrative puissent s'avérer efficaces », tant que celles-ci sont « réellement susceptibles de

---

<sup>2068</sup> Pour les premières décisions, voy. Com. EDH, 29 août 1957, n° 288/57, *X. c. RFA*, Rec. 1. 209 ; Com. EDH, plénière, 1<sup>er</sup> avril 1968, n° 2699/65, *X. c. RFA*, Rec. 26. 33 ; Com. EDH, 15 décembre 1969, n° 3745/68, *X. c. RFA*, Rec. 31. 107 ; Com. EDH, plénière, 5 octobre 1972, n° 5212/71, *X. c. Autriche*, Rec. 43. 69.

<sup>2069</sup> CEDH, 14 juin 2011, n° 9958/04, *Borisov c. Lituanie*, § 116.

<sup>2070</sup> Convention européenne sur la nationalité, rapport explicatif, § 88, p. 15.

remédier au grief du requérant »<sup>2071</sup>. En matière de recours contre des décisions carcérales par exemple, la Cour a ainsi jugé que l'organe administratif chargé du recours doit être indépendant, garantir la participation des détenus à la procédure, veiller à un traitement diligent, disposer des moyens juridiques pour mettre fin à l'illégalité, rendre des décisions exécutoires<sup>2072</sup>. Pour la Cour européenne donc, un recours administratif ne peut pas s'entendre d'un simple « recours en révision » exercé auprès d'une autorité administrative supérieure.

**634.** Les garanties de la Convention européenne sur la nationalité sont donc en-deçà des standards appliqués par la Cour de Strasbourg. Il s'en déduit – mais l'indisponibilité des travaux préparatoires nous cantonne à former de simples hypothèses – que les rédacteurs de la Convention de 1997 n'ont guère pu trouver un consensus autour du principe du recours devant un organe indépendant en matière de nationalité. Les faibles exigences de l'article 12 de la Convention européenne sur la nationalité ont d'ailleurs fait l'objet de différentes réserves des États, en particulier du Danemark, qui relève que la naturalisation étant le fait de son Parlement, aucun recours ne peut être formé :

« En application du titre 44 de la Constitution danoise, la naturalisation est consentie par la loi. Le “Folketing” (le Parlement danois) et, pour le compte du “Folketing”, le Comité de Naturalisation du “Folketing” ne font pas partie de l'administration publique et, en conséquence, ne sont pas liés par les règles générales de la loi administrative, ce qui implique qu'il n'y a aucun droit à un recours administratif. L'introduction d'un droit de recours dans la procédure danoise d'examen des demandes de nationalité danoise par naturalisation, cf. l'article 12 de la Convention, nécessiterait un amendement à la Constitution danoise. »<sup>2073</sup>

Pour autant, malgré l'absence de consensus européen sur la question du recours, il semble possible d'affirmer – au regard des derniers développements jurisprudentiels de la Cour – que le droit au recours est désormais applicable à l'ensemble des décisions relatives à la nationalité.

## **2. L'applicabilité par la combinaison des articles 8 et 13**

**635. L'intégration de la nationalité dans un droit protégé.** – Sans anticiper sur les développements de fond – et non plus procéduraux – concernant les rapports entre la nationalité et le droit au respect de la vie privée et familiale, il faut dire un mot ici de l'inscription de la nationalité dans la notion d'identité protégée par l'article 8 de la Convention européenne des

---

<sup>2071</sup> CEDH, 22 octobre 2009, n° 17599/05, *Norbert Sikorski c. Pologne*, § 111-112. Voy. également CEDH, 8 janvier 2013, n° 43517/09, *Terreggiani et a. c. Italie*, § 51.

<sup>2072</sup> Voy. CEDH, 21 mai 2015, n° 50494/12, *Yengo c. France*, § 60-61.

<sup>2073</sup> Réserve du Danemark consignée dans l'instrument de ratification déposé le 24 juillet 2002, in Conseil de l'Europe, Réserves et Déclarations pour le traité n° 166 – Convention européenne sur la nationalité, situation au 12 mars 2018.

droits de l'homme depuis l'arrêt *Genovese c. Malte* rendu en 2011<sup>2074</sup>. Dans cette espèce, le requérant soulevait la violation du principe de non-discrimination dans l'accès à la nationalité maltaise – la législation maltaise distinguait à l'époque les enfants nés en mariage et les enfants nés hors mariage en matière d'attribution de nationalité. Or, à l'instar du droit au recours effectif garanti à l'article 13 de la Convention, le champ matériel du principe de non-discrimination garanti à l'article 14 est retreint à « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ». Pour retenir le caractère discriminatoire de la législation maltaise, la Cour a donc incorporé la nationalité au domaine de l'article 8 de la Convention en considérant que la nationalité était une composante de l'« identité sociale » de chaque individu, et à ce titre protégée par le droit au respect de la vie privée. La Cour de Strasbourg ne retient cependant pas que la législation maltaise aurait porté atteinte à l'identité de l'individu en le privant de nationalité. Elle se borne à constater que la nationalité, par le truchement de l'identité et donc de l'article 8 garantissant le droit au respect de la vie privée, entre bien *in fine* dans le champ matériel du principe de non-discrimination garanti par l'article 14. La Cour retient alors la violation combinée des articles 8 et 14 par l'État maltais, mais ne précise pas les conditions d'une violation autonome de l'article 8 par une législation ou une mesure relative à la nationalité<sup>2075</sup>.

**636. Le renversement potentiel de la jurisprudence traditionnelle.** – Ce raisonnement applicable à l'article 14 de la Convention se transpose aisément à l'article 13. Comme ces deux articles ont la même structure – nécessité d'un grief défendable au sens de la Convention pour faire entrer en jeu la garantie prévue –, appliquer l'un à la nationalité, c'est nécessairement admettre l'autre. L'arrêt *Genovese* rendu le 11 octobre 2011 par la quatrième section de la Cour renverse donc potentiellement l'inapplicabilité de principe affirmée dans l'arrêt *Borisov* rendu le 14 juin 2011 par la deuxième section de la Cour. Il n'en demeure pas moins que la charge incombe au requérant de bien formuler un premier grief tiré de l'atteinte à son identité sociale sous l'angle de l'article 8 de la Convention, pour ensuite seulement alléguer la violation du droit à un recours effectif garanti par l'article 13. À défaut, vu l'absence de grief défendable, les garanties de l'article 13 de la Convention ne pourront pas s'appliquer.

---

<sup>2074</sup> CEDH, 11 octobre 2011, n° 53124/09, *Genovese c. Malte*, § 27-38.

<sup>2075</sup> Peu d'informations ressortent également des arrêts *Menesson* et *Labassée*, la Cour note seulement que l'absence de nationalité française des enfants issus d'une gestation pour le compte d'autrui place ces derniers dans une « troublante incertitude », « pareille indétermination [étant] de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité » (respectivement §97 et §76) ; mais dans ces espèces, l'absence de reconnaissance du lien de filiation fonde la violation de l'article 8, les problèmes de nationalité demeurant accessoires. Voy. CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France*.

637. Il peut donc être démontré que le droit au recours effectif garanti à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme est applicable dans son ensemble au contentieux de la nationalité, la protection européenne rejoignant et complétant les protections françaises. La garantie du procès équitable est plus incertaine.

## **B. L'applicabilité variable du droit au procès équitable**

638. Le procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention possède deux versants, l'un civil, l'autre pénal. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a toujours considéré que la nationalité relevait du champ du droit public, ce qui exclut mécaniquement les garanties de l'article 6 sur son versant civil. En revanche, reste en débat le volet pénal de cet article. Or, de manière très surprenante, la Cour européenne laisse inappliqué par principe ce volet à la matière de la nationalité, alors qu'à l'inverse le juge français semble au contraire juger que certaines mesures comme la déchéance de nationalité se trouvent soumises aux exigences de l'article 6 de la Convention (1). En toutes hypothèses, la Cour a développé un contrôle *sui generis* fondé sur l'article 8 prohibant un certain arbitraire procédural en matière de nationalité (2).

### **1. L'inapplicabilité critiquable de l'article 6 de la Convention**

639. **L'inapplicabilité du versant civil.** – La question de l'applicabilité du procès équitable au contentieux de la nationalité est très ancienne. Elle a vite été tranchée dans un sens assez subtil par la Commission européenne des droits de l'homme, puis généralisée de manière sans doute trop globale par la Cour européenne. Il faut relever ici sans trop entrer dans des détails que l'article 6 est composé de deux volets – l'un pénal, l'autre civil – et que hors de ces domaines, les garanties qu'il énumère (délai raisonnable, indépendance et impartialité du tribunal, publicité, présomption d'innocence, assistance, etc.) n'entrent pas en jeu. La Commission européenne des droits de l'homme juge ainsi en plénière en 1972 dans une affaire *X. contre Autriche* que la nationalité relève du droit public, et qu'à ce titre elle ne peut entrer dans le versant civil, et qu'au regard du volet pénal, les faits de l'espèce ne permettent pas de caractériser une « accusation en matière pénale » :

« Le requérant se plaint encore qu'il n'a pas bénéficié d'un procès équitable dans le cadre des procédures qu'il a engagé pour obtenir la confirmation qu'il était toujours un ressortissant autrichien. Il allègue ainsi une violation de l'article 6-1 de la Convention. Les stipulations de cet article s'appliquent cependant exclusivement aux procédures qui concernent "des contestations sur [les] droits et obligations de caractère civil (...) ou toute accusation en matière pénale". Ainsi, ces stipulations ne s'appliquent pas aux procédures engagées par le requérant puisque ces dernières ne mettaient clairement pas en jeu une accusation pénale dirigée contre lui, et ses droits et obligations de caractère civil ne sont pas davantage impliqués car il relève



des prérogatives de l'État de réguler la nationalité, et ces règles appartiennent au droit public. Les procédures en cause appartiennent donc par nature au droit public. »<sup>2076</sup>

L'on voit bien ici que la Commission prend résolument parti dans le débat de longue date sur la nature juridique du droit de la nationalité, et tranche par principe sur son caractère public. En conséquence et fort logiquement, elle refuse de classer au rang des « droits et obligations de caractère civil » les contentieux de la nationalité – en l'espèce une décision de perte de la nationalité autrichienne en raison d'une naturalisation britannique. En revanche, la Commission n'adopte pas de raisonnement de principe au regard d'une possible qualification d'« accusation en matière pénale » puisqu'elle raisonne au regard des faits de l'espèce et indique que les procédures en cause n'en relèvent « clairement » pas – ce qui au demeurant doit être approuvé, la perte de nationalité pour naturalisation étrangère ne revêtant pas de caractère directement sanctionnateur.

**640.** Mais cette approche subtile mêlant raisonnement de principe pour le versant civil et raisonnement d'espèce pour le volet pénal va être progressivement écartée. Dans une décision rendue par la Commission européenne des droits de l'homme en 1988 dans une affaire *S. c. Suisse*, le juge abandonne la distinction entre les deux volets de l'article 6 de la Convention pour considérer de manière générale que « l'article 6 § 1 ne s'applique pas aux procédures régulant la nationalité d'une personne » car elles « n'impliquent ni la détermination de ses droits et obligations de caractère civil, ni une accusation en matière pénale dirigée contre elle »<sup>2077</sup>. Cette nouvelle approche globalisatrice soustrait par principe l'entièreté du contentieux de la nationalité des garanties prévues par l'article 6 de la Convention. Il y a là une régression qui nie la portée potentiellement sanctionnatrice des décisions de perte de la nationalité. La Cour européenne des droits de l'homme va pourtant suivre la même approche en reprenant les termes mêmes de la décision *S. c. Suisse* dans une affaire *Makuc et a. c. Slovénie* rendue en 2007 dans laquelle elle précise que « l'article 6 § 1 de la Convention ne s'applique pas aux procédures régulant la nationalité d'une personne et/ou à l'entrée, le séjour et l'expulsion des étrangers,

---

<sup>2076</sup> Com. EDH, plénière, déc., 5 octobre 1972, n° 5112/71, X. c. Autriche, Coll. 43, p. 69-70 : « *The applicant has further complained that he was not given a fair hearing with regard to the proceedings which he instituted in order to obtain confirmation that he was still an Austrian citizen. He alleged in this respect a violation of Article 6 (1) (Art. 6-1) of the Convention. The provisions of this Article, however, apply exclusively to proceedings which deal with "the determination of ... civil rights and obligations or of any criminal charge". Accordingly, they do not apply to the above proceedings instituted by the applicant since they clearly did not determine a criminal charge brought against him and his civil rights and obligations were not involved as it is a prerogative of the State to regulate citizenship and the relevant rules constitute public law. The proceedings in question, therefore, were of a public law nature.* »

<sup>2077</sup> Comm. EDH, 9 juillet 1988, n° 13325/87, *S. c. Suisse*, Collection 59, p. 256. Sur le seul versant civil de l'article 6, confirmant l'incompatibilité *ratione materiae* avec la nationalité, voy. Comm. EDH, plénière, déc. 14 avril 1998, n° 31414/96, *Karassev c. Finlande* ; CEDH, déc., 6 juillet 2006, n° 14085/04, *Smirnov c. Russie*.

puisque ces procédures n'impliquent ni la "détermination de leurs droits et obligations de caractère civil, ni une accusation en matière pénale dirigée contre eux" au sens de l'article 6 §1 de la Convention. »<sup>2078</sup> Cette appréciation globale du contentieux de la nationalité est insatisfaisante en ce qu'elle nie son hétérogénéité. Elle protège plus que de raison « l'imperium de l'État »<sup>2079</sup> pour reprendre les termes de Serge Guinchard. La question de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention doit ainsi être posée en ce qui concerne les mesures en droit de la nationalité qui revêtent un caractère sanctionnateur.

**641. La question de l'applicabilité aux sanctions.** – Pour faire application du volet pénal de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour se fonde depuis son arrêt *Engel*<sup>2080</sup> rendu en 1976 sur trois critères en escalier. Si la mesure est d'abord formellement qualifiée par le droit interne de « pénale », alors elle relève sans difficulté de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention (tel est le cas logiquement de toute la matière pénale au sens du droit français). En l'absence de qualification, le juge s'intéresse ensuite à la « nature » de la mesure – « élément d'appréciation d'un plus grand poids ». La Cour en dit toutefois peu à cette époque, et l'on apprend dans l'affaire *Öztürk*<sup>2081</sup> rendue en 1984 que c'est la nature « répressive » de la mesure qui doit être ici évaluée. Si la norme possède un « caractère général » et un but « à la fois préventif et répressif », alors sa nature est pénale, toujours au sens de la Convention. Mais « là ne s'arrête pourtant pas le contrôle de la Cour », si aucun de ces critères n'est satisfait, la Cour s'intéresse *in fine* au « degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé »<sup>2082</sup>. Si l'autorité publique prononce une mesure d'une particulière gravité, alors elle sera qualifiée de pénale au sens de l'article 6 de la Convention, toujours selon l'arrêt *Engel*. La qualification formelle, la nature ou encore la sévérité d'une mesure peuvent chacune fonder l'application du volet pénal de l'article 6 de la Convention. Or, il ne fait guère de doute qu'une déchéance de nationalité satisfait plusieurs de ces critères.

**642.** Les juges suprêmes de l'ordre interne et le gouvernement français ont en effet reconnu le caractère sanctionnateur et répressif de la déchéance de nationalité, le Conseil constitutionnel

---

<sup>2078</sup> CEDH, déc., 31 mai 2007, n° 26828/06, *Makuc et a. c. Slovaquie*, § 186. Si la Cour ne reproduit plus à cette occasion la justification de la nature publique du contentieux de la nationalité, elle cite parmi les précédents pertinents une affaire jugée en grande chambre dans laquelle elle reconnaît que le droit au séjour relève « exclusivement du domaine du droit public », voy. CEDH, déc., grande chambre, 23 janvier 2002, n° 48321/99, *Slivenko et a. c. Lettonie*, § 94.

<sup>2079</sup> Serge Guinchard, « Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile », Rép. Procédure civil, 2017, § 107.

<sup>2080</sup> CEDH, Plénière, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, série A n° 22, §82.

<sup>2081</sup> CEDH, Plénière, 21 févr. 1984, n° 8544/79, *Öztürk c. Allemagne*, §53.

<sup>2082</sup> CEDH, Plénière, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc.

le premier dans une décision *Ahmed S.* rendue en 2015<sup>2083</sup>. Se fondant sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 – « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » – le juge constitutionnel rappelle que « les principes énoncés par cet article s'appliquent non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition ». Or, les dispositions en cause de l'article 25 qui prévoient la déchéance de nationalité suite à la commission d'acte de terrorisme sont jugées « [instaurer] une sanction ayant le caractère d'une punition ». Le juge administratif confirme sans surprise cette jurisprudence à l'occasion de l'affaire des cinq décrets de déchéance jugée en 2016<sup>2084</sup> : « la déchéance de la nationalité française constitue une sanction administrative ». Le Conseil d'État valide d'ailleurs au contentieux une position qu'il avait d'ailleurs déjà prise en formation consultative<sup>2085</sup>. Le Gouvernement français enfin, à l'occasion du débat relatif à la constitutionnalisation de la déchéance de nationalité en 2015, précise que la déchéance vise à « sanctionner ceux qui par leurs comportements visent à détruire le lien social. »<sup>2086</sup> Nul doute donc que la déchéance de nationalité puisse intégrer le volet pénal de l'article 6 de la Convention : sa nature répressive ne fait aucun doute, pas plus d'ailleurs que la gravité de la mesure.

**643.** Il semble d'ailleurs que le Conseil d'État fasse désormais application de l'article 6 en matière de déchéance de nationalité. À titre préalable, il convient de préciser qu'en matière d'acquisition de la nationalité, le juge administratif a toujours refusé d'en faire application. Dans une décision de principe *M'Baye* rendue en 1995<sup>2087</sup> à propos d'un refus de naturalisation, le Conseil d'État juge ainsi que « les dispositions de cet article [6 de la Convention] ne sont pas applicables aux litiges relatifs à l'acquisition de la nationalité, lesquels n'ont pas trait à des contestations sur des droits et obligations de caractère civil ou au bien-fondé d'une accusation en matière pénale ». Si Paul Lagarde évoque dans son commentaire une décision qui « peut surprendre et même un peu faire sourire »<sup>2088</sup> dans le contexte des années 1990 qui voit le droit de la nationalité réintégrer le code civil, force est de constater que cette décision est pleinement en accord avec la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme qui dénie

---

<sup>2083</sup> Cons. const., 23 janvier 2015, n° 2014-439 QPC, *M. Ahmed S.* [Déchéance de nationalité].

<sup>2084</sup> CE, 2/7 ch. ré., 8 juin 2016, n°s 394348, 394350, 394352, 394354, 394356, Lebon p. 232.

<sup>2085</sup> CE, assemblée générale, Section de l'intérieur, 11 décembre 2015, n° 390866, avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, NOR : PRMX1529429L, § 5.

<sup>2086</sup> Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, texte n° 3381, exposé des motifs, p. 6.

<sup>2087</sup> CE, 2/6 ssr, 7 juillet 1995, n° 138041, *M'Baye*, Lebon p. 289.

<sup>2088</sup> Paul Lagarde, « L'absence de motivation d'une décision de rejet d'une demande de naturalisation n'est pas contraire à la Conv. EDH », *Rev. crit. DIP*, 1996, n° 1, p. 83.

en bloc déjà à cette époque l'application de l'article 6 au contentieux de la nationalité, et en particulier au volet acquisitif considéré comme appartenant au droit public<sup>2089</sup>. La décision est confirmée en matière d'opposition<sup>2090</sup>. En revanche, la récente décision rendue en matière de déchéance de nationalité semble démontrer que le moyen tiré de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est recevable en la matière. Les requérants se plaignaient du manque d'impartialité du Conseil d'État et avaient ainsi soulevé ce grief en lien avec l'article 6 de la Convention. Le juge administratif, au lieu de rejeter le moyen comme incompatible *ratione materiae* avec le champ matériel de la Convention, juge au contraire après avoir longuement détaillé son argumentation que le moyen « ne peut qu'être écarté » :

« Considérant que si M. A...fait valoir que le Conseil d'État ne pourrait, sans méconnaître le principe d'impartialité, statuer au contentieux sur sa requête qui est dirigée contre un décret pris, conformément à l'article 25 du code civil, sur avis conforme du Conseil d'État, il résulte des termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'État est simultanément chargé par la Constitution de l'exercice de fonctions administratives et placé au sommet de l'un des deux ordres de juridiction qu'elle reconnaît ; (...) que, dans ces conditions, *le moyen tiré de la méconnaissance des stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peut qu'être écarté* ; »<sup>2091</sup> (nous soulignons)

Une incertitude demeure toutefois quant au sens de la décision. Le Conseil d'État écarte-t-il le moyen au fond ou le rejette-t-il pour inopérance ? En effet, dans cette formule (« ne peut qu'être écarté »), « aucun élément de motivation – ni explicite ni implicite – ne renvoie à un motif de rejet en particulier. »<sup>2092</sup> Or, la lecture de la décision montre bien que l'argumentation au fond est particulièrement dense, et le rejet du moyen ne s'accompagne pas de l'indication d'une incompatibilité du contentieux de la déchéance avec le volet civil ou le volet pénal de l'article 6 de la Convention<sup>2093</sup>. Dans le silence des conclusions sur ce point, on peut donc en déduire que le Conseil d'État rejette le moyen au fond et accepte de faire application de l'article 6 de la Convention dans le contentieux sanctionnateur de la déchéance. Cette approche doit être encouragée, en la matière le Conseil d'État s'écarte des derniers développements de la jurisprudence européenne mais revient à l'esprit initial de l'article 6 en droit de la nationalité, c'est-à-

---

<sup>2089</sup> Pour des critiques fondées sur l'ordre international, voy. Jean-François Flauss, « Naturalisation et droit international des droits de l'homme », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 286-288.

<sup>2090</sup> CE, 2<sup>e</sup> ss, 21 mai 1997, n° 157195, *Célien*, inédit.

<sup>2091</sup> CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ssr, 8 juin 2016, n° 394348, Lebon p. 232. Le fichage de la décision n'indique rien quant à ce point, pas plus d'ailleurs que les conclusions du rapporteur public.

<sup>2092</sup> Florian Poulet, *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, thèse, Paris, 2014, p. 56.

<sup>2093</sup> Comme cela est traditionnellement le cas. Voy. *ibid.*, p. 350 et s.

dire à l'exigence d'une appréciation d'espèce lorsqu'est en cause le volet pénal du procès équitable. Il demeure surprenant que la Cour européenne ne suive pas cette voie.

## 2. L'applicabilité détournée par le truchement de l'article 8 de la Convention

**644. Les garanties procédurales propres à l'article 8.** – L'article 8 de la Convention est applicable à la nationalité, comme on l'a vu ; il permet de rapatrier *indirectement* le droit à un recours effectif en offrant au requérant un « grief défendable ». Mais ce même article permet même au requérant qui l'invoque de bénéficier *directement* de garanties procédurales. En effet, selon le libellé même de l'article 8, l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée ou familiale doit notamment être « prévue par la loi » et « nécessaire » dans une « société démocratique ». Se fondant sur ces considérations, la Cour a déjà jugé dans une affaire *Al-Nashif c. Bulgarie*<sup>2094</sup> rendue en 2002 que l'ordre juridique interne doit protéger les individus de toute « interférence arbitraire » des autorités publiques dans le domaine des droits protégés par la Convention, et qu'en ce sens, même une compétence discrétionnaire légalement confiée à l'exécutif ne peut s'exprimer sous la forme d'un « pouvoir sans entraves [*unfettered power*] ». À cette fin, et sur le fondement précisément de l'article 8 de la Convention, la Cour a jugé que « même quand la sécurité nationale est en jeu, le respect de la légalité et l'État de droit [*lawfulness and the rule of law*] dans une société démocratique requièrent que les mesures qui affectent les droits fondamentaux de l'homme soient soumises à une certaine procédure contradictoire [*adversarial proceedings*] devant un organe indépendant compétent pour examiner les raisons de la décision et les preuves pertinentes ». Il s'agit donc, par le truchement de l'article 8 de la Convention, d'une réception allégée des exigences tirées de l'article 6 (indépendance de l'organe, procédure contradictoire) et de l'article 13 (droit à un recours). Cela forme une « garantie processuelle jurisprudentielle »<sup>2095</sup> d'un droit substantiel, qui vient opportunément pallier les difficultés d'application directe des articles 6 et 13 de la Convention liées à l'étroitesse de leur champ matériel<sup>2096</sup>. Les décisions de refus de naturalisation et de perte de la nationalité tombant sous le coup de l'article 8 de la Convention, charge est donc faite aux États parties de satisfaire ces exigences.

---

<sup>2094</sup> CEDH, 20 juin 2002, n° 50963/99, *Al-Nashif c. Bulgarie*, § 119-123.

<sup>2095</sup> Jean-François Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2004, n° 10, p. 534.

<sup>2096</sup> Voy. Nina Le Bonniec, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017, n°s 152-155, p. 121-125 ; Konstantinos Panagoulis, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2011, p. 84-91.

**645. L'application en droit de la nationalité.** – À l'occasion des affaires *Ramadan c. Malte*<sup>2097</sup> et *K2 c. Royaume-Uni*<sup>2098</sup>, respectivement rendues en 2016 et 2017 à propos du retrait et de la déchéance de nationalité, la Cour a indiqué avec une grande clarté les éléments de son contrôle de l'« arbitraire » en droit de la nationalité. Or en la matière, comme le note très justement Fabien Marchadier, ce contrôle « renvoie à des exigences formelles et procédurales »<sup>2099</sup> exclusivement. La Cour formalise ainsi un test en trois étapes : la déchéance est-elle prévue par la loi ? les autorités ont-elles agi avec diligence et célérité ? des garanties procédurales ont-elles été respectées ?

**646.** La déchéance de nationalité doit être prévue par la loi ; cette condition rejoint la lettre de l'article 8 de la Convention. Les principes en la matière sont fixés par l'arrêt *Malone* : « on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »<sup>2100</sup>.

**647.** Les autorités doivent également agir avec diligence et célérité. Cette exigence préto-rienne a été régulièrement évoquée par la Cour dans des affaires relatives à des mesures d'expulsion. Le juge exige que le requérant ne soit pas laissé pendant une longue période dans une situation préjudiciant son droit au respect de la vie privée et familiale<sup>2101</sup>. *A contrario*, si la situation ne préjudicie pas les intérêts du requérant, l'exigence de diligence et de célérité est largement réduite<sup>2102</sup>. Ce standard n'apparaît pas très contraignant en droit de la nationalité : tant que l'individu bénéficie de la nationalité, il n'est pas fait préjudice à son droit au respect de la vie privée et familiale. Dans l'affaire *Ramadan* par exemple, le gouvernement maltais avait prononcé le retrait de la nationalité du requérant près de dix années après l'annulation du mariage dont il tirait sa nationalité. La Cour note alors que les délais n'avaient pas « pénalisé » le requérant qui avait bénéficié de la nationalité maltaise pendant l'intervalle. En revanche, dans une récente affaire *Alpeyeva et Dzhalagiya v. Russie* rendue le 12 juin 2018, une saisie et un refus de passeport ont conduit deux requérants – dont la nationalité avait été retirée puis réattribuée – à demeurer apatride et sans statut légal pendant respectivement trois et quatre années.

---

<sup>2097</sup> CEDH, 21 juin 2016, n° 76132/12, *Ramadan c. Malte*, § 86-89.

<sup>2098</sup> CEDH, déc., 7 février 2017, n° 42387/13, *K2 c. Royaume-Uni*, § 52-61.

<sup>2099</sup> Fabien Marchadier, « La perte de la nationalité devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP*, 2017, n° 2, p. 223.

<sup>2100</sup> CEDH, plénière, 2 août 1984, n° 8691/79, *Malone c. Royaume-Uni*, série A n° 82, pp. 31-32, § 66.

<sup>2101</sup> CEDH, 28 juin 2011, n° 55597/09, *Nunez c. Norvège*, § 82.

<sup>2102</sup> CEDH, 14 juin 2011, n° 9958/04, *Borisov c. Lituanie*, § 112.

La Cour juge alors que l'atteinte particulièrement grave portée à leur identité pendant cette durée, alors qu'aucune faute n'est imputable aux requérants, laisse apparaître un manque de diligence de la part des autorités, caractérisant une interférence arbitraire dans le cadre de l'article 8<sup>2103</sup>.

**648.** La déchéance de nationalité doit surtout être prononcée dans le respect de garanties procédurales, conformément à la jurisprudence *Al-Nashif*. Dans l'affaire *Ramadan*, la Cour relève que le requérant a été informé de la décision projetée de retrait de nationalité, qu'une enquête a été menée à sa demande, avec plusieurs auditions, l'assistance d'un avocat, et la production d'observations orales et écrites de différents témoins. Une fois la décision prise, la Cour relève encore que le requérant a eu la possibilité d'en déférer l'examen à « des tribunaux dotés d'une compétence constitutionnelle qui offriraient les garanties requises ». La Cour en conclut que la décision « s'est accompagnée des garanties procédurales nécessaires » (§ 87). On observe ici que les garanties procédurales validées par la Cour sont particulièrement importantes. Cela ne signifie toutefois pas qu'elles représentent le standard attendu en la matière. En effet, dans l'affaire *K2*, la Cour s'est satisfaite de garanties beaucoup plus sommaires. La situation britannique était de fait assez particulière. Lorsque la sécurité nationale est en jeu, la procédure suivie est dérogatoire du droit commun. En matière de déchéance de nationalité, la compétence juridictionnelle passe à la Special Immigration Appeals Commission, juridiction spécialisée qui est notamment habilitée à examiner des « pièces confidentielles [*closed materials*] ». Lorsque la Cour examine de telles preuves, elle suit une procédure confidentielle, restreinte à l'avocat du Ministère et à un « avocat spécial », différent de l'avocat du requérant et soumis au secret, qui examine les preuves au nom de la personne déchue sans pouvoir communiquer avec elle. La Cour européenne confirme dans cette affaire ici qu'une telle méthode n'est pas contraire aux garanties procédurales exigées par l'article 8<sup>2104</sup>. Surtout, cette affaire avait une autre spécificité procédurale, le requérant n'était pas – et ne pouvait pas se rendre – sur le territoire national pour assurer sa défense en raison de la mesure de déchéance qui l'avait frappé (sur la pratique extra-territoriale de la déchéance du Royaume-Uni, voy. *supra* n° 569 s.). La Cour considère d'abord que, par principe, former un « recours hors du pays [*out-of-country appeal*] » n'est pas contraire à la Convention. En l'espèce, elle juge ensuite que le requérant a pu donner des instructions à son avocat et communiquer sans difficultés avec le Royaume-Uni. En tout état de cause la Cour

---

<sup>2103</sup> Voy. CEDH, 12 juin 2018, n<sup>os</sup> 7549/09 et 33330/11, *Alpeyeva et Dzhalogoniya v. Russia*, § 119-126.

<sup>2104</sup> Comme elle l'avait déjà jugé dans une précédente affaire, voy. CEDH, 28 janv. 2014, n<sup>os</sup> 14876/12 et 63339/12, *I.R et G.T. c. Royaume-Uni*, § 63.

note que le requérant n'apporte pas de preuve « claire et objective » qu'il a rencontré des difficultés pour assurer sa défense. La Cour juge encore que la Special Immigration Appeals Commission a suivi un haut niveau de preuve, « atteignant le standard de preuve pénale », alors même que de telles affaires suivent normalement le standard moins exigeant de la preuve civile. La Cour considère enfin, dans une approche presque moralisatrice, qu'elle « ne peut pas ignorer » le fait que le requérant est responsable de cette situation puisque c'est lui qui a décidé de fuir le territoire britannique pour échapper à une procédure pénale, et que cet appel hors du pays lui est uniquement imputable. Pourtant, c'est la déchéance de nationalité et l'exclusion subséquente du territoire, imputable aux autorités britanniques, qui conduisent à cette situation.

**649.** Il se déduit toutefois de ces deux affaires que même si les garanties procédurales de l'article 8 de la Convention n'atteignent pas les plus hauts standards protecteurs, elles protègent l'existence en droit de la nationalité d'une voie de recours et d'une procédure contradictoire devant un organe indépendant. Cette appréciation est encore renforcée par l'affaire *Boudelal c. France* rendue en 2017 dans laquelle était en cause un refus de naturalisation. La Cour, au détour d'une argumentation centrée sur le loyalisme, juge *proprio motu* que la loi française offre « des garanties contre l'arbitraire en obligeant les autorités à motiver leurs décisions de refus et en donnant aux personnes déboutées la possibilité d'exercer un recours devant les juridictions administratives »<sup>2105</sup>. Le droit au procès est donc une garantie positive en droit européen de la nationalité, malgré l'inapplication partielle de l'article 6 de la Convention. Dans le domaine spécifique de la déchéance de nationalité, la prohibition du cumul des sanctions vient encore renforcer les encadrements procéduraux qui contraignent les ordres juridiques internes.

## **§ 2. L'applicabilité potentielle de la prohibition du cumul des sanctions**

**650.** La prohibition du cumul des sanctions est un principe issu du droit romain. Il assure historiquement au profit du justiciable deux fonctions, comme le note déjà un célèbre avocat au XVIII<sup>e</sup> siècle : « l'une, de ne point compromettre trop souvent la vie d'un Citoyen ; l'autre, d'empêcher que par l'événement de ces différentes accusations, la peine ne vienne enfin à surpasser le crime »<sup>2106</sup>. Dans un sens plus contemporain, c'est donc bien la sécurité juridique du justiciable et la proportionnalité des peines qui sont assurées par le principe *non bis in idem*. La protection de ce principe est donc cardinale et générale dans tout système libéral<sup>2107</sup>. Or, en

---

<sup>2105</sup> CEDH, déc., 13 juin 2017, n° 14894/14, *Boudelal c. France*, § 28.

<sup>2106</sup> Pierre-François Muyart de Vouglans, *Institutes au Droit criminel*, Paris, Le Breton, 1757, p. 81.

<sup>2107</sup> Pour une étude à ce sujet, voy. Juliette Lelieur-Fischer, *La règle ne bis in idem*, Paris, 2005, 670 p.



droit de la nationalité, suivant une approche matérielle, la sanction de la déchéance de nationalité se cumule nécessairement avec la condamnation pénale qui lui sert de fondement. Comment dès lors ne pas y voir un cumul de peine ? Parlant de la déchéance de nationalité, le député Auguste Reynaud déclarait ainsi déjà en 1927 : « Nous sommes, en théorie, en droit civil ; nous sommes, en fait, en droit pénal. »<sup>2108</sup> Mais si la prohibition du cumul des peines est bien réceptionnée en France et dans l'ordre européen, la question est plus délicate lorsqu'une des deux « peines » est en réalité une « sanction administrative ». Dans ce dernier cas, l'ordre français prohibe globalement peu le cumul, tandis que l'ordre européen fixe une prohibition de principe. Dès lors, apparaît une contrariété entre, d'une part, les prévisions de la Convention européenne des droits de l'homme – et en particulier son protocole n° 7 – et, d'autre part, le droit français de la déchéance de nationalité (A) que le législateur pourrait chercher à vider (B).

### **A. Les critères de prohibition : l'inégale prohibition entre ordres juridiques**

**651.** L'ordre constitutionnel français et l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme ne suivent pas les mêmes approches. La jurisprudence du Conseil constitutionnel prohibe le cumul des sanctions, mais les critères édictés sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen manquent de lisibilité et rendent en l'état peu probable qu'une inconstitutionnalité puisse être retenue (1). À l'inverse l'ordre conventionnel européen<sup>2109</sup> suit une approche matérielle plus explicite, fondée sur le caractère punitif de deux mesures qui laisse entrevoir un risque particulier pour la déchéance de nationalité lorsqu'elle n'entretient pas un rapport de « connexité » suffisante avec la procédure pénale (2).

#### **1. La faible probabilité d'une prohibition dans l'ordre constitutionnel**

**652. Exposé des critères du Conseil constitutionnel.** – Le régime constitutionnel s'est construit par empilement depuis la fin des années 1980. Il se fonde sur l'interprétation de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 garantissant les principes de proportionnalité et de nécessité des peines. Sur le versant de la proportionnalité, le Conseil constitu-

---

<sup>2108</sup> JORF, Ch. Dép., débats, 7 avril 1927, p. 1216.

<sup>2109</sup> Le droit de l'Union européenne ne trouve pas à s'appliquer ; la jurisprudence de la Cour de justice fait bien application du principe *non bis in idem* en se fondant sur l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux, mais il faut pour cela que la mesure nationale en cause « mette en œuvre » le droit de l'Union européenne (voy. par ex. CJUE, 26 févr. 2013, C-617/10, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*, § 27 ; CJUE, grande chambre, 20 mars 2018, C-524/15, *Luca Menci c/ Procura della Repubblica*, § 21), ce qui fait défaut lorsque l'État agit en droit de la nationalité qui ressort de sa compétence exclusive. Pour une analyse récente, voy. Denys Simon, « Ne bis in idem », Europe, 2018, n° 5, comm. 169.

tionnel a d'abord jugé en 1989 que « le montant global des sanctions éventuellement prononcées » ne devait pas dépasser « le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »<sup>2110</sup>. L'application de ce principe revient aux autorités administratives et judiciaires qui devront chacune tenir compte des sanctions pécuniaires déjà définitivement prononcées. En revanche, il considérait que le principe *non bis in idem* « ne [recevait] pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives »<sup>2111</sup>. Le Conseil constitutionnel amorce un revirement dans deux décisions rendues en 2013<sup>2112</sup> et 2014<sup>2113</sup> et synthétise sa nouvelle position dans une décision du 18 mars 2015 en se fondant sur le principe de nécessité des peines. Il formule ainsi une série de critères permettant d'identifier une situation juridique dans laquelle le cumul de deux sanctions est prohibé : « le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction »<sup>2114</sup>. Dans une décision du 24 juin 2016, le Conseil constitutionnel affine son interprétation et renonce au contestable<sup>2115</sup> critère des ordres de juridiction<sup>2116</sup>. Le cumul est ainsi prohibé si sont identiques : les faits réprimés ; les intérêts sociaux protégés ; et la nature des sanctions. Dans le domaine fiscal, le Conseil constitutionnel a assorti cette jurisprudence d'une précision importante. Si ces critères sont réunis, le cumul ne sera en effet pas nécessairement contraire à la Constitution : « Le recouvrement de la nécessaire contribution publique et l'objectif de lutte contre la fraude fiscale justifient l'engagement de procédures complémentaires dans les cas de fraudes les plus graves. »<sup>2117</sup> Autrement dit, en généralisant cet apport, le Conseil constitutionnel semble accepter que le cumul des sanctions puisse réprimer – dans un objectif de complémentarité – les

---

<sup>2110</sup> Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, § 22.

<sup>2111</sup> *Ibid.*, § 16.

<sup>2112</sup> Voy. Cons. const., 17 janvier 2013, n° 2012-289 QPC, *M. Laurent D. [Discipline des médecins]*, § 3.

<sup>2113</sup> Voy. Cons. const., 24 octobre 2014, n° 2014-423 QPC, *M. Stéphane R. et autres [Cour de discipline budgétaire et financière]*, § 35.

<sup>2114</sup> Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 et 2015-462 QPC, *M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]* (dite « EADS »), § 19.

<sup>2115</sup> Voy. Marc Pelletier, « De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W. et Jérôme C. », *Droit fiscal*, 2016, n° 30-35, act. 466.

<sup>2116</sup> Voy. Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme C. [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]*, § 8. Le commentaire publié par le secrétariat général confirme cette interprétation : « À cette occasion, il a fait évoluer sa formule de principe en matière de nécessité des délits et des peines, en n'énonçant pas l'une des conditions cumulatives prohibant le cumul de poursuites (celle tenant à ce que les poursuites sont exercées devant le "même ordre de juridiction"). » (p. 21)

<sup>2117</sup> *Ibid.*, § 20.

comportements les plus graves des administrés. L'on ne saurait mieux dire que Stéphane Detraz qui relève que « les contours de la complémentarité et de la gravité demeurent obscurs »<sup>2118</sup>.

**653.** La mise en œuvre de ces critères a conduit le Conseil constitutionnel à prononcer une censure en matière financière. En l'espèce, autorités financière et pénale pouvaient réprimer des mêmes faits de délit d'initié dans le cadre de la protection des marchés financiers, en prononçant des sanctions jugées équivalentes et donc de même nature (2 ans d'emprisonnement et 1,5 million d'euros d'amende au titre des sanctions pénales ; 10 millions d'euros d'amende au titre des sanctions administratives), et relevant du même ordre de juridiction. Le Conseil constitutionnel a alors déclaré contraire à la Constitution les dispositions législatives formant le support de la sanction administrative<sup>2119</sup>. De manière fort surprenante, l'identité de nature entre ces sanctions repose sur l'examen comparé de leur sévérité respective, et non sur l'examen traditionnel de leur seul caractère punitif. Dans une autre affaire, le Conseil a ainsi considéré que n'étaient pas de même nature une sanction pénale prévoyant deux ans d'emprisonnement et 1,5 million d'euros d'amende (portée à 7,5 millions lorsque l'auteur est une personne morale) et une sanction administrative de 1,5 millions d'euros<sup>2120</sup>. La méthode – singulière – n'est pas exempte de critiques<sup>2121</sup>.

**654. La faible probabilité d'une contrariété de la déchéance.** – En matière de déchéance de nationalité, ces critères peuvent-ils s'appliquer ? Il faudrait considérer que la sanction pénale et la sanction administrative de la déchéance répriment chacune les mêmes faits, protègent les mêmes intérêts sociaux, et que ces deux sanctions sont de même nature. Le critère de l'identité de faits ne pose pas de difficultés, puisque c'est sur la condamnation pénale – et donc les faits qui en sont le support – que se fonde la déchéance. La notion d'intérêts sociaux protégés est plus délicate à cerner, la déchéance s'exprimerait-elle davantage sur un terrain symbolique là où la sanction pénale relèverait d'un ordre purement répressif ? Il semble plutôt que l'usage de la déchéance comme outil de bannissement (voy. *supra* n° 556 s.) fasse converger les intérêts sociaux protégés par ces deux mesures. Quant à la nature des deux sanctions, des peines d'emprisonnement ou de réclusion sont-elles de même valeur qu'une déchéance de nationalité ? La

---

<sup>2118</sup> Voy. Stéphane Detraz, « Constitutionnalité relative du cumul des sanctions fiscales et pénales », *Droit fiscal*, 2016, n° 27, comm. 405.

<sup>2119</sup> Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 et 2015-462 QPC, M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié], §28.

<sup>2120</sup> Cons. const., 14 janvier 2016, n° 2015-513/514/526 QPC, M. Alain D. et autres [Cumul des poursuites pénales pour délit d'initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié - II], § 12.

<sup>2121</sup> Olivier Décima, « Tombeau de *non bis in idem* », *Recueil Dalloz*, 2016, n° 16, p. 931.

comparaison est particulièrement malaisée. Il nous semble cependant que la gravité d'une perte de nationalité puisse être comparable à celle d'une longue peine, mais la prudence est de mise tant ce critère est difficile à manier. À supposer l'ensemble de ces critères satisfaits – ce qui demeure une hypothèse d'école tant l'obscurité des critères fait obstacle à toute analyse rigoureuse –, il faudrait encore, pour que le Conseil juge ce cumul contraire à la Constitution, qu'il ne considère pas qu'il y a là une complémentarité entre sanctions visant à assurer la répression des comportements les plus graves – ce qui, en matière de terrorisme, apparaît hautement probable. Pour conclure, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est encore trop obscure puisqu'on puisse en déduire la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité du régime de cumul de sanctions pénale et administrative en matière de déchéance de nationalité. Les critères issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permettent en revanche une analyse plus claire, et laissent envisager sous certaines conditions l'inconventionnalité du régime français de la déchéance de nationalité.

## 2. La forte probabilité d'une prohibition dans l'ordre européen conventionnel

**655. Exposé des critères de la Cour européenne des droits de l'homme.** – Le principe *non bis in idem* est garanti à l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2122</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a précisé de manière solennelle les deux composantes de ce principe, c'est-à-dire d'une part l'identité de faits (*idem*), et d'autre part les conditions de la répétition (*bis*). Si les conditions relatives aux faits sont d'une souplesse remarquable, la notion de répétition s'analyse en revanche avec davantage de difficultés et tend à protéger les procédures « mixtes » comme celles prévues en procédure fiscale française.

**656.** La Cour de Strasbourg s'est réunie en grande chambre en 2009 dans une affaire *Zolotoukine c/ Russie*<sup>2123</sup> pour arrêter une position claire relative à l'identité des faits dans le principe *non bis in idem*. La notion d'infraction au sens de l'article 4 du protocole n° 7 dépasse la matière pénale au sens formel et doit être interprétée au regard des critères matériels déjà fixés par rapport à l'article 6 de la Conv. EDH (les critères « *Engel* », voy. *supra* n° 641) ; ce protocole interdit « de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde “infraction” pour autant que celle-ci a pour origine des *faits identiques* ou des faits qui sont *en substance les mêmes*. »<sup>2124</sup>

---

<sup>2122</sup> « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État. »

<sup>2123</sup> CEDH, grande chambre, 10 févr. 2009, n° 14939/03, *Zolotoukine c/ Russie*, §52-57.

<sup>2124</sup> *Ibid.*, §82.

(nous soulignons) La jurisprudence de la Cour ne laisse guère place à l'interprétation, il s'agit bien de s'intéresser aux faits constitutifs des infractions pénale et administrative : en cas d'identité, la condition de l'« *idem* » sera satisfaite. Cela ne pose guère de difficultés en matière de déchéance de nationalité puisque c'est bien l'infraction pénale retenue par le juge qui sert de fondement au prononcé administratif de la déchéance de nationalité. L'identité des faits entre les deux procédures résulte donc de la loi elle-même.

**657.** Cette approche a été récemment enrichie par un nouvel arrêt *Frisvold et Flom Jacobson c/ Norvège*<sup>2125</sup> rendu en grande chambre le 15 novembre 2016 qui porte cette fois sur l'interprétation de la condition de répétition du principe *non bis in idem*. Dans cette affaire la Cour a jugé que la composante « *bis* » n'était pas satisfaite dans le cas de « procédures mixtes », c'est-à-dire « unies par un lien matériel et temporel suffisamment étroit ». Que signifie cette notion ? Dans l'esprit de la Cour, qui détaille longuement son argumentation, la mixité *matérielle* entre procédures administrative et pénale tient en quatre critères : buts communs, proportionnalité et complémentarité des procédures, mais aussi prévisibilité de leur cumul pour le justiciable<sup>2126</sup>. Ensuite, la mixité *temporelle* entre les procédures procède de deux exigences : la célérité d'abord, « incertitudes » et « lenteurs » sont exclues ; la longueur ensuite, les procédures ne doivent pas « s'étal[er] » dans le temps<sup>2127</sup>. Dans le cas où la mixité des procédures serait retenue par la Cour, le principe *non bis in idem* ne pourrait s'appliquer en raison de l'absence de répétition des condamnations ou des poursuites<sup>2128</sup>.

**658. L'absence de connexité matérielle.** – La sanction administrative de la déchéance de nationalité et la condamnation pénale sur laquelle elle se fonde entretiennent-elles une certaine « connexité matérielle » pour reprendre les termes de la Cour ? Deux premiers critères plaident indéniablement pour la connexité. Ces deux sanctions agissent d'abord sur des terrains complémentaires : là où la sanction pénale entraîne le prononcé d'une peine d'emprisonnement, la sanction administrative retire à l'individu le bénéfice d'un statut civil. Les terrains punitifs de ces deux sanctions ne sont donc pas les mêmes. Les deux procédures sont ensuite menées d'une manière « qui évite autant que possible toute répétition ». La Cour s'intéresse en particulier à ce que l'articulation des procédures laisse apparaître que « l'établissement des faits effectué dans l'une des procédures a été repris dans l'autre ». Or, la déchéance de nationalité se fondant

---

<sup>2125</sup> CEDH, grande chambre, 15 nov. 2016, n° 24130/11 et 29758/11, *Frisvold et Flom Jacobson c/ Norvège*.

<sup>2126</sup> *Ibid.*, § 132.

<sup>2127</sup> *Ibid.*, § 134.

<sup>2128</sup> Mixité que retient la Cour dans les deux espèces.

exclusivement sur la condamnation, l'autorité administrative se repose légalement sur la qualification du juge pénal, et aucune double instruction n'est mise en œuvre.

**659.** En revanche, deux seconds critères plaident à l'inverse pour l'absence de connexité. Il n'y a d'abord aucune prévisibilité possible pour l'administré quant à l'éventuel cumul des sanctions. La déchéance de nationalité étant une prérogative discrétionnaire du gouvernement, il est libre d'y recourir ou de s'abstenir sans avoir à en justifier. Il n'y a donc juridiquement aucune règle qui permet de prévoir si la déchéance suivra la condamnation lorsque les conditions légales sont satisfaites pour retirer la nationalité. Il n'y a ensuite – et la Cour s'intéresse « surtout » à ce critère – pas de « prise en compte » de la première procédure par la seconde. Autrement dit, et pour reprendre encore les termes de la Cour, il n'y a pas de mécanisme en la matière qui permet de s'assurer que le prononcé de la seconde sanction ne constitue pas « un fardeau excessif » pour l'individu. À l'inverse des sanctions financières qui peuvent prévoir une certaine proportionnalité du montant global des peines<sup>2129</sup>, la déchéance suit un régime binaire insusceptible de gradations.

**660.** La connexité matérielle n'est donc guère assurée entre la condamnation pénale et la déchéance de nationalité. Même si les critères de complémentarité des buts et de l'établissement des faits semblent plutôt satisfaits, il n'en va pas de même des critères de prévisibilité et de proportionnalité des sanctions. Même si le législateur a prévu de longue date que l'autorité publique devait se fonder sur une condamnation pénale pour prononcer la déchéance, tout porte à considérer que le gouvernement agit de manière libre et indépendante – à la différence du cumul des sanctions pénales et fiscales où l'entremêlement des procédures est prégnant. La Cour dit encore dans l'affaire *Jacobson* que la connexité matérielle ne pourra que difficilement être retenue lorsque la procédure administrative appartient au « noyau dur » du droit de punir, ou qu'elle possède un caractère « infamant ». Or, nul doute d'une part que la déchéance de nationalité, en raison des garanties procédurales qu'elle présente, appartient au noyau dur de

---

<sup>2129</sup> Nous nous permettons de renvoyer à notre article « La marche contrariée des sanctions fiscales vers le principe non bis in idem », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, 2017, n° 1, p. 109-118.

l'arsenal punitif de l'État (voy. *supra* n° 591 s.), et nul doute d'autre part que cette peine présente un caractère infamant<sup>2130</sup>, sa portée symbolique étant constamment soulevée<sup>2131</sup>. Il est donc très probable que la Cour européenne puisse reconnaître que le prononcé d'une déchéance à la suite d'une condamnation pénale constitue bien un cumul de sanction vue l'absence de connexité matérielle entre les procédures pénale et administrative. Il en va de même au regard de l'absence de connexité temporelle.

**661. L'absence de connexité temporelle.** – Comme le précise la Cour européenne, « même lorsque le lien matériel est suffisamment solide, la condition du lien temporel demeure et doit être satisfaite. » Les critères de connexité sont donc bel et bien complémentaires. En particulier, la Cour contrôle que « les procédures ne s'étalent pas trop dans le temps », dans un contexte où le requérant serait laissé « en proie à l'incertitude et à des lenteurs ». Rien ici, en droit, ne permet de conclure *in abstracto* à l'inconventionnalité de la déchéance prononcée à la suite d'une condamnation pénale. C'est à la pratique française qu'il convient de se référer pour constater ou non la connexité temporelle entre le prononcé de la peine pénale et celui de la déchéance de nationalité. Or, en la matière, la pratique récente révèle une contrariété manifeste. Les cinq dernières déchéances ont été prononcées le même jour, le 7 octobre 2015, et reposaient sur des condamnations pour association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme (art. 421-2-1 code pénal) prononcées par le tribunal de grande instance et la Cour d'appel de Paris entre 2007 et 2008<sup>2132</sup>. Ce sont donc entre sept et huit années qui séparent les deux procédures, ce qui manifestement permet d'exclure toute connexité matérielle entre elles. En revanche, les précédentes déchéances révélaient une connexité temporelle mieux établie : ainsi par exemple d'Ahmed Sahnouni el-Yaacoubi, condamné en 2013 et déchu en 2015<sup>2133</sup>, ou de Djamel Beghal et Rachid Benmessahel, condamnés en 2005 et déchus en 2006<sup>2134</sup>. Il revient donc à l'autorité publique de s'assurer d'une réelle continuité dans l'engagement de la procé-

---

<sup>2130</sup> Une peine infamante est une peine qui cherche à provoquer « une souffrance morale » chez le condamné, à reconnaître son « déshonneur », et à lui faire perdre au regard de l'opinion toute « considération ». Une telle peine ne cherche pas à frapper les intérêts matériels du condamné. La dégradation civique, le bannissement, la « déchéance » de certains droits, etc. ont longtemps été reconnus en France comme des peines infamantes. Voy. Armand Lainé, *Traité élémentaire de droit criminel*, vol. II, Paris, A. Cotillon, 1881, p. 207. Cette catégorie a aujourd'hui disparu, mais il est remarquable que la Cour européenne des droits de l'homme utilise encore ce concept.

<sup>2131</sup> Voy. p. ex. Gilles Finchelstein, « Post mortem. Raison et déraison du débat sur la déchéance de nationalité », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, p. 108-109.

<sup>2132</sup> CE, 2/7 ch. ré., 8 juin 2016, n°s 394348, 394350, 394352, 394354, 394356, Lebon p. 232.

<sup>2133</sup> Voy. CE, 2/7 ssr, 11 mai 2015, n° 383664, inédit.

<sup>2134</sup> Voy. CE, 2/7 ssr, 26 septembre 2007, n° 301967, inédit ; CE, 2/7 ssr, 26 septembre 2007, n° 301145, *Benmessahel*, Lebon tables p. 846.

sure administrative suite à la condamnation pénale, sauf à révéler l'indépendance entre les procédures et ainsi caractériser un cumul prohibé de sanctions pénale et administrative. Au regard de l'ensemble de ces considérations de fait et de droit, quelles sont les perspectives pour l'ordre juridique français ?

## **B. Vider la contrariété : état des lieux et perspectives**

**662.** S'il est vrai que le gouvernement français a protégé sa législation en édictant des réserves à l'article 4 du protocole n° 7 visant à assurer une lecture organique de la prohibition du cumul des peines, ces réserves apparaissent clairement contraires à l'article 57 de la Convention européenne des droits de l'homme qui régit leur édicition. Les réserves françaises pourraient donc se trouver invalidées prochainement, ce qui ne rend leur protection que temporaire (1). Au fond, si l'on recherche la solution à la problématique du cumul des sanctions et de la déchéance de nationalité, la seule solution viable – dans l'hypothèse d'une conservation du pouvoir de déchoir – serait de transférer cette compétence de l'administration vers le juge (2).

### **1. L'ordre juridique français provisoirement protégé : la question des réserves**

**663. Les réserves françaises au principe non bis in idem.** – La jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative au principe *non bis in idem* ne produit pour le moment pas d'effet en France. La raison en est connue, une réserve à l'article 4 du protocole n° 7 a été formulée lors du dépôt de l'instrument de ratification 17 février 1986 : « Le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole. » Ce faisant, la France met en échec l'approche matérielle traditionnelle de la Cour en matière pénale au profit d'une approche organique, et met ainsi à l'abri de toute censure la législation sur le cumul des sanctions pénale et administrative – ces dernières n'étant pas prononcées par des tribunaux « statuant en matière pénale ».

**664.** La question de la conformité de cette réserve à l'article 57 de la Convention européenne des droits de l'homme est toutefois posée. En effet, cet article prévoit notamment que « Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause. » Or, il est constant que la réserve française n'a jamais contenu la liste des législations dont l'autorité publique estimait qu'elle devait être soustraite à l'application du protocole. Ainsi, déjà en 1996, Jean-François Flauss notait que « la réserve française pourrait, voire de-



vrait, être frappée d'inopérance »<sup>2135</sup>. Des réserves quasi identiques formulées par l'Autriche<sup>2136</sup> et l'Italie<sup>2137</sup> ont déjà été invalidées par la Cour de Strasbourg<sup>2138</sup> sur le fondement de cet article justement parce qu'elles ne comportaient pas un « bref exposé » des lois en cause. La Cour n'a toutefois jamais été saisie de cette question<sup>2139</sup>. En l'absence de décision de l'interprète authentique de la Convention, cette mission devrait revenir au juge interne de droit commun dans le cadre de son office interprétatif des conventions internationales et de leurs réserves. Les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État semblent bel et bien converger en ce sens et il n'est pas impossible que le juge judiciaire ou le juge administratif décident d'écarter la réserve française en reconnaissant son inconvencionnalité<sup>2140</sup>.

## 2. Vider la contrariété : donner au juge le pouvoir de déchoir

**665. Donner au juge pénal le pouvoir de déchoir : analyse d'une proposition.** – Pour garantir la connexité matérielle et temporelle entre la déchéance de nationalité d'une part, et la condamnation pénale pour faits de terrorisme d'autre part, la solution la plus évidente serait de confier au juge pénal la compétence de déchoir par le prononcé d'une peine accessoire. La proposition la plus aboutie en la matière est l'avant-projet de loi remis par le Gouvernement aux Sénateurs à l'occasion du débat sur la constitutionnalisation de la déchéance de nationalité en février 2016. À cette époque, le gouvernement souhaitait donner la garantie au Sénat que même si le projet de loi constitutionnelle ne prévoyait pas de prohibition de l'apatridie, la réforme de la loi ordinaire présenterait à l'inverse de solides garanties. À ce titre, le Premier Ministre Manuel Valls proposait justement de renoncer à sa compétence de déchoir pour la remettre au juge pénal, sous la forme du prononcé d'une peine complémentaire : « Selon nous,

---

<sup>2135</sup> Jean-François Flauss, « Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *AJDA*, 1996, n° 5, p. 376.

<sup>2136</sup> « Les articles 3 et 4 se réfèrent uniquement aux procédures pénales dans le sens du Code pénal autrichien. »

<sup>2137</sup> « La République italienne déclare que les articles 2 à 4 du Protocole ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées pénales par la loi italienne. »

<sup>2138</sup> CEDH, 23 oct. 1995, n° 15963/90, *Gradinger c/ Autriche*, § 49-51 ; CEDH 4 mars 2014, n° 18640/18, *Grande Stevens et a. c/ Italie*, §207-211.

<sup>2139</sup> On trouve dans la décision CEDH, grande chambre, 15 nov. 2016, n° 24130/11 et 29758/11, *Frisvold et Flom Jacobson c/ Norvège*, § 117 une mention particulière concernant la réserve française : « Signalons que les réserves formulées par l'Autriche et l'Italie ont été jugées non valables parce qu'elles n'étaient pas accompagnées d'un bref exposé de la loi en cause comme le veut l'article 57 § 2 (voir, respectivement, *Gradinger c. Autriche*, 23 octobre 1995, § 51, série A no 328-C, et *Grande Stevens*, précité, §§ 204-211), contrairement à la réserve émise par la France (*Göktaş c. France*, no 33402/96, § 51, CEDH 2002-V). » Que signifie ce « contrairement » ? Très probablement que la réserve française n'a pas encore été jugée contraire aux règles d'émission des réserves, et non qu'elle y est conforme.

<sup>2140</sup> Sur le sujet, nous renvoyons à notre étude, « Invalidité des réserves françaises au principe *non bis in idem* (art. 4, prot. 7, Conv. EDH) : Et si les juges nationaux n'attendaient pas la Cour de Strasbourg ? », *Dr. fisc.*, 2016, n° 41, 537.

la déchéance prononcée à titre de peine complémentaire est sans doute la bonne manière de répondre aux terroristes mis au ban de la République. »<sup>2141</sup> Pour prouver ses intentions, le Premier Ministre distribua l'avant-projet de loi réformant le code pénal et le code civil suivant :

« À la sous-section 5 de la section première du chapitre premier du titre III du livre I du code pénal, il est inséré avant l'article 131-19 un article 131-18-1 ainsi rédigé :

“Art. 131-18-1. – I. - La peine complémentaire de déchéance de nationalité ou des droits attachés à la nationalité est encourue pour :

1° Les crimes d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation prévus par les articles 411-2 à 411-4, 412-1, 412-2, 412-7 et 412-8 ;

2° Les crimes constituant des actes de terrorisme ;

3° Les délits constituant des actes de terrorisme punis d'au moins 10 ans d'emprisonnement ;

4° Les délits d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation punis d'au moins 10 ans d'emprisonnement.

II. - La peine complémentaire prévue au I emporte déchéance de la nationalité française, sauf si elle a pour résultat de rendre la personne condamnée apatride.”

(...)

L'article 25 du code civil est ainsi rédigé :

“Art. 25. – Toute personne peut être déchue de la nationalité française ou des droits attachés à celle-ci lorsqu'elle est définitivement condamnée pour un crime ou un délit constituant une atteinte grave à la vie de la Nation dans les conditions prévues à l'article 131-18-1 du code pénal.” »<sup>2142</sup>

Le sort de cet avant-projet était lié à celui de la révision constitutionnelle, il n'a donc jamais été formellement examiné par le Parlement. Il n'empêche, on trouve ici une remarquable proposition opératoire pour transmettre au juge pénal la compétence de déchoir, ce qui viderait intégralement la contrariété potentielle de la législation française au principe *non bis in idem*. La proposition n'était toutefois pas complètement consensuelle. Le Sénateur Michel Mercier faisait valoir le 8 mars 2016 lors des auditions en Commission des lois qu'un tel transfert au juge pénal « met en cause la puissance et l'*imperium* de l'État »<sup>2143</sup>. Il y a là une position classique qui est en lien avec la souveraineté de l'État et qui veut que la déchéance soit un attribut du gouvernement, l'*imperium* étant souvent considéré comme l'expression du pouvoir exécutif<sup>2144</sup>. Il y a donc ici un débat de principe qui devra être tranché par le législateur. Rien en tout cas

---

<sup>2141</sup> JORF, Sénat, débats, 17 mars 2016, p. 4288.

<sup>2142</sup> Documents transmis par les services du Sénat.

<sup>2143</sup> Pour le compte-rendu, voy. Philippe Bas, *Rapport sur le projet de loi de protection de la nation*, Sénat, session ordinaire 2015-2016, 9 mars 2016, n° 447, p. 133.

<sup>2144</sup> Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Larose, 1896, p. 11 : « Les autres attributs de la souveraineté, qui se résument dans un droit général de commandement et de coercition, sont restés unis, formant un autre pouvoir auquel les Romains donnaient le nom d'*imperium* et que les modernes appellent le *pouvoir exécutif*(...). »

dans la tradition historique française ne permet de dire que la compétence en matière de déchéance appartient davantage au gouvernement qu'au juge puisque durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle et une partie importante du XX<sup>e</sup> siècle, il revenait au juge de prononcer la perte ou la déchéance (voy. *supra* n° 617 s.). De plus, comme la répression administrative est généralement justifiée par « l'exigence d'efficacité de l'action administrative »<sup>2145</sup>, il apparaît bien qu'en matière de déchéance de nationalité, de telles exigences font défaut. L'on perçoit en effet assez mal comment la déchéance de nationalité impacterait positivement l'efficacité de l'action publique – si ce n'est sur un hypothétique plan symbolique.

**666.** Les travaux de la doctrine révèlent par ailleurs un intérêt certain pour une telle solution de transfert vers le juge, surtout en ce qui concerne les garanties que cela procurerait au justiciable. Catherine Kessedjian dans son célèbre article sur le fondement international des déchéances exprime ainsi l'idée dès 1995 que la déchéance doit être prononcée par un juge :

« On peut regretter, par ailleurs, qu'une véritable procédure judiciaire (avec double degré de juridiction et cassation) n'ait pas été mise en place. Seule cette procédure, en effet, peut assurer une véritable protection des personnes concernées. La déchéance de nationalité, à supposer que l'on en accepte le principe, doit être sévèrement contrôlée par les autorités indépendantes et impartiales. Il ne faut surtout pas "simplifier" cette procédure (...). On doit demeurer scrupuleux sur les droits de la défense et particulièrement lorsque la cause de déchéance est floue ou sujette à interprétation, qui plus est, subjective. »<sup>2146</sup>

Paul Lagarde, à l'occasion du débat constitutionnel de 2015/2016 écrivait de la même manière qu'il y aurait là une « amélioration décisive » qui marquerait d'ailleurs un certain « retour aux sources »<sup>2147</sup>. Transférer le pouvoir de déchoir permettrait logiquement d'éloigner la perspective d'une inconventionnalité au principe *non bis in idem*. Le transfert de la compétence au juge pénal s'analyserait toutefois comme une consolidation de la déchéance de nationalité : il ne s'agirait en effet plus de renoncer à la déchéance lorsqu'elle n'est pas prononcée dans une connexité temporelle et matérielle insuffisante, mais bien davantage de garantir à toutes les déchéances prononcées de satisfaire ces critères de connexité. Reste à étudier ce que cela produirait concrètement du point de vue du pouvoir discrétionnaire.

**667. Donner au juge le pouvoir de déchoir : quel recul du pouvoir discrétionnaire ?** – Donner le pouvoir de déchoir au juge plutôt qu'au gouvernement, c'est faire reculer le pouvoir discrétionnaire. L'on sait pourtant bien qu'en matière pénale, la chambre criminelle a toujours

---

<sup>2145</sup> Catherine Teitgen-Colly, « Sanction et Constitution », *JCP A*, 2013, n° 11, étude 2076.

<sup>2146</sup> Catherine Kessedjian, « Un fondement international au droit des déchéances de nationalité ? », *Le Genre humain*, 1995, n° 29, p. 157.

<sup>2147</sup> Paul Lagarde, « Le débat sur la déchéance de nationalité. Essai de clarification », *JCP G*, 2016, n° 5, 105.

considéré que la juridiction saisie du fond dispose dans le choix de la peine d'« une faculté discrétionnaire dont elle ne doit aucun compte »<sup>2148</sup>. Quelle est alors la différence entre le pouvoir discrétionnaire du gouvernement et celui du juge lorsqu'il s'agit de déchoir ? Il y a ici une différence de degré qui tient justement dans les nombreux principes qui viennent structurer et encadrer la liberté du juge, et qui ne s'imposent pas au gouvernement. Un principe en particulier, celui de l'individualisation de la peine, encadre fortement la liberté du juge dans le choix de la peine. Saleilles résumait ce principe à travers une formule bien connue : « l'on serait bien tenté de dire alors qu'il n'y a pas de crimes proprement dits, qu'il n'y a que des criminels. »<sup>2149</sup> Il revient ainsi au juge pénal de prononcer une peine en prenant appui sur la personnalité du condamné, et en respectant plusieurs buts propres au droit pénal. Aujourd'hui, l'article 132-1 du code pénal fixe ainsi en son deuxième alinéa que la peine « doit être individualisée »<sup>2150</sup>, et l'article 130-1 du même code précise encore qu'outre « sanctionner l'auteur de l'infraction », la peine doit « favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». Ce sont autant de principes qui s'imposent directement au juge par l'effet de la loi, et que le gouvernement n'a pas à prendre en compte en l'état actuel du droit. L'article 25 du code civil n'impose en effet que des conditions objectives et rien ne contraint le gouvernement en matière d'individualisation et de proportionnalité de la sanction. Le degré de liberté du juge pénal serait donc nécessairement moins important que celui du Premier Ministre. En outre, la privation de nationalité est source d'une précarisation sans précédent des conditions d'existence du déchu, et l'on voit mal de quelle manière cette peine pourrait favoriser « l'insertion » ou la « réinsertion » du condamné une fois sa peine purgée. On peut donc former l'hypothèse que le transfert de la compétence au juge pénal serait suivi d'une baisse du nombre de déchéance de nationalité, par l'effet mécanique de la réduction du pouvoir discrétionnaire en la matière.

\*

**668. Conclusion de section : le développement progressif des garanties procédurales européennes.** – Le bilan des garanties européennes en matière de protection procédurale en droit de la nationalité est plus contrasté qu'en droit interne. Force est de constater qu'il y a

---

<sup>2148</sup> Voy. Cass., crim., 3 novembre 1955, Bull. crim. 1955, n° 540. Plus récemment, voy. Cass., crim., 21 mai 2008, n° 07-84112, Bull. crim. 2008, n° 129.

<sup>2149</sup> Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale* (1898), Paris, Alcan, 1927, 3<sup>ème</sup> édition, p. 12.

<sup>2150</sup> Le troisième alinéa du même article précise les divers éléments qui peuvent être prise en compte : « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1. »

encore quelques années, le bilan des protections européennes aurait été faible voire inexistant dans le domaine de la nationalité. Non pas du fait de l'inexistence de normes – l'inspiration anglo-saxonne de la Convention européenne des droits de l'homme rend ce texte particulièrement soucieux des aspects procéduraux –, mais parce qu'il manquait une jurisprudence volontariste de la Cour faisant entrer la nationalité dans le champ de la Convention. C'est aujourd'hui chose faite, et la situation évolue rapidement. L'intégration de la nationalité dans l'article 8 de la Convention y est pour beaucoup. La nationalité devenue composante de l'identité de l'individu, et à ce titre protégée par le droit au respect de la vie privée, profite désormais des standards minimaux d'« équitabilité » dans le procès directement issus de cet article, mais entre également dans le champ d'application du droit au recours effectif prévu par l'article 13 de la Convention. Sur le plan spécifique de la perte de la nationalité lorsqu'elle revêt le caractère d'une sanction, la protection pourrait bientôt évoluer et se préciser. Le versant pénal de l'article 6 de la Convention garantissant le procès équitable devrait pouvoir s'appliquer à la déchéance de nationalité, et une évolution jurisprudentielle pourrait prochainement intervenir. Surtout, sur le plan du principe de non cumul des peines, le développement de cette protection devrait entraîner à moyen terme quelques bouleversements dans l'architecture procédurale française, de manière à assurer la connexité matérielle et temporelle entre la déchéance de nationalité et la condamnation pénale qui lui sert de fondement. Malgré tous ces conditionnels, nulle doute donc que les protections conventionnelles européennes vont continuer de se développer sous l'influence des différents juges appelés à les interpréter, de manière à conforter les standards communs d'une procédure européenne administrative et contentieuse protectrice de l'individu.

\* \* \*

**669. Conclusion de chapitre : la complémentarité des protections procédurales** – Les garanties tirées de la procédure administrative non contentieuse en droit français sont particulièrement importante. Pour s'en convaincre, il suffit de constater qu'une mesure comme la déchéance de nationalité n'est pas laissée à la seule discrétion du gouvernement, mais que le Conseil d'État est appelé à rendre un avis conforme, donc contraignant, sur la légalité et l'opportunité de la mesure. Cette garantie ancienne qui remonte à la fin du XIXe siècle montre bien que le législateur pressent à la fois le caractère fondamental de la nationalité, mais aussi le risque d'arbitraire qu'il y aurait à laisser seul statuer le gouvernement lorsqu'il est question de retirer la nationalité. L'ensemble permet le développement et la consolidation des droits de la défense en droit de la perte de la nationalité. En matière de rejet de la naturalisation en opportunité, la situation est également emblématique. La législation garantit en effet à l'autorité publique une

strate d'appréciation en opportunité totalement inconditionnée : le gouvernement est libre de se fonder sur les éléments qui lui semblent le plus pertinent pour se faire une opinion à propos de l'intérêt d'une demande de naturalisation qu'il a préalablement déclarée recevable. Même cette étape, pourtant hautement discrétionnaire, l'administration fait face depuis la réforme de 1993 à une obligation de motivation. L'autorité publique rend donc des comptes à l'administré lorsqu'elle adopte une décision défavorable, y compris lorsqu'elle est fondée sur des éléments de pure opportunité. On le voit donc, la procédure administrative présente de solides garanties. Ce qui est davantage lacunaire, c'est l'affirmation des garanties juridictionnelles en droit de la nationalité. Si la compétence du juge judiciaire est bien établie, celle du juge administratif l'est beaucoup moins. C'est justement sur ce terrain que les garanties conventionnelles européennes apparaissent très complémentaires d'un droit français encore lacunaire. L'intégration nouvelle de la nationalité dans les standards procéduraires européens – le recours effectif et le procès équitable – permet d'ancrer textuellement (et d'assurer) une telle protection. Les droits procéduraires non contentieux sont donc davantage du domaine de l'ordre interne, là où le droit au juge et au procès sont mieux garantis par l'ordre européen. Ces obligations procédurales sont ainsi le moyen de faire respecter le droit, et en particulier les droits substantiels qui se développent en droit de la nationalité.



## **Chapitre 6. Les normes imposant des obligations substantielles à l'État**

670. L'on définit souvent les droits substantiels fondamentaux en creux, en retranchant aux droits fondamentaux les droits procéduraux<sup>2151</sup>. Ainsi par exemple de la Convention européenne des droits de l'homme où les droits matériels sont constitués de l'ensemble des droits protégés par la Convention, auxquels on soustrait l'article 6 relatif au procès équitable, et l'article 13 relatif au recours effectif. Les droits substantiels fondamentaux constituent dès lors des obligations faites à l'État qui viennent intégrer au fond le champ de réglementation de son habilitation, et qui en réduisent la latitude normative<sup>2152</sup>. Autrement dit, les droits substantiels fondamentaux constituent un puissant vecteur de réduction de la discrétionnarité du pouvoir de l'État. Or, la nationalité entretient un rapport pluriel avec les droits fondamentaux. En effet, la nationalité a d'abord fait l'objet elle-même d'un processus de fondamentalisation qui aboutit en 1948 à l'affirmation solennelle dans la Déclaration universelle des droits de l'homme d'un « droit à la nationalité » et d'une prohibition de la « privation arbitraire de nationalité ». Depuis cette époque, la nationalité est donc devenue un droit fondamental en tant que tel. C'est en capitalisant sur cette première dynamique que le droit de la nationalité s'est ensuite progressivement inscrit dans le champ général des droits de l'homme, qu'un lien a pu s'établir entre la protection des droits de l'homme et la nationalité. Ce sont ces deux dynamiques qui sont donc intéressantes à étudier lorsque l'on s'intéresse aux droits substantiels qui viennent contraindre le pouvoir de l'État en droit de la nationalité : la nationalité en tant que droit de l'homme d'une part, et la nationalité inscrite dans le champ des droits de l'homme d'autre part. Pour cela, il faut commencer par décrire le lent processus qui a permis à la nationalité de devenir ce qu'Arendt a appelé le « droit d'avoir des droits », et décrire le contenu précis qui résulte de ce nouveau droit fondamental. À ce titre, force est de constater que les obligations concrètes qui résultent du « droit à la nationalité » ou de la prohibition de la « privation arbitraire » sont peu étendues (section 1). En réalité, le réel apport de cette première dynamique philosophico-juridique est d'avoir ancré l'idée que la nationalité devait faire l'objet d'une protection. Il s'en est suivi tout au long du second XXe siècle un processus d'émergence puis de densification de différentes obligations substantielles issues des droits fondamentaux généraux appliqués en

---

<sup>2151</sup> Voy. par ex. Nina Le Bonniec, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017, nos 80-81, p. 75-78.

<sup>2152</sup> Voy. Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, nos 657-663, p. 342-346.



droit de la nationalité. Ainsi, le principe de non-discrimination et le principe d'égalité (section 2), et le principe de proportionnalité (section 3) viennent désormais directement contraindre le pouvoir de l'État dans le champ du droit de la nationalité.

### ***Section 1. La lutte contre l'apatridie, source d'une tension entre fondamentalité et positivité***

671. La lutte contre l'apatridie est sans doute en droit de la nationalité l'exemple le plus symbolique d'une contrainte nouvelle et fondamentale pesant sur l'État en réduisant la discrétionnarité de son pouvoir : l'État doit garantir à chacun une nationalité et il ne saurait, par son action, causer l'apatridie d'un individu. La réalité juridique est cependant plus nuancée. D'abord, la fondamentalité de ce droit n'est acquise que depuis la fin de la seconde guerre mondiale. L'apatridie a en effet longtemps été un phénomène dénoncé comme une manipulation de l'individu au détriment des États – phénomène dont l'État devait d'ailleurs se protéger. L'idée que c'est désormais l'individu qui doit être protégé est donc relativement récente (I). Cette fondamentalisation a justement servi de support au développement de normes protectrices dans ce domaine. Le bilan juridique est toutefois contrasté, faute de consensus, le droit international recherchant davantage la réduction que la disparition de l'apatridie. Si le pouvoir discrétionnaire de l'État recule donc en la matière, la contrainte demeure mesurée (II).

#### **§ 1. L'ambivalence historique de la lutte contre l'apatridie**

672. La lutte contre l'apatridie<sup>2153</sup> n'est pas un phénomène nouveau. Les États n'ont pas attendu Arendt et les traumatismes de la seconde guerre mondiale pour tenir compte juridiquement, dans leur droit de la nationalité, de la situation des *Heimatlosen*. En Suisse par exemple, la Constitution de 1848 prévoit déjà en son article 56 qu'une « loi fédérale » devra déterminer les Cantons responsables pour accueillir les « sans patrie » et devra par ailleurs « empêcher qu'il ne s'en forme de nouveaux ». Longtemps toutefois, l'apatride est appréhendé sous un angle conflictuel ; il est un vagabond qui profite de l'absence de nationalité pour se soustraire aux charges du pays qui l'accueille, en particulier celle du service national. Les États cherchent ainsi à imposer leur nationalité dans leur intérêt propre, plutôt que dans celui de l'individu (A). Tout change au cours des années 1920-1930. Les déchéances de masse et l'émergence de minorités apatrides à la suite des cessions territoriales de la première guerre mondiale font émerger

---

<sup>2153</sup> Le terme apatridie a été forgé par Charles Claro, un avocat, dans un article publié en 1918 dans *la Loi*. Il s'agit pour cet auteur de remplacer le « barbarisme » *Heimatlosat* issu de l'allemand *Heimathlos*. Voy. « Charles Claro. Les Apatrides », *Revue de droit international privé*, 1918, vol. 14, n° 1, p. 307.

des populations entières d'individus sans nationalité. Il s'en suivra une prise de conscience juridique et philosophique qui renversera la perception de l'apatridie : l'individu sans nationalité devient une personne vulnérable qui doit être protégée (B).

### **A. Le premier temps : lutter contre l'apatridie pour protéger l'État**

**673.** Il est presque étonnant de constater qu'au XIXe siècle, c'est l'État qui entend se protéger de l'apatridie, et non l'individu qui cherche à être protégé par l'État de l'apatridie. Telle est pourtant la réalité jusqu'au début du XXe siècle. Pourquoi une telle réaction de l'État ? Parce que l'apatride n'est soumis à aucune des contraintes que subissent les nationaux ; mais à la différence de l'étranger, il ne l'est dans aucun État. La doctrine française du XIXe siècle rend compte de cette appréhension très négative du phénomène (1). Quant à l'État, il agit sur deux fronts distincts : il impose la nationalité aux apatrides ; il impose à ceux restés étrangers les charges de nationaux liées au service militaire (2).

#### **1. L'apatridie, un statut permettant d'échapper aux « charges » de l'État**

**674. L'apatride : un étranger « favorisé ».** – Lors de sa session de Cambridge, l'Institut de droit international adopte « sans discussion » la règle « Nul ne doit être sans nationalité » et en fait le premier de ses « principes » de 1895<sup>2154</sup>. Dès la fin du XIXe siècle, la règle fait donc l'unanimité. Faut-il déduire que le souci de protéger l'individu imprègne déjà les esprits des juristes occidentaux ? Non, ce qui est ici protégé, ce n'est pas l'individu mais l'État. En effet, le phénomène de l'apatridie est à cette époque peu répandu et lorsqu'il est relevé, il concerne des individus qui décident de se soustraire à l'emprise des nationalités pour bénéficier de l'accueil des États sans participer à leurs charges, et en particulier celle de l'armée. De nombreux auteurs de la fin du XIXe siècle témoignent de cet état de fait.

**675.** Georges Cogordan, dans la première édition de son *Traité* publié en 1879 montre bien tout le caractère péjoratif et instrumental qui s'attache à la qualité d'apatride en dressant le portrait de profiteurs en puissance qui bénéficient de tous les droits sans assumer aucune charge :

« En pratique, il y a malheureusement beaucoup d'individus qui n'appartiennent à aucune nationalité. Ils profitent des immunités qui, dans les États civilisés, sont accordées aux étrangers à titre de réciprocité, et au nom du vague principe de la *comitas gentium*, la politesse internationale. Ils vivent paisiblement dans le pays qui leur donne l'hospitalité, s'y enrichissent et ne

---

<sup>2154</sup> Sur l'ensemble, voy. Institut de droit international, *Annuaire*, 1895, vol. 14, p. 195 (adoption) et p. 73 et s. (rapport d'André Weiss).

subissent nulle part les charges nationales. En général, s'ils sont indigents, ils reçoivent des secours (c'est du moins ce qui a lieu en France) des autorités locales, ils envoient leurs enfants dans les écoles publiques ; s'ils sont malades, ils sont admis dans les hôpitaux. Arrive une guerre, ils ne prennent point les armes et vivent paisiblement pendant que les autres exposent leur vie. On comprend très bien que des étrangers aient des immunités quand, dans leur propre pays, les nationaux qui les accueillent ont des avantages de même ordre, mais pour individus sans patrie, les mêmes raisons n'existent plus et l'injustice est flagrante. »<sup>2155</sup>

On comprend bien ici une partie du problème : si un État donne des droits aux étrangers qu'il accueille, c'est selon une stricte exigence de « compensation et réciprocité »<sup>2156</sup>, celui-ci considérant que les autres États devront en faire autant pour ses propres nationaux. Il y a donc une sorte d'intérêt bien compris entre États dans le fait d'accorder certains droits aux étrangers. Rien de tout cela avec un apatride dont l'État d'accueil ne tire rien en termes de réciprocité et de compensation, faute d'un autre État assurant la charge de cette catégorie d'individus. Ce qui pose encore davantage problème, mais cela concerne plus généralement l'ensemble des étrangers, c'est que l'apatride n'est soumis à aucune charge de l'État – les « sans patrie », écrit de Folleville, « trouv[ent] partout les droits et les faveurs sans subir nulle part les charges ni les obligations »<sup>2157</sup>. L'auteur belge François Laurent considère quant à lui que « Ceux qui n'ont point de patrie légale » sont « des égoïstes et des indifférents. »<sup>2158</sup> En Suisse, Jakob Sieber, professeur à l'Université de Berne, écrit que l'apatridie (*Heimatlosigkeit*) est « un mal à exterminer [*Ausrottung des Übels*] » et qu'elle se propage comme « une peste terrestre [*Landplage*] »<sup>2159</sup>. L'opinion sur les apatrides rejoint donc celle des étrangers installés sur le sol national de longue date et qui excipent de leur extranéité pour échapper aux charges des nationaux, en particulier au regard du service national (voy. *supra* n° 308). Il est donc frappant de voir que les apatrides n'ont pas toujours été considérés comme des individus vulnérables à qui l'État d'accueil devait protection, bien au contraire<sup>2160</sup>. Le souci de l'État est dès lors, et ce jusqu'au

---

<sup>2155</sup> Georges Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, Paris, Larose, 1879, p. 10-11.

<sup>2156</sup> Daniel de Folleville, *Traité théorique et pratique de la naturalisation*, Paris, Maresq, 1880, n° 26, p. xvi.

<sup>2157</sup> *Ibid.* Voy. encore André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, Paris, Larose et Forcel, 1892, p. 19-20 : « L'homme ne se conçoit pas plus sans patrie qu'il ne se conçoit sans famille (...). Il n'est pas rare cependant de rencontrer des hommes qui, légalement, n'ont aucune patrie, qui ont brisé leur allégeance d'origine, sans avoir acquis pour cela une nationalité nouvelle. (...) Cette situation, pour laquelle on a créé le nom d'*heimathlosat* (du mot allemand *heimathlos*, sans domicile), présente les plus graves inconvénients. Les *heimathlosen* voient surtout dans la nationalité les charges, les obligations dont elle est la source, et, pour s'y soustraire, ils renoncent volontiers à ses avantages. Sont-ils pour cela privés de toute protection sur le sol qu'ils habitent ? Non, car partout l'humanité a fait admettre en faveur des étrangers un minimum de droits et de garanties ; et ce minimum leur suffit. »

<sup>2158</sup> François Laurent, *Droit civil international*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 1880, n° 252, p. 436.

<sup>2159</sup> Voy. Jakob Sieber, *Das Staatsbürgerrecht im internationalen Verkehr*, Berne, Stämpfli, 1907, p. 25. L'on privilégie la traduction littérale de *Landplage*, on pourrait écrire aussi « fléau », bien qu'une telle traduction rende moins compte du caractère particulièrement péjoratif du vocabulaire employé par l'auteur.

<sup>2160</sup> Dans le même sens, voy. Michel Verwilghen, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *RCADI*, 1999, vol. 277, n° 395-396, p. 350-351.

milieu de XXe siècle, de contraindre par tout moyen les apatrides à se soumettre aux charges des nationaux.

## 2. Les charges progressivement imposées aux apatrides par l'État

**676. *Imposer la nationalité pour imposer l'armée.*** – Ce sont les obligations militaires qui concentrent vite l'attention du législateur. Les apatrides davantage que les autres étrangers doivent se soumettre à une telle charge, leur situation étant beaucoup plus proche des ressortissants français que de celle des ressortissants étrangers encore rattachés, même uniquement formellement, à une souveraineté étrangère.

**677.** Lors de l'adoption du double droit du sol en 1851, le Parlement prévoit une faculté de renonciation à la majorité. Autrement dit, la nationalité française n'est jamais complètement *imposée* aux individus nés sur le sol français, ceci dans une certaine logique libérale, respectueuse des autres États dont la France ne souhaite pas s'agréger des ressortissants contre leur gré – cette faculté finira par céder lors de la réforme du double droit du sol en 1889 (voy. *supra* n° 308). Mais un apatride ne peut pas profiter d'une telle mansuétude : lorsque l'État d'accueil décide de lui imposer sa nationalité, nul autre État ne pourra s'en plaindre et alléguer qu'on lui soustrait ainsi une partie de sa population. C'est cette distinction fondamentale qui va guider le législateur et l'adoption de la loi du 16 décembre 1874<sup>2161</sup> qui réforme le double droit du sol pour frapper de manière plus aiguë les individus apatrides : pour « réclamer » la qualité d'étranger dans l'année qui suit sa majorité, l'individu né en France d'un parent lui-même né en France devra « justifi[er] avoir conservé sa nationalité d'origine par une attestation en due forme de son gouvernement ». Autrement dit, seuls les étrangers dont un État étranger reconnaît leur nationalité pourront désormais échapper au double droit du sol en France ; les individus apatrides en revanche se voient imposer la nationalité française à la suite de deux naissances consécutives sur le sol national. L'avis délivré par le Conseil d'État marque bien cette distinction entre les étrangers possédant une nationalité et se plaçant toujours sous l'étendard d'une souveraineté étrangère, et les individus qui n'ont plus aucun lien avec « une autre nation » :

« À cet égard, il y a lieu d'établir une distinction entre ceux qui appartiennent véritablement à une nationalité étrangère, et ceux qui, fixés en France depuis une longue suite d'années, ne tiennent plus par aucun lien à une autre nation ; que, pour les premiers, il convient de respecter en eux le principe de droit public ci-dessus rappelé en vertu duquel nul ne peut être contraint de changer de nationalité malgré lui ; mais qu'il n'en est pas de même des seconds ; que leur prétention de demeurer sans patrie est inadmissible et que leur exemple, s'il se perpétuait,

---

<sup>2161</sup> Loi du 16 décembre 1874 qui modifie la loi du 7 février 1851, concernant les individus nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés, in Duvergier, *Collection*, 1874, t. 74, p. 458.

aurait des conséquences funestes pour le patriotisme de la population française ; que la France peut les réclamer comme les siens, leur accorder les droits et leur imposer les devoirs de citoyens français, à moins qu'ils ne se fassent reconnaître comme nationaux par un gouvernement étranger. »<sup>2162</sup>

Ce qui se lit en filigrane dans cet avis – les « conséquences funestes pour le patriotisme » ou encore les « devoirs de citoyens français » – apparaît plus clairement dans le rapport d'Albert Desjardins, c'est bien le service militaire qui est en cause :

« On comprend combien doivent être choqués ceux sur lesquels retombe la charge du service militaire et qui la trouvent plus lourde pour eux-mêmes quand d'autres y échappent. L'inégalité se fait sentir à eux de toute manière. La qualité d'étranger devient une assurance contre le recrutement qui augmente la valeur de l'homme et lui donne l'avantage dans toute concurrence. (...) L'État même ne peut considérer sans une certaine préoccupation et, à des moments graves, sans une certaine inquiétude, la situation mal définie de gens qui refusent obstinément de s'engager envers lui à titre de citoyens, qui peut-être n'ont plus leur nationalité d'origine, mais qui n'en adoptent pas une autre, parce qu'ils ne veulent rien devoir à aucune patrie. »<sup>2163</sup>

Ce que le député défend ici, c'est en réalité la position selon laquelle la nationalité de fait doit être traduite en droit dès que les charges du citoyen se présentent, et cela sans possibilité ouverte à l'individu de s'y opposer – « on ne leur refuse que le droit exorbitant de revenir sur la volonté qu'ils ont manifestée par tous leurs actes, au moment où ils ont une obligation à remplir. »<sup>2164</sup>

L'État fait donc le choix d'imposer sa nationalité aux apatrides par le moyen du double droit du sol pour forcer ces derniers à se soumettre aux charges qu'assument déjà les ressortissants français, et l'on voit bien tout le ressentiment que la situation de cette catégorie d'individu crée dans l'opinion parlementaire et institutionnelle. Plus tard, cette dynamique s'étend encore et l'on impose désormais les charges militaires aux apatrides sans même leur conférer la nationalité.

**678. *Imposer l'armée sans la nationalité.*** – L'idée d'imposer aux apatrides des charges militaires sans pour autant leur conférer la nationalité est formalisée dans la loi au début du XXe siècle. Elle n'est pas complètement neuve puisque le conseiller d'État Camille Sée proposait déjà en 1886, à l'occasion de la discussion de la grande réforme de 1889, de supprimer le

---

<sup>2162</sup> CE, avis du 18 juin 1874, voy. Assemblée Nationale, séance du 26 juin 1874, annexe n° 2500, in JORF, 18 juillet 1874, p. 5021.

<sup>2163</sup> Assemblée Nationale, Rapport d'Albert Desjardins, séance du 18 décembre 1873, annexe n° 2122, in JORF, 4 janvier 1874, p. 75.

<sup>2164</sup> *Ibid.*, p. 77. Albert Desjardins écrit encore : « Une fois qu'ils ont rompu leurs liens avec le pays d'où est sortie leur famille, ce n'est pas faire violence à leur volonté que de les regarder comme devenant les membres de la nation au sein de laquelle ils sont fixés. » (*ibid.*).

droit du sol et de pallier la perte des nationalités par naissances sur le sol français par l'obligation faite aux « sans nationalité » de servir dans l'armée française<sup>2165</sup>. Cette opinion ne prévaut pas à l'époque puisqu'il ne sera finalement pas question de supprimer le droit du sol – bien au contraire<sup>2166</sup>. En revanche, l'idée qu'un apatride puisse servir dans l'armée française sera consacrée par le législateur à la suite de la première guerre mondiale.

**679.** Le coup d'envoi de cette politique d'incorporation des apatrides se trouve dans la loi sur le recrutement de l'armée du 1<sup>er</sup> avril 1923 qui, si elle rappelle la condition de nationalité pour l'assujettissement au service militaire, crée pour la première fois une nouvelle obligation à l'égard des apatrides : « Art. 3. – En temps de paix, nul n'est admis dans les troupes françaises s'il n'est Français ou naturalisé Français, sauf les exceptions déterminées par la présente loi. Les jeunes gens qui ne justifient d'aucune nationalité, résidant en France, sont appelés avec leur classe d'âge et incorporés dans les régiments étrangers pour y accomplir leur temps de service imposé par la loi. »<sup>2167</sup> C'est une révolution puisque s'il existe bien à la même époque les régiments étrangers dans lesquels peuvent s'engager des ressortissants étrangers (la « légion étrangère »), ceux-ci ne peuvent le faire que sur la base du volontariat et en aucune manière ils ne sont astreints au service national. Étonnamment, les débats parlementaires ne portent pas trace d'une discussion particulière sur ce point, et pas davantage à l'occasion de l'adoption de la loi relative au recrutement de l'armée du 31 mars 1928<sup>2168</sup> qui confirme en tous points le principe.

**680.** Il semble qu'en réalité ces dispositions aient pris un certain temps à être mises en œuvre. C'est ce que révèle une communication du ministère des affaires étrangères publiée au *Journal officiel* du 10 juin 1937<sup>2169</sup> et qui annonce, plus de quatorze années après la loi du 1<sup>er</sup> avril 1923, le début de l'incorporation des apatrides dans l'armée françaises. Plusieurs points intéressants ressortent de cette communication. La justification de cette mesure est d'abord en pleine cohérence avec les soucis égalitaires déjà précisés à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : « Par sa stabilité comme par son absence de réciprocité, leur situation [*celle des apatrides*] se rapproche donc de celle des nationaux plus encore que de celle des étrangers. Dans ces conditions, le législateur a estimé légitime de demander à des hommes admis à bénéficier à peu de chose près du traitement national, de supporter également une part des charges communes imposées à la

---

<sup>2165</sup> JORF, Sénat, débats, 13 novembre 1886, p. 1182.

<sup>2166</sup> Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, Paris, Gallimard, 2005, 2<sup>ème</sup> éd., p. 78-88.

<sup>2167</sup> JORF, 5 avril 1923, p. 3410.

<sup>2168</sup> JORF, 3 avril 1928, p. 3808.

<sup>2169</sup> Communiqué du ministère de la défense nationale sur les conditions d'incorporation des jeunes gens, résidant en France, et ne justifiant d'aucune nationalité, in JORF, 10 juin 1937, p. 6480.

nation » ; le service militaire apparaît donc comme la « contrepartie équitable et honorable d'un droit d'établissement » ; assumer cet engagement les « rapprocher[a] plus étroitement encore de la grande famille française ». En outre, le gouvernement marque par la même occasion sa volonté de ne pas imposer la nationalité française, solution retenue dans la loi de 1874 ; dans une certaine logique libérale, il « n'entend pas les intégrer malgré eux dans la nationalité ». Les conséquences de l'incorporation sont également détaillées du point de vue de la nationalité française, s'il ne s'agit pas de l'imposer, mais le gouvernement indique tout de même affirmer que les conditions de naturalisations vont être particulièrement assouplies lors de la libération de service : « Le dossier sera constitué pendant leur séjour sous les drapeaux de façon que, si l'examen, d'ailleurs très bienveillant, qui en sera effectué le permet, la nationalité française puisse leur être accordée dès leur libération. »<sup>2170</sup> Quant à ceux parmi les apatrides qui ne souhaiteraient pas participer à ces obligations, le gouvernement propose une échappatoire : déclarer son « intention de s'établir hors de France », mais, du coup, « [être tenu] de quitter la France ».

L'on comprend enfin quelle population est en réalité visée et pourquoi ces opérations d'incorporation sont si tardives. La communication intervient en effet pour répondre à ceux qui, désormais catégorisés comme apatrides, « se sont émus de se voir appliquer une définition qui leur a paru en désaccord avec la conscience qu'ils gardent d'appartenir à une communauté nationale ». De fait, ces individus, ce sont les réfugiés russes, allemands, italiens, etc. qui ont été privés de leur nationalité par déchéance par les différents gouvernements autoritaires de l'entre-deux guerres, mais qui maintiennent une appartenance nationale factuelle très forte avec un pays qu'ils ont dû fuir pour des motifs souvent politiques<sup>2171</sup>. Ce sont donc ces dizaines de milliers d'individus nouvellement arrivés en France qui donnent l'occasion au gouvernement de mettre en œuvre ces dispositions d'incorporation des apatrides.

Ce bref aperçu historique montre bien que la lutte contre l'apatridie est non seulement ancienne, mais qu'elle a servi initialement les intérêts de l'État et non ceux de l'individu. Ce rapport va finalement s'inverser.

---

<sup>2170</sup> Pierre Louis-Lucas soupçonne ainsi le gouvernement de mettre sur pied un régime paralégal de naturalisation de faveur, et donc contraire aux dispositions de la loi de 1927, voy. Pierre Louis-Lucas, « La réforme de la législation sur la perte de la nationalité française », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1939, vol. 5, p. 26.

<sup>2171</sup> En ce sens, voy. Arsène Stoupnitzky, « L'obligation de certains étrangers à des prestations militaires », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1946, vol. 6, p. 59.

## **B. Le second temps : lutter contre l'apatridie pour protéger l'individu**

**681.** L'idée que l'apatride est une personne vulnérable qui doit faire l'objet d'une protection émerge au tournant des années 1930. Il faut pour cela une explosion du phénomène, causée à la fois par les déchéances de masse – notamment soviétiques – et le sort de différentes minorités rendues involontairement apatrides à la suite des traités de paix de la seconde guerre mondiale (1). Ce « choc » initial, largement amplifié par la situation des juifs privés de leur nationalité par l'Allemagne nazie, conduit dès la fin de la seconde guerre mondiale à théoriser l'apatridie comme un phénomène contre lequel il faut lutter dans l'intérêt de l'individu. La pensée de la philosophe Hannah Arendt permet justement d'en rendre compte à travers l'idée d'une nationalité fondant un « droit d'avoir des droits » (2).

### **1. Le choc des années 1920-1930 : l'explosion de l'apatridie**

**682. *La situation factuelle et ses causes.*** – Après la première guerre mondiale, la proportion d'apatride devient particulièrement importante. Des centaines de milliers d'individus se trouvent sans nationalité en raison d'une part du sort des minorités dans les traités de paix, et d'autre part des dénaturalisations massives prononcées par différents pays autoritaires. Ioan G. Lipovano, dans sa thèse de doctorat sur *L'Apatridie* publiée en 1935, mentionne 1,5 million d'apatrides d'origine russe, 300 000 d'origine arménienne, 100 000 d'origine austro-hongroise, 249 d'origine italienne, et 20 000 d'origines diverses en se fondant sur les évaluations de la Société des Nations<sup>2172</sup>. Hannah Arendt cite des chiffres dans des proportions équivalentes auxquels elle ajoute « des centaines de milliers d'Allemands et plus d'un demi-million d'Espagnols »<sup>2173</sup>. Les chiffres demeurent confus et il est vain de chercher une estimation précise, d'autant que la catégorie des apatrides se mêle souvent à celle des réfugiés qui fuient leur pays sans nécessairement en avoir perdu la nationalité. L'on constate cependant sans difficulté que la situation prend une tournure majeure absolument inconnue du siècle précédent et que dès lors, comme l'écrit Arendt, « le problème des apatrides (...) représente le phénomène de masse le plus nouveau de l'histoire contemporaine »<sup>2174</sup>.

---

<sup>2172</sup> Voy. Ioan G. Lipovano, *L'Apatridie*, thèse, Paris, Les éditions internationales, 1935, p. 26.

<sup>2173</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme* (1951, trad. Martine Leiris, rév. Hélène Frappat), Paris, Fayard, 2010, p. 268. Pour la version anglaise d'origine, nous nous référons à Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Cleveland, New York, Meridian Books, 1962, 520 p.

<sup>2174</sup> *Ibid.*, p. 266.



**683.** Quelles en sont les causes ? Elles sont doubles. Elles tiennent d'abord aux (mauvaises) solutions retenues par les traités de paix conclus à la suite de la première guerre mondiale réorganisant par cession de territoire la société étatique européenne. Ces traités n'ont pas fait recours aux critères traditionnels du domicile ou de l'origine par la naissance, et se sont souvent fondés sur des critères particuliers et peu fonctionnels, comme le *Heimatsrecht* dans les pays germaniques<sup>2175</sup>, sorte de droit de séjour conféré par une entité infranationale (voy. *supra* n° 165 s.), parfois considérée comme une « nationalité au petit pied »<sup>2176</sup>, dont la preuve est malaisée, la possession inconstante, et qui ne renvoie surtout pas à l'appartenance factuelle de l'individu. Dès le XIXe siècle d'ailleurs, on trouve des ressortissants qui possèdent la nationalité d'un État, mais pas de *Heimatsrecht* : ce sont des *Heimatlosen*, mais pas des *Staatenlosen*<sup>2177</sup>. Ainsi, les traités se fondent ici sur un critère évanescent. Qu'en résulte-t-il ? Une explosion des situations d'apatridie, de très nombreux individus n'étant reconnus *en droit* par aucun État européen, d'autres n'étant pas *en fait* capables de prouver leur appartenance<sup>2178</sup>. Joseph Kunz considère en 1930 dans son cours à l'Académie de La Haye que ce système produit en réalité un « résultat grotesque » et conclut sans appel que « l'analyse (...) conduit à la constatation de milliers et de milliers de tragédies humaines restées presque inaperçues, à la constatation de la situation misérable de ces personnes, véritables victimes, non de la guerre, mais du règlement de la paix. »<sup>2179</sup>

**684.** Surtout, c'est la seconde cause de l'apatridie qui va mettre à jour – spectaculairement – la situation de ces hommes et femmes privés de leur nationalité, il s'agit bien sûr de la déchéance de nationalité. Cette situation a déjà été évoquée *supra* (cf. n° 561 s.) à propos de la rupture territoriale des procédés de déchéance employés par la Russie soviétique et l'Allemagne nazie. Il faut désormais ajouter qu'en plus d'une déchéance de nationalité abusive au regard du droit international, ces procédés ont conduit à une multiplication sans précédent de l'apatridie. Hannah Arendt note que ces mesures s'inscrivent dans un climat autoritaire qui ne laisse plus

---

<sup>2175</sup> Voy. Jean-Paulin Niboyet, « La nationalité d'après les traités de paix qui ont mis fin à la grande guerre », *RDILC*, 1921, p. 285-319 ; « La notion de l'indigénat dans les traités de paix de Versailles, de Saint-Germain et de Trianon », *Journal de droit international privé*, 1922, p. 34-52.

<sup>2176</sup> Ezekiel Gordon, « Les cessions de territoires et leurs effets sur la nationalité des habitants », in Institut de droit comparé (dir.), *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, Recueil Sirey, 1933, p. 136.

<sup>2177</sup> Voy. Marc Vichniac, « Le statut international des apatrides », *RCADI*, 1933, vol. 43, p. 149.

<sup>2178</sup> Voy. les développements très complets de Ioan G. Lipovano, *L'Apatridie, op. cit.*, p. 82-87 dans un appendice spécial « Les Traités de paix et l'Apatridie en Europe centrale », et de Marc Vichniac, « Le statut international des apatrides », *op. cit.*, p. 145-167.

<sup>2179</sup> Joseph Kunz, « L'option de nationalité », *RCADI*, 1930, vol. 31, p. 172.

court au jeu démocratique de l'opposition : « [Ces dénationalisations] présupposaient une structure d'État qui, si elle n'était pas encore tout à fait totalitaire, n'était pas en tout cas prête à tolérer la moindre opposition, et qui aurait préféré perdre ses citoyens plutôt que donner asile à des individus aux vues divergentes. »<sup>2180</sup> Dans des termes bien connus, Arendt en déduit une corrélation entre ces mesures de grande envergure et la montée en puissance des autoritarismes, plus tard des totalitarismes : « On est presque tenté de mesurer le degré de contamination totalitaire d'après le niveau auquel les gouvernements concernés utilisent leur droit souverain de dénationalisation »<sup>2181</sup>. Même si cela est moins souvent évoqué, il faut toutefois reconnaître que la philosophe n'épargne pas les démocraties libérales de l'époque, parmi lesquelles la France prend toute sa part : « Mais il faut également se souvenir qu'il n'est pratiquement pas un seul pays du continent qui n'ait adopté entre les deux guerres une nouvelle législation qui, même si elle n'utilisait pas ce droit à outrance, était toujours formulée de manière à permettre de se débarrasser à tout moment considéré comme opportun d'un grand nombre de ses habitants. »<sup>2182</sup>

Pour Arendt, c'est la souveraineté de l'État, sous la forme d'un droit illimité et sans contrainte, qui est responsable de la situation. Elle dresse ce constat assez tôt, en 1941, à l'occasion d'un article donné au journal *Aufbau*. Elle y pointe l'indéniable responsabilité des États et de la déchéance de nationalité dans le développement de l'apatridie :

« Les apatrides en provenance de Russie suivirent les Hongrois ; puis ce fut le tour des réfugiés italiens et quelque temps après les Allemands et les Autrichiens suivirent le mouvement, si bien qu'aujourd'hui il n'y a aucune nation européenne – excepté l'Angleterre – dont un nombre plus ou moins important de citoyens n'ait pas été spolié de son statut de citoyen, qui ne soit pourchassé à l'étranger et qui n'ait été abandonné, sans aucune protection consulaire ou juridique, au bon vouloir ou à la malveillance des autres États. Les futurs historiens pourront peut-être établir que la souveraineté de l'État national conduisait en elle-même à l'absurde, à partir du moment où il commença à décider souverainement qui était un citoyen et qui ne l'était pas ; à partir du moment où il ne bannissait plus des hommes politiques isolés, mais des centaines de milliers de ses citoyens en les abandonnant à l'arbitraire d'autres nations. Aucune législation internationale n'est venue à bout du problème des sans États, problème qui, dans un monde de nations souveraine, est insoluble. »<sup>2183</sup>

<sup>2180</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, op. cit., p. 268.

<sup>2181</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>2182</sup> *Ibid.* L'auteur ajoute en note : « La première loi de ce type a été une mesure de guerre prise par la France en 1915 et qui ne s'appliquait qu'aux citoyens naturalisés d'origine ennemie qui avaient gardé leur nationalité d'origine ».

<sup>2183</sup> Hannah Arendt, « Une patience active » (1941), in *La tradition cachée : le Juif comme paria* (trad S. Courtine-Denamy), Paris, Bourgois, 1987, p. 51.

La situation est donc particulièrement dégradée au cœur des années 1930, et la figure de l'apatride volontaire qui cherche à se soustraire aux obligations des États tout en jouissant des privilèges qu'offre le statut d'étranger, commence à laisser place à une nouvelle appréhension de l'apatride, plus en nuance et en vulnérabilité.

**685. *L'évolution des opinions sur l'apatridie.*** – Les mots de Ioan G. Lipovano dans sa thèse publiée en 1935 rendent bien compte de la nouvelle situation des apatrides au regard de l'opinion, qui n'apparaissent plus comme « des individus qui se sont soustraits, volontairement, au lien de nationalité et n'en ont pas acquis une autre afin d'échapper aux obligations imposées à tous les citoyens, surtout à l'obligation militaire » ; pour l'auteur au contraire, « Cette manière de concevoir les Apatrides était vraie avant la guerre. Depuis, les circonstances ont changé. (...) [L]es Apatrides ne sont plus des vagabonds internationaux cherchant à se soustraire volontairement aux obligations dues à l'État. Ils sont plutôt des victimes, parce que depuis la guerre, des causes indépendantes de leur volonté – guerres, traités de paix, révolutions, etc... – ont contribué à augmenter leur nombre. »<sup>2184</sup> Un changement de paradigme intervient donc à cette époque. La situation des apatrides commence à être inscrite dans le champ sémantique et juridique de la protection. Les termes mêmes en rendent compte : on n'utilise plus en France le vieux terme d'*Heimatlose*, inscrit dans un référentiel péjoratif d'avant-guerre ; on lui préfère désormais le terme nouveau d'*apatride*, beaucoup plus neutre<sup>2185</sup>.

**686.** Le droit international rend partiellement compte de cette dynamique. Ici encore, la conférence de codification de 1930 est un bon révélateur des représentations internationales du phénomène de l'apatridie. Or, au fil des travaux préparatoires, on constate bien que l'apatridie est constamment discutée – il est vrai surtout sous l'angle du renvoi vers l'ancien État de nationalité –, mais cela ne va pas sans une préoccupation croissante pour le sort des individus. Le délégué suisse déclare ainsi que « La question de l'apatridie me paraît l'une des plus importantes au point de vue pratique. (...) Les apatrides sont, à l'heure actuelle, dans une situation très incertaine et souvent difficile », il ajoute encore plus loin « précaire »<sup>2186</sup>. Même tonalité

---

<sup>2184</sup> Ioan G. Lipovano, *L'Apatridie*, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>2185</sup> Voy. *ibid.*, p. 28 : « L'Apatride, à la différence de l'Heimatlos, n'est pas un vagabond ; il est plutôt un malheureux qui est partout sans défense, sans protection, sans droit. » Pour l'auteur, le changement est de même intensité que le passage du « sujet » de l'Ancien Droit au « citoyen » de la Révolution. Voy. également Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, p. 270 qui note que l'emploi après la seconde guerre mondiale du terme « personnes déplacées » s'inscrit dans une dynamique inverse qui cherche à cacher la situation d'apatridie.

<sup>2186</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, vol. II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), Genève, 1930, n° officiel C. 351 (a). M. 145 (a)., p. 39-40.

chez le représentant grec qui qualifie cette situation de « question d'humanité »<sup>2187</sup>. La France relève encore « la situation des apatrides, de ces malheureux dont (...) la situation [est] difficile et parfois même douloureuse. »<sup>2188</sup> Dans le même sens, le représentant néerlandais mentionne « la situation malheureuse d'apatride »<sup>2189</sup> Bref, l'on voit bien qu'il n'est plus question d'un fléau d'individus décidant volontairement de se soustraire à l'emprise des États ; il ne fait aucun doute à ce stade, en 1930, que la vulnérabilité et la précarité de la situation des apatrides est parfaitement reconnue. Finalement la Conférence n'arrive pas à tomber d'accord sur des mécanismes réellement contraignants qui pourrait mettre fin à cette situation. Elle exprime surtout le vœu selon lequel « tout individu devrait avoir une nationalité et n'en posséder qu'une seule » et reconnaît que « l'idéal vers lequel l'humanité doit s'orienter dans ce domaine consiste à supprimer tout ensemble les cas d'apatridie et ceux de double nationalité »<sup>2190</sup>.

**687.** Le droit international de la Société des Nations n'est cependant pas sans se préoccuper du sort des apatrides. On le doit à un homme en particulier, le Norvégien Fridtjof Nansen, grand explorateur du Pôle Nord et futur Prix Nobel de la Paix, qui se saisit du problème des réfugiés dans le cadre de la Société des Nations. Il est nommé Haut-Commissaire pour les réfugiés dès 1921 jusqu'à son décès en 1930. Sous son mandat, la cause des apatrides avance, en particulier celle des réfugiés russes qui sont les plus nombreux et les mieux organisés à cette époque. L'arrangement de Genève du 5 août 1922 crée un « certificat d'identité » au profit des personnes « d'origine russe n'ayant acquies aucune autre nationalité »<sup>2191</sup>. Ce document, qu'on appellera bientôt le passeport Nansen, permet aux apatrides d'origine russe, qu'on dénombre à cette époque à 800 000 individus, de prouver leur identité, de passer une infinité d'actes du quotidien, et de voyager – même si cette possibilité est plus théorique que pratique. Il n'ouvre aucun droit particulier, mais il est une première reconnaissance importante de leur situation. Son bénéfice en est étendu aux réfugiés arméniens originaires de Turquie, au nombre estimé de 300 000, par un nouvel arrangement en date du 31 mai 1924<sup>2192</sup>. Les droits de ces individus vont être étendus par un troisième arrangement du 12 mai 1926 qui leur permet de revenir sur le territoire de l'État qui leur a accordé le certificat, à la condition de l'apposition d'un visa de retour<sup>2193</sup>. L'arrangement du 30 juin 1928 amplifie ce droit de retour qui devient de droit et qui

---

<sup>2187</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>2188</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>2189</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>2190</sup> Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, La Haye, 12 avril 1930, in Société des Nations, *Recueil des Traités*, 1937, vol. 179, p. 92.

<sup>2191</sup> Voy. Marc Vichniac, « Le statut international des apatrides », *op. cit.*, p. 200-201.

<sup>2192</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>2193</sup> *Ibid.*, p. 207 et s.

facilite donc la circulation des réfugiés – son application concrète est toutefois là-encore très inégale en raison de son absence de force obligatoire<sup>2194</sup>. C'est la grande Convention du 28 octobre 1933 relative au statut international des réfugiés qui vient clôturer cette dynamique internationale en consacrant dans un traité les différents acquis des « arrangements » et en créant de nouveaux droits au profit des apatrides. Cette Convention concerne les individus visés par les arrangements de 1926 et 1928, c'est-à-dire – pour simplifier – les seuls apatrides originaires de Russie et de Turquie. Elle leur confère un droit d'entrée et de sortie du territoire qui leur délivre un passeport Nansen, leur statut civil est expressément régi par la loi du domicile, ils disposent d'un certain nombre de droits sociaux, le droit à l'instruction est aussi reconnu, ainsi que celui de travailler sans restriction<sup>2195</sup>. Si ce texte très protecteur est une réelle avancée en droit international, force est toutefois de constater qu'il ne concerne qu'une partie des apatrides, puisque ce sont principalement les réfugiés russes qui vont en bénéficier – cela fera dire à Arendt que les Russes et les Arméniens qui leur sont assimilés constituent « l'aristocratie de la population apatride »<sup>2196</sup>.

**688.** De fait, il serait parfaitement erroné de considérer que la situation des apatrides est réglée à cette époque. Comme beaucoup d'auteurs le soulignent, les deux solutions que les États souhaitent d'abord mettre en œuvre – rapatriement et naturalisation – ne produisent des effets que très limités<sup>2197</sup>. Le rapatriement ne fonctionne d'abord pas faute d'État de nationalité vers qui expulser les individus, et faute de bonne volonté des États qui ont déchu leurs ressortissants (voy. *supra* n° 561 s.). Des expulsions clandestines sont toutefois souvent opérées par les différentes polices des États d'accueil, à destination des États frontaliers – dans un mouvement infini et absurde d'allers et de retours des apatrides des deux côtés de la frontière<sup>2198</sup>. Dans d'autres circonstances, les apatrides sont tout simplement placés dans des camps d'internement – « le seul “pays” que le monde eut à [leur] offrir »<sup>2199</sup>. Quant à la naturalisation, ces apatrides étant encore formés en groupes sociaux très homogènes, le sentiment de nationalité y demeure

---

<sup>2194</sup> *Ibid.*, p. 220 et s.

<sup>2195</sup> Sur l'ensemble, voy. Bernard Trachtenberg, « Le nouveau statut légal des réfugiés russes et arméniens », *Nouvelle revue de droit international privé*, 1934, vol. 1, p. 301-315 (avec le texte de la Convention).

<sup>2196</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, p. 273, note 31.

<sup>2197</sup> Voy. p. ex. Marc Vichniac, « Le statut international des apatrides », *op. cit.*, p. 195 ; Ioan G. Lipovano, *L'Apatridie*, *op. cit.*, p. 116-119 ; Arendt, H., *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, p. 273-280.

<sup>2198</sup> Voy. les nombreuses notes que Maximilien Philonenko consacre à ces mouvements, en les condamnant le plus sévèrement : Maximilien Philonenko, « Expulsion des Heimatlos », *Journal du droit international*, 1933, vol. 60, p. 1161-1187 ; « Expulsion des Heimatlos. Jurisprudence et pratique administrative », *Journal du droit international*, 1937, vol. 64, p. 699-707 ; « L'expulsion des Heimatlos sous le régime du Décret-loi sur la police des étrangers du 2 mai 1938 et le Décret du 17 juin 1938 », *Journal du droit international*, 1938, vol. 65, p. 723-736.

<sup>2199</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, p. 278.

particulièrement fort<sup>2200</sup> et fait ainsi obstacle à l'inscription dans une démarche d'assimilation et de naturalisation dans l'État d'accueil ; si la nationalité a peut être été cédée en droit, en fait elle demeure particulièrement prégnante. Arendt décrit fort bien ce phénomène en le mettant en lien avec la situation de dénuement vécue par ces populations :

« Les personnes apatrides partageaient la conviction des minorités que la perte des droits nationaux était identique à la perte des droits humains, que la perte des uns entraînait inévitablement celle des autres. Plus elles se voyaient exclues du droit sous n'importe quelle forme, plus elles avaient tendance à chercher à réintégrer une communauté nationale. Les réfugiés russes n'ont été que les premiers à insister sur leur nationalité et à se défendre vigoureusement contre ceux qui cherchaient à les mettre dans le même panier que le reste des apatrides. Après eux, pas un seul groupe de réfugiés ou de personnes déplacées n'a manqué de nourrir une opiniâtre et violente conscience de groupe et de revendiquer ses droits en tant que – et exclusivement en tant que – polonais, juifs, allemands, etc. »<sup>2201</sup>

Ainsi, si la « prise de conscience »<sup>2202</sup> est avérée dans les représentations juridiques et politiques de l'apatridie, des effets concrets et généraux tardent à se produire sur le plan du droit international. Il revient à Hannah Arendt, par sa construction philosophique du « droit d'avoir des droits » d'avoir ouvert la voie à une réglementation internationale de la nationalité en lien avec les questions d'apatridie.

## 2. La construction philosophique d'un « droit d'avoir des droits »

« Autrefois, l'homme n'avait qu'un corps et une âme. Aujourd'hui, il lui faut en plus un passeport, sinon il n'est pas traité comme un homme »<sup>2203</sup>

Stefan ZWEIG

**689. Exposé de la pensée d'Hannah Arendt sur le « droit d'avoir des droits ».** – Hannah Arendt forge en 1951 dans la première édition de son ouvrage majeur *Les origines du totalitarisme* la notion de « droit d'avoir des droits [*right to have rights*] »<sup>2204</sup>. Le terme est tôt interprété comme se rapportant *in fine* à la nationalité. Il connaît un succès assez fulgurant, jusqu'à être repris par le Chief Justice Earl Warren dans son opinion dissidente dans l'affaire *Perez v.*

---

<sup>2200</sup> Une manière de lutter contre « la perte de toute la trame sociale dans laquelle [les apatrides] étaient nés et dans laquelle ils s'étaient ménagés une place distincte dans le monde. », voy. *ibid.*, p. 292.

<sup>2201</sup> *Ibid.*, p. 290. Et l'on comprend mieux les infinies précautions du communiqué du ministère de la défense nationale sur les conditions d'incorporation des jeunes gens, résidant en France, et ne justifiant d'aucune nationalité, in JORF, 10 juin 1937, p. 6480, qui jamais n'indique que les personnes visées sont apatrides, et que l'incorporation ne signifie ni l'imposition de la nationalité française, ni une décision définitive visant à les priver de la capacité future de se fonder sur une nationalité étrangère. Il n'en va bien sûr que du langage : l'incorporation se fonde intégralement sur la qualité d'apatride de cette population (voy. *supra* n° 676 s.).

<sup>2202</sup> Michel Verwilghen, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *RCADI*, 1999, vol. 277, n° 395-396, p. 353.

<sup>2203</sup> Stefan Zweig, *Le Monde d'hier. Souvenirs d'un Européen* (1943, trad. Jean-Paul Zimmermann), Paris, Albin Michel, 1948, p. 476. L'auteur cite les propos d'un exilé russe. Adde Marc Vichniac, « Le statut international des apatrides », *RCADI*, 1933, vol. 43, p. 198 qui relève le même dicton.

<sup>2204</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, p. 297 et p. 300.

Brownell rendue en 1958 – « *Citizenship is man's basic right, for it is nothing less than the right to have rights.* »<sup>2205</sup> Il convient toutefois de ne pas résumer trop vite cette formule<sup>2206</sup> et de la restituer dans son contexte pour mieux percevoir sa généralité. Arendt ne raisonne pas en effet directement à partir de la nationalité, elle a une appréhension plus concrète de la situation, notamment sous le prisme des droits de l'homme en général.

**690.** Ce que relève pertinemment Arendt, c'est une tension entre des droits de l'homme affirmés comme « inaliénables »<sup>2207</sup> et « éternels »<sup>2208</sup> car « supposés indépendant de tout gouvernement »<sup>2209</sup>, et l'impossibilité de protéger ces droits lorsque l'individu n'appartient pas à la communauté d'un État. Pour Arendt, il n'en va pas d'une question de degré, l'individu apatride n'est pas *moins* protégé que le ressortissant national ; en réalité, l'apatride n'est *aucunement* protégé, à la différence du national qui l'est toujours, même si l'étendue de cette protection peut varier<sup>2210</sup>. L'analyse d'Arendt est très factuelle : privés de patrie et de gouvernement protecteur, les apatrides sombrent dans une situation d'extrême précarité, sans disposer d'aucun droit :

« Mais ni la sécurité physique – consistant à être nourris par une organisation caritative publique ou privée – ni la liberté d'opinion ne changent le moins du monde leur situation fondamentale de sans-droits. La prolongation de leur vie, ils la doivent à la charité et non au droit, car il n'existe aucune loi qui pourrait obliger les nations à les nourrir ; leur liberté de mouvement, si tant est qu'ils en aient une, ne leur donne pas le droit de résidence, dont même le criminel incarcéré jouit automatiquement ; et leur liberté d'opinion est une liberté en monnaie de singe [*a fool's freedom*] puisque, de toute façon, ce qu'ils peuvent penser n'a aucune importance. »<sup>2211</sup>

---

<sup>2205</sup> United States Supreme Court, *Perez v. Brownell*, 356 U.S. 44 (1958), ici 65. Warren ne cite pas directement Arendt, la note accompagnant la citation renvoie à un commentaire anonyme (sans doute du comité de rédaction) publié au *Yale Law Journal*, 1955, vol. 64, n° 8, p. 1190. Patrick Weil, *The Sovereign Citizen*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2013, p. 158, observe finement que c'est le *senior clerk* de Warren qui repère cette citation et l'inscrit dans l'opinion.

<sup>2206</sup> Le guide du Haut-Commissariat pour les réfugiés sur la nationalité et l'apatridie publié en 2005 à destination des parlementaires (UNHCR, *Nationality and Statelessness. A Handbook for Parliamentarians*, 2005, Genève, IPU, 68 p.), un texte souvent cité, a malheureusement pu contribuer à embrouiller plusieurs séries de citations et leur paternité. D'abord ce texte cite Earl Warren comme l'auteur de la formule « le droit d'avoir des droits » en 1958, alors qu'il emprunte le terme à Arendt. Ensuite le guide attribue cette fois à Arendt dans *Les Origines du totalitarisme* la citation « *To be stripped of citizenship is to be stripped of worldliness ; it is like returning to a wilderness as cavemen or savages...* », langage fleuri qui n'apparaît dans aucune édition de l'ouvrage d'Arendt, que ce soit en version anglaise ou française. En réalité, il s'agit d'un commentaire de Bridget Cotter, « Hannah Arendt and "the Right to Have Rights" », in Anthony F. Lang et John Williams (dir.), *Hannah Arendt and International Relations. Readings Across the Lines*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, p. 109, publié la même année et précédé d'une série de citations d'Arendt.

<sup>2207</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, op. cit., p. 289.

<sup>2208</sup> *Ibid.*, p. 291.

<sup>2209</sup> *Ibid.*, p. 289.

<sup>2210</sup> *Ibid.*, p. 295 : « Le soldat en guerre est privé de son droit à la vie, le criminel de son droit à la liberté, tous les citoyens en temps de crise de leur droit à rechercher le bonheur, mais personne n'irait jamais prétendre que dans l'un de ces cas il se soit produit une perte des droits de l'homme. »

<sup>2211</sup> *Ibid.*, p. 296-297.

Arendt ajoute bien que ce qui est en jeu *in fine*, c'est le droit à la vie, puisque les apatrides peuvent même finir par en être privés dans les derniers moments de leur isolement :

« C'est seulement au dernier stade d'un processus relativement long que leur droit à la vie est menacé ; c'est uniquement s'ils restent parfaitement "superflus", si l'on ne trouve personne pour les "réclamer", que leurs vies risquent de se trouver en danger. Même chez les nazis, l'extermination des Juifs avait commencé par les priver de statut juridique (...) en les coupant du reste du monde des vivants et en les parquant dans des ghettos et des camps de concentration ; avant de faire fonctionner les chambres à gaz, les nazis avaient soigneusement étudié la question et découvert à leur grande satisfaction qu'aucun pays n'allait réclamer ces gens-là. »<sup>2212</sup>

Le constat d'Arendt est donc sans appel, « Les Droits de l'homme, en principe inaliénables, se sont révélés impossibles à faire respecter – même dans les pays dont la Constitution se fondait sur eux –, chaque fois qu'y sont apparus des gens qui n'étaient plus citoyens d'un État souverain. »<sup>2213</sup> C'est à partir de ce cadre qu'elle va construire l'idée d'un droit d'avoir des droits.

**691.** La situation est sans précédent. La réflexion contemporaine n'avait pas encore accueilli l'idée qu'un individu puisse être intégralement privé de droits. C'est en partant de cette idée qu'Arendt forge cette expression. Rien ne sert en effet de chercher à souligner parmi la multitude lesquels des droits de l'homme ont été perdus. La réalité impose de constater que c'est l'ensemble des droits qui a été perdu et que, revenant à un singulier exprimant la singularité, c'est *le droit* d'avoir des droits qui a été en fait révoqué pour les apatrides :

« Quelque chose de bien plus fondamental que la liberté et la justice, qui sont des droits du citoyen, est en jeu lorsque appartenir à la communauté dans laquelle on est né ne va plus de soi, et que ne pas y appartenir n'est plus une question de choix (...). Cette situation extrême, et rien d'autre, est la situation des gens qu'on prive des droits de l'homme. (...) Nous n'avons pris conscience de l'existence d'un droit d'avoir des droits (...) et du droit d'appartenir à une certaine catégorie de communauté organisée que lorsque des millions de gens ont subitement perdu ces droits sans espoir de retour par suite de la nouvelle situation politique globale. »<sup>2214</sup>

Le droit d'avoir des droits est ainsi lié directement au droit d'appartenir à une « certaine catégorie de communauté organisée ». L'expression est floue – force est de constater qu'il n'est pas directement question de nationalité. Que signifie donc plus précisément ce concept ?

**692. Signification du « droit d'avoir des droits ».** – Il faut relever à titre préliminaire qu'Hannah Arendt développe cette idée dans un chapitre consacré au « déclin de l'État nation ».

---

<sup>2212</sup> *Ibid.*, p. 295-296. Ces éléments sont confirmés par les auditions d'Adolf Eichmann, voy. Jochen von Lang et Claus Sibyll (dir.), *Eichmann Interrogated : Transcripts From The Archives Of The Israeli Police*, New York, Da Capo Press, 1999, p. 130 et s.

<sup>2213</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme* (1951, trad. Martine Leiris, rév. Hélène Frapat), Paris, Fayard, 2010, p. 292.

<sup>2214</sup> *Ibid.*, p. 297.



Pour elle, c'est cette forme d'organisation de la société qui est responsable de la situation des apatrides<sup>2215</sup>. L'État nation, par son exacerbation d'une communauté de sang, ou d'une unité familiale rendue naturelle<sup>2216</sup>, dresse en réalité des frontières qui mènent inévitablement à l'exclusion. Alors si le rétablissement du « droit d'avoir des droits » est la solution à cette difficulté, à qui est-il adressé, et quelle forme prend-il ?

**693.** Pour Arendt, il semble bien que la mission d'assurer un « droit d'avoir des droits » est en priorité adressée à l'humanité entière : « c'est l'humanité elle-même qui devrait garantir le droit d'avoir des droits, ou le droit de tout individu d'appartenir à l'humanité. »<sup>2217</sup> Les problèmes posés par cette solution philosophiquement logique (seule l'humanité en tant qu'entité autonome et générale peut dépasser les phénomènes d'exclusion induit par l'État nation et ses frontières) est d'une envergure vertigineuse puisqu'il n'existe pas à l'époque où Arendt écrit – et pas davantage aujourd'hui – une superstructure mondiale capable de constituer une communauté unique de référence et un statut d'appartenance garant des droits fondamentaux<sup>2218</sup>. L'auteur est elle-même consciente des difficultés pratiques d'une telle solution et admet son absence de positivité :

« Il n'est absolument pas certain que ce soit possible. Car, contrairement aux louables tentatives humanitaires qui réclament de nouvelles déclarations des droits de l'homme émanant des instances internationales, il faudrait imaginer que cette idée transcende le domaine actuel du droit international qui fonctionne encore dans les termes de conventions et de traités mutuels entre États souverains ; et, pour le moment, un monde qui serait au-dessus des nations n'existe pas. »<sup>2219</sup>

Alors comment faire ? La situation peut apparaître paradoxale, mais après en avoir appelé à l'humanité pour assurer le « droit d'avoir des droits », Arendt revient plus prosaïquement à la solution de l'État<sup>2220</sup>. C'est au sein de cette forme d'organisation qu'il convient de créer les conditions d'*appartenance* des individus à une communauté politique – elle-seule permet une protection contre la perte totale des droits. L'auteur exprime sans artifice cette idée autour de l'exemple récent de la fondation de l'État d'Israël qui crée en effet les conditions d'une nouvelle communauté d'appartenance pour des individus qui étaient souvent privés de tout droit : « jusqu'à nouvel ordre, seule la restauration ou l'établissement de droits nationaux, comme le

---

<sup>2215</sup> Voy. Seyla Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 50-55.

<sup>2216</sup> Voy. *ibid.*, p. 62.

<sup>2217</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, p. 300.

<sup>2218</sup> Voy. Seyla Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, *op. cit.*, p. 58 et p. 67.

<sup>2219</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, 2010, p. 300.

<sup>2220</sup> Voy. Patrick Weil, « Can a Citizen Be Sovereign ? », *Humanity*, 2017, vol. 8, n° 1, p. 17-18.

prouve le récent exemple de l'État d'Israël, peut assurer la restauration des droits humains. »<sup>2221</sup> La forme doit cependant en être inclusive. Comme le note Seyla Benhabib, « sans aucun doute, Arendt défend un idéal d'une nation civique fondée sur un mode d'acquisition de la nationalité par le *jus soli* »<sup>2222</sup>, et reposant sur des principes constitutionnels liés à la participation, aux techniques du fédéralisme<sup>2223</sup>, et possédant un caractère républicain<sup>2224</sup>. Pour ce qui nous concerne, au droit du sol l'on devrait même ajouter une règle de prohibition des déchéances de nationalité pour des motifs politiques, raciaux, etc. – plus généralement pour des motifs discriminatoires – puisque c'est bien ce dont les apatrides sont victimes. Mais cela, il faut le déduire en creux des différents propos d'Hannah Arendt, puisque la réflexion *philosophique* n'est guère poussée vers des stades opératoires. Il semble cependant assez clair qu'Arendt revient aux « vénérables et nécessaires distinctions entre nationaux et étrangers »<sup>2225</sup> et fait de la nationalité l'un des vecteurs privilégiés pour reconquérir le droit d'avoir des droits<sup>2226</sup>. C'est ce substrat philosophique et moral, dont Arendt est l'une des figures de proue, qui va bientôt renforcer le développement du droit international de la nationalité, sur deux versants, l'un consacré à la prévention de l'apatridie – « le droit à la nationalité » fondé sur la contrainte de l'État territorial –, l'autre à sa réduction – la prohibition de la privation arbitraire de la nationalité fondée sur un motif discriminatoire.

## § 2. Les réalisations juridiques limitées de la lutte contre l'apatridie

**694.** La lutte contre l'apatridie fonde une contrainte importante dans le chef du pouvoir des États en droit de la nationalité. En particulier, c'est dans ce domaine qu'a initialement émergé un droit international de la nationalité, c'est-à-dire des prescriptions juridiques internationales contraignant directement les États dans la détermination et la mise en œuvre de leurs règles relatives à l'acquisition et à la perte de la nationalité. Ces règles interviennent sur deux versants. Le premier est préventif et vise à garantir à chaque individu une nationalité – c'est le fameux

---

<sup>2221</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, op. cit., p. 302.

<sup>2222</sup> Seyla Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, op. cit., p. 60.

<sup>2223</sup> Voy. *ibid.*, p. 64.

<sup>2224</sup> Voy. Alison Kesby, *The Right to Have Rights. Citizenship, Humanity, and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 4.

<sup>2225</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, op. cit., p. 280.

<sup>2226</sup> Voy. Alison Kesby, *The Right to Have Rights. Citizenship, Humanity, and International Law*, op. cit., p. 5. Aujourd'hui, une telle approche est globalement dépassée et les solutions juridiques se concentrent sur les questions de régularité du séjour et d'ouverture de droits en dehors des questions de nationalité. Voy. sur l'ensemble l'excellente thèse de Laura van Waas, *Nationality Matters. Statelessness Under International Law*, thèse, Tilburg, p. 217-412. Voy. également Seyla Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, op. cit., p. 68-69.

« droit à la nationalité » (A). Le second est prohibitif et vise à empêcher l'État de priver un individu de sa nationalité s'il en résultait une situation d'apatridie (B).

### **A. La logique préventive du droit à la nationalité**

**695.** Le « droit à la nationalité » n'existe pas sous la forme littérale de son énoncé : les individus ne sont pas créanciers d'un tel droit, pas davantage que les États n'en sont débiteurs. La réalité de l'énoncé de ce droit est plus contrastée. Les travaux préparatoires de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 montrent qu'en réalité ce « droit » a été pensé par René Cassin comme une obligation de moyen faite à la société internationale de rechercher des solutions au problème de l'apatridie. Sa formulation sous la forme d'un droit créance relève en réalité d'un exercice de style lié à la rédaction d'une « Déclaration ». Seule sa transposition au profit des enfants nés apatrides donne aujourd'hui une consistance juridique à un droit de la nationalité limité et encadré en droit international (1). Le droit français est à ce titre particulièrement protecteur face au risque d'apatridie de l'enfant né sans nationalité (2).

#### **1. Le « droit à la nationalité » : établir la réalité de la contrainte**

**696. Le « droit à la nationalité », une obligation de moyen.** – Comment le « droit à la nationalité » a quitté les cercles de discussion philosophique ou juridique pour gagner le domaine du droit international ? Sa première apparition dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ouvre la voie à sa consécration juridique, mais cela aurait pu fort bien ne pas arriver. L'on doit à un homme, René Cassin<sup>2227</sup>, le soin de son inscription dans la Déclaration de 1948. Nommé au comité de rédaction présidé par Eleanor Roosevelt, Cassin rejoint ses collègues avec un avant-projet de déclaration des droits de l'homme, déposé le 20 juin 1947<sup>2228</sup>. Aucun article ne concerne alors directement le droit à la nationalité. Cassin se concentre plutôt sur le « droit à la personnalité juridique », sans que les contours en soient bien définis, même si l'on voit poindre l'idée que l'homme doit se voir garantir sa qualité de sujet de droit. Après

---

<sup>2227</sup> René Cassin est particulièrement sensible aux questions de nationalité à plusieurs titres. De par sa formation de juriste internationaliste privatiste, il connaît bien le régime et les fonctions de la nationalité, voy. René Cassin, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de loi », *RCADI*, vol. 34, 1930, p. 655-809. De par son engagement dans la communauté juive, il est parfaitement au courant de la situation des apatrides depuis l'entre-deux-guerres, voy. Jay Winter et Antoine Prost, *René Cassin and Human Rights. From the Great War to the Universal Declaration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 301 et s. Surtout, à l'instar d'Hannah Arendt, il expérimente la perte de la nationalité (même si les autorités de la France Libre lui renouvellent son passeport) puisqu'il est déchu par le régime de Vichy, voy. JORF, 4 mai 1941, p. 1895. Voy. également Robert Charvin, « R. Cassin et la Déclaration universelle des droits de l'homme », *RBDI*, 1998, n° 2, p. 329.

<sup>2228</sup> Nations Unies, Commission des droits de l'homme, Comité de rédaction, Déclaration internationale des droits de l'homme, Textes suggérés par le représentant de la France pour les articles du projet de déclaration internationale des droits de l'homme, 20 juin 1947, E/CN.4/AC.1/W.2/Rev.2.

les premiers travaux du Comité de rédaction, il rédige une seconde version de la déclaration incluant cette fois un article 33 disposant que « Tout individu a droit à une nationalité. Les Nations Unies ont, avec les États Membres, le devoir de prévenir l'apatridie contraire aux droits de l'homme et à l'intérêt de la communauté humaine. »<sup>2229</sup> Le droit à une nationalité est donc bien dans l'esprit de Cassin un moyen de « prévenir » l'apatridie, charge d'ailleurs aux Nations Unies – « avec les États membres » – d'agir concrètement. Autrement dit, le « droit à une nationalité » ne concerne en aucune manière les individus qui possèdent *déjà* une nationalité.

Cette proposition française est cependant supprimée lors de la réunion de la Commission des droits de l'homme le 4 juin 1948 au matin. La délégation américaine considère que l'affirmation d'un droit à la nationalité nécessite la réunion d'une « Conférence internationale sur la nationalité » pour faire adopter une convention sur ce thème, considérant qu'il ne revient pas à la commission de proposer un tel droit<sup>2230</sup>. Beaucoup d'autres délégations se rallient à cet avis, considérant que la question de l'attribution de la nationalité ne peut relever que de la méthode conventionnelle, sauf à empiéter sur la « souveraineté » des États. Cassin réaffirme que « Tout être humain a un certain nombre de droits parmi lesquels celui d'être rattaché à un groupement national ; la Déclaration doit contenir une disposition qui reconnaisse ce droit »<sup>2231</sup> Il ne sera cependant pas entendu. À la suite de l'adoption de la règle de prohibition de la privation arbitraire de nationalité, « le droit à une nationalité » est mis aux voix l'après-midi du 4 juin, sans succès. Il s'en est fallu de peu, le projet français est rejeté par six voix contre cinq, avec quatre abstentions<sup>2232</sup>.

**697.** La France n'abandonne pas pour autant ; la discussion devant la troisième commission de l'Assemblée générale des Nations Unies est justement l'occasion de revenir sur la question. La délégation française prépare à cet effet un nouvel amendement qui stipule « Tout être humain a droit à une nationalité » et « Il incombe aux Nations Unies d'agir auprès des États pour prévenir l'apatridie et, le cas échéant, de se préoccuper du sort des apatrides. »<sup>2233</sup> Cassin défend

---

<sup>2229</sup> Nations Unies, Commission des droits de l'homme, Comité de rédaction, Déclaration internationale des droits de l'homme, 1<sup>ère</sup> session, Rapport, 1<sup>er</sup> juillet 1947, E/CN.4/21, p. 50.

<sup>2230</sup> Nations Unies, Commission des droits de l'homme, 3<sup>ème</sup> session, compte rendu analytique de la 59<sup>ème</sup> séance, 14 juin 1948, E/CN.4/SR.59, p. 8.

<sup>2231</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>2232</sup> Nations Unies, Commission des droits de l'homme, 3<sup>ème</sup> session, compte rendu analytique de la 60<sup>ème</sup> séance, 17 juin 1948, E/CN.4/SR.60, p. 3 et s.

<sup>2233</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> commission, 8 octobre 1948, A/C.3/244, p. 2.

l'amendement le matin du 5 novembre 1948 au Palais Chaillot où est réunie l'Assemblée, le message est clair et nuancé :

« Comme l'Organisation des Nations Unies repose elle-même sur le principe de la nationalité, elle ne peut accepter qu'il y ait des centaines de milliers d'apatrides. Étant donné que l'Organisation n'a pas le droit de se substituer aux États, il est de son devoir d'agir auprès d'eux pour prévenir l'apatridie, et de se préoccuper du sort des apatrides. C'est pourquoi la délégation française propose également l'addition d'un paragraphe à cet effet. Le Conseil économique et social étudie déjà la question de l'apatridie ; il serait grandement encouragé dans son travail si la déclaration proclamait qu'il est du devoir de l'Organisation des Nations Unies de se préoccuper de cette question. »<sup>2234</sup>

Ces précisions sont capitales. En aucune manière le droit à la nationalité n'est conçu comme une obligation internationale faite aux États d'accorder leur nationalité. Ce droit est garanti de manière générale et il n'a pas vocation à produire des effets dans le chef des particuliers ; il est une obligation de moyen – se « préoccuper » des apatrides – faite à chaque État individuellement et surtout aux Nations Unies. Même son de cloche du côté du Liban qui soutient l'amendement français : « Le texte de base protège les droits des personnes qui possèdent déjà une nationalité ; mais il y a des personnes qui n'en possèdent pas. Les États ne sont pas obligés d'accorder la nationalité à tous ceux qui la demandent ; mais on pourrait peut-être inviter l'Organisation des Nations Unies à rechercher les moyens pour les persuader de le faire. »<sup>2235</sup> L'enjeu est donc de « persuader », certainement pas d'obliger. L'Uruguay, autre soutien du droit à la nationalité, exprime la même idée. En application de ce principe, les États membres des Nations Unies devront « [tenter] une action collective pour s'assurer que personne ne sera laissé sans nationalité », mais en aucune manière « l'État sur le territoire duquel un apatride vient à séjourner ne doit (...) être tenu de lui accorder sa nationalité. »<sup>2236</sup> « Tenter » une « action collective », on est encore très loin de la contrainte, encore moins d'un risque de disparition de la compétence exclusive des États en la matière.

Il n'empêche, quelques États vont y voir une atteinte à l'exclusivité de leur compétence en matière d'octroi de la nationalité. Pour la Russie, « cela pourrait être interprété comme signi-

---

<sup>2234</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> commission, séance 122, compte rendu analytique, 5 novembre 1948, A/C.3/SR.122, p. 349.

<sup>2235</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> commission, séance 123, compte rendu analytique, 5 novembre 1948, A/C.3/SR.123, p. 348. Plus loin : « Ce principe exprime l'attitude de la conscience humaine à l'égard de ce problème et, de plus, indique aux apatrides et aux États eux-mêmes que le problème de l'apatridie est de ceux que l'Organisation des Nations Unies et les États eux-mêmes doivent chercher, par tous les moyens en leur pouvoir, à résoudre. » (p. 355) Le droit à une nationalité ne signifie pas davantage que « chercher à résoudre » le problème de l'apatridie.

<sup>2236</sup> *Ibid.*, p. 353.

fiant que c'est à l'Organisation des Nations Unies qu'il appartient d'accorder une nationalité. »<sup>2237</sup>. C'est également ce que croit la Belgique qui considère que si un tel droit à la nationalité était adopté, « l'Organisation des Nations Unies pourrait être amenée éventuellement à en assurer la responsabilité et à accorder ce droit. »<sup>2238</sup> Force est de constater que rien dans le droit à la nationalité tel qu'interprété avec constance par de nombreux représentants ne vient pourtant donner de fondement à une telle analyse – dont l'on n'oserait dire qu'elle frôle l'absurdité – qui veut que les Nations Unies soient chargées d'attribuer la nationalité de ses États membres. Sans doute pour couper court au débat, l'amendement final présenté par la France, l'Uruguay et le Liban ne fait plus aucune référence du rôle des Nations Unies, seul y est mentionné que « Tout individu a droit à une nationalité »<sup>2239</sup>. L'Assemblée adopte ce principe par vingt-et-une voix contre neuf, avec six abstentions<sup>2240</sup>. Le droit à la nationalité intègre ainsi la Déclaration universelle des droits de l'homme.

**698.** Le principe du droit à une nationalité selon lequel « tout être humain a droit à être agrégé à une nation dans une société reposant sur une division de l'humanité en groupes étatiques »<sup>2241</sup> comme l'écrira plus tard René Cassin, se trouve depuis garanti à l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Les travaux préparatoires révèlent clairement qu'un tel droit constitue un principe général qui n'a aucune vocation opératoire, aucune capacité à atteindre les États dans l'exclusivité de l'exercice de leur compétence. Surtout symbolique, le droit à la nationalité est circonscrit à une simple obligation de moyen dans la lutte contre l'apatridie. Le droit à la nationalité tel qu'il s'est construit en 1948 n'a donc jamais eu vocation à fonder une obligation générale faite à l'État de conférer sa nationalité à un individu apatride résidant sur son territoire. La recherche du débiteur d'une telle obligation de conférer la nationalité en se fondant sur le seul « droit à la nationalité » est donc vaine sur le plan de la

---

<sup>2237</sup> *Ibid.*, p. 350. Plus loin « C'est une prérogative des États souverains que d'octroyer ou d'enlever la nationalité ; aucune tierce partie ne doit s'immiscer dans l'exercice de cette prérogative. Que la déclaration traite elle-même directement de ces questions, voilà qui est contraire au paragraphe 7 de l'Article 2 de la Charte. » (p. 355)

<sup>2238</sup> *Ibid.*, p. 350.

<sup>2239</sup> René Cassin regrettera plus tard ce recul : « la communauté juridique a pris une position assez neuve à l'égard de la situation très pénible résultant de trop nombreux cas d'apatridie. Cependant, la délégation française aurait souhaité une affirmation encore plus nette du “devoir” incombant aux Nations-Unies d'assurer, de concert avec les États, juges de l'admission des étrangers réfugiés sur leur sol et de leurs lois sur la nationalité, la satisfaction des deux droits en cause. Mais ses propositions se sont heurtées à la résistance tenace des autorités étatiques, devant la proclamation franche de la responsabilité collective de l'humanité en face de tels problèmes. Le progrès accompli n'est donc que partiel, faute d'une désignation non équivoque du débiteur de l'obligation corrélative aux droits proclamés. », in René Cassin, « Les droits de l'homme », *RCADI*, 1951, vol. 79, p. 288.

<sup>2240</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> commission, séance 124, compte rendu analytique, 6 novembre 1948, A/C.3/SR.124, p. 359.

<sup>2241</sup> René Cassin, « Les droits de l'homme », *RCADI*, 1951, vol. 79, p. 282.

*lege lata*<sup>2242</sup>, de même que souligner que ce droit constitue une « créance contre l'univers »<sup>2243</sup>, autrement dit « un titre vain »<sup>2244</sup> pour les apatrides. Dans sa forme générale, le droit à la nationalité est une obligation de moyen, et il a bien un débiteur, la société internationale, qu'elle soit prise dans son émanation collective ou dans chacun de ses membres. Le droit à la nationalité a cependant été décliné sous la forme d'obligations précises et opératoires en droit de la nationalité<sup>2245</sup>.

**699. L'approfondissement de l'obligation en faveur des enfants.** – Cette obligation de moyen a été transformée, pour reprendre des termes issus du droit privé, en obligation de résultat dans un champ déterminé : celui de la naissance sur le sol de l'État. Conformément à la vision inclusive et civique de la nation idéale dont Arendt brosse les traits dans son ouvrage, le droit du sol a acquis une place centrale et exclusive dans le cadre de la prévention de l'apatridie en droit international de la nationalité. L'on s'intéressera en particulier à la Conférence sur l'élimination ou la réduction de l'apatridie tenue à Genève puis à New York en 1959 et 1961, et dont le résultat bien connu est la Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961. Cette convention crée une obligation faite à l'État territorial de conférer sa nationalité à l'enfant né sur son sol qui, sans cela, se trouverait apatride. Ce principe ne va cesser de se renforcer au fil des conventions internationales, jusqu'à devenir un principe absolu dans l'ordre européen.

**700.** Avant d'étudier la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie, il faut dire un mot de la Convention de La Haye du 12 avril 1930, car la question a failli être réglée dès cette époque<sup>2246</sup>. On a déjà relevé l'intérêt des plénipotentiaires pour la question de l'apatridie

---

<sup>2242</sup> Il arrive que certains auteurs proposent une régulation internationale de certains aspects du droit de la nationalité, voy. p. ex. Patrick Weil, « From conditional to secured and sovereign: The new strategic link between the citizen and the nation-state in a globalized world », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, n°3/4, p. 633-635. À notre connaissance, aucun État n'a encore fait une telle proposition.

<sup>2243</sup> Géraud de La Pradelle, « Les conséquences des nouvelles règles de nationalité sur la condition des individus », in Emmanuel Decaux et Alain Pellet (dir.), *Nationalité, minorités et succession d'États en Europe de l'Est*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 37.

<sup>2244</sup> *Ibid.*

<sup>2245</sup> Pour des références exhaustives sur les instruments internationaux qui font référence au droit à la nationalité, voy. Paulo Pinto de Albuquerque, opinion dissidente sous CEDH, 21 juin 2016, n° 76132/12, *Ramadan c. Malte*, § 2.

<sup>2246</sup> L'institut du droit international proposait même déjà à l'occasion de l'édiction de ses « principes généraux en matière de nationalité » lors de sa session d'Oxford en 1880 de consacrer la règle selon laquelle « L'enfant né de parents inconnus, ou de parents dont la nationalité est inconnue, est citoyen de l'État sur le territoire duquel il est né, ou trouvé lorsque le lieu de sa naissance est inconnu. » La règle est d'ailleurs adoptée sans discussion ni contestation, ce qui montre le consensus de la fin du XIXe siècle sur la question (alors que l'apatridie n'est encore que très peu répandue), voy. Institut du droit international, *Annuaire*, 1882, vol. 5, p. 45. Le Harvard Draft couvre plus tard, en sus des hypothèses déjà évoquées, l'hypothèse de l'absence de transmission de la nationalité par les parents

à l'occasion de la conférence de codification (voy. *supra*), à tel point d'ailleurs que le comité préparatoire avait proposé trois bases de discussion dont la première prévoyait l'attribution de plein droit de la nationalité à l'enfant à l'égard duquel aucune filiation ne peut être établie (l'enfant « trouvé »), la seconde prévoyait l'acquisition de plein droit (à la majorité) de la nationalité de l'État sur lequel est né un enfant et dont les parents sont apatrides, et la troisième prévoyait la même solution pour l'enfant dont les parents (sans être apatrides) ne pouvaient toutefois pas légalement transmettre leur nationalité. Autrement dit, l'enfant sans filiation se voyait attribuer la nationalité de plein droit, et l'enfant sans nationalité mais disposant d'une filiation devait attendre sa majorité. Le premier cas apparaît très consensuel, il est adopté sans discussion<sup>2247</sup> et codifié à l'article 14 de la Convention<sup>2248</sup>. Le second et le troisième cas en revanche vont être abandonnés par la conférence. L'Allemagne et l'Autriche marquent en effet une opposition de principe en alléguant la présence sur leur sol d'un nombre trop important d'apatrides, qui conduirait donc à délivrer la nationalité à trop d'enfants si de telles stipulations devaient s'appliquer. Un nouveau texte est rédigé sous l'égide de la France, il s'en remet intégralement aux États : « Lorsque la nationalité d'un État n'est pas acquise de plein droit par suite de la naissance sur le territoire de cet État, l'enfant qui y est né des parents sans nationalité ou de nationalité inconnue peut obtenir la nationalité dudit État. La loi de celui-ci déterminera les conditions auxquelles sera subordonnée dans ces cas l'acquisition de sa nationalité. » Autant dire que, de l'aveu même du représentant français, « chaque État fera à peu près ce qu'il voudra. »<sup>2249</sup> Il n'y a là qu'une « recommandation »<sup>2250</sup> comme le note le représentant suisse, une « incitation »<sup>2251</sup> comme le précise à nouveau le représentant français. Cette proposition est adoptée à l'unanimité<sup>2252</sup>. Le texte devient l'article 15 de la Convention<sup>2253</sup>, bien loin des projets élaborés par le comité préparatoire. Pour pallier cet échec, la Pologne, soutenue par l'Allemagne<sup>2254</sup>, propose

---

(art. 7 et 9), voy. « The Law of Nationality », AJIL, 1929, vol. 23, n° 2, supp. Codification of International Law (avril 1929), p. 34-35 et p. 37-38.

<sup>2247</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, I (Séances plénières), Genève, 19 août 1930, N° officiel C. 351. M. 145 1930. V., p. 164.

<sup>2248</sup> Voy. Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signée à La Haye le 12 avril 1930, in Société des Nations, *Recueil des traités*, 1937-1938, vol. 179, p. 102 : « L'enfant dont aucun des parents n'est connu, a la nationalité du pays où il est né. »

<sup>2249</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, I (Séances plénières), Genève, 19 août 1930, N° officiel C. 351. M. 145 1930. V., p. 164.

<sup>2250</sup> *Ibid.*

<sup>2251</sup> *Ibid.*

<sup>2252</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>2253</sup> Voy. Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signée à La Haye le 12 avril 1930, in Société des Nations, *Recueil des traités*, 1937-1938, vol. 179, p. 102.

<sup>2254</sup> Mais pas par l'Autriche qui note qu'au mieux elle ne peut promettre qu'une « grande bienveillance » dans la naturalisation des enfants nés sur son sol de parents apatrides, voy. Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, I (Séances plénières), Genève, 19 août 1930, N° officiel C. 351. M. 145 1930. V., p. 165.



toutefois de laisser aux États l'opportunité de s'engager à travers un protocole spécial prévoyant que l'enfant né sur le sol d'un État dont la mère possède la nationalité, mais dont le père est apatride, se verra attribuer la nationalité de sa mère<sup>2255</sup> – vestige d'une époque où la transmission de la nationalité était inégalitaire. Cette proposition est adoptée et conduit à l'édiction du protocole du 12 avril 1930 relatif à un cas d'apatridie<sup>2256</sup>. Quel bilan ? Il est maigre, une attribution de plein droit à l'enfant « trouvé » reposant largement sur un jeu de probabilité puisque selon toute vraisemblance, les parents d'un tel enfant ont toutes les chances d'être des nationaux de l'État de naissance ; et une entière discrétion laissée aux États pour régler la question des enfants nés sans nationalité mais dont la filiation est connue. Il est sans doute encore trop tôt en 1930 pour que les États ressentent unanimement l'impératif d'étendre le droit du sol. C'est surtout sur le plan des principes qu'un tabou tombe : le droit international peut réguler, même si c'est à la marge, les questions de nationalité – là se situe l'apport incontestable de la Convention du 12 avril 1930<sup>2257</sup>. Il faudra attendre le tournant des années 1950-1960 pour que les principes relatifs au droit international de la nationalité soient renforcés.

**701.** La Conférence sur la réduction de l'apatridie réunie en 1959 et 1961 a délivré un texte passablement technique et buissonnant, auquel 71 États sont toutefois aujourd'hui parties<sup>2258</sup> – à l'exception notable de la France. Son apport principal réside dans une réception internationale des critères tirés du droit du sol dans les situations d'apatridie. Les discussions sont toutefois âpres entre les partisans d'une part d'un droit du sol intégral et automatique qui s'applique directement à l'enfant né sur le sol national sans filiation et donc sans nationalité (enfant « trouvé »), ou à l'enfant ayant une filiation établie mais pas de nationalité (par l'absence de nationalité des parents, ou par l'absence de possibilité de la transmettre) et les partisans, d'autre part, d'un droit du sol restreint par diverses conditions de fond de manière à limiter autant que possible son application. En réalité, ce débat n'est qu'une déclinaison nouvelle de l'opposition entre les modèles de nationalité fondés sur le droit du sol ou le droit du sang. Les États adoptant une approche très ancrée dans le droit du sang délivrent avec force le message selon lequel il n'est pas raisonnable de les obliger à mettre en œuvre un droit du sol par attribution sur leur territoire, autrement dit sur un seul et unique critère de naissance. La Suisse note ainsi que

---

<sup>2255</sup> *Ibid.*, p. 165-166.

<sup>2256</sup> Voy. Société des Nations, *Recueil des traités*, 1937-1938, vol. 179, p. 102.

<sup>2257</sup> En ce sens, voy. Johannes M. Chan, « The Right to a Nationality as a Human Right », *op. cit.*, p. 2. Voy. également Laura van Waas, *Nationality Matters. Statelessness Under International Law*, *op. cit.*, p. 40-41.

<sup>2258</sup> Leur nombre a largement augmenté depuis le début des années 2010. Il faut sans doute y voir le résultat de l'activisme du Haut-Commissariat pour les Réfugiés et notamment de sa campagne « *I Belong* » lancée en 2014 (visant à éradiquer l'apatridie en dix années).

« beaucoup de pays surpeuplés ne pourraient pas assimiler des milliers de personnes qui n’ont pas de liens réels [*real links*] avec eux et dont la naissance sur leur sol était souvent fortuite sans sérieusement affecter leurs structures politiques et sociales. (...) Avant de conférer la nationalité, [l’État] doit s’assurer que les personnes concernées sont adaptées aux habitudes, aux coutumes et à la mentalité [*adapted to the habits, customs and mentality*] de ses nationaux, et qu’ils vont devenir de bons nationaux [*good citizens*]. La naissance sur le territoire d’un État peut ainsi constituer un lien avec l’État et à ce titre être prise en compte lors d’une demande d’acquisition de la nationalité ; mais en aucune manière la naissance ne peut être un facteur déterminant d’appréciation. »<sup>2259</sup> Beaucoup d’États font ainsi valoir la nécessité d’établir en sus de la naissance une « connexion »<sup>2260</sup>, un « attachement »<sup>2261</sup> ou plus généralement un « lien »<sup>2262</sup> avec l’État d’accueil qualifié d’« effectif »<sup>2263</sup>, de « réel »<sup>2264</sup>, de « suffisant »<sup>2265</sup> ou encore d’« authentique [*genuine*] »<sup>2266</sup>. Pour ces États donc, pas question de conférer la nationalité de plein droit dès la naissance.

Le compromis est trouvé autour d’une obligation alternative concernant l’enfant né sur le sol d’un État sans nationalité : soit lui conférer dès la naissance la nationalité de plein droit (pour les États traditionnellement en faveur du droit du sol) ; soit sur sa demande, selon des conditions fixées par la loi interne, et avec la possibilité de refuser (pour les États attachés au droit du sang mais ouvert au problème de l’apatridie). Tel est le dispositif consacré à l’article premier de la Convention sur la réduction des cas d’apatridie du 30 août 1961<sup>2267</sup>. La marge de manœuvre des États ne faisant pas le choix de l’attribution de plein droit est toutefois limitée par la Convention puisque la réclamation de nationalité ouverte au mineur apatride est protégée temporairement, concernant l’âge (ouverte au plus tard à ses 18 ans, et se prolongeant au moins jusqu’à ses 21 ans) et l’éventuelle condition de résidence habituelle (pas plus de dix années en tout, pas plus de cinq années avant la demande). L’État reste toutefois fondé à refuser la demande si l’individu s’est rendu coupable « d’une infraction contre la sécurité nationale » ou s’il

---

<sup>2259</sup> UN Doc. A/CONF.9/SR.2, p. 6-7.

<sup>2260</sup> *Ibid.*, p. 5 (France).

<sup>2261</sup> UN Doc. A/CONF.9/C.1/SR.8, p. 5 (Israël) – UN Doc. A/CONF.9/SR.2, p. 5 (France) et p. 6 (Canada) – UN Doc. A/CONF.9/SR.5, p. 8 (Royaume-Uni).

<sup>2262</sup> UN Doc. A/CONF.9/SR.9, p. 6 (Israël).

<sup>2263</sup> A/CONF.9/SR.14, p. 8 (Israël).

<sup>2264</sup> UN Doc. A/CONF.9/SR.2, p. 6 (Suisse).

<sup>2265</sup> UN Doc. A/CONF.9/SR.9, p. 6 (Israël).

<sup>2266</sup> UN Doc. A/CONF.9/SR.3, p. 8 (France).

<sup>2267</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, 1983, vol. 989, p. 183.

a été condamné à « une peine d'emprisonnement d'au moins cinq années pour fait criminel »<sup>2268</sup> – des critères traditionnels qui viennent protéger la loyauté et la dignité du lien de nationalité. Si l'État peut donc bien s'opposer à l'acquisition par le droit du sol, il n'en demeure pas moins que les motifs sur lesquels il pourra se fonder sont fortement encadrés. Cet article constitue indéniablement un progrès en droit international, notamment au regard des prévisions de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 précitée qui n'imposait aucune obligation dans la situation des enfants apatrides mais possédant une filiation. Il n'empêche, maintenir un enfant sans nationalité pendant sa minorité et prévoir que sa dignité ou sa loyauté pourra être évaluée alors qu'il ne se rattache à aucune autre souveraineté apparaît encore insuffisamment protecteur.

**702.** Cette Convention décline en tout cas de manière opératoire en droit international le principe selon lequel « tout individu a droit à une nationalité ». On voit bien à cette occasion que l'État territorial jouit d'une responsabilité particulière à l'égard des enfants nés sur son territoire. Cet état juridique sera justement confirmé par l'adoption du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 puisqu'il indique en son article 24, 3. : « Tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité. » Cette stipulation fait l'unanimité même si rien d'opérationnel n'est évoqué à l'occasion de l'adoption. L'on voit bien toutefois que lorsqu'il s'agit d'inscrire le droit à la nationalité dans un texte juridique visant à produire des effets de droit, ce n'est plus le droit à la nationalité en général qui est affirmé, mais plutôt celui des enfants dans le cadre de la prévention de l'apatridie<sup>2269</sup>. Le comité des droits de l'homme a confirmé cette approche dans ses observations générales n° 17, considérant que ce droit à la nationalité « n'impose pas (...) aux États parties de donner en toutes circonstances leur nationalité à tout enfant né sur leur territoire », mais qu'en revanche, concernant la prévention de l'apatridie, « les États sont tenus d'adopter toutes les mesures appropriées, sur le plan interne et en coopération avec les autres États, pour que tout enfant ait une nationalité dès sa naissance »<sup>2270</sup>. La volonté des États, exprimée par les travaux préparatoires comme par les Conventions successives, consacre donc bien un régime international minimum de droit du sol en

---

<sup>2268</sup> Le terme « pour fait criminel » est particulièrement curieux, il ne renvoie pas à la classification des peines propre au droit français. Il y a probablement là une traduction incorrecte de l'anglais « *on criminal charge* » qui signifie plutôt « à la suite d'une condamnation pénale ». Dans le même sens, voy. les propos du représentant français, UN Doc. A/CONF.9/C.1/SR.11, p. 10.

<sup>2269</sup> Voy. not. les explications du représentant polonais qui proposait la consécration de ce droit par voie d'amendement, UN Doc. A/C.3/SR.1172, § 10, p. 198, et du représentant yougoslave qui soutient l'amendement, UN Doc. A/C.3/SR.1177, § 36, p. 218.

<sup>2270</sup> Comité des droits de l'homme, observations générales n° 17, Droits de l'enfant (article 24), 29 septembre 1989, § 8, p. 3.

faveur des enfants nés sans nationalité. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 consacre de manière explicite ces mêmes stipulations, en ajoutant une obligation de mise en œuvre faite aux États en son article 7 :

« 1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride. »

La formulation générale du droit à la nationalité implique ici selon les travaux préparatoires que l'enfant puisse indifféremment obtenir une nationalité par le droit du sang ou le droit du sol<sup>2271</sup>. En revanche, il paraît tout à fait clair que dans le cas où aucune nationalité n'est transmise par filiation à l'enfant, la Convention fait obligation aux États de prévoir un mécanisme d'attribution ou d'acquisition fondé sur la naissance sur le territoire à l'instar de la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie<sup>2272</sup> ; la convergence est donc totale entre la Convention de 1961, le Pacte de 1966 tel qu'interprété par le comité des droits de l'homme, et la Convention de 1989<sup>2273</sup>.

**703.** Le droit international européen, par l'adoption de la Convention européenne sur la nationalité le 6 novembre 1997, a largement accentué la contrainte en renforçant les termes de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961. L'article 6, 1., b. de la Convention de 1997 reconnaît ainsi la nationalité aux « nouveau-nés trouvés sur son territoire qui, autrement, seraient apatrides », et l'article 7, 2., à propos des enfants qui naissent sans nationalité, laisse le choix entre une attribution « de plein droit à la naissance » (a.), ou « sur demande » (b.). Mais là où la Convention de 1961 reconnaissait des cas où l'État partie pouvait s'opposer (pour des motifs pénaux) à l'acquisition de la nationalité, la Convention de 1997 ne prévoit plus cette possibilité. Elle permet simplement à l'État d'exiger une « résidence légale et habituelle » d'au plus cinq années précédant la demande. Le rapport explicatif indique que cette condition vise classiquement à assurer une relation « effective »<sup>2274</sup> entre l'enfant et l'État.

---

<sup>2271</sup> Voy. UN Doc. A/CN.4/1989/48, § 94-96, p. 18-19.

<sup>2272</sup> Voy. *ibid.*, § 101, p. 19.

<sup>2273</sup> Dans le même sens, voy. Sharon Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1999, p. 151-152. Voy. également UNHCR, *Ensuring Every Child's Right to Acquire a Nationality through Articles 1-4 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness*, 21 décembre 2012, HCR/GS/12/04 § 9-12, p. 3 ; Gérard-René De Groot, « Children, their right to a nationality and child statelessness », in Alice Edwards et Laura van Waas, *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 145-158.

<sup>2274</sup> Convention européenne sur la nationalité, Rapport explicatif, 1997, § 50, p. 9.

En application de ce texte, les États parties doivent donc nécessairement ouvrir le droit du sol aux enfants nés sur leur territoire sans acquérir une nationalité, au plus tard à l'âge de la majorité, sans faculté d'opposition, et à la seule condition d'une résidence de cinq années.

**704.** Pour Johannes Chan, le droit à une nationalité au profit de l'enfant dispose désormais d'une valeur coutumière en droit international<sup>2275</sup>. Loin de l'énonciation de principe et de l'obligation de moyen du très général « droit à la nationalité », les enfants disposent bien d'un « débiteur » lorsqu'ils naissent sur le sol d'un État sans acquérir la nationalité par filiation. De cette manière, il est intéressant de relever que le droit à la nationalité rejoint le droit du sol, ce qui marque une convergence intéressante entre territorialité et fondamentalité. La France, malgré son absence de ratification des Conventions de 1961 et 1997, respecte sans réserve ce principe d'attribution de la nationalité aux enfants qui naissent apatrides.

## **2. La pleine adéquation de la législation française**

**705. Le droit à la nationalité des enfants nés en France de parents inconnus.** – Jusqu'en 1804 et l'adoption du code civil, le droit français faisait application d'un droit du sol intégral qui conférait la nationalité à tous les enfants nés sur le sol français (voy. *supra* n° 73 s.). Par ce système, le risque d'apatridie en raison de l'absence de transmission de la nationalité à la naissance était parfaitement inexistant. La rupture intervient en 1804 par l'adoption du code civil qui cesse de faire de la naissance sur le sol français un mode d'attribution de la nationalité. Concernant les enfants nés en France de parents inconnus, la jurisprudence et la doctrine vont rapidement combler le manque législatif de 1804. Demolombe écrit ainsi avec la plus grande clarté dans son *Cours de code civil* que face à l'impossibilité – par nature – de déterminer la nationalité de parents inconnus, « la présomption est pour la nationalité française (...) ; l'extranéité est l'exception »<sup>2276</sup>. André Weiss écrit dans le même registre qu'il est « très vraisemblable »<sup>2277</sup> qu'un enfant né en France soit le fruit de parents français. Le principe est finalement reçu par la jurisprudence, dans un arrêt *de Billing* rendu le 14 juin 1887 par la Cour de cassation<sup>2278</sup> : en l'absence de preuve d'extranéité, un enfant né en France de parents inconnus ne

---

<sup>2275</sup> Voy. Johannes M. Chan, « The Right to a Nationality as a Human Right », *op. cit.*, p. 11. Voy. également Hugues Fulchiron, « Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité ? (Variations sur le thème de l'évolution contemporaine des rapports entre individu et nationalité) », in *Le droit entre tradition et modernité : mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 213-214 – Paulo Pinto de Albuquerque, opinion dissidente sous CEDH, 21 juin 2016, n° 76132/12, *Ramadan c. Malte*, § 11. Voy. *contra* Laura van Waas, *Nationality Matters. Statelessness Under International Law*, *op. cit.* p. 63, note 59.

<sup>2276</sup> Charles Demolombe, *Cours de code civil*, vol. I, Bruxelles, Decq, 1847, n° 154, p. 160.

<sup>2277</sup> André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, 1892, p. 211.

<sup>2278</sup> Cass., req., 14 juin 1887, *De Billing et Degreteau c. Vve Hope*, S. 1888. I. 77.

peut pas être rattaché à une nationalité étrangère, ce qui signifie implicitement que sa nationalité française est reconnue par le juge<sup>2279</sup>. La solution est confirmée par le législateur de 1889 qui admet l'attribution de la nationalité à l'enfant « né en France de parents inconnus »<sup>2280</sup>. Elle est constante depuis<sup>2281</sup>. Le droit du sol couvre depuis lors la nationalité par attribution de l'enfant né en France (que cette naissance soit prouvée ou présumée) à l'égard duquel aucune filiation ne peut être établie légalement – même si la filiation peut d'ailleurs être connue en fait.

**706. Le droit à la nationalité des enfants nés en France sans nationalité.** – Concernant en revanche les enfants dont la filiation est connue, mais dont les parents ne possèdent pas de nationalité, la situation est longtemps demeurée plus complexe et mouvementée. Ici, pas de « présomption » possible pour former l'hypothèse que l'enfant est né de parents français, les liens de parenté sont connus et ils excluent cette possibilité. Pourtant, l'on voit bien que la situation n'est guère satisfaisante puisque l'enfant naît sans rattachement à une nationalité. Plusieurs auteurs ont ainsi développé des théories et des interprétations particulièrement constructives pour affirmer que dans une telle situation, l'enfant était Français *jure soli* dès sa naissance sur le sol national. La plus intéressante est sans doute celle de Proudhon. Pour cet auteur, certains étrangers résident en France à perpétuelle demeure et perdent l'esprit de retour (et donc leur nationalité) dans leur État d'origine, ils accèdent dès lors à un statut intermédiaire qu'il nomme – en référence au droit romain – « l'incola » et qui conduit ces étrangers à soumettre leur loi personnelle au droit français<sup>2282</sup>. Pour Proudhon justement, le fils de l'incola, né de parents connus mais « sans patrie » est Français par attribution *jure soli* : « on ne conçoit pas comment l'enfant de celui qui a, pour toujours, abdiqué sa patrie, pour s'établir à perpétuité en France, pourrait être l'enfant de cette ancienne patrie de son père, avec laquelle il ne peut avoir aucun point de contact (...) ; on ne peut donc concevoir d'autre origine dans celui-ci, que l'origine française. »<sup>2283</sup> Plus tard, un autre commentateur du code civil, Antoine Marie Demante, propose une autre construction – plus sociologique – justifiant l'attribution à l'enfant né de parents apatrides :

---

<sup>2279</sup> En ce sens, voy. Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. I, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, n° 152-165, p. 134-140.

<sup>2280</sup> JORF, 28 juin 1889, p. 2977.

<sup>2281</sup> Voy. l'article 19 du code civil : « Est français l'enfant né en France de parents inconnus. Toutefois, il sera réputé n'avoir jamais été français si, au cours de sa minorité, sa filiation est établie à l'égard d'un étranger et s'il a, conformément à la loi nationale de son auteur, la nationalité de celui-ci. »

<sup>2282</sup> Voy. Victor Proudhon, *Cours de droit français. Traité sur l'état des personnes* (1809), vol. I, Dijon, Lagier, Paris, Joubert, 1842, p. 193.

<sup>2283</sup> *Ibid.*, p. 200.

« il peut arriver souvent qu'une personne établie dans un pays ait par là même rompu tous les liens qui l'attachaient à sa patrie, sans être pour cela devenue membre de la société nouvelle au sein de laquelle elle vit. Cette personne n'a pas à proprement parler de patrie qu'elle puisse transmettre. Si donc en cet état elle a des enfants, ne serait-il pas naturel que ceux-ci appartenissent de plein droit à la patrie au sein de laquelle ils sont nés ? Pourquoi, en effet, cette patrie repousserait-elle un enfant qui, ne se rattachant à aucune autre, lui appartient nécessairement par son éducation, par ses mœurs et ses affections ? D'après cela, je serais porté à reconnaître la qualité de Français par naissance à l'enfant né en France d'un étranger qui, par son établissement en France, aurait abdiqué son ancienne patrie. »<sup>2284</sup>

Si ces développements ne manquent pas d'intérêt théorique, ils peinent toutefois à convaincre tant le système formé par le code civil prétend d'une part à la complétude, et d'autre part ne laisse qu'un espace très réduit à l'attribution de nationalité par le droit du sol<sup>2285</sup>. Il ne semble pas que la jurisprudence ait été amenée à trancher cette difficulté<sup>2286</sup>. Plus tard, à l'instar des enfants nés de « parents inconnus », le législateur de 1889 va considérer que les enfants nés en France, dont la nationalité des parents est « inconnue », doivent recevoir la nationalité par attribution<sup>2287</sup>. Comme le note élégamment Gérard Légier, « le législateur reconnut ainsi (...) l'humanité et l'opportunité de la solution qu'une doctrine hardie n'avait pas pu faire accepter en raison d'un cadre légal défavorable. »<sup>2288</sup>

**707.** L'approche de la seconde guerre mondiale va toutefois conduire le législateur à revenir sur ce cas particulier d'attribution de la nationalité *jure soli* à l'enfant dont la filiation est établie, mais à l'égard de parents qui ne possèdent aucune nationalité. Cette disposition de la loi de 1889, plus tard consacrée par la loi de 1927<sup>2289</sup>, sera ainsi abrogée par l'article 10 du décret-loi du 12 novembre 1938 relatif à la police des étrangers<sup>2290</sup>. Pourquoi un tel renversement ? Le rapport du gouvernement précise qu'« Il importe (...) d'enlever à cette accession son caractère trop "automatique" ; ici plus qu'ailleurs, il convient de faire le partage entre les bons éléments et les indésirables qui, pour être exclus de notre territoire, ne doivent évidemment pas pouvoir

---

<sup>2284</sup> Antoine Marie Demante, *Cours analytique de Code civil* (1849), vol. I, Paris, Plon, 1881, 2<sup>ème</sup> éd., p. 73.

<sup>2285</sup> Voy. Daniel de Folleville, *Traité théorique et pratique de la naturalisation*, *op. cit.*, n° 346-350, p. 264-267. Voy. également Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. I, *op. cit.*, n° 166-190, p. 141-152.

<sup>2286</sup> En sens contraire, voy. André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, *op. cit.*, 1892, p. 212, note 1, qui cite un jugement du tribunal civil de la Seine du 23 février 1883 sans davantage de précisions. Or, nous avons pu retrouver un jugement Trib. civ. Seine, 23 février 1883, *Lacki c. Guerbet*, JDI 1883. 388, qui indique plutôt le contraire puisqu'il applique la loi française aux questions civiles d'un enfant né en France d'un parent n'ayant pas de nationalité.

<sup>2287</sup> JORF, 28 juin 1889, p. 2977.

<sup>2288</sup> Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, vol. I, *op. cit.*, n° 190, p. 152.

<sup>2289</sup> Loi du 10 août 1927, art. 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup> in JORF, 14 août 1927, p. 8698.

<sup>2290</sup> JORF, 13 novembre 1938, p. 12921.

s'intégrer dans la collectivité française. »<sup>2291</sup> Le processus est paradoxal : d'une main le gouvernement enjoint à la population apatride de s'incorporer dans l'armée française par le service national (voy. *supra* n° 676 s.), et de l'autre il maintient cette population hors de la communauté nationale pour se réserver à tout moment la possibilité de l'exclure. « Il faut reconnaître qu'il y a là un changement de politique certain », écrit Pierre Louis-Lucas dans son commentaire de la législation, « Avec la règle ancienne le nombre des apatrides devait se trouver restreint. On prend donc aujourd'hui son parti de cette espèce de résurrection d'une catégorie particulière d'apatrides »<sup>2292</sup>. Il faut donc bien noter que le Gouvernement avance à contre-courant – sans doute faut-il blâmer le trouble précédant la guerre. Le code de la nationalité de 1945 ne va pas rétablir ce cas d'attribution de la nationalité française : les enfants nés en France de parents ayant une nationalité inconnue n'accèdent plus à la nationalité dès leur naissance.

**708.** Il faut attendre la grande réforme mise en œuvre par la loi du 9 janvier 1973 pour que ce cas d'attribution soit rétabli et même étendu :

« Art. 21-1. – Est français :

1° L'enfant né en France de parents apatrides ;

2° L'enfant né en France de parents étrangers et à qui n'est attribuée par les lois étrangères la nationalité d'aucun des deux parents. »<sup>2293</sup>

Plus de trente années après l'abrogation de 1938, la réforme de 1973 revient non seulement à l'état du droit antérieur, mais étend la protection au cas où les parents disposent bien d'une nationalité, mais ne peuvent pas, en vertu de leur législation nationale, la transmettre à leur enfant. Depuis cette date, tous les enfants naissant sur le sol français et étant soumis à un risque d'apatridie sont couverts par la législation française<sup>2294</sup>. Concernant les enfants de parents français naissant à l'étranger, la nationalité leur est encore garantie par l'établissement de la filiation avec au moins un parent français, sans distinction en fonction du sexe du parent qui transmet la nationalité. Dans la dynamique de prévention de l'apatridie, la France a donc poussé au plus loin ses obligations tirées du droit à la nationalité des enfants en appliquant les mécanismes les plus protecteurs de la nationalité de l'enfant né sur son sol.

---

<sup>2291</sup> *Ibid.*

<sup>2292</sup> Pierre Louis-Lucas, « La réforme de la nationalité effectuée par le décret-loi du 12 novembre 1938 », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1946, vol. 6, p. 34.

<sup>2293</sup> JORF, 10 janvier 1973, p. 468.

<sup>2294</sup> Il semble qu'en pratique, l'attribution de la nationalité doive se fonder sur une reconnaissance préalable du statut d'apatride par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides.



## B. La logique prohibitive de la privation arbitraire de la nationalité

**709.** La prohibition de la privation arbitraire de la nationalité, formule fixée par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, est paradoxale puisque n'y figure pas explicitement la notion d'apatridie. La genèse de cette stipulation montre toutefois que c'est bien la lutte contre l'apatridie qui est au cœur de l'« arbitraire » prohibé. Mais pas seulement. On s'accorde aujourd'hui à dire que l'arbitraire recouvre également des contraintes formelles et matérielles spécifiquement applicables au droit de la perte de la nationalité, quand bien même l'individu ne serait pas soumis à un risque d'apatridie (1). Cette norme très générale est respectée de manière assez globalement satisfaisante dans la législation française, à l'exception de quelques dispositifs de perte qui pourraient conduire à priver un individu de sa nationalité sans qu'il en possède une autre (2).

### 1. De la garantie contre l'arbitraire à la prohibition de l'apatridie

**710. Genèse d'une protection minimale contre la privation « arbitraire ».** – Le principe de prohibition de la privation arbitraire de nationalité est issu – à l'instar du droit à la nationalité – de l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Son apparition est à cette époque une solution de repli imaginée par les États soucieux de lutter contre l'apatridie, mais qui ne sont pas pour autant prêts à adopter le « droit à la nationalité » de Cassin (voy. *supra* n° 696 s.). C'est dans la journée du 4 juin 1948 que la Commission des droits de l'homme adopte ce nouveau principe, proposé par amendement conjoint de l'Inde et du Royaume-Uni pour remplacer le droit à la nationalité : « Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité. » Elle s'attire les foudres de Cassin, le projet « n'aborde qu'une toute petite partie du problème »<sup>2295</sup> selon lui, et seul l'adoption du « droit à la nationalité » est à même de répondre au problème global de l'apatridie. En effet, si la réduction de l'apatridie passe par une lutte contre le système de la déchéance, il faut aussi prévenir en s'attaquant aux législations qui, par exemple, ne permettent pas à l'enfant de naître avec une nationalité, ou conduisent la femme mariée à perdre sa nationalité d'origine quand bien même elle n'obtiendrait pas celle de son mari. Le représentant du Royaume-Uni se montre toutefois inflexible, la prohibition de la privation arbitraire, c'est « le point extrême au-delà duquel la Commission ne peut aller »<sup>2296</sup>. Cette position l'emporte et l'amendement est adopté par dix voix pour, trois voix contre, et trois

---

<sup>2295</sup> Nations Unies, Commission des droits de l'homme, 3<sup>ème</sup> session, compte rendu analytique de la 59<sup>ème</sup> séance, 14 juin 1948, E/CN.4/SR.59, p. 8.

<sup>2296</sup> *Ibid.*, p. 11.

abstentions. De ces discussions, il ne ressort pas beaucoup d'éléments pour interpréter le terme « arbitraire », qui est pourtant la clé de cette nouvelle prévision<sup>2297</sup>. Un échange entre les représentants britannique et soviétique éclaire toutefois sur un point. Lorsque Pavlov, représentant de l'URSS, propose d'amender pour ajouter une exception : « nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, sauf dans les cas et dans les formes déterminées par la législation nationale »<sup>2298</sup>, le délégué du Royaume-Uni s'oppose fermement à une telle modification :

« M. Wilson ne peut accepter l'amendement proposé par le représentant de l'Union des Républiques socialistes soviétiques parce qu'il permettrait à un État d'adopter des lois stipulant, par exemple, que des personnes appartenant à certaines races ou à certains partis politiques seront déchues de leur nationalité. Ce serait parfaitement légal mais absolument arbitraire. M. Wilson insiste sur le maintien du mot "arbitrairement" et déclare qu'il votera contre l'amendement proposé par le représentant de l'Union des Républiques socialistes soviétiques. »<sup>2299</sup>

Ce qui s'en déduit c'est que l'arbitraire, dans l'esprit des rédacteurs de l'amendement, ne repose pas seulement sur le fait qu'une mesure de perte de la nationalité soit prévue par la loi, il faut encore que la loi ne soit pas elle-même contraire à certains principes supérieurs, comme en l'espèce la prohibition des discriminations à raison de la race ou des opinions politiques.

**711.** Devant la troisième commission de l'Assemblée générale, la ligne de fracture entre le Royaume-Uni et l'URSS va se retrouver dans les mêmes termes, entre ceux qui considèrent d'une part que l'arbitraire comprend l'illégalité, mais aussi la prohibition que la loi soit elle-même « arbitraire », et d'autre part ceux qui considèrent que l'arbitraire ne renvoie qu'à la seule illégalité. En faveur de la première interprétation, on trouve le représentant du Liban, Charles Malik, qui considère que « le mot "arbitrairement" n'est pas synonyme "d'une manière illégale", mais a une portée plus large. La Commission a voulu employer un terme général proposant, au-dessus et au delà des législations nationales, un critère auquel celles-ci devraient se conformer. »<sup>2300</sup> Le représentant de l'Uruguay affirme aussi qu'est arbitraire une mesure « prise en application d'une loi injuste », ou plus généralement une loi « contrevenant aux principes généralement admis », c'est-à-dire « à des normes plus élevées de justice »<sup>2301</sup>. Pour la repré-

---

<sup>2297</sup> Le terme se répand à cette époque dans tout le droit international des droits de l'homme naissant. Voy. Laura van Waas, *Nationality Matters. Statelessness Under International Law*, *op. cit.*, p. 94-95.

<sup>2298</sup> Nations Unies, Commission des droits de l'homme, 3<sup>ème</sup> session, compte rendu analytique de la 59<sup>ème</sup> séance, 14 juin 1948, E/CN.4/SR.59, p. 11-12.

<sup>2299</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>2300</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> commission, séance 122, compte rendu analytique, 5 novembre 1948, A/C.3/SR.122, p. 348.

<sup>2301</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> commission, séance 123, compte rendu analytique, 5 novembre 1948, A/C.3/SR.123, p. 349

sentante américaine Eleanor Roosevelt, le terme « s'applique à des actes inattendus et injustifiables, commis au mépris du droit naturel et du droit positif. Ce terme est donc plus fort que "illégalement" ou "injustement". »<sup>2302</sup> Elle donne d'ailleurs un exemple qui, sans surprise, est tiré du précédent nazi : « les individus ne doivent pas être soumis à des mesures comme celles qui ont été prises sous le régime nazi en Allemagne, lorsque des milliers de personnes ont été privées de leur nationalité par décision arbitraire du gouvernement »<sup>2303</sup>. Pour la représentante britannique, qui s'étonne de la « confusion », ce terme sert à « qualifier une action dont l'auteur n'est pas tenu de démontrer, soit devant un tribunal soit devant l'opinion publique, qu'elle est juste. »<sup>2304</sup> Pour Cassin enfin, « Le mot "arbitrairement" qui figure dans le texte doit être pris dans deux sens : nul ne peut être privé de sa nationalité contrairement aux lois en vigueur ; ces lois elles-mêmes ne doivent pas être arbitraires. »<sup>2305</sup>

À l'inverse, le représentant de Grèce juge que « Le mot "arbitrairement" est satisfaisant parce qu'il s'applique à toutes les actions contraires à la loi. »<sup>2306</sup> La Turquie note que le terme « arbitrairement » est « trop vague et d'une trop grande portée », qu'il se prête à des « interprétations diverses et subjectives », et qu'en réalité « Il est presque impossible [d'en] définir le sens exact », en conséquence de quoi il propose de substituer le terme « arbitrairement » par « illégalement »<sup>2307</sup>. La Russie maintient la position qu'elle défendait déjà devant la Commission des droits de l'homme et interprète en conséquence le terme arbitraire comme une obligation faite à l'État de vérifier « si un acte est ou non conforme à la loi. »<sup>2308</sup> Les Républiques socialistes d'Ukraine et de Biélorussie apportent leur concours à cette interprétation et précisent chacune qu'une déchéance arbitraire résulte « d'une manière de procéder autre que celle qui est prévue par la législation du pays intéressé. »<sup>2309</sup>

Quelques cas concrets sont soumis par des États qui selon eux, ne relèveraient pas de l'arbitraire. La Belgique mentionne ainsi que la prohibition de l'arbitraire « n'exclut pas la possibilité

---

<sup>2302</sup> *Ibid.*, p. 353.

<sup>2303</sup> *Ibid.* Sur la force de l'expérience nazie dans l'adoption de l'article 15 de la Déclaration, voy. Johannes Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 80.

<sup>2304</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> commission, séance 123, compte rendu analytique, 5 novembre 1948, A/C.3/SR.123, p. 353.

<sup>2305</sup> *Ibid.*, p. 358.

<sup>2306</sup> *Ibid.*, p. 350.

<sup>2307</sup> *Ibid.*, p. 351.

<sup>2308</sup> *Ibid.*, p. 356.

<sup>2309</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> commission, séance 124, compte rendu analytique, 6 novembre 1948, A/C.3/SR.124, p. 362.

de priver, à titre de sanction dans les cas exceptionnels, une personne de sa nationalité. »<sup>2310</sup> La représentante du Royaume-Uni indique pour sa part qu'« il est difficile de soutenir qu'on ne peut enlever sa nationalité à un citoyen qui l'a acquise par des moyens frauduleux. »<sup>2311</sup> L'Australie enfin confirme et étend le raisonnement britannique : « Un gouvernement a le droit, par exemple, de priver de leur nationalité des citoyens naturalisés qui ont obtenu cette naturalisation soit par des moyens frauduleux soit dans l'intention de renverser ledit gouvernement. »<sup>2312</sup>

Finalement, la prohibition de la perte arbitraire de nationalité est adoptée à l'unanimité, les États rejetant toute substitution par les termes « injustement » ou « illégalement »<sup>2313</sup>. En réalité, aucune interprétation n'a été en mesure de prévaloir et les États ont vu dans la prohibition de l'arbitraire autant une interdiction de la perte illégale, qu'une interdiction plus large contraignant également le législateur. Le consentement est cependant bien unanime pour considérer *a minima* que toute mesure de perte doit être fondée sur la loi. À travers ces débats, l'essentiel est déjà dit, et le droit international ne tardera pas à donner une force juridique à ce principe.

**712. La formalisation juridique de la prohibition de l'arbitraire.** – La prohibition de la privation arbitraire de nationalité se détache en deux volets : l'un spécial, spécifique aux cas de perte qui entraîneraient l'apatridie ; l'autre général, garantissant que toute mesure de perte respecte des garanties matérielles et procédurales.

**713.** Le volet spécial de prohibition de l'arbitraire résulte d'abord de la Convention de 1961. Cette convention fixe en effet une liste exhaustive de motifs permettant légitimement à l'État de priver un individu de sa nationalité quand bien même il serait rendu apatride ; en dehors de ces motifs, la privation revêt un caractère arbitraire. Son adoption a été particulièrement compliquée. Lors de la première conférence de 1959 à Genève, l'objectif initial était de prohiber généralement la perte de nationalité si elle conduisait à l'apatridie, et en particulier la perte de la nationalité à titre de peine. Le projet examiné prévoyait deux exceptions : la première, explicite, autorisait la déchéance judiciaire de nationalité de l'individu qui entre au service d'un pays étranger, malgré l'interdiction formelle qui lui aura été faite par son État d'origine ; la seconde, implicite, permettait le retrait de naturalisation frauduleusement acquise à condition qu'elle

---

<sup>2310</sup> Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> commission, séance 123, compte rendu analytique, 5 novembre 1948, A/C.3/SR.123, p. 350.

<sup>2311</sup> *Ibid.*, p. 354.

<sup>2312</sup> *Ibid.*, p. 357.

<sup>2313</sup> Voy. Nations Unies, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> commission, séance 124, compte rendu analytique, 6 novembre 1948, A/C.3/SR.124, p. 359-362.

n'intervienne pas après un temps trop long (« *considerable period* ») après la naturalisation<sup>2314</sup>. Les représentants des États ne parviennent pas à se satisfaire d'une telle clause générale. Ils ne tardent pas à ajouter par voie d'amendement d'innombrables exceptions au principe général de prohibition. Ce sont d'ailleurs les États attachés au droit du sol qui ont formé les critiques les plus fortes, ceux-ci considérant que la libéralité dont il faisait preuve dans l'octroi de leur nationalité devait trouver sa contrepartie dans leur capacité de déchoir, y compris en rendant apatride. Lors de la séance du 8 avril 1959, le représentant britannique souhaite ainsi réserver la possibilité de déchoir pour acte de trahison ou de déloyauté les ressortissants ayant acquis la nationalité ; le représentant belge propose quant à lui la déchéance suite au prononcé d'une longue peine d'emprisonnement, ou à la suite de la commission d'un acte portant atteinte à la sécurité nationale de l'État ; le représentant français indique quant à lui qu'il serait souhaitable de consacrer la perte de la nationalité pour les ressortissants par acquisitions qui se sont montrés « manifestement indignes [*obviously unworthy*] », par exemple en ayant commis des actes portant atteinte à la sécurité nationale, ou en ayant été condamnés à une peine d'au moins cinq années d'emprisonnement<sup>2315</sup>. Comme le déplore Gustave Peiser dans son commentaire des travaux de la Conférence de Genève, « Ainsi était lancé le mouvement qui devait aboutir à inclure dans le texte de l'article 8 toute une liste de cas permettant aux gouvernements de procéder à la déchéance de la nationalité. »<sup>2316</sup>

Pour faire face à cette situation où en réalité chaque État cherche à faire consacrer dans une convention internationale les exceptions prévues par sa propre législation interne, le représentant de l'Allemagne propose une clause de « cristallisation » des situations législatives (« *“freeze” the present legislative situation* ») : chaque État peut au moment de la ratification faire exception à la prohibition de l'apatridie en indiquant les dispositions de sa législation qui lui paraissent impératives<sup>2317</sup>. L'amendement est finalement adopté, ce qui conduit à la démission du Président de la conférence<sup>2318</sup> : une telle clause est en opposition absolue avec l'idée de « réduire » l'apatridie, elle garantit tout au contraire son existence dans une convention internationale. De nombreux représentants dressent *in fine* le même constat. Face à l'impasse, le

---

<sup>2314</sup> Sur ces points, voy. Gustave Peiser, « La conférence de Genève sur l'apatridie », *AFDI*, 1959, vol. 5, p. 516-517. Le caractère implicite de la seconde exception reposait sur l'idée que le retrait impliquait une reconnaissance rétroactive de l'inexistence de la nationalité (« *null and void ab initio* ») et qu'ainsi il n'était pas question de « perte », puisqu'on ne peut pas perdre ce que l'on n'a jamais possédé – d'où l'inutilité de prévoir des prévisions spécifiques. Raisonnablement très fictionnel au demeurant, voy. CDI, *Annuaire*, 1953, vol. 2, p. 226.

<sup>2315</sup> Sur l'ensemble, voy. UN Doc. A/CONF.9/C.1/SR.11, p. 9-10. Lors de la même séance, d'autres exceptions sont prévues en matière d'expatriation définitive.

<sup>2316</sup> Gustave Peiser, « La conférence de Genève sur l'apatridie », *op. cit.*, p. 518.

<sup>2317</sup> Voy. UN Doc. A/CONF.9/SR.12, p. 9.

<sup>2318</sup> Voy. UN Doc. A/CONF.9/SR.13, p. 7.

représentant français déclare que « l'honnêteté [*moral courage*] voudrait que les travaux soient ajournés plutôt qu'ils conduisent à l'adoption d'une convention insatisfaisante. »<sup>2319</sup> Les États prenant acte de l'impasse, la Conférence de Genève est clôturée le 18 avril 1959<sup>2320</sup>. Les travaux reprennent deux années plus tard à New York, le 15 août 1961<sup>2321</sup>.

Lors de cette nouvelle session, le texte définitif résulte d'une proposition de Royaume-Uni reprise dans le cadre d'un comité de rédaction élargi. Il s'agit d'un compromis qui maintient la prohibition de principe de la privation de nationalité si elle conduit à l'apatridie, mais qui prévoit tout de même un certain nombre d'exceptions<sup>2322</sup>. Le texte final, passablement complexe, stipule ainsi en son article 8 que :

- « 1. Les États contractants ne priveront de leur nationalité aucun individu si cette privation doit le rendre apatride.
2. Nonobstant la disposition du premier paragraphe du présent article, un individu peut être privé de la nationalité d'un État contractant ;
  - a) Dans les cas où, en vertu des paragraphes 4 et 5 de l'article 7, il est permis de prescrire la perte de la nationalité ;
  - b) S'il a obtenu cette nationalité au moyen d'une fausse déclaration ou de tout autre acte frauduleux.
3. Nonobstant la disposition du paragraphe 1 du présent article, un État contractant peut conserver la faculté de priver un individu de sa nationalité, s'il procède, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, à une déclaration à cet effet spécifiant un ou plusieurs motifs prévus à sa législation nationale à cette date et entrant dans les catégories suivantes :
  - a) Si un individu, dans des conditions impliquant de sa part un manque de loyalisme envers l'État contractant ;
    - i) A, au mépris d'une interdiction expresse de cet État, apporté ou continué d'apporter son concours à un autre État, ou reçu ou continué de recevoir d'un autre État des émoluments, ou
    - ii) A eu un comportement de nature à porter un préjudice grave aux intérêts essentiels de l'État ;
  - b) Si un individu a prêté serment d'allégeance, ou a fait une déclaration formelle d'allégeance à un autre État, ou a manifesté de façon non douteuse par son comportement sa détermination de répudier son allégeance envers l'État contractant.
4. Un État contractant ne fera usage de la faculté de priver un individu de sa nationalité dans les conditions définies aux paragraphes 2 et 3 du présent article que conformément à la loi, laquelle comportera la possibilité pour l'intéressé de faire valoir tous ses moyens de défense devant une juridiction ou un autre organisme indépendant. »

---

<sup>2319</sup> UN Doc. A/CONF.9/SR.14, p. 9.

<sup>2320</sup> UN Doc. A/CONF.9/SR.14, p. 18.

<sup>2321</sup> Pour un résumé des travaux, voy. Santiago Torres Bernardez, « Conférence des Nations Unies pour l'élimination ou la réduction des cas d'apatridie dans l'avenir (Deuxième partie New York 1961) », *AFDI*, 1962, vol. 8, p. 528-556.

<sup>2322</sup> Voy. en particulier le « rapport » présenté par le représentant du Royaume-Uni en séance, au nom du comité, UN Doc. A/CONF.9/SR.20, p. 2-3.

Comment résumer l'apport de cet article ? D'abord la prohibition de l'apatridie en matière de privation de nationalité est consacrée dans son principe. Ensuite, des « motifs légitimes » qui peuvent faire exception sont fixés : la perte de la nationalité (art. 8, 2. a.) par suite de son ineffectivité, qu'elle résulte de l'émigration (art. 7, 4.) ou de la naissance à l'étranger (art. 7, 5.) ; le retrait pour fausse déclaration ou fraude (art. 8, 2., b.) ; à condition d'une déclaration en ce sens au moment de la ratification, la déchéance pour manque de loyalisme, soit qu'elle résulte du concours accordé à un État étranger malgré une interdiction expresse (art. 8, 3., a., i.), soit qu'elle résulte d'un « comportement de nature à porter un préjudice grave aux intérêts essentiels de l'État » (art. 8, 3., a., ii.) ; toujours à condition d'une déclaration, la déchéance de l'individu qui a prêté allégeance de manière non équivoque à un autre État (art. 8, 3., b.). Ces motifs légitimes ne pourront intervenir qu'à la condition qu'ils soient prévus par la loi – en conformité avec les positions défendues en 1948 – et que l'individu puisse « faire valoir tous ses moyens de défense devant une juridiction ou un autre organisme indépendant » (art. 8, 4.). La complexité de cet arrangement montre sa nature compromissaire, et l'on voit bien ici que beaucoup, si ce n'est la plupart, des motifs de perte de la nationalité à l'initiative de l'État peuvent entrer dans le champ de l'article 8.

**714.** Ce volet spécial de prohibition de l'arbitraire a fait l'objet d'une simplification sous forme d'approfondissement à l'occasion de l'adoption de la Convention européenne sur la nationalité le 6 novembre 1997. La prohibition de l'apatridie y est absolue (art. 7, 3.) sauf les cas de retrait pour « conduite frauduleuse », « fausse information » ou « dissimulation d'un fait pertinent » (art. 7, 1., b.). On retrouve ici l'une des seules exceptions que prévoyait initialement la Commission du droit international lorsqu'elle rédigeait en 1953 les projets qui seraient soumis à la Conférence de Genève de 1959<sup>2323</sup>. Pourquoi maintenir un tel motif ? Sans doute en raison de l'intentionnalité du comportement de l'individu. Comme le précise le rapport explicatif de la Convention de 1997, « La conduite frauduleuse, la fausse information ou la dissimulation d'un fait pertinent doivent être le résultat d'un acte ou omission délibéré(e) de la part du demandeur, acte ou omission qui a constitué un facteur important dans l'acquisition de la nationalité. »<sup>2324</sup> C'est pour cette raison même que la protection contre l'apatridie n'entre pas en

---

<sup>2323</sup> Voy. CDI, Annuaire, 1953, vol. 2, § 151, p. 226 : « *The Commission did not find it necessary to decide whether the annulment of a naturalization on account of fraud in obtaining it amounts to a withdrawal of nationality (or naturalization) by way of penalty. There may be room for the view that in such cases the naturalization, having been obtained by fraud, is null and void ab initio. (...) It may be compatible with the draft Convention on the Reduction of Future Statelessness — although even in that case it would be in accordance with the spirit of the convention that such annulment should not take place after a considerable period has elapsed since the naturalization.* »

<sup>2324</sup> Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997, Rapport explicatif, § 61, p. 11.

jeu. Ici, l'argument de l'apatridie est en quelque sorte irrecevable sur le modèle de l'adage « *nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans* » (nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude) : l'individu ne peut pas être protégé d'une situation d'apatridie qu'il a lui-même contribué à créer par sa fraude. Il y a donc une forme de moralité réceptionnée par le droit. Un autre argument fondé sur l'exigence de loyauté est soulevé par l'avocat général Poiares Maduro dans ses conclusions sous l'affaire *Rottmann* : « faire montre de loyauté à l'égard de l'État dont il est le ressortissant est un des devoirs constitutifs du statut dont jouit un individu en sa qualité de national et ce devoir commence dès le moment de l'acquisition de la nationalité. Or, un individu qui, lors du processus d'obtention de la nationalité, fournit délibérément de fausses informations ne peut être considéré comme loyal vis-à-vis de l'État choisi. C'est, du reste, la raison pour laquelle le droit international n'interdit pas la perte de la nationalité dans ce cas, quand bien même elle emporterait l'apatridie. »<sup>2325</sup> Bref, lorsque l'intéressé a sciemment menti à l'autorité publique, il est légitime pour l'État de ne pas prévoir de garantie contre l'apatridie. On rejoint toutefois la Commission du droit international qui indiquait bien dans son rapport de 1953 qu'un tel retrait ne peut intervenir que dans une période donnée, autrement dit que l'action en retrait – quelle que soit l'autorité qui l'engage – doit être régie par des règles de prescription non pas fixées au moment de la découverte de la fraude, mais au moment de l'acquisition, et qu'à défaut de telles règles, il revient au juge de les imposer sur le fondement du principe de proportionnalité (voy. *infra* n° 801 s.).

Il apparaît donc bien que la dynamique d'eupéanisation des règles internationales a conduit à un approfondissement particulièrement important. Reste à savoir quel est leur degré d'acceptation dans l'ordre européen, à l'heure où seuls 21 États ont ratifié la Convention de 1997. En tout état de cause, ces prévisions n'ont vocation à s'appliquer qu'à la privation de la nationalité qui pourrait conduire à l'apatridie de l'intéressé. Qu'en est-il alors des multinationaux qui peuvent eux-aussi perdre leur nationalité ?

**715.** Le volet général de la privation arbitraire de la nationalité résulte d'une série d'interprétations qui renvoient elles-mêmes à des principes et des droits qui n'appartiennent souvent pas directement au domaine du droit de la nationalité. En effet, la prohibition de l'arbitraire, lorsqu'elle ne s'applique pas aux questions relatives à l'apatridie, est ancrée dans le domaine général des droits de l'homme et non celui de la nationalité. Cela ressort bien de la notion de

---

<sup>2325</sup> Conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro présentées le 30 septembre 2009, aff. C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 33.



« fondamentalisation » de la nationalité au sens de l'inscription de ce droit dans le champ des droits de l'homme. Plus concrètement, ce principe s'applique donc indifféremment aux mononationaux et aux plurinationaux. Cette idée n'est pas neuve puisque l'article 9 de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961 prévoyait déjà de manière générale que « Les États contractants ne priveront de leur nationalité aucun individu ou groupe d'individus pour des raisons d'ordre racial, ethnique, religieux ou politique. » Or, cet article était conçu pour s'appliquer à la nationalité d'un individu en général, sans considération aucune pour le fait qu'il puisse posséder une autre nationalité<sup>2326</sup>. Cette prohibition de l'arbitraire possède deux dimensions : l'une procédurale, l'autre matérielle.

**716.** Même si la force des contraintes procédurales a déjà été détaillée *supra* (cf. n° 589 s.), on peut dire quelques mots ici du lien entre privation arbitraire et aspects procéduraux. Ce lien est d'abord bien établi. Le rapport explicatif de la Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997 mentionne que « la prévention des privations arbitraires de nationalité » est liée à l'encadrement des motifs de fond, mais aussi à la présence de « garanties procédurales », justement prévues par le chapitre IV de la Convention<sup>2327</sup> : délai raisonnable dans le traitement des demandes (art. 10) ; motivation écrite des décisions (art. 11) ; droit à un recours administratif ou judiciaire (art. 12) ; frais raisonnables (art. 13). Ces garanties sont par ailleurs systématiquement rappelées dans les rapports « Droits de l'homme et privation arbitraire de la nationalité » remis à intervalles réguliers au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Le rapport de 2009 explique ainsi que « Les garanties de procédure sont essentielles pour prévenir tout abus de droit. Il est donc attendu des États qu'ils observent des normes de procédure minimales de manière à éliminer tout élément d'arbitraire des décisions touchant à la nationalité. »<sup>2328</sup> Le rapport de 2011 encourage les États à adopter « toute une série de protections en matière de procédure (...) pour garantir l'accès à la justice »<sup>2329</sup>. Quant au rapport de 2013, le

---

<sup>2326</sup> La Commission du droit international relevait déjà qu'un tel article n'avait donc pas toute sa place dans une Convention relative à l'apatridie. Mais le raisonnement est simple, si la prohibition des discriminations est prévue dans le seul cas où la privation rendrait l'individu apatridie, alors la convention envoie le message implicite mais évident que de telles discriminations ne seraient pas prohibées dans le cas où l'individu posséderait une autre nationalité. Face au caractère inopportun de cette possibilité, la Commission fait le choix de garantir ce droit de manière générale, son rapport précisant bien que les mononationaux comme les plurinationaux sont couverts par la prohibition des discriminations à raison de la race, de la religion, de l'ethnie, ou des opinions politiques. Voy. CDI, *Annuaire*, 1953, vol. 2, § 152, p. 226. L'article est d'ailleurs adopté sans aucune discussion de fond par les États lors de la Conférence de Genève de 1959, voy. UN Doc. A/CONF.9/SR.13, p. 10.

<sup>2327</sup> Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997, Rapport explicatif, § 36, p. 7.

<sup>2328</sup> Nations Unies, Secrétaire général, « Droits de l'homme et privation arbitraire de la nationalité », 14 décembre 2009, A/HRC/13/34, § 43, p. 11.

<sup>2329</sup> Nations Unies, Secrétaire général, « Droits de l'homme et privation arbitraire de la nationalité », 19 décembre 2011, A/HRC/19/43, § 20, p. 9.

dernier en date, celui-ci énonce que « Les États devraient non seulement offrir des voies de recours et garantir le droit à un procès équitable, mais aussi faire en sorte qu'il existe un recours effectif disponible lorsqu'une décision sur la nationalité est jugée illégale ou arbitraire, sous la forme, notamment, du rétablissement de la nationalité. »<sup>2330</sup> L'arbitraire procédural est donc particulièrement bien réceptionné en droit international, il n'est donc guère surprenant que ce soit sur cet aspect que la Cour européenne des droits de l'homme insiste dans son contrôle des mesures de perte de la nationalité (voy. *supra* n° 644 s.). Cet arbitraire procédural est encore renforcé de considérations matérielles.

717. La prohibition de la privation arbitraire possède encore une dimension matérielle, qui se décompose en plusieurs facettes : prévision par la loi et conformité au droit international des droits de l'homme, en particulier le principe de proportionnalité et le principe de non-discrimination. Le principe de non-discrimination, qui trouve de nombreux supports conventionnels en droit international (voy. *infra*) est sans doute le mieux consacré en la matière<sup>2331</sup> – cela n'est guère étonnant tant la prohibition de l'arbitraire s'établit en réaction directe aux mesures discriminatoires prises par le régime nazi. Le secrétariat général des Nations Unies résume une partie de ces aspects dans son rapport de 2009, dont lequel on sent l'influence rémanente des travaux préparatoires de la Déclaration universelle des droits de l'homme :

« [M]ême si le droit international autorise la privation de la nationalité dans certaines circonstances, cette privation doit être conforme au droit interne et satisfaire à des normes précises en ce qui concerne la forme et le fond, en particulier le principe de proportionnalité. Les mesures conduisant à la privation de la nationalité doivent servir un but légitime, qui soit conforme au droit international et, surtout, aux objectifs du droit international des droits de l'homme. Ces mesures doivent être, parmi celles qui permettraient d'atteindre le résultat recherché, les moins attentatoires aux droits d'autrui, et elles doivent être proportionnelles à l'intérêt qu'elles visent à protéger. À cet égard, la notion d'arbitraire s'applique à tout acte de l'État, qu'il soit de nature législative, administrative ou judiciaire. La notion d'arbitraire peut être interprétée comme visant non seulement les actes contraires à la loi, mais aussi, plus largement, ceux qui ont un caractère inapproprié, injuste ou même imprévisible. »<sup>2332</sup>

L'idée d'une place prépondérante du principe de proportionnalité dans l'appréciation d'un arbitraire matériel est plutôt nouvelle. On retrouve cette idée dans le rapport explicatif de la Convention européenne sur la nationalité : « En ce qui concerne les motifs de fond, la privation doit

---

<sup>2330</sup> Nations Unies, Secrétaire général, « Droits de l'homme et privation arbitraire de la nationalité », 19 décembre 2013, A/HRC/25/28, § 34, p. 15.

<sup>2331</sup> Voy. Nations Unies, Secrétaire général, « Droits de l'homme et privation arbitraire de la nationalité », 14 décembre 2009, A/HRC/13/34, § 26, p. 7 – Nations Unies, Secrétaire général, « Droits de l'homme et privation arbitraire de la nationalité », 19 décembre 2013, A/HRC/25/28, § 22, p. 10-11.

<sup>2332</sup> Nations Unies, Secrétaire général, « Droits de l'homme et privation arbitraire de la nationalité », 14 décembre 2009, A/HRC/13/34, § 25, p. 7.

en général être prévisible, proportionnée et prévue par la loi. »<sup>2333</sup> La substance de ce principe est reprise dans une Recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe adoptée en 1999 qui prévoit que « la gravité des faits ainsi que d'autres circonstances pertinentes telles que le lien véritable et effectif [des] personnes avec l'État concerné devraient être prises en considération. »<sup>2334</sup> Le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés établit en 2009 avec une grande clarté que « pour ne pas être arbitraire, [la privation de la nationalité] doit être conforme au droit interne et satisfaire à des critères précis concernant la forme et le fond, en particulier le principe de proportionnalité. »<sup>2335</sup> Les « conclusions de Tunis » – un groupe d'experts réuni autour de Gérard-René De Groot à l'invitation du Haut-Commissariat en 2013 – affirment ainsi que « la privation de la nationalité doit être proportionnée aux intérêts que l'État cherche à protéger. Cela requiert une mise en balance des droits de l'individu et des intérêts de l'État. »<sup>2336</sup> À ce titre d'ailleurs, l'article 7, 1., d. de la Convention européenne sur la nationalité de 1997 prévoit que la déchéance ne peut être prononcée qu'à la suite d'un « comportement portant un préjudice grave aux intérêts essentiels de l'État partie », ce qui donne une idée du degré d'« intérêt » que l'État doit alléguer<sup>2337</sup>. L'arrêt *Rottmann* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne s'inscrit exactement dans cette dynamique (voy. *infra*). On voit donc bien que proportionnalité et non-discrimination forment en droit international les principes qui contraignent prioritairement les États lorsqu'ils adoptent des mesures de perte de la nationalité, quand bien même celles-ci ne conduiraient pas à l'apatridie – les deux sections suivantes détaillent précisément ces points.

**718.** Le principe de prohibition de la privation arbitraire de la nationalité se trouve ainsi fermement établi en droit international, notamment parce qu'il repose indirectement sur l'ensemble des normes du droit international des droits de l'homme spécialement applicables à la

---

<sup>2333</sup> Convention européenne sur la nationalité, rapport explicatif, § 36, p. 7.

<sup>2334</sup> Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (99) 18 sur la prévention et la réduction des cas d'apatridie, 15 septembre 1999.

<sup>2335</sup> Voy. la réponse du HCR aux questions adressées par le secrétariat général des Nations Unies, « Privation arbitraire de la nationalité », 26 janvier 2009, A/HRC/10/34, § 49, p. 14.

<sup>2336</sup> HCR, Expert Meeting. Interpreting the 1961 Statelessness Convention and Avoiding Statelessness resulting from Loss and Deprivation of Nationality (« Tunis Conclusions »), mars 2014, § 20, p. 6. Voy. également Jorunn Brandvoll, « Deprivation of nationality : limitations on rendering persons stateless under international law », in Alice Edwards et Laura van Waas, *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 208-215.

<sup>2337</sup> Pour une liste très complète des droits de l'individu qui peuvent être atteints par une privation de nationalité, voy. Nations Unies, Secrétaire général, « Droits de l'homme et privation arbitraire de la nationalité », 19 décembre 2011, A/HRC/19/43, § 5-44, p. 4-16.

matière de la nationalité. Beaucoup d'auteurs considèrent que ce principe a ainsi acquis une valeur coutumière<sup>2338</sup>. Quel est alors l'état du droit français au regard de ce principe ?

## 2. De l'arbitraire à l'absolu en droit français : une prohibition imparfaite

**719. L'absence d'arbitraire dans son volet général.** – Dans son volet général, la prohibition de l'arbitraire renvoie aux garanties matérielles et procédurales que doivent présenter toute mesure de perte de la nationalité. Or, on a déjà démontré que l'ensemble des cas de perte de la nationalité sont prévus par la loi et soumis à un contrôle juridictionnel. Il n'y a donc pas de difficultés au regard de la composante procédurale de ce principe. Sur le plan matériel, comme on va le démontrer *infra*, les principes de proportionnalité et de non-discrimination sont appliqués en droit français, et l'on renvoie donc aux développements critiques qui suivent. Sur le plan global, on se bornera à dire ici que le droit français ne souffre pas de contrariété manifeste à propos de ces deux principes – exception faite de quelques réserves relatives aux discriminations entre Français par acquisition et Français de naissance (cf. n° 785), et de la proportionnalité du retrait pour fraude lorsqu'il est particulièrement tardif (cf. n° 647). De fait, au sein des démocraties, l'enjeu se situe davantage dans le développement d'une prohibition généralisée de l'apatridie en matière de perte de la nationalité, ce que la France ne réceptionne en revanche qu'imparfaitement.

**720. Une prohibition de l'apatridie à géométrie variable.** – Il faut distinguer ici entre les modes de perte volontaire et involontaire de la nationalité. La perte volontaire de la nationalité est intégralement soumise à la condition de possession d'une nationalité étrangère. Il ne faut toutefois pas voir dans cette protection un réflexe moral de protection contre l'apatridie. Cela tient à l'origine historique de certains de ces mécanismes qui visaient initialement à proscrire la plurinationalité par une perte de la nationalité française dans le cas de l'acquisition d'une nationalité étrangère – le cas déjà connu de l'Ancien Droit de la « naturalisation en pays étranger » par exemple. Ainsi, les articles 23, 23-1 et 23-2 du code civil prévoyant la libération de droit de la nationalité française en cas d'acquisition d'une nationalité étrangère et d'une résidence habituelle extraterritoriale, l'article 23-4 prévoyant la libération par décret en cas de possession d'une nationalité étrangère, et l'article 23-5 prévoyant la libération de droit en cas d'ac-

---

<sup>2338</sup> Voy. Hélène Lambert, « Comparative Perspectives on Arbitrary Deprivation of Nationality and Refugee Status », *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, vol. 64, p. 10 ; HCR, Expert Meeting. Interpreting the 1961 Statelessness Convention and Avoiding Statelessness resulting from Loss and Deprivation of Nationality (« Tunis Conclusions »), mars 2014, § 2, p. 2.

quisition d'une nationalité étrangère par mariage, impliquent chacun – par nature – la possession d'une nationalité étrangère. Enfin, l'article 23-3 du code civil permet la « répudiation » de la nationalité française lorsque l'individu tient sa nationalité d'un seul de ses deux parents – par le droit du sang, le double droit du sol, ou l'effet collectif de la naturalisation<sup>2339</sup>. Dans ce cas, le législateur ouvre à l'individu la possibilité de répudier la nationalité française ainsi acquise ou attribuée en se fondant sur l'idée que l'autre parent a transmis une autre nationalité étrangère par filiation. L'article 20-3 du code civil s'en assure puisqu'il prévoit que l'individu qui entend répudier la nationalité française doit prouver qu'il possède « par filiation la nationalité d'un pays étranger ». On le voit donc bien, un Français ne peut renoncer à sa nationalité sans apporter la preuve qu'il possède une autre nationalité.

**721.** Concernant les modes de perte involontaire de la nationalité, c'est-à-dire à l'initiative de l'autorité publique, le bilan prohibitif est plus contrasté. Deux mécanismes sont d'abord respectueux des questions d'apatridie. Le premier est le mécanisme de l'article 23-7 du code civil prévoyant la perte de la nationalité pour exercice actif d'une nationalité étrangère – que la pratique administrative qualifie plus volontiers de « libération d'office de la nationalité » (voy. *supra* n° 392 s.). Par essence, ce dispositif prévoit que la perte ne pourra intervenir qu'à la condition de la possession en droit *et* de l'exercice en fait d'une nationalité étrangère. L'article 23-7 ne peut donc pas – par principe – causer l'apatridie. L'étude des archives montre toutefois qu'en certaines occasions, cette condition a été appréciée avec une souplesse assez inattendue. Ainsi de l'affaire des frères Lichtenbaum<sup>2340</sup>, deux Français par déclaration partis s'installer en Israël après la déportation et la mort de leurs parents durant la seconde guerre mondiale. La procédure de libération d'office de leurs liens d'allégeance est lancée au tout début des années 1950 suite à – semble-t-il – des faits d'insoumission. Le jeune État d'Israël n'a alors que deux années d'existence, et il n'a pas encore réglementé sa nationalité. Juridiquement donc, il n'est pas possible à cette époque de prouver la possession d'une nationalité israélienne ; il faut pour cela attendre la loi du 1<sup>er</sup> avril 1952 sur la nationalité, la loi du Retour du 5 juillet 1950 ne conférant en elle-même qu'un droit d'immigration (l'*Alyah*)<sup>2341</sup>. Pourtant, les autorités françaises mènent la procédure à son terme et le ministre précise dans son rapport :

---

<sup>2339</sup> Voy. Amélie Dionisi-Peyrusse, « Nationalité – perte et déchéance individuelles », JCl. Droit international, Fasc. 502-80, 2017, § 30-34.

<sup>2340</sup> AN, 19990025/212, n° 255.415.

<sup>2341</sup> Voy. Ayelet Shchar, « Citizenship and Membership in the Israeli Polity », in Thomas Alexander Aleinikoff et Douglas Klusmeyer (dir.), *From Migrants to Citizens : Membership in a Changing World*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 2000, p. 386-433, spéc. p. 389-390. Voy. également Ben Herzog, « The Revocation of Citizenship in Israel », *Israel Studies Forum*, 2010, vol. 25, n° 1, p. 59.

« [L']un et l'autre se comportent en fait comme les nationaux d'un pays étranger et bien que théoriquement la nationalité israélienne n'existe toujours pas, notre représentant indique qu'ils sont considérés comme israéliens par les autorités locales. Ils tombent donc sous le coup des dispositions de l'article 96 du Code de la Nationalité. »

Ils sont libérés d'office de leur nationalité par un décret du 20 septembre 1951<sup>2342</sup>. Nul doute qu'un tel décret n'aurait pas survécu à son examen contentieux. Mais les frères Lichtenbaum semblaient en réalité assez désireux de renoncer à leur nationalité française selon les constats de la légation de France en Israël. Les dispositions les plus protectrices restent donc à la merci d'une interprétation déraisonnable de l'administration – risque toutefois correctement pallié par la possibilité de saisir le juge.

**722.** Le second mécanisme respectueux de la prohibition de l'apatridie est l'article 25 du code civil. Cet article qui tire ses origines de la loi de 1927 (voy. *supra* n° 431 s.) n'a longtemps aucunement prévu une telle prohibition. Il revient au législateur d'avoir inscrit cette garantie à l'occasion de l'adoption de la loi n° 98-170 du 16 mars 1998 relative à la nationalité<sup>2343</sup>. C'est un amendement du gouvernement déposé en séance qui précise à l'article 25 du code civil que la déchéance peut frapper l'individu « sauf si [elle] a pour résultat de le rendre apatride »<sup>2344</sup>. La garde des sceaux Elisabeth Guigou précise alors que la France se conforme ainsi à une règle morale, mais aussi à des conventions internationales qu'elle compte ratifier :

« Actuellement, ces déchéances peuvent être prononcées même si elles ont pour résultat de rendre l'intéressé apatride. Une telle conséquence n'est pas acceptable. D'ailleurs, tant la convention des Nations unies de 1961 que la convention du Conseil de l'Europe sur la nationalité tendent à éviter l'apatridie. La France a l'intention de signer et ratifier ces deux conventions. Aussi s'agit-il de mettre notre droit en conformité avec celles-ci. »<sup>2345</sup>

C'est donc par anticipation que le gouvernement semble ici intervenir, saisissant l'intérêt de mettre son droit en conformité avant la ratification – l'on sait toutefois qu'à ce jour ces deux conventions n'ont toujours pas été ratifiées. Davantage, le gouvernement montre explicitement

---

<sup>2342</sup> JORF, 23 septembre 1951, p. 9802.

<sup>2343</sup> JORF, 17 mars 1998, p. 3935.

<sup>2344</sup> JORF, Ass. nat., débats, 28 novembre 1997 (3<sup>ème</sup> séance), p. 72.

<sup>2345</sup> *Ibid.* La garde des sceaux se fonde déjà sur la Convention de 1961 plus tôt dans le débat, à l'occasion de l'examen de la capacité de l'individu à décliner la nationalité française acquise automatiquement par le droit du sol, à la condition qu'il prouve qu'il possède bien la nationalité d'un autre État. Elle déclare : « Cette disposition du projet de loi est très importante puisqu'elle prévoit qu'un jeune ne peut renoncer à la nationalité française que s'il n'est pas apatride. Nous devons donc la conserver, ce qui est conforme à la convention des Nations unies du 30 août 1961, en application de laquelle la France s'est déjà engagée à réduire le nombre de cas d'apatridie. » L'argument convaincant : l'amendement de suppression de cette protection est retiré par son auteur, Thierry Mariani. Voy. *ibid.*, p. 36. Les mêmes arguments sont employés au Sénat où l'on relève bien l'absence de ratification de ces instruments internationaux. La garde des sceaux répond de la même manière que « la France ayant l'intention de signer et de ratifier ces deux conventions, elle souhaite, par conséquent, s'y conformer. », voy. JORF, Sénat, débats, 14 janvier 1998, vers. num.

son attachement à la règle de prohibition de l'apatridie à laquelle elle se conforme, nonobstant son absence de valeur conventionnelle.

723. Le droit de la perte de la nationalité française comprend toutefois des cas qui ne garantissent pas la prohibition de l'apatridie. Il en va ainsi d'abord des articles 23-6 et 23-8 du code civil. L'article 23-6 prévoit la perte judiciaire de la nationalité par désuétude à la suite d'une expatriation de longue durée (voy. *supra* n° 330 s.), et l'article 23-8 prévoit la perte de la nationalité en raison de l'occupation d'un emploi dans une armée, un service public étranger, ou une organisation internationale dont la France ne fait pas partie – la perte ne pouvant intervenir qu'après le refus de faire droit à l'injonction gouvernementale de cesser les activités (voy. *supra* n° 383 s.). Ces deux mécanismes ne prévoient pas de garantie explicite contre l'apatridie. Force est toutefois de constater dans un premier temps que dans les faits, un Français qui appartient par exemple à une armée étrangère ou qui est expatrié depuis plusieurs générations à l'étranger présente de fortes chances de posséder la nationalité du pays étranger dans lequel il travaille ou réside. Au-delà de ces considérations factuelles ensuite, certains auteurs ont pu se questionner sur une prohibition juridique se déduisant de l'économie générale du droit français de la perte de la nationalité. Concernant l'article 23-6 du code civil, Paul Lagarde indique qu'« On peut supposer que [le tribunal de grande instance] vérifiera – ce que l'article 23-6 ne lui impose pas – si la perte de la nationalité française n'a pas pour résultat de faire de l'intéressé un apatride. »<sup>2346</sup> Dans le même sens, Amélie Dionisi-Peyrusse écrit qu'« il serait cohérent de ne pas prononcer la perte de nationalité si celle-ci risque de conduire à l'apatridie »<sup>2347</sup>. Dans le cas de l'article 23-8 du code civil, les remarques sont similaires, Paul Lagarde considère ainsi que :

« L'article 23-8 du Code civil n'exige pas, à la différence de l'article 23-7 et de la déchéance, que l'intéressé possède la nationalité d'un pays étranger. Il serait néanmoins logique d'étendre à ce cas de perte de la nationalité française, par identité de motifs, la disposition de la loi du 16 mars 1998 écartant la mesure, pourtant plus répressive, de la déchéance en cas de risque d'apatridie. »<sup>2348</sup>

Il est vrai que dans la catégorie des pertes involontaires à titre de sanction, l'article 23-8 est désormais le seul à ne pas consacrer la prohibition de l'apatridie. Seule une réforme législative pourrait toutefois rendre cette condition opposable à l'administration, qui reste pour le moment

---

<sup>2346</sup> Paul Lagarde, *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2011, n° 43.21, p. 246.

<sup>2347</sup> Amélie Dionisi-Peyrusse, « Nationalité – perte et déchéance individuelles », *op. cit.*, § 71.

<sup>2348</sup> Paul Lagarde, *La nationalité française*, *op. cit.*, n° 43.83, p. 234. Voy. également Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup et Ségolène Barbou des Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Paris, PUF, 2015, n° 208, p. 182, qui semblent adopter la même position.

formellement autorisée à prononcer la perte de la nationalité d'un ressortissant Français mononational – attention toutefois à la question de la proportionnalité d'une telle mesure puisque l'apatridie entre en ligne de compte dans son appréciation (voy. *infra* n° 829). La ratification de la Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997 réglerait également la question puisqu'un tel motif de perte n'est pas couvert par ses stipulations (voy. *supra* n° 714).

Le droit français connaît une dernière série de cas de perte de la nationalité qui ne protège pas du risque d'apatridie, il s'agit de l'ensemble des mécanismes qui tendent à faire perdre rétroactivement la nationalité à un individu suite à la découverte – postérieure à l'acquisition de la nationalité – de l'insatisfaction des conditions légales, de mensonge ou fraude, ou encore d'une indignité ou un défaut d'assimilation. Ce sont ainsi les mécanismes de retrait administratif de décrets d'acquisition, de naturalisation ou de réintégration (art. 27-2 du code civil), de retrait judiciaire par action en contestation de la nationalité acquise par déclaration (art. 26-4 du même code), et d'opposition par décret à l'acquisition de la nationalité (art. 21-4 du même code). Ces trois procédés produisent des effets rétroactifs et la nationalité est réputée n'avoir jamais été acquise<sup>2349</sup>. C'est sans doute dans cette spécificité – la rétroactivité – que se niche cette exception à la prohibition de l'apatridie : on ne peut pas être protégé contre la perte de ce que l'on n'a jamais possédé. Ce raisonnement est particulièrement fictionnel. Le droit international réceptionne pourtant cette exception, l'enjeu étant celui de l'intentionnalité (voy. *supra* n° 714). Il n'en demeure pas moins que le retrait, même prévu par la loi, devra satisfaire des conditions de proportionnalité, notamment au regard du délai dans lequel l'annulation intervient (voy. *supra* n° 647), les retraits judiciaires et administratifs pouvant intervenir dans un délai de deux années à compter de la découverte de la fraude, sans limite de temps<sup>2350</sup>.

La situation est différente lorsque l'annulation n'est pas le fruit d'un comportement visant intentionnellement à tromper l'autorité publique. Ainsi, l'annulation de la nationalité par retrait

---

<sup>2349</sup> Cela se déduit directement de la lettre de l'article 21-4 du code civil concernant l'opposition : « En cas d'opposition du Gouvernement, l'intéressé est réputé n'avoir jamais acquis la nationalité française. » Concernant le retrait administratif prévu à l'article 27-2 du code civil, le caractère rétroactif se déduit de la nature même de la décision de retrait qui « anéantit » la décision initiale, voy. Hugues Fulchiron et Etienne Cornut, « Nationalité – Naturalisation. Acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique », JCl. Droit international, Fasc. 502-71, 2011, § 204. Concernant l'action en contestation de nationalité qui est une déclinaison judiciaire du retrait de nationalité, cette même solution a été logiquement retenue par le juge, voy. Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2007, n° 04-17022, Bull. 2007, I, n° 177.

<sup>2350</sup> Sous l'angle en particulier de la « sécurité juridique », Hugues Fulchiron et Étienne Cornut, « Acquisition de la nationalité française à raison du mariage », JCl. Droit international, Fasc. 502-60, 2010, § 428, précisent de manière fort intéressante que l'article 2232 code civil prévoit un délai « butoir » fixé à vingt années pour toutes les prescriptions extinctives, à l'exception toutefois des « actions relatives à l'état des personnes », ce qui englobe (et exclut) la nationalité.



administratif ou judiciaire parce que les conditions légales ne sont finalement pas réunies, ou l'opposition à l'acquisition pour indignité ou défaut d'assimilation, mettent en jeu une perte de la nationalité dont l'individu ne peut être rendu responsable par son comportement durant la procédure d'acquisition. L'autorité reconnaît une erreur ; elle a dans ces hypothèses deux années pour intervenir en annulation à compter de l'acquisition de la nationalité. Les délais sont donc beaucoup plus contraignants et viennent ainsi garantir à l'individu un degré minimum de sécurité juridique. Force est toutefois de constater que ces cas ne sont pas prévus par le droit international, et que les Conventions de 1961 et 1997 garantissent normalement en la matière une prohibition absolue de l'apatridie. Le législateur pourrait donc, ici encore, faire application par anticipation des principes émis par ces Conventions. Dans bien des cas, une telle condition ne gênera pas l'action de l'État puisqu'un individu qui acquiert la nationalité française conserve le plus souvent sa nationalité d'origine. En revanche, si l'individu était apatride *ab initio*, ou si la nationalité de l'État d'origine est perdue et que la législation de cet État ne prévoit pas qu'elle soit regagnée automatiquement en cas de retrait de la nationalité acquise dans un autre État, il semble légitime que l'administration ou le juge renonce à retirer la nationalité française<sup>2351</sup>. En tout état de cause, la ratification des Conventions de 1961 et 1997 viendrait pallier cette imprévision de la loi française<sup>2352</sup>.

**724. Conclusion de section : la place de la nationalité dans le champ des droits de l'homme.** – La subjectivisation de la nationalité, la transformation en un « droit à », est sans doute le phénomène le plus emblématique de l'inscription de la nationalité dans le champ des droits de l'homme. Force est toutefois de constater que le bilan normatif de la nationalité en tant que droit de l'homme est assez maigre. Le droit à la nationalité dans sa formulation générale ne connaît pas de débiteur certain, et il est très improbable qu'il en connaisse un jour, sauf à ce qu'émerge « un monde qui serait au-dessus des nations »<sup>2353</sup> pour reprendre la belle formule d'Arendt. De la même manière, la prohibition de la privation de nationalité qui conduirait à

---

<sup>2351</sup> Il est d'ailleurs intéressant de relever que les procédures de retrait administratif ou judiciaire pour insatisfaction des conditions légales n'ont pas toujours existé. Le retrait administratif (pour ce motif) n'existe que depuis le code de la nationalité de 1945, art. 111, in JORF, 20 octobre 1945, p. 6706 ; le retrait judiciaire est encore plus récent, il existe quant à lui depuis la loi du 9 janvier 1973, art. 107, al. 2 du code de la nationalité (nouveau), qui a d'ailleurs été abrogé par la loi du 22 juillet 1993, art. 34, in JORF, 23 juillet 1993, p. 10344, et rétabli par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, art. 72, in JORF, 27 novembre 2003, p. 20150. Ces mécanismes n'ont donc rien d'une constante en droit de la nationalité.

<sup>2352</sup> D'un point de vue quantitatif, un rapport parlementaire de 2011 fait état de cinq retraits pour défaut de satisfaction des conditions légales depuis les années 2000, contre 12 à 40 en matière de fraude. Voy. Sénat, rapport n° 239 de François-Noël Buffet, vol. I, 19 janvier 2011, p. 66.

<sup>2353</sup> Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, op. cit., p. 300.

l'apatridie n'est pas consacrée en droit international ; l'ensemble des normes conventionnelles prévoient encore des exceptions plus ou moins étendues à cette prohibition. Le texte de la déclaration universelle des droits de l'homme est lui-même révélateur : ce n'est que la privation *arbitraire* qui est prohibée – et une privation conduisant à l'apatridie peut en certaines circonstances ne pas être reconnue comme arbitraire. Mais, pour le moment en tout cas, l'apport juridique de ce projet est ailleurs. La consécration de la nationalité en tant que droit de l'homme a produit peu d'effets juridiques contraignants, mais elle a durablement inscrit l'idée que la nationalité, à défaut de fonctionner exactement comme un droit fondamental, devait à tout le moins être inscrite dans le champ protecteur des droits fondamentaux. De fait, l'enjeu pour les démocraties libérales n'a jamais été réellement de se conformer aux normes issues de la lutte contre l'apatridie, qui s'inscrivent davantage dans le champ de la réaction aux totalitarismes. Ce qu'ont produit ces normes nouvelles liées au droit à la nationalité ou à la prohibition de la privation arbitraire, c'est l'idée nouvelle d'un lien entre droits de l'homme et nationalité, et d'une nécessaire protection de la nationalité. La lutte juridique contre l'apatridie a donc indirectement permis à d'autres normes substantielles d'irriguer l'ensemble du droit de la nationalité, en particulier le principe de non-discrimination et le principe de proportionnalité.

## ***Section 2. Les principes structurants d'égalité et non-discrimination***

**725.** Lorsque l'autorité publique agit en droit de la nationalité, elle opère nécessairement un choix et trace une frontière entre les nationaux d'une part, et les étrangers d'autre part. La « répartition » et donc la « distinction »<sup>2354</sup> sont au cœur de la nationalité, Paul Lagarde a même pu écrire que « le droit de la nationalité est intrinsèquement un droit d'exclusion »<sup>2355</sup>. Dès lors, il est presque paradoxal de soulever la question des contraintes tirées du principe d'égalité ou du principe de non-discrimination<sup>2356</sup> en ce domaine. Encore aujourd'hui par exemple, la « politique » de la naturalisation reste particulièrement emprise de catégorisation, catégories qui d'ailleurs évoluent au gré des intérêts de l'État. La situation des « professions intellectuelles »

---

<sup>2354</sup> Les termes sont empruntés à Hugues Fulchiron, « De la détermination des nationaux par une loi interprétative », *Rev. crit. DIP*, 2000, n° 4, p. 681 : « le droit de la nationalité est par nature un droit de distinction et de répartition. »

<sup>2355</sup> Paul Lagarde, *La nationalité française*, *op. cit.*, n° 00.04, p. 2.

<sup>2356</sup> Le principe de non-discrimination est une déclinaison spéciale du principe d'égalité, sa « forme moderne » et « concrète » selon Frédéric Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2015, 10<sup>ème</sup> éd., p. 54. Du même auteur, voy. « Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Droit de propriété et droit à la non-discrimination », *JCl Europe Traité*, Fasc. 6523, 2016, § 85. Voy. encore Olivier Jouanjan, « Egalité », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 588 ; Frédéric Edel, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *Droits*, 2015, vol. 61, n° 1, p. 118 et p. 130-137.

est assez intéressante de ce point de vue en ce qu'elle montre le changement de doctrine en pure opportunité entre le début du XXe siècle et les années contemporaines. Niboyet écrit ainsi en 1938 qu'il ne faut pas naturaliser les individus qui suivent les carrières de l'esprit :

« La France a besoin d'un apport de population. Il doit être demandé aux travailleurs manuels parce que la France en manque, mais non aux intellectuels et cela pour de nombreuses raisons. Certes, la naturalisation de personnes des carrières libérales ne doit pas être interdite, mais il paraît opportun de la limiter à des cas aussi rares et aussi dignes d'intérêt que possible. En effet, nous ne sommes que trop riches en cerveaux, et nos universités ou écoles beaucoup trop surpeuplées contribuent déjà à créer un chômage souvent cruel. (...) À cela il convient d'ajouter une très importante condition d'ordre moral. Les individus qui occupent les carrières libérales exercent une action indéniable sur le mouvement des idées dans le pays. Du point de vue de la défense de notre intégrité morale et nationale, cette action doit être réservée aux Français d'origine, ceci sauf de rares exceptions. »<sup>2357</sup>

À l'exact opposé de cette doctrine, dans une circulaire du 16 octobre 2012 signée du ministre de l'intérieur Manuel Valls ayant pour objet la procédure d'accès à la nationalité française, il est au contraire indiqué aux préfets qu'il faut encourager la naturalisation des « candidats qui présentent un potentiel élevé pour notre pays », notamment « certains doctorants et attachés temporaires d'enseignement et de recherche », les services étant même invités à apprécier « [l']intérêt de la spécialité et [la] qualité de la candidature au vu des travaux, publications et lettres de recommandation. »<sup>2358</sup> L'on voit bien ainsi comment la frontière peut évoluer en pure opportunité à quatre-vingts années d'intervalle<sup>2359</sup>. Le droit international lui-même fait obligation de « faciliter » la naturalisation de certaines catégories d'individus comme les réfugiés ou apatrides<sup>2360</sup>. La capacité de la « politique » de naturalisation – et du droit de la nationalité en général – à distinguer entre différentes catégories d'individu est toutefois encadrée dans les ordres juridiques international et constitutionnel. Cette dynamique est récente. Dans l'ordre constitutionnel, elle prend appui sur le développement du contrôle de constitutionnalité et sur le principe d'égalité, souvent invoqué et parfois retenu par le Conseil constitutionnel (I). Dans l'ordre international, elle prend appui sur le développement du droit international des droits de

---

<sup>2357</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, vol. I, Paris, Sirey, 1938, n° 231, p. 271.

<sup>2358</sup> Ministère de l'intérieur, circulaire relative à la procédure d'accès à la nationalité française, 16 octobre 2012, NOR INTK1207286C, p. 3.

<sup>2359</sup> Le juge administratif a d'ailleurs confirmé que « dans l'appréciation qu'il lui appartient de porter sur l'intérêt d'accorder la nationalité française à un étranger qui la sollicite, l'autorité administrative est en droit de se fonder notamment sur des considérations tirées de la profession de l'intéressé », voy. CE, section, 20 mai 1996, n° 144384, *Ministre des affaires sociales et de l'intégration c. Machnouk*, Lebon p. 186.

<sup>2360</sup> Voy. Convention relative au statut des réfugiés, art. 34, in Nations Unies, *Recueil des traités*, 1954, vol. 189, p. 177 – Convention relative au statut des apatrides, art. 32, in Nations Unies, *Recueil des traités*, 1960, vol. 360, p. 155. Voy. également notre contribution « L'accès à la naturalisation des réfugiés au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne », in Julian Fernandez et Caroline Laly-Chevalier (dir.), *Droit d'asile, État des lieux et perspectives*, Paris, Pedone, 2015, p. 287-302. Il ne s'en déduit évidemment pas une obligation pour l'État de donner une suite favorable aux demandes de naturalisation formées par des réfugiés statutaires, voy. CE, 2 ss., 13 janvier 1992, n° 107346, inédit.

l'homme à la suite de la seconde guerre mondiale – la non-discrimination étant l'un des enjeux majeurs en droit international de la nationalité (II).

### **§ 1. Le principe d'égalité ancré dans le droit constitutionnel**

726. La violation du principe d'égalité est sans doute l'un des moyens les plus soulevés devant le juge constitutionnel, en droit de la nationalité en particulier. Par sa nature distinctive et excluante, le droit de la nationalité s'y prête en effet particulièrement. Dans une jurisprudence assez nourrie, le Conseil constitutionnel a pu préciser – suivant un inégal souci du détail – le sens du principe d'égalité dans le champ de la nationalité, en relevant même une censure dans le domaine sensible de l'égalité des sexes (A). Il faut toutefois relever dans une approche critique qu'en plusieurs occasions, le Conseil n'a soit pas justifié, soit insuffisamment justifié, les solutions fondant son refus de censurer des dispositions pourtant particulièrement attentatoires à l'égalité en matière de perte et de conservation de la nationalité (B).

#### **A. Les contours normatifs de la catégorisation en droit constitutionnel**

727. L'application du principe d'égalité en droit de la nationalité ne présente pas de caractéristiques particulières au regard du contentieux constitutionnel. En revanche, le principe d'égalité en contentieux constitutionnel est d'un usage délicat, notamment sur le plan de la logique, il faut donc en dire un mot préalable (1). L'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel mérite ensuite d'être passée en revue tant la diversité des cas présentés au juge montre la réalité de la contrainte constitutionnelle formée par le principe d'égalité. Sur le plan des résultats toutefois, force est de constater que la censure n'a été retenue qu'à une occasion (2).

#### **1. La place prépondérante du principe d'égalité dans le contentieux constitutionnel**

728. **Remarques générales sur le principe d'égalité.** – Le principe d'égalité est paradoxal en ce que philosophiquement il peut signifier d'une part que tous les hommes doivent être traités de manière absolument identique selon une égalité arithmétique et absolue – c'est la vision des révolutionnaires liée à l'abolition des privilèges<sup>2361</sup> –, ou d'autre part et à l'inverse que tous les hommes doivent être traités différemment suivant leurs situations nécessairement uniques, se-

---

<sup>2361</sup> Stéphane Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 30-32.

lon une égalité géométrique. La voie juridique, qui émerge au début du XXe siècle, est médiane : suivant Frédéric Edel, « le principe d'égalité "accepte" (...) de fractionner l'universalité des sujets au nom d'une dissemblance de situation, et "accepte" aussi (...) de regrouper des sujets de droit au nom d'une ressemblance de situation. »<sup>2362</sup> Autrement dit, en droit, le principe d'égalité peut se satisfaire des différences de traitement. Selon Olivier Jouanjan, le principe d'égalité conduit ainsi à exiger que « ce qui est essentiellement semblable doit être traité de manière identique ; ce qui est essentiellement dissemblable doit être traité de manière différente. »<sup>2363</sup> Toutefois, comme le précise encore cet auteur, seule la première proposition est généralement reçue en jurisprudence : « il n'y a pas d'obligation de différencier les traitements mais seulement celle de traiter de la même manière ce qui est essentiellement semblable »<sup>2364</sup>, aucun « droit à la différence » n'a jamais été consacré<sup>2365</sup>. Ainsi, le principe d'égalité prohibe le traitement différencié de situations essentiellement semblables. Cette approche théorique est partiellement reçue en contentieux constitutionnel.

**729. Précisions sur le principe d'égalité dans le contentieux constitutionnel.** – On ne peut guère s'étonner de la prépondérance de l'argument tiré de la rupture du principe d'égalité dans le contentieux constitutionnel relatif à la nationalité. Il n'y a ici qu'une déclinaison d'un phénomène plus global bien décrit par Ferdinand Mélin-Soucramanien : « le principe d'égalité est devenu la norme constitutionnelle la plus fréquemment invoquée par les requérants et, par suite, celle à laquelle le Conseil constitutionnel se réfère le plus souvent. »<sup>2366</sup> De fait, l'œuvre du législateur est nécessairement faite de catégorisation et la tentation d'invoquer le principe d'égalité pour contester la norme adoptée par le Parlement est grande.

**730.** En se fondant principalement sur l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>2367</sup>, le Conseil constitutionnel emploie de manière synthétique la formule

---

<sup>2362</sup> Frédéric Edel, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, 2009, vol. 49, n° 1, p. 234-235.

<sup>2363</sup> Olivier Jouanjan, « Egalité », *op. cit.*, p. 586.

<sup>2364</sup> *Ibid.*

<sup>2365</sup> Sur ce point, voy. par ex. Ferdinand Mélin-Soucramanien, « Le contrôle de l'ordonnance du 24 janvier 1996 relative aux mesures urgentes tendant au rétablissement de l'équilibre financier de la sécurité sociale », *RFDA*, 1997, n° 3, p. 460.

<sup>2366</sup> Ferdinand Mélin-Soucramanien, « La loi et le principe d'égalité », *RFDA*, 2013, n° 5, p. 952. Voy. également Benoît Jorien, « Égalité et non-discrimination en droit public français », in Gilles J. Gugliemi et Geneviève Koubi (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, coll. Recherches, 2000, p. 141.

<sup>2367</sup> « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

suiuante : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'il n'en résulte pas pour autant que le principe d'égalité oblige à traiter différemment des personnes se trouuant dans des situations différentes »<sup>2368</sup>. Celle-ci appelle plusieurs remarques. D'abord, le Conseil mentionne ici des cas où une différence de traitement est à l'œuvre, il s'agit donc non seulement de « comparer des situations concrètes » pour en évaluer le caractère semblable ou non, mais aussi de vérifier que les traitements sont « proportionnés aux situations », c'est-à-dire qu'ils ne confèrent pas à un certain groupe « un avantage (excessif) ni (...) un désavantage (excessif) »<sup>2369</sup>. Ensuite, et de manière assez critiquable, le Conseil envisage la possibilité d'une « dérogation » à l'égalité pour des motifs liés à « des raisons d'intérêt général ». Autrement dit, des situations essentiellement semblables peuvent conduire à des traitements différents si ceux-ci répondent à un certain intérêt général. Il y a là en réalité une négation du principe d'égalité – le Conseil constitutionnel n'écrit-il pas que le principe d'égalité peut « déroge[er] à l'égalité (sic) » ? – qu'avait déjà relevé Jean Rivero en commentant la jurisprudence du Conseil d'État<sup>2370</sup> et plus récemment Olivier Jouanjan<sup>2371</sup>. En réalité, et conformément à la logique du principe d'égalité, le Conseil ferait mieux d'utiliser ces raisons d'intérêt général dans son processus de comparaison pour établir une différence de situation qui justifierait la différence de traitement. En conclusion, face à des formules aussi prudentes, force est de constater que l'invocation de ce principe « ne conduit que très rarement à des annulations. »<sup>2372</sup> L'ensemble se vérifie bien en matière de nationalité.

## 2. La faible contrainte du principe d'égalité en matière de nationalité

**731. Une efficacité réduite en matière de nationalité.** – Sur les onze décisions prises par le Conseil constitutionnel directement en lien avec la législation relative à l'obtention ou à la

---

<sup>2368</sup> Voy. par ex. Cons. const., 20 janvier 2011, n° 2010-624 DC, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*, § 27. Sur les critiques logiques que peuvent appeler cette formule, voy. Olivier Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *JusPoliticum*, 2012, n° 7, p. 10 et s.

<sup>2369</sup> Sur l'ensemble, voy. Olivier Jouanjan, « Egalité », *op. cit.*, p. 586-587.

<sup>2370</sup> Jean Rivero, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, vol. 14, Paris, Dalloz, 1961-1962, p. 354 : « il serait vain de dissimuler la gravité de la brèche ainsi ouverte ».

<sup>2371</sup> Olivier Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *op. cit.*, p. 12 : « cette manière de contrôler la justification par l'intérêt général, (...) c'est retirer toute sa signification au principe. »

<sup>2372</sup> Ferdinand Mélin-Soucramanien, « La loi et le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 952.

perte de la nationalité, huit traitent du moyen tiré de la violation du principe d'égalité<sup>2373</sup>. Le moyen n'a prospéré que dans l'une d'entre elles. Quant au reste, le Conseil constitutionnel a écarté le principe d'égalité soit qu'il reconnaisse un caractère différent aux situations comparées, justifiant dès lors un traitement différent, soit qu'il reconnaisse un caractère semblable aux situations, mais qu'un ou plusieurs motifs d'intérêt général viennent justifier la différence de traitement.

732. Il y a donc une première série de décisions justifiant le respect du principe d'égalité par la dissemblance des situations comparées. Le Conseil constitutionnel fait ainsi application pour la première fois du principe d'égalité dans la grande décision du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*. Il va alors systématiquement considérer que les différences de traitements résultent de la différence des situations, en rapport direct avec l'objet de la loi. Dans un premier cas soumis à son examen, était en cause la voie d'accès à la nationalité par déclaration *sans délai* au profit des personnes étrangères mariées avec un conjoint français avec qui ils ont eu un enfant, différent du délai de droit commun de deux ans en vigueur à l'époque pour les couples sans enfant. Le Conseil juge alors que « les étrangers parents d'un enfant de nationalité française ne sont pas dans la même situation que ceux qui ne peuvent se prévaloir de ce lien de nature à favoriser l'appartenance nationale ; que dès lors en opérant une telle distinction eu égard à l'objectif d'intégration à la communauté nationale qu'il se fixait, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité »<sup>2374</sup>. La différence de situation tient donc en la possession d'un « lien de nature à favoriser l'appartenance nationale », ici de nature familiale, et cette différence de traitement est conforme « à l'objectif d'intégration à la communauté nationale ». Cette méthode de raisonnement est encore utilisée dans la même décision à propos du double droit du sol, désormais fermé aux enfants nés en France de parents nés dans un territoire français ayant depuis accédé à l'indépendance. Le Conseil note encore que « les enfants nés de parents eux-mêmes nés sur un territoire demeuré français et ceux nés de parents nés sur un territoire ayant ultérieurement accédé à l'indépendance sont placés dans des situations différentes »<sup>2375</sup> au regard d'une « présomption d'intégration », et que cette différence de traitement est en accord avec l'objectif d'intégration que s'est fixé le législateur. Cette justification par la « présomption d'intégration » est pertinente en droit de la nationalité, certains étrangers au regard de leur intégration présumée selon des facteurs familiaux et territoriaux se trouvent

---

<sup>2373</sup> Sur la récente décision du 6 septembre 2018 relative à la réforme du droit du sol à Mayotte, l'on renvoie à nos développements critiques *supra* (cf. n° 328).

<sup>2374</sup> Cons. const., 20 juillet 1993, n° 93-321 DC, *Loi réformant le code de la nationalité*, § 4.

<sup>2375</sup> *Ibid.*, § 19 et 22.

en effet dans une situation différente des autres étrangers n'ayant pas ou plus d'attaches particulières.

**733.** Plus tard, dans une décision du 29 juin 2012, *M. Mouloud A.*, le Conseil constitutionnel juge, concernant la conservation de la nationalité des Français domiciliés en Algérie au moment de l'indépendance, que les Français de statut civil de droit commun d'une part (qui conservent la nationalité française à l'indépendance), et les Français de statut civil de droit local s'étant vus conférer la citoyenneté française sans avoir formellement renoncé à leur statut local d'autre part (qui perdent la nationalité française à l'indépendance), sont dans une situation différente. Le Conseil se contente ici d'une justification laconique : si les droits politiques possédés par ces deux catégories de Français avant l'indépendance sont bien identiques, cela n'implique pas que ces personnes « soient soumises aux mêmes règles concernant la conservation de la nationalité française »<sup>2376</sup>, et qu'ainsi « les dispositions contestées n'ont pas pour effet de soumettre à un traitement différent des personnes placées dans une situation identique ». Le respect du principe d'égalité est davantage affirmé que démontré ici puisqu'il n'est rien dit de ce qui différencie leurs situations – le commentaire du secrétariat général n'apporte d'ailleurs aucun élément complémentaire pour reconstruire le raisonnement du Conseil. Pour ces raisons, cette décision appelle quelques commentaires critiques *infra* (cf. n° 751 s.).

**734.** Enfin, dans une décision du 22 novembre 2013, *Mme Charly K.*, l'action en négation de nationalité ouverte au procureur de la République en vertu de l'article 29-3 du code civil, considérée comme imprescriptible par la jurisprudence de la Cour de cassation, est comparée à, d'une part, l'action en contestation de nationalité ouverte également au procureur en vertu de l'article 26-4 du même code, et qui se prescrit par deux ans soit à compter de la date de l'enregistrement, soit, le cas échéant, à compter de la découverte du mensonge ou de la fraude, et, d'autre part, la procédure de déchéance ouverte au gouvernement en vertu des articles 25 et 25-1 du même code, inscrite dans un double délai de dix années (premier délai à compter de l'acquisition, second délai à compter de la réalisation des faits). Le Conseil relève encore ici que ces différentes procédures ne correspondent pas à des situations semblables : « l'action en négation de nationalité a pour objet de faire reconnaître qu'une personne n'a pas la qualité de Français ; qu'elle a donc un objet différent tant de l'action en contestation de la déclaration de nationalité, qui vise à contester l'acte ayant conféré à une personne la nationalité française, que

---

<sup>2376</sup> Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-259 QPC, *M. Mouloud A.* [Statut civil de droit local des musulmans d'Algérie et citoyenneté française], § 5.



de la déchéance de nationalité, qui vise à priver une personne, en raison des faits qu'elle a commis, de la nationalité française qu'elle avait régulièrement acquise »<sup>2377</sup>. La justification est ici davantage soignée et l'on comprend sans difficulté les différences entre ces différentes actions et procédures, qui justifient donc une différence dans les règles de prescriptions mises en œuvre par le code civil.

**735.** Il y a ensuite une seconde série de décisions justifiant le respect du principe d'égalité face à des situations pourtant identiques, en recourant à une ou plusieurs raisons d'intérêt général pour légitimer la différence de traitement<sup>2378</sup>. Le coup d'envoi de cette jurisprudence en matière de nationalité remonte aux décisions bien connues en matière de déchéance de nationalité. Dans la décision du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme*, et la décision du 23 janvier 2015, *M. Ahmed S.*, le Conseil constitutionnel juge « qu'au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation »<sup>2379</sup>. Toutefois, dans ces deux décisions, le Conseil va se ranger derrière un « objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme » pour considérer que l'autorité publique peut, « pendant une durée limitée », déchoir les seuls Français par acquisition « sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité ». La rationalité et la proportionnalité d'un tel raisonnement peut largement être discutée, des développements critiques sont donc réservés *infra* (cf. n° 743 s.).

**736.** Cette jurisprudence est encore illustrée par une décision technique du 21 octobre 2011, *Mlle Fazia C. et autres*, qui porte sur la différence de traitement entre les enfants nés en mariage et hors mariage. Par application de dispositions aujourd'hui abrogées, la mention de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant légitime valait établissement de la filiation, à la différence de la même mention dans l'acte de naissance d'un enfant naturel où la filiation était établie dans ce dernier cas par le moyen d'une reconnaissance ou de la possession d'état. Une réforme de 2005 met fin à cette inégalité de traitement et prévoit désormais l'établissement de la filiation par la simple mention de la mère dans l'acte de naissance quel que soit le statut légitime ou

---

<sup>2377</sup> Cons. const., 22 novembre 2013, n° 2013-354 QPC, Mme Charly K. [Imprescriptibilité de l'action du ministère public en négation de la nationalité française], § 9.

<sup>2378</sup> Comme on l'a déjà montré, cette méthode de raisonnement est critiquable en ce qu'elle revient à admettre le respect du principe d'égalité dans une situation où l'égalité n'est justement pas garantie.

<sup>2379</sup> Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme*, § 23 ; Cons. const., 23 janvier 2015, n° 2014-439 QPC, *M. Ahmed S.* [Déchéance de nationalité] § 13.

naturel de l'enfant. La réforme est d'application immédiate. À titre transitoire, elle prévoit toutefois une exception en ne produisant pas d'effets rétroactifs en droit de la nationalité à l'égard des personnes majeures. Autrement dit, une personne majeure qui pourrait établir une filiation maternelle avec une Française en vertu de cette nouvelle législation ne pourrait pas pour autant demander l'attribution de la nationalité en vertu du droit du sang (article 18 du code civil). Subsiste donc dans le droit transitoire une différence de traitement entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Dans sa décision, le Conseil ne dit pas explicitement si ces enfants sont placés dans une même situation – on ne peut toutefois guère en douter<sup>2380</sup> –, et passe directement à l'étape de l'examen de la justification par une raison d'intérêt général. Sont ainsi évoqués la volonté d'assurer « la stabilité de la nationalité des personnes à la date de leur majorité », plus généralement « l'objectif d'intérêt général de stabilité des situations juridiques », et enfin le « caractère résiduel »<sup>2381</sup> de la différence de traitement. Cette motivation est largement critiquable. Comme le note Paul Lagarde, « Même si cette différence est “résiduelle”, comme s'en contente curieusement la décision, elle n'en constitue pas moins une discrimination choquante. »<sup>2382</sup> De fait, justifier ainsi une inégalité entre enfants naturels et légitimes paraît tout à fait étonnant, surtout dans un domaine aussi important que celui de la nationalité. La justification par l'intérêt de la « stabilité de la nationalité » est aussi particulièrement surprenante : la nationalité n'est pas une donnée immuable, un individu peut évidemment acquérir une autre nationalité au cours de sa vie tout en préservant parfaitement ses intérêts<sup>2383</sup>. Enfin, la justification du « caractère résiduel » peine à convaincre, tant la notion n'est ni chiffrée, ni expliquée<sup>2384</sup>.

**737.** Cette seconde série jurisprudentielle est donc largement moins convaincante, là où la justification par la différence de situation est globalement mieux maîtrisée dans la première série jurisprudentielle, notamment lorsqu'elle se fonde sur les « présomptions d'intégration ». Néanmoins, il ne faudrait pas imaginer que l'argument est vain en contentieux constitutionnel.

---

<sup>2380</sup> Le commentaire du secrétariat général précise d'ailleurs : « L'objet principal de l'ordonnance de juillet 2005 a précisément consisté à parfaire l'égalité entre les enfants selon qu'ils sont issus ou non d'un mariage, solution qu'impose le principe d'égalité garanti par la Constitution. », in Conseil constitutionnel, Commentaire, Décision n° 2011-186/187/188/189 QPC du 21 octobre 2011, *Mlle Fazia C. et autres (Effets sur la nationalité de la réforme de la filiation)*, p. 7.

<sup>2381</sup> Pour l'ensemble, voy. Cons. const., 21 octobre 2011, n° 2011-186/187/188/189 QPC, *Mlle Fazia C. et autres* [Effets sur la nationalité de la réforme de la filiation], § 5-6.

<sup>2382</sup> Paul Lagarde, « Égalité des filiations et nationalité », *Rev. crit. DIP*, 2011, n° 4, p. 825.

<sup>2383</sup> Dans le même sens, voy. Jean Hauser, « Droit transitoire », *RTD civ.*, 2012, n° 1, p. 107.

<sup>2384</sup> Voy. encore Jean Hauser, *ibid.* : « On avouera ne pas savoir ce qu'est un caractère résiduel et surtout ne pas comprendre ce que le Conseil veut dire par là. »

Une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée en 2014 montre le caractère contraignant du principe d'égalité en droit de la nationalité.

**738. L'unique succès en matière d'égalité des sexes.** – La décision du 9 janvier 2014, *Mme Jalila K.*, censure pour la première fois une disposition relative à la nationalité sur le fondement du principe d'égalité. Ici, étaient en cause un mécanisme qui permettait à l'homme seul de conserver sa nationalité en cas de naturalisation en pays étranger, à la différence de la femme qui restait soumise à la règle de la perte automatique de la nationalité française en cas de naturalisation en pays étranger. Tel était l'effet de l'article 9 nouveau de l'ordonnance du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française modifié par la loi n° 54-395 du 9 avril 1954 qui disposait notamment : « Jusqu'à une date qui sera fixée par décret, l'acquisition d'une nationalité étrangère par un Français du sexe masculin ne lui fait perdre la nationalité française qu'avec l'autorisation du Gouvernement français. »<sup>2385</sup> Pourquoi une telle limitation au sexe masculin ? Rien dans les travaux préparatoires de la loi ne vient l'expliquer. Sans doute faut-il y voir une survivance quasi inconsciente du régime d'inégalité qui structure à la même époque – et depuis longtemps – les questions de nationalité et de service national<sup>2386</sup>. Comme cela a déjà été vu *supra* (cf. n° 387 s.), les hommes ne perdent pas leur nationalité française par l'effet d'une naturalisation étrangère, sauf à obtenir l'autorisation du gouvernement, de manière à ne pas permettre une soustraction unilatérale aux obligations liées au service national. Bien entendu les femmes, qui ne sont pas soumises aux obligations militaires, ne bénéficient pas du même régime. Quel est alors le sens de cette règle ? Les justifications produites pendant les débats reposent toutes sur l'idée que la plurinationalité ne doit plus être systématiquement évitée et que les Français expatriés doivent pouvoir conserver leur nationalité française, même lorsqu'ils sont forcés de rechercher la naturalisation étrangère pour des raisons de convenance, il en va du « rayonnement » de la France. Les propos du Député Henri Lacaze en séance sont particulièrement révélateurs :

« lorsque des Français – je parle de Français de valeur – vont à l'étranger pour exercer des fonctions culturelles, des fonctions d'enseignement notamment – et nous savons combien la France peut et doit attendre de ceux qui vont ainsi à l'étranger propager la culture française – ils sont obligés par certains pays d'acquérir la nationalité étrangère, souvent contre leur gré. Nous voulons leur permettre à la fois d'acquérir cette nationalité étrangère – puisque l'intérêt

---

<sup>2385</sup> JORF, 10 avril 1954, p. 3451.

<sup>2386</sup> Voy. Henri Batiffol, « Évolution du droit de la perte de la nationalité française », in *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. I, Paris, Pedone, 1975, p. 248-250.

même du développement de la culture française à l'étranger nous y incite – et de rester dans le cadre d'une communauté française que, dans leur pensée, ils n'ont jamais voulu quitter. »<sup>2387</sup>

Au Conseil de la République, on cite le Conseil supérieur de Français à l'étranger qui réclame depuis longtemps la réforme au nom des « conditions nouvelles de la vie internationale [qui exigent] la tolérance d'une nationalité double »<sup>2388</sup>. On ne trouve qu'un Sénateur communiste, Louis Namy, pour s'étonner de cette tolérance à l'égard des seuls hommes : « On sait qu'à l'étranger des femmes françaises font aussi rayonner la culture ou l'influence morale et économique de notre pays au même titre que les hommes. »<sup>2389</sup> Aucun amendement n'est toutefois déposé, et aucun orateur ne lui répond. Jusqu'à la grande réforme de 1973 qui va enfin permettre aux femmes de bénéficier de ce régime (voy. *supra* n° 404), subsiste donc une inégalité flagrante entre les hommes qui conservent par principe leur nationalité française à l'occasion d'une naturalisation étrangère, et les femmes qui perdent automatiquement leur nationalité française dans les mêmes circonstances en vertu de l'article 87 et suivants du code de la nationalité<sup>2390</sup>.

**739.** Ce sont ainsi les dispositions combinées de l'article 9 et de l'article 87 du code de la nationalité dans leur rédaction issue de la loi du 9 avril 1954 qui sont déférées à l'examen du Conseil constitutionnel par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité. Sans surprise, le Conseil juge que l'inégalité de traitement entre les femmes et les hommes est sans rapport direct avec l'objet de la loi puisque les obligations militaires ne sont pas en cause, et qu'aucune raison d'intérêt général ne vient justifier cette inégalité :

« Considérant que, dans le but de faire obstacle à l'utilisation des règles relatives à la nationalité pour échapper aux obligations du service militaire, le législateur pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, prévoir que le Gouvernement peut s'opposer à la perte de la nationalité française en cas d'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère pour les seuls Français du sexe masculin soumis aux obligations du service militaire ; que, toutefois, en réservant aux Français du sexe masculin, quelle que soit leur situation au regard des obligations militaires, le droit de choisir de conserver la nationalité française lors de l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère, les dispositions contestées instituent entre les femmes et les hommes une différence de traitement sans rapport avec l'objectif poursuivi et qui ne peut être regardée comme justifiée »<sup>2391</sup>

---

<sup>2387</sup> JORF, Ass. nat., débats, 12 février 1954 (2<sup>ème</sup> séance), p. 271. Dans le même sens, le Député écrit dans son rapport qu'« il est essentiel de permettre aux Français qui occupent à l'étranger des situations qui leur permettent de faire rayonner la culture ou l'influence morale ou économique française, de conserver la nationalité française (...) ». in Assemblée Nationale, Documents Parlementaires, annexe n° 4485, 24 octobre 1952, p. 2366.

<sup>2388</sup> JORF, Cons. Rép., débats, 30 mars 1954, p. 517.

<sup>2389</sup> *Ibid.*, p. 518.

<sup>2390</sup> L'article 87 dispose notamment « Perd la nationalité française, le Français majeur qui acquiert volontairement une nationalité étrangère. », in JORF, 20 octobre 1945, p. 6705.

<sup>2391</sup> Cons. const., 9 janvier 2014, n° 2013-360 QPC, *Mme Jalila K.* [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Égalité entre les sexes] § 8.

L'on est presque face à un cas d'école face à une rupture aussi franche de l'égalité de traitement entre les sexes, sans aucune justification pertinente. En réalité, l'exclusion des femmes des dispositions de l'article 9 du code de la nationalité à l'occasion de la réforme du 9 avril 1954 tient clairement d'un inconscient inégalitaire qui ne cherche en aucune manière à se justifier à l'époque. Il ne peut donc survivre à la progression juridique et constitutionnelle de l'égalité des sexes.

740. Ce qui est intéressant d'ailleurs, c'est que cette déclaration d'inconstitutionnalité ne repose pas sur le seul article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, mais aussi sur le troisième alinéa du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1946 qui dispose : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Or, sur ce fondement combiné, le Conseil accentue l'intensité de son contrôle, comme le note généralement Ferdinand Mélin-Soucramanien :

« En France, le Conseil constitutionnel, dans le but de préserver le pouvoir discrétionnaire du législateur, module les degrés d'intensité de son contrôle juridictionnel du principe d'égalité. Quand il a affaire à une discrimination expressément interdite par la Constitution, c'est-à-dire à une forme d'égalité déterminée, il met en œuvre un contrôle strict. Ainsi, aux termes de l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, les discriminations expressément interdites sont celles fondées sur l'origine, la "race", la religion, les croyances et le sexe. Dans tous les cas où le Conseil constitutionnel a été confronté à de telles discriminations, il a conclu à leur non-conformité à la Constitution. Il s'agit donc d'un contrôle strict en apparence, mais fatal en fait. »<sup>2392</sup>

Une telle analyse est confirmée par le commentaire de la décision qui précise bien que « Ce choix [d'une double référence à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946] signifie que le contrôle de la conformité à la Constitution des différences de traitement instituées entre les hommes et les femmes ne correspond [pas] au contrôle habituel en matière de respect du principe d'égalité, opéré sur le seul fondement de l'article 6 de la Déclaration de 1789 (...). Le Conseil a ainsi soumis à un contrôle renforcé les différences instituées par le législateur entre les hommes et les femmes. »<sup>2393</sup> Cette annulation est donc le fruit d'une part d'une inégalité franche qui ne comporte aucun commencement de justification de cette inégalité de traitement, que ce soit sur le plan d'une différence de situation des hommes et des femmes en rapport direct avec l'objet de la loi, ou sur le plan d'une raison d'intérêt général qui viendrait couvrir l'inéga-

---

<sup>2392</sup> Ferdinand Mélin-Soucramanien, « La loi et le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 952. Du même auteur, voy. « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, vol. 29, n° 3, p. 93-96.

<sup>2393</sup> Conseil constitutionnel, Commentaire, Décision n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014, *Mme Jalila K.* [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Égalité entre les sexes], p. 14.

lité, et d'autre part d'un contrôle renforcé car portant sur une discrimination expressément interdite par le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1946. Cette décision doit donc être largement approuvée.

**741.** Quel bilan de la jurisprudence constitutionnelle ? Aux sept décisions sur dix mettant en cause le principe d'égalité, une seule déclaration d'inconstitutionnalité en résulte. Les circonstances de cette dernière décision du 9 janvier 2014, *Mme Jalila K.*, sont en outre particulières : les dispositions avaient déjà été jugées inégalitaires par le législateur et celles-ci étaient abrogées depuis déjà plusieurs dizaines d'années<sup>2394</sup>. C'est uniquement parce qu'il est possible de déférer au Conseil constitutionnel des dispositions applicables à des situations passées que cette décision a pu être prise. Autrement dit, le principe d'égalité n'a jamais joué à l'égard de dispositions en vigueur au moment où le Conseil statue. Deux décisions en particulier, concernant la perte et la conservation de la nationalité, appellent à ce titre des remarques critiques sur le fond du raisonnement du juge constitutionnel.

## **B. La conservation et la perte de la nationalité face au principe d'égalité : réflexions critiques**

**742.** Dans deux contentieux particuliers, la déchéance de nationalité (1) et la conservation de la nationalité à la suite de la décolonisation (2), le Conseil n'a pas reconnu l'atteinte à l'égalité. Ces deux décisions méritent la critique à la fois en raison de la défectuosité de la motivation retenue, et sur le fond pour la qualité du raisonnement mené.

### **1. Le refus du Conseil de reconnaître une rupture d'égalité en matière de déchéance**

**743. Détail des décisions et problèmes posés.** – Le Conseil constitutionnel a dans deux décisions évoqué le principe d'égalité en matière de déchéance de nationalité. Dans une première décision de 1996, il juge que la déchéance de nationalité pour fait de terrorisme des seuls Français par acquisition n'est pas contraire au principe d'égalité :

« 22. Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ;

23. Considérant qu'au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont

---

<sup>2394</sup> Comme le note très justement Vincent Tchen, « Bilan d'un épisode d'accalmie législative », *Constitutions*, 2014, n° 2, p. 231 : « cette question ne s'inscrit qu'à l'extrême marge du droit des étrangers et (...) l'annulation emporte peu de conséquences pratiques au sens où elle s'applique rétroactivement à des situations anciennes. »

dans la même situation ; que, toutefois, le législateur a pu, compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité ; »<sup>2395</sup>

Cette jurisprudence est encore confirmée et précisée par le Conseil constitutionnel en 2015 à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité formée lors de l'examen contentieux d'un décret de déchéance de nationalité :

« 15. Considérant que, d'autre part, depuis cette décision du 16 juillet 1996, la loi du 23 janvier 2006 susvisée a porté de dix à quinze ans les délais prévus aux deux premiers alinéas de l'article 25-1 pour les faits visés au 1° de l'article 25 ; que ce délai de quinze ans prévu au premier alinéa de l'article 25-1, qui ne saurait être allongé sans porter une atteinte disproportionnée à l'égalité entre les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance, ne concerne que des faits d'une gravité toute particulière ; que le délai prévu au deuxième alinéa de l'article 25-1 est également limité à quinze ans pour les faits visés au 1° de l'article 25 ; »<sup>2396</sup>

Deux problèmes se posent toutefois d'un point de vue matériel<sup>2397</sup>. D'abord sur le plan abstrait, en quoi cet objectif peut-il justifier la différence de traitement ? Ensuite sur le plan concret, en quoi la différence de traitement répond-elle de manière proportionnée à cet objectif ? Les réponses à ces deux questions montrent les angles morts de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

**744. La justification de la différence de traitement.** – Sur le plan abstrait, justifier la différence de traitement par le recours à un objectif constitutionnel est une expression du contrôle restreint du juge constitutionnel. En effet, comme le précise bien Olivier Jouanjan, « toute loi, presque, toute norme parce qu'elle vise à organiser, réguler ou orienter les comportements sociaux, procède par distinctions et catégorisations. »<sup>2398</sup> Chacun connaît la célèbre formule inaugurée dans la décision *IVG* de 1975 selon laquelle le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ». Dans le cadre du contentieux constitutionnel, « le juge constitutionnel se borne à vérifier l'existence ou

---

<sup>2395</sup> Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*.

<sup>2396</sup> Cons. const., 23 janvier 2015, n° 2014-439 QPC, *M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité]*.

<sup>2397</sup> La décision n'est guère satisfaisante sur le plan logique comme cela a déjà pu être relevé de manière générale *supra*, puisque le Conseil retient le caractère semblable des situations et pour autant admet que le principe d'égalité puisse s'accommoder d'une différence de traitement. Ce point a bien été relevé par Catherine Teitgen-Colly et François Julien-Laferrrière, « Actes de terrorisme et droit des étrangers », *AJDA*, 1997, n° 1, p. 86 : « Le Conseil affirme une chose et son contraire : on voit mal pourquoi il a tenu à poser le principe qu'au regard du droit de la nationalité tous les Français, de naissance ou par acquisition de la nationalité française, sont égaux, s'il n'en tire pas la conséquence qu'ils doivent être traités de façon égale par le droit de la nationalité. »

<sup>2398</sup> Olivier Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *op. cit.*, p. 10.

l'absence de rationalité du choix du législateur »<sup>2399</sup> précise Ferdinand Mélin-Soucramanien. C'est justement cette rationalité que l'on peut questionner ici. En quoi le renforcement de la lutte contre le terrorisme peut justifier de traiter différemment les Français par acquisition et les Français par attribution, pourtant placés – selon les termes mêmes du Conseil – dans la même situation ?

**745.** Le juge n'en dit absolument rien, pas plus d'ailleurs que le commentaire du secrétariat général, ni en 1996, ni en 2014. L'étude des travaux parlementaires n'est pas plus éclairante. Cette disposition qui étend la déchéance aux crimes et délits constituant un acte de terrorisme est issue d'un amendement déposé en commission des lois en seconde lecture du projet de loi tendant à renforcer la répression du terrorisme à l'Assemblée Nationale par la Députée Suzanne Sauvaigo<sup>2400</sup>, qu'elle ne défendra pas en séance publique. Le rapporteur souligne que la déchéance est « déjà prévue » par la loi, et que cet amendement « étend donc le champ »<sup>2401</sup> de l'article 25 du code civil. Quant au gouvernement, il émet un avis favorable par la voix de son Garde des Sceaux, « parce qu'il ne constitue pas une novation de principe (...) mais simplement une extension. »<sup>2402</sup> Il n'y a pas davantage de débat. Au Sénat en revanche, l'amendement est plus discuté. Le Sénateur Michel Dreyfus-Schmidt, pour le groupe socialiste, défend la suppression de cet amendement : « Nous voterons avec détermination contre l'article 7 *quater* parce que l'Assemblée nationale a saisi cette occasion pour marquer que le terrorisme est le fait des étrangers, alors que nous avons la preuve tous les jours qu'il peut être malheureusement aussi le fait de Français, et qu'il n'y a pas de raison de punir différemment des autres. »<sup>2403</sup> C'est donc bien l'argument de l'égalité qui est ici défendu. L'amendement de suppression, également signé par le Sénateur Robert Badinter, est toutefois rejeté. À cette occasion, la Sénatrice Lucette Michaux-Chevry exprime depuis les bancs du RPR une position en faveur d'un traitement différencié des étrangers devenus Français : « Que dit ce texte, sinon que l'on ôte leur nationalité à ceux qui l'ont acquise mais qui ont commis des actes de terrorisme ? Tout de même ! Ils doivent respecter nos lois mieux que les autres. Ils ne doivent pas venir chez nous,

---

<sup>2399</sup> Ferdinand Mélin-Soucramanien, « La loi et le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 952.

<sup>2400</sup> Cette Députée, membre de la majorité de droite (RPR), est déjà l'auteur en 1996 d'un rapport sur l'immigration clandestine et le séjour irrégulier en France. Voy. Commission d'enquête sur l'immigration clandestine et le séjour irrégulier en France, Rapport, Paris, La documentation française, 1996, 2 vol., 232 p. et 489 p.

<sup>2401</sup> JORF, Ass. Nat., débats, 25 avril 1996, p. 32.

<sup>2402</sup> *Ibid.*

<sup>2403</sup> JORF, Sénat, débats, 15 mai 1996, p. 2598.



acquérir la nationalité pour ensuite se livrer à des actes de terrorisme. »<sup>2404</sup> N'est-ce pas justement ici, dans cette dernière intervention, que l'on trouve le fondement même de ce traitement différencié ?

**746.** L'idée selon laquelle l'étranger qui acquiert la nationalité française demeure suspect, au moins pour un temps, est ancienne. Celle-ci remonte à l'origine même de la déchéance de nationalité. Dès les premières déchéances d'Allemands naturalisés Français lors de la première guerre mondiale, on évoque le « masque » que certains naturalisés conservent en France ; lors de l'adoption de la loi de 1927, on évoque encore le « pari » que fait le législateur et l'impérieux besoin de se prémunir contre les risques d'une naturalisation hâtive d'individus indignes (voy. *supra* n° 431 s.). Suivant les termes de Jacques Maury, les « Français nouveaux » ou les « Français volontaires » souffrent traditionnellement d'un « sentiment de défiance »<sup>2405</sup> que le législateur traduit dans la loi par le moyen de la déchéance. On ne trouve donc guère d'arguments juridiques pour défendre cette différence de traitement.

**747.** Deux auteurs majeurs du premier XXe siècle qui commentent le régime nouveau de la déchéance des Français par acquisition énoncent sans ambiguïté l'absence de rationalité du dispositif. Niboyet d'abord écrit que « L'idée de Français de première et de seconde zone n'est pas très jolie. Ce qui est interdit à ceux-ci doit l'être aussi aux premiers. Pourquoi un Alsacien, réintégré de plein droit, aurait-il le droit de poursuivre une campagne abominable contre la France ? Selon nous la loi pour rester logique avec elle-même devrait englober *tous les Français*. »<sup>2406</sup> Pour cet auteur, en « logique », c'est la déchéance pour tous ou bien pour personne. Louis-Lucas confirme encore cette idée et trouve même paradoxal que les naturalisés plutôt que les Français de naissance soient visés :

« En outre, le système adopté et qui consiste à menacer de la déchéance les seuls individus devenus français sur leur demande, tandis que les français par la volonté de la loi sont à l'abri

---

<sup>2404</sup> *Ibid.*, p. 2612.

<sup>2405</sup> Jacques Maury, « Nationalité (en France) », in Albert de Lapradelle et Jean-Paulin Niboyet (dir.), *Répertoire de droit international*, vol. IX, Paris, Dalloz, 1931, n° 511, p. 469.

<sup>2406</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1928, 2<sup>ème</sup> édition, n° 194, p. 236. L'auteur s'inspire sans doute ici des propos tenus par le Député socialiste André Berthon lors des débats de 1927 : « Si le texte de la commission est adopté, il y aura des Français de deuxième zone, qui seront Français pendant dix ans sous condition suspensive ou résolutoire. Pendant dix ans, ces hommes, devenus Français, ne pourront même pas accomplir les actes normaux des citoyens français. », in JORF, Ch. Dép., débats, 7 avril 1927 (1<sup>ère</sup> séance), p. 1217-1218. Le même auteur confirme encore cette idée : « Dès l'instant où elle [la déchéance] frappe les individus nés en France et devenus français au cours de leur majorité, on ne comprend pas pourquoi seuls les Français d'origine lui échappent. Il n'est pas plus permis d'être un indésirable dans un cas que dans l'autre, et cela manque totalement d'élégance, après avoir accordé la nationalité, de la retirer pour des faits que peuvent impunément commettre les Français d'origine. Cette discrimination ne se défend pas. », in *Traité de droit international privé*, vol. I, Paris, Sirey, 1947, 2<sup>ème</sup> édition, n° 384, p. 476.

de cette perspective, n'est peut-être pas aussi heureux qu'il semble tout d'abord. Il paraît logique, à première vue, d'être plus sévère à l'égard des individus qui n'avaient pas de titre à être français et de réserver au pays un moyen de se défendre contre leurs déloyautés. Mais, en réalité, il est paradoxal de réprimer chez eux une certaine attitude d'hostilité envers la France et de penser que la même répression est inapplicable aux individus qui, étant plus profondément français, devraient aussi être plus pleinement fidèles. »<sup>2407</sup>

Il n'y a donc dans la différence de traitement entre les Français par acquisition et les Français de naissance aucune logique juridique, aucune rationalité<sup>2408</sup>. Le fondement de cette distinction traduit davantage une forme de peur de l'étranger qui se renforce dans l'entre-deux guerres. C'est précisément cela que le Conseil aurait dû relever dans ses décisions de 1996 et 2014 : il n'y a rien de logique à considérer que la lutte contre le terrorisme doit viser plus particulièrement les Français par acquisition que les Français de naissance, sauf à faire un lien (dont on n'aperçoit guère la rationalité) entre statut d'ancien étranger et risque terroriste.

**748. La proportionnalité de la différence de traitement.** – La justification objective de la différence de traitement par un objectif constitutionnel comme la lutte contre le terrorisme n'épuise normalement pas l'argumentation nécessaire pour démontrer que le principe d'égalité est respecté. En effet, comme le note Olivier Jouanjan, la fin doit être en accord avec les moyens, il y a donc également un rapport de proportionnalité à vérifier :

« L'égalité est prise dans le rapport instrumental qu'institue la loi entre le but (légitime) poursuivi par le législateur et le moyen que constitue la différence de traitement. La fin est bien le critère d'appréciation du moyen. Seulement, une jurisprudence dans un État de droit (...) ne peut se borner à la seule formule selon laquelle "la fin justifie les moyens", une pure logique instrumentale. C'est bien ici que doit intervenir le motif de la proportionnalité : n'importe quelle différence de traitement ne saurait être justifiée même par la fin la meilleure. Ou bien c'est la politique qui a saisi le droit. »<sup>2409</sup>

En l'espèce, en 1996, le Conseil constitutionnel en dit très peu sur la proportionnalité de la justification au regard de la différence de traitement : « toutefois, le législateur a pu, compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, *pendant une durée limitée*, pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité »

---

<sup>2407</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française*, Paris, Sirey, 1929, p. 271-272.

<sup>2408</sup> Voy. *contra* Marcel Caleb, « De la perte de la nationalité », in Institut de droit comparé (dir.), *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, Recueil Sirey, 1933, p. 287 : « [le naturalisé] qui manque à son devoir de loyalisme doit être considéré comme doublement coupable : car c'est lui qui a demandé à acquérir la nationalité du pays que par la suite il a trahi. » Le Français de naissance, lui, ne serait donc que « simplement » coupable. Cette différence de degré, à la supposer convaincante, peine toutefois à distinguer de manière suffisamment nette ces deux catégories de Français.

<sup>2409</sup> Olivier Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *op. cit.*, p. 9. Voy. également Frédéric Edel, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 237-239.

(nous soulignons). Il est possible de considérer ici qu'un commencement d'argumentation relatif à la proportionnalité est inscrit dans la formule « pour une durée limitée ». Autrement dit, c'est le caractère temporaire de la déchéance de nationalité, inscrit à l'époque dans un double délai de dix années, qui permet à l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme de suffisamment justifier la différence de traitement entre les Français par attribution et les Français par acquisition.

**749.** La décision de 2015, sans doute forte des insuffisances de la justifications rédigée en 1996, prend davantage de soin pour justifier le rapport de proportionnalité : « que ce délai de quinze ans prévu au premier alinéa de l'article 25-1, qui ne saurait être allongé *sans porter une atteinte disproportionnée* à l'égalité entre les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance, ne concerne que des faits d'une gravité toute particulière ; que le délai prévu au deuxième alinéa de l'article 25-1 est également limité à quinze ans pour les faits visés au 1° de l'article 25 » (nous soulignons). Ici, ce qui permet au Conseil constitutionnel de considérer que le principe d'égalité n'a pas été violé, c'est justement la proportionnalité de la différence de traitement au regard de l'objectif de lutte contre le terrorisme. À quoi tient cette proportionnalité ? Le juge exprime clairement que le délai de quinze années « ne saurait être allongé » et que les faits concernés sont « d'une gravité toute particulière ». La proportionnalité se décline donc sous un angle temporel – le double délai de quinze années – et sous un angle matériel – la gravité des faits justifiant la déchéance. Il se déduit de cette décision qu'en matière de déchéance des Français par acquisition pour fait de terrorisme, le délai ne saurait ni être étendu, ni les faits amoindris dans leur gravité. Sur ce dernier point, on peut donc former l'hypothèse qu'une déchéance des Français par acquisition selon un régime qui ne reposerait pas sur une condamnation pénale venant établir la matérialité et la gravité des faits ne respecterait plus le principe de proportionnalité. Un régime de déchéance « à l'anglaise »<sup>2410</sup>, c'est-à-dire reposant sur une qualification administrative, est donc *a priori* exclu en France au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

**750.** Pour conclure sur la déchéance de nationalité face au principe d'égalité, force est de reconnaître avec Rémy Schwartz, non sans euphémisme, que « le Conseil a fait manifestement un effort pour valider le dispositif » et que « le législateur [ne pourra guère] s'aventurer plus

---

<sup>2410</sup> Voy. *supra*. Voy. également Audrey Macklin, « Citizenship Revocation, the Privilege to Have Rights and the Production of the Alien », *Queen's Law Journal*, 2014, vol. 40, p. 15-18.

avant »<sup>2411</sup>. Des « efforts » ont manifestement encore été faits en matière de conservation de la nationalité suite à la décolonisation.

## 2. Le refus du Conseil de reconnaître une rupture d'égalité en matière de décolonisation

**751. Éléments de contexte sur les distinctions en Algérie.** – La situation juridique des Français domiciliés en Algérie était régie par deux statuts différents : le statut civil de droit commun regroupant les Européens de nationalité française ; le statut civil de droit local regroupant les musulmans originaires d'Algérie (sur le sens de cette distinction, voy. *infra* n° 789 s.). Le statut de droit local était juridiquement inférieur au statut de droit commun puisqu'il emportait une soumission renforcée à la législation coloniale, notamment en matière répressive, et une privation quasi totale de droits politiques. Son seul intérêt résidait dans l'application de la loi civile musulmane et non celle du code civil. S'il était possible pour un Français soumis au droit local de basculer vers un statut civil de droit commun, la procédure – improprement qualifiée de naturalisation<sup>2412</sup> – était toutefois très difficile à entreprendre et à mener à terme<sup>2413</sup>. C'est sur ce terrain inégalitaire qu'intervient l'ordonnance du 7 mars 1944 relative au statut des Français musulmans d'Algérie<sup>2414</sup> édictée par la France libre. Celle-ci affirme l'égalité entre les Français musulmans et les Français non-musulmans (art. 1) et abroge les dispositions d'exception (art. 2). La réforme est cependant trompeuse puisque les Français de statut civil de droit local n'obtiennent toujours pas les mêmes droits politiques que les Français de statut civil de droit commun ; il faut pour cela expressément renoncer au statut de droit local par la procédure de « naturalisation » susmentionnée<sup>2415</sup>. Une catégorie spéciale de ressortissants est en outre créée : les Français de statut civil de droit local déclarés citoyens à titre personnel (art. 3). Ces derniers sont toujours soumis à la loi musulmane, mais ils jouissent de l'ensemble des droits politiques des Français de statut civil de droit commun. Ce nouveau statut est formé de catégories préétablies de Français « méritants » qui sont déclarés « citoyens », comme les anciens officiers, les diplômés, les fonctionnaires, les décorés, les caïds, aghas et bachaghas (cadres de

---

<sup>2411</sup> Rémy Schwartz, « Constitution et nationalité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, vol. 39, n° 2, p. 50.

<sup>2412</sup> Il ne s'agit pas de prendre la nationalité française, mais de passer d'un statut de sujet à un statut de citoyen.

<sup>2413</sup> Sur l'ensemble, voy. les développements très complets de Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 337-368.

<sup>2414</sup> JORF (Alger), 18 mars 1944, p. 217-218.

<sup>2415</sup> Soit en forme administrative, par l'intermédiaire du Sénatus-consulte du 14 juillet 1865 sur l'état des personnes et la naturalisation en Algérie, in Duvergier, *Collection*, t. 65, 1865, Paris, Guyot et Scribe, p. 405 ; soit en forme judiciaire, par l'intermédiaire de la loi du 4 février 1919 sur l'accession des indigènes de l'Algérie aux droits politiques, in JORF, 6 février 1919, p. 1358.

l'administration locale), etc. Au moment de l'indépendance, l'ordonnance du 21 juillet 1962<sup>2416</sup> modifiant le code de la nationalité ne laisse la nationalité française de plein droit qu'aux Français de statut civil de droit commun. Autrement dit, les Français de statut civil de droit local, qu'ils aient ou non accédé à la citoyenneté à titre personnel en vertu de l'article 3 de l'ordonnance du 7 mars 1944 perdent la nationalité française. C'est ce mécanisme combiné des deux ordonnances de 1944 et 1962 qui est déféré à l'examen du Conseil constitutionnel.

**752. L'absence de justification de la différence de traitement.** – Dans sa décision du 29 juin 2012, M. Mouloud A., le Conseil rejette pour le moins sommairement le moyen tiré de la violation du principe d'égalité : « Considérant que le principe d'égalité n'imposait ni que des personnes bénéficiant de droits politiques identiques soient soumises au même statut civil ni qu'elles soient soumises aux mêmes règles concernant la conservation de la nationalité française ; que les dispositions contestées n'ont pas pour effet de soumettre à un traitement différent des personnes placées dans une situation identique ; qu'il résulte de ce qui précède que le législateur n'a pas porté atteinte au principe d'égalité devant la loi »<sup>2417</sup>. Il est vrai que le demandeur soulevait un moyen constitutionnel plutôt alambiqué, il déférait au Conseil l'interprétation de la Cour de cassation selon laquelle le Français de statut civil de droit local à qui la citoyenneté avait été conférée ne se voyait pas reconnaître pour autant « l'ensemble des droits attachés à cette citoyenneté », c'est-à-dire en particulier celui de conserver la nationalité française au moment de l'indépendance. Toutefois, il faut préciser que le Conseil s'autorise, y compris dans le cadre de son contrôle *a posteriori*, à statuer *ultra-petita*<sup>2418</sup>. La motivation relative à la justification de la différence de traitement est donc particulièrement insuffisante.

**753.** Force est de constater d'abord que la différence de traitement est fondée à tout le moins sur la situation religieuse puisque le citoyen français soumis au droit civil local et le citoyen français soumis au droit civil commun se distinguent notamment pour des raisons confessionnelles, le premier étant soumis à la juridiction et au droit musulmans en matière civile, à la différence du second. Toutefois, le prisme de la religion est sans doute réducteur et à beaucoup de points de vue, il est possible de déceler dans ces deux statuts une distinction quasi ethnique

---

<sup>2416</sup> Ordonnance n° 62-825 du 21 juillet 1962 relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, prises en application de la loi n° 62-421 du 13 avril 1962, in JORF, 22 juillet 1962, p. 7230.

<sup>2417</sup> Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-259 QPC, M. Mouloud A. [Statut civil de droit local des musulmans d'Algérie et citoyenneté française], § 5.

<sup>2418</sup> Voy. Guillaume Drago, « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, 2015, vol. 102, n° 2, p. 347.

et raciale (voy. *infra* n° 789 s.). Quoi qu'il en soit, ce constat aurait pu fonder le Conseil constitutionnel à étendre son contrôle non plus sur le seul article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – comme il le fait en l'espèce –, mais aussi sur le premier alinéa du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1946 qui dispose : « le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. » On sait qu'en la matière (voy. *supra* n° 738 à propos de la décision *Mme Jalila K.*), cela conduit le Conseil à procéder à un contrôle « renforcé », c'est-à-dire plus intense. Il n'en est rien en l'espèce et cela appelle une première critique.

**754.** Sur le fond ensuite, le Conseil constitutionnel juge que l'identité des droits politiques entre ces deux catégories de Français n'implique pas *ipso facto* un traitement identique en matière de conservation de la nationalité, et qu'en toutes hypothèses ces deux catégories de Français ne sont pas placées dans une situation identique. Le raisonnement pourrait s'entendre si le Conseil constitutionnel donnait à voir pourquoi. Il n'en fait rien, pas plus d'ailleurs que le commentaire laconique du secrétariat général. L'objectif général du gouvernement lors de l'adoption de l'ordonnance du 21 juillet 1962 était de conserver dans la nationalité française les individus restant domiciliés en Algérie et qui possédaient avec la France une proximité objectivement exprimée par la possession d'un statut civil de droit commun. Peut-on dès lors affirmer qu'au moment de l'indépendance, les Français de statut civil de droit local et citoyen à titre individuel étaient moins proches de la France que les Français de statut civil de droit commun ? La réponse est nuancée.

**755.** Une certaine proximité objective entre ces deux statuts résulte de leurs conditions d'obtention respectives. La loi du 4 février 1919 sur l'accession des indigènes de l'Algérie aux droits politiques<sup>2419</sup> prévoyait plusieurs cas d'accession de droit au statut civil de droit commun par enregistrement judiciaire similaires aux cas d'attribution de la citoyenneté à titre individuel prévus par l'article 3 de l'ordonnance du 7 mars 1944. Ainsi, sous les régimes comparés de 1919 et 1944, accèdent par exemple à la citoyenneté les officiers de l'armée, les fonctionnaires ou encore les décorés. Autrement dit, dans l'immense majorité des cas, les citoyens à titre individuel de 1944 remplissaient les conditions pour obtenir le statut civil de droit commun par enregistrement judiciaire dans les conditions prévues par la loi de 1919. On le voit donc, affirmer la différence de situation par la seule lecture de leur statut révèle une lecture hyper formaliste des catégories juridiques, en tout cas très insuffisante en matière argumentative : au regard

---

<sup>2419</sup> JORF, 6 février 1919, p. 1358.

des critères édictés par le législateur, ces deux catégories disposent d'une proximité objective avec la France sensiblement identique.

756. À l'inverse, une certaine différence en matière de proximité avec la France pouvait apparaître, cette fois sur le plan subjectif : le choix fait par les Français de statut civil de droit local, mais reconnus citoyens à titre individuel, de ne pas solliciter le statut civil de droit commun auquel ils avaient très probablement droit en application de la loi de 1919. Que révèle ce choix au regard de la proximité avec la France ? C'est justement dans la réponse à cette question qu'aurait pu se nicher l'argumentation du Conseil constitutionnel. Si la citoyenneté à titre individuel est attribuée par l'ordonnance de 1944, le statut civil de droit commun doit en revanche se réclamer. Une certaine « différence de situation » pourrait en résulter, le choix d'un individu de se maintenir sous le régime civil de la loi musulmane, et donc de ne pas devenir « pleinement Français »<sup>2420</sup>, révélant sans doute une proximité moins forte avec la France que celle des Français de statut civil de droit commun. Sur le plan pratique, cet argument demeure largement critiquable puisque l'on connaît les difficultés concrètes de cet enregistrement judiciaire<sup>2421</sup>.

757. Le Conseil constitutionnel s'est refusé à trancher ces questions, sans doute parmi beaucoup d'autres, en se réfugiant derrière une formulation dont le sens n'est guère apparent : « le principe d'égalité n'imposait [pas] que des personnes bénéficiant de droits politiques identiques soient soumises (...) aux mêmes règles concernant la conservation de la nationalité française ». La critique est d'ailleurs renforcée par l'enjeu de l'affaire, rien de moins que des distinctions fondées sur la race ou la religion. Le Conseil constitutionnel gagnerait donc de manière générale à développer les justifications de ses décisions, et en particulier lorsque sont en cause des aspects cruciaux liés à la nationalité aux critères de distinction. En réalité, les positions les plus pertinentes sur le fond et contraignantes à l'égard du pouvoir de l'État se trouvent en droits international et européen.

## § 2. Le principe de non-discrimination ancré dans le droit international

758. Le principe de non-discrimination est une forme spéciale du principe d'égalité orientée vers les qualités personnelles de l'individu (race, sexe, religion, etc.). La différence dans les termes entre non-discrimination et égalité renvoie davantage aux origines respectives de ces

---

<sup>2420</sup> Voy. Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 363-368.

<sup>2421</sup> Voy. *ibid.*, p. 362.

principes – le premier plutôt américain, le second plutôt continental<sup>2422</sup> – qu’à une réelle distinction avec le principe général d’égalité. C’est d’ailleurs en droit international que ce principe s’exprime depuis la fin de la seconde guerre mondiale, suivant la prise de conscience qu’en droit de la nationalité, certaines distinctions doivent être prohibées par principe. On retrouve ainsi en droit international conventionnel des prohibitions spéciales en matière de race et de sexe, dont le champ a été étendu par le droit européen et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (I). D’un point de vue contentieux, il faut d’ailleurs relever la pleine et récente intégration de la nationalité dans le champ de la Convention européenne des droits de l’homme, avec des effets particulièrement contraignants pour les États parties, tandis que la position du juge français reste pour le moment plus en retrait, malgré de fortes potentialités (II).

### **A. Les contours normatifs de la catégorisation en droit international**

**759.** Les discriminations raciales, politiques, sexuelles et religieuses ont conduit au développement au cours du XXe siècle d’un réseau conventionnel particulièrement important prohibant les discriminations. En droit de la nationalité en particulier, plusieurs instruments ont spécifiquement consacré la prohibition des discriminations. Une première série de conventions internationales conclues dans le cadre des Nations Unies forme le socle de cette protection, en particulier au regard des discriminations fondées sur le sexe et la race (A). Une seconde série de conventions européennes conclues dans le cadre du Conseil de l’Europe et renforcées par des interprétations constructives de la Cour européenne des droits de l’homme complètent ce dispositif en prohibant de manière générale les discriminations en matière de nationalité (B).

#### **1. Les prohibitions spéciales du droit international général**

**760. La prohibition des discriminations relatives aux femmes.** – Le premier XXe siècle charrie avec lui les avancées intellectuelles les plus décisives pour l’égalité entre les sexes ; le mouvement de consécration juridique sera plus tardif et aboutira après la seconde guerre mondiale. L’histoire de l’égalité des sexes en droit de la nationalité est une conquête, voire même une victoire du principe de l’autonomie de la volonté des femmes sur le principe de l’unité de famille. Ce dernier principe, sacrosaint notamment dans la pensée chrétienne, exige que les membres du ménage ne possèdent qu’une seule et unique nationalité, et qu’en la matière, ce

---

<sup>2422</sup> Voy. Frédéric Edel, « Le chaos des interprétations du principe d’égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 135.



soit celle du mari qui l'emporte<sup>2423</sup>. S'en déduisaient des règles traditionnelles qui faisaient par exemple perdre à la femme sa nationalité d'origine au moment du mariage (au profit de celle de son mari), et qui lui font encore changer sa nationalité acquise si son mari en obtient une nouvelle pendant le mariage. Nul consentement ne s'exprime, le statut de la femme dépend entièrement et exclusivement de son mari. Cette situation d'inégalité dans le couple va se trouver sérieusement contestée par l'émergence des idéaux féministes et égalitaristes à la croisée des XIXe et XXe siècles (voy. *supra* n° 403 s.). Ce mouvement intellectuel va bientôt être réceptionné dans les milieux juridiques, puis consacré en droit international.

**761.** En droit international justement, le tournant des années 1930 est décisif. Pour s'en convaincre, il suffit d'étudier deux textes adoptés par l'Institut du droit international, le premier en 1928 à la session de Stockholm, le second en 1932 à la session d'Oslo : ils marquent en quatre années de temps la défaite du principe de l'unité de famille au profit d'une stricte égalité des sexes. En 1927-1928, les membres de l'Institut discutent de nouvelles règles générales relatives à la nationalité. À l'occasion de l'examen de la question de la femme mariée, il est rappelé avec fermeté par les rapporteurs que « L'unité de la famille, étant encore reconnue généralement en principe, il faut maintenir la règle que la femme acquiert par le mariage la nationalité de son mari. »<sup>2424</sup> Des exceptions sont apportées – on évoque sommairement l'« émancipation des femmes »<sup>2425</sup> ou « l'influence des idées féministes »<sup>2426</sup> – pour faire valoir par exemple que la femme qui reste domiciliée dans son pays d'origine et qui exprime la volonté de conserver sa nationalité puisse ne pas s'en trouver privée malgré son mariage avec un ressortissant étranger<sup>2427</sup>. Plus généralement, pour des questions liées à la lutte contre l'apatridie, l'Institut cherche encore à s'assurer que la femme ne perde sa nationalité d'origine qu'à la condition qu'elle ait effectivement acquis la nationalité de son mari. Mais sans nul doute, pour l'immense majorité des membres, c'est le principe de l'unité de famille qui doit prévaloir sur l'égalité des sexes<sup>2428</sup>. D'ailleurs, la résolution de 1928 sur la nationalité finalement adoptée

---

<sup>2423</sup> Ce principe est propre à la fois aux systèmes continentaux et de *Common Law*, voy. Radha Govil et Alice Edwards, « Women, nationality and statelessness. The problem of unequal rights », in Alice Edwards et Laura van Waas (dir.), *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 172-173.

<sup>2424</sup> IDI, *Annuaire*, 1927, t. 33, vol. I-II, p. 20.

<sup>2425</sup> *Ibid.*, p. 16. Les rapporteurs mentionnent ici la situation des femmes au regard du droit de suffrage.

<sup>2426</sup> Comme l'écrit Eugène Audinet dans ses observations au rapport, *ibid.*, p. 40.

<sup>2427</sup> Il y a là d'ailleurs une déclinaison du principe territorial évoqué en première partie.

<sup>2428</sup> Fernand De Visscher déclare ainsi : « Le groupe familial forme une entité sociale non moins réelle, non moins respectable que l'individu. La cohésion et la stabilité de ce groupe sont d'intérêt universel. J'estime, en conséquence, que le règlement de l'Institut devrait, par une disposition expresse, consacrer le principe de l'unité de nationalité de la famille, limitant aussi à cet égard la compétence des États. », in IDI, *Annuaire*, 1927, t. 33, vol. I-II, p. 30. Albert de Lapradelle évoque encore l'année suivante le « principe fondamental de l'unité de nationalité

exprime par une majorité de 27 voix contre 3 un vœu sans équivoque : « L'Institut de Droit international exprime le vœu que, dans leur législation sur la nationalité, les États respectent et maintiennent l'unité de la famille autant que le permettent les circonstances. »<sup>2429</sup> Quatre années plus tard, on assiste à un spectaculaire retournement.

**762.** Le rapport rédigé par Albert de Lapradelle et James Brown Scott à propos de la nationalité de la femme précise désormais que « L'unité de la famille est chose d'esprit et non de droit »<sup>2430</sup>. Le renversement de logique est total. Résumant leur pensée, les deux auteurs écrivent avec éloquence et sans ambiguïté :

« Le principe de l'égalité des sexes s'oppose à ce que la femme ne puisse se marier avec un étranger sans perdre sa nationalité, tandis que l'homme pourrait se marier avec une étrangère sans perdre la sienne. (...) [En] aucun cas, l'œuvre autoritaire de la loi ne doit, sur la base d'un principe abstrait déduit d'une différence de sexe, imposer une unité qui (...) doit se dégager d'un concours de volonté. »<sup>2431</sup>

Les termes sont clairs, l'égalité des sexes doit prévaloir sur l'unité de famille. Autrement dit, il ne revient plus au droit d'imposer l'unité de nationalité au sein du ménage, mais au couple de décider librement s'il souhaite ou pas procéder à cette unité, sans que la nationalité de l'homme prévale sur celle de la femme. De manière tout à fait révélatrice, le projet ne porte pas sur la question de la « nationalité de la femme mariée », mais plutôt sur les « effets du mariage sur la nationalité », ce qui laisse apparaître l'égalité des sexes en faisant disparaître toute référence au genre<sup>2432</sup>. Cette proposition ne va pas sans résistance, fondées sur la tradition du droit romain et la religion catholique. Jacques Dumas, membre associé de l'Institut et conseiller à la Cour de cassation, synthétise cette position en déclarant :

« À vrai dire, tout le droit familial chavire, dès que l'unité de nationalité cesse d'être sauvegardée au foyer conjugal. Le mariage n'a de sens que s'il consacre l'union de deux vies. (...) Sur les pierres tombales qui jonchent la campagne romaine, des épouses modèles ont fait graver leur épitaphe sous cette forme : "*Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia.*"<sup>2433</sup> Voilà bien l'expression par excellence de l'unité familiale. La femme chrétienne de 1932 aurait-elle un moindre souci

---

dans la famille », in IDI, *Annuaire*, 1928, t. 34, p. 697. Jules Basdevant est plus nuancé, entre le « principe de l'unité [de famille] » et « le principe de la liberté [de la femme] », « Il ajoute qu'en ce qui le concerne, il hésite à trancher délibérément, dans l'un ou l'autre sens, un débat de principe aussi grave. » in *ibid*, p. 698. André Weiss exprime enfin une position de synthèse plutôt favorable à la condition des femmes : « Si pratiquement et à divers points de vue (conflits de lois ; administration du patrimoine familial, etc.), cette unité [de nationalité] est désirable, elle ne doit pas cependant faire trop bon marché de la personnalité et de la liberté de la femme mariée. Une conciliation est nécessaire (...). », in IDI, *Annuaire*, 1927, t. 33, vol. I-II, p. 36.

<sup>2429</sup> IDI, *Annuaire*, 1928, t. 34, vol. II, p. 707 (décompte des voix) et p. 761 (texte final de la résolution).

<sup>2430</sup> IDI, *Annuaire*, 1932, t. 37, vol. I, p. 6.

<sup>2431</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>2432</sup> C'est ainsi d'ailleurs que les rapporteurs défendent le titre de cette recommandation, *ibid*, vol. II, p. 532.

<sup>2433</sup> « Là où tu seras Gaius, je serai Gaia » : formule témoignant de la fidélité de la femme romaine à son époux.

de cette unité que la femme païenne d'il y a deux mille ans et, en cherchant à acquérir des droits, chercherait-elle à répudier des devoirs ? »<sup>2434</sup>

Les oppositions, désormais explicites, sont toutefois minoritaires. Le débat est désormais mûr, il ne s'agit plus de se fonder sur la tradition juridique mais bien de décider soit de maintenir un principe d'unité de famille inscrit dans un référentiel religieux et conservateur, soit de proposer de consacrer la liberté au sein du couple, c'est-à-dire une position libérale et progressiste<sup>2435</sup>. Le « vœu » est adopté à une très large majorité (par 33 voix pour, 7 contre, et 4 abstentions), avec notamment les voix de Basdevant, Lapradelle, Le Fur, Politis, Niboyet, etc. L'institut de droit international recommande ainsi :

« I. – Que la nationalité de l'un des époux, et à plus forte raison son changement au cours du mariage, ne puissent s'étendre à l'autre contrairement à sa volonté.

II. – Que, dans le cas où les époux ont des nationalités différentes, chacun d'eux puisse acquérir le plus facilement et le plus promptement possible, la nationalité, soit de l'un, soit de l'autre. »

Comment expliquer cette volte-face entre les sessions de Stockholm et d'Oslo ? L'institut a ici clairement souhaité donner effet au vœu adopté par les plénipotentiaires lors de la Conférence de codification de La Haye en 1930. En effet, si la Convention de 1930 sur la nationalité comprend bien des stipulations relatives à la nationalité dans le couple, celles-ci ne visent en réalité qu'à aménager les législations discriminatoires qui font application du principe d'unité de nationalité par prévalence de la nationalité du mari. Autrement dit, les articles 8 à 11 de la Convention de 1930 protègent la femme mariée du risque d'apatridie, et garantissent son consentement en cas de changement de nationalité du mari au cours du mariage<sup>2436</sup> – l'inégalité est tempérée mais certainement pas prohibée. Sans doute parce que les rédacteurs sentent que les positions égalitaristes se consolident, un « vœu » est adopté à la fin de la conférence :

« La Conférence recommande aux États l'examen de la question de savoir s'il ne serait pas possible :

1. de consacrer dans leur droit le principe de l'égalité des sexes en matière de nationalité, en prenant particulièrement en considération l'intérêt des enfants,

---

<sup>2434</sup> IDI, *Annuaire*, 1932, t. 37, vol. II, p. 537-538. De la même manière Michel Kebedgy déclare que « l'égalité à outrance » mène à « l'anarchie » : « On dit bien que l'unité au sein de la famille pourrait être sauvegardée si le mari prenait aussi la nationalité de la femme. Mais, si l'on veut tout bouleverser pour arriver ainsi au *matriarcat*, et, après avoir crié contre la domination du mari au sein de la famille, il est permis de dire que la réforme serait d'une utilité très problématique (...). », in *ibid.*, p. 540-541.

<sup>2435</sup> Les rapporteurs écrivent non sans emphase : « Le temps a passé où la femme était comme un petit point à l'horizon. Aujourd'hui, c'est un soleil au firmament politique (...). [L']égalité du suffrage signifie l'égalité des droits, non pas dans quelque lointain et distant avenir, mais au grand jour dans lequel nous vivons. », in *ibid.*, vol. I, p. 24.

<sup>2436</sup> Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signée à La Haye le 12 avril 1930, in Société des Nations, *Recueil des traités*, 1937-1938, vol. 179, p. 100-102.

2. et de décider spécialement que désormais, la nationalité de la femme ne sera pas en principe affectée sans son consentement, soit par le seul fait de son mariage, soit par celui du changement de nationalité de son mari. »<sup>2437</sup>

La Conférence de codification de 1930 est de fait particulièrement préoccupée par le sort des femmes et de leur nationalité maritale. La seconde commission sur la nationalité décide d'ailleurs d'auditionner deux associations internationales militant pour l'égalité des sexes – le Conseil international des femmes et l'Alliance internationale pour le suffrage et l'action civique et politique des femmes<sup>2438</sup>. Ce seront les seules organisations non gouvernementales admises à la tribune, ce qui montre le caractère crucial du débat à l'époque<sup>2439</sup>.

**763.** Ces années 1930 et ces discussions forment le substrat des futurs textes juridiques qui seront adoptés par la société internationale. Ce qui est dès lors remarquable, c'est le temps que mettra l'ordre international à consacrer ces principes en normes juridiques. En effet, seule une Convention consacrant l'égalité des sexes en matière de nationalité sera adoptée dans la suite immédiate de ces « vœux », il s'agit de la Convention interaméricaine sur la nationalité des femmes adoptée le 26 décembre 1933 à Montevideo sous l'égide de la Conférence internationale des États américains. L'article premier exprime de la manière la plus claire possible l'égalité des sexes en matière de nationalité : « Il ne peut y avoir aucune distinction fondée sur le sexe en matière de nationalité, ni dans la législation, ni dans la pratique. »<sup>2440</sup> Cet exemple reste isolé, il faut attendre la fin du XXe siècle pour que le droit international général consacre l'égalité des sexes en matière de nationalité.

**764.** La Convention sur la nationalité de la femme mariée conclue à New York le 20 février 1957 sous l'égide des Nations Unies et de sa Commission de la condition de la femme n'est

---

<sup>2437</sup> Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, I (Séances plénières), Genève, 19 août 1930, N° officiel C. 351. M. 145 1930. V., p. 162.

<sup>2438</sup> Les discours des oratrices Chrystal MacMillan, Maria Vérone, Margaret Wittermore, Doris Stevens, et Marta Vergara (volontiers plus juridiques que politiques dans ce cénacle d'experts masculins) sont intégralement reproduits in Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), Genève, N° officiel C. 351 (a). M. 145 (a.), p. 178-183. Sur l'exemple de Chrystal MacMillan et de la question plus générale de l'égalité des sexes, voy. Karen Knop et Christine Chinkin, « Remembering Chrystal MacMillan: Women's Equality and Nationality in International Law », *Michigan Journal of International Law*, 2001, vol. 22, n° 4, p. 523-585, spéc. p. 562-563.

<sup>2439</sup> Nicolas Politis, présidant les débats, sort même étonnement de sa réserve à l'occasion de l'examen d'amendement de suppression des stipulations ménageant un certain degré de liberté aux femmes dans l'acquisition de la nationalité de leur mari. « Je m'excuse (...) mais je vous informe que cette suppression risque de faire beaucoup de peine aux dames. » ; « je vous informe, ici encore, que cette suppression chagrinerait beaucoup les dames. » in *ibid.*, p. 254-255. L'on peine à croire que Politis montre ici de l'ironie, il semble plutôt, notamment au regard de ses votes futurs à l'Institut du droit international, que la préoccupation soit sincère.

<sup>2440</sup> « There shall be no distinction based on sex as regards nationality, in their legislation or in their practice. » Voy. « Convention on the Nationality of Women », *American Journal of International Law*, 1934, vol. 28, n° 2 (Supplement : Official Documents), p. 61-62.

que de peu d'intérêt puisqu'elle se borne, en trois articles, à prolonger les effets de la Conférence de codification de 1930 : fin des effets automatiques du mariage ou du changement de nationalité du mari sur la situation de la femme, mais obligation faite aux États de prévoir une « procédure privilégiée spéciale de naturalisation » au profit de la femme pour lui permettre d'acquérir la nationalité de son mari<sup>2441</sup>. La liberté de la femme y gagne donc juridiquement, mais le principe de l'unité de famille avec prévalence de la nationalité du mari reste parfaitement saillant – nulle part il n'est par exemple question de la possibilité pour le mari d'acquérir la nationalité de sa femme. Liberté de la femme donc, mais pas égalité avec son mari, cette convention est un rendez-vous manqué. La grande œuvre internationale doit attendre. Ce n'est qu'en 1979 avec l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes que l'égalité est consacrée. L'article 9 stipule enfin la pleine égalité entre les hommes et les femmes en matière de nationalité :

« Les États parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari. »<sup>2442</sup>

Depuis lors, le droit international général garantit à la femme non seulement une pleine liberté dans l'acquisition de la nationalité – elle n'est plus soumise au risque de se voir imposer la nationalité de son mari – mais encore une pleine égalité puisqu'elle ne peut plus être visée *seule* par une procédure de naturalisation visant à assurer – à son détriment – l'unité de nationalité au sein du couple. Il aura donc fallu presque quarante années pour que les vœux de l'Institut de droit international, rédigés en 1932 sous l'égide de Lapradelle et Brown Scott, prennent effet dans la loi internationale.

**765. La prohibition des discriminations raciales.** – La prohibition contre les discriminations raciales en matière de nationalité ne s'inscrit pas – à la différence de la situation des femmes – dans une longue lutte pour l'égalité. Comme le relève Nicolas Politis dans un article publié en 1934, « Un régime politique qui obéit à la mystique ethnique ne peut que compromettre la bonne entente internationale : il inquiète et lèse les autres pays, en revendiquant des

---

<sup>2441</sup> Convention sur la nationalité de la femme mariée, faite à New-York le 20 février 1957, in Nations Unies, *Recueil des Traités*, 1958, vol. 309, p. 69.

<sup>2442</sup> Voy. le commentaire de grande qualité écrit par Savitri W. E. Goonesekere, « Article 9 », in Marsha A. Freeman, Beate Rudolf et Christine Chinkin (dir.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 238-243.

droits sur leurs sujets et en rejetant sur eux les responsabilités qui lui incombent à l'égard de ses minorités. »<sup>2443</sup> Jamais l'ordre international n'a consacré des normes discriminantes selon la race en matière de nationalité. La Société des Nations, dès 1933, marque ainsi une désapprobation « unanime »<sup>2444</sup> face à la théorie de la nationalité ethnique soutenue par l'Allemagne<sup>2445</sup>. À la différence des tensions entre unité de famille et égalité des sexes, il n'a jamais été question pour les discriminations raciales en matière de nationalité d'être justifiées d'une quelconque manière par une norme internationale<sup>2446</sup>. Pour autant, l'inscription en droit international positif d'une norme prohibitive a pu prendre un certain temps.

**766.** C'est la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 21 décembre 1965 qui va établir une protection spéciale de la nationalité face aux discriminations raciales. Cette convention est le fruit de diverses influences. Comme beaucoup de textes de cette époque, elle est une déclinaison juridique de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, et elle s'inscrit en ce sens en réaction aux événements de la seconde guerre mondiale<sup>2447</sup>. Ce texte est toutefois paradoxal. La protection qu'il prévoit ne paraît pas à première vue s'appliquer à la nationalité. Selon son article premier, cette Convention prohibe en effet « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la

---

<sup>2443</sup> Nicolas Politis, « La théorie de la nationalité ethnique et le problème des minorités », *Revue critique de droit international*, 1934, vol. 29, p. 6. Cet article a pu être cité comme un exemple rare d'analyse critique des conceptions raciales par la jeune *Revue critique de droit international* dirigée par Niboyet (se présentant comme la continuatrice de la *Revue de droit international privé*), à la différence de la *Nouvelle revue de droit international privé* dirigée par Lapradelle, plus encline à la critique des conceptions raciales, voy. Sylvia Falconieri, « Le refus d'un "nouvel ordre" géopolitique bâti sur la "race". La *Nouvelle revue de droit international privé* (1934-1944) », *Relations internationales*, 2012, n° 149, p. 89.

<sup>2444</sup> Nicolas Politis, « La théorie de la nationalité ethnique et le problème des minorités », *op. cit.*, p. 6.

<sup>2445</sup> Et bientôt traduite dans les lois de Nuremberg. Pour plus de détails, voy. René Maunier, « Racisme national, racisme colonial », *Nouvelle revue de droit international privé*, 1939, t. 6, p. 389-405.

<sup>2446</sup> Ce qui ne signifie pas que les discriminations raciales n'ont jamais existé en matière de nationalité. Mais les conférences internationales n'ont jamais émis le vœu de les consacrer, au contraire même. Le Japon et la Chine considèrent ensemble que de telles discriminations doivent cesser à l'occasion de la conférence de codification de 1930. Le représentant de la Chine déclare ainsi : « Si, par exemple, dans chaque pays on pouvait supprimer, en ce qui concerne l'acquisition ou la perte de la nationalité, toutes les dispositions qui tendent à établir des discriminations selon la race ou la religion, la bonne entente entre les nations n'en serait que plus sûrement assurée. » Celui du Japon déclare encore : « nous sommes convaincus de l'extrême utilité qu'il y aurait lorsque la législation des différents pays sur la nationalité contient des dispositions se traduisant par des discriminations à l'égard de certaines nationalités, de certaines races ou de certaines religions, à ce que ces dispositions fussent supprimées le plus tôt possible. » Pour l'ensemble, voy. Société des Nations, *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, II (Procès-verbaux de la première commission – Nationalité), Genève, N° officiel C. 351 (a). M. 145 (a), p. 19 et 22.

<sup>2447</sup> Les premiers projets de préambule de la convention mentionnaient ainsi « *the evil racial doctrines and practices of nazism in the past* ». La mention est écartée par la suite. Voy. Nations Unies, Commission des droits de l'homme, Rapport, 20<sup>ème</sup> session, 1964, UN Doc. E/3873 et E/CN.4/874, p. 18-19.

jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Ainsi, seuls sont protégés de toute discrimination raciale la jouissance des seuls droits fondamentaux. Fort logiquement, et de manière cohérente avec la déclaration universelle des droits de l'homme, le « droit à une nationalité » a été inscrit parmi les droits protégés à l'article 5 de la Convention : « les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants : (...) droit à une nationalité ». Toutefois, comme cela a déjà été démontré (voy. *supra* n° 696 s.), le « droit à une nationalité » n'a certainement pas une existence absolue dans l'ordre international. Autrement dit, la protection renforcée contre les discriminations d'un droit dont l'existence est contrastée n'est pas un apport bouleversant lorsqu'il s'agit de contraindre le pouvoir de l'État. Toutefois, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a considéré dans de récentes recommandations générales que « la privation de citoyenneté en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique est une violation des obligations des États parties d'assurer la jouissance sans discrimination du droit à une nationalité »<sup>2448</sup>. Le droit à une nationalité a ainsi été sorti de son acception littérale pour embrasser plus largement le droit de la nationalité en général<sup>2449</sup>. Mais même si le droit à une nationalité ne s'entend donc plus *stricto sensu*, une autre partie de la Convention permet d'assurer plus généralement la prohibition des discriminations en matière de nationalité.

**767.** En réalité, c'est dans l'article premier, que l'on peut trouver une stipulation plus générale et plus protectrice en ce qui concerne le problème spécifique de la nationalité. Ce sens n'est toutefois pas directement explicite, le troisième paragraphe du premier article stipule ainsi :

« Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme affectant de quelque manière que ce soit les dispositions législatives des États parties à la Convention concernant la nationalité, la citoyenneté ou la naturalisation, à condition que ces dispositions ne soient pas discriminatoires à l'égard d'une nationalité particulière. »

Comment interpréter ces stipulations ? Faut-il y voir une volonté d'exclure par principe les textes relatifs à la nationalité ? La réponse est justement négative. Si le premier membre de phrase protège bien les dispositions nationales relatives à la nationalité, le dernier membre de

---

<sup>2448</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants, 2005, § 14, p. 3. Le terme de « citoyen » doit être entendu comme synonyme de « national », notamment parce que la version anglaise de la recommandation écrit « *non-citizen* » pour « non-ressortissant ». L'usage de deux termes différents n'aide toutefois pas à l'intelligibilité.

<sup>2449</sup> Sur l'œuvre d'extension du Comité, voy. Peter Spiro, « A New International Law of Citizenship », *AJIL*, 2011, vol. 105, n° 4, p. 722.

la phrase précise bien « à condition que ces dispositions ne soient pas discriminatoires à l'égard d'une nationalité particulière ». Or, ici, le terme « nationalité » renvoie en réalité à l'origine nationale selon l'interprétation communément admise au regard des travaux préparatoires<sup>2450</sup>, c'est-à-dire à l'appartenance à un groupe partageant notamment une même culture, un même langage, un même mode de vie particulier, etc.<sup>2451</sup>. Autrement dit, ce qui *prima facie* apparaît comme une protection spéciale des législations sur la nationalité est en réalité une obligation générale faite aux États de ne pas inscrire de discriminations raciales dans leur droit interne relatif à la nationalité. C'est une prohibition générale particulièrement forte et beaucoup plus contraignante que l'interdiction des discriminations dans l'hypothétique cadre du « droit à une nationalité ».

**768.** Le droit international général prohibe donc de manière spéciale les discriminations relatives au sexe et à la race en matière de nationalité par l'intermédiaire de deux conventions adoptées sous l'égide des Nations Unies. Ces textes auxquels la France est partie viennent donc directement contraindre le pouvoir de l'État en matière d'édiction et d'application du droit de la nationalité. À ces contraintes tirées du droit international général s'ajoutent des prohibitions spécifiques à l'ordre européen.

## **2. Les prohibitions générales du droit européen :**

**769. L'applicabilité nouvelle du principe de non-discrimination devant la CEDH. –** L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme prohibe, lorsqu'est en cause « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention »<sup>2452</sup>, les discriminations fondées « notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Cette prohibition n'est pas absolue et la Cour a tôt indiqué que les personnes distinguées doivent être « placées dans des

---

<sup>2450</sup> Voy. Natan Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (1980), Leiden, Boston, Brill, 2015, p. 35. D'ailleurs, toute autre interprétation serait déraisonnable puisque des distinctions selon la nationalité sont depuis longtemps admises en droit international, elles sont souvent le fruit de conventions bilatérales.

<sup>2451</sup> Voy. la définition proposée par le représentant de l'Autriche lors des travaux préparatoires, Assemblée générale, 3<sup>ème</sup> Commission, 1304<sup>ème</sup> séance, compte rendu analytique, 14 octobre 1965, A/C.3/SR.1304, § 13, p. 84.

<sup>2452</sup> S'il existe bien un protocole n° 12 à la CEDH du 4 novembre 2000 qui prévoit une interdiction générale de la discrimination (« La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »), ce protocole n'a pas été ratifié par plusieurs États de premier plan du Conseil de l'Europe, notamment la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni, la Russie, la Turquie ou encore la Suisse.



situations analogues », et que la distinction ne peut être reconnue discriminatoire que si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire soit qu'elle ne poursuit pas un « but légitime », soit qu'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »<sup>2453</sup>. Il est encore à noter que la « marge d'appréciation » des États pour apporter une justification à une différence de traitement varie : une grande latitude est laissée en matière économique et sociale, elle tend à se réduire lorsque les discriminations touchent l'origine nationale, elle disparaît lorsque sont en cause des discriminations raciales<sup>2454</sup>. Mais de telles stipulations sont-elles applicables au droit de la nationalité ? L'on sait en effet qu'aucun droit à la nationalité n'est consacré par la Convention, comme la Cour européenne des droits de l'homme le rappelle régulièrement<sup>2455</sup>. Dès lors, la mise en cause d'un droit ou d'une liberté dont la « jouissance » est reconnue par la Convention paraît s'opposer à ce que le principe produise des effets en droit de la nationalité. Pour autant, suivant une interprétation particulièrement constructive des stipulations conventionnelles, la Cour a fait entrer la nationalité dans le champ matériel de cet article en 2011 à l'occasion de l'arrêt *Genovese c. Malte*.

**770.** Ce mouvement jurisprudentiel tire ses prémices de la décision *Karashev c. Finlande* rendue par la Cour le 12 janvier 1999<sup>2456</sup>. Dans cette décision, qui amorce la lignée jurisprudentielle relative au refus arbitraire de nationalité (voy. *infra* n° 804 s.), le requérant mineur mettait en cause par l'intermédiaire de ses parents le refus des autorités finlandaises de lui attribuer la nationalité à la naissance. Le requérant considérait ainsi que « le refus de le reconnaître comme ressortissant finlandais était “manifestement” fondé sur l'origine nationale et ethnique de ses parents [*ethnic and national background*], ainsi que sur leur statut de personnes déplacées [*displaced persons*]. » En conséquence, la violation de l'article 14 prohibant les discriminations était alléguée. Dans une surprenante réponse à ce grief, la Cour décide d'examiner au fond le moyen tiré du caractère discriminatoire du refus de nationalité, en laissant de côté la question de la mise en cause d'un droit ou d'une liberté reconnue par la Convention : « Tout en laissant ouverte la question de savoir si la demande du requérant tombe sous le coup de l'article 8 de la Convention de manière à rendre l'article 14 applicable, la Cour ne trouve aucune justification [*substantiation*] à l'allégation selon laquelle les décisions des autorités finlandaises auraient été basées sur l'origine ethnique et/ou nationale des parents du requérant. » La Cour fait

---

<sup>2453</sup> Voy. la décision de principe CEDH, plénière, 23 juillet 1968, n° 1474/62, *affaire « Linguistique Belge »*, § 10. La jurisprudence est constante depuis, voy. p. ex. CEDH, grande chambre, 29 avril 2008, n° 13378/05, *Burden c. Royaume-Uni*, § 60.

<sup>2454</sup> Sur l'ensemble voy. CEDH, grande chambre, 24 mai 2016, n° 38590/10, *Biao c. Danemark*, § 93-94.

<sup>2455</sup> Voy. déjà Com. EDH, 28 mai 1957, n° 288/57, *X. c. RFA*, Rec. 1. 209.

<sup>2456</sup> CEDH, déc., 12 janvier 1999, n° 31414/96, *Karashev c. Finlande*.

donc ici « l'économie » de la question préalable de l'applicabilité au cas d'espèce de l'article 14 de la Convention pour mieux y répondre au fond, quoique très sommairement, et pour mieux rejeter le grief. On peut reconnaître en l'espèce un volontarisme certain de la Cour, acceptant de traiter les questions de nationalité sous l'angle général du principe de non-discrimination<sup>2457</sup>. Ce que la Cour refuse de faire dans l'arrêt *Karashev* – placer la nationalité dans le champ des droits garantis par la Convention pour lui appliquer le principe de non-discrimination –, elle le fera dix années plus tard dans l'arrêt *Genovese*.

771. Il revient en effet à l'arrêt *Genovese* d'avoir non seulement formulé un lien substantiel entre la nationalité et l'article 8 de la Convention, mais en plus d'avoir retenu dans les considérations d'espèce une violation de l'article 14 de la Convention. Au cœur de cette décision se trouvait une législation maltaise relative à la nationalité par filiation qui distinguait entre les enfants nés en mariage, et les enfants nés hors mariage. Or, en vertu de la législation applicable à l'époque, les enfants nés hors mariage d'une mère étrangère ne pouvaient pas se voir attribuer la nationalité de leur père maltais, à l'inverse des enfants nés en mariage. C'est cette législation que le requérant défère à l'examen de la Cour. Ce dernier est né d'une mère britannique et d'un père maltais, la filiation est établie avec son père mais ce dernier refuse de le reconnaître et d'entretenir des relations avec lui. En application de la législation maltaise, l'enfant se voit refuser une demande de nationalité formée en son nom par sa mère. Le caractère discriminatoire à raison du sexe de ses parents et de son statut d'enfant illégitime est donc patent. Reste toute-

---

<sup>2457</sup> Une décision rendue par la Com. EDH, plénière, déc., 1<sup>er</sup> juillet 1985, n° 11278/84, *Famille K. et W. c. Pays-Bas*, DR. 43, p. 225, avait retenu une solution inverse en rejetant le grief tiré de la non-discrimination en matière de refus de nationalité : « La Commission rappelle cependant que l'article 14 de la Convention n'interdit la discrimination qu'en ce qui concerne la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention. Les requérants ont certes invoqué l'article 8, lu en liaison avec l'article 14 de la Convention, mais la Commission estime que le droit d'acquérir une nationalité précise n'est pas couvert par cet article ni par aucune autre disposition de la Convention, et n'a pas non plus de liens suffisants avec ces dispositions. Il s'ensuit que le grief doit être rejeté (...). » Il est intéressant de relever que la CA de Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 30 novembre 1990, Rev. crit. DIP 1992. 681, avait admis l'applicabilité de l'article 14 par le truchement de l'article 3 du protocole n° 4 prohibant l'expulsion des nationaux. Les juges avaient considéré que le demandeur, privé à l'indépendance de l'Algérie du droit de conserver la nationalité française, était de ce fait soumis à un risque d'expulsion qui faisait entrer la nationalité dans le champ matériel de la Convention, et donc de rapatrier les exigences de l'article 14. Cette jurisprudence est isolée. Paul Lagarde, « La distinction des personnes selon leur statut civil au regard de la nationalité française après l'indépendance de l'Algérie n'est pas contraire à la Conv. EDH », Rev. crit. DIP, 1992, n° 4, p. 685, note dans son commentaire que cette applicabilité se fait d'une « façon quelque peu contournée » ; Jean-Yves Carlier, « Droits de l'homme et nationalité », *Annales de Droit de Louvain*, 2003, vol. 63, n° 3 (Hommage à Michel Verwilghen), p. 248, note quant à lui que « la question pouvait paraître "purement hypothétique" » et que la justification d'un tel raisonnement est mal assurée. Contra, voy. Hugues Fulchiron, « De la détermination des nationaux par une loi interprétative », *op. cit.*, p. 681 : « On a certes pu faire observer qu'en l'espèce, l'atteinte prétendue était toute virtuelle aucune mesure à expulsion ne menaçait l'intéressé âgé de 70 ans au début de la procédure. La disparition d'une protection absolue de l'intéressé n'en demeure pas moins et le danger est bien réel. »

fois à permettre l'applicabilité de l'article 14 de la Convention. Le requérant fondait son argumentation sur la composante familiale de l'article 8 de la Convention : selon lui, le refus de nationalité « l'empêchait de séjourner de manière illimitée à Malte, et par voie de conséquence à consacrer du temps à favoriser une relation avec son père biologique. »<sup>2458</sup> La Cour écarte cet argument puisque le père biologique n'a jamais souhaité « ni construire, ni maintenir » une relation familiale avec son enfant<sup>2459</sup> ; le refus de nationalité est donc sans effet sur le droit au respect de la vie familiale de l'enfant. Plus surprenant, semble-t-il au-delà des moyens développés par le requérant, la Cour choisit d'examiner la composante « vie privée » de l'article 8. Les juges créent alors de manière tout à fait inédite un pont entre le refus de nationalité et le droit au respect de la vie privée en recourant à la notion d'identité sociale de l'individu :

« un refus de nationalité peut faire entrer en jeu les garanties de l'article 8 en raison des effets qu'il peut produire à l'égard de la vie privée d'un individu, concept qui est assez large [*wide enough*] pour embrasser certains aspects de l'identité sociale d'une personne [*person's social identity*]. Même si le droit à la nationalité n'est pas garanti en tant que tel et même si son refus dans la présente affaire ne permet pas de retenir une violation de l'article 8, la Cour considère que l'effet de ce refus sur l'identité sociale de l'individu est tel qu'il le place dans le champ d'application [*the general scope and ambit*] de cet article. »<sup>2460</sup>

Et c'est dans ce raisonnement que se situe la clé de l'arrêt. Comme la Cour le relève, « L'application de l'article 14 ne présuppose pas nécessairement la violation de l'un des droits substantiels protégés par la Convention. Il est nécessaire mais aussi suffisant que les faits de l'espèce entrent “dans le champ d'application” [*“within the ambit”*] d'un ou de plusieurs articles de la Convention. »<sup>2461</sup> Le lien réalisé entre le refus de nationalité et l'article 8 de la Convention, et alors même que la Cour reconnaît clairement que cet article n'est pas violé en l'espèce, permet de rapatrier les garanties prévues par l'article 14 de la Convention<sup>2462</sup>. Nulle difficulté alors pour la Cour de juger que cette discrimination dans la jouissance du droit au respect de la vie privée, à raison de l'illégitimité du statut d'un enfant, ne repose sur aucune justification objective. La Cour européenne des droits de l'homme retient donc la violation du principe de non-discrimination par la législation maltaise relative à la nationalité. L'arrêt *Genovese* vient donc

---

<sup>2458</sup> CEDH, 11 octobre 2011, n° 53124/09, *Genovese c. Malte*, § 33.

<sup>2459</sup> Une telle intention était nécessaire comme la Cour le relève in abstracto au § 29 : « *Further, the Court considers that Article 8 cannot be interpreted as only protecting “family life” which has already been established but, where the circumstances warrant it, must extend to the potential relationship which may develop between a natural father and a child born out of wedlock. Relevant factors in this regard include the nature of the relationship between the natural parents and the demonstrable interest in and commitment by the natural father to the child both before and after the birth.* »

<sup>2460</sup> *Ibid.*, § 33.

<sup>2461</sup> *Ibid.*, § 31.

<sup>2462</sup> Le raisonnement est classique, voy. not. CEDH, 28 novembre 1984, n° 8777/79, *Rasmussen c. Danemark*, § 29.

consacrer explicitement ce que l'arrêt *Karashev* économisait implicitement : le principe de non-discrimination garanti par la Convention européenne des droits de l'homme est applicable au droit de la nationalité.

772. Cette consécration ne va toutefois pas sans critique. Dès la publication de l'arrêt *Genovese*, le juge *ad hoc* de l'État maltais, Geoffrey Valenzia<sup>2463</sup>, forme non sans raison des remarques assez sévères sur le raisonnement de la Cour :

« La Cour, cependant, ne définit pas l'identité sociale, pas plus qu'elle n'explique en quoi la nationalité définit l'identité du requérant. Le concept de vie privée est tellement vaste qu'il embrasse absolument tout, même des éléments appartenant au droit public. Un refus de nationalité affectera nécessairement et généralement la personne qui en fait l'objet, il ne peut donc constituer seul un motif d'atteinte à l'identité sociale. En l'espèce, le requérant n'a produit aucun élément de preuve qui montrerait comment le refus de la nationalité maltaise a affecté sa vie privée et son identité sociale. Cet effet a été présumé et considéré comme acquis par la Cour. (...) En conséquence les faits de l'espèce ne justifient pas que ce concept ait été poussé aussi loin [*pushing this concept too far*] par la Cour. »

La Cour a-t-elle été trop loin ? La réponse sur ce point est plutôt nuancée. La liaison entre la nationalité et le droit au respect de la vie privée par le truchement de l'identité sociale de l'individu ne paraît pas choquante. La nationalité est en effet autant objectivement que subjectivement une part substantielle de l'identité d'un individu. Fabien Marchadier dans un commentaire particulièrement critique de la décision écrit toutefois que « La motivation de l'arrêt *Genovese* accuse (...) un vide ou tout au moins un déficit conceptuel qui suscite le malaise »<sup>2464</sup>. Il est vrai qu'une plus ample définition du concept d'identité sociale et de ses relations avec la nationalité aurait été bienvenue<sup>2465</sup>.

---

<sup>2463</sup> En remplacement du juge maltais élu Vincent A. De Gaetano. Les juges *ad hoc* sont nommés lorsque les juges élus ne sont pas en situation de pouvoir participer au jugement (il ne s'agit pas d'un système de représentation de l'État partie). Ici, Gaetano s'était sans doute déporté car il fut le Chief Justice de la Cour constitutionnelle maltaise qui par deux occasions rejeta les recours formés par le requérant avant que la Cour européenne ne soit saisie de l'affaire (art. 28, 2., b. et 29, 1., a. du Règlement de la Cour).

<sup>2464</sup> Voy. contra Fabien Marchadier, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP*, 2012, n° 1, p. 61.

<sup>2465</sup> Force est de constater que les développements relatifs à l'identité s'inscrivent largement dans le champ du droit privé et qu'aucune autre jurisprudence de la Cour n'est jusqu'à présent venue préciser la notion dans le champ de la nationalité. Voy. CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France* : la Cour note seulement que l'absence de nationalité française des enfants issus d'une gestation pour le compte d'autrui place ces derniers dans une « troublante incertitude », « pareille indétermination [étant] de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité » (respectivement §97 et §76) ; mais dans ces espèces, l'absence de reconnaissance du lien de filiation fonde la violation de l'article 8, les problèmes de nationalité demeurant accessoires.

773. En réalité, la critique la plus matricielle de cette décision repose sur l'argument de la souveraineté. Par sa généralité<sup>2466</sup>, l'arrêt *Genovese* inscrit par principe la nationalité dans le champ matériel de la Convention, et notamment du principe de non-discrimination, ce qui produit un encadrement particulièrement important du pouvoir discrétionnaire de l'État et *in fine* un recul de sa souveraineté (selon une approche matérielle). Comme l'a souligné avec force Fabien Marchadier, la Cour intervient ici « au cœur même du droit de la nationalité, au plus profond de la prérogative souveraine, soit la détermination des nationaux. » Le même auteur pose d'ailleurs plusieurs questions – et ne cache pas son sentiment sur leur réponse – : « La question est (...) de savoir si la Cour a vocation à intervenir et à quelles fins. Si la Cour répond par l'affirmative, conservera-t-elle la maîtrise de son domaine de compétence ? ». Et plus loin : « Comment comprendre qu'elle entreprenne de corseter une prérogative souveraine qui, jusque-là, ne rencontrait de limites qu'à la marge (...) ? »<sup>2467</sup> C'est donc ici une question d'opportunité. La Cour a-t-elle la légitimité nécessaire pour intervenir dans le domaine « souverain » de la nationalité ? À cette question, la réponse peut être approuvée. Le temps est révolu où l'argument de la souveraineté pouvait mettre fin au débat, la nationalité ne se distingue pas des autres champs législatifs de l'État et rien ne s'oppose à ce qu'en cette matière, l'État ne soit pas autorisé à discriminer selon « le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation » selon le libellé de l'article 14 de la Convention. L'opportunité de cette décision est d'ailleurs renforcée par les termes mêmes de la Convention européenne sur la nationalité qui consacre la prohibition des discriminations en matière de nationalité.

**774. La consécration générale de la non-discrimination dans la Convention européenne sur la nationalité.** – La Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997, conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe, prohibe assez largement les discriminations en matière de nationalité. L'article 5, spécifiquement dédié à la question, stipule ainsi :

---

<sup>2466</sup> Son apport est aujourd'hui consacré dans une formule syncrétique : « la Cour rappelle que dans certaines circonstances elle a jugé que des décisions arbitraires ou discriminatoires rendues dans le domaine de la nationalité peuvent soulever des questions en matière de droits de l'homme en général et au regard de la Convention en particulier », voy. CEDH, 13 janvier 2015, n° 44230/06, *Petropavlovskis c. Lettonie*, § 83 ; CEDH, déc., 13 juin 2017, n° 14894/14, *Boudelal c. France*, § 26.

<sup>2467</sup> Fabien Marchadier, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP*, 2012, n° 1, p. 61 ; le même auteur nuance toutefois cette appréciation quelques mois plus tard dans un autre article : « cette règle a néanmoins perdu son caractère d'évidence », in Fabien Marchadier, « Discrimination et détermination des nationaux », *Rev. crit. DIP*, 2012, n° 3, p. 553.

1. Les règles d'un État Partie relatives à la nationalité ne doivent pas contenir de distinction ou inclure des pratiques constituant une discrimination fondée sur le sexe, la religion, la race, la couleur ou l'origine nationale ou ethnique.
2. Chaque État Partie doit être guidé par le principe de la non-discrimination entre ses ressortissants, qu'ils soient ressortissants à la naissance ou aient acquis sa nationalité ultérieurement.

Ce qui est ici frappant, c'est l'énumération des discriminations prohibées, la liste est moins riche que celle de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : manquent à l'appel « la langue », « les opinions politiques ou toutes autres opinions », « l'origine sociale », et « la fortune ». Quant à la prohibition de la discrimination selon la « naissance », les États sont encouragés à ne pas y recourir pour distinguer entre leurs nationaux. Le rapport explicatif donne une justification de ces manques assez surprenante *a posteriori* : « on a fait remarquer que, dans la mesure où la Convention européenne des Droits de l'Homme n'était pas destinée à s'appliquer aux questions de nationalité, tous les motifs de distinction/discrimination énoncés à l'article 14 étaient pertinents uniquement pour les droits et libertés reconnus par cette convention. »<sup>2468</sup> Cette motivation a aujourd'hui perdu sa force tant la Cour européenne des droits de l'homme a inscrit la nationalité dans le sillage de la Convention européenne des droits de l'homme.

**775.** Le choix des critères écartés lors de la rédaction de la Convention européenne sur la nationalité reste intéressant à étudier. Le rapport livre plusieurs séries d'explications à ce propos, la plus globale étant celle du caractère discriminatoire par essence de la nationalité :

« la nature même de l'attribution de la nationalité oblige les États à fixer certains critères pour déterminer quels sont leurs ressortissants. Ces critères pourraient aboutir, dans certains cas, à un traitement plus favorable dans le domaine de la nationalité. Parmi les exemples courants de motifs justifiés de traitement différentiel ou préférentiel, on peut citer l'obligation de connaître la langue nationale pour être naturalisé et l'acquisition facilitée de la nationalité en raison de la filiation ou du lieu de naissance. »<sup>2469</sup>

On trouve donc ici une justification parfaitement légitime pour l'omission de la langue dans les critères prohibés par l'article 5 de la Convention européenne sur la nationalité, de même que la place particulière du critère de la naissance. Quant à l'origine sociale, le critère est évacué « car sa signification a été jugée trop vague »<sup>2470</sup>. Le critère de la fortune n'est pas prohibé, mais l'article 13 de la Convention prévoit qu'en matière d'acquisition de la nationalité, les « frais administratifs » doivent être « raisonnables » ; il n'empêche que les mécanismes de vente de la

---

<sup>2468</sup> Convention européenne sur la nationalité, rapport explicatif, § 43, p. 8.

<sup>2469</sup> *Ibid.*, § 40.

<sup>2470</sup> *Ibid.*, § 43.

nationalité ne sont ainsi pas directement concernés par le champ de prohibition de cet instrument.

Reste le critère des « opinions politiques ou toutes autres opinions » qui ne figure pas directement dans la Convention européenne sur la nationalité. L'article 4, c., qui stipule que « nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité » renvoie toutefois selon le rapport explicatif à une prohibition implicite des discriminations fondées sur les opinions politiques : « Le retrait de la nationalité pour raisons politiques serait considéré comme arbitraire »<sup>2471</sup> notent les commentateurs. Il faut voir dans cette interprétation une stricte filiation avec la déclaration universelle des droits de l'homme. La prohibition de la privation arbitraire de la nationalité figure en effet au fameux article 15, § 2 de la Déclaration de 1948. Ce texte est issu d'un amendement commun déposé par les représentants de l'Inde et du Royaume-Uni. Lors des débats devant la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, le représentant de l'URSS proposait d'ajouter au libellé de l'article la mention « sauf dans les cas et dans les formes déterminées par la législation nationale »<sup>2472</sup>. De cette manière, l'URSS faisait valoir que la légalité excluait l'arbitraire. Le délégué du Royaume-Uni s'est précisément opposé à cette lecture (voy. *supra* n° 710) en s'appuyant sur le principe de non-discrimination, mentionnant alors les « personnes appartenant à certaines races ou à certains partis politiques »<sup>2473</sup>. L'amendement proposé par le délégué de l'URSS sera rejeté et la formule indo-britannique consacrée dans la Déclaration. Et l'interprétation du terme « arbitraire » comme manifestant le souci de prohiber des discriminations politiques (et raciales) prévaut ainsi encore aujourd'hui.

**776.** Si la prohibition des discriminations politiques est donc probablement couverte par la Convention en ce qui s'agit de la *perte* de la nationalité, les versants *acquisitifs* ne font l'objet d'aucune protection dans le texte de l'instrument ou dans son rapport explicatif. Une explication de ce manque peut se trouver dans la jurisprudence postérieure de la Cour européenne des droits de l'homme qui a justement émis l'idée selon laquelle certaines discriminations politiques pouvaient s'entendre en droit de la nationalité. Dans deux affaires *Petropavlovskis c. Lettonie* et *Boudelal c. France* rendues en 2015 et 2017 par la Cour, les juges ont insisté sur l'exigence de loyauté que pouvait exiger chaque État à l'occasion d'une demande de naturalisation :

---

<sup>2471</sup> *Ibid.*, § 36, p. 7.

<sup>2472</sup> Nations Unies, Commission des droits de l'homme, 4 juin 1948, 59<sup>ème</sup> séance, E/CN.4/SR.59, p. 11-12.

<sup>2473</sup> *Ibid.*, p. 12.

« La Cour observe qu'en l'espèce l'appréciation de la loyauté effectuée aux fins de la décision sur la demande de naturalisation ne renvoie pas à la loyauté envers le gouvernement au pouvoir, mais plutôt à la loyauté envers l'État et la Constitution. La Cour estime qu'un État démocratique peut demander aux personnes qui souhaitent acquérir sa nationalité d'être loyales envers lui et, en particulier, envers les principes constitutionnels qui le fondent. Le requérant ne le conteste pas, du reste. »<sup>2474</sup>

Cette distinction esquissée par la Cour entre la loyauté envers le gouvernement et la loyauté envers l'État est précieuse pour penser la discrimination à raison des opinions politiques : seule la seconde peut justifier des discriminations selon les opinions politiques. Autrement dit, un État, au moment de faire le choix d'accueillir un individu au sein de sa communauté politique, peut décider que les opinions de cet individu ne sont pas en accord avec les valeurs fondamentales de la structure étatique, par exemple l'adhésion aux principes libéraux et démocratiques<sup>2475</sup>. En revanche, rien n'autorise un gouvernement à discriminer un individu selon son degré d'adhésion à son programme politique. Les opinions politiques susceptibles de fonder une discrimination licite en matière d'accès à la nationalité sont donc celles qui s'attachent aux valeurs de l'État, et non celles plus contingentes d'un gouvernement donné. Voilà sans doute pourquoi une prohibition *générale* des discriminations à raisons des opinions politiques n'apparaît pas dans la Convention européenne sur la nationalité, certaines étant licites, d'autres non. La protection contre les discriminations est donc particulièrement bien assurée dans l'ordre européen, et en particulier à l'égard de la France qui, même si elle n'a pas ratifié la Convention européenne sur la nationalité, se trouve soumise à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

## **B. Le succès contentieux inégal des normes internationales en matière de nationalité**

777. La consécration par le droit international et européen de normes prohibitives en droit de la nationalité est une étape clé de la contrainte juridique. La juridictionnalisation de ce processus a encore accentué la contrainte. En cette matière, la Cour européenne des droits de l'homme développe depuis les années 2010 une jurisprudence particulièrement dynamique qui vient prohiber les discriminations non seulement entre étrangers et nationaux, mais aussi entre

---

<sup>2474</sup> CEDH, 13 janvier 2015, n° 44230/06, *Petropavlovskis c. Lettonie*, § 85. Voy. encore CEDH, déc., 13 juin 2017, n° 14894/14, *Boudelal c. France*, § 29. La Cour avait déjà utilisé cette distinction à propos de la plurinationalité et de l'accès à la députation, voy. CEDH, grande chambre, 27 avril 2010, n° 7/08, *Tănase c. Moldova*, § 166.

<sup>2475</sup> C'est d'ailleurs dans certains pays le rôle du serment d'allégeance que de s'en assurer. Voy. à ce sujet Liav Orgad, « Naturalization », in Ayelet Shchar, Rainer Bauboeck, Irene Bloemraad, et Maarten Vink (dir.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 340. La Cour elle-même reconnaît dans l'affaire *Petropavlovskis* que « nul ne peut se prévaloir des dispositions de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique » et évoque le « principe d'une "démocratie apte à se défendre" ».



nationaux (1). Le juge interne est plus en retrait. Si le juge judiciaire suit une franche stratégie d'opposition à la réception du principe de non-discrimination, le juge administratif paraît prêt à faire application du principe sans toutefois qu'aucune espèce ne le lui permette (2).

### 1. La position offensive du juge européen : la discrimination retenue

**778. La discrimination selon le statut de l'enfant.** – L'arrêt *Genovese c. Malte* est remarquable en ce qu'il ne se contente pas de consacrer *in abstracto* la possibilité d'une violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le champ de la nationalité, il retient en l'espèce la violation du principe de non-discrimination. Comme le note Fabien Marchadier dans son commentaire, face à une telle législation, « La mission des agents du gouvernement avait des allures de cause perdue. »<sup>2476</sup>

**779.** De fait, cette distinction entre les enfants naturels et légitimes est depuis longtemps désavouée par le droit international et européen. La Cour européenne l'a signifié avec grande clarté en plénière dès son arrêt *Marckx c. Belgique* en 1979 : « La Cour reconnaît qu'il est en soi légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle. Encore faut-il ne pas recourir à cette fin à des mesures destinées ou aboutissant à léser, comme en l'occurrence, la famille "naturelle" »<sup>2477</sup>. Plus tard, dans son arrêt *Inze c. Autriche* rendu en 1987, la Cour confirme encore : « les États membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. (...) Seules donc de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage. »<sup>2478</sup> Comment donc justifier la différence de traitement de l'enfant au regard de la transmission *jure sanguinis* de la nationalité de son père selon qu'il est né ou hors mariage ? La distinction devient discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable ». Il appartenait alors au gouvernement défendeur d'apporter la preuve qu'une telle législation poursuivait un « but légitime », ou bien qu'elle présentait un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »<sup>2479</sup>. Les autorités maltaises invoquaient l'adage bien connu du droit de la famille « *mater semper certa est* » – « la mère est toujours certaine » – et sous

---

<sup>2476</sup> Fabien Marchadier, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 61.

<sup>2477</sup> CEDH, plénière, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c. Belgique*, § 40.

<sup>2478</sup> CEDH, 28 octobre 1987, n° 8695/79, *Inze c. Autriche*, § 41.

<sup>2479</sup> Voy. la décision de principe CEDH, plénière, 23 juillet 1968, n° 1474/62, *affaire « Linguistique Belge »*, § 10. La jurisprudence est constante depuis, voy. p. ex. CEDH, grande chambre, 29 avril 2008, n° 13378/05, *Burden c. Royaume-Uni*, § 60.

entendaient ainsi qu'à l'inverse, le père ne l'est pas. Tel était donc la *ratio legis* de la législation maltaise : le père ne peut être suffisamment « sûr » pour transmettre sa nationalité qu'à la condition que son enfant soit né pendant le mariage. Difficile d'admettre une telle justification dans la société du XXI<sup>e</sup> siècle, et d'autant moins au regard des faits de l'espèce puisque la filiation entre l'enfant et son père avait bel et bien été établie judiciairement – ce qui pour autant n'ouvrait pas droit à la nationalité. La Cour conclut donc sans difficulté qu'« aucuns motifs objectif et raisonnable ne permettent de justifier une telle différence de traitement d'une personne comme le requérant, née en dehors du mariage. »<sup>2480</sup>

**780. La discrimination raciale et ethnique face aux enjeux d'appartenance.** – Les questions de nationalité ont conduit à une seconde décision d'inconventionnalité devant la Cour, cette fois plus directement à propos d'une législation sur la nationalité, mais sur les effets de la nationalité. Il n'empêche, les raisonnements développés par la Cour sont d'une grande richesse et forts de potentialités, notamment à propos de la déchéance de nationalité.

**781.** Il s'agit de la décision *Biao c. Danemark* rendue en grande chambre en 2016, à propos de la capacité des nationaux à obtenir le regroupement familial de leur conjoint étranger. Les règles danoises sont en la matière assez techniques. Le législateur de ce pays était parti de l'idée suivante, suivant les travaux préparatoires que la Cour reproduit dans son arrêt : « Les étrangers et les Danois d'origine étrangère résidant au Danemark épousent généralement une personne de leur pays d'origine (...). [Cette pratique] constitue (...) un obstacle à l'intégration des étrangers nouvellement arrivés au Danemark. »<sup>2481</sup> Pour répondre à cet enjeu dont les contours semblent déjà mal assurés, la législation danoise a mis en place la « règle des vingt-huit ans » : le ressortissant danois qui demande le regroupement familial pour son conjoint étranger l'obtient de plein droit s'il possède la nationalité depuis vingt-huit années au moins ; à défaut, il doit prouver que « les attaches cumulées des conjoints ou des concubins avec le Danemark sont plus fortes que leurs attaches cumulées avec un autre pays »<sup>2482</sup>. On voit ici se dessiner la justification de cette règle qui repose sur un jeu de présomption sur l'intégration à venir du conjoint étranger : si le ressortissant danois possède la nationalité depuis vingt-huit ans, son intégration renforcée assure l'intégration future de son conjoint étranger ; dans le cas où le ressortissant

---

<sup>2480</sup> CEDH, 11 octobre 2011, n° 53124/09, *Genovese c. Malte*, § 48.

<sup>2481</sup> CEDH, grande chambre, 24 mai 2016, n° 38590/10, *Biao c. Danemark*, § 33.

<sup>2482</sup> *Ibid.*, § 35.

danois ne peut se prévaloir d'un tel capital en années de nationalité, il doit apporter la preuve que c'est avec le Danemark que les attaches de son ménage sont les plus fortes.

**782.** Les requérants soutenaient qu'une telle différence de traitement, aux formulations neutres en apparence, caractérisait en fait une discrimination indirecte selon l'origine ethnique. Sans surprise, la Cour suit cette argumentation. Elle relève qu'il est « raisonnable de supposer » que la règle des vingt-huit ans s'applique à « la plupart » des « Danois de naissance », qui sont par ailleurs « généralement d'origine ethnique danoise »<sup>2483</sup>. À l'inverse, la Cour relève ensuite que les Danois qui ont acquis cette nationalité après leur naissance ne peuvent pas bénéficier de cette règle (le délai étant trop important), et que ces Danois par acquisition sont « en général d'origine ethnique étrangère »<sup>2484</sup>. Dès ce stade, la Cour considère que les faits de l'espèce présentent une discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique et inverse ainsi la charge de la preuve : il appartient au Gouvernement danois de prouver qu'aucune considération ethnique, même indirecte, ne fonde cette différence de traitement. La tâche est ardue.

**783.** De manière assez pertinente, le Gouvernement danois fondait son argumentation sur une certaine lecture de l'affaire *Abdulaziz et a. c. Royaume-Uni* rendue en 1985. Dans cette affaire, était également en cause une distinction dans les règles relatives au regroupement familial au Royaume-Uni : les femmes de nationalité britannique ou nées sur le sol britannique pouvaient obtenir de plein droit le regroupement familial de leur conjoint étranger, à la différence des autres femmes pour qui le regroupement n'était pas ouvert. La discrimination selon la naissance était alléguée par les requérants. La Cour ne suit pas le raisonnement : « À la vérité, une personne vivant dans un pays depuis plusieurs années (...) peut avoir noué avec lui des liens étroits même sans y être née. Néanmoins, il existe en général des raisons sociales convaincantes d'accorder un traitement spécial à ceux dont les attaches avec un pays découlent de leur naissance sur son territoire. On doit donc considérer que la distinction dénoncée avait une justification objective et raisonnable (...). »<sup>2485</sup> La clé de l'argumentation du gouvernement danois dans l'affaire *Biao* reposait justement sur ce « traitement spécial » que la Cour avait reconnu comme socialement légitime à l'égard de ceux qui, par leur naissance, avaient des « attaches avec un pays ». Un tel raisonnement est évidemment pertinent, mais il demeure voué à l'échec lorsque sont en cause non pas des discriminations relatives à la naissance, mais des discriminations relatives à l'origine ethnique. Comme le relève la Cour dans l'affaire *Biao*, « Aucune

---

<sup>2483</sup> *Ibid.*, § 112.

<sup>2484</sup> *Ibid.*

<sup>2485</sup> CEDH, plénière, 28 mai 1985, n° 9214/80, *Abdulaziz c. Royaume-Uni*, § 88.

différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne [peut] passer pour justifiée dans une société démocratique contemporaine »<sup>2486</sup>. L'argumentation du gouvernement frappe donc à côté, justifier un « traitement spécial » à l'égard de certains ressortissants en raison de leur « naissance » ne permet guère de vider le reproche d'une discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique.

**784.** L'opinion de la Cour est en réalité faite, la discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique est trop prégnante dans la législation danoise pour que la preuve contraire puisse être apportée par le gouvernement défendeur ; la règle des vingt-huit ans crée une séparation factuelle trop nette entre les Danois de naissance et les Danois par acquisition. Particulièrement intéressant, la Cour se fonde en partie sur la règle énoncée par l'article 5 § 2 de la Convention européenne sur la nationalité qui stipule « Chaque État Partie doit être guidé par le principe de la non-discrimination entre ses ressortissants, qu'ils soient ressortissants à la naissance ou aient acquis sa nationalité ultérieurement. » Or, et non sans précaution sémantique, « Aux yeux de la Cour, cela laisse entrevoir une tendance à l'émergence d'une norme européenne dont il convient de tenir compte en l'espèce. »<sup>2487</sup> Autrement dit, ce que la Convention européenne sur la nationalité formule très prudemment – la non-discrimination entre les nationaux par attribution et par acquisition –, la Cour y voit *in fine* une « norme européenne ». C'est un autre exemple, avec l'arrêt *Genovese*, où la Cour finit par accroître le niveau de protection de la Convention européenne sur la nationalité, alors même que paradoxalement la nationalité n'était pas censée entrer dans le champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2488</sup>.

**785. Les conséquences potentielles en droit français.** – Le raisonnement de la Cour en matière de non-discrimination à raison de l'origine ethnique entre les nationaux de naissance et les nationaux par acquisition est transposable à double titre dans le cadre du régime français de la déchéance de nationalité (article 25 du code civil). Deux distinctions s'y trouvent : la première entre les Français par acquisition et les Français par attribution puisque seuls les premiers peuvent faire l'objet d'une mesure de déchéance ; la seconde entre les Français plurinationaux et les Français mononationaux puisque là encore seuls les premiers peuvent faire l'objet d'une

---

<sup>2486</sup> CEDH, grande chambre, 24 mai 2016, n° 38590/10, *Biao c. Danemark*, § 114. Le juge Pinto de Albuquerque, dans son opinion concordante, précise la même idée dans un langage plus explicite encore : « La discrimination raciale ou ethnique est si abjecte et dégradante que toute disposition législative ou réglementaire ou politique publique qui la provoque ou l'encourage est injustifiable, que la discrimination en question soit directe ou indirecte et que la preuve d'une intention discriminatoire soit ou non établie. » (§ 7)

<sup>2487</sup> *Ibid.*, § 132.

<sup>2488</sup> Sur l'article 5, § 2 de la Convention européenne sur la nationalité et son interprétation dans le contexte de l'affaire *Biao*, voy. les développements très complets d' Eva Ersbøll, « Biao v. Denmark. Discrimination Among Citizens ? », *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper*, 2014, n° 79, p. 10-13.

mesure de déchéance. Il faut distinguer ces hypothèses. Lorsque l'on s'intéresse à la distinction entre les mononationaux et les plurinationaux, on trouve clairement une différenciation selon l'origine nationale ou la nationalité<sup>2489</sup>. Une telle différenciation peut justement faire l'objet d'une justification, mais la marge de manœuvre des États est réduite en la matière : « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité. »<sup>2490</sup> Or, la justification apparaît facilement, il s'agit de la lutte contre l'apatridie. Il y a là une « considération très forte » qui vient légitimer une différence de traitement selon des critères fondés sur la nationalité. D'ailleurs, la Convention européenne sur la nationalité fixe une prohibition absolue de l'apatridie en matière de déchéance de nationalité (art. 4, b. et 7, §3), la Cour européenne pourrait donc parfaitement y trouver une « norme européenne », à l'instar de la non-discrimination entre nationaux par attribution et par acquisition reconnue dans l'arrêt *Biao*. Les arguments en droit international ne manqueraient pas (voy. *supra* n° 709 s.). Le risque que cette composante distinctive du régime français de la déchéance de nationalité soit reconnue discriminatoire est donc faible<sup>2491</sup>.

**786.** Il n'en va pas de même de la distinction entre les Français par attribution et les Français par acquisition. Comment ne pas imaginer que la Cour suive le même raisonnement que dans l'affaire *Biao* ? Dans cette décision, la Cour retenait qu'une règle de vingt-huit ans conduisait *in fine* à distinguer entre des Danois d'origine, et des Danois d'origine étrangère ; en France, c'est la loi elle-même qui distingue directement entre des Français de naissance et des Français ayant acquis la nationalité postérieurement. Le risque est donc particulièrement élevé que la Cour y reconnaisse une discrimination selon l'origine ethnique<sup>2492</sup>. On voit mal ce que le gouvernement français pourrait y répondre, d'autant plus que le projet de lever cette inégalité entre Français a même fait l'objet d'un débat constitutionnel en 2015-2016 visant à instaurer ce qui

---

<sup>2489</sup> Pour ces Français, une telle distinction renvoie au « passé migratoire direct (ils ont immigré en France) ou indirect (ils sont nés sur le territoire national) », voy. Vincent Tchen, « Bilan d'un renoncement constitutionnel », *Constitutions*, 2016, n° 2, p. 320. Voy. également CNCDH, 5 juillet 2010, Avis sur le projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration, la nationalité, § 16. Certains auteurs vont même jusqu'à y voir une discrimination selon l'origine ethnique, auquel cas elle ne peut pas faire l'objet d'une justification. Voy. Hugues Fulchiron, « Déchéance... », *JCP G*, 2015, n° 51, 1378.

<sup>2490</sup> CEDH, 21 juin 2011, n° 5335/05, *Ponomyovi c. Bulgarie*, § 52.

<sup>2491</sup> La question a d'ailleurs failli être jugée au fond à l'occasion de l'affaire CEDH, 7 février 2017, n° 42387/13, *K2 c. Royaume-Uni*, § 68-72, à propos du régime britannique de déchéance de nationalité qui distingue lui aussi les mononationaux des plurinationaux. Toutefois, le requérant ayant omis de soulever ce moyen devant les juges nationaux, la Cour européenne le rejette comme irrecevable.

<sup>2492</sup> Dans le même sens, voy. Amélie Dionisi-Peyrusse, « Nationalité – perte et déchéance individuelles », *op. cit.*, § 129.

a pu être qualifié de « déchéance pour tous »<sup>2493</sup>. Les reproches qui ont pu être formés *supra* (cf. n° 744 s.) à l'égard du manque de rationalité du Conseil constitutionnel lorsqu'il a examiné en 1996 et en 2015 le régime français de la déchéance de nationalité s'applique *a fortiori*. Rien, si ce n'est une « suspicion »<sup>2494</sup> historique encore vivace à l'égard du Français fraîchement naturalisé, ne justifie cette distinction entre Français de naissance et Français par acquisition. Il y a donc fort à parier que cette distinction puisse être jugée discriminatoire à raison de l'origine ethnique. Ces positions offensives et constructives du juge européen peinent toutefois à pénétrer l'ordre juridique français où le juge interne reste plus mesuré.

## 2. La position en retrait du juge français : la discrimination écartée

787. Les positions des juges civil et administratif sont sensiblement différentes. Si le juge civil refuse par principe de faire application du principe de non-discrimination, malgré les nombreux moyens soulevés en ce sens (a), le juge administratif semble plus enclin à retenir l'application de ce principe, mais il manque encore des moyens correctement formulés en ce sens (b).

### a. la discrimination écartée par principe devant le juge civil

788. Le principe de non-discrimination en matière de nationalité a surtout été soulevé en lien avec la perte de la nationalité suite à la décolonisation. La France a en effet édicté en la matière plusieurs séries de règles législatives venant réguler la conservation et la perte de la nationalité française suite à l'accès à l'indépendance des anciennes colonies (« territoires d'Outre-Mer » à partir de 1946<sup>2495</sup>) et de l'Algérie<sup>2496</sup>. La particularité de la décolonisation française tient en partie dans le fait que les questions de nationalité n'ont pas été réglées par des conventions internationales entre la France et le pays accédant à l'indépendance<sup>2497</sup>. Chacun

---

<sup>2493</sup> Comme le note Bertrand Mathieu, « La tentative de révision constitutionnelle relative à l'état d'urgence et à la déchéance de nationalité – Radiographie d'un échec », *RFDA*, 2016, n° 3, p. 417 : « l'objectif du gouvernement, à l'occasion de ce projet de réforme constitutionnelle, était de traiter de la même manière les Français, quelles que soient les conditions d'acquisition de la nationalité ».

<sup>2494</sup> Serge Slama, *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, thèse, Nanterre, 2003, p. 408.

<sup>2495</sup> Voy. Véronique Dimier, « De la France coloniale à l'outre-mer », *Pouvoirs*, 2005, n° 113, p. 37-54.

<sup>2496</sup> La Tunisie et le Maroc, en tant que Protectorats – plus tard « États associés » – disposaient déjà de leur propre droit de la nationalité. Il n'y a donc pas eu de « changement » de nationalité au moment de l'indépendance.

<sup>2497</sup> Le Premier Ministre Michel Debré livre en séance au Sénat quelques éléments d'appréciation pour comprendre pourquoi la voie conventionnelle n'a pas été suivie. Il semble en effet que le Gouvernement français avait comme objectif de se montrer « généreux » : « En agissant par le moyen d'une loi et non d'une convention, nous avons pu aller le plus loin possible. », in JORF, Sénat, débats, 20 juillet 1960, p. 1024. Autrement dit, par le moyen de la loi, chacun des États peut s'arroger les ressortissants qu'il souhaite, sans se soucier de la parfaite répartition des populations impliquée par la voie conventionnelle. Jean Foyer livre plus tard une explication plus contextuelle qui nous paraît toutefois faire un peu trop la part belle aux intentions françaises : « En 1960, nous n'avons pas conclu immédiatement des Conventions pour des raisons que je ne dissimulerai pas et qui étaient simplement que le temps

des deux États était appelé à établir les règles qui lui convenaient le mieux pour d'un côté (celui de l'État accédant à l'indépendance) constituer une population nationale, et de l'autre (celui de la France) maintenir au sein de sa population les ressortissants qui conservaient des attaches importantes avec la France. À bien analyser les différents critères édictés en la matière, il apparaît que les distinctions entre les Français conservant leur nationalité de plein droit et ceux qui à l'inverse la perdait sont fondés directement et indirectement sur des critères ethniques. Le juge civil refuse cependant de les examiner en considérant par principe que la prohibition de la discrimination ne saurait s'appliquer au droit de la nationalité.

**789. Les distinctions ethniques issues de la décolonisation.** – Il est nécessaire dans un premier temps de revenir sur la législation française et son contexte. Dès 1960, la France émet par la loi du 28 juillet 1960<sup>2498</sup> un critère général : conservent de plein droit la nationalité française les individus « originaires du territoire de la République française », leurs conjoints, veufs et veuves, ainsi que leurs descendants. Les « non-originares » ne conservent quant à eux la nationalité française qu'à la condition de fixer leur domicile en France. Ce terme d'« originaire » est particulièrement ambivalent, notamment en droit international des successions d'État. Si traditionnellement il fait référence au lieu de naissance, on sait que le traité de Versailles en a eu une interprétation « ethnique » (voy. *supra* n° 370 s.) rejetant les critères territoriaux. Il semble que cette ambivalence du texte ait été en réalité au cœur même de la volonté du législateur. Les débats devant le Sénat, où l'on s'interroge sur le sens de ce terme, montrent que les définitions données par le Gouvernement, que ce soit par Jean Foyer (qui est alors Secrétaire d'État chargé des relations avec la Communauté) ou par le Premier Ministre Michel Debré, manquent de clarté. Jean Foyer déclare que « le terme "originaire" n'est pas une innovation dans un texte sur la nationalité ; il se trouve dans un certain nombre de dispositions du même genre ; il est dans le traité de Versailles ; il a été employé à diverses reprises dans des décisions de la cour de cassation. Il faut donner, dans l'esprit du projet de loi, au terme "originaire" un sens large. Doit être considéré comme originaire toute personne qui a, par filiation,

---

manquait. Nous avons discuté, élaboré, beaucoup de textes, beaucoup de conventions avec des Gouvernements qui étaient particulièrement pressés d'accéder à l'indépendance. Il y avait pour eux de toute manière une sorte de date fatidique : c'était le début de la session ordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies à laquelle ils souhaitaient ardemment être admis. (...) [N]ous avons compris que ce serait discuter dans de mauvaises conditions que de proposer des débats aussi juridiques que ceux-là à des gouvernants qui étaient surtout soucieux à la même époque de la réalité politique de l'indépendance. », in Jean Foyer, « Problèmes de droit international privé dans les relations entre la France et les nouveaux États africains d'expression française », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1963, n° 21-23, p. 144.

<sup>2498</sup> Loi n° 60-752 du 28 juillet 1960 portant modification des art. 13, 101, 106 de l'intitulé du titre V et de l'intitulé du chapitre 1<sup>er</sup> du titre V, adjonction des articles 152, 153, 154, 155 et 156 formant le titre VII du code, JORF, 30 juillet 1960, p. 7040.

un lien avec une partie du territoire de la République française. »<sup>2499</sup> Face aux demandes de précisions – nombreuses – des Sénateurs, Michel Debré prend la parole pour donner quelques précisions : « Il y a des filiations qu'un texte ne peut pas définir. (...) [N]ous sommes arrivés à cette conclusion qu'il fallait adopter un terme qui, par la largeur de son acception, nous mit en mesure de faire face à tous les problèmes individuels (...). »<sup>2500</sup> La suite du débat fait presque sourire tant les Sénateurs ne cachent pas leur perplexité, si ce n'est leur incompréhension. Le Sénateur Roger Carcassonne exprime manifestement un sentiment collectif lorsqu'il demande le renvoi en Commission et déclare : « j'estime qu'un Parlement ne se grandit pas en votant un texte de loi que les orateurs ont déclaré ne pas comprendre. (*Sourires et marques d'approbation.*) »<sup>2501</sup>. Bref, ce qui apparaît ici c'est que le Gouvernement a souhaité adopter l'interprétation la plus large possible du terme originaire, pour que la loi puisse embrasser un maximum de situations où un individu pourrait rester de plein droit français, en particulier les familles d'origine métropolitaine résidant depuis plusieurs générations sur ces territoires nouvellement indépendants. Jean Foyer s'en explique encore quelques années plus tard à l'occasion d'une séance du comité français de droit international privé, et ancre son interprétation autour de la naissance en France de l'intéressé ou de ses aïeux :

« Pour les [originaires du territoire de la République], que la loi n'a pas d'ailleurs définis autrement – et je dois dire que, pressé de m'expliquer au Sénat, je n'ai pas été d'une précision absolument parfaite sur la notion d'"origo" – le souci à l'époque était, pour répondre au vœu parlementaire, de prendre un terme aussi large que possible dans l'espoir que la jurisprudence l'interpréterait libéralement, de sorte que l'on puisse presque admettre qu'est "originaire" toute personne dont l'un des ascendants était né sur le territoire de la République française tel qu'il est actuellement constitué. (...) Ces "originaires" du territoire de la République, aussi mal définis que je viens de le dire, conservent la nationalité française, alors même que la loi locale leur a conféré une autre nationalité. Par conséquence, sciemment, le législateur a créé un cas de double nationalité. »<sup>2502</sup>

<sup>2499</sup> JOREF, Sénat, débats, 20 juillet 1960, p. 1023.

<sup>2500</sup> *Ibid.*

<sup>2501</sup> *Ibid.* Voy. encore les déclarations d'Abel Durant – « Nous ne comprenons pas le texte. » (*ibid.*, p. 1026) – ou celles du rapporteur Jean Geoffroy – « Je vous avoue que je ne comprends plus. (*Rires et applaudissements.*) Je suis heureux de constater que le Sénat se rend compte de ce qu'ont été les souffrances imposées à la commission depuis quarante-huit heures (*Sourires*). Je tiens à déclarer à M. le Premier ministre qu'il vient de nous dire exactement le contraire de ce que M. Foyer nous avait dit tout à l'heure en commission. » (*ibid.*, p. 1023).

<sup>2502</sup> Jean Foyer, « Problèmes de droit international privé dans les relations entre la France et les nouveaux États africains d'expression française », *op. cit.*, p. 146-147.



Ce processus interprétatif, que Jean Foyer clôturait ici, aboutit à une définition plutôt objective de l'« originaire », par l'intermédiaire du critère du lieu de naissance<sup>2503</sup>. Difficile toutefois de faire émerger une interprétation absolument certaine au regard des travaux parlementaires.

**790.** Le juge va d'ailleurs s'écarter de ces interprétations objectives pour s'inscrire résolument dans une approche ethnique de la condition d'originaire. La Cour de cassation juge en effet de manière constante depuis un arrêt du 13 février 1996 que « la naissance sur le territoire de la République française ne suffit pas à conférer la qualité d'originaire de ce territoire »<sup>2504</sup>. À bien lire la Cour de cassation, il y a donc un élément subjectif qui doit s'ajouter à la naissance sur le territoire de la République pour considérer qu'un individu en est originaire. À cette fin, la Cour d'appel de Paris évalue ainsi le « milieu humain auquel se rattache l'individu »<sup>2505</sup>, et considère même que le lieu de naissance n'est pas pertinent. À la suite d'Hugues Fulchiron<sup>2506</sup> et de Paul Lagarde<sup>2507</sup>, il faut nécessairement déduire de cette approche jurisprudentielle une acception ethnique de la notion d'originaire. En effet, si la naissance ne peut pas à elle-seule qualifier le caractère originaire, c'est qu'une seconde composante tenant à l'appartenance à une certaine communauté – « milieu humain » – permet de qualifier l'origine d'un individu. Il ne fait donc aucun doute que la conservation de la nationalité des « originaires » dans le cadre de la décolonisation, et au regard de la jurisprudence judiciaire, a suivi des considérations ethniques.

**791.** Concernant le cas spécifique de l'Algérie, ce n'est plus le caractère originaire qui s'est appliqué, mais la distinction entre statut civil de droit local et statut civil de droit commun. L'ordonnance du 21 juillet 1962<sup>2508</sup> disposait en effet que seuls les Français de statut civil de droit commun domiciliés en Algérie conserveraient leur nationalité lors de l'accès à l'indépendance. À l'inverse, les Français de statut civil de droit local domiciliés en Algérie, et qui ne

---

<sup>2503</sup> Dans le même sens, voy. Paul Lagarde, « Nationalité de l'enfant né en France de parents originaires d'un ancien territoire d'outre-mer devenu indépendant », *Rev. crit. DIP*, 2003, n° 4, p. 625 et Fabienne Jault-Seseke, « L'article 32 du Code civil et la définition du Français originaire du territoire », *Rev. crit. DIP*, 2016, n° 2, p. 335.

<sup>2504</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 13 février 1996, n° 94-11851, Bull. 1996 I., n° 80, p. 52. Voy. encore Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 octobre 1998, n° 96-17409, Bull. 1998 I., n° 298, p. 206.

<sup>2505</sup> CA Paris, 8 mars 1996, D. 1996. 109 ; CA Paris, 5 avril 2005, JurisData n° 2005-270656.

<sup>2506</sup> Hugues Fulchiron, « De la détermination des nationaux par une loi interprétative », *op. cit.*, p. 681 : « Le critère de l'origine serait donc de nature purement ethnique. »

<sup>2507</sup> Paul Lagarde, « Nationalité de l'enfant né en France de parents originaires d'un ancien territoire d'outre-mer devenu indépendant », *op. cit.*, p. 625 : « tout laisse penser qu'elle [la Cour de cassation] a entériné la conception ethnique ».

<sup>2508</sup> Ordonnance n° 62-825 du 21 juillet 1962 relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, prises en application de la loi n° 62-421 du 13 avril 1962, in JORF, 22 juillet 1962, p. 7230.

venaient pas fixer leur domicile en France, perdaient leur nationalité. Là-encore, sous les apparences neutres et techniques des différents statuts, se cache une distinction fondée sur des critères ethniques. La différence entre ces deux statuts est historiquement fondée en Algérie sur les termes de la capitulation d'Alger du 6 juillet 1830 : « L'exercice de la religion mahométane restera libre. »<sup>2509</sup> Or, comme le note Arthur Girault dans ses célèbres *Principes de colonisation et de législation coloniale*, « pour les Musulmans le Coran est à la fois la base de la religion et celle du droit, si bien que l'on ne peut pas toucher à leurs institutions civiles sans heurter en même temps leurs sentiments religieux »<sup>2510</sup>. Dans un souci de paix sociale, la France a laissé s'appliquer aux « colonisés » la loi civile musulmane puisque « Ces institutions [de droit privé] sont en effet en rapport avec l'état social des indigènes, avec leurs besoins économiques, avec leurs conceptions morales et religieuses. »<sup>2511</sup> Le Sénatus-consulte sur l'état des personnes et la naturalisation en Algérie du 14 juillet 1865 vient consacrer constitutionnellement cette spécificité : « L'indigène musulman est Français ; néanmoins il continuera à être régi par la loi musulmane. »<sup>2512</sup>

**792.** S'en déduit depuis lors une distinction qui vaudra jusqu'à l'indépendance entre les ressortissants français de statut civil de droit local (droit musulman) et les ressortissants français de statut civil de droit commun (code civil français). Les deux statuts n'étaient pas parfaitement hermétiques et différentes procédures improprement qualifiées de « naturalisation » permettaient – difficilement – de basculer du statut de droit local au statut de droit commun ; l'intérêt en était surtout politique puisque seul ce dernier statut conférait à son détenteur la pleine citoyenneté<sup>2513</sup>. Il n'en va pas ici que d'une question de religion : en créant un régime juridique qui organise socialement une communauté musulmane native, le statut civil de droit local possède en réalité un « caractère ethnico-politique, et non pas simplement civil ou religieux »<sup>2514</sup> comme l'écrit Patrick Weil. Personne n'en fait d'ailleurs mystère en France. À quasiment un siècle d'intervalle, le même constat est fait sur la séparation juridique nécessaire des deux communautés. Tocqueville écrit ainsi en 1841 que « la société musulmane et la société chrétienne

---

<sup>2509</sup> Arthur Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, vol. 2, Paris, Larose, 1904, 2<sup>ème</sup> édition, n° 341, p. 511.

<sup>2510</sup> *Ibid.*, vol. 1, n° 149, p. 535.

<sup>2511</sup> *Ibid.*, n° 148, p. 534.

<sup>2512</sup> Voy. Duvergier, *Collection*, t. 65, 1865, Paris, Guyot et Scribe, p. 405.

<sup>2513</sup> Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 352 et s., considère ainsi très justement que la nationalité des Français soumis au statut civil de droit local est « dénaturée » puisqu'elle ne permet pas à son détenteur d'accéder aux droits politiques que possèdent les Français soumis au statut civil de droit commun.

<sup>2514</sup> *Ibid.*, p. 355.

n'ont malheureusement aucun lien, (...) elles forment deux corps juxtaposés, mais complètement séparés. (...) Il peut donc et il doit donc y avoir deux législations très distinctes en Afrique parce qu'il s'y trouve deux sociétés très séparées. »<sup>2515</sup> Plus tard, en 1923, Lapradelle n'a de la même manière aucune difficulté à mentionner que la nationalité française révèle en réalité « un statut chrétien, un statut occidental, un statut conforme à l'état moral, à l'état social », et que les « communautés chrétiennes » font face à des « institutions empreintes d'une civilisation différente »<sup>2516</sup>. Donc, lorsque la France se fonde sur le statut civil de droit commun pour déterminer un ensemble d'individus qui conservera de plein droit la nationalité française malgré une domiciliation algérienne, elle applique indirectement un critère de nature ethnique<sup>2517</sup>.

**793. Le refus de principe d'examiner une discrimination.** – Confronté à ces législations, quelle est alors aujourd'hui la position du juge au regard des standards de non-discrimination ? La position de la Cour européenne des droits de l'homme ne manque guère de clarté : « l'origine ethnique se fonde sur l'idée de groupes sociaux ayant en commun une nationalité, une appartenance tribale, une religion, une langue, des origines et un milieu culturel et traditionnel. »<sup>2518</sup> Nul doute que les « originaires » d'un même « milieu humain », ou encore les Français de statut civil de droit commun, sont en réalité toutes deux des catégories ethniques auxquelles un traitement différencié et avantageux est réservé au regard de la conservation de la nationalité française. Il ne s'agit pourtant pas de jeter un regard rétrospectif et facilement critique à l'égard d'une législation inscrite dans le contexte particulièrement délicat de la décolonisation. En réalité, la question présente encore une grande actualité puisque ces dispositions continuent de produire des effets. Comme la loi du 28 juillet 1960 sur les « originaires » et l'ordonnance du 21 juillet 1962 sur les Français de statut civil de droit commun entraînent une conservation de plein droit de la nationalité française (c'est-à-dire sans aucune démarche nécessaire), les descendants d'individus qui remplissaient au moment de l'indépendance les conditions précitées sont aujourd'hui Français par le droit du sang puisque la nationalité française conservée de plein droit se transmet par filiation. Le contentieux se trouve donc placé devant le juge judiciaire à

---

<sup>2515</sup> Alexis de Tocqueville, « Travail sur l'Algérie », in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1991, p. 752.

<sup>2516</sup> Pour l'ensemble voy. Albert de Lapradelle, « Plaidoirie devant la Cour », *Revue de droit international privé*, 1922-1923, vol. 18, p. 177. Bien entendu, sont ici en jeu les nationalités marocaine et tunisienne. Le système est toutefois largement comparable puisqu'au regard du droit international, les Marocains et Tunisiens étaient des ressortissants français, et que leur « nationalité » ne jouait ainsi qu'au regard des droits civils et politiques, à l'instar du statut civil de droit local.

<sup>2517</sup> Dans le même sens encore, voy. Paul Lagarde, « La distinction des personnes selon leur statut civil au regard de la nationalité française après l'indépendance de l'Algérie n'est pas contraire à la Conv. EDH », *Rev. crit. DIP*, 1992, n° 4, p. 681 : « On ne peut nier que la distinction incriminée repose, *grosso modo*, sur la race (les Européens et les "Arabes"), la langue (les francophones et les arabophones) et la religion (les chrétiens et les musulmans). »

<sup>2518</sup> CEDH, 13 décembre 2005, n° 55762/00, *Timichev c. Russie*, § 55.

l'occasion de l'examen, par exemple, d'un refus de délivrance d'un certificat de nationalité française<sup>2519</sup>.

794. La Cour de cassation a toutefois toujours refusé d'examiner la conformité de ces stipulations au regard du principe de non-discrimination fondé sur le droit international. À propos des originaires, la Cour a jugé dans deux arrêts du 22 février 2000 et du 8 janvier 2002 que « la détermination, par un État, de ses nationaux, par application de la loi sur la nationalité, ne peut constituer une discrimination au sens du Pacte de New York du 19 décembre 1966 sur les droits civils et politiques »<sup>2520</sup>. La Cour de cassation oppose donc une irrecevabilité générale au moyen tiré d'une discrimination dans le champ de la nationalité. Comment s'en satisfaire ? Paul Lagarde note à ce propos que « La réponse est sans doute trop générale »<sup>2521</sup> en arguant justement du fait qu'une législation peut être discriminatoire. Hugues Fulchiron réplique quant à lui à cette approche que « Le droit de la nationalité ne vit (...) pas dans une sphère autonome, imperméable aux droits de l'homme. Le principe de non-discrimination en cause dans l'arrêt commenté, ne serait sans doute pas le seul à concerner la matière, mais il est en première ligne dans la mesure où le droit de la nationalité est par nature un droit de distinction et de répartition. »<sup>2522</sup> Dans le champ des dispositions relatives à l'Algérie, la Cour a encore jugé dans un arrêt du 19 février 2002 que « la détermination, par un État, de ses nationaux par application de la loi sur la nationalité ne peut constituer une discrimination au sens de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale dès lors qu'est assuré le droit à une nationalité »<sup>2523</sup>. Cette formule n'est pas davantage satisfaisante. Ce n'est en effet pas le sens de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, celle-ci garantit une jouissance sans discrimination du « droit à une nationalité », en aucune manière elle ne conditionne son applicabilité au seul cas où l'individu n'aurait pas profité de ce droit (voy. *supra* n° 765 s.).

---

<sup>2519</sup> À titre très indirect, il peut parfois se trouver devant le juge administratif, notamment en contentieux des pensions. Voy. p. ex. CE, 5<sup>ème</sup> ss, 29 mai 1987, n° 63210, inédit. Le juge administratif considère justement que la condition d'« originaire » présente à juger une difficulté sérieuse et renvoie donc au juge judiciaire le soin de trancher, voy. CE, 5<sup>ème</sup> ss, 3 avril 1987, n° 63104, inédit ; CE, 5<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ssr, 6 mars 1987, n° 63150, inédit. Le Conseil d'État semble toutefois considérer qu'« originaire » et « lieu de naissance » sont synonymes, voy. CE, 3<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> ssr, 25 juin 1982, n° 39902, Lebon tables (sur un autre point).

<sup>2520</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 22 février 2000, Rev. crit. DIP 2000. 681 et Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 janvier 2002, Rev. crit. DIP 2003. 77.

<sup>2521</sup> Paul Lagarde, « La détermination de ses nationaux par un État ne peut constituer une discrimination », *Rev. crit. DIP*, 2003, n° 1, p. 77.

<sup>2522</sup> Hugues Fulchiron, « De la détermination des nationaux par une loi interprétative », *op. cit.*, p. 681.

<sup>2523</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 19 février 2002, Rev. crit. DIP 2003. 77. Voy. encore Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 25 avril 2007, n° 04-17632, Bull. 2007, I, n° 159.

795. Sans doute la position de la Cour de cassation aurait été davantage justifiée au début des années 2000 par le raisonnement selon lequel le droit de la nationalité n'entre pas dans le champ des instruments internationaux qui prohibent la discrimination. Une telle justification est de toutes manières aujourd'hui périmée au regard de la jurisprudence *Genovese* de 2011 qui établit avec la plus grande netteté la recevabilité du principe de non-discrimination dans le contentieux de la nationalité. Pourtant, dans un arrêt du 14 mars 2012, la Cour a encore jugé que « les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peuvent faire échec au droit qu'a chaque État de déterminer les conditions d'accès à la nationalité »<sup>2524</sup>. Encore une fois, et pour les mêmes raisons, l'arrêt a suscité la critique<sup>2525</sup>. La Cour de cassation n'a pas, à notre connaissance, émis de nouvelles jurisprudences depuis. Sa position est en parfaite contradiction avec la tendance – consolidée – d'inscription de la nationalité dans le champ des droits de l'homme, et en particulier celui du principe de non-discrimination. Elle est en outre directement contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et son arrêt *Genovese*.

796. Seul un arrêt de la Cour d'appel de Paris s'est risqué en 1990 à apporter une justification à la différence de traitement entre les ressortissants de statut de droit local et de droit commun en Algérie. Si les juges ne qualifient pas le type de discrimination qui est en cause (la question est opportunément laissée de côté), ils soignent en revanche une justification fondée sur les spécificités de la décolonisation et de l'accès à l'indépendance :

« Considérant qu'en l'espèce, s'agissant de la distinction faite par l'ordonnance du 21 juillet 1962 entre les personnes de statut civil de droit commun et celles de statut civil de droit local, originaires d'Algérie, quant à la nationalité française, il apparaît : – que la différenciation opérée par le législateur français n'excède pas les pouvoirs d'appréciation laissés aux États pour la protection de l'intérêt national dans une matière – la nationalité – relevant de la seule souveraineté de chaque État ; – qu'elle vise un but légitime, qui est de préserver l'identité d'une population, de sa culture, de sa religion particulière, justifiant une protection légale appropriée, ayant pour but de reconnaître un statut spécifique à l'ensemble d'une population qui était destinée à constituer, par la suite, celle du nouvel État indépendant lors de la succession d'États résultant de l'accession de l'Algérie à l'indépendance ; – qu'elle ne heurte pas le principe de proportionnalité entre le moyen employé et le but visé, la différenciation des statuts personnels selon l'origine étant le moyen le plus adéquat pour préserver le statut juridique spécifique de la population destinée à s'intégrer dans le nouvel État ; »<sup>2526</sup>

---

<sup>2524</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 14 mars 2012, n° 11-15.290, Rev. crit. DIP 2012. 553.

<sup>2525</sup> Voy. Fabien Marchadier, « Discrimination et détermination des nationaux », *op. cit.*, p. 553 : « Affirmer de manière aussi abrupte que le droit de la nationalité échappe à l'influence du droit européen des droits de l'homme est un second motif d'étonnement », « la solution adoptée en l'espèce est discutable » ; Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup et Ségolène Barbou des Places. *Droit de la nationalité et des étrangers*, *op. cit.*, n° 73, p. 58. : « Ces affirmations sont un peu péremptoires. »

<sup>2526</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 30 novembre 1990, Rev. crit. DIP 1992. 681.

Un tel raisonnement peut globalement être approuvé. Suivant Paul Lagarde, la situation s'impose comme une évidence au moment de l'indépendance de l'Algérie : « il était bien clair que la ligne de partage entre les Français et les nationaux du nouvel État algérien ne pouvait que coïncider très largement avec celle des origines, de la langue et de la religion. »<sup>2527</sup> Il n'en demeure pas moins qu'en évitant de qualifier le critère de distinction prohibé par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour d'appel laisse opportunément de côté la marge d'appréciation de l'État pour apporter une justification à la différence de traitement. En particulier, on sait bien que la distinction sur un critère ethnique est forcément discriminatoire en ce qu'il n'est en théorie pas possible d'en apporter une justification « objective et raisonnable » : « Aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne [peut] passer pour justifiée dans une société démocratique contemporaine »<sup>2528</sup>. Peut-être peut-on toutefois trouver dans cette formule générale de l'arrêt *Biao* une ouverture concernant la situation particulière de la décolonisation. Ce n'est en effet pas la « société démocratique contemporaine » française qui édicte ces règles, mais un ancien État colonial qui fait face à l'accès à l'indépendance de ses anciennes colonies. Difficile donc, pour liquider cet héritage, de recourir à des critères égalitaires et ethniquement neutres dans une situation où l'ensemble de la législation coloniale consacrait l'inégalité et la discrimination. Sans doute pourrait-on imaginer que la Cour européenne des droits de l'homme retienne dans ce cas précis et particulier que même une distinction fondée sur l'origine ethnique puisse admettre une justification tirée de motifs impérieux<sup>2529</sup>, et dont la Cour d'appel de Paris fournit ici une bonne illustration. La Cour de cassation gagnerait à suivre cette voie et à rejeter toute irrecevabilité de principe du moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination en droit de la nationalité. Comme le note sobrement Jean-Yves Carlier, entre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris de 1990 et les arrêts de la Cour de cassation des années 2000 et 2010, « Il faut donc préférer la première période de la jurisprudence (...) qui s'attelait à l'examen du caractère raisonnable des critères retenus. »<sup>2530</sup>

---

<sup>2527</sup> Paul Lagarde, « La distinction des personnes selon leur statut civil au regard de la nationalité française après l'indépendance de l'Algérie n'est pas contraire à la Conv. EDH », *op. cit.*, p. 681.

<sup>2528</sup> CEDH, grande chambre, 24 mai 2016, n° 38590/10, *Biao c. Danemark*, § 114.

<sup>2529</sup> Contra, voy. Jean-Yves Carlier, « Droits de l'homme et nationalité », *Annales de Droit de Louvain*, 2003, vol. 63, n° 3 (Hommage à Michel Verwilghen), p. 248-251, qui considère que les textes pourraient être réinterprétés par les juges français pour leur donner un sens plus conforme au principe de non-discrimination, et sortir de l'orbite du contexte de la décolonisation, sans toutefois préciser comment. L'auteur juge en particulier que le critère des « originaires » est particulièrement sujet au risque d'une disproportion dans la justification d'une différence de traitement.

<sup>2530</sup> *Ibid.*, p. 250.

## **b. la discrimination bientôt examinée par le juge administratif**

**797. Le développement de l'applicabilité devant le juge administratif.** – La position devant le juge administratif est beaucoup plus constructive. Celui-ci réceptionne en effet avec davantage de précision que son homologue judiciaire la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour autant, la rareté de l'invocation du moyen tiré de la violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme en lien avec l'article 8, dans la continuité de l'arrêt *Genovese*, semble pour le moment freiner cette réception.

**798.** En matière de déchéance de nationalité, la solution du Conseil d'État antérieure à l'arrêt *Genovese* était conforme à la jurisprudence européenne. Dans une décision du 18 juin 2003 fichée sur ce point, le Conseil considère que le principe de non-discrimination ne peut s'appliquer à la nationalité à défaut d'être un droit reconnu par la Convention : « Considérant qu'aux termes de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune... ; que le droit pour un étranger d'acquérir la nationalité d'un État signataire de cette convention et de la conserver n'est pas au nombre des droits et libertés reconnus par celle-ci ; que, par suite, M. X ne saurait utilement soutenir que les dispositions de l'article 25 du code civil seraient incompatibles avec les stipulations précitées »<sup>2531</sup>. En revanche, après les éclaircissements européens de *Genovese* en 2011, le Conseil d'État aurait sans doute pu examiner en matière de déchéance le moyen tiré de la violation de l'article 14 de la Convention. Il a manqué dans une première décision que le requérant invoque l'identité protégée par l'article 8 de la Convention pour que l'article 14 s'applique<sup>2532</sup> ; il a manqué dans une seconde décision que le requérant invoque l'article 14 après avoir pourtant soulevé le moyen tiré de la violation de l'article 8<sup>2533</sup>. Ce « chassé-croisé », qui est le fruit des requérants bien davantage que du Conseil d'État, devrait normalement prendre fin quand les deux moyens seront soulevés conjointement. Xavier Domino, rapporteur public dans les deux affaires, laisse d'ailleurs entendre dans ses conclusions relatives à la première espèce qu'il aurait « suffi » d'invoquer l'article 8 pour permettre l'applicabilité de l'article 14 : « vous le savez,

---

<sup>2531</sup> CE, 2/1 ssr, 18 juin 2003, n° 251299, *Saiki*, Lebon tables p. 777 (sur ce point).

<sup>2532</sup> CE, 2/7 ssr, 11 mai 2015, n° 383664, inédit.

<sup>2533</sup> CE, 2/7 ssr, 8 juin 2016, n° 394348, Lebon p. 232.

pour que cet article [14] soit invocable, il faut qu'il soit invoqué en combinaison avec un autre droit défendu par la convention. Or, les autres stipulations invoquées ici sont sans portée. »<sup>2534</sup>

**799.** En matière de refus de naturalisation, le moyen tiré de la violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme semble désormais recevable. Depuis une décision du 11 mai 2016<sup>2535</sup>, le Conseil d'État a jugé qu'opposer à une personne handicapée l'absence de ressources propres (non issues de prestations sociales) pour lui refuser la naturalisation était constitutif d'une erreur de droit (voy. *infra* n° 885 s. sur la situation des personnes handicapées au regard de la naturalisation). Si rien dans les motifs de la décision ne précise l'application de l'article 14 de la Convention, le fichage au *Lebon* indique toutefois : « Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis par la convention. – Discrimination à raison du handicap – Existence ». Cet arrêt consacre donc implicitement l'applicabilité du principe de non-discrimination en matière de refus de naturalisation. D'ailleurs, cette applicabilité ne se fonde en l'espèce sur aucun droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme ce qui tendrait à faire de cette décision un cas inédit d'application autonome du principe de non-discrimination. Des précautions sont cependant de mise au regard du caractère implicite de la consécration<sup>2536</sup>. Il y a tout lieu de croire, *a fortiori*, que la deuxième chambre de la section du contentieux du Conseil d'État jugera recevable tout moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination, à la condition qu'il soit combiné avec l'article 8 de la Convention.

\*

**800. Conclusion de section : la variabilité des contraintes entre égalité et discrimination.** – En tant que droit de « distinction »<sup>2537</sup>, il n'est guère étonnant que le principe d'égalité

---

<sup>2534</sup> Xavier Domino, conclusions sous CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 11 mai 2015, n° 383664, p. 2 (disponibles sur Ariane). Il est intéressant de relever que le requérant invoquait la violation de l'article 3 du protocole n° 4 prohibant l'expulsion des nationaux. Le moyen est jugé inopérant et ne peut donc servir l'applicabilité de l'article 14. Contra, voy. *supra* CA de Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 30 novembre 1990, Rev. crit. DIP 1992. 681.

<sup>2535</sup> CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 11 mai 2016, n° 389399, *Lebon* tables p. 754 (sur ce point).

<sup>2536</sup> La jurisprudence est inégalement réceptionnée par la Cour administrative d'appel de Nantes. Pour une application conforme à la jurisprudence du Conseil d'État par la deuxième chambre, voy. CAA Nantes, 2<sup>e</sup> ch., 15 décembre 2017, 16NT03066, inédit. La cinquième chambre reste toutefois sur une position très ancienne et fort peu conforme à la jurisprudence de son juge suprême et de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. p. ex. CAA Nantes, 5<sup>e</sup> ch., 18 avril 2017, 16NT01777, inédit : « Considérant, en troisième lieu, que l'accès à la nationalité française ne constitue pas un droit mais une faveur pour l'étranger qui la sollicite ; que le refus d'accorder la naturalisation à un étranger pour lui permettre d'acquérir son autonomie matérielle ne saurait dès lors constituer, contrairement à ce que soutient la requérante, une discrimination dans l'accès à un droit fondamental ; que Mme C...ne peut pas, dès lors, utilement se prévaloir de la méconnaissance des stipulations combinées des articles 8 et l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

<sup>2537</sup> Les termes sont empruntés à Hugues Fulchiron, « De la détermination des nationaux par une loi interprétative », *op. cit.*, p. 681 : « le droit de la nationalité est par nature un droit de distinction et de répartition. »



soit systématiquement soulevé en droit de la nationalité devant le Conseil constitutionnel. Il est en effet aisé de formuler un grief sous l'angle d'un traitement différent de situations pourtant comparables. Toutefois, la possibilité offerte au législateur de déroger à l'égalité à la condition d'un motif d'intérêt général et d'un lien avec l'objet de la loi rend souvent assez illusoire les chances concrètes d'une censure sur le fondement général du principe d'égalité – d'autant que la jurisprudence du Conseil constitutionnel marque une certaine réserve. Mais ce constat se renverse lorsque le principe d'égalité est lié à une protection constitutionnelle particulière. C'est le principe d'égalité « entre les sexes » qui fonde ainsi la seule censure retenue par le Conseil constitutionnel. Autrement dit c'est un principe d'égalité « qualifié » qui produit un effet maximum, il s'apparente en cela au principe de non-discrimination qui porte la plupart du temps sur des catégories identifiées (race, religion, sexe, etc.). Dans cette logique, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà retenu sans difficultés des discriminations à raison de l'origine familiale ou de l'origine ethnique. Les contentieux constitutionnel et européen convergent sous cet angle. L'emploi de la notion de discrimination « indirecte » permet d'ailleurs de dépasser la seule appréciation des distinctions juridiques opérées par la loi pour examiner plus en avant les effets concrets et distinctifs opérés par une formule générale dans son apparence. C'est sans doute sur ce terrain que repose l'avenir du principe de non-discrimination en droit de la nationalité : la prohibition des effets concrets d'une législation générale qui tendrait à distinguer selon une qualité particulière (race, religion, sexe, etc.) différentes catégories d'individus. L'ensemble révèle bien que la discrétionnarité du pouvoir de l'État recule face à la progression des discriminations prohibées. Le principe de proportionnalité permet encore d'illustrer une dynamique semblable.

### ***Section 3. L'exigence de proportionnalité de la mesure : une contrainte forte mais fragmentée***

**801.** Plusieurs normes viennent garantir dans une dynamique assez récente le principe de proportionnalité en droit de la nationalité. Cela n'est guère étonnant, le terrain privilégié (mais pas exclusif<sup>2538</sup>) du principe de proportionnalité est celui des droits fondamentaux : « Dans sa conception dominante, la notion juridique de proportionnalité se réfère à la protection des droits

---

<sup>2538</sup> Le contrôle de proportionnalité est également une technique appliquée par le juge administratif dans le cadre de son contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits. Or, ce contrôle est autonome et ne s'inscrit pas dans le champ des droits fondamentaux (voy. *infra*).

fondamentaux à travers la modération des atteintes que pourraient leur porter la puissance publique dans la poursuite de tel ou tel but d'intérêt général. »<sup>2539</sup> La dynamique de fondamentalisation de la nationalité initiée dans les années 1950 conduit aujourd'hui à ce que plusieurs normes substantielles protectrices des droits de l'homme fassent obligation à l'autorité publique de respecter le principe de proportionnalité dans le champ de la nationalité. La pénétration de ce principe est double. D'abord en droits européens, il revient à la Cour européenne des droits de l'homme d'avoir initié un contrôle de proportionnalité fondé sur l'article 8 de la Convention protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale. Elle est rejointe par la Cour de justice de l'Union européenne qui fait désormais obligation aux États membres de respecter le principe de proportionnalité lorsqu'une mesure de perte de la nationalité entraîne la perte de la citoyenneté européenne. L'ensemble conduit les juges administratif et judiciaire à faire toujours plus application de ce principe dans leurs contentieux respectifs (I). Ensuite, en droit constitutionnel, selon une formule nécessairement plus abstraite, le Conseil constitutionnel opère de longue date un contrôle de proportionnalité sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui fait obligation au législateur de respecter le principe de proportionnalité des peines, mais à l'inverse de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit au respect de la vie privée et familiale ne produit que très peu d'effets (II).

### **§ 1. La place prépondérante de la proportionnalité dans les droits européens**

**802.** Le contrôle de proportionnalité est très ancré dans la mécanique du droit européen. Lorsqu'un droit est garanti, sauf à ce qu'il soit intangible, l'atteinte par l'autorité publique est possible tant que celle-ci est proportionnée. En matière de droit de la nationalité, deux fondements complémentaires s'expriment et viennent ainsi consacrer le principe de proportionnalité dans une dynamique de fondamentalisation de la nationalité. Le premier est l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui vient garantir le droit au respect de la vie privée et familiale (A). Le second est l'article 20 du TFUE qui fonde en droit primaire la citoyenneté européenne (B). La jurisprudence des deux Cours européennes, globalement suivie par les juges français, fait ainsi obligation à l'État de respecter le principe de proportionnalité en droit de la nationalité.

---

<sup>2539</sup> Georges Xynopoulos, « Proportionnalité », Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 1251. Voy. également Voy. Vicki C. Jackson, « Constitutional Law in an Age of Proportionality », *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, n° 8, p. 3196 : le principe de proportionnalité peut servir « *the ongoing process of working the Constitution to achieve effective and human rights-protecting governance* ».

## A. Le contrôle pluriel basé sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

**803.** Il revient à la Cour européenne des droits de l'homme d'avoir la première fait application du principe de proportionnalité dans le champ de la nationalité par le truchement de l'article 8 de la Convention. Il en résulte une série jurisprudentielle particulièrement nourrie plaçant la nationalité au cœur du contrôle juridictionnel de la Cour, mais dont la lecture est parfois malaisée (1). Les juges français ont amorcé la réception de cette jurisprudence et appliquent ainsi le principe de proportionnalité dans le contentieux de droit interne, dans une étendue toutefois réduite au regard des solutions retenues par la Cour européenne des droits de l'homme (2).

### 1. Développement et consolidation d'un contrôle fondé sur l'article 8 par la Cour européenne

**804. Panorama de la jurisprudence « buissonnante » de la Cour européenne.** – Il y a plus d'un demi-siècle, un ex-ressortissant allemand déchu de sa nationalité dans les années 1930 par le régime nazi en raison de ses activités « communistes et séparatistes » déférait à la Commission européenne des droits de l'homme la conventionnalité de cette mesure de perte. Les juges européens répondent ici pour la première fois dans une décision du 29 août 1957 que « le droit à une nationalité ne figure pas parmi lesdits droits et libertés ; qu'il appert donc que la requête est, à cet égard, incompatible avec les dispositions de la Convention »<sup>2540</sup>. Longtemps constante<sup>2541</sup>, cette jurisprudence pouvait légitimement être interrogée. Ce n'est pas parce que la Convention ne garantit pas un droit à la nationalité qu'un refus ou une perte de nationalité ne peut pas conduire par ricochet à une violation d'un droit garanti par la Convention. C'est précisément ce que reconnaît la Commission en renversant prudemment cette ancienne jurisprudence dans une décision *Kafkasli c. Turquie* du 1<sup>er</sup> juillet 1997. Dans cette espèce, un ex-ressortissant turc considérait que le refus de réintégration dans sa nationalité à la suite d'une déchéance pour espionnage portait atteinte à son droit au respect de sa vie privée et familiale. La Commission déclare le grief recevable et considère qu'il y a bien dans ce refus de réintégration une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale : « [La Commission] observe à cet égard que la Convention ne garantit, comme tel, aucun droit d'acquérir une nationalité

<sup>2540</sup> Com. EDH, 29 août 1957, n° 288/57, *X. c. RFA*, Rec. 1. 210.

<sup>2541</sup> Voy. p. ex. Com. EDH, plénière, 1<sup>er</sup> avril 1968, n° 2699/65, *X. c. RFA*, Rec. 26. 33 ; Com. EDH, 15 décembre 1969, n° 3745/68, *X. c. RFA*, Rec. 31. 107 ; Com. EDH, plénière, 5 octobre 1972, n° 5212/71, *X. c. Autriche*, Rec. 43. 69.

déterminée. Il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce la vie privée et familiale du requérant se trouve affectée et perturbée par les restrictions qui lui sont imposées en raison de son assignation à résidence et, du moins en partie, de son statut d'apatride. »<sup>2542</sup> Si la Commission rappelle donc sa jurisprudence d'évidence relative à l'absence de droit à une nationalité, elle accepte désormais d'évaluer les conséquences concrètes au regard de la vie privée et familiale d'un refus de nationalité. En l'espèce, elle juge que la vie familiale du requérant n'a pas été atteinte et que son assignation à résidence est justifiée par des considérations de sécurité nationale. Bref, la nationalité intègre ici le contrôle ordinaire des juges européens. Une telle approche, pourtant simple et lisible, n'a pas été complètement réceptionnée par la Cour européenne des droits de l'homme.

**805.** La jurisprudence de la Cour relative au contrôle de proportionnalité des mesures relatives à la nationalité dans le champ de l'article 8 a été lancée par la célèbre affaire *Karashev c. Finlande* jugée en 1999. En l'espèce, le requérant se plaignait notamment de ne pas s'être vu reconnaître la nationalité finlandaise à la naissance et considérait que les conséquences de cette mesure emportaient une violation de l'article 8 de la Convention. Suivant probablement le libellé de l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, le requérant alléguait le caractère « arbitraire » de cette décision. La Cour juge le grief recevable et fixe les lignes directrices de son contrôle dans un paragraphe de principe :

« Bien que le droit d'acquérir une nationalité ne soit garanti, comme tel, ni par la Convention ni par ses Protocoles, la Cour n'exclut pas qu'un refus arbitraire de nationalité puisse, dans certaines conditions, poser un problème sous l'angle de l'article 8 de la Convention en raison de l'impact d'un tel refus sur la vie privée de l'intéressé. Il est donc nécessaire d'examiner si les décisions finlandaises révèlent un arbitraire ou ont des répercussions susceptibles de soulever des questions sous l'angle de l'article 8 de la Convention. »<sup>2543</sup>

La formule n'est pas d'une grande simplicité, en cela il y a une première rupture avec la jurisprudence *Kafkasli* de la Commission qui cherchait simplement et généralement à établir en quoi un refus de nationalité pouvait porter atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale du requérant. La Cour ancre ici explicitement la recevabilité du grief dans le versant « privé » de l'article 8, sans justifier cette position étonnante<sup>2544</sup>, considérant que c'est cette composante qui sera « impactée » par le refus. Elle prévoit ensuite un contrôle en deux temps, d'abord celui de l'« arbitraire » de la mesure, ensuite celui des répercussion « sous l'angle de l'article 8 » en

---

<sup>2542</sup> Com EDH, plénière, 1<sup>er</sup> juillet 1997, n° 21106/92, *Kafkasli c. Turquie*, § 33.

<sup>2543</sup> CEDH, 12 janvier 1999, n° 31414/96, *Karashev c. Finlande*.

<sup>2544</sup> Notamment au regard du refus de considérer que la nationalité intègre le champ des droits des « droits et obligations de caractère civil » dans le cadre de l'article 6 de la Convention, voy. *supra* chap. 5.

général, et non plus du seul versant privé. Difficile de s’y retrouver. En l’espèce, la Cour juge sur le plan de son contrôle de l’arbitraire considère que la position des autorités finlandaises est justifiée. En effet, était en cause l’attribution de la nationalité finlandaise par le droit du sol à la condition que l’enfant ne possède aucune autre nationalité. Or, la Finlande considérait que l’enfant possédait à la naissance la nationalité russe. Au regard des éléments soumis à l’appréciation de la Cour, notamment des séries d’interprétations divergentes et ambiguës des autorités russes à propos de sa nationalité, la Cour conclut au défaut d’arbitraire. Sur le plan des « répercussions » générales sous l’angle de l’article 8, la Cour juge que :

« Concernant les conséquences du refus de considérer le requérant comme ressortissant finlandais, la Cour observe que l’intéressé n’est pas menacé d’expulsion de Finlande, que ce soit seul ou avec ses parents. Ceux-ci ont des autorisations de séjour et des passeports pour étrangers, et des documents analogues pourraient être délivrés au requérant à leur demande. L’intéressé bénéficie également de prestations sociales telles que la garderie municipale (depuis le 1er juin 1996) et l’allocation pour enfant à charge (depuis le 28 mai 1997). Sa mère perçoit également une allocation de chômage, dans le calcul de laquelle le requérant est inclus. Bien que celui-ci n’ait pas bénéficié dès le début de ces prestations, la Cour estime que les conséquences du refus de lui reconnaître la nationalité finlandaise, vues isolément ou combinées avec le refus lui-même, ne sauraient être considérées comme suffisamment graves pour poser un problème sous l’angle de l’article 8 de la Convention. »<sup>2545</sup>

La Cour évalue donc les répercussions à partir du risque d’expulsion, des autorisations de séjour, des facilités de circulation (passeport) et du bénéfice de prestations sociales pour le requérant et sa famille. Cet ensemble diffus et hétéroclite sert donc en l’espèce à juger que le refus de nationalité ne produit pas des conséquences « suffisamment graves » au regard de l’article 8 en général. Difficile de faire un lien direct avec des éléments « privés » ou « familiaux » tant le contrôle paraît ici général au regard de la situation globale du requérant.

**806.** À partir de cette jurisprudence, trois lignées jurisprudentielles vont s’établir chronologiquement. La première s’écarte partiellement de *Karashev* en retenant une formule générale qui ne se fonde pas sur la seule vie privée, et ancre explicitement le contrôle dans la filiation de la Déclaration universelle des droits de l’homme de 1948. La formule est initiée par la grande chambre dans l’affaire *Slivenko* rendue en 2002, puis devient constante dans les affaires jugées par la première section de la Cour entre 2003 et 2004, exclusivement en matière de successions entre l’Union soviétique et la Lettonie : « Un “droit à une nationalité” semblable à celui qui est inscrit à l’article 15 de la Déclaration universelle des Droits de l’Homme n’est garanti ni par la Convention ni par ses Protocoles, bien qu’un refus arbitraire de nationalité puisse dans certaines conditions constituer une ingérence dans l’exercice des droits découlant de l’article 8 de la

---

<sup>2545</sup> CEDH, 12 janvier 1999, n° 31414/96, *Karashev c. Finlande*.

Convention. »<sup>2546</sup> Dans ces espèces, la Cour constate qu'il n'y a aucune ingérence faite pour les requérants d'établir un refus arbitraire de nationalité, ou une possibilité légale de prétendre à la nationalité. Le contrôle se résume donc à une affirmation de principe.

**807.** La seconde lignée jurisprudentielle revient à la formule de Karassev, elle est principalement le fait de la troisième section de la Cour qui juge donc constamment entre 2005 et 2017 que « le droit d'acquérir ou de conserver une nationalité particulière n'est garanti, comme tel, ni par la Convention ni par ses Protocoles. Néanmoins, elle n'exclut pas qu'un refus arbitraire d'octroyer la nationalité puisse, dans certaines conditions, poser un problème sous l'angle de l'article 8 de la Convention en raison de l'impact d'un tel refus sur la vie privée de l'individu »<sup>2547</sup>. La majorité des affaires informe peu sur la nature du contrôle de la Cour car les juges se bornent à rappeler la jurisprudence *Karassev* et rejette les prétentions du requérant pour des raisons formelles, soit qu'il n'ait pas le statut de victime<sup>2548</sup>, soit qu'il n'y ait aucun refus de nationalité en l'espèce<sup>2549</sup>, soit encore qu'il y ait une incompatibilité *ratione temporae*<sup>2550</sup>.

Quelques affaires apparentées à cette deuxième lignée jurisprudentielle donnent toutefois des précisions intéressantes au fond. Dans l'affaire *Riener v. Bulgarie*, rendu en 2006, était en cause le refus des autorités bulgares de libérer un de ses ressortissants de son allégeance. La Cour note que ce refus « n'a pas eu d'impact sur sa vie privée », notamment parce que cela n'a pas empêché la requérante d'acquérir la nationalité autrichienne, ni atteint son droit à libre circulation, en particulier vers l'Autriche, où elle pouvait toujours interagir avec ses cercles familiaux et professionnels. La Cour rejette également l'argument tiré d'un « bouleversement émotionnel lié au fait d'être “forcé” de conserver la nationalité bulgare »<sup>2551</sup>, les juges considèrent qu'un tel raisonnement ne peut pas être accepté. La Cour juge donc qu'il n'y a ni ingérence, ni grief

---

<sup>2546</sup> Voy. CEDH, grande chambre, 23 janvier 2002, n° 48321/99, *Slivenko et a. c. Lettonie*, § 77 ; CEDH, 9 octobre 2003, n° 69405/01, *Fedorova at a. c. Lettonie* ; CEDH, 29 janvier 2004, n° 50183/99, *Kolosovskiy c. Lettonie* ; CEDH, 25 mars 2004, n° 55933/00, *Ivanov c. Lettonie*.

<sup>2547</sup> Voy. CEDH, 17 mars 2005, n° 60723/00, *Kuduzovic v. Sloveenie* ; CEDH, 23 mai 2006, n° 46343/99, *Riener v. Bulgarie*, § 153-154 ; CEDH, 11 juillet 2006, n° 8407/05, *Savoia and Bounegru v. Italie* ; CEDH, 31 mai 2007, n° 26828/06, *Makuc and others v. Sloveenie*, § 160 ; CEDH, 13 juillet 2010, n° 26828/06, *Kurić et a. c. Sloveenie*, § 353 ; CEDH, 21 mai 2013, n° 14927/12, *Fehér and Dolnik v. Slovaquie*, § 41 ; CEDH, 13 janvier 2015, n° 44230/06, *Petropavlovskis c. Lettonie*, § 73 ; CEDH, 6 septembre 2016, n° 64372/11, *Nazari v. Danemark*, § 30 ; CEDH, 13 décembre 2016, n° 55607/09, *H.P. v. Danemark*, § 64 ; CEDH, 13 juin 2017, n° 14894/14, *Boudelal c. France*, § 18 (par renvoi) ; CEDH, 12 juin 2018, nos 7549/09 et 33330/11, *Alpeyeva et Dzhalagoniya v. Russie*, § 107.

<sup>2548</sup> CEDH, 17 mars 2005, n° 60723/00, *Kuduzovic v. Sloveenie*.

<sup>2549</sup> CEDH, 11 juillet 2006, n° 8407/05, *Savoia and Bounegru v. Italie* ; CEDH, 13 décembre 2016, n° 55607/09, *H.P. v. Danemark*, § 64.

<sup>2550</sup> CEDH, 31 mai 2007, n° 26828/06, *Makuc and others v. Sloveenie*, § 160 ; CEDH, 13 juillet 2010, n° 26828/06, *Kurić et a. c. Sloveenie*, § 353.

<sup>2551</sup> Sur l'ensemble, voy. CEDH, 23 mai 2006, n° 46343/99, *Riener v. Bulgarie*, § 155-158.

défendable. Dans l'affaire *Fehér and Dolník v. Slovakia* rendue en 2013, les requérants défendraient à l'examen de la Cour une mesure de perte de leur nationalité à la suite de l'acquisition d'une autre nationalité. Un élément est remarquable : la Cour relève d'office (« *of its own initiative* ») le grief tiré de la violation de l'article 8, alors même qu'il n'avait pas été soulevé par les requérants. La Cour juge à la suite que les requérants ont adopté « de leur propre volonté [*of their own free will*] » une nationalité étrangère, en étant « conscients des conséquences [*aware of the consequences*] » quant à la perte de leur nationalité, celle-ci ne saurait donc être arbitraire<sup>2552</sup>. Dans l'affaire *Petropavlovskis c. Lettonie* rendue en 2015, était en cause un refus de naturalisation. La Cour considère que l'État est fondé à évaluer la loyauté du demandeur à la naturalisation et qu'il n'y a en la matière aucun arbitraire, tant que l'évaluation de la loyauté prend bien pour référence l'État et non le gouvernement<sup>2553</sup>. Dans l'affaire *Boudelal c. France* rendue en 2017, dans la continuité de l'affaire *Petropavlovskis*, la Cour juge encore que la loyauté d'un requérant peut être évaluée par l'autorité publique, « tout en offrant à ceux-ci des garanties contre l'arbitraire en obligeant les autorités à motiver leurs décisions de refus et en donnant aux personnes déboutées la possibilité d'exercer un recours devant les juridictions administratives. »<sup>2554</sup> Enfin et surtout, dans une récente affaire *Alpeyeva et Dzhalagoniya v. Russia*, rendue le 12 juin 2018, la Cour retient de manière fort inédite une interférence dans le droit au respect de la vie privée de deux requérants suite à un retrait de nationalité. Ceux-ci s'étaient vus privés de leur nationalité russe à la suite d'irrégularités dans la procédure d'acquisition dont ils n'étaient pas à l'origine, devenant ainsi apatrides. S'ils obtinrent à nouveau la nationalité russe à la suite d'une réforme législative, ils n'en demeurent pas moins qu'ils furent privés de nationalité, et donc de passeport, pendant plusieurs années. La Cour note que cette perte de leurs passeports les a en fait privés de document d'identité, cela ayant des effets « considérables » dans « la vie de tous les jours [*everyday life*] », notamment eu égard à la capacité d'échanger des devises, d'acheter des billets de train, de prouver son identité, de trouver un emploi ou encore d'obtenir une prise en charge médicale. En cela, la mesure de retrait de nationalité a causé une interférence dans la vie privée des requérants<sup>2555</sup>.

**808.** Dans une troisième lignée jurisprudentielle, parallèle à la précédente, la quatrième et la première section de la Cour adoptent entre 2011 et 2017 une « formule mixte » qui mêle à la fois les composantes privées et familiales de l'article 8. Dans l'affaire *Genovese c. Malte* rendue

---

<sup>2552</sup> Sur l'ensemble, voy. CEDH, 21 mai 2013, n° 14927/12, *Fehér and Dolník v. Slovakia*, § 42.

<sup>2553</sup> Voy. CEDH, 13 janvier 2015, n° 44230/06, *Petropavlovskis c. Lettonie*, § 84.

<sup>2554</sup> CEDH, 13 juin 2017, n° 14894/14, *Boudelal c. France*, § 28.

<sup>2555</sup> Voy. CEDH, 12 juin 2018, nos 7549/09 et 33330/11, *Alpeyeva et Dzhalagoniya v. Russia*, § 111-115.

en 2011, la Cour rappelle ainsi le paragraphe de principe sur le contrôle du refus arbitraire de nationalité et des répercussions sur la vie privée. Toutefois, les juges ajoutent que « *même en l'absence de vie familiale*, un refus de nationalité peut poser un problème sous l'angle de l'article 8 en raison de l'impact d'un tel refus sur la vie privée de l'individu, concept assez large pour embrasser certains aspects relatifs à *l'identité sociale* d'une personne. »<sup>2556</sup> (nous soulignons) Deux éléments s'en déduisent. D'abord, et comme cela a déjà été développé longuement *supra*, la notion de vie privée est décomposée en sa composante « identité sociale » de la personne. Ensuite, *a contrario*, la Cour insiste sur la possibilité que la vie familiale puisse poser problème sous l'angle de l'article 8 lorsque dans le champ du droit de la nationalité ; le « même en l'absence » induit presque l'idée que c'est là le terrain normalement atteint par un refus de nationalité. La Cour n'en dit pas plus puisque justement, en l'espèce, la vie familiale n'est pas en cause. Peu après, l'affaire *Ramdan c. Malte* rendue en 2016 est sans doute celle qui va le plus loin dans la mixité entre vie privée et familiale :

« À la vérité, la plupart des affaires de nationalité qui ont été portées devant la Cour depuis l'évolution susmentionnée de la jurisprudence concernaient des requérants qui revendiquaient le droit d'acquérir une nationalité et se plaignaient d'un refus de reconnaissance de cette nationalité (voir, par exemple, *Karashev (déc.)*, précitée) et non des requérants qui se plaignaient d'avoir été déchus d'une nationalité acquise ou de naissance. Néanmoins, la Cour estime que la perte d'une nationalité acquise ou de naissance peut produire un effet identique (voire un effet plus important encore) sur la vie privée et familiale de la personne concernée. Il s'ensuit que rien ne justifie d'opérer une distinction entre les deux situations et que c'est le même critère qui doit s'appliquer. Ainsi, une déchéance arbitraire de nationalité pourrait dans certaines circonstances poser un problème au regard de l'article 8 de la Convention du fait de son impact sur la vie privée de l'intéressé. »<sup>2557</sup>

L'intérêt de cette affaire est double. D'abord c'est la première fois que la Cour est confrontée à une mesure de perte de la nationalité – un retrait en l'espèce, improprement qualifié de déchéance<sup>2558</sup> – prononcée par le gouvernement maltais, et elle juge que son contrôle de l'arbitraire et des répercussions doit s'appliquer *a fortiori* au regard des effets d'une telle mesure sur l'individu. Ensuite, la Cour note que les effets peuvent se produire « sur la vie privée et familiale de la personne concernée », et n'isole donc aucune composante de l'article 8 de la Convention. Pour autant, elle reprend juste après le paragraphe de principe de l'arrêt *Karashev* et précise que l'impact s'évalue « sur la vie privée de l'intéressé ». Difficile de s'y retrouver. En l'espèce, le contrôle de la Cour porte sur l'arbitraire d'une part, et sur les répercussions de la mesure d'autre

<sup>2556</sup> CEDH, 11 octobre 2011, n° 53124/09, *Genovese c. Malte*, § 33.

<sup>2557</sup> CEDH, 21 juin 2016, n° 76132/12, *Ramadan c. Malte*, § 85.

<sup>2558</sup> La version anglaise utilise très justement le terme neutre de « *loss of the citizenship* ».



part. Sur le plan de l'arbitraire, la Cour relève que la mesure est prévue par la loi, que le requérant a bénéficié de différentes garanties procédurales, qu'il n'a pas été pénalisé par les délais de la procédure, et que la perte était prévisible. Sur le plan des répercussions, la Cour considère que le requérant n'est pas menacé d'expulsion, que son titre de séjour suffit à garantir son droit au respect de la vie privée et familiale, qu'il est responsable de son statut d'apatride puisque c'est lui qui a renoncé volontairement à son autre nationalité égyptienne. La Cour décide enfin de ne pas examiner les répercussions en terme de libre circulation puisque le requérant n'a pas soulevé cet élément devant les juges internes. Le contrôle des répercussions demeure donc particulièrement large.

Cette impression est encore renforcée à la lecture de l'affaire *K2 c. Royaume-Uni* rendue en 2017<sup>2559</sup>, cette fois en matière de déchéance de nationalité. La Cour y suit le même raisonnement que dans l'affaire *Ramadan*, ce qui montre une certaine stabilisation du contrôle. Elle opère d'abord un contrôle de l'arbitraire pris en trois composantes : le caractère prévu par la loi ; le caractère diligent et prompt (« *diligently and swiftly* ») de la procédure ; l'existence de garanties procédurales. La Cour ne trouve rien à redire en l'espèce. Sur le plan des répercussions, la Cour relève que la déchéance de nationalité n'a pas rendu l'individu apatride, qu'il a lui-même quitté le territoire britannique avant qu'intervienne la mesure, et que sa femme et ses enfants peuvent le rejoindre librement au Soudan où il réside puisqu'ils en possèdent la nationalité. Les juges concluent donc que les répercussions de la déchéance ne mettent pas en jeu les garanties de l'article 8. Là-encore le contrôle est particulièrement large. Comment synthétiser l'ensemble ?

**809. Tentative de synthèse : les lignes de force du contrôle de la Cour.** – Dans l'affaire *H. P. v. Danemark* rendue en 2016, la Cour n'hésite pas à écrire que sa jurisprudence concernant la nationalité au regard de l'article 8 est « parfaitement claire [*quite clear*] »<sup>2560</sup>. On se permet d'en douter. Comme le note plutôt Fabien Marchadier, le moins que l'on puisse dire est

---

<sup>2559</sup> CEDH, 7 février 2017, n° 42387/13, *K2 c. Royaume-Uni*, § 48-67.

<sup>2560</sup> CEDH, 13 décembre 2016, n° 55607/09, *H.P. v. Denmark*, § 84.

qu'en la matière « La formule manque de clarté »<sup>2561</sup>. Comment clarifier ? Il est possible d'identifier trois strates distinctes dans le contrôle de la Cour<sup>2562</sup>.

**810.** Le premier, il n'est pas nécessaire de le développer ici, c'est le contrôle de l'arbitraire. Ce contrôle « renvoie à des exigences formelles et procédurales »<sup>2563</sup> sur lesquelles l'on a déjà insisté *supra* (cf. n° 632 s.). L'on se bornera à rappeler ici que ces exigences sont fortes et étendues mais qu'elles demeurent inférieures aux garanties prévues par l'article 6 de la Convention.

**811.** Le second contrôle renvoie à la composante vie privée de la nationalité. Ici, la Cour a pu opportunément juger que le concept de vie privée emportait notamment l'identité sociale<sup>2564</sup> de la personne dans l'affaire *Genovese*. Selon toutes probabilités, ce contrôle a surtout vocation à faire apparaître un « grief défendable » en identifiant une ingérence de la mesure nationale dans l'identité sociale de la personne concernée, et permettre ainsi le rapatriement d'autres droits de la Convention comme le principe de non-discrimination (art. 14), ou le droit à un recours effectif (art. 13) qui doivent nécessairement s'adosser à un droit substantiel. Ce prolongement de la jurisprudence *Karashev* sert donc de porte d'entrée quasi généralisée à la nationalité pour gagner le champ matériel de la Convention.

---

<sup>2561</sup> Fabien Marchadier, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 61 ; dans le même sens, du même auteur, voy. Fabien Marchadier, « La perte de la nationalité devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 221 : « Du point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme, l'arbitraire ne se confond pas avec la proportionnalité de la mesure. »

<sup>2562</sup> L'état de la jurisprudence, en particulier l'arrêt *Karashev*, a pu un moment laisser penser que ces différentes strates ne formaient qu'un seul et même contrôle indistinct, voy. Fabien Marchadier, « L'eupéanisation de la nationalité », in Stéphane Doumbé-Billé (dir.), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 368. Cette analyse ne semble plus pertinente, la Cour précisant bien que le contrôle de l'arbitraire et le contrôle des conséquences sont « *two separate issues* » (voy. CEDH, 7 février 2017, n° 42387/13, *K2 c. Royaume-Uni*, § 49). Voy. toutefois de récents développements en matière de refus de passeport qui semblent indiquer le contraire, CEDH, 12 juin 2018, nos 7549/09 et 33330/11, *Alpeyeva et Dzhalagoniya v. Russia*, la Cour relevant que les conséquences du retrait de passeport en raison d'un retrait de nationalité caractérisaient une « interférence » (§ 115), et que du coup, poussant son contrôle « *further* » (§ 116), la Cour devait vérifier le caractère arbitraire de cette interférence, ce qu'elle retient en l'espèce (§ 126). La Cour conclut donc à une « interférence arbitraire » entraînant la violation de l'article 8 (§ 126-127). Cette jurisprudence apparaît pour le moment isolée.

<sup>2563</sup> Fabien Marchadier, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 61.

<sup>2564</sup> La Cour avait précédemment refusé de consacrer une telle notion, voy. CEDH, 23 mai 2006, n° 46343/99, *Riener v. Bulgarie*, § 158 : « *The applicant also stated that the impugned refusals affected her adversely as she felt Austrian and did not want to have Bulgarian identity papers. In the particular circumstances of the present case, the Court cannot accept that the alleged emotional distress resulting from the applicant's being "forced" to remain Bulgarian citizen amounted to an interference with her right to respect for her private life as protected by Article 8 of the Convention.* ».

Ce contrôle pourrait-il conduire à la reconnaissance d'une inconvictionnalité ? La probabilité semble faible. Le degré ultime d'atteinte à l'identité est sans doute la situation d'apatridie provoquée par le prononcé d'une mesure de perte, mais le faible engouement de la Cour pour cet argument (voy. *supra* n° 808 les développements de la Cour dans l'arrêt *Ramadan*) rend pour le moment incertaine une telle perspective. L'on pourrait également penser au refus d'un État d'attribuer sa nationalité à un individu né sur son sol et y résidant depuis une période particulièrement longue. Il est en tout cas certain que le contrôle de la Cour serait en la matière minimum au regard de la nécessaire marge d'appréciation dont dispose l'État pour déterminer ses nationaux. En toutes hypothèses, le gouvernement défendeur pourrait évidemment justifier l'atteinte portée à l'identité par la défense d'une finalité particulière protégée par la Convention comme la « sécurité nationale », la « sûreté publique », ou encore « la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ».

**812.** Le troisième contrôle porte sur les conséquences générales de la mesure. Ici, il faut dépasser ce que dit la Cour – « l'impact sur la vie privée de l'intéressé » pour constater que le contrôle est de fait beaucoup plus large. Dans trois jurisprudences – *Genovese*, *Ramadan* et *K2* – les juges écrivent précisément que les répercussions s'entendent jusqu'à la composante familiale de l'article 8. Mais son contrôle dépasse même ce cadre : la Cour procède à un test de proportionnalité général de la mesure au regard de ses conséquences sur la situation globale de l'intéressé. Il s'agit donc de s'intéresser à la mesure sous l'angle de « son impact concret sur la vie de l'intéressé et de ses proches »<sup>2565</sup>. La Cour étudie ainsi au fil de ses décisions les effets de la mesure sur la liberté de circulation et le risque d'expulsion du requérant, sur sa capacité d'interaction avec ses cercles familiaux et professionnels, sur son droit à obtenir des prestations sociales ou une prise en charge médicale, jusqu'à sa capacité à acheter des billets de train.

Là-encore, les chances qu'un tel contrôle aboutisse à une inconvictionnalité sont faibles. Dans l'ensemble des cas, le fait que le requérant dispose d'un titre de séjour videra le risque de disproportion de la mesure en droit de la nationalité, le droit des étrangers pouvant garantir – certes à un degré moindre – les différents éléments susmentionnés. De fait, cela renvoie au rapport *instrumental* de la nationalité dans la doctrine de la Cour, comme le note Fabien Marchadier : « La nationalité n'est pas une fin en soi. Elle n'est qu'un moyen, parmi d'autres, de bénéficier des droits et libertés conventionnellement garantis. Et c'est bien cela qui importe à la Cour :

---

<sup>2565</sup> Hugues Fulchiron et Amélie Panet, « Perte de la nationalité. – Acte de l'état civil étranger. – Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. – Droit à la nationalité. – Contrôle de proportionnalité », *JDI*, 2016, n° 4, 16.

que l'État respecte les droits de tous ceux qui relèvent de sa juridiction, qu'ils soient ses nationaux, des étrangers ou des apatrides »<sup>2566</sup>.

Du coup, l'hypothèse la plus probable d'une inconvictionnalité serait celle d'une mesure de perte de la nationalité qui ne serait pas suivie d'une régularisation sur le fondement du droit des étrangers. Dans ce cas c'est bien la mesure en droit de la nationalité qui est seule responsable d'une atteinte à l'article 8 qui pourra donc être jugée disproportionnée au regard de la situation globale de l'individu. Reste que, encore une fois, le gouvernement défendeur pourra alléguer une finalité défendue par la Convention liée par exemple à la défense de l'ordre public, notamment en matière de terrorisme. Mais l'absence de condamnation pénale ou l'insuffisance du quantum de peine – et donc de gravité – pourraient toutefois conduire à empêcher ces justifications de prospérer. En prenant le cas français, l'hypothèse n'est pas improbable. Le droit pénal antiterroriste est en effet d'une nature particulière, sa temporalité n'est pas celle du droit pénal commun : le droit pénal antiterroriste intervient notamment en amont de la commission de l'acte répréhensible, il s'agit d'empêcher toute réalisation, sa nature est *préventive* ; en revanche, le droit pénal commun intervient en aval de la commission (ou la tentative) de l'acte répréhensible, il s'agit alors de condamner les auteurs, sa nature est *répressive*<sup>2567</sup>. En conséquence, le droit pénal antiterroriste est formé en grande partie d'infractions incriminant des actes préparatoires. Les faits matériels sont indéfinis et, en conséquence, inégaux dans leur gravité : « l'acquisition d'arme, une rencontre, l'achat d'un billet d'avion, le prêt d'un véhicule, l'achat d'un portable... la liste est infinie. »<sup>2568</sup> En outre, la participation d'un individu à une organisation classée comme terroriste par une liste établie par l'Union européenne suffit à doter l'affaire d'un caractère terroriste au sens du code pénal<sup>2569</sup>. Dans le cadre de l'infraction d'association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme, la faible gravité des faits et l'absence de mobile terroriste bien identifié peuvent alors se conjuguer et conduire au prononcé de peines d'emprisonnement avec sursis, parfois même dispensées d'inscription au

---

<sup>2566</sup> Fabien Marchadier, « La perte de la nationalité devant la Cour européenne des droits de l'homme – Fabien Marchadier », *Rev. crit. DIP*, 2017, n° 2, p. 221. Dans le même sens, du même auteur, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 61 : « l'octroi de telle ou telle nationalité n'est pas perçu comme une fin, mais seulement comme un moyen, parmi d'autres, de parvenir à une garantie effective des droits fondamentaux. Si le maintien ou le développement de la vie familiale implique un séjour sur un territoire donné, le titre en vertu duquel il va s'exercer, la nationalité ou une autorisation délivrée par l'État, est indifférent. »

<sup>2567</sup> Voy. Julie Alix, « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC*, 2014, n° 4, p. 849 ; Julie Alix et Olivier Cahn, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC*, 2017, n° 4, p. 845.

<sup>2568</sup> Pierre de Combles de Nayves, « Sauf en matière terroriste », *AJ pénal*, 2014, n° 11, p. 528.

<sup>2569</sup> Voy. Cass. crim., 21 mai 2014, n° 13-83758, *Association CCK Ahmet Kaya*.

casier judiciaire<sup>2570</sup>. La nature préventive du droit pénal antiterroriste n'exclut donc pas des quantums de peine réduits, qui feraient donc obstacle au prononcée d'une mesure proportionnée de perte de la nationalité.

Une inconventionnalité pourrait-elle être envisagée dans le cas où l'individu se verrait reconnaître un droit au séjour après la mesure de perte ? Il faudrait pour cela que le titre de séjour remis à l'individu ouvre manifestement beaucoup moins de droits que la nationalité, par exemple un titre de séjour précaire ne donnant droit qu'à un séjour limité, sans accès aux prestations sociales, sans autorisation de travail, et sans possibilité d'entrer à nouveau sur le territoire national après l'avoir quitté – droits dont le requérant aurait bénéficié s'il possédait toujours la nationalité. Il est peu probable en revanche qu'un refus d'acquisition de nationalité puisse mettre en jeu un défaut de proportionnalité au regard de la situation globale du demandeur. En effet, par hypothèse, un demandeur à la nationalité dispose normalement déjà d'un droit au séjour fondé sur le droit des étrangers dans son pays d'accueil ; un refus de nationalité ne saurait donc bouleverser *suffisamment* sa situation pour mettre en jeu l'article 8 de la Convention, surtout au regard de la marge de manœuvre dont dispose l'État pour déterminer sa population nationale. Du côté des juges français, cette jurisprudence commence à être réceptionnée.

## 2. La réception partielle de la jurisprudence par le juge interne

**813. La réception partielle du juge administratif.** – Si l'on s'en tient aux trois volets que l'on vient de décrire à propos du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de nationalité dans le champ de l'article 8, le Conseil d'État n'a pour le moment réceptionné qu'un des trois, celui relatif à la vie privée (et donc ni le contrôle de l'arbitraire ni le contrôle général de proportionnalité).

**814.** Longtemps le Conseil d'État a considéré que le moyen tiré de la violation de l'article 8 était inopérant en droit de la nationalité. En matière de naturalisation, le juge administratif affirmait de jurisprudence constante que « le moyen tiré de ce que la décision attaquée aurait méconnu les dispositions de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme est inopérant »<sup>2571</sup> ; en matière de décret d'opposition<sup>2572</sup> à l'acquisition de la nationalité, le Conseil

---

<sup>2570</sup> Voy. par ex. CA Paris, pôle 8, ch. 1, 23 avr. 2013, n° Juris-data 2013-011217.

<sup>2571</sup> Voy. p. ex. CE, 2/6 ssr, 7 juillet 1995, n° 138041, *M'Baye*, Lebon p. 289.

<sup>2572</sup> Voy. p. ex. CE, 2/6 ssr, 16 juin 1995, n° 133838, *Merturi*, Lebon tables p. 786 (sur ce point) – CE, 2/1 ssr, 14 février 2001, n° 211116, Lebon tables p. 955 (sur un autre point).

d'État a précisé de la même manière l'inopérance de l'article 8, tout comme en matière de décret de déchéance<sup>2573</sup> et de retrait<sup>2574</sup>. Cette position trouvait sa justification dans l'absence d'effets de ces décisions sur le séjour des intéressés. On notera par ailleurs que les arguments développés au support des violations alléguées de l'article 8 de la CEDH restaient majoritairement centrés sur le droit au respect de la vie familiale. Il n'en demeure pas moins que la solution de l'inopérance totale du droit au respect de la vie privée et familiale était constamment retenue par la juridiction administrative suprême.

**815.** Cette position « contestable »<sup>2575</sup> a été renversée de manière générale à l'occasion de la décision *Association juristes pour l'enfance et autres* rendue le 12 décembre 2014<sup>2576</sup>. Cette décision reconnaît l'opérance du moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention en matière d'attribution de nationalité et réceptionne les décisions *Genovese*<sup>2577</sup> rendu en 2011 et *Mennesson et Labassée*<sup>2578</sup> rendues en 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, le juge administratif était confronté à la situation des enfants issus d'une gestation pour le compte d'autrui dont la nationalité par filiation était réclamée par les parents français. Le Conseil d'État applique à cette situation l'article 8 de la Convention :

« la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'elle implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie »<sup>2579</sup> (nous soulignons)

Ce que le Conseil d'État réceptionne ici, c'est donc la composante « vie privée » de l'article 8, liée à la notion d'identité, même si la Cour ne le dit pas explicitement. Le rapporteur public Xavier Domino précise d'ailleurs dans ses conclusions, cette fois explicitement, que la nationalité est « reconnue comme une composante à part entière de l'identité de la personne, protégée au titre de la vie privée par l'article 8 » en application de l'arrêt *Genovese* « auquel vous

---

<sup>2573</sup> Voy. p. ex. CE, 2/6 srr, 15 mars 1999, n° 171879, inédit ; CE, 2/1 srr, 18 juin 2003, n° 251299, *Saiki*, Lebon tables p. 777 (sur ce point) ; CE, 2/7 srr, 26 septembre 2007, n° 301145, *Benmessahel*, Lebon tables p. 846 (sur ce point).

<sup>2574</sup> Voy. p. ex. CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 22 mai 2012, n° 349480, *Sinare*, Lebon tables p. 751 (sur un autre point).

<sup>2575</sup> Xavier Vandendriessche, « Appendice – Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – Art. 8 », *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile commenté*, Paris, Dalloz, 2018, p. 956-966.

<sup>2576</sup> CE, 2/7 srr, 12 décembre 2014, nos 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, Lebon p. 382.

<sup>2577</sup> CEDH, 11 octobre 2011, n° 53124/09, *Genovese c/ Malte*.

<sup>2578</sup> CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France*.

<sup>2579</sup> CE, 2/7 srr, 12 décembre 2014, nos 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, Lebon p. 382.

n'avez pas eu encore l'occasion de faire écho dans votre jurisprudence »<sup>2580</sup>. L'ensemble révèle donc bien que le Conseil d'État réceptionne dès cette décision les exigences tirées de l'article 8 de la Convention dans son versant lié à la protection de l'identité de la personne.

**816.** Cette jurisprudence va être étendue en matière de déchéance de nationalité pour des actes terroristes, le Conseil jugeant le 8 juin 2016 qu'« un tel décret affecte un élément constitutif de l'identité de la personne concernée et est ainsi susceptible de porter atteinte au droit au respect de sa vie privée »<sup>2581</sup>. Quant à l'argumentation sur le respect de l'identité, elle est brève, la formation de jugement considérant qu'« eu égard à la gravité des faits commis par le requérant, le décret attaqué n'a pas porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée ». Les conclusions sont plus éclairantes, le rapporteur public, Xavier Domino, précise que la prise en compte de l'identité doit se fonder par exemple sur les « circonstances dans lesquelles la nationalité avait été acquise par celui qui s'en est vu priver. » Logiquement, le cas des requérants nés en France retient alors l'attention du rapporteur public, l'atteinte portée à leur identité est jugée « plus forte », mais « les actions ayant justifié les condamnations pénales des intéressés révèlent également le peu d'importance qu'a eue leur allégeance à la France et à ses valeurs dans la construction de leur identité personnelle. »<sup>2582</sup> La notion d'identité est donc rapprochée de manière fort subjective de la notion d'allégeance : dans l'esprit de la décision, l'acte terroriste témoigne d'une rupture entre l'identité de l'individu et les valeurs de la nation française ; logiquement l'individu déchu ne voit ainsi pas son identité sociale atteinte de manière disproportionnée lorsqu'on lui retire sa nationalité. La méthode, sans le support d'une condamnation pénale pour terrorisme, pourrait toutefois être incertaine<sup>2583</sup>.

**817.** De la même manière, en matière de retrait de nationalité, le Conseil d'État juge encore qu'« un tel décret affecte un élément constitutif de l'identité de la personne concernée et est ainsi susceptible de porter atteinte au droit au respect de sa vie privée »<sup>2584</sup>. En l'espèce, la formation de jugement retient que « eu égard à la date à laquelle il est intervenu et aux motifs qui le fondent, le décret attaqué ne peut être regardé comme ayant porté une atteinte propor-

---

<sup>2580</sup> Xavier Domino, conclusions sous CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> SSR, 12 déc. 2014, n<sup>os</sup> 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, p. 14 (disponibles sur Ariane).

<sup>2581</sup> Voy. CE, 2/7 srr, 8 juin 2016, n<sup>os</sup> 394348, 394350, 394352, 394354, 394356, Lebon p. 232.

<sup>2582</sup> Xavier Domino, conclusions sous CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 8 juin 2016, n<sup>os</sup> 394348, 394350, 394352, 394354, 394356, p. 11 (disponibles sur Ariane).

<sup>2583</sup> Pour plus de détails, nous nous permettons de renvoyer à notre note « Déchéance de nationalité : après le débat constitutionnel, le temps contentieux », note sous CE, 8 juin 2016, *M. A et a., RFDA*, 2016, n<sup>o</sup> 6, p. 1193-1194.

<sup>2584</sup> CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ch. réunies, 19 juillet 2017, n<sup>o</sup> 405897, Lebon tables sur ce point. Voy. également CE, 2<sup>ème</sup> ch., 9 novembre 2017, n<sup>o</sup> 409782, Lebon tables p. 602 (sur ce point).

tionnée au droit au respect de la vie privée de M. A ». Là-encore, la notion d'identité est appréhendée de manière assez subjective puisque les faits de l'espèce révèlent que le requérant entretenait des liens avec la mouvance djihadiste et qu'il avait tenté de gagner la Syrie. Le Conseil d'État retient également comme critère la date d'intervention de la mesure de retrait, ce qui montre que l'appréciation en proportionnalité intègre la durée de possession de la nationalité. Cette jurisprudence doit être approuvée sur le fond ; elle applique fidèlement la notion d'identité forgée à Strasbourg<sup>2585</sup>.

**818.** En revanche, ce que le juge administratif n'applique pas, c'est le contrôle de proportionnalité général auquel procède la Cour européenne des droits de l'homme, notamment sur la base de la composante familiale de l'article 8 de la Convention. La position du juge administratif n'a sur ce point jamais évolué et les deux derniers arrêts évoqués à propos de l'identité précisent bien à l'inverse que la composante familiale de l'article 8 ne saurait constituer un moyen opérant en contentieux de la nationalité : « un décret portant déchéance de la nationalité française est par lui-même dépourvu d'effet sur la présence sur le territoire français de celui qu'il vise, comme sur ses liens avec les membres de sa famille, et n'affecte pas, dès lors, le droit au respect de sa vie familiale »<sup>2586</sup>. Dans l'affaire des déchéances, le rapporteur public Xavier Domino justifie cette position :

« Nous ne vous proposons (...) de reconnaître, exactement comme le fait la Cour en l'état de sa jurisprudence, une telle invocabilité de l'article 8 qu'au regard de la vie privée des personnes concernées, c'est-à-dire à leur identité personnelle, et non au titre de l'atteinte à leur vie familiale, car comme la cour EDH le relève elle-même, les conséquences d'une déchéance sur le droit au séjour ou le lieu du séjour ne sont pas automatiques. On peut noter que dans l'avis que le Conseil d'État a rendu le 11 décembre 2015 sur le projet de loi constitutionnelle dit de protection de la nation, la vie familiale était aussi mentionnée, mais il nous semble sur ce point que vous devez coller au plus près de ce que juge la Cour EDH. »<sup>2587</sup>

---

<sup>2585</sup> À noter toutefois une décision divergente et inédite : CE, 2<sup>ème</sup> ch., 14 avril 2016, n° 394384, inédit. Le Conseil juge ici en matière de décret d'opposition que « le décret ne porte, par lui-même, pas atteinte au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale ; qu'ainsi, le moyen tiré de la méconnaissance des stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peut être accueilli ». C'est un retour à la jurisprudence antérieure à la décision *Association juristes pour l'enfance et autres* rendue en 2014. Il semble cependant que la position du Conseil d'État sur l'article 8 pris en sa composante vie privée n'ait été réellement consolidée qu'à la suite de la décision du 8 juin 2016 préc., rendue en chambres réunies et publiée intégralement au *Recueil Lebon*. La position en matière de décret d'opposition devrait donc être renversée sur ce point dès que l'occasion se présentera au contentieux.

<sup>2586</sup> Voy. CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 8 juin 2016, n°s 394348, 394350, 394352, 394354, 394356, Lebon p. 232. Dans le même sens en matière de retrait, voy. CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ch. réunies, 19 juillet 2017, n° 405897, Lebon tables sur ce point : « un décret qui rapporte un décret ayant conféré la nationalité française est, par lui-même, dépourvu d'effet sur la présence sur le territoire français de celui qu'il vise, comme sur ses liens avec les membres de sa famille, et n'affecte pas, dès lors, le droit au respect de sa vie familiale ».

<sup>2587</sup> Xavier Domino, conclusions sous CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 8 juin 2016, n°s 394348, 394350, 394352, 394354, 394356, p. 7 (disponibles sur Ariane).



La position du Conseil d'État sur la composante vie familiale est donc *a priori* fondée sur une volonté « coller au plus près » la jurisprudence de la Cour européenne. L'on s'étonne de cet argument puisque justement, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé dès l'arrêt *Genovese*, certes *a contrario*, que les répercussions d'une mesure en droit de la nationalité pouvaient s'évaluer sur le terrain de la vie familiale : « même en l'absence d'une vie familiale [*even in the absence of family life*], un refus de nationalité peut poser problème sous l'angle de l'article 8 »<sup>2588</sup>. Plus tard, et, il faut en convenir, après les conclusions précitées de Xavier Domino, la Cour a encore confirmé la place de la composante familiale dans son contrôle de l'article 8. Dans les arrêts *Ramadan* et *K2*, les juges européens considèrent que « la plupart des affaires de nationalité qui ont été portées devant la Cour depuis l'évolution susmentionnée de la jurisprudence concernaient des requérants qui revendiquaient le droit d'acquérir une nationalité et se plaignaient d'un refus de reconnaissance de cette nationalité et non des requérants qui se plaignaient d'avoir été déchus d'une nationalité acquise ou de naissance. Néanmoins, la Cour estime que la perte d'une nationalité acquise ou de naissance peut produire un effet identique (voire un effet plus important encore) sur la vie privée et familiale de la personne concernée. »<sup>2589</sup> La doctrine en convient également, la composante familiale fait partie du contrôle de la Cour. Fabien Marchadier évoque ainsi « la situation personnelle et familiale » de l'individu au regard du contrôle de la Cour, ou encore la « dimension familiale »<sup>2590</sup> du contentieux. Hugues Fulchiron et Amélie Panet écrivent également qu'au sens de la jurisprudence de la Cour, une mesure de perte de la nationalité « peut aussi porter atteinte à la vie familiale de la personne concernée et de ses proches, par les incertitudes qu'elle fait peser sur l'avenir de la famille, voire sur le sort de ses différents membres. »<sup>2591</sup>

---

<sup>2588</sup> CEDH, 11 octobre 2011, n° 53124/09, *Genovese c. Malte*, § 33 ; CEDH, 7 février 2017, n° 42387/13, *K2 c. Royaume-Uni*, § 49.

<sup>2589</sup> CEDH, 21 juin 2016, n° 76132/12, *Ramadan c. Malte*, § 85.

<sup>2590</sup> Fabien Marchadier, « Discrimination et détermination des nationaux », *op. cit.*, p. 553.

<sup>2591</sup> Hugues Fulchiron et Amélie Panet, « Perte de la nationalité. – Acte de l'état civil étranger. – Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. – Droit à la nationalité. – Contrôle de proportionnalité », *Journal du droit international*, 2016, n° 4, 16. La position est constante chez Hugues Fulchiron qui affirmait déjà en 2000 à propos de la jurisprudence du Conseil d'État consacrant l'inopérance en matière de vie familiale que « L'affirmation paraît excessive. (...) Doit-on en déduire que le refus de naturalisation ne puisse en soi, "par nature", porter atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale ? L'étranger reste étranger et en conséquence ses droits politiques, ses droits professionnels et certains de ses droits civils et sociaux sont, sinon limités, du moins soumis à un régime particulier ; son statut personnel demeure soumis à une loi étrangère, etc. Si tous les membres de sa famille et ses proches sont français, ne peut-on imaginer que, dans des circonstances particulières, le refus d'octroyer à l'intéressé la nationalité française ne puisse constituer une atteinte disproportionnée, eu égard à l'objectif poursuivi, à son droit au respect de sa vie privée et familiale. », in Hugues Fulchiron, *La nationalité française*, Paris, PUF, 2000, p. 10-11.

**819.** La dynamique suivie devant le Conseil d'État demeure globalement positive ; l'opérance de l'article 8 a conduit, pour reprendre les termes de Xavier Domino, à « mener un contrôle plus fin »<sup>2592</sup>. En considérant clairement que le moyen tiré de la violation de l'article 8 pris en sa composante « privée » était recevable, le juge a densifié de manière inédite son contrôle en droit de la nationalité en incluant un contrôle de proportionnalité basée sur l'atteinte à l'identité sociale de l'individu garantie par l'article 8 de la Convention européenne. Le mouvement gagnerait à se poursuivre pour intégrer la vie familiale et se transformer progressivement en un contrôle de proportionnalité général au regard de la situation globale de l'individu. On verra toutefois que ce principe commence à être réceptionné par le biais du droit de l'Union européenne. La position du juge judiciaire est plus en retrait.

**820. L'amorce d'une réception par le juge judiciaire.** – La Cour de cassation a entamé la réception de la jurisprudence européenne en ce qu'elle contrôle désormais explicitement le caractère arbitraire de la procédure. Cette approche est nouvelle ; à l'instar du principe de non-discrimination, l'article 8 de la Convention était jusqu'alors écarté du contentieux de la nationalité. La Cour de cassation avait en effet rejeté d'un même mouvement l'application des articles 14 et 8 de la Convention européenne dans son arrêt du 14 mars 2012 déjà étudié *supra* (cf. n° 795). L'on se bornera donc à rappeler que la Cour jugeait que « les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peuvent faire échec au droit qu'à chaque État de déterminer les conditions d'accès à la nationalité »<sup>2593</sup>. Sans en dire davantage, le juge judiciaire suprême décidait ainsi de laisser inappliquée la jurisprudence constante de la Cour et en particulier l'arrêt *Genovese c. Malte*.

**821.** Cette position a été récemment renversée par deux arrêts inédits rendus par la première chambre civile, réceptionnant chacun différents volets du contrôle de la Cour européenne. Dans un arrêt de rejet du 8 octobre 2014, la Cour de cassation a d'abord jugé que c'est « par une décision ne révélant aucun arbitraire au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la cour d'appel a confirmé l'extranéité »<sup>2594</sup>. Cette mention est particulièrement importante puisqu'elle consacre pour la première fois un contrôle de l'arbitraire dans le cadre d'une procédure – ici judiciaire – relative à une question de nationalité. Il s'agit donc du premier volet du contrôle de la Cour européenne que

---

<sup>2592</sup> Xavier Domino, conclusions sous CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ssr, 8 juin 2016, n°s 394348, 394350, 394352, 394354, 394356, p. 7 (disponibles sur Ariane).

<sup>2593</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 14 mars 2012, n° 11-15.290, inédit.

<sup>2594</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 octobre 2014, n° 13-22.468, inédit.

fait ici sien la Cour de cassation, en vérifiant l'absence d'arbitraire dans le processus de décision. Cette décision doit donc être très largement approuvée, d'autant plus que le Conseil d'État n'a de son côté pas encore réceptionné cet aspect de la jurisprudence européenne. Ce n'est cependant pas là qu'est le plus crucial en droit de la nationalité, la loi française garantissant un haut niveau de protection procédurale, en particulier lorsque – comme en l'espèce – c'est un juge qui statue (voy. *supra* n° 590 s.). Quoi qu'il en soit, cette décision marque un premier infléchissement de la jurisprudence de la Cour de cassation qui n'exprime plus de « [réticence] à faire produire à la Convention un quelconque effet en matière de nationalité »<sup>2595</sup>

**822.** Dans un second arrêt de rejet du 9 septembre 2015, la Cour développe encore sa réception du contrôle tiré de l'article 8 de la Convention et soumet les juges du fond à l'exigence de faire application du principe de proportionnalité en droit de la nationalité. Le demandeur soulevait en cassation le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce que la Cour d'appel de Bordeaux avait annulé l'enregistrement de sa déclaration de nationalité et qu'elle avait ainsi porté une atteinte disproportionnée à son droit au respect de la vie privée. Au lieu de s'en tenir à son affirmation, comme en 2012, selon laquelle l'article 8 ne peut « faire échec au droit qu'a chaque État de déterminer les conditions d'accès à la nationalité », la Cour de cassation juge au contraire « que la cour d'appel a, par une décision motivée, estimé que M. X... ne prouvait ni son état civil *ni l'existence de conséquences disproportionnées consécutives à la perte de la nationalité qu'il revendiquait* »<sup>2596</sup> (nous soulignons). Il faut reconnaître que l'affirmation est très indirecte et très implicite : la Cour ne cite pas l'article 8 de la Convention ; elle ne précise guère sur quoi se fonde ce contrôle de proportionnalité. Au regard des moyens soulevés par le demandeur et de la jurisprudence européenne, tout semble cependant démontrer que la Cour de cassation réceptionne ici le contrôle de proportionnalité dont la Cour européenne des droits de l'homme dessine les contours depuis l'arrêt *Karashev*<sup>2597</sup>. Si la formation de jugement est peu loquace dans les circonstances de l'espèce, cela tient en réalité à l'office de cassation : « Elle laisse au juge du fond le soin de caractériser les droits et intérêts en cause et de faire la balance entre eux. En quelque sorte, elle contrôle le contrôle. »<sup>2598</sup>

---

<sup>2595</sup> Fabienne Jault-Seseke, « Attribution de la nationalité : des précisions concernant l'action déclaratoire », *Rev. crit. DIP*, 2015, n° 4, p. 857.

<sup>2596</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 9 septembre 2015, n° 14-19.196, inédit.

<sup>2597</sup> Dans le même sens, voy. Hugues Fulchiron et Amélie Panet, « Perte de la nationalité. – Acte de l'état civil étranger. – Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. – Droit à la nationalité. – Contrôle de proportionnalité », *Journal du droit international*, 2016, n° 4, 16.

<sup>2598</sup> *Ibid.*

**823.** La prudence reste de mise puisque la Cour de cassation n'a pas jugé bon de faire publier ces arrêts au *Bulletin* ce qui montre que la jurisprudence n'est peut-être pas encore complètement consolidée en la matière. Toutefois, il faut bien constater que la réception du principe de proportionnalité prévu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme s'inscrit bien dans la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation puisque celle-ci laisse depuis quelques années une place toujours grandissante à la proportionnalité dans son office de cassation<sup>2599</sup>. Suivant Hugues Fulchiron, force est ainsi de constater – *a minima* – que « la Cour de cassation semble s'ouvrir »<sup>2600</sup> au contrôle basé sur l'article 8 de la Convention.

## **B. Le contrôle général de proportionnalité basé sur la citoyenneté européenne**

**824.** Dans son célèbre arrêt *Rottmann* rendu en 2010, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que l'article 20 TFUE faisait obligation aux États de respecter le principe de proportionnalité lorsqu'une mesure interne de privation de la nationalité conduisait à la perte de la nationalité. C'est une réception quasi limpide de la position internationale selon laquelle la prohibition de la privation arbitraire induit une garantie matérielle au profit des individus qui tient justement dans le respect du principe de proportionnalité (voy. *supra* n° 717). Il faut encore voir dans cette dynamique une fondamentalisation de la nationalité, cette fois ici de l'architecture institutionnelle de l'Union européenne (1). Les juges français ont parfaitement réceptionné cette jurisprudence et font ainsi application du principe de proportionnalité dans leurs contentieux (2).

### **1. Position et contrainte fortes de la Cour de justice : la proportionnalité dans l'arrêt *Rottmann***

**825. L'exigence de proportionnalité de toute mesure entraînant la perte de la citoyenneté européenne.** – Dans une médiatique décision du 2 mars 2010 rendue en grande chambre, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé sur renvoi qu'une mesure d'un État membre

---

<sup>2599</sup> La Cour de cassation se fonde en effet sur l'article 8 de la Convention pour apprécier en *proportionnalité* et non plus en *légalité* un certain nombre d'affaires depuis 2013, ce qui a pu conduire certains auteurs à considérer qu'il n'y avait là qu'une déclinaison nouvelle d'une forme de jugement en équité, pourtant prohibé par la loi. De nombreuses pages du *Recueil Dalloz* ont déjà été noircies, voy. not. Hugues Fulchiron, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *Rec. Dalloz*, 2014, n° 3, p. 153-155 ; Philippe Jestaz, Jean-Pierre Marguénaud et Christophe Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Rec. Dalloz*, 2014, n° 36, p. 2061-2070 ; Bertrand Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *Rec. Dalloz*, 2015, n° 23, p. 1326-1327 ; François Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Rec. Dalloz*, 2016, n° 14, p. 796- 806.

<sup>2600</sup> Hugues Fulchiron, « Nationalité », *JCI Droit international*, Synthèse 60, 2017, § 16.

entraînant la perte de la nationalité, et subséquemment la perte de la citoyenneté européenne, devait respecter un motif d'intérêt général et le principe de proportionnalité.

**826.** En l'espèce, le requérant, Janko Rottmann, d'origine autrichienne, avait obtenu la nationalité allemande par naturalisation en 1999. L'accès à la nationalité allemande entraîne alors la perte automatique de la nationalité autrichienne. Au cours de cette procédure, il avait toutefois omis de préciser à l'autorité naturalisante qu'il faisait l'objet de poursuites en Autriche pour escroquerie. L'information est finalement transmise au Land de Bavière (*Freistaat Bayern*) qui décide en conséquence d'engager une procédure de retrait pour fraude. Rottmann perd ainsi la nationalité allemande et (subséquemment) la citoyenneté européenne le 4 juillet 2000, il devient par ailleurs apatride. Il défère aux juridictions administratives allemandes l'examen de cette mesure, et le *Bundesverwaltungsgericht* saisit la Cour de justice sur renvoi préjudiciel pour déterminer les principes applicables à la perte de la citoyenneté européenne.

**827.** La première difficulté qui se présentait à la Cour était relative au caractère « purement interne » de la situation. Sont en effet en cause une mesure de perte de la nationalité allemande prise en vertu du droit allemand, à l'encontre d'un ressortissant allemand. Comment dès lors ancrer la compétence de la Cour en l'absence, *prima facie*, d'un élément de rattachement au droit de l'Union européenne ? L'avocat général, Poiras Maduro, proposait dans ses conclusions de se fonder sur l'usage par Rottmann de la liberté de circulation (de l'Autriche vers l'Allemagne) pour fonder la compétence de la Cour<sup>2601</sup>. La proposition est particulièrement incertaine vu le lien pour le moins ténu entre la mesure de retrait en cause et l'usage de la liberté de circulation. La Cour ne fait donc pas ce choix : « La circonstance que, dans une situation telle que celle au principal, l'intéressé ait fait usage de son droit à la libre circulation avant sa naturalisation ne saurait constituer à lui seul un élément transfrontalier susceptible de jouer un rôle en ce qui concerne le retrait de ladite naturalisation. »<sup>2602</sup> De manière beaucoup plus ambitieuse, la Cour va fonder sa compétence sur la perte même de la citoyenneté européenne. Même si elle prend soin de rappeler, en se fondant sur le droit international public et sa jurisprudence, que l'État a une compétence exclusive pour déterminer ses nationaux, la Cour juge qu'une mesure entraînant la perte de la citoyenneté européenne « relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union »<sup>2603</sup>. Cette approche donne en réalité corps à la formule bien

---

<sup>2601</sup> Conclusions de l'Avocat général Poiras Maduro présentées le 30 septembre 2009, aff. C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 11-13.

<sup>2602</sup> CJUE, grande chambre, 2 mars 2010, C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 38.

<sup>2603</sup> *Ibid.*, § 42.

connue de la Cour – son « mantra »<sup>2604</sup> – selon laquelle « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres »<sup>2605</sup> : la perte *en droit* d'un statut aussi fondamental doit conduire la Cour à exercer sa compétence, sauf à justement nier cette fondamentalité. Le même raisonnement sera repris plus tard dans la lignée jurisprudentielle *Ruiz Zambrano* (voy. *supra* n° 272 s.), la Cour se déclarant encore compétente en l'absence de tout élément d'extranéité, cette fois sur le fondement d'une privation *en fait* et non en droit de la citoyenneté européenne<sup>2606</sup>.

**828.** Cette question de compétence réglée, la Cour précise l'étendue du contrôle fondée sur le droit de l'Union européenne d'une mesure de perte de la nationalité. Ici la Cour de justice donne corps à une seconde formule laissée jusqu'alors en suspens : « les États membres doivent, dans l'exercice de leur compétence en matière de nationalité, respecter le droit de l'Union »<sup>2607</sup> La Cour décline un contrôle en deux aspects, le premier relatif à la vérification de « l'intérêt général » – ou de la « légitimité » – de la mesure, le second relatif à la proportionnalité de la mesure. Quant au premier contrôle, la Cour juge qu'un retrait de nationalité pour fraude présente un caractère d'intérêt général, et qu'il est légitime pour l'État membre d'agir par ce moyen : « une décision de retrait de la naturalisation en raison de manœuvres frauduleuses correspond à un motif d'intérêt général. À cet égard, il est légitime pour un État membre de vouloir protéger le rapport particulier de solidarité et de loyauté entre lui-même et ses ressortissants ainsi que la réciprocité de droits et de devoirs, qui sont le fondement du lien de nationalité. »<sup>2608</sup> Comment la Cour en arrive à cette conclusion ? En passant en revue les standards internationaux en la matière, elle constate bien que le retrait de naturalisation pour fraude, même s'il conduit à l'apatridie, est prévu par la Convention sur la réduction des cas d'apatridie de 1961 et la Convention européenne sur la nationalité de 1997<sup>2609</sup>. Plus généralement, la Cour

---

<sup>2604</sup> Jean-Yves Carlier, « La citoyenneté européenne : de la coque aux cerneaux », in *L'Europe au présent ! Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 296.

<sup>2605</sup> CJCE, 20 septembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, § 31, Rec. I. 6193.

<sup>2606</sup> Sur ce point, voy. Sabine Corneloup, « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *Journal du droit international*, 2011, n° 3, doct. 7.

<sup>2607</sup> CJUE, grande chambre, 2 mars 2010, C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 45. La formule remonte à CJCE, 7 juillet 1992, C-369/90, *Micheletti e.a.*, Rec. I. 4239, § 10.

<sup>2608</sup> CJUE, grande chambre, 2 mars 2010, C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 51.

<sup>2609</sup> L'avocat général propose fort justement la *ratio legis* suivante pour analyser les prescriptions de ces textes : « il me semble que le fait pour un État de retirer sa nationalité obtenue par fraude correspond à un intérêt légitime, qui est de s'assurer de la loyauté de ses ressortissants. En effet, faire montre de loyauté à l'égard de l'État dont il est le ressortissant est un des devoirs constitutifs du statut dont jouit un individu en sa qualité de national et ce devoir commence dès le moment de l'acquisition de la nationalité. Or, un individu qui, lors du processus d'obtention de la nationalité, fournit délibérément de fausses informations ne peut être considéré comme loyal vis-à-vis de l'État choisi. C'est, du reste, la raison pour laquelle le droit international n'interdit pas la perte de la nationalité dans ce cas, quand bien même elle emporterait l'apatridie. », in Conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro présentées le 30 septembre 2009, aff. C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 33.

rattache cette question au contrôle de l'arbitraire prévu par le principe de prohibition de la privation arbitraire de nationalité libellé à l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : « lorsqu'un État prive une personne de sa nationalité en raison du comportement frauduleux de celle-ci, légalement établi, une telle privation ne peut être considérée comme un acte arbitraire. »<sup>2610</sup> Du coup, il est possible de voir dans cette étape de contrôle de la Cour de justice une certaine parenté avec le contrôle de l'arbitraire opéré par la Cour européenne des droits de l'homme depuis son arrêt *Karashev* (voy. *supra* n° 804 s.) : la mesure de perte de la nationalité ne pourra pas être légitime si elle relève de l'arbitraire. Dans une affaire en cours relative à la perte de la nationalité par expatriation par l'effet de la législation néerlandaise, l'avocat général Paolo Mengozzi a, dans des conclusions prononcées le 12 juillet 2018, affirmé la légitimité, le « motif d'intérêt général », d'un tel dispositif de perte<sup>2611</sup>.

**829.** Une fois ce premier contrôle effectué, la Cour affirme que la mesure de perte de la nationalité qui entraîne la perte de la citoyenneté européenne doit respecter « le principe de proportionnalité »<sup>2612</sup>. Il revient au juge national d'en faire application mais la Cour en fixe des contours précis :

« Partant, vu l'importance qu'attache le droit primaire au statut de citoyen de l'Union, il convient, lors de l'examen d'une décision de retrait de la naturalisation, de tenir compte des conséquences éventuelles que cette décision emporte pour l'intéressé et, le cas échéant, pour les membres de sa famille en ce qui concerne la perte des droits dont jouit tout citoyen de l'Union. Il importe à cet égard de vérifier, notamment, si cette perte est justifiée par rapport à la gravité de l'infraction commise par celui-ci, au temps écoulé entre la décision de naturalisation et la décision de retrait ainsi qu'à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer sa nationalité d'origine. »<sup>2613</sup>

On le voit, à l'instar du troisième volet du contrôle de la Cour européenne (voy. *supra* n° 812) la proportionnalité est très largement entendue : conséquences sur l'intéressé *et* sa famille dans la jouissance des droits de citoyen ; justification au regard de la gravité du comportement en cause, du (faible) temps passé en possession de la nationalité, et de la possibilité d'échapper à

---

<sup>2610</sup> CJUE, grande chambre, 2 mars 2010, C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 53.

<sup>2611</sup> Conclusions de l'Avocat général Paolo Mengozzi, prononcées le 12 juillet 2018, aff. C-221/17, *Tjebbes et a. c. Minister van Buitenlandse Zaken*, § 53-59 : « je souscris tout d'abord entièrement à la position défendue par le gouvernement néerlandais selon laquelle, en substance, dans l'exercice de sa compétence lui permettant de définir les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité, un État membre est habilité à partir du postulat que la nationalité traduit la manifestation d'un lien effectif entre lui-même et ses ressortissants. Ensuite, j'estime qu'il n'est pas déraisonnable qu'un législateur national choisisse, parmi les différents facteurs susceptibles de refléter la perte d'un tel lien effectif, la résidence habituelle de ses ressortissants sur le territoire d'un pays tiers pour une durée suffisamment longue. (...) Par conséquent, j'estime que la privation de la nationalité prévue à l'article 15, paragraphe 1, sous c), de la loi sur la nationalité néerlandaise poursuit un objectif légitime. »

<sup>2612</sup> Conclusions de l'Avocat général Piores Maduro présentées le 30 septembre 2009, aff. C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 55.

<sup>2613</sup> *Ibid.*, § 56.

l'apatridie par le recouvrement d'une nationalité d'origine. Ici il y a une différence notable avec le contrôle de la Cour européenne, c'est la prise en compte du temps passé en possession de la nationalité avant que celle-ci soit retirée. Si la Cour de Strasbourg affirme bien que les autorités doivent agir avec diligence et promptitude (« *diligently and swiftly* »), cela ne vaut que quand l'absence de décision préjudicie aux droits de l'intéressés Or, en matière de perte de la nationalité, tant que l'individu possède sa nationalité, il ne subit aucun préjudice. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, ce standard (qui se rattache d'ailleurs au contrôle de l'arbitraire) ne peut jamais être violé, même quand la décision intervient de nombreuses années après l'obtention de la nationalité (voy. *supra* n° 647). Devant la Cour de justice de l'Union européenne, le « temps écoulé » joue de manière objective et intervient comme une forme de garantie de la sécurité juridique : plus le temps écoulé entre l'acquisition de la nationalité et le prononcé d'une mesure de perte est important, plus le risque d'un défaut de proportionnalité d'une telle mesure est important. Le contrôle de la Cour, formulé de manière plus claire, objective et étendue, apparaît donc comme plus contraignant que les standards émis par le juge de Strasbourg en application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2614</sup>. Sabine Corneloup considère même que les principes dressés dans cette décision devraient conduire les juges allemands à annuler la décision de retrait : « on ne voit pas comment l'Allemagne pourrait retirer la naturalisation si l'Autriche refusait la réintégration de M. Rottmann dans sa nationalité d'origine »<sup>2615</sup>. Pourtant, le *Bundesverwaltungsgericht*, saisi à nouveau de l'affaire après la réponse de la Cour, juge que le retrait de nationalité est proportionné, notamment sur le fondement que Rottmann peut continuer de résider en Allemagne en se fondant sur son statut de conjoint d'une ressortissante allemande et que ses droits européens sont donc faiblement impactés. En outre, la Cour juge que le comportement en cause est particulièrement grave – autant la fraude à la naturalisation que la condamnation (cachée) en Autriche à une peine de cinq années –, et que le requérant devrait pouvoir récupérer sa nationalité autrichienne

---

<sup>2614</sup> Prudence toutefois, ce contrôle de proportionnalité qui mêle des éléments abstraits et concrets pourrait faire l'objet d'un resserrement à l'occasion de l'affaire en cours C-221/17, *Tjebbes et a. c. Minister van Buitenlandse Zaken*. En effet, l'Avocat général Paolo Mengozzi, dans ses conclusions prononcées le 12 juillet 2018, aff. C-221/17, *Tjebbes et a. c. Minister van Buitenlandse Zaken*, appelle la Cour à réinterpréter le contrôle issu de la décision *Rottmann* dans un sens uniquement abstrait. Pour Mengozzi, la loi doit être abstraitement contrôlée au regard de la proportionnalité (§ 63-91), mais l'évaluation des conséquences individuelles pour l'intéressé et sa famille doivent être exclus de l'appréciation du juge, puisque celle-ci ne seront le produit que de décisions administratives *à venir* (§ 76-77). Ce raisonnement est très proche de celui du Conseil d'État lorsqu'il juge le moyen tiré de la violation du droit au respect de la vie familiale inopérant, il appelle les mêmes critiques (voy. *supra* n° 818).

<sup>2615</sup> Sabine Corneloup, « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *Journal du droit international*, 2011, n° 3, doct. 7.



en raison de l'annulation rétroactive de sa naturalisation allemande<sup>2616</sup>. Elle ne dit rien du temps écoulé entre la mesure d'acquisition et la décision de retrait, mais on peut justement relever que le Land de Bavière a agi avec une célérité certaine puisqu'une seule année s'est écoulée entre ces deux moments.

**830.** Quels sont les effets de cette décision sur la compétence des États membres en matière de nationalité ? Sans surprise, comme le note Paul Lagarde, « l'arrêt *Rottmann* marque en réalité un tournant renforçant le contrôle de la Cour de justice sur les droits de la nationalité des États membres. »<sup>2617</sup> Il est en effet assez clair que le pouvoir des États sort diminué dans sa discrétionnarité à la suite de cette décision<sup>2618</sup>, le principe de proportionnalité devant guider toutes les décisions conduisant à la perte de la nationalité *et* de la citoyenneté européenne. Selon la belle formule de Ségolène Barbou des Places, la Cour a « mis le point de connexion entre la nationalité et la citoyenneté sous surveillance. »<sup>2619</sup> Sur ce dernier point, il reste cependant important de constater que *toutes* les décisions ne sont pas directement concernées : un bi-national qui posséderait la nationalité de deux États membres ne pourrait pas prétendre au contrôle de « légitimité » et de « proportionnalité » fixé par la Cour de justice car il conserverait la jouissance de la citoyenneté européenne même après une mesure de perte d'une de ses deux nationalités. Force est aussi de constater que le contrôle de la Cour se borne ici aux mesures de *perte*. Qu'en est-il du versant *acquisitif* ?

**831.** Cet arrêt porte-t'il en germe les fondements d'un contrôle de l'acquisition de la nationalité ? Le doute est permis. Le juge allemand de renvoi posait de manière assez claire la question : est-ce que « lorsqu'un citoyen de l'Union se trouvant dans une situation telle que celle du requérant au principal est confronté à une décision de retrait de la naturalisation risquant d'aboutir à la perte de son statut de citoyen de l'Union, le droit de l'Union, et notamment l'article 17 CE, doit être interprété en ce sens que l'État membre dont il possédait la nationalité à l'origine a l'obligation d'interpréter sa réglementation nationale de manière à éviter cette perte

---

<sup>2616</sup> Sur l'ensemble, voy. Gérard-René de Groot, « The fate of Janko Rottmann », in Sergio Carrera Nuñez et Gérard-René de Groot (dir.), *European Citizenship at the Crossroads. The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 395-396.

<sup>2617</sup> Paul Lagarde, « Retrait de la nationalité acquise frauduleusement par naturalisation », *Rev. crit. DIP*, 2010, n° 3, p. 540.

<sup>2618</sup> L'Avocat général écrit d'ailleurs en tête de ses conclusions : « Le présent renvoi préjudiciel pose pour la première fois la question de l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont disposent les États membres pour déterminer leurs nationaux. », in Conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro présentées le 30 septembre 2009, aff. C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 1.

<sup>2619</sup> Ségolène 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. 43.

en lui permettant de recouvrer cette nationalité »<sup>2620</sup> ? Autrement dit, l'Autriche, confrontée au cas où un de ses anciens ressortissants qui a perdu une nationalité acquise, a-t-elle l'obligation de lui réattribuer sa nationalité de manière à garantir la permanence du statut de citoyen européen ? La Cour de justice ne répond pas, elle note de manière très prudente que la décision allemande n'est pas définitive – les procédures juridictionnelles étant suspendues par le renvoi – et qu'aucune décision de l'Autriche n'a encore été prise concernant la réintégration de son ancien ressortissant<sup>2621</sup>. Toutefois, la Cour précise que si une telle décision est prise, et qu'elle fait l'objet d'une contestation devant le juge autrichien (on se situe manifestement dans le cas potentiel du refus de réintégration), celui-ci devra apprécier la régularité de la décision « à la lumière des principes découlant du présent arrêt »<sup>2622</sup>.

Comment interpréter une telle mention ? Pour Étienne Pataut, « en affirmant par principe l'existence d'un contrôle de proportionnalité puis en précisant que ces obligations s'imposaient non seulement à l'Allemagne, mais encore à l'Autriche, la Cour laisse très clairement entendre qu'un éventuel refus autrichien de réintégrer la personne intéressée dans sa nationalité pourrait être considéré comme contraire au droit de l'Union. »<sup>2623</sup> L'auteur justifie cette interprétation en considérant que les décisions allemande et autrichienne forment dans cette espèce un ensemble interdépendant : « Ce n'est en effet qu'à partir de ce refus [autrichien] que M. Rottmann serait définitivement déchu de sa qualité de citoyen européen, ce n'est donc qu'à partir de ce moment que pourrait effectivement être mis en œuvre le contrôle de proportionnalité dont la Cour a fixé le principe. »<sup>2624</sup> Si le raisonnement est convaincant, il tend toutefois à faire converger juridiquement les procédures allemande et autrichienne qui sont pourtant strictement indépendantes aux points de vue matériel et temporel : la perte de la citoyenneté européenne ne peut pas être considérée comme étant le produit non seulement de la décision allemande de retrait, mais aussi de la législation autrichienne relative à la double nationalité ; les effets de la décision allemande de retrait ne sont pas suspendus dans l'attente d'une hypothétique décision autrichienne relative à la réintégration de Rottmann<sup>2625</sup>. En réalité, la mention d'une appréciation « à la lumière des principes découlant du présent arrêt » n'est peut-être pas si contraignante.

---

<sup>2620</sup> CJUE, grande chambre, 2 mars 2010, C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 60.

<sup>2621</sup> Le Gouvernement autrichien a produit des observations à l'audience, et a précisé qu'il lui appartenait éventuellement d'étudier la question de la réintégration de Janko Rottmann, voy. *ibid.*, § 61.

<sup>2622</sup> *Ibid.*, § 63.

<sup>2623</sup> Étienne Pataut, « Citoyenneté de l'Union », *RTD eur.*, 2010, n° 3, p. 617.

<sup>2624</sup> *Ibid.*, p. 617.

<sup>2625</sup> Voy. contra Paul Lagarde, « Retrait de la nationalité acquise frauduleusement par naturalisation », *op. cit.*, p. 540: « Dans une situation telle que celle de l'affaire *Rottmann*, la perte de la citoyenneté de l'Union n'est pas seulement le fait de l'État membre qui retire la naturalisation qu'il avait accordée, mais aussi celui de l'État d'origine qui a fait perdre sa nationalité à son ressortissant naturalisé à l'étranger. »

La formule « à la lumière » renvoie traditionnellement au mécanisme de l'interprétation conforme<sup>2626</sup>, or dans cette décision il n'y a guère de principes qui ont été dégagés à propos des mécanismes d'acquisition de la nationalité sur lesquels le juge autrichien devrait le cas échéant se fonder<sup>2627</sup>. Comme le note très justement Sabine Corneloup, « la Cour a (...) justifié l'exercice de son contrôle par le fait qu'il s'agissait, en l'espèce, d'un citoyen européen dont les droits conférés par l'Union européenne étaient affectés. Tel n'est évidemment pas le cas au stade de l'attribution/acquisition de la nationalité. Tant que cette nationalité n'a pas été accordée par un État membre, l'intéressé n'est pas un citoyen européen, et un contrôle par la CJUE ne peut être justifié par ce même argument. »<sup>2628</sup> Pour cet auteur, un contrôle de la Cour d'une mesure de refus d'acquisition « paraît injustifiable »<sup>2629</sup>. L'Avocat général exprimait exactement le même avis dans ses conclusions en considérant que « la perte de la citoyenneté autrichienne est le fruit de la décision personnelle du citoyen de l'Union d'acquiescer délibérément une autre nationalité et (...) le droit communautaire ne s'oppose pas (...) à la réglementation autrichienne selon laquelle un Autrichien perd sa citoyenneté lorsqu'il acquiert, à sa demande, une nationalité étrangère. »<sup>2630</sup>

**832. Au-delà des droits fondamentaux : quelles perspectives fédérales ?** – La jurisprudence *Rottmann* renforce indiscutablement la place de la nationalité dans le champ protégé des droits fondamentaux. Pourtant, cette jurisprudence n'est pas fondée sur un droit ou une liberté, mais sur l'article 17 du TCE (auj. art. 20 du TFUE) relatif à la citoyenneté européenne. Cette nature ambivalente de la décision *Rottmann*, produisant des effets ancrés dans les droits fondamentaux, mais fondée sur la citoyenneté européenne, a conduit la doctrine à se questionner sur les effets induits en terme de « fédéralisation ». Étienne Pataut écrit ainsi, sans souscrire pleinement à l'analyse<sup>2631</sup>, que l'« intrusion dans la compétence étatique de la nationalité est un pas de plus vers une approche de nature fédérale dont on se réjouira ou que l'on condamnera, selon les cas. »<sup>2632</sup> Cette argumentation trouve un appui certain dans une note tôt publiée par Jérémy

---

<sup>2626</sup> Voy. CJCE, 10 avril 1984, C-14/83, *Von Colson et Kamann*, § 26.

<sup>2627</sup> Voy. toutefois pour une proposition de transposition des critères de perte vers ceux de la réintégration, Fabien Marchadier, « L'europanisation de la nationalité », *op. cit.*, p. 367.

<sup>2628</sup> Sabine Corneloup, « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *Journal du droit international*, 2011, n° 3, doct. 7.

<sup>2629</sup> *Ibid.*

<sup>2630</sup> Conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro présentées le 30 septembre 2009, aff. C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, § 34.

<sup>2631</sup> L'auteur considère que la citoyenneté européenne n'est pas une « nationalité européenne ».

<sup>2632</sup> Étienne Pataut, « Citoyenneté de l'Union », *RTD eur.*, 2010, n° 3, p. 617. Dans le même sens, voy. Sabine Corneloup, « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *Journal du droit international*, 2011, n° 3, doct. 7 : « À cet égard, il a été montré que l'arrêt *Rottmann* contribue à placer

Heymann à propos de cet arrêt. L'auteur considère qu'« Agissant comme un révélateur, la citoyenneté de l'Union paraît devoir témoigner de l'existence d'un processus fédératif au sein de l'Union européenne »<sup>2633</sup>. L'auteur synthétise en réalité les apports de sa thèse dans laquelle il développe déjà l'essentiel<sup>2634</sup>, et en dit peu à propos de l'arrêt *Rottmann* directement. Il relève que la citoyenneté européenne, en ce qu'elle tend à l'égalité de traitement et à l'assimilation de l'étranger au national, s'apparente à une nationalité fédérale au sens de la construction historique américaine – on ne peut qu'approuver un tel constat (voy. *supra* n° 216 s.) qui n'est ni infirmé ni conforté par l'arrêt *Rottmann*. En revanche, sur l'arrêt directement, l'auteur constate que la Cour met en œuvre une technique de « préemption » ou d'« attraction » qui est propre autant au droit fédéral américain qu'au droit constitutionnel. Suivant cette technique, le juge dissocie le domaine de compétence de son champ d'application. Autrement dit, ce n'est parce qu'une compétence ressort exclusivement d'un organe que son exercice ne doit pas respecter le droit régissant son champ d'application<sup>2635</sup>. Cette précision bienvenue montre l'absence de spécificité de l'arrêt *Rottmann* dans la démonstration d'une nature fédérale de l'Union européenne : la Cour de justice met en œuvre dans cette espèce une technique contentieuse à cheval entre le droit constitutionnel et le droit fédéral, mais cela n'est ni nouveau, ni propre à la citoyenneté<sup>2636</sup>.

**833.** Les propos doivent donc être mesurés. L'arrêt *Rottmann* est particulièrement retentissant en ce qu'il place sous contrôle des mesures internes appartenant au droit de la nationalité des États membres. Force est toutefois de constater qu'une mesure qui prive un individu, même indirectement, de sa citoyenneté européenne entre bien dans le champ d'application du droit de l'Union européenne. Que la Cour décide de donner au juge national, en tant que juge de droit commun de l'Union, la charge de vérifier la « légitimité » et la « proportionnalité » d'une telle

---

l'Union européenne dans une logique fédérale ou, du moins, qu'il réalise un pas de plus dans ce processus progressif vers le fédéralisme. »

<sup>2633</sup> Jérémy 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.

<sup>2634</sup> Voy. Jérémy Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Economica, 2010, n° 407-412, p. 318-323.

<sup>2635</sup> Comme le note Loïc Azoulai, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD eur.*, 2008, n° 1, p. 39 : « Qu'un secteur relève du domaine des compétences réservées des États membres, il ne s'ensuit pas que l'application du droit communautaire sera écartée. Il suffit qu'une réglementation nationale soit le support d'une forme d'intégration économique ou sociale pour considérer qu'elle relève du cadre communautaire. La reconnaissance en principe d'une compétence réservée des États membres ne fait pas obstacle à ce que l'exercice de cette compétence soit soumis au respect des dispositions fondamentales du traité, libertés économiques et droits de la citoyenneté. »

<sup>2636</sup> *Ibid.*

mesure ne choque pas. Les différentes interprétations par voies de déclaration<sup>2637</sup> ou de décision<sup>2638</sup> à la suite de l'adoption du traité de Maastricht et qui rappellent la compétence exclusive des États membres pour déterminer leurs nationaux ne sont pas atteintes par la décision *Rottmann*. En aucune manière la Cour ne dit aux États membres quels individus ils doivent tenir pour leurs nationaux, elle leur indique en revanche qu'ils doivent respecter certains principes lorsqu'ils agissent dans le domaine de la perte de la nationalité si cela produit des effets sur la citoyenneté européenne. La compétence des États membres en matière de nationalité reste donc absolument exclusive, mais sa discrétionnarité est en revanche réduite. Il en irait différemment si la Cour décidait de décréter selon des critères objectifs et généraux que tel ou tel individu est ou n'est pas un ressortissant national d'un État membre – tel n'est évidemment pas le cas en l'espèce. En réalité, il faudrait pour cela que le droit primaire prévoie directement des conditions relatives à l'acquisition ou à la perte de la nationalité – auxquelles les États membres seraient tenus de se conformer. Ce fut le cas aux États-Unis à l'occasion de l'édiction d'une règle générale relative à la naturalisation, ou encore à l'occasion de l'adoption du XIV<sup>ème</sup> amendement qui fédéralisa le droit du sol (voy. *supra* chap. 2). Il est cependant certain que l'arrêt *Rottmann* habitue les esprits à ce que le droit de l'Union européenne s'infilte et imprègne le droit de la nationalité des États membres, ce qui peut-être pourrait faciliter l'idée que la compétence exclusive des États membres puisse un jour être partagée ou transférée aux instances de l'Union européenne. En cela, on peut reconnaître à l'arrêt *Rottmann* un « embryon de fédéralisation »<sup>2639</sup> pour reprendre les termes de Paul Lagarde. Cette décision traduit donc surtout une fondamentalisation de la nationalité, bien davantage que sa fédéralisation. Pour preuve, le juge national réceptionne sans difficulté et sans réticence<sup>2640</sup> les principes issus de cette décision.

---

<sup>2637</sup> Voy. la déclaration n° 2 relative à la nationalité d'un État membre, jointe par les États membres à l'acte final du traité sur l'Union européenne, in JO 1992, C 191, p. 98 : « La Conférence déclare 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 référence au droit national de l'État concerné. »

<sup>2638</sup> Voy. la décision des Chefs d'État et de gouvernement réunis au sein du Conseil européen d'Édimbourg des 11 et 12 décembre 1992 concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du traité sur l'Union européenne, in JO 1992, C 348, p. 1 : « Les dispositions de la deuxième partie du traité instituant la Communauté européenne, qui concerne la citoyenneté de l'Union, accordent aux ressortissants des États membres des droits et des protections supplémentaires, comme prévu dans cette partie. Elles ne se substituent en aucune manière à la citoyenneté nationale. La question de savoir si une personne a la nationalité d'un État membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'État membre concerné. »

<sup>2639</sup> Paul Lagarde, « Retrait de la nationalité acquise frauduleusement par naturalisation », *op. cit.*, p. 540.

<sup>2640</sup> Pour un panorama européen des juridictions nationales, voy. la troisième partie de Sergio Carrera Nuñez and Gérard-René de Groot (dir.), *European Citizenship at the Crossroads. The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 329-594.

## 2. La réception complète du principe de proportionnalité par le juge interne

**834. L'absence de réception explicite par le juge judiciaire.** – La Cour de cassation, pas plus que les juges du fond, n'ont réceptionné explicitement la jurisprudence *Rottmann*. Toutefois, la mention de l'application du principe de proportionnalité à l'occasion de l'arrêt du 9 septembre 2015<sup>2641</sup>, déjà évoqué *supra* (cf. n° 822) à propos de l'article 8 de la Convention, semble remplir les mêmes fonctions. Si la Cour de cassation ne motive justement pas sa décision sur ce point, c'est peut-être qu'en sus des moyens soulevés par le demandeur fondé sur l'article 8 de la Convention, la Cour réceptionne *implicitement* les exigences de l'arrêt *Rottmann*. Délicat de trancher la question, il est en revanche clair qu'en affirmant l'existence d'un tel contrôle, la position du juge judiciaire est en parfaite compatibilité avec les exigences de la Cour de justice de l'Union européenne.

**835. La réception explicite du juge administratif.** – Le Conseil d'État a entamé depuis 2015 une réception complète des exigences tirées de l'arrêt *Rottmann*, autant en matière de déchéance de nationalité qu'en matière de retrait. En matière de déchéance de nationalité, le Conseil d'État juge d'abord de manière assez discrète dans une décision inédite rendue le 11 mai 2015, aux visas du TFUE et de la décision *Rottmann*, que l'ensemble des éléments du contrôle de la Cour s'appliquent dans le contentieux interne :

« Considérant, ainsi que l'a relevé la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 2 mars 2010, *Rottman*, C-135/08, que la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève de la compétence de chaque État membre de l'Union ; que, toutefois, dans la mesure où la perte de la nationalité d'un État membre a pour conséquence la perte du statut de citoyen de l'Union, la perte de la nationalité d'un État membre doit, pour être conforme au droit de l'Union, répondre à des motifs d'intérêt général et être proportionnée à la gravité des faits qui la fondent, au délai écoulé depuis l'acquisition de la nationalité et à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer une autre nationalité ; (...) qu'eu égard à la gravité toute particulière des actes de terrorisme et aux conditions fixées par les articles 25 et 25-1 du code civil, les dispositions de ces articles ne sont pas incompatibles avec les exigences résultant du droit de l'Union »<sup>2642</sup>

La réception de la jurisprudence est tout à fait complète. Son application au cas d'espèce reste cependant un peu abstraite, le droit de l'Union invitant à un contrôle concret de proportionnalité, prenant en compte les effets sur la situation personnelle de l'individu et sa famille<sup>2643</sup>. Ici, le Conseil d'État juge surtout *in abstracto* que les articles 25 et 25-1 respectent les exigences

<sup>2641</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 9 septembre 2015, n° 14-19.196, inédit.

<sup>2642</sup> CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ssr, 11 mai 2015, n° 383664, inédit.

<sup>2643</sup> Cette position pourrait toutefois être revirée, voy. les conclusions de l'Avocat général Paolo Mengozzi, prononcées le 12 juillet 2018, aff. C-221/17, *Tjebbes et a. c. Minister van Buitenlandse Zaken*, § 63-91, et *supra* n° 829.

de proportionnalité<sup>2644</sup>. Ce contrôle s'affine donc à l'occasion de l'affaire des décrets de déchéance, rendue le 8 juin 2016 de manière plus solennelle. Toujours au visa de l'arrêt *Rottmann*, mais plus celui du TFUE, le Conseil d'État procède désormais à un contrôle tout à fait concret de proportionnalité :

« Considérant, en cinquième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que M. A... a été condamné à une peine de six ans d'emprisonnement assortie d'une période de sûreté d'une durée de quarante-huit mois pour avoir apporté un soutien financier et logistique à une organisation dite "groupe islamiste combattant marocain" (GICM), proche de l'organisation "Salafiya Jihadia" à laquelle sont liés les auteurs des attentats qui ont été commis à Casablanca au Maroc le 16 mai 2003, faits qualifiés par le juge pénal de participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme ; qu'il ressort des constatations de fait auxquelles a procédé le juge pénal qu'il a, notamment, travaillé dans des sociétés commerciales soutenant l'activité du GICM, hébergé clandestinement des membres du GICM et obtenu des passeports destinés à permettre, après falsification, la circulation des membres du GICM ; qu'eu égard à la nature et à la gravité des faits commis par le requérant qui ont conduit à sa condamnation pénale, la sanction de déchéance de la nationalité française n'a pas revêtu, dans les circonstances de l'espèce, un caractère disproportionné ; que le comportement ultérieur de l'intéressé ne permet pas de remettre en cause cette appréciation ; »<sup>2645</sup>

On le voit bien, il n'est désormais plus question de juger *in abstracto* les conditions fixées par le code civil, mais bien de confronter à la situation de l'individu la gravité des actes commis. N'est toutefois pas mentionné le temps écoulé entre la mesure d'acquisition et la mesure de déchéance, ce qui pourtant en l'espèce pouvait poser problème : l'un des requérant avait par exemple acquis la nationalité en 1994, et l'avait perdue par déchéance en 2015. Un tel délai méritait sans doute d'être questionné, quand bien même il était conforme aux prescriptions législatives. Il nous semble en effet qu'un tel délai d'intervention est trop important, notamment au regard du mode d'acquisition *jure soli* de la nationalité.

**836.** En matière de retrait de nationalité, la même jurisprudence a été confirmée dans deux décisions rendues en 2017. Dans une première décision du 19 juillet 2017, le Conseil d'État reprend le même considérant de principe de la décision du 11 mai 2015 précitée en matière de déchéance de nationalité<sup>2646</sup>. La formation de jugement considère toutefois de manière assez

---

<sup>2644</sup> Le rapporteur public confirme cette analyse dans ses conclusions puisqu'il considère que « la loi française est proportionnée », plutôt que la mesure individuelle de déchéance. Voy. Xavier Domino, conclusions sous CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 11 mai 2015, n° 383664, p. 2 (disponibles sur Ariane).

<sup>2645</sup> CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> srr, 8 juin 2016, n° 394348, Lebon p. 232.

<sup>2646</sup> CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ch. réunies, 19 juillet 2017, n° 405897, Lebon Tables sur ce point : « 8. Considérant, d'autre part, que la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève de la compétence de chaque État membre de l'Union européenne ; que, toutefois, dans la mesure où la perte de la nationalité d'un État membre a pour conséquence la perte du statut de citoyen de l'Union, la perte de la nationalité d'un État membre doit, pour être conforme au droit de l'Union, répondre à des motifs d'intérêt général et être proportionnée à la gravité des faits qui la fondent, au délai écoulé depuis l'acquisition de la nationalité et à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer une autre nationalité ».

laconique que les dispositions de l'article 27-2 du code civil qui prévoient le retrait de nationalité « ne sont pas incompatibles avec les exigences résultant du droit de l'Union et permettaient de rapporter le décret de naturalisation, dès lors que M. A... ne remplissait pas, ainsi qu'il a été dit, les conditions posées par les articles 21-23 et 21-24 du code civil »<sup>2647</sup>. Le requérant en l'espèce avait tenté de gagner la Syrie et était en contact avec des personnes appartenant à la mouvance djihadiste ; ces faits antérieurs à la naturalisation n'étaient pas connus des services d'instruction au moment de la décision. Le Premier Ministre décidait donc de rapporter le décret de naturalisation du 10 septembre 2014 par un second décret du 22 juillet 2016, soit moins de deux années plus tard, pour non satisfaction des conditions prévues aux articles 21-23 (bonne vie et mœurs) et 21-24 (assimilation) du code civil. Si cette décision peut être approuvée dans son principe, le détail de l'argumentation, notamment au regard de la gravité des faits et de la possession d'une autre nationalité, aurait pu faire l'objet de développements plus précis.

Cette jurisprudence est encore confirmée dans une seconde décision du 9 novembre 2017. Dans cette décision, le requérant avait dissimulé un changement de résidence de la France vers la Russie pendant l'instruction de sa demande. La naturalisation prononcée le 3 mars 2014 est donc rapportée par un décret du Premier Ministre du 16 février 2017 à la suite de la découverte du défaut de résidence au moment de la signature du décret (art. 21-16 du code civil). Conformément à la loi, le retrait intervient dans un délai de deux ans à la suite de la découverte de cette omission, dont l'administration n'a eu connaissance que le 19 février 2015. Le Conseil d'État juge que les dispositions de l'article 27-2 qui prévoient la procédure de retrait « ne sont pas incompatibles avec les exigences résultant du droit de l'Union » et qu'elles « permettaient en l'espèce, eu égard au délai écoulé, de rapporter légalement le décret attaqué »<sup>2648</sup>. Ici le Conseil d'État justifie bien l'élément crucial au regard du contrôle de proportionnalité, le temps écoulé entre la naturalisation et la décision de retrait : en l'espèce le délai de trois années ne révèle en effet aucune disproportion.

**837.** Comme les juges européens et les juges ordinaires, le Conseil constitutionnel s'est saisi du principe de proportionnalité en droit de la nationalité. Son contrôle demeure tout de même inégal, partagé entre des effets importants lorsqu'est en cause le volet pénal de la proportionnalité, et une absence totale d'effets lorsque les composantes familiales ou privées de la situation de l'individu sont invoquées.

---

<sup>2647</sup> CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ch. réunies, 19 juillet 2017, n° 405897, Lebon tables p. 602 (sur ce point).

<sup>2648</sup> CE, 2<sup>ème</sup> ch., 9 novembre 2017, n° 409782, Lebon tables p. 602 (sur ce point).



## **§ 2. La place inégale de la proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel**

**838.** La place du principe de proportionnalité est plus inégale en droit constitutionnel. Dans une lecture extensive du principe de proportionnalité des peines, le Conseil constitutionnel a placé dans le champ de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 plusieurs mesures appartenant au domaine répressif du droit de la nationalité, avec des effets assez contraignants pour le législateur, notamment en matière d'édiction d'incapacités légales (A). À la différence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil applique en revanche avec beaucoup de parcimonie le droit au respect à la vie privée et familiale dans le contentieux constitutionnel fondé sur l'article 2 de la Déclaration. Il suit en cela une ancienne solution du Conseil d'État – qui a été revirée depuis – et montre une appréciation en retrait de la dynamique de fondamentalisation de la nationalité (B).

### **A. Les actes de l'individu passés au crible de la proportionnalité des peines**

**839.** Le Conseil constitutionnel exerce un premier contrôle sur le fondement du principe de proportionnalité des peines, basé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Si en matière de terrorisme, il n'a pas produit d'effets particuliers, il a tout de même contribué à fixer certains critères pour évaluer la proportionnalité d'une mesure de déchéance (1). Dans le domaine des incapacités légales à l'acquisition de la nationalité par le droit du sol, le principe de proportionnalité des peines a conduit à une remarquable censure, unique en la matière, sur le fondement d'une gravité insuffisante des faits reprochés (2).

#### **1. La proportionnalité des peines face à la déchéance de nationalité**

**840. *La proportionnalité de la déchéance de nationalité face au terrorisme.*** – Dans ses deux décisions de 1996 et 2014 relatives à la déchéance de nationalité pour fait de terrorisme, le Conseil constitutionnel examine la proportionnalité d'une telle sanction au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il y a peu à tirer de la décision de 1996 qui règle la question de la proportionnalité de la déchéance pour fait de terrorisme par un laconique « eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terro-

risme, cette sanction a pu être prévue sans méconnaître les exigences de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen »<sup>2649</sup>. La décision de 2014 est davantage détaillée. Elle se fonde sur plusieurs critères d'appréciation établissant la proportionnalité de la mesure :

« 19. Considérant que les dispositions contestées subordonnent la déchéance de nationalité à la condition que la personne a été condamnée pour des actes de terrorisme ; qu'elles ne peuvent conduire à ce que la personne soit rendue apatride ; qu'eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme, les dispositions contestées instituent une sanction ayant le caractère d'une punition qui n'est pas manifestement disproportionnée ; que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance des exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ; »<sup>2650</sup>

Ici le Conseil constitutionnel se fonde sur trois critères : l'existence d'une condamnation pénale pour acte de terrorisme ; l'absence de risque d'apatridie ; la gravité objective des actes. Le Conseil note en outre qu'il n'y a pas disproportionnalité manifeste ce qui révèle un contrôle restreint, soucieux de préserver le « pouvoir général d'appréciation et de décision » du Parlement auquel le juge constitutionnel se réfère dans cette même décision pour justifier la faible intensité de son contrôle. Est-ce à dire que toucher à l'une de ces variables conduirait à retenir une disproportion manifeste au regard de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ? Il est impossible de le dire avec certitude. Il est certain en revanche que la garantie d'une condamnation judiciaire et la garantie contre l'apatridie sont des protections particulièrement importantes de l'administré soumis à un risque de déchéance de nationalité, et que l'éventuelle décision du législateur de retirer de telles garanties créerait indiscutablement un risque de censure. Le risque non moins présent dans les affaires relatives au terrorisme, où le Conseil constitutionnel se trouve dans un face-à-face assez délicat avec le législateur, est toutefois celui d'un certain renoncement au contrôle. David Dyzenhaus décrit ainsi ces « trous gris » où le juge décide de formellement examiner certaines mesures exceptionnelles sans réellement envisager de les censurer :

« Un trou noir est un espace dépourvu de tout contrôle juridique, tandis qu'un trou gris est un espace dans lequel il existe des contrôles juridiques, mais des contrôles qui ne sont pas suffisamment substantiels pour assurer une protection réelle à ceux qui se trouvent dans le trou : il y a tout juste assez de vernis de légalité pour que le gouvernement continue à prétendre gouverner conformément à l'état de droit et glane ainsi quelques restes de légitimité. Si les trous gris sont en substance noirs, leur existence apparaît encore plus dangereuse pour la règle de droit que les trous noirs. »<sup>2651</sup>

---

<sup>2649</sup> Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, § 23.

<sup>2650</sup> Cons. const., 23 janvier 2015, n° 2014-439 QPC, *M. Ahmed S.* [Déchéance de nationalité] § 19.

<sup>2651</sup> David Dyzenhaus, « L'état d'exception », in Dominique Chagnollaud et Michel Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. II, Paris, Dalloz, 2012, p. 755. Comme le précise encore Bruce Ackerman, *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Londres, Yale University Press, 2006, p. 109 : « judges are no more immune from panic than the rest of us. »

Sans aller jusqu'à prêter ces intentions au Conseil constitutionnel, force est de constater que l'enjeu de proportionnalité est crucial si demain le législateur décidait d'étendre les cas de déchéance comme cela s'est déjà vu à l'occasion du récent débat sur la constitutionnalisation de la déchéance. Du point de vue des droits fondamentaux, une telle sanction ne devrait pas pouvoir être prononcée sans le support d'une condamnation pénale grave, et sans la garantie qu'elle ne provoquera pas l'apatridie de celui qui est visé. Admettre le contraire, c'est créer les conditions d'une multiplication sans précédent des déchéances. Les enjeux de proportionnalité de la déchéance de nationalité sont donc cruciaux.

## **2. La proportionnalité des peines face aux incapacités légales à acquérir la nationalité**

**841. La disproportionnalité des incapacités relatives au droit du sol face à un arrêté d'expulsion.** – Dans sa grande décision du 20 juillet 1993, le Conseil constitutionnel a jugé pour la première et dernière fois (à ce jour) qu'une disposition législative en droit de la nationalité était contraire au principe de proportionnalité prévu à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Était en cause une disposition particulière concernant les obstacles à l'acquisition de la nationalité par vertu du droit du sol. Ces « obstacles » ou « incapacités » sont traditionnels en droit de la nationalité. En particulier, faire l'objet d'un arrêté d'expulsion a longtemps privé l'enfant mineur du droit d'acquérir par réclamation la nationalité au moment de sa majorité. Cette pratique administrative, admise par le juge, avait d'ailleurs été consacrée par la grande loi de 1927, et placée à l'article 50 du code de la nationalité<sup>2652</sup>. Cet obstacle était cependant devenu sans objet à la suite de l'adoption de la loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France<sup>2653</sup> puisque celle-ci faisait désormais interdiction à l'autorité publique de prendre un arrêté d'expulsion à l'encontre d'un mineur<sup>2654</sup>. Le législateur de 1993 cherche alors à créer de nouvelles incapacités dans le cadre de l'acquisition de la nationalité par le droit du sol. Le Parlement adopte ainsi deux nouveaux obstacles empêchant le jeune majeur né en France de réclamer la nationalité entre ses 18 et 21 ans : avoir été condamné à certaines peines de prison ferme (sûreté de l'État, terrorisme, proxénétisme, stupéfiants, etc.) ou avoir fait l'objet d'un arrêté d'expulsion, d'une interdiction judiciaire du territoire, d'un arrêté de reconduite à la frontière, ou encore

---

<sup>2652</sup> Voy. sur ce point les développements très complets de Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, op. cit., p. 157-159 et Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, Paris, Sirey, 1956, n° 353-359, p. 147-151.

<sup>2653</sup> JORF, 30 octobre 1981, p. 2971.

<sup>2654</sup> C'est depuis cette date que le principe de l'inexpulsabilité des mineurs est consacré en droit.

d'une assignation à résidence<sup>2655</sup>. Ce point est déféré à l'examen du Conseil constitutionnel par les parlementaires qui soulèvent la violation du principe de proportionnalité. Le Conseil constitutionnel va opérer un certain « tri » dans les dispositions selon qu'elles rompent ou pas le principe de proportionnalité. Une première série d'incapacités est jugée « proportionnée » :

« Considérant qu'eu égard à la nature des infractions concernées ainsi qu'à la nature et à la durée des peines qui doivent avoir été prononcées par la juridiction répressive, l'incapacité qu'elles entraînent n'est pas manifestement contraire à l'article 8 de la Déclaration de 1789 ; qu'il en est de même d'une interdiction du territoire français non entièrement exécutée dès lors qu'elle a été prononcée par l'autorité judiciaire ainsi que d'un arrêté d'expulsion dans la mesure où celui-ci ne saurait être pris que dans le cas d'une menace grave pour l'ordre public ; »<sup>2656</sup>

De fait, pour cette série d'incapacité, une certaine gravité peut être retenue, soit qu'elle résulte d'une condamnation pénale (les différentes infractions et l'interdiction judiciaire du territoire), soit qu'elle résulte de motifs d'ordre public (arrêté d'expulsion). En revanche, le juge considère que l'incapacité résultant de l'adoption d'un arrêté de reconduite à la frontière (on parlerait aujourd'hui d'arrêté portant obligation de quitter le territoire français) ou d'une assignation à résidence est disproportionnée :

« Considérant en revanche qu'en application de la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers, tout étranger majeur peut faire l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière soit sans délai soit à l'expiration d'un délai limité à un mois au seul motif qu'il réside irrégulièrement sur le territoire français ; qu'un tel arrêté prononcé par le représentant de l'État dans le département ou à Paris par le préfet de police ne peut être contesté que dans les vingt-quatre heures suivant sa notification ; qu'un arrêté d'assignation à résidence peut être pris par le ministre de l'intérieur à l'encontre d'un étranger qui n'a fait l'objet que d'une proposition d'expulsion susceptible de n'être pas suivie d'effet ; que dans ces conditions la perte du droit à l'acquisition de la nationalité française par l'effet de la naissance sur le sol français qui résulterait soit d'un arrêté de reconduite à la frontière soit d'un arrêté d'assignation à résidence non expressément rapporté ou abrogé apparaît comme une sanction manifestement disproportionnée par rapport aux faits susceptibles de motiver de telles mesures en méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 »<sup>2657</sup>

Le Conseil se fonde ici sur deux éléments : d'abord l'absence de gravité au sens pénal du terme de ces deux mesures qui s'inscrivent résolument dans le droit commun des étrangers et le traitement de la régularité du séjour ; ensuite les conditions particulièrement précaires pour former un recours à l'encontre d'un arrêté de reconduite à la frontière ; enfin la grande souplesse au profit de l'administration pour adopter une assignation à résidence. L'ensemble permet sans difficulté au Conseil constitutionnel de juger que ces incapacités constituent « une sanction

---

<sup>2655</sup> JORF, 23 juillet 1993, p. 10343.

<sup>2656</sup> Cons. const., 20 juillet 1993, n° 93-321 DC, *Loi réformant le code de la nationalité*, § 14.

<sup>2657</sup> *Ibid.*, § 15.

manifestement disproportionnée par rapport aux faits susceptibles de motiver de telles mesures », en violation donc de l'article 8 de la Déclaration.

**842.** Il s'agit d'une décision importante. Le droit du sol en France n'a depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle jamais été un droit inconditionnel et absolu. Que ce soit par l'opposition pour indignité ou l'adoption d'un arrêté d'expulsion, la loi a toujours permis à l'autorité publique de faire obstacle au droit du sol. L'intérêt de la décision du Conseil constitutionnel est de faire valoir qu'une incapacité légale ne peut être créée par le législateur qu'à la condition que des faits d'une certaine gravité la fonde. Et la décision n'affirme pas seulement un principe, elle conduit à censurer l'obstacle tiré d'un arrêté de reconduite à la frontière ou d'une assignation à résidence, incapacités pourtant constantes dans leur principe depuis 1927<sup>2658</sup>. L'argumentation et la solution retenues dans cette décision doivent donc être tout à fait approuvées. Si le principe de proportionnalité des peines montre ainsi des potentialités intéressantes et une réalisation importante, il n'en va pas de même des contrôles opérés sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale.

## **B. La situation de l'individu sans importance au regard de la vie privée et familiale**

**843.** Le droit au respect de la vie privée et familiale est fondé sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>2659</sup>. Ce moyen n'a pour le moment produit aucun effet en contentieux constitutionnel de la nationalité, soit que l'atteinte qui lui soit portée soit proportionnée, soit que son inopérance soit relevée.

### **1. La vie privée et familiale impuissante face à la preuve de la communauté de vie**

**844. L'absence d'atteinte du droit au respect de la vie privée et familiale en matière d'acquisition.** – Dans deux décisions rendues en 2012, l'une du 30 mars, l'autre du 13 juillet, à propos de l'acquisition de la nationalité sur le fondement du mariage, les requérants soulevaient le moyen selon lequel la nécessité d'une communauté de vie pendant un certain laps de temps violait le droit au respect de la vie privée (art. 21-2 du code civil), de même que – symétriquement – la possibilité pour le ministère public d'engager une action en contestation si les conditions légales ne sont pas satisfaites ou en cas de mensonge ou fraude (art. 26-4 du code civil). L'argument ne manquait pas de pertinence puisque l'acquisition de droit par mariage ne

---

<sup>2658</sup> Voy. loi du 10 août 1927 sur la nationalité, art. 3 et 4, in JORF, 14 août 1927, p. 8698 ; ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française, art. 50, in JORF, 20 octobre 1945, p. 6703.

<sup>2659</sup> « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

s'est longtemps accompagnée d'aucune exigence de communauté de vie constatée pendant un certain laps de temps. C'est la grande loi du 22 juillet 1993 qui crée une condition de deux années de vie commune – sauf à ce que le couple ait un enfant – pour que le conjoint étranger puisse acquérir la nationalité<sup>2660</sup>. Depuis, la durée n'a cessé de s'allonger. Or, comme le note avec justesse Paul Lagarde, « Fouiller (...) l'intimité d'un couple pour vérifier la réalité de leur communauté de vie "tant affective que matérielle" est pour le moins indiscret et il n'est pas interdit d'y voir une atteinte au respect de la vie privée. »<sup>2661</sup> Le Conseil juge laconiquement « qu'en subordonnant l'acquisition de la nationalité par le conjoint d'un ressortissant français à une durée d'une année de mariage sans cessation de la communauté de vie, l'article 21-2 du code civil n'a pas porté atteinte au droit au respect de la vie privée »<sup>2662</sup> ; *idem* concernant l'action en contestation du ministère public. En la matière, il est surtout question, même si le Conseil constitutionnel ne le dit pas, de la proportionnalité de l'atteinte. Or, au regard de la lutte contre les mariages blancs, problématique à l'égard de laquelle on connaît l'attention du législateur<sup>2663</sup>, un mariage attesté par une communauté de vie de plusieurs années apporte une garantie importante quant à la sincérité de l'union, et prive en même temps d'« attractivité »<sup>2664</sup> un tel mécanisme pour un individu qui souhaiterait rapidement obtenir le statut de national. Mais comme le note très justement Sabine Corneloup, « Il existe (...) une déconnexion croissante entre le temps du couple, de plus en plus éphémère, et le temps de la nationalité, marqué par l'idée de permanence sur toute une vie. »<sup>2665</sup> Autrement dit un couple marié qui se séparerait avant les quatre années de droit commun aujourd'hui exigées par l'article 21-2 du code civil ne révélerait pas nécessairement l'insincérité de l'intention matrimoniale. Il n'empêche, ces arguments sociologiques ne sauraient s'épanouir dans le contrôle abstrait du Conseil constitutionnel.

**845.** Le Conseil constitutionnel suit le même mécanisme argumentatif dans sa première décision du 30 mars 2012 à propos de la présomption de fraude dans le cas d'une séparation lors

<sup>2660</sup> Voy. JORF, 23 juillet 1993, p. 10342.

<sup>2661</sup> Paul Lagarde, « QPC sur les conditions d'acquisition de la nationalité française par l'effet du mariage », *Rev. crit. DIP*, 2012, n° 3, p. 560.

<sup>2662</sup> Cons. const, 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC, *M. Omar S. [Conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage]*, § 8. Voy. encore Cons. const., 13 juillet 2012, n° 2012-264 QPC, *M. Saïd K. [Conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage II]*, § 6.

<sup>2663</sup> Voy. Sabine Corneloup, « Maitrise de l'immigration et célébration du mariage », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 207 et s.

<sup>2664</sup> Hugues Fulchiron et Etienne Cornut, « Nationalité. Acquisition de la nationalité française à raison du mariage », *op. cit.*, § 228.

<sup>2665</sup> Sabine Corneloup, « Les modes actuels d'acquisition de la nationalité française », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, p. 43.

de la première année de mariage. Le législateur prévoit en effet que la cessation de la communauté de vie dans le délai d'un an suivant l'enregistrement de la déclaration acquisitive constitue une fraude présumée (art. 26-4 du code civil). Il appartient donc dans ces circonstances au couple d'apporter la preuve contraire et de prouver la sincérité de l'union. Là encore le requérant se fondait sur l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée. Le Conseil justifie alors explicitement la proportionnalité de l'atteinte, un tel mécanisme « est destin[é] à faire obstacle à l'acquisition de la nationalité par des moyens frauduleux tout en protégeant le mariage contre un détournement des fins de l'union matrimoniale ; que, compte tenu des objectifs d'intérêt général qu'il s'est assignés, le législateur, en instituant cette présomption, n'a pas opéré une conciliation qui soit déséquilibrée entre les exigences de la sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée »<sup>2666</sup>. La position est ici mieux argumentée et se fonde précisément sur l'objectif d'empêcher une acquisition frauduleuse par un détournement des fins de l'union matrimoniale. La conciliation est donc *équilibrée* entre cet objectif d'ordre public (n'est-ce pas ici un étranger qui souhaite se soustraire à un régime de police particulier ?) et le droit au respect de la vie privée.

## 2. La vie privée et familiale inopérante en matière de perte de la nationalité

**846. L'inopérance du droit au respect de la vie privée en matière de contestation.** – Dans deux décisions des 22 novembre 2013 et 23 janvier 2015, les requérants soulevaient la violation de leur droit au respect de leur vie privée à la suite respectivement d'une action négatoire de nationalité et d'une mesure de déchéance de nationalité. Par deux fois, le Conseil apporte une réponse d'une simplicité assez déconcertante : « la contestation de la nationalité d'une personne » [ou « la déchéance de la nationalité d'une personne »] « ne met pas en cause son droit au respect de la vie privée ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte au respect de la vie privée est inopérant »<sup>2667</sup> Sans aucun doute une telle affirmation est « péremptoire »<sup>2668</sup> quand l'on connaît le soin de la Cour européenne des droits de l'homme dans la définition du régime complexe et pluriel du respect de la vie privée en matière de nationalité (voy. *supra* n° 804 s.).

---

<sup>2666</sup> Cons. const, 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC, *M. Omar S. [Conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage]*, § 9.

<sup>2667</sup> Cons. const., 22 novembre 2013, n° 2013-354 QPC, *Mme Charly K. [Imprescriptibilité de l'action du ministère public en négation de la nationalité française]*, § 10 ; Cons. const., 23 janvier 2015, n° 2014-439 QPC, *M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité]*, § 22.

<sup>2668</sup> Fabien Marchadier, « La perte de la nationalité devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 221.

Le Conseil constitutionnel reproduit ici – sans doute volontairement – les termes du Conseil d’État avant qu’il ne revire sa position eu égard à l’article 8 de la Convention<sup>2669</sup>.

**847.** Il semble selon toute vraisemblance que l’argumentation des requérants visait en réalité à tenter de faire réceptionner par le Conseil constitutionnel le régime de contrôle de la Cour européenne opéré à partir de l’article 8 de la Convention. Une telle démarche, si tant est qu’elle soit un jour acceptée par le Conseil constitutionnel, ne devrait guère produire d’effets en contentieux constitutionnel. L’atteinte au droit au respect de la vie privée, telle qu’elle est bâtie par la Cour européenne, s’inscrit dans un contexte factuel pluriel et particulièrement concret. Le contrôle abstrait des normes opéré par le juge constitutionnel français ne se prête donc absolument pas à une transposition de la jurisprudence européenne.

**848. L’inopérance du droit à une vie familiale normale en matière d’acquisition.** – Dans sa décision du 13 juillet 2012, le Conseil a encore jugé, cette fois implicitement, que le droit au respect de la vie familiale était inopérant dans le cadre de régime d’acquisition par mariage. Le Conseil considère en effet que l’article 21-2 du code civil « n’empêche pas l’étranger de vivre dans les liens du mariage avec un ressortissant français et de constituer avec lui une famille », ce qui le rend insusceptible de porter atteinte « par lui-même » au « droit de mener une vie familiale normale »<sup>2670</sup>. Il ne fait guère de doute que le Conseil retient sans le dire l’inopérance puisque le moyen tiré de la violation du droit de mener une vie familiale normale apparaît « sans aucune influence »<sup>2671</sup> sur la solution du litige. Cette jurisprudence appelle les mêmes critiques, *mutatis mutandis*, que la jurisprudence du Conseil d’État refusant de réceptionner la composante familiale de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme (voy. *supra* n° 818).

\*

**849. Conclusion de section : la proportionnalité, entre fragmentation et convergence.** – L’inscription du droit de la nationalité dans le champ des droits de l’homme n’a pas conduit à la consécration d’un principe général de proportionnalité. Ce principe s’inscrit nécessairement dans le sillage de différents droits fondamentaux qui exigent que l’atteinte qui leur

---

<sup>2669</sup> Voy. p. ex. CE, 2/6 srr, 7 juillet 1995, n° 138041, *M’Baye*, Lebon p. 289 : « le moyen tiré de ce que la décision attaquée aurait méconnu les dispositions de l’article 8 de la convention européenne des droits de l’homme est inopérant ».

<sup>2670</sup> Cons. const., 13 juillet 2012, n° 2012-264 QPC, *M. Saïd K. [Conditions de contestation par le procureur de la République de l’acquisition de la nationalité par mariage II]*, § 6.

<sup>2671</sup> Raymond Odent, *Contentieux administratif* (1980), vol. I, Paris, Dalloz, 2007, p. 954.



serait portée par une mesure en droit de la nationalité soit strictement proportionnée. En droit de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est le droit au respect de la vie privée et familiale qui forme le support du principe de proportionnalité ; en droit de l'Union européenne, c'est le statut « fondamental » qu'est la citoyenneté européenne qui fonde encore l'existence de ce principe ; en droit constitutionnel, c'est l'exigence de proportionnalité et de nécessité des peines qui donne corps à ce principe. Ces différentes formes du principe de proportionnalité convergent donc et se renforcent face au caractère « fondamental » toujours mieux reconnu de la nationalité. Il en résulte une contrainte particulièrement forte à l'égard de l'État dont la latitude normative se réduit drastiquement ; les décisions disproportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale, des droits conférés par la citoyenneté européenne, ou encore de la gravité des faits commis par l'individu, ne sont plus comprises dans l'éventail des solutions légales parmi lesquelles l'autorité publique peut exercer son choix discrétionnaire.

\* \* \*

**850. Conclusion de chapitre : la place de la nationalité au sein des droits substantiels fondamentaux.** – Les rapports entre nationalité et droits substantiels fondamentaux sont pluriels, et les ramifications nombreuses. D'abord, la nationalité a accédé au statut de droit fondamental. Il aura fallu pour cela le choc de la seconde guerre mondiale et l'œuvre des totalitarismes dès les années 1930. Il en ressort progressivement un « droit à la nationalité » et une prohibition de la « privation arbitraire ». Ces nouveaux droits fondamentaux ont été longtemps surestimés, notamment par le biais de la recherche assez vaine du « débiteur » du droit à la nationalité. En réalité, sur le plan concret, ces deux droits donnent surtout corps à une obligation de lutte contre l'apatridie, qui ressort bien davantage d'une logique de moyen que de résultat. Mais si le statut de droit fondamental de la nationalité a pu créer des attentes qui furent finalement déçues, il faut aussi constater que la mise en place d'un solide lien conceptuel entre la nationalité et les droits de l'homme a permis aux droits fondamentaux généraux de prospérer dans ce champ particulier. Cela n'avait rien d'évident tant l'État avait longtemps dominé seul et sans partage le droit de la nationalité. Il en ressort d'abord un droit international et européen de la nationalité fondé sur une pluralité d'instruments conventionnels protecteurs, et appliqué par les juridictions internationales et internes. Le « droit à la nationalité », la prohibition de la « privation arbitraire », le principe de non-discrimination et le principe de proportionnalité forment les composantes substantielles de ce droit nouveau de la nationalité. Son émergence et sa consolidation contribuent à accentuer la « pré-détermination » des différentes normes d'habilitation en droit de la nationalité. Autrement dit, ces nouveaux droits fondamentaux réduisent

fortement le pouvoir discrétionnaire de l'État dans les domaines de l'acquisition et de la perte de la nationalité. Le bilan sur le plan du droit constitutionnel est plus contrasté. À l'instar du « statut constitutionnel pour les étrangers »<sup>2672</sup> décrit par Bruno Genevois en 1993 pour qualifier les protections constitutionnelles dont bénéficient les étrangers, existe-t-il un ensemble dense et cohérent de même nature en droit de la nationalité ? La réponse est plutôt négative. Olivier Schrameck considère qu'il existe – plutôt qu'un « statut » – un « cadre constitutionnel du droit de la nationalité »<sup>2673</sup>. Et l'on suit Olivier Lecucq lorsqu'il écrit que l'ensemble possède encore « [u]n contour très en pointillé »<sup>2674</sup>. Les censures sont en effet rares et l'argumentation du Conseil constitutionnel, souvent laconique, ne se prête guère à une systématisation des contraintes<sup>2675</sup>. Il n'empêche, le processus de fondamentalisation de la nationalité est manifeste sur le plan substantiel, et le pouvoir discrétionnaire de l'État s'inscrit en conséquence dans une dynamique de recul toujours plus appuyée depuis près d'un demi-siècle.

\*  
\*      \*

**851. Conclusion de titre : l'extension continue des obligations faites à l'État.** – Lorsque l'on porte son regard sur le temps long, on constate que la compétence de l'État a longtemps été fort peu contrainte par des normes supérieures. C'est à la dynamique de « fondamentalisation » – au sens où la nationalité est perçue progressivement comme un statut « important » et digne de protection – que l'on doit l'émergence puis la consolidation d'un ensemble de normes de référence contraignant l'État à l'occasion des décisions prises en matière d'octroi et de perte de la nationalité. Cette dynamique naît à la fin du XIXe siècle, lorsque le législateur décide d'édicter des protections procédurales particulières lorsqu'il donne au gouvernement le pouvoir de s'opposer à l'acquisition de la nationalité par le droit du sol : les droits édictés par le code civil de 1804 ne sauraient être remis en cause sans quelques protections contre l'arbitraire. C'est surtout l'entre-deux-guerres, théâtre du phénomène grandissant de l'apatridie, qui va être déterminant pour la fondamentalisation de la nationalité. Dès la fin des hostilités, les réflexions

---

<sup>2672</sup> Bruno Genevois, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, n° 5, p. 871. Voy. plus récemment Vincent Tchen, « Brèves remarques sur les bases constitutionnelles du droit des étrangers », *Constitutions*, 2010, n° 1, p. 147-150.

<sup>2673</sup> Olivier Schrameck, « La réforme du droit de la nationalité », *AJDA*, 1993, p. 755.

<sup>2674</sup> Olivier Lecucq, « Réflexions autour de la singularité du national », in *Mélanges François Julien-Lafferrière*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 350.

<sup>2675</sup> Sur les problèmes liés à la motivation des décisions du Conseil constitutionnel en général, voy. Denis Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 4, 38 p.

sur la nationalité, notamment grâce à René Cassin, s'orientent vers la protection des droits fondamentaux. Le second XXe siècle marque ainsi la naissance et la consolidation de droits procéduraux et substantiels applicables dans le ressort de la nationalité. Le paroxysme de cette dynamique est atteint lorsque la nationalité devient elle-même un droit de l'homme, même si cette reconnaissance a produit peu d'effets juridiques directs – ce qui n'a pas empêché des effets indirects, notamment par le biais du caractère très symbolique de l'événement. Aujourd'hui, les droits procéduraux et substantiels se développent à rythme important dans les droits européens à titre principal, mais aussi dans le droit constitutionnel à titre secondaire. La marge d'appréciation discrétionnaire de l'État, résultante traditionnelle du caractère « souverain » de la nationalité, recule fortement au fil des normes de référence qui viennent intégrer le champ de réglementation des différentes habilitations en droit de la nationalité. La liberté de l'État diminue au profit d'une meilleure protection de l'individu.

#### TITRE 4. – L’approfondissement du contrôle juridictionnel

**852.** La naissance du contrôle juridictionnel s’accompagnait d’une promesse bien décrite par Roger Bonnard en 1923, celle que le juge laisserait intact le pouvoir discrétionnaire de l’administration : « On a séparé le juge de l’administrateur parce qu’il est mauvais que l’administration soit juge et partie dans sa propre cause. Puis cette séparation établie, il en résulte, pour le juge, la nécessité de lui interdire le contrôle des appréciations laissées par la loi à la discrétion de l’agent administratif. »<sup>2676</sup> Pourquoi faire au juge une telle interdiction ? Bonnard précise encore que « La loi pourrait laisser un certain pouvoir de libre appréciation à l’agent administratif. Mais si le juge s’arroge le droit de contrôler cette appréciation, celle-ci cesse d’être libre et il n’y a plus de pouvoir discrétionnaire. »<sup>2677</sup> Ce que cet auteur décrit, c’est l’inévitable « risque » que le contrôle de la légalité remette en cause l’étendue ou même l’existence du pouvoir discrétionnaire de l’autorité publique. À la même époque cependant, Marcel Waline indique tout au contraire que le contrôle du juge ne produit pas d’effets sur le pouvoir discrétionnaire de l’administration car, même si la jurisprudence forme un « réseau dans lequel est pris l’administrateur »<sup>2678</sup>, elle n’a pas d’influence *directe* sur la discrétionnarité du pouvoir : « Ce n’est pas parce que le juge contrôle l’administrateur que celui-ci perd son pouvoir discrétionnaire ; c’est parce que la loi lui avait déjà enlevé ce pouvoir que le juge peut intervenir. S’attacher uniquement au contrôle juridictionnel, c’est donc prendre l’effet pour la cause. »<sup>2679</sup> Alors, comment trancher cette question ? Le juge peut-il être responsable par sa seule jurisprudence, indépendamment des normes textuelles qui habilite et contraignent l’administration, d’un recul ou d’une disparition du pouvoir discrétionnaire de l’autorité publique ? La réponse est résolument positive.

**853.** Le pouvoir discrétionnaire se définit comme le « pouvoir de choisir entre deux décisions ou deux comportements (au moins deux) également conformes à la légalité »<sup>2680</sup>. Or, face à une pluralité d’interprétations légales d’une « condition de fait non définie »<sup>2681</sup> – comme par

---

<sup>2676</sup> Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaires des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, vol. 40, p. 366.

<sup>2677</sup> *Ibid.*, p. 365.

<sup>2678</sup> Marcel Waline, « Le pouvoir discrétionnaire de l’administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *Revue du droit public*, 1930, vol. 47, p. 206-207.

<sup>2679</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>2680</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, vol. I, Paris, Montchrestien, 2001, n° 1248, p. 1056.

<sup>2681</sup> Pour reprendre les termes de Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, vol. II, 1984, 3<sup>ème</sup> éd., n° 1292, p. 408.

exemple les notions d'indignité ou d'assimilation –, le juge, par son contrôle de la qualification juridique des faits, va contribuer à distinguer entre les interprétations légales et illégales de l'administration. Ce faisant, il va nécessairement réduire la marge d'appréciation discrétionnaire de l'administration. De la même manière, lorsque le juge opère un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de l'adéquation de la mesure aux faits, il impose à l'administration un critère de « raisonabilité »<sup>2682</sup> dans le choix de sa décision. Cela contribue encore à réduire la latitude normative de l'administration. L'on pourrait multiplier les exemples. Il suffit de dire pour le moment, avec Bertrand Seiller, que la jurisprudence du juge administratif permet d'agir sur un mode « quantitatif » dans le « champ du pouvoir discrétionnaire »<sup>2683</sup> : la somme abstraite des décisions légales pouvant être « choisies » par l'administration se trouve réduite par l'émergence et la consolidation d'un contrôle juridictionnel de la légalité. Autrement dit, le contrôle juridictionnel est bien apte à réduire la discrétionnarité du pouvoir de l'administration.

**854.** Dès lors, quelle est l'influence du contrôle juridictionnel dans le champ du droit de la nationalité ? Celui-ci permet-il de réduire le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique ? Pour Georges Olekhovitch, fin connaisseur de la jurisprudence administrative, la réponse est claire : sous l'influence du « contrôle du juge administratif, (...) le pouvoir discrétionnaire du Gouvernement tend à s'amenuiser. »<sup>2684</sup> Pour vérifier ce constat, il convient de distinguer très classiquement entre les « constantes » et les « variables » du contrôle de légalité du juge<sup>2685</sup>. Ce contrôle de légalité est lié au développement d'un contentieux de la nationalité au début du XXe siècle devant le Conseil d'État. Le juge administratif affirme alors sa compétence pour juger les mesures administratives adoptées dans cette matière, et il généralise progressivement des éléments de contrôle qu'il mettra par la suite systématiquement en œuvre, quel que soit le domaine particulier de la nationalité en cause – en ce sens ces éléments sont dits « invariants » ou « constants ». Il s'agit par exemple du contrôle de l'erreur de droit, pur motif juridique, qui permet au juge de fixer la frontière entre les critères légitimes et illégitimes retenus par l'administration, et réduit ainsi la marge d'appréciation discrétionnaire de l'autorité publique (chapitre 7). L'examen des « variables » du contrôle de légalité est lié à l'intensification du contrôle

---

<sup>2682</sup> En ce sens, voy. Pierre Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 289.

<sup>2683</sup> Voy. Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, Paris, Flammarion, 2011, 4<sup>ème</sup> éd., p. 243-244. Benoît Plessix mentionne quant à lui une « échelle de discrétionnalité », voy. *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2018, 2<sup>ème</sup> éd., n° 493, p. 612-613.

<sup>2684</sup> Georges Olekhovitch « La jurisprudence actuelle du Conseil d'État en matière d'acquisition, de retrait et de perte de la nationalité française », *Rev. crit. DIP*, 1992, n° 2, p. 393.

<sup>2685</sup> Parmi de nombreux exemples, voy. Pierre-Laurent Frier, « Motifs : contrôle », Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2014, § 8 ; Fabrice Melleray, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2014, § 11.

qui se dessine majoritairement au second XXe siècle. Le juge administratif décide alors de développer des strates de contrôle supplémentaire reposant sur l'appréciation des faits propres à la situation du requérant. Il s'agit du contrôle de la qualification juridique des faits d'une part, et du contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits d'autre part. Ces éléments sont « variables » en ce qu'ils ne sont pas systématiquement mis en œuvre en contentieux de l'excès de pouvoir (on parle alors de contrôle « minimum »), mais aussi parce qu'ils font eux-mêmes l'objet de gradation entre des contrôles « restreints », « normaux » ou « entiers ». Ici, le recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration, fruit d'une véritable « politique jurisprudentielle »<sup>2686</sup>, est encore patent. En s'immiscant dans l'appréciation du fait, le juge restreint considérablement la latitude normative du gouvernement, jusqu'à faire disparaître toute discrétionnarité en de rares occasions (chapitre 8).

---

<sup>2686</sup> L'on emprunte le terme à Prosper Weil, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1959, vol. 51, p. 281-290.



## Chapitre 7. L'établissement d'un contrôle juridictionnel administratif

855. En droit de la nationalité, le contrôle de légalité n'a jamais été considéré comme une évidence, bien au contraire. La souveraineté couvrant l'ensemble de la législation, le juge a longtemps été considéré comme un étranger face aux prérogatives du gouvernement en matière de nationalité. L'opinion qu'émettent Louis Le Sueur et Eugène Dreyfus en 1890 est à ce titre particulièrement emblématique d'une telle approche :

« le décret qui confère la naturalisation est un acte de souveraineté, rappelons qu'il est de l'essence des actes de cette nature précisément d'échapper au contrôle de toute espèce de juridiction, et surtout à l'examen de l'autorité judiciaire [*comprenant les juridictions de droit commun et les juridictions administratives*] qui n'a jamais aucune part à l'exercice de la souveraineté. Si donc l'acte de gouvernement est rendu en violation des lois, soit que la violation porte sur les conditions ou sur le fond, soit qu'elle consiste seulement dans l'oubli des formes prescrites, il n'y a pour lui qu'un seul juge possible et c'est le gouvernement lui-même. »<sup>2687</sup>

Dès lors, comment le contrôle de légalité va-t-il progressivement émerger en droit de la nationalité ? Et quels seront ses effets sur le pouvoir discrétionnaire exercé par le gouvernement en la matière ? Les débats doctrinaux relatifs à la compétence juridictionnelle en droit de la nationalité sont nourris au XIXe siècle. À cette époque encore, le juge administratif ne s'est pas prononcé sur la question, et le juge judiciaire a déjà décliné sa compétence. Il faudra le choc de la première guerre mondiale et l'adoption de la législation spéciale sur le retrait de nationalité pour que le Conseil d'État affirme en réaction sa compétence juridictionnelle à l'égard des décrets adoptés par le gouvernement. Cela marque alors le point de départ d'une extension progressive du contrôle de légalité à l'ensemble des mesures administratives, et en particulier des « éléments invariablement contrôlés »<sup>2688</sup> par le juge telle l'exactitude matérielle des faits ou l'erreur de droit (section 1). Pour mieux saisir le recul du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique induit par le contrôle de légalité, l'on peut s'intéresser plus précisément au contrôle de l'erreur de droit. En effet, l'erreur de droit conduit à fixer une frontière entre les critères légitimes et illégitimes dont l'administration fait usage. En cela, la reconnaissance contentieuse d'une erreur de droit conduit à une claire diminution de la latitude normative de l'administra-

---

<sup>2687</sup> Louis Le Sueur et Eugène Dreyfus, *La nationalité (droit interne). Commentaire de la loi du 26 juin 1889*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1890, p. 99.

<sup>2688</sup> Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 244.



tion, c'est-à-dire à une réduction de la discrétionnarité. Plusieurs séries jurisprudentielles relatives à l'état de santé des demandeurs à la naturalisation ou à l'individualisation des mesures de perte de la nationalité permettent de saisir plus concrètement ce mouvement (section 2).

### ***Section 1. La justiciabilité des mesures en droit de la nationalité***

**856.** Le développement du contrôle juridictionnel est un puissant vecteur d'encadrement, de réduction, voire d'effacement du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique en droit de la nationalité. Depuis quand est ce que ce contrôle a lieu ? Quelle est sa forme et son étendue ? Pour répondre à ces questions, il faut explorer le contentieux administratif des XIXe siècle et XXe siècle. À partir de la doctrine et de la jurisprudence des juges administratif et judiciaire, on s'aperçoit que la recevabilité du recours en droit de la nationalité n'avait rien d'évident au tournant du XXe siècle. À cette époque, le juge judiciaire se considère comme incompétent pour connaître de la légalité d'une mesure administrative en droit de la nationalité, et la doctrine administrativiste est divisée sur cette question, qui demeure alors théorique (I). Mais le développement du contentieux administratif en général, et du recours pour excès de pouvoir en particulier, vont donner l'occasion au Conseil d'État d'affirmer sa compétence dans le cadre d'un nouveau « contentieux de la nationalité ». La première guerre mondiale et sa législation spéciale sur le retrait de nationalité créeront les conditions du coup d'envoi de cette jurisprudence, qui connaîtra par la suite une extension progressive vers l'ensemble des mesures administratives du droit de la nationalité, et un approfondissement du contrôle des motifs dans les domaines de l'exactitude matérielle et de l'erreur de droit (II).

#### **§ 1. La recevabilité du recours en question**

**857.** Le XIXe siècle et le début du XXe siècle sont l'occasion de nombreux débats sur la « justiciabilité » des mesures administratives adoptées en droit de la nationalité. L'on pressent bien que de telles mesures, en particulier la naturalisation, expriment un pouvoir ultra-discrétionnaire, niché au cœur de la souveraineté de l'État, et que son contrôle par le juge est malaisé. Le juge judiciaire, particulièrement sensible à cette question en raison du principe de séparations des autorités judiciaires et administrative, refuse avec la plus grande force d'apprécier l'action du gouvernement en droit de la nationalité (A). Au cours de la même période, le juge administratif reste silencieux sur la question, et c'est la doctrine qui s'interroge. Différentes théories contentieuses s'opposent alors et les avis sont partagés. Si pour certains qui étudient directement la question, il ne fait aucun doute que les mesures administratives en droit de la

nationalité sont insusceptibles de tout recours, l'évolution de plusieurs notions contentieuses laisse entrevoir la recevabilité future du recours formé contre une mesure administrative en droit de la nationalité (B).

### A. L'incompétence du juge judiciaire

**858.** Le juge judiciaire apparaît de longue date comme le juge naturel de la nationalité des personnes physiques. Pourtant, jamais le juge judiciaire n'a examiné la légalité d'un décret de naturalisation, ou le refus fait à une demande de naturalisation. Cette jurisprudence constante posée entre la fin du XIXe siècle et le début du XXe siècle (1) est entièrement fondée sur la séparation des autorités judiciaires et administratives, le juge judiciaire considère qu'il lui est fait « défenses itérative » – pour reprendre les termes du décret du 16 Fructidor an III – d'examiner la légalité de l'action de l'administration en droit de la nationalité (2).

#### 1. Exposé de la jurisprudence

**859. Le juge judiciaire incompétent pour connaître des mesures administratives.** – Il n'a jamais été question, autant en théorie qu'en pratique, que le juge judiciaire s'arroge le droit de contrôler une mesure administrative individuelle en droit de la nationalité. L'opinion est constante dès le XIXe siècle :

« On dit souvent que les tribunaux judiciaires sont juges souverains en matière d'état et de capacité des personnes. C'est une formule qui est un peu exagérée. En effet, on admet généralement que la naturalisation ordinaire constitue un acte de souveraineté, un acte gouvernemental dont le pouvoir judiciaire ne peut contrôler la validité et qui n'a d'autre sanction que la responsabilité parlementaire du garde des sceaux. »<sup>2689</sup>

La jurisprudence judiciaire rend parfaitement compte de cet état du droit. Dans une affaire *Outeniente* rendue par la Cour d'appel d'Alger le 2 décembre 1893, le juge judiciaire décline toute compétence pour connaître des contestations portant sur une mesure de naturalisation : « Attendu que la dame Outeniente a été naturalisée française par un acte qui échappe à toute contestation judiciaire, sans que les tribunaux compétents pour rechercher même si la décision du chef de l'État serait critiquable pour avoir été sollicitée et obtenue sans l'autorisation préalable du sieur Outeniente »<sup>2690</sup>. La formule change au tournant du siècle, probablement sous l'influence de Charles Falcimaigne et Gaston Rau, qui rééditent et augmentent à cette époque le

---

<sup>2689</sup> Georges Gruffy, « Applications pratiques des lois françaises sur la nationalité par l'Administration », *Journal de droit international*, 1894, vol. 21, p. 773.

<sup>2690</sup> CA Alger, 2 décembre 1893, *Outeniente S.*, 1895, II., p. 91.

célébrissime *Cours de droit civil* d'Aubry et Rau. Ceux-ci écrivent ainsi en 1897 que « Les décrets qui confèrent la naturalisation ont le caractère d'actes de souveraineté. En conséquence, l'autorité judiciaire ne saurait en apprécier la légalité »<sup>2691</sup>. La formule est rapidement réceptionnée. La Cour d'appel de Paris juge ainsi dans une affaire *Raffaële* rendue le 7 avril 1903 « qu'un décret de naturalisation est un acte de la souveraineté qui échappe au contrôle des tribunaux »<sup>2692</sup>. Les mêmes termes sont étendus aux décrets de réintégration dans une affaire *Volpe* jugée le 7 juillet 1914 par le tribunal civil de la Seine : « Att. que les décrets de naturalisation et de réintégration sont des actes de souveraineté qui échappent au contrôle des tribunaux »<sup>2693</sup>. La Cour d'appel d'Amiens décline encore sa compétence dans une affaire *de Graf-fenried de Villars* rendue le 16 février 1921 : « Cons. qu'en matière de nationalité, qu'il s'agisse de demande de naturalisation ou de réintégration dans sa nationalité d'origine, c'est à l'autorité gouvernementale qu'il appartient de les apprécier »<sup>2694</sup>. La formule d'« acte de souveraineté » n'est cependant pas reprise par la Cour de cassation. Celle-ci juge plus sobrement dans un arrêt *Ferrari* du 6 juillet 1922, « qu'il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires d'apprécier la légalité du décret qui a réintégré la dame Gensoul dans la nationalité française »<sup>2695</sup>. La jurisprudence est donc particulièrement consolidée, le juge judiciaire ne se reconnaît aucune compétence pour contrôler la légalité d'un décret en droit de la nationalité. Cette position s'étend *a fortiori* aux refus de naturalisation. Il y a là une pure application de la séparation des fonctions administratives et judiciaires.

## 2. Le fondement : la séparation des fonctions administratives et judiciaires

### 860. Une application de la séparation des fonctions administratives et judiciaires. –

Ces éléments sont parfaitement connus et l'on se bornera donc à les évoquer sommairement. L'incompétence du juge judiciaire remonte à l'Ancien Régime, lorsque les Parlements tentèrent

---

<sup>2691</sup> Charles Aubry, Charles-Frédéric Rau, Charles Falcimaigne, et Gaston Rau, *Cours de droit civil français*, vol. I, Paris, Marchal et Billard, 1897, 5<sup>ème</sup> éd., p. 404. Les mêmes auteurs poursuivent : « ils ne pourraient pas davantage être l'objet d'un recours devant l'autorité administrative. Mais les tribunaux auraient le droit de tenir pour non avenues les décisions du gouvernement qui ne rempliraient pas les conditions de forme nécessaires pour la validité du décret. » La position est donc assez alambiquée puisque l'appréciation formelle est reconnue comme possible, ce qui implique une forme réduite de contrôle de légalité. Les auteurs concluent par ailleurs généralement à l'incompétence de l'autorité administrative, visant très probablement le Conseil d'État. Ces développements sont propres à Gaston Rau et Charles Falcimaigne, la dernière édition écrite par Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau ne comprend pas ces éléments, voy. Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français*, vol. I, Paris, Cosse et Marchal, 1869, 4<sup>ème</sup> éd., p. 257.

<sup>2692</sup> CA Paris, 7 avril 1903, *Raffaële*, *Journal de droit international privé*, 1903, p. 865.

<sup>2693</sup> Tribunal civil de la Seine, 7 juillet 1914, *Volpe*, *Revue de droit international privé*, 1918, p. 95.

<sup>2694</sup> CA Amiens, 16 février 1921, *Villars*, *Revue du droit international privé*, 1921, p. 534.

<sup>2695</sup> Cass., civ., 6 juillet 1922, *De Ferrari c. dame de Ferrari*, *Revue de droit international privé*, 1922-1923, vol. 18, p. 461.

de s'immiscer dans les affaires de l'administration. Déjà en 1641 le Roi indique que « notredite cour de parlement de Paris et toutes nos autres cours, n'ont été établies que pour rendre la justice à nos sujets ; leur faisons très expresses inhibitions et défenses, non-seulement de prendre, à l'avenir, cognoissance d'aucunes affaires (...) qui peuvent concerner l'état, administration et gouvernement d'icelui que nous réservons à notre personne seule et de nos successeurs rois »<sup>2696</sup>. Ce principe sera bientôt consacré par l'Assemblée nationale dans le fameux décret sur l'organisation judiciaire, du 16 août 1790, sanctionné par lettres patentes du 24 août, et qui dispose en son article 13 du deuxième titre que « Les fonctions judiciaires sont distinctes, et demeureront toujours séparées des fonctions administratives : les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »<sup>2697</sup> C'est à ce principe de séparation des fonctions judiciaires et administratives que la jurisprudence judiciaire fait écho.

**861.** Ce principe n'a guère été remis en cause en droit de la nationalité et les mesures individuelles ont ainsi toujours échappé à la compétence du juge judiciaire. Dans son commentaire de l'affaire *Outeniente* (préc.), Meynial note à ce titre qu'une solution contraire conduirait le juge à « empiéter sur l'exécutif »<sup>2698</sup>. Niboyet juge quant à lui qu'il s'agit d'un « véritable dogme » et que l'éventuelle compétence de l'ordre judiciaire « serait en opposition avec la séparation des pouvoirs. »<sup>2699</sup> Maury note quant à lui que « la position du juge judiciaire est très solide, sinon inébranlable. »<sup>2700</sup> La compétence du juge judiciaire qui apparaît comme naturelle lorsqu'il s'agit d'intervenir à propos des effets de plein droit des lois sur la nationalité (voy. *supra* n° 617 s.) s'efface donc dès qu'il est question pour l'autorité publique de prendre une décision administrative, dans le plus pur respect de la séparation des fonctions administratives et judiciaires. Ambroise Colin confirme cette analyse dans son rapport donnée à propos de l'affaire *Ferrari* jugée par la Cour de cassation en 1922 : « un décret de réintégration, comme un décret de naturalisation, constituant un acte administratif individuel et spécial, semble bien

---

<sup>2696</sup> Édit qui défend aux parlements et autres cours de justice de prendre à l'avenir connaissance des affaires d'état et d'administration, et qui supprime plusieurs charges de conseiller au parlement de Paris, Saint-Germain, février 1641, in *Recueil Isambert*, vol. 16, p. 533.

<sup>2697</sup> Voy. le texte reproduit à l'annexe de la séance du 16 août 1790, in AP, 1<sup>ère</sup> série, t. 18, p. 105. *Adde* le célèbre décret du 16 Fructidor an III qui défend aux tribunaux de connaître des actes d'administration, et annule toutes procédures et jugemens intervenus à cet égard : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit », in *Recueil Duvergier*, vol. 8, Paris, Guyot et Scribe, 1825, p. 315.

<sup>2698</sup> CA Alger, 2 décembre 1893, *Outeniente*, S., 1895, II., p. 91.

<sup>2699</sup> Jean-Paulin Niboyet, note sous CE, 21 juillet 1922, *Bonnet, Revue de droit international privé*, 1922, vol. 18, p. 325.

<sup>2700</sup> Jacques Maury, « Nationalité (en France) », in Albert de Lapradelle et Jean-Paulin Niboyet (dir.), *Répertoire de droit international*, vol. 9, Paris, Dalloz, 1931, n° 411, p. 425.

échapper au contrôle des tribunaux de l'ordre judiciaire. Il est vrai que ce décret peut être, s'il est illégal, l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. »<sup>2701</sup> De la même manière encore, Julien Laferrière considère que l'interprétation raisonnable de la jurisprudence judiciaire conduit à voir le « jeu normal des règles sur le partage des compétences entre les deux ordres de juridictions »<sup>2702</sup>. L'on ne trouve que l'opinion isolée, mais autorisée, de Laferrière pour contester ce principe, celui-ci considérant que l'examen de la validité d'un décret de naturalisation par le juge judiciaire pouvait lui être dicté par « la plénitude de juridiction » que ce dernier peut exercer en matière d'état-civil : « la question de savoir si l'on a été légalement naturalisé Français nous semble relever tout entière des tribunaux judiciaires, seuls juges de l'état des citoyens, car l'acte de puissance publique est, dans ce cas particulier, constitutif de l'état civil lui-même. »<sup>2703</sup> Cette opinion de Laferrière apparaît toutefois particulièrement osée – « arbitraire »<sup>2704</sup> écrira Brémont – en l'absence d'ancrage textuel d'une telle plénitude de juridiction<sup>2705</sup> ; elle n'a jamais été suivie par le juge judiciaire. L'enjeu devient donc celui de la compétence du juge administratif.

## B. Le débat sur la compétence du juge administratif

**862.** Avant que le juge administratif ne tranche favorablement la question de sa compétence, le dernier XIXe siècle a été le théâtre de débats sur la nature des mesures administratives en droit de la nationalité, spécialement la naturalisation. Selon les solutions arrêtées par les différents auteurs, la recevabilité pouvait être acquise ou non. Quelles sont alors ces approches divergentes de la recevabilité ? Certains arguments plaident contre la recevabilité, en particulier celui de la juridiction gracieuse porté par Chauveau et Hauriou (1). D'autres militent pour la recevabilité, notamment la disparition des mobiles politiques de la théorie de l'acte de gouvernement, ou encore la recevabilité nouvelle des actes de « pure administration » (2).

---

<sup>2701</sup> Ambroise Colin, Rapport sur Cass., civ., 6 juillet 1922, *De Ferrari c. dame de Ferrari*, *Revue de droit international privé*, 1922-1923, vol. 18, p. 452.

<sup>2702</sup> Julien Laferrière, « Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité », *Revue de droit international privé*, 1924, vol. 19, p. 167. L'auteur précise encore : « Si la raison de cette jurisprudence est simplement que le décret de naturalisation – ou toute autre mesure de même ordre, – constitue un acte administratif dont la règle de la séparation des autorités interdit l'examen aux tribunaux judiciaires, il y a là une solution qui, sauf discussion possible, peut se soutenir pour des raisons très fortes. » (*ibid.*)

<sup>2703</sup> Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, Paris, Berger-Levrault, 1896, 2<sup>ème</sup> éd., p. 517.

<sup>2704</sup> Jules-Xavier Brémont, *Traité théorique et pratique de la compétence administrative*, Paris, Larose, 1894, n° 517, p. 43.

<sup>2705</sup> Voy. à ce titre l'exemple que Laferrière donne justement à propos de l'examen de la compétence de l'officier d'état-civil à l'occasion d'une action en nullité du mariage, la plénitude de juridiction (judiciaire) pouvant être fondée sur l'article 191 du code civil, in *ibid.* p. 517-518.

## 1. Les arguments plaçant contre la recevabilité

**863. La naturalisation en tant que « juridiction gracieuse ».** – La distinction entre juridiction gracieuse et contentieuse connaît son âge d'or au XIX<sup>e</sup> siècle. Alors, pour beaucoup d'auteurs de l'époque, les mesures administratives en droit de la nationalité appartiennent à la juridiction gracieuse de l'administration ; elles ne peuvent donc faire l'objet d'un recours contentieux. Cette opposition est déjà exprimée par Cormenin dans un ouvrage publié en 1840 : « [Les décisions des Ministres] purement administratives ou gracieuses, ont pour terme leur responsabilité. Leurs décisions purement contentieuses, ont pour terme la réformation du Conseil d'État. »<sup>2706</sup> Si l'on perçoit bien l'idée d'une distinction entre décisions selon leur capacité à être discutées devant le juge, force est toutefois de constater que ces définitions demeurent à ce stade faiblement opératoires. Il revient justement à Adolphe Chauveau, à la même période, d'avoir précisé ces concepts en prenant notamment pour base la nationalité. Pour cet auteur, il existe d'abord « l'administration active au premier chef » – qui exerce un « pouvoir gracieux » au contact des citoyens ; « elle touche seulement leurs intérêts et provoque des réclamations ». Il existe ensuite et à l'inverse une « administration active au second chef » qui peut potentiellement « blesser » les « droits » des citoyens et ainsi susciter un « recours »<sup>2707</sup>. La distinction entre « gracieux » et « contentieux » rejoint donc une nouvelle distinction structurée entre « intérêt » et « droit » du citoyen. Pour illustrer cette classification, Chauveau se fonde notamment sur la naturalisation. Il la classe parmi les « concessions » que « L'autorité administrative est seule investie du droit d'accorder », cette catégorie d'acte appartient selon l'auteur à « l'administration active au premier chef » – synonyme de « pouvoir gracieux » – et ne peut à ce titre faire l'objet d'aucun recours contentieux<sup>2708</sup>.

**864.** On voit bien ici l'idée d'une « concession » conférée en opportunité et qui, en aucune manière, ne peut donc représenter un droit pour l'administré, ce qui exclut le recours contentieux. Plus tard, Laferrière reprend la même distinction. La juridiction gracieuse est celle exercée par l'administration lorsqu'elle se trouve à trancher des « intérêts » et non des « droits », en ce cas l'autorité apprécie selon des considérations « d'équité et d'opportunité » ; la juridiction gracieuse s'oppose à la juridiction « contentieuse » qui seule implique qu'une « partie lésée

---

<sup>2706</sup> Louis de Cormenin, *Droit administratif*, vol. I, Paris, Pagnerre, 1840, 5<sup>ème</sup> éd., p. XXVIII.

<sup>2707</sup> Sur l'ensemble, voy. Adolphe Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, vol. I, Paris, Cotillon, 1841, n<sup>o</sup> 11-13, p. 3.

<sup>2708</sup> Sur l'ensemble, voy. Adolphe Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, op. cit., n<sup>o</sup> 112, p. 33. Voy. encore Charle Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français*, vol. I, Paris, Cosse et Marchal, 1869, 4<sup>ème</sup> éd., p. 254, note 28.

(...) peut requérir la vérification de son droit exiger qu'on le respecte. »<sup>2709</sup> C'est sur ce fondement encore qu'Hauriou, suivant sans doute les développements de Chauveaux, considère que les « décrets accordant des lettres de naturalisation » expriment une forme de « juridiction gracieuse » du chef de l'État, qui rappelle « la fiction de la justice retenue »<sup>2710</sup>. En cela, de telles mesures « seraient définitives et ne pourraient en aucun cas être attaquées »<sup>2711</sup>. Pour cet auteur donc, la naturalisation serait une forme subsistante de justice retenue, toujours en vigueur à la fin du XIXe siècle, exercée sous la seule responsabilité du chef de l'État, et insusceptible de tout recours. Selon cette première approche et la théorie de la juridiction gracieuse en matière de naturalisation, la compétence du juge administratif ne saurait être retenue en matière de nationalité. D'autres approches militent en revanche à cette même époque pour la recevabilité de l'éventuel recours contre une mesure administrative en droit de la nationalité.

## 2. Les arguments plaidant pour la recevabilité

**865. L'obsolescence de la théorie des mobiles politiques.** – La théorie des mobiles politiques est une ancienne doctrine administrative, un temps comprise dans la théorie plus générale de l'acte de gouvernement. Elle aurait pu sans aucun doute s'appliquer à la nationalité, sauf que celle-ci fut abandonnée à la fin du XIXe siècle. Il est intéressant de revenir sur cet épisode du contentieux administratif pour illustrer la dynamique d'extension de la recevabilité à cette période. Denis Serrigny, dans son *Traité* de 1865, résume bien la portée du mobile politique dans l'édiction d'un acte, et l'irrecevabilité de toute discussion contentieuse qui s'en suit :

« Les décisions qui se rattachent à (...) des actes de gouvernement ayant un caractère essentiellement politique, ne peuvent être déférées au conseil d'état par la voie contentieuse, lors même qu'elles blesseraient souvent des droits véritables. Cette exception (...) est puisée dans des considérations d'un ordre plus élevé, et qui touchent à la raison d'état. On a pensé qu'il y aurait de l'inconvénient à soumettre à des discussions publiques et au contrôle d'un corps organisé, qui fonctionne à l'instar des tribunaux et exerce des attributions quasi-judiciaires, les réclamations fondées sur (...) des actes ayant un caractère essentiellement politique. Dans les actes ordinaires de l'administration qui touchent au droit privé des citoyens, la responsabilité ministérielle est, sinon dégagée, du moins atténuée par le contrôle du conseil d'état. L'action administrative peut supporter, sans dommages, cet examen et ces retards. Il n'en est pas de même à l'égard (...) des actes qui tiennent à la haute politique du gouvernement. Ici l'action gouvernementale ne comporte d'autre contrôle que la responsabilité ministérielle du chef de l'état, directe et immédiate devant les chambres et le pays. (...) Le ministre alors statue sur les

---

<sup>2709</sup> Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. II, *op. cit.*, 1896, 2<sup>ème</sup> éd., p. 5-6.

<sup>2710</sup> Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose et Forcel, 1893, 2<sup>ème</sup> éd., n° 143, p. 277. Sur les origines ecclésiastiques du terme de « juridiction gracieuse », voy. Denis Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, vol. I, Paris, Durand, 1865, n° 115, p. 160.

<sup>2711</sup> Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, 1893, 2<sup>ème</sup> éd., n° 576, p. 707.

réclamations privées, en dernier ressort, c'est-à-dire sans recours au conseil, et sous sa seule responsabilité. »<sup>2712</sup>

Il est intéressant de noter comment les mobiles de « haute politique » prêtés au gouvernement conduisent à exclure un acte qui en serait issu de tout contrôle de légalité, au profit du seul contrôle parlementaire. Les mesures administratives en droit de la nationalité en font-elles partie ? Il est permis de le penser. Pour beaucoup d'auteurs, comme notamment Frantz Despagne, la naturalisation relève du seul contrôle des chambres : la naturalisation est « un acte de politique sur lequel tout représentant du pays a le droit de demander des explications », et le gouvernement en a « seul (...) la responsabilité devant les Chambres et devant le pays »<sup>2713</sup>. Louis Le Sueur et Eugène Dreyfus confirment cette idée dans leur commentaire de la loi de 1889 : « c'est la responsabilité ministérielle qui reste en dernière analyse la seule sanction applicable en notre matière (...). Il faut donc décider que les décrets qui confèrent la naturalisation échappent, comme beaucoup d'autres actes de gouvernement, à toute espèce de voie de recours ou de rétractation »<sup>2714</sup>. Dès lors, on voit bien le risque en termes de recevabilité que présente la naturalisation à raison des mobiles politiques qui guident une telle décision.

**866.** Toutefois, la théorie des mobiles politiques est progressivement abandonnée par le Conseil d'État pour définir les actes de gouvernement. L'on a coutume<sup>2715</sup> de citer la décision *Prince Napoléon* rendue le 19 février 1875<sup>2716</sup> pour rendre compte de cet abandon. Dans cette espèce, le Conseil d'État refuse de faire droit au moyen du gouvernement selon lequel l'omission d'un membre de la famille impériale déchue de l'*Annuaire militaire* présente un caractère politique, partant appartient à la catégorie des actes de gouvernement, et ne peut par suite être justiciable du Conseil d'État statuant au contentieux. Comme le note le commissaire du gouvernement David dans ses conclusions : « pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émané du gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique »<sup>2717</sup>. Comme le note Laferrière quelques années plus tard,

---

<sup>2712</sup> Denis Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, vol. I, op. cit., n° 35, p. 58-59.

<sup>2713</sup> Frantz Despagne, « Du rôle du Conseil d'État dans la naturalisation d'après la loi du 22 juillet 1893 », *RDP*, 1894, vol. 1, p. 106

<sup>2714</sup> Louis Le Sueur et Eugène Dreyfus, *La nationalité (droit interne). Commentaire de la loi du 26 juin 1889*, op. cit., p. 100.

<sup>2715</sup> Voy. Pierre Delvolvé, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant et Bruno Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2017, 21<sup>ème</sup> éd., p. 18 : « l'arrêt *Prince Napoléon* n'a pas supprimé complètement les actes de gouvernement ; il s'est borné à en éliminer le critère ancien, excessivement large, tiré du mobile politique. »

<sup>2716</sup> CE, 19 février 1875, n° 46707, *Prince Napoléon-Joseph Bonaparte*, Lebon p. 155.

<sup>2717</sup> M. David, conclusions sous CE, 19 février 1875, n° 46707, *Prince Napoléon-Joseph Bonaparte*, Lebon p. 158.



cette rupture jurisprudentielle marque le passage du critère des mobiles de l'acte à celui de sa nature pour déterminer la catégorie des actes de gouvernement<sup>2718</sup>. Depuis cette période, selon une approche plutôt analytique, il ressort que les seuls actes de gouvernement sont ceux d'une part « destinés à assurer le fonctionnement constitutionnel des pouvoirs publics », et d'autre part ceux concernant « les rapports de l'État français avec les États étrangers », comme le synthétise déjà le commissaire du gouvernement Rivet dans ses conclusions sous la décision *Couitéas* prononcées en 1923<sup>2719</sup>. Dès lors, depuis la fin du XXe siècle, il n'est guère possible d'affirmer que les litiges naissant à propos de mesures administratives en droit de la nationalité, en particulier les naturalisations, ne peuvent se résoudre que devant les chambres en raison de leur nature politique. Ces mesures n'appartenant ni au fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels, ni aux rapports internationaux de la France<sup>2720</sup>, la théorie de l'acte de gouvernement ne peut être opposée par le gouvernement en défense<sup>2721</sup>. Jules Basdevant confirme cette interprétation en 1909 lorsqu'il écrit que « Le décret de naturalisation est, croyons-nous, susceptible de recours pour excès de pouvoir, l'opinion de ceux qui prétendent écarter celui-ci en vertu de la théorie des actes de gouvernement paraissant peu fondée. »<sup>2722</sup> Au début du XXe siècle, et alors que le Conseil d'État n'a pas encore statué sur la question, la disparition de la théorie des mobiles politiques plaide indéniablement pour la recevabilité du recours formé contre un acte administratif dans le domaine de la nationalité.

**867. L'adéquation de la théorie de l'acte de pure administration.** – La théorie de l'acte de pure administration remonte également au XIXe siècle. Ce terme renvoie alors aux idées

---

<sup>2718</sup> Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. II, *op. cit.*, 1896, 2<sup>ème</sup> éd., p. 39 : « [L'ancienne jurisprudence] s'attachait trop exclusivement aux intentions, aux mobiles politiques de ces actes, pas assez à leur nature propre qui doit être le véritable criterium des compétences. »

<sup>2719</sup> Conclusions Rivet sous CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, *D.P.*, 1923, III., p. 61-62. Le même auteur évoque le temps révolu « où une jurisprudence avant tout soucieuse de n'apporter nulle entrave à l'action de l'exécutif, classait les actes d'après les mobiles qui les avaient inspirés et refusait le contrôle du juge à tout acte que son caractère quelque peu politique ou, comme on disait alors, de "haute police" ».

<sup>2720</sup> En ce sens, voy. Julien Laferrière, « Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité », *op. cit.*, p. 169-172.

<sup>2721</sup> Aucune décision du Conseil d'État n'a, à notre connaissance, eu à statuer sur de telles prétentions du gouvernement français. En revanche, le Tribunal suprême de Monaco a récemment refusé de déclarer irrecevable un recours formé contre une ordonnance d'opposition à l'acquisition de la nationalité monégasque, alors même que le ministre d'État soulevait en défense la nature d'acte de gouvernement de la mesure prise par le prince souverain. Voy. Tribunal suprême de Monaco, 7 avril 2014, n° 2013-16, *M. S. G. c/ État de Monaco*.

<sup>2722</sup> Jules Basdevant, « Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *Revue de droit international privé*, 1909, vol. 5, p. 43, note 4. Voy. également Jacques Maury, « Nationalité (en France) », *op. cit.*, n° 409, p. 423. Contra, voy. Antoine Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, vol. I, Paris, Sirey, 1923, p. 212, l'auteur n'explique toutefois pas cet énoncé au regard des critères fixés par le droit administratif, il semble même que cette formule d'« acte de gouvernement » ne renvoie pas à la note contentieuse issue du droit administratif.

d'opportunité et de discrétionnarité de l'administration. Autrement dit, l'acte de pure administration, c'est l'acte administratif adopté en vertu d'une totale liberté d'action, ce qui correspond bien à la naturalisation. Or, beaucoup d'auteurs du XIXe siècle expriment l'idée que ces actes n'échappent pas au contrôle du Conseil d'État, mais que celui-ci sera réduit aux éléments d'une légalité « extrinsèque ». Serrigny exprime ainsi dans son *Traité* de 1865 que « Si l'acte émané de l'autorité exécutive ou administrative est l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est confié, il est de pure administration et ne peut donner lieu au recours contentieux. Ainsi, le pourvoi au conseil d'état n'est pas recevable (...). »<sup>2723</sup> Toutefois, le même auteur précise que « L'omission ou violation des formes établies par les lois ou les règlements suffit, en général, pour faire passer un acte de pure administration dans la classe des actes qui donnent ouverture à la voie contentieuse. (...) Les formes établies sont des garanties données aux administrés. L'omission ou la violation de ces formes les privant d'une garantie établie en leur faveur, il en résulte la lésion d'un droit et non d'un simple intérêt. »<sup>2724</sup> On constate ainsi que cet auteur n'évoque l'irrecevabilité de principe que pour y faire rapidement exception sur des éléments appartenant aux garanties « formelles » des administrés, ce qui en réalité s'apparente à un contrôle réduit aux cas d'ouverture de la légalité externe. Laferrière confirme cette interprétation à la fin du siècle :

« Doit-on considérer comme échappant de plein droit à tout recours en annulation pour excès de pouvoir certains actes d'administration, émanant d'autorités comprises dans la hiérarchie administrative, et désignés en doctrine et en jurisprudence sous le nom d'*actes de pure administration* ? Cette dénomination est souvent appliquée à des actes que l'administration accomplit d'après sa libre appréciation, afin de pourvoir aux *intérêts* généraux ou particuliers, et non pour satisfaire à des *droits* ou à la *loi*. (...) Faut-il conclure de là qu'il existe toute une catégorie d'actes d'administration échappant d'une manière absolue au recours pour excès de pouvoir ? Nous ne pensons pas (...). Ce qui est vrai, c'est que ces sortes de décisions, à raison du caractère facultatif et discrétionnaire qui leur appartient le plus souvent, ne comportent pas de discussion sur le terrain des droits acquis ou de la violation de la loi : c'est pour cela que les anciens arrêts déclaraient que ces actes n'étaient pas susceptibles de *recours contentieux*, c'est-à-dire d'un recours fondé sur un droit lésé ; mais il n'en résultait pas qu'ils fussent affranchis de tout recours, car on a pu de tout temps invoquer contre eux les griefs tirés de l'incompétence ou du vice de forme. »<sup>2725</sup>

Ce qui se forge à cette époque, ce n'est donc pas l'irrecevabilité du recours formé contre l'acte pris en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, mais l'irrecevabilité de toute discussion *au fond*.

---

<sup>2723</sup> Denis Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, vol. I, *op. cit.*, n° 28, p. 35.

<sup>2724</sup> *Ibid.*, n° 30, p. 47.

<sup>2725</sup> Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. II, *op. cit.*, p. 423-424. L'auteur poursuit encore : « il va de soi qu'ils ne peuvent être attaqués que pour les griefs d'illégalité auxquels se prête leur nature plus ou moins discrétionnaire, griefs qui sont quelquefois très restreints, et qui peuvent se réduire au seul cas d'incompétence. » (p. 424)

Dans une formule générale, le Conseil d'État exprime ainsi qu'un requérant « n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'État les motifs de cette mesure de pure administration »<sup>2726</sup>. On le voit donc bien, l'éventuelle nature d'acte de « pure administration » de la naturalisation ne fait pas obstacle à ce qu'un recours contentieux soit formé à son encontre. L'ensemble de ces éléments s'inscrivent de fait dans une extension de la recevabilité devant le Conseil d'État à la croisée des deux siècles, et le juge administratif va rapidement confirmer la recevabilité du recours dans le domaine du droit de la nationalité. Mais contrairement à ce que l'on aurait pu imaginer, ce n'est pas par la naturalisation que le débat va être tranché, mais par les mesures de guerre édictées en matière de retrait de nationalité.

## § 2. La consécration de la recevabilité du recours

**868.** Les débats sur la recevabilité du recours en contentieux de la nationalité seront tranchés au début du XXe siècle. Le Conseil d'État affirme et consolide sa position en à peine six années. Ce sont paradoxalement les mesures exprimant le plus haut degré de discrétionnarité du gouvernement (les retraits de nationalité de l'art. 2 de la loi de 1915) que le juge administratif va accepter d'examiner pendant la première guerre mondiale, battant en brèche toute théorie soustrayant la nationalité à son contrôle. Une fois la recevabilité acquise dans cette législation spéciale, elle est étendue dans les mêmes formes au contentieux de la nationalisation (A). Dès lors, la recevabilité du recours formé contre toute mesure administrative en droit de la nationalité étant acquise, l'enjeu réside désormais dans l'approfondissement du contrôle des motifs. Deux en particulier, « invariants », retiennent l'attention : l'exactitude matérielle et l'erreur de droit (B).

### A. Les prémices de la recevabilité : le poids de la première guerre mondiale

**869.** Étonnamment, ce n'est pas par la naturalisation que le débat sur la recevabilité arrive devant le juge administratif. C'est à l'occasion d'une législation spéciale déjà évoquée *supra* (cf. n° 419 s.) à propos du retrait de nationalité en temps de guerre que la question de la recevabilité du recours formé contre une mesure administrative en droit de la nationalité sera posée au juge. Dès 1916, le juge administratif fait le choix de la recevabilité du recours, aidé en cela par les travaux préparatoires de la loi (1). Cette jurisprudence sera rapidement étendue au contentieux de la naturalisation (2).

---

<sup>2726</sup> Voy. par ex. CE, 14 décembre 1883, n° 61344, *Lequeux*, Lebon p. 908.

## 1. Du législateur au juge : le choix de la recevabilité en matière de retrait de nationalité

**870. La recevabilité dans l'intention du législateur.** – La première guerre mondiale charrie avec elle la première politique de révision collective des naturalisations. C'est alors la peur des « espions » allemands qui dicte au législateur un mécanisme particulier de retrait de nationalité sur un fondement ultra-discrétionnaire consacré à l'article 2 de la loi du 7 avril 1915 : « Seront révisées toutes les naturalisations accordées postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1913 à des sujets ou anciens sujets de puissances en guerre avec la France. »<sup>2727</sup> Après la publication d'un état nominatif de l'ensemble des naturalisations, celles jugées « dignes » sont maintenues par décision motivée et publiée au *Journal officiel*, toutes les autres font l'objet d'un retrait par décret qui n'exprime aucun motif (voy. *supra* n° 424 s.). C'est étonnamment le régime juridictionnel de ces décrets qui inaugure le traitement contentieux de la nationalité devant le Conseil d'État.

**871.** La recevabilité n'est pas consacrée dans la loi elle-même – comme c'est le cas pour les mesures de déchéance de l'article premier de la même loi (voy. *infra* n° 926 s.). En revanche, il se déduit des travaux parlementaires que le législateur envisageait une recevabilité *a minima* du recours formé contre les mesures de retrait issues de la révision collective. Cet argument est paradoxalement livré par les opposants au texte. Ceux-ci relèvent que le pouvoir conféré au gouvernement possède une nature quasi-arbitraire en ce qu'il n'établit aucun motif conditionnant la révision de la naturalisation. Ces députés indiquent en revanche que le recours devant le Conseil d'État sera possible pour contrôler les éléments formels et procéduraux du décret de retrait. Ce faisant, et même si cet argument sert initialement de critique du dispositif législatif, l'opposition parlementaire, qui n'est pas démentie par d'autres orateurs, indique clairement l'intention législative d'ouvrir la voie du recours contentieux. Les propos du député Ernest Lafont sont à ce titre particulièrement révélateurs :

« Pour les autres, pour ceux qui perdent cette nationalité, qui la perdront pour le fait immédiat du décret, mais par la cause de la loi qui dénaturalise en bloc, pour ceux-là, pas de recours possible. Il y a aura, en effet, un décret, en quelque sorte de forme, qui, par un acte souverain du pouvoir, par un acte arbitraire au véritable sens du mot, leur enlèvera leur nationalité, sans avoir à justifier des raisons du retrait. Il n'y aura donc aucun moyen de former et de soutenir un recours devant le conseil d'État, pour prétendre que c'est à tort qu'on les a frappés. Dans un cas très spécial, *il y aura peut-être un recours possible*, c'est lorsqu'on aura fait erreur sur la date véritable de la naturalisation. (...) En tout cas une erreur matérielle qui est bien improbable. Mais chaque fois qu'il y aura seulement erreur de fait, erreur sur le caractère véritable

---

<sup>2727</sup> Loi du 7 avril 1915 autorisant le Gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France, in JORF, 8 avril 1915, p. 1948.

de la naturalisation et la sincérité du naturalisé, ce dernier perdra la nationalité française sans espoir et sans retour. »<sup>2728</sup> (nous soulignons)

Ce que Lafont dénonce ici, c'est l'impossibilité pour le Conseil d'État d'opérer un contrôle des motifs du décret de retrait. En revanche, il mentionne bien de manière indirecte la possibilité de faire un recours pour une « erreur matérielle », ce qui implique l'idée d'un contrôle certes purement formel, mais tout de même d'un contrôle. Les travaux préparatoires fixent une certaine intentionnalité du législateur, celle de considérer que rien ne s'oppose à la recevabilité d'un recours en excès de pouvoir contre un décret de retrait, pourtant frappé au plus haut degré du sceau de la souveraineté.

**872. La recevabilité dans la jurisprudence du Conseil d'État.** – Le Conseil d'État va suivre cette interprétation. Le juge établit dans une formule de principe à l'occasion de deux décisions *Dreifuss* et *Lévi* du 7 juillet 1916 qu'« il résulte de la comparaison de l'art. 2 précité avec l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 avr. 1915 et aussi bien des débats qui ont eu lieu dans les chambres législatives à l'occasion de l'élaboration de la loi, que le législateur a entendu laisser à l'appréciation du Gouvernement seul le soin de décider souverainement quelles sont celles des naturalisations postérieures au 1<sup>er</sup> janvier 1913 qui seront maintenues et celles qui seront rapportées ; que, par suite, le sieur Dreifuss n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'État l'opportunité de la mesure prise à son égard ; ... (Rejet) »<sup>2729</sup>. Ce que le Conseil d'État juge ici, c'est que le moyen tiré de l'inopportunité de la mesure est irrecevable, mais le juge se garde bien de dire que le recours en lui-même est irrecevable. Le terme d'irrecevabilité paraît même plutôt mal choisi, on dirait aujourd'hui davantage que le moyen tiré de l'inopportunité de la mesure est « inopérant » plutôt qu'« irrecevable ». En effet, un moyen est inopérant s'il est « sans aucune influence possible sur la solution du litige dans lequel il a été soulevé. »<sup>2730</sup> Or, ici, le gouvernement révisant discrétionnairement – « souverainement » pour reprendre les termes du Conseil d'État – les naturalisations, sans indication aucune du législateur, la discussion au fond par le requérant sur le choix opéré ne peut produire aucun effet sur la légalité du

---

<sup>2728</sup> JORF, Débats parlementaires, Chambre des Députés, 2 avril 1915, p. 547.

<sup>2729</sup> CE, 7 juillet 1916, n° 60.033, *Dreifuss* (1<sup>ère</sup> espèce), et n° 60.039, *Lévi dit Max*. (2<sup>ème</sup> espèce), Lebon p. 278-279 ; CE, 16 février 1917, n° 59.931, *Époux Mayer*, Lebon p. 171 ; CE, 21 novembre 1919, n° 60.942, *Musch*, Lebon p. 845-846 ; CE, 19 décembre 1919, n° 59.985, *Meyer*, Lebon p. 943 ; CE, 10 juin 1921, n° 69.026 et 69.027, *Époux Diem*, Lebon p. 571.

<sup>2730</sup> Raymond Odent, *Contentieux administratif* (1980), vol. I, Paris, Dalloz, 2007, p. 954.

décret attaqué. En cela, le moyen tiré de l'inopportunité est inopérant<sup>2731</sup>, mais le recours demeure recevable.

**873.** La défense contentieuse du gouvernement permet de s'en convaincre. Celui-ci soutient que le recours doit être rejeté car « le requérant n'invoque ni l'inobservation des formalités légales ou réglementaires, ni la violation de la loi ». Implicitement donc, le gouvernement reconnaît la recevabilité des moyens issus de la légalité externe de l'acte, ou de la violation directe de la loi. Comme le note Julien Laferrière, « L'on sait la facilité avec laquelle l'Administration se réclame de la théorie des actes de gouvernement »<sup>2732</sup>, il est dès lors « caractéristique »<sup>2733</sup> que le gouvernement ne s'en réclame pas ici pour au contraire accepter l'examen contentieux. D'ailleurs, dans ce contentieux, le Conseil d'État s'assure par exemple dans l'affaire *Dreifuss* que la naturalisation a bien été prononcée postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1913<sup>2734</sup>, condition fixée par la loi, ou considère plus généralement dans l'affaire *Lévi* que le décret de retrait « n'a violé aucun texte de loi ou de règlement »<sup>2735</sup>. Dans l'affaire *Époux Meyers* rendue le 10 août 1918, le Conseil d'État considère qu'il « résulte de l'instruction » que la naturalisation est bien postérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1913, et que l'intéressé a bien été porté à « l'état nominatif » prévu par la loi ; il en déduit que le retrait a été prononcé « dans les délais et selon les formes prévues par la législation »<sup>2736</sup>. Dans le même sens, le Conseil d'État vérifie bien dans l'affaire *Époux Diem* rendue le 10 juin 1921 que l'intéressé a bien été porté à l'état nominatif prévu par la loi du 7 avril 1915, « seule formalité édictée »<sup>2737</sup> – la décision est d'ailleurs fichée sur l'« absence de vice de forme ». Le Conseil d'État rappelle toutefois à chaque espèce que le contrôle de l'opportunité ne saurait faire l'objet d'une discussion contentieuse<sup>2738</sup>. L'ensemble montre bien que la recevabilité du recours est consacrée.

**874.** Hauriou, dans sa note sur les premières affaires *Dreifuss* et *Lévi*, relève d'entrée que le Conseil d'État est ici « aux prises avec des questions nouvelles, surtout quand elles soulèvent, comme celle-ci, la difficulté du pouvoir discrétionnaire de l'administration. »<sup>2739</sup> Il note en les

---

<sup>2731</sup> Pour des développements généraux sur les liens entre inopérance, irrecevabilité et opportunité, voy. Florian Poulet, *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, thèse, Paris, 2014, p. 185-189.

<sup>2732</sup> Julien Laferrière, « Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité », *Revue de droit international privé*, 1924, vol. 19, p. 172.

<sup>2733</sup> Ibid.

<sup>2734</sup> CE, 7 juillet 1916, n° 60.033, *Dreifuss*, Lebon p. 278.

<sup>2735</sup> CE, 7 juillet 1916, n° 60.039, *Lévi dit Max*, Lebon p. 279.

<sup>2736</sup> CE, 10 août 1918, n° 60334, *Époux Meyers*, Lebon p. 860.

<sup>2737</sup> CE, 10 juin 1921, n° 69.026 et 69.027, *Époux Diem*, Lebon p. 571.

<sup>2738</sup> En sus des décisions déjà citées, voy. CE, 16 février 1917, n° 59.931, *Époux Mayer*, Lebon p. 171 ; CE, 21 novembre 1919, n° 60.942, *Musch*, Lebon p. 845-846 ; CE, 19 décembre 1919, n° 59.985, *Meyer*, Lebon p. 943.

<sup>2739</sup> Maurice Hauriou, note sous CE, 7 juillet 1916, *Dreifuss* et *Lévi*, S., 1917, III., p. 41.

approuvant que ces deux décisions, en écartant l'irrecevabilité du recours, rejettent implicitement la théorie des actes de juridiction gracieuse. L'auteur remarque encore que, nonobstant leur nature discrétionnaire, le Conseil d'État doit être approuvé dans son contrôle *au fond* des recours : « si l'on devait déclarer le recours contentieux non recevable contre tous [les actes de l'administration], autant vaudrait supprimer le recours pour excès de pouvoir. »<sup>2740</sup> Commentant plus loin l'attitude du juge, Hauriou note que « bien que le juge respecte en principe le pouvoir discrétionnaire, et qu'il déclare ne pas pouvoir laisser discuter au contentieux l'opportunité de la mesure, il annule l'acte s'il estime que le pouvoir discrétionnaire, indépendamment de la question d'opportunité, ne s'est pas astreint à l'observation, soit de la loi, soit de certaines règles de moralité. »<sup>2741</sup> L'auteur parle encore d'« appréciation formelle de la conduite du pouvoir discrétionnaire »<sup>2742</sup>. Pour Hauriou, suivant une image plutôt éclairante, le Conseil d'État « affirm[e], camp[e] et cantonn[e] » le pouvoir discrétionnaire, et après « en faire le tour pour voir si rien ne dépasse l'alignement. »<sup>2743</sup> Quel résultat pour une telle méthode ? « Quatre-vingt-dix-neuf fois sur cent, le pouvoir discrétionnaire sortira victorieux de ce passage au crible ; une fois sur cent, il sera pris en faute. Cela suffit pour l'exemple. »<sup>2744</sup> On constate donc bien que la première guerre mondiale, assez paradoxalement, marque l'apparition d'un « contentieux de la nationalité » devant le Conseil d'État. Cet épisode produit un effet d'entraînement à l'égard de la naturalisation, le juge étendant rapidement sa jurisprudence sur la recevabilité à cette mesure.

---

<sup>2740</sup> *Ibid.*

<sup>2741</sup> *Ibid.*, p. 42. Pour l'auteur, les questions générales de moralité renvoient en contentieux au détournement de pouvoir. Duguit suit son analyse et considère implicitement que le détournement de pouvoir pouvait être invoqué au support d'un recours contre un décret de retrait de naturalisation. Voy. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, Paris, Boccard, 1928, 3<sup>ème</sup> éd., p. 388-389 : « Assurément, il y a des actes, et celui dont il s'agit en est un, à l'occasion desquels l'agent public peut apprécier discrétionnairement l'opportunité. (...) Mais jamais celui-ci ne peut avoir un pouvoir d'appréciation discrétionnaire illimité. (...) En d'autres termes, pour être régulier, le retrait de la naturalisation doit toujours être déterminé par un but de service public. Voilà l'essentiel. Mais quand il est déterminé par un pareil but le gouvernement peut apprécier discrétionnairement les faits. »

<sup>2742</sup> Maurice Hauriou, note sous CE, 7 juillet 1916, *Dreifuss et Lévi, S.*, 1917, III., p. 42.

<sup>2743</sup> *Ibid.* Une autre métaphore, celle du « cercle », utilisée par Julien Laferrière, « Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité », *op. cit.*, p. 173-174 : « Si largement que la loi définit la compétence d'un agent en lui laissant la latitude, suivant son appréciation souveraine des circonstances de fait, de faire un acte ou de ne pas le faire, ou de le faire de plusieurs façons différentes, toujours elle subordonne l'exercice de cette compétence à certaines conditions que l'agent ne peut méconnaître sans faire un acte nul. Ces conditions peuvent être peu nombreuses ; jamais elles ne se réduisent à zéro. Elles déterminent un cercle à l'intérieur duquel le pouvoir discrétionnaire peut s'exercer, mais dans lequel il est renfermé. La question de savoir si ces limites ont été dépassées peut toujours se poser, et c'est là une question de légalité qui relève du contrôle des tribunaux. »

<sup>2744</sup> Maurice Hauriou, note sous CE, 7 juillet 1916, *Dreifuss et Lévi, S.*, 1917, III., p. 42.

## 2. L'extension rapide de la jurisprudence sur la recevabilité à la naturalisation

**875. La recevabilité *a minima* du recours en matière de naturalisation.** – En 1922, quelques années après les premières décisions en matière de retrait, le Conseil d'État adopte une position de principe quant à la naturalisation<sup>2745</sup>. Dans une affaire *Bonnet* rendue le 21 juillet 1922, le requérant défère à l'examen du juge administratif le refus de naturalisation dont il a fait l'objet. Sans surprise, face au régime ultra-discrétionnaire de la naturalisation, le Conseil d'État reprend la même solution qu'en matière de retrait : « Considérant que le ministre de la justice, qui n'était tenu d'invoquer aucun motif à l'appui de sa décision, a rejeté purement et simplement la demande de naturalisation présentée par le sieur Bonnet ; que celui-ci n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'État l'opportunité de ladite décision »<sup>2746</sup>. La solution est confirmée dans les années 1930<sup>2747</sup>, puis constante jusque dans les années 1960<sup>2748</sup> (voy. *infra* n° 977 s. pour l'abandon de cette mention). Puisque les termes choisis sont identiques à ceux du contentieux des décrets de retrait, il s'en déduit sans doute possible que le Conseil d'État consacre ici la recevabilité du recours formé contre un refus de naturalisation, mais que la discussion contentieuse de l'opportunité n'est toutefois pas « recevable ». La formule demeure il est vrai un peu ambiguë. Quelques auteurs vont même en déduire à tort l'irrecevabilité du recours formé contre un refus de naturalisation.

**876.** Commentant l'affaire *Bonnet*, Jean-Paulin Niboyet pose clairement la question de la recevabilité du recours : « L'intéressé pourrait-il saisir le Conseil d'État de son recours ? C'est justement sur ce point qu'est intervenu notre arrêt, *supra* rapporté, du 21 juillet 1922. Il décide avec raison que le pourvoi n'est pas recevable, le garde des Sceaux pouvant toujours rejeter une demande de naturalisation sans avoir à en donner de motif. Et puisqu'il en est ainsi, on ne peut rechercher la cause pour laquelle ce rejet est intervenu. »<sup>2749</sup> Cette opinion est reprise par Pierre Louis-Lucas qui écrit en 1929 :

« La demande [de naturalisation] étant repoussée, il faut décider qu'aucun recours n'est possible contre cette décision, puisque la naturalisation est une pure faveur, que le gouvernement

<sup>2745</sup> Voy. déjà l'occasion manquée de la décision CE, 7 août 1900, n° 93320, *Dame veuve Bacro*, Lebon p. 561, dans laquelle le Conseil d'État rejette pour défaut d'intérêt à agir le recours contre un refus de naturalisation au motif que la requérante disposait d'une voie d'acquisition de la nationalité de droit qu'elle pouvait actionner devant les tribunaux – il s'agit d'une sorte d'exception de recours parallèle.

<sup>2746</sup> CE, 21 juillet 1922, n° 72050, *Sieur Bonnet*, Lebon p. 647.

<sup>2747</sup> Voy. CE, 4 décembre 1935, n° 48734, *Sieur Todorowsky*, Lebon p. 1132 ; CE, 1/2 srr, 6 avril 1935, n° 41195, *Sieur d'Acunto*, Lebon p. 461.

<sup>2748</sup> Voy. CE, 31 octobre 1952, n° 17940, *Sieur Fischer*, Lebon p. 481 ; CE, 9 novembre 1954, n° 6374, *Keni*, Lebon tables p. 793 ; CE, section, 17 juin 1966, n° 65959, *Sieur Fari*, Lebon p. 493.

<sup>2749</sup> Jean-Paulin Niboyet, note sous CE, 21 juillet 1922, *Bonnet*, *Revue de droit international privé*, 1922, vol. 18, p. 323.



peut accorder ou refuser à son gré et sans avoir de justification à fournir. On concevait, cependant, que, lorsque c'est pour illégalité que la demande est repoussée, l'intéressé soit admis à démontrer qu'il était en réalité qualifié pour acquérir la nationalité française par voie de naturalisation. Craignant, sans doute, les complications qu'entraîneraient les litiges qui viendraient à naître, et entendant maintenir absolument intact le pouvoir de décision du gouvernement, notre droit n'a pas accordé cette faculté au candidat écarté ; et c'est ce que reconnaît très généralement la jurisprudence. »<sup>2750</sup>

L'opinion de Louis-Lucas n'est cependant pas issue de la jurisprudence, mais plutôt calquée sur Niboyet, auquel il renvoie en note. Ces auteurs méconnaissent en réalité le sens de l'affaire *Bonnet*, qui, à l'instar des décrets de retrait de la loi de 1915, relève l'inopérance de la discussion sur l'opportunité, mais consacre clairement la recevabilité du recours<sup>2751</sup>. Les écrits de Maury, qui perçoit mieux la nuance, confirment cette analyse : « La discussion de l'opportunité [du rejet] est (...) impossible ; seule peut être mise en cause sa légalité »<sup>2752</sup>. Julien Laferrière écrit encore sur le fondement de cette affaire que « le décret de naturalisation relève indiscutablement du contrôle des tribunaux, car il s'agit de l'apprécier, non pas au point de vue de son opportunité, mais à celui de sa légalité. »<sup>2753</sup> Surtout, cette solution est confirmée par un arrêt d'espèce *Nguyen Van Jiap*, non fiché aux tables annuelles, rendu le 23 juin 1916 par le Conseil d'État. Dans cette affaire, le requérant, caporal au 1<sup>er</sup> régiment étranger, demande la naturalisation en se fondant sur les dispositions plus favorables du sénatus-consulte du 14 juillet 1865 sur la naturalisation en Algérie puisque son régiment était affecté sur ce territoire. Or, le Conseil d'État juge au fond que « le requérant, quoique faisant partie d'un régiment dont la portion centrale est en Algérie, ne servait pas en Algérie ; que dans ces conditions, il ne peut soutenir que sa demande de naturalisation devait être instruite en tenant compte des conditions posées par le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 »<sup>2754</sup>. Dès 1916 donc, le Conseil admet la recevabilité du recours contre un refus de naturalisation, et examine au fond les conditions légales d'examen de la demande, ce qui démontre encore la recevabilité générale du recours, confirmée dans

---

<sup>2750</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française*, Paris, Sirey, 1929, p. 164.

<sup>2751</sup> Dans le même sens, Julien Laferrière, « Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité », *op. cit.*, p. 177, relève qu'« [il semble] régner à cet égard quelque incertitude chez les auteurs qui se sont occupés de la question et qui nous paraissent ne pas attribuer aux décisions du Conseil d'État la portée absolument nette qu'elles présentent en réalité. » L'auteur note plus loin que Niboyet a « mal [compris] » l'arrêt *Bonnet* (*ibid.*, p. 179).

<sup>2752</sup> Jacques Maury, « Nationalité (en France) », *op. cit.*, n° 410, p. 424. Le même auteur précise encore de manière générale : « Il paraît à peu près certain, en théorie, que les décrets de naturalisation ne doivent pas échapper au contrôle de leur légalité par les tribunaux. » (*ibid.*, n° 409, p. 423).

<sup>2753</sup> Julien Laferrière, « Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité », *op. cit.*, p. 175. Le même auteur considère d'ailleurs que le détournement de pouvoir est lui-même recevable (*ibid.*, p. 176).

<sup>2754</sup> CE, 23 juin 1916, n° 59173, *Nguyen Van Jiap*, Lebon p. 242.

l'arrêt *Bonner* de 1922, qui aura cette fois l'honneur et la publicité du fichage aux tables annuelles du *Lebon*. La question de la recevabilité étant tranchée, il convient désormais de s'intéresser au développement du contrôle des motifs.

## B. Le développement du contrôle des motifs

877. L'on a compris dès la première guerre mondiale que la recevabilité des mesures en droit de la nationalité ne poserait pas de difficultés, quand bien même elle serait l'émanation d'un pouvoir discrétionnaire. Un contrôle de la légalité externe se fait jour. Du coup, l'enjeu n'est pas celui de la recevabilité, mais celui du contrôle des motifs, c'est-à-dire de l'appréciation par le juge des circonstances de fait et de droit qui ont conduit l'administration à adopter une décision. Or, en l'espèce, deux contrôles particuliers, qu'on qualifie aujourd'hui volontiers d'« invariants »<sup>2755</sup> ou de « constants »<sup>2756</sup>, c'est-à-dire systématiquement mis en œuvre par le juge<sup>2757</sup>, ont mis quelques temps à être réceptionnés par le juge, notamment en raison du caractère particulier et discrétionnaire des mesures en droit de la nationalité : l'exactitude matérielle des faits (1) et l'erreur de droit (2).

### 1. Le contrôle d'un motif de fait : l'inexactitude matérielle

878. **Le développement du contrôle de l'exactitude matérielle.** – Le contrôle de l'inexactitude matérielle est « chose assez nouvelle »<sup>2758</sup> au début du XXe siècle selon les mots de Roger Bonnard. Le développement de ce cas d'ouverture inscrit dans le contrôle des motifs de fait est pourtant capital, il conduit le juge à s'autoriser à vérifier l'exactitude des faits qui fondent la décision. Si cela paraît aujourd'hui particulièrement évident, jusqu'au début du XXe siècle, ce contrôle n'était toutefois pas acquis. C'est la célèbre décision *Camino* rendue par le Conseil d'État le 14 janvier 1916 qui vient consacrer la possibilité d'un tel contrôle, déjà émergent à cette époque<sup>2759</sup> : « Cons. que si le Conseil d'État ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient (...) de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures »<sup>2760</sup>. Le Conseil d'État rompt alors avec la double idée que « l'administration était seule compétente pour examiner la matérialité

---

<sup>2755</sup> Pierre-Laurent Frier, « Motifs : contrôle », *op. cit.*, § 8.

<sup>2756</sup> Fabrice Melleray, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *op. cit.*, § 11.

<sup>2757</sup> À la condition que le requérant forme des moyens en ce sens, ou que le juge soulève les moyens d'office.

<sup>2758</sup> Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaires des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *op. cit.*, p. 373.

<sup>2759</sup> Voy. Gaston Jèze, « De l'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir », *Revue du droit public*, 1911, vol. 28, p. 286-291.

<sup>2760</sup> CE, 14 janvier 1916, nos 59619 et 59679, *Camino*, *Lebon* p. 15.

des faits, le juge n'ayant pas à se substituer à elle dans cet examen » et que « la légalité englobait exclusivement des questions de droit, dans lesquelles l'existence des faits n'a aucun rôle. »<sup>2761</sup> Cette jurisprudence est lentement réceptionnée en droit de la nationalité.

**879.** Cette réception s'amorce toutefois difficilement. Dans une affaire *Vandendriessche* rendue le 5 mai 1922 en matière de décret d'opposition à l'acquisition pour indignité, le Conseil d'État juge « qu'il [ne lui] appartient pas (...) d'apprécier les raisons de fait qui ont entraîné le refus de l'enregistrement de la déclaration du requérant »<sup>2762</sup>. Cette position très en recul par rapport à la décision *Camino* montre bien le statut particulier de la nationalité et les égards dont bénéficient encore l'administration en la matière, celle-ci conservant l'exclusivité de l'établissement des faits. En réalité, il faut attendre la fin de la seconde guerre mondiale pour que se développe dans l'ensemble du contentieux de la nationalité le contrôle de l'exactitude matérielle. En matière de retrait de nationalité d'abord, une affaire *Grandi* rendue le 4 mai 1951 est l'occasion pour le Conseil d'État d'affirmer de manière caractéristique qu'« il n'est pas établi que le décret attaque repose sur des faits matériellement inexacts »<sup>2763</sup>. Une année plus tard, cette jurisprudence est étendue à la déchéance de nationalité à l'occasion d'une décision *Époux Pinton* rendue le 10 décembre 1952 : « il ne résulte pas de l'instruction que les faits retenus à leur charge soient matériellement inexacts »<sup>2764</sup>. En matière de libération d'office ensuite de la nationalité, la décision de principe intervient le 8 décembre 1965 à l'occasion d'une affaire *Wehrlin*, le Conseil d'État mentionnant que « l'inexactitude matérielle n'est pas établie »<sup>2765</sup>. Dans le contentieux de l'opposition à acquisition, le Conseil d'État revire officiellement la position établie dans l'arrêt *Vandendriessche* de 1922 à l'occasion d'une affaire *Sirat* rendue le 18 avril 1969 : « Cons. qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les faits susrappelés soient entachés d'inexactitude matérielle »<sup>2766</sup>. Enfin, dans le contentieux de la naturalisation, c'est à l'occasion de l'affaire *Carjaville* successivement jugée par le tribunal administratif de Paris le 22 juin 1982 et le Conseil d'État le 27 mai 1983 que le juge consacre l'existence d'un contrôle de l'exactitude matérielle : le tribunal indique dans une formule de principe qu'il contrôle notamment si les décisions « ne sont pas entachées d'inexactitude matérielle »<sup>2767</sup>, tandis que le

---

<sup>2761</sup> Pierre Delvolvé, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant et Bruno Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2017, 21<sup>ème</sup> éd., p. 171.

<sup>2762</sup> CE, 5 mai 1922, n<sup>os</sup> 72323 et 73320, *Vandendriessche*, Lebon p. 402.

<sup>2763</sup> CE, 4 mai 1951, n<sup>o</sup> 99206, *Sieur Grandi*, Lebon p. 244. Voy. également CE, section, 28 janvier 1966, n<sup>o</sup> 64029, *Dame Caironi*, Lebon p. 67.

<sup>2764</sup> CE, 10 décembre 1952, n<sup>o</sup> 16669, *Epoux Pinton*, Lebon p. 565.

<sup>2765</sup> CE, 8 décembre 1965, n<sup>o</sup> 63276, *Wehrlin*, Lebon p. 673.

<sup>2766</sup> CE, 18 avril 1969, n<sup>o</sup> 72287, *Sieur Sirat*, Lebon p. 206.

<sup>2767</sup> TA Paris, 22 juin 1982, *M. et Mme Carjaville*, Lebon p. 485.

Conseil d'État statuant en appel précise plus généralement qu'il lui appartient de vérifier que les décisions ne sont pas entachées d'« erreur de fait »<sup>2768</sup>.

**880.** On voit donc bien au fil de ces décisions que le contrôle de l'exactitude matérielle des faits est devenu un invariant du contrôle de légalité du juge administratif en matière de nationalité. Les hésitations dont rend compte la jurisprudence de l'entre-deux-guerres montrent bien que le contrôle de l'exactitude matérielle manifeste un approfondissement certain du contrôle, d'une volonté de ne plus laisser l'autorité publique seule juge de l'établissement des faits. Le contrôle de l'erreur de droit suit la même dynamique.

## **2. Le contrôle d'un motif de droit : l'erreur de droit**

**881. Le développement du contrôle de l'erreur de droit.** – Avant de revenir en détail sur quelques séries jurisprudentielles fondées sur l'erreur de droit (voy. *infra* n° 884 s.), il faut dire un mot de sa réception générale dans le contentieux de la nationalité, c'est-à-dire son caractère invariant. À la différence de l'inexactitude matérielle, le contrôle de l'erreur de droit n'a jamais fait l'objet d'une série de décisions de principe. La définition de l'erreur de droit est en effet très générale : lorsque l'autorité publique commet une erreur de droit, « le motif de droit choisi est exact (...) mais l'administration lui donne un sens ou une portée erronés. »<sup>2769</sup> Autrement dit, lorsque par exemple l'administration édicte et retient des critères qui ne sont pas prévus par le texte dont il est fait application, elle commet une erreur de droit – on retient souvent l'exemple de l'arrêt *Barel*<sup>2770</sup> où le Conseil d'État juge que l'administration a commis une erreur de droit en retenant le critère des opinions politiques pour admettre des candidats à concourir. Pour Auby et Drago, l'erreur de droit apparaît implicitement dès le XIXe siècle, mais le contrôle se formalise surtout dans le premier XXe siècle<sup>2771</sup>. En droit de la nationalité, Julien Laferrière considère justement à cette période que l'erreur de droit est applicable à ce contentieux : « quand on dit que les motifs à raison desquels l'Administration a pris une décision relevant de son pouvoir discrétionnaire échappent au contrôle des tribunaux, cela doit s'entendre des motifs d'opportunité et non des motifs de droit. »<sup>2772</sup> Ainsi, « la question de savoir

---

<sup>2768</sup> CE, 27 mai 1983, n° 45690, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c. M. et Mme Carjaille*, Lebon p. 219. Voy. également CE, 26 février 1988, n° 71716, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ Shaukat*, Lebon tables p. 784 (sur ce point), pour un exemple d'annulation sur le fondement d'une inexactitude matérielle (la décision administrative relève que la femme et les enfants du demandeur à la naturalisation ne sont pas présents en France, alors que ceux-ci étaient entrés sur le territoire national au moment de la décision).

<sup>2769</sup> Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, vol. II, *op. cit.*, n° 1271, p. 387.

<sup>2770</sup> CE, ass., 28 mai 1954, n° 28238, *Barel*, Lebon p. 308 :

<sup>2771</sup> Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, vol. II, *op. cit.*, n° 1271, p. 387.

<sup>2772</sup> Julien Laferrière, « Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité », *op. cit.*, p. 176.

si elle a bien interprété la loi qu'elle invoque fournit matière à un débat contentieux »<sup>2773</sup>, et l'« erreur de droit »<sup>2774</sup> peut être relevée. Pour autant, à l'instar de l'exactitude matérielle, il faut attendre la fin de la seconde guerre mondiale et le second XXe siècle pour voir ce cas d'ouverture se généraliser. On reviendra plus en détail *infra* sur deux cas d'erreur de droit qui ont largement structuré le contentieux de la nationalité : la prise en compte de l'état de santé en matière d'acquisition (cf. n° 885 s.) et le caractère individuel en matière de perte (cf. n° 904 s.). Pour le moment, l'on s'en tient à un panorama jurisprudentiel rendant compte du développement de ce contrôle dans le contentieux de la nationalité.

**882.** En matière de naturalisation, c'est toujours à l'occasion de l'affaire *Carjaville* successivement jugée par le tribunal administratif de Paris le 22 juin 1982<sup>2775</sup> et le Conseil d'État le 27 mai 1983<sup>2776</sup> que la juridiction administrative retient dans une formule de principe que l'erreur de droit est applicable à ce contentieux, sans en faire application en l'espèce. En matière de réintégration, le Conseil d'État réceptionne sans surprise la même jurisprudence, et juge à l'occasion d'une affaire *Benyoucef* rendue le 25 juillet 1986<sup>2777</sup> que le ministre peut, sans commettre une erreur de droit, apprécier en opportunité une demande de réintégration en se fondant sur des éléments déjà appréciés au stade de la recevabilité, en l'espèce la condition d'assimilation. Dans le contentieux de la libération des liens d'allégeance à l'initiative de l'individu, une affaire *Époux Djebbar* rendue le même jour en section a encore consacré le contrôle de l'erreur de droit, le juge considérant que l'administration n'en a justement pas commise en refusant la libération des liens de nationalité à des individus qui « n'envisagent pas de quitter la France »<sup>2778</sup>. Enfin, dans le contentieux de l'opposition à acquisition, le Conseil d'État juge dans une décision *Merturi* du 16 juin 1995<sup>2779</sup> que l'administration ne commet pas d'erreur de droit lorsqu'elle se fonde sur des faits de nature pénale – mais n'ayant pas conduit à une condamnation – pour adopter un décret d'opposition pour indignité. La solution est logique puisque la notion générale d'« indignité » ne saurait renvoyer au seul champ du droit pénal. Ici encore,

---

<sup>2773</sup> *Ibid.*

<sup>2774</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>2775</sup> TA Paris, 22 juin 1982, *M. et Mme Carjaville*, Lebon p. 485.

<sup>2776</sup> CE, 27 mai 1983, n° 45690, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c. M. et Mme Carjaville*, Lebon p. 219.

<sup>2777</sup> CE, 25 juillet 1986, n° 64741, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Mlle Benyoucef*, Lebon p. 209.

<sup>2778</sup> CE, section, 25 juillet 1986, n° 55135, *Époux Djebbar*, Lebon p. 214.

<sup>2779</sup> CE, 16 juin 1995, n° 133838, *Merturi*, Lebon tables p. 786 (sur ce point).

on constate que le second invariant du contrôle des motifs – l’erreur de droit – est bien réceptionné par le juge administratif, même si la dynamique est plus tardive que pour l’exactitude matérielle.

\*

**883. Conclusion de section : l’émergence d’un « contentieux » de la nationalité.** – Le contrôle juridictionnel est la condition nécessaire pour faire reculer le pouvoir discrétionnaire de l’autorité publique en droit de la nationalité. Sans cela, la liberté du gouvernement et de l’administration demeure totale. La recevabilité n’avait toutefois rien d’évident. La nature discrétionnaire de la nationalité, le caractère « souverain » d’une décision émanant du gouvernement, auraient longtemps pu faire obstacle au contrôle du juge. Il n’en sera rien. La première guerre mondiale et sa législation sur le retrait de la nationalité permet paradoxalement au législateur et au juge d’affirmer l’importance de la nationalité, son caractère fondamental, qui implique nécessairement une protection juridictionnelle. Ce pas franchi, la recevabilité a pu s’étendre vers l’ensemble du contentieux, et notamment celui très emblématique du refus de naturalisation. Le contrôle des motifs « invariants » que sont en particulier l’exactitude matérielle et l’erreur de droit n’a toutefois pas été instantané et il faut attendre le second XXe siècle pour que ces motifs de fait et de droit s’inscrivent dans l’office du juge de l’excès de pouvoir en contentieux de la nationalité. Mais si la recevabilité est la condition *nécessaire* du recul de la discrétionnarité, elle n’est pas pour autant *suffisante*. Il faut pour cela que le contrôle du juge fixe concrètement des limites au pouvoir de l’administration, que la jurisprudence réduise en pratique la marge d’appréciation discrétionnaire de l’autorité publique. Pour parachever l’étude du contrôle invariant du juge administratif, il convient donc d’étudier en détail l’usage de l’erreur de droit, un motif de droit potentiellement très contraignant pour l’administration et son pouvoir discrétionnaire. Justement, plusieurs séries jurisprudentielles relative à l’état de santé en matière d’acquisition, ou à l’individualisation de la mesure en matière de perte, font usage de l’erreur de droit et encadrent ainsi particulièrement les prérogatives de l’administration – ce qui conduit *in fine* à un fort recul du pouvoir discrétionnaire de l’autorité publique.

### ***Section 2. Le recul du pouvoir discrétionnaire par le contrôle de l’erreur de droit***

**884.** Lorsque l’administration exerce une prérogative discrétionnaire, elle décide en opportunité de choisir, parmi une pluralité de décisions légales, l’une d’entre elles. La reconnaissance de l’erreur de droit devient alors un outil capital dans l’encadrement du pouvoir discrétionnaire.

En effet, la reconnaissance de l'illégitimité d'un motif de droit invoqué par l'administration par le biais de l'erreur de droit conduit à réduire pour l'avenir l'étendue des décisions légales parmi lesquelles l'autorité publique est appelée à choisir. Comme le note Raymond Odent :

« Une décision administrative fondée sur un motif juridiquement erroné est entachée d'excès de pouvoir. La notion d'erreur de droit a permis de soumettre au contrôle juridictionnel de légalité les actes jadis qualifiés de discrétionnaires. Discrétionnaire n'est pas synonyme d'arbitraire et une autorité qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire ne peut en user que pour des motifs légitimes, c'est-à-dire juridiquement fondés. »<sup>2780</sup>

Comment percevoir ce phénomène de recul du pouvoir discrétionnaire en droit de la nationalité ? Il faut pour cela inscrire l'analyse sur le temps long, et avoir une approche thématique de la matière. Deux « terrains » illustrent ainsi de manière pertinente le poids de l'erreur de droit dans le recul de la discrétionnarité en droit de la nationalité. Le premier est celui de l'état de santé du demandeur à la naturalisation ou à la réintégration. Le lien entre santé et nationalité est ancien ; il remonte aux années 1930 et a été consacré un temps par la législation. Or, le Conseil d'État a considéré assez récemment que l'administration ne pouvait plus se fonder sur la vieillesse, le handicap ou la maladie d'un demandeur pour refuser en opportunité sa demande d'acquisition de la nationalité, sauf à commettre une erreur de droit. Le juge a ainsi réduit de manière caractéristique la marge d'appréciation discrétionnaire de l'autorité publique (I). Le second est celui de l'extension familiale. Si le droit de la nationalité connaît de nombreuses situations où le bénéfice d'une mesure d'acquisition peut être étendu à des membres de la famille, le principe selon lequel une mesure défavorable frappant un individu pourrait s'étendre de plein droit aux membres de sa famille est plus déroutante. En effet, en matière de décision défavorable, les faits doivent normalement être directement imputables à l'intéressé, et non être étendus sur le fondement d'un lien familial. Le Conseil d'État confirme globalement cette approche et censure pour erreur de droit toute décision défavorable procédant par extension familiale. Cette jurisprudence souffre toutefois d'exceptions contestables, et l'erreur de droit pourrait encore se développer en ce domaine. Il n'empêche, il y a là-encore un terrain propice pour constater le recul sur le temps long du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique (II).

### **§ 1. La neutralisation totale du critère de l'état de santé de l'individu**

**885.** Les rapports entre état de santé et octroi de la nationalité s'inscrivent dans le temps long. Et il aura fallu attendre une jurisprudence du 11 mai 2016 pour que le Conseil d'État juge

---

<sup>2780</sup> Raymond Odent, *Contentieux administratif* (1980), vol. II, *op. cit.*, p. 516.

que la prise en compte directe ou indirecte par l'administration de l'état de santé d'un demandeur est constitutive d'une erreur de droit. Auparavant, l'administration était libre de se fonder sur le handicap, la vieillesse ou la maladie d'un individu pour faire obstacle à sa demande d'acquisition de la nationalité française. Comment cette liaison entre santé et nationalité s'est-elle construite ? Et comment le Conseil d'État a-t-il pu neutraliser une telle liaison ? Les liens entre ces deux items se sont construits dès les années 1930, sous l'influence croisée des médecins et des juristes. Rapidement consacrés dans le code de la nationalité à la Libération, ces liens vont pourtant faire l'objet d'abrogations successives, les parlementaires jugeant que l'inscription dans la loi d'un rapport entre santé et nationalité est humiliant pour les étrangers, et indigne pour la France (A). Cette politique va pourtant se maintenir, mais hors des formulations générales et impersonnelles de la loi. C'est au stade de l'appréciation en opportunité de la demande de naturalisation ou de réintégration que l'autorité publique va continuer d'opposer l'état de santé à un demandeur pour lui refuser la nationalité française. Après quelques hésitations et inflexions, le Conseil d'État jugera que la prise en compte de l'état de santé dans le cadre d'une demande d'acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique est constitutive d'une erreur de droit, réduisant ainsi la marge d'appréciation discrétionnaire de l'administration (B).

### **A. Les rapports historiques entre état de santé et naturalisation**

**886.** C'est une institution traditionnellement étrangère aux questions de nationalité, l'académie de médecine, qui propose dans les années 1930 la première que le droit de la naturalisation prenne en compte des critères relatifs à l'état de santé des postulants. Très vite, la doctrine juridique va soutenir une telle réforme, guidée par un double impératif démographique et militaire (1). Il faudra attendre la réforme par ordonnance du droit de la nationalité en 1945 pour que le gouvernement provisoire de la République française inscrive dans la loi le lien entre état de santé et acquisition de la nationalité. Ces dispositions vont toutefois apparaître « choquantes » de l'aveu même des parlementaires qui vont les supprimer progressivement par voie d'amendement (2).

#### **1. La qualité du naturalisé, un enjeu doctrinal**

**887. Les enjeux dans la doctrine « médicale ».** – Le débat est lancé en 1936 à l'académie de médecine. Un médecin, Félix Jayle, présente le 28 juillet 1936 un rapport sur la nécessité d'un examen médical complet des demandeurs à la naturalisation et de leur famille. Jayle a



enquêté auprès des candidats à la nationalité française, et il a constaté que très peu voyaient un médecin, et que les rares examens auxquels ils étaient soumis étaient peu approfondis. En particulier, « Dans aucun cas, ni l'examen radiologique, ni aucun examen sérologique n'ont été pratiqués. »<sup>2781</sup> Le médecin conclut ainsi que « les sujets tarés, syphilitiques, tuberculeux, mentaux, etc., peuvent être acceptés (...). »<sup>2782</sup> Jayle indique alors sans fard la position juridico-médicale qu'il souhaite recommander : « Autant la France, toujours accueillante, peut accorder la naturalisation à des sujets étrangers et sains, autant elle doit se garder d'incorporer définitivement des malades dont elle aura fatalement la charge, et à une époque de crise où il lui est déjà onéreux et compliqué de donner aux autochtones les soins auxquels ils ont droit. »<sup>2783</sup> On le voit donc ici, c'est la question de la « charge financière » qui est mise au premier plan par ce médecin. À la suite de cette communication, une commission est établie dont Louis Tanon, professeur à la faculté de médecine de Paris, assure le rapport. Le vœu émis par l'Académie en 1937 confirme les orientations du rapport Jayle :

« L'Académie estime que les demandes de naturalisation devraient être accompagnées d'un examen de santé complet mentionnant l'absence complète de toutes maladies ou de tares organiques et comporteraient notamment les résultats des recherches sérologiques, radiologiques, bactériologiques et mentales. Ces examens seront pratiqués par des médecins spécialisés désignés par M. le Ministre de l'Hygiène ou par des laboratoires officiels. Ils devront être exigés également pour tous les membres de la famille. »<sup>2784</sup>

Ce « vœu » est particulièrement intéressant en ce qu'il révèle l'immixtion de la prestigieuse académie de médecine dans la politique de naturalisation, loin – très loin – du domaine strictement médical. Leur but est d'assurer que les Français naturalisés soient en bonne santé pour ne pas constituer un poids pour la collectivité, ni contribuer à disséminer des maladies. Ils seront bientôt entendus.

**888.** Il y a d'ailleurs quelques similitudes entre cette proposition de l'académie et des courant d'idées liant à la même époque immigration et médecine. À la suite des travaux de René Martial, un médecin à qui Patrick Weil consacre plusieurs pages critiques<sup>2785</sup>, des « indices biochimiques » sont considérés par certains comme permettant d'établir des compatibilités entre les différents peuples, suivant des analyses principalement basées sur le groupe sanguin

---

<sup>2781</sup> Félix Jayle, « Nécessité d'un examen médical complet des candidats à la naturalisation et de leur famille », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 1936, n° 28, p. 131.

<sup>2782</sup> *Ibid.*

<sup>2783</sup> *Ibid.*

<sup>2784</sup> Louis Tanon, « Rapport sur l'examen médical des candidats à la naturalisation », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 1937, n° 3, p. 89.

<sup>2785</sup> Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, Paris, Gallimard, 2005, 2<sup>ème</sup> éd., p. 124-128.

– « Je déplore que l'on ne prenne pas, pour le croisement des humains, le même soin que l'on prend pour les animaux »<sup>2786</sup> déclarera Martial pour résumer sa pensée devant la même académie de médecine. Il n'est donc guère étonnant que lors d'une conférence que Martial donne à l'Académie en 1937, il se réfère aux travaux récents sur la naturalisation et l'état de santé :

« un nouveau groupe s'est formé, c'est celui des réfugiés russes, arméniens, grecs, italiens, ukrainiens, géorgiens, auxquels se sont joints des Allemands juifs, des Sarrois et, récemment, des Espagnols. Nous supposons que c'est sur ce groupe-là que porte le vœu de l'Académie de Médecine de faire subir à ces réfugiés un examen médical qui, selon nous, devrait être surtout sérologique afin de rechercher le groupement sanguin tout autant que les tares héréditaires ou les maladies acquises. Rappelons à cette occasion ce que M. le Dr Jayle a oublié de dire dans sa communication de 1936 que c'est nous qui avons, dès 1930, préconisé la recherche des groupes sanguins comme moyen complémentaire de sélection des immigrants. Cette recherche serait d'autant plus nécessaire que, si parmi ces réfugiés il y en a bon nombre dont l'indice bio-chimique correspond sensiblement au nôtre et est, de ce fait, facilement assimilable, il y en a d'autres dont l'indice bio-chimique est trop faible et indique avec certitude une origine asiatique dont le métissage avec le sang français est susceptible de donner de mauvais résultats héréditaires. »<sup>2787</sup>

Les travaux de Martial sont fraîchement accueillis à l'académie, on lui rétorque que le contrôle des naturalisations est une « défense sanitaire » et non un « choix de géniteurs humains »<sup>2788</sup>. Il ne faut donc pas voir dans les « recherches sérologiques » proposées par Jayle et Tanon une forme convergente d'eugénisme que défend Martial. Il n'empêche, chez les médecins, le consensus existe sur l'idée que la condition médicale doit être un critère de sélection pour la naturalisation.

**889. Les enjeux dans la doctrine juridique.** – Cette idée est vite réceptionnée par les juristes. La naturalisation est une « faveur » que l'autorité publique accorde discrétionnairement, en cela des critères forment déjà à l'époque une certaine « politique » de la naturalisation – on parle d'ailleurs au XIXe siècle de la « jurisprudence » de la Chancellerie. Dès lors, et comme l'indique Louis-Lucas, « la loi désire non seulement que l'intéressé soit digne d'être naturalisé, mais encore que sa naturalisation présente quelque avantage pour la France. »<sup>2789</sup> C'est justement dans le caractère « avantageux » de la naturalisation que se niche la prise en compte de l'état de santé. Niboyet va l'affirmer sans ambiguïté à l'occasion l'énumération des critères « qualitatifs » souhaitables en matière de naturalisation :

---

<sup>2786</sup> René Martial, « Sélection. Immigration. Naturalisation », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 1937, n° 19, p. 564.

<sup>2787</sup> *Ibid.*, p. 563.

<sup>2788</sup> Voy. les propos de Barrier qui suivent la conférence de Martial, *ibid.*, p. 564.

<sup>2789</sup> Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française, op. cit.*, p. 162.

« *Le point de vue qualitatif.* La question de la valeur des naturalisés n'a peut-être pas retenu jusqu'ici toute l'attention qu'il conviendrait. La France a besoin de la *quantité*, c'est évident, et elle ne peut se donner le luxe de se montrer d'une excessive sévérité sur la *qualité*. Toutefois une certaine politique à cet égard paraîtrait nécessaire. (...) *L'âge d'abord.* Il ne convient pas, en principe, de laisser venir des hommes âgés puisque, du point de vue démographique, ils sont sans intérêt pour nous, et risquent ensuite de tomber rapidement à la charge de la collectivité. *La santé.* Il est à peine besoin de montrer combien la santé des immigrants pour les mêmes raisons que ci-dessus devrait être surveillée. Autant ne pas les laisser venir si nous ne pouvons les supporter. »<sup>2790</sup>

La position est donc parfaitement exprimée par Niboyet dans l'entre-deux-guerres : il n'est pas souhaitable que la France naturalise des individus qui tomberaient en réalité à sa *charge*. La prise en compte de l'état de santé recouvre ainsi l'âge, la maladie, ou encore le handicap. Cette analyse s'inscrit alors dans un double enjeu. Le premier est démographique, l'entre-deux-guerres, dans la continuité de la loi de 1927, fait une place prépondérante à l'objectif d'accroître la population française. Bien souvent, le défaut de santé fait craindre l'incapacité à « donner des enfants » au pays. Le second est militaire, la montée des tensions à la fin des années 1930 fait entrer la France dans une logique de préparation à la guerre, et l'enjeu pour la naturalisation devient celui de fournir de futures recrues pour l'armée. L'aptitude et la bonne santé du soldat sont alors primordiales. Le constat doctrinal sera bientôt traduit dans la loi.

## 2. La qualité du naturalisé, un enjeu législatif et jurisprudentiel

**890. Flux et reflux législatifs de la condition de santé.** – Dès 1945, le gouvernement adopte par ordonnance des dispositions qui placent l'état de santé parmi les critères de sélection des futurs Français, suivant en cela les vœux formés par l'académie de médecine. Au fil des réformes, toutefois, la gêne du Parlement est palpable à l'égard de conditions jugées indécentes ou humiliantes pour les étrangers. Des amendements parlementaires successifs vont donc faire disparaître progressivement de la législation une telle condition, qui sera cependant maintenue dans les usages administratifs relatifs à la naturalisation.

**891.** L'état de santé devient un critère de sélection des nationaux dès la fin de la seconde guerre mondiale. L'adoption de l'ordonnance du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité indique en effet dans son exposé des motifs que désormais, « le refus de l'acquisition peut être prononcé, non seulement pour indignité, mais pour défaut d'assimilation et pour grave incapacité physique ou mentale. Ces trois éléments : moralité, assimilation et état de santé ont paru essentiels dans tous les cas d'acquisition ». Et au-delà de l'acquisition, ce triptyque « [devient]

---

<sup>2790</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, vol. I, Paris, Sirey, 1938, n° 231, p. 270.

pour la naturalisation des conditions de recevabilité. »<sup>2791</sup> Il en ressort un double système. D'abord une extension de l'opposition par décret aux cas de « grave incapacité physique ou mentale », « après avis d'une commission médicale », aux articles 46 (opposition à l'acquisition par le droit du sol) et 57 (opposition à l'acquisition par déclaration) du code de la nationalité<sup>2792</sup>. Ensuite une nouvelle condition de recevabilité en matière de naturalisation fixé à l'article 70 du code de la nationalité : « Nul ne peut être naturalisé : 1° S'il n'est reconnu être sain d'esprit ; 2° S'il n'est reconnu, d'après son état de santé physique, ne devoir être ni une charge ni un danger pour la collectivité. »<sup>2793</sup> L'objectif de cette législation, en lien avec les recommandations de l'académie de médecine, vise donc à éviter un accroissement des « charges » nationales par l'intermédiaire du droit de la nationalité, mais aussi à assurer une certaine protection contre le danger de contagion ou d'épidémie. Il est en revanche excessif d'y voir une « connotation eugénique »<sup>2794</sup> comme le relève plus tard un auteur, les travaux de Martial qui militaient en ce sens étant déjà rejetés par la *doxa* médicale avant la seconde guerre mondiale.

**892.** Ces dispositions ne vont cependant pas demeurer longtemps dans la législation. Outre une réforme technique en 1959<sup>2795</sup>, l'abrogation des dispositions pertinentes des articles 46 et 57 du code de la nationalité relatives à l'opposition par décret est votée à l'occasion de la grande réforme du 9 janvier 1973<sup>2796</sup>. La proposition de suppression est issue du Sénat. Le rapporteur Jean Geoffroy explique en séance à propos de l'article 46 du code que « La possibilité de s'opposer à l'acquisition de notre nationalité pour incapacité physique ou mentale (...) a paru quelque peu indécente à votre commission qui vous invite à la supprimer. »<sup>2797</sup> Cet amendement n'est toutefois pas approuvé par le gouvernement, le garde des sceaux René Pleven s'y oppose pour des raisons très casuistiques :

« [ce texte] n'a soulevé, en réalité, aucune des conséquences touchant à l'indécence, à l'immoralité ou au manque de générosité auxquelles il a été fait allusion. De quoi s'agit-il ? Bien entendu, il ne s'agit pas lorsqu'une famille demande sa naturalisation alors qu'un de ses en-

---

<sup>2791</sup> Pour l'ensemble, voy. ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française (exposé des motifs), in JORF, 20 octobre 1945, p. 6700.

<sup>2792</sup> *Ibid.*, p. 6703.

<sup>2793</sup> *Ibid.*, p. 6704. Le « danger » semble devoir s'interpréter sous un angle épidémique, mais l'on voit mal en toute hypothèse en quoi le refus de la naturalisation protège de la contagion.

<sup>2794</sup> Johann Morri, « L'état de santé et en particulier le handicap physique peuvent-ils constituer un obstacle à la naturalisation ? », *AJDA*, 1999, n° 2, p. 189.

<sup>2795</sup> Disparition de la « commission médicale » au profit de l'avis d'un « spécialiste », voy. ordonnance n° 59-64 du 7 janvier 1959 modifiant certaines dispositions du code de la nationalité française, art. 2, in JORF, 8 janvier 1959, p. 553.

<sup>2796</sup> Loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 complétant et modifiant le code de la nationalité française et relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, art. 5 et 7, in JORF, 10 janvier 1973, p. 468-469.

<sup>2797</sup> JORF, Sénat, débats, 16 novembre 1972, p. 2088.

fants souffre d'une grave incapacité physique ou mentale de dire : "Nous acceptons de naturaliser tous les membres de cette famille sauf celui qui est handicapé". Cela ne s'est jamais fait et ne se fera jamais. M. le ministre des affaires sociales a constaté que parfois, tous les enfants sains d'une famille décident, au moment de leur majorité, de ne pas accepter la nationalité française, et que seul celui qui est gravement handicapé sur le plan physique ou mental la réclame. En d'autres termes, on laisse à la France celui qui a besoin de soins particuliers. »<sup>2798</sup>

Le président de la commission des lois, Léon Jozeau-Marigné, invite cependant le garde des sceaux à s'inscrire dans « l'esprit libéral et généreux de notre nation »<sup>2799</sup>. Pleven reconnaît alors que ces cas sont « marginaux »<sup>2800</sup> et s'en remet à la sagesse du Sénat. L'amendement est ainsi adopté. La même réforme est étendue à l'article 57, sans discussion<sup>2801</sup>. L'Assemblée nationale validera l'ensemble<sup>2802</sup>, sans discussion de fond<sup>2803</sup>. La condition de santé disparaît donc définitivement à cette occasion des cas d'opposition par décret à l'acquisition de la nationalité. Les termes sont forts, les sénateurs relevant « l'indécence » du dispositif, et sa contrariété aux objectifs libéraux et de générosité de la nation. Le même chemin va être suivi par les dispositions sur l'état de santé en matière de naturalisation.

**893.** Les dispositions relatives à l'évaluation de l'état de santé dans le cadre de l'examen en recevabilité de la demande de naturalisation suivent une même dynamique de « choc » moral à l'occasion de discussions parlementaires. Dès 1959, le gouvernement supprime par ordonnance la notion de « charge » pour la collectivité qui figure à l'article 70, 2° en matière de naturalisation<sup>2804</sup>. Surtout, en 1961, c'est l'ensemble de l'article 70 qui est abrogé à l'occasion de l'adoption de la loi du 22 décembre 1961 complétant et modifiant le code de la nationalité française et relative à diverses dispositions concernant la nationalité française<sup>2805</sup>. Cette révision est issue d'un amendement de la commission des lois, le rapporteur Jean Delrez indique en séance qu'« Il s'est avéré que c'étaient là des conditions quelque peu humiliantes et qu'en général ce texte était sans portée pratique. »<sup>2806</sup> Le gouvernement, par la voix du garde des sceaux Bernard Chenot, émet un avis favorable ; l'amendement est adopté. Le Sénat suit la chambre basse, le rapporteur Marcel Prélot estimant qu'une telle suppression est « opportune »<sup>2807</sup>. La

---

<sup>2798</sup> *Ibid.*

<sup>2799</sup> *Ibid.*, p. 2089.

<sup>2800</sup> *Ibid.*

<sup>2801</sup> *Ibid.*

<sup>2802</sup> JORF, Ass. nat., débats, 13 décembre 1972 (1<sup>ère</sup> séance), p. 6111.

<sup>2803</sup> JORF, Ass. nat., débats, 13 décembre 1972 (1<sup>ère</sup> séance), p. 6114.

<sup>2804</sup> Ordonnance n° 59-64 du 7 janvier 1959 modifiant certaines dispositions du code de la nationalité française, art. 7, in JORF, 8 janvier 1959, p. 553

<sup>2805</sup> Loi n° 61-1408 du 22 décembre 1961 complétant et modifiant le code de la nationalité française et relative à diverses dispositions concernant la nationalité française, art. 8, in JORF, 23 décembre 1961, p. 11820

<sup>2806</sup> JORF, Ass. nat., débats, 6 décembre 1961 (2<sup>ème</sup> séance), p. 5355.

<sup>2807</sup> JORF, Sénat, débats, 15 décembre 1961 (1<sup>ère</sup> séance), p. 2626.

condition de recevabilité liée à l'état de santé, jugée « humiliante » par les députés, n'aura donc tenu que quinze années dans la législation.

Toutefois, l'existence d'un « contrôle » de l'état de santé du demandeur à la naturalisation reste inscrite dans la loi. L'article 71 du code de la nationalité<sup>2808</sup>, aujourd'hui article 21-25 du code civil, habilite le pouvoir réglementaire à établir « Les conditions dans lesquelles s'effectuera le contrôle de l'assimilation et de l'état de santé. » Le décret du 10 juillet 1973 prévoit ainsi un examen médical obligatoire dans le cadre de l'instruction de la demande, aux fins de « spécifier si l'intéressé est exempt de toute infirmité et de tout vice de constitution, s'il n'est atteint de tuberculose, de maladie vénérienne, ni d'aucune affection mentale et s'il n'est pas toxicomane. »<sup>2809</sup> On retrouve bien ici les éléments qui retenaient déjà l'académie de médecine en 1936-1937 (voy. *supra* n° 887 s.). En 1993<sup>2810</sup>, l'examen devient général et facultatif : « L'autorité (...) désigne les médecins des hôpitaux et dispensaires publics chargés, le cas échéant, d'examiner l'état de santé des postulants et de fournir le certificat qu'elle peut juger nécessaire pour l'instruction de la demande. »<sup>2811</sup> De fait, si l'abrogation de l'article 70 du code de la nationalité a fait disparaître l'évaluation de l'état de santé au stade de la recevabilité de la demande de naturalisation, le gouvernement n'en demeure pas moins fondé à prendre en considération des éléments médicaux au moment de son choix en opportunité. Le gouvernement confirme cette interprétation à l'occasion d'une réponse parlementaire en 1984 : « Si l'état de santé a cessé d'être, au plan de la légalité, une condition de la naturalisation, il est resté néanmoins un éventuel critère d'opportunité de la décision. »<sup>2812</sup> C'est justement cette appréciation en opportunité qui va être appréciée par le juge par le moyen de l'erreur de droit.

---

<sup>2808</sup> Ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française, in JORF, 20 octobre 1945, p. 6704.

<sup>2809</sup> Décret n° 73-643 du 10 juillet 1973 relatif aux formalités qui doivent être observées dans l'instruction des déclarations de nationalité, des demandes de naturalisation ou de réintégration, des demandes tendant à obtenir l'autorisation de perdre la qualité de Français, ainsi qu'aux décisions de perte et de déchéance de la nationalité française, art. 32, in JORF, 13 juillet 1973, p. 7589.

<sup>2810</sup> Décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993 relatif à la manifestation de volonté, aux déclarations de nationalité, aux décisions de naturalisation, de réintégration, de perte, de déchéance et de retrait de la nationalité française, art. 40, in JORF 31 décembre 1993, p. 18563.

<sup>2811</sup> Cette disposition est aujourd'hui consacrée à l'article 36 de la version consolidée du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993.

<sup>2812</sup> JORF, Ass. nat., questions, 10 décembre 1984, n° 59383, p. 5393. Voy. également JORF, Ass. nat., questions, 6 mai 1996, n° 34537, p. 2505 : « L'expérience a montré que cette formalité n'avait précisément d'utilité que dans des situations exceptionnelles et qu'y soumettre tous les demandeurs de manière générale et obligatoire soulevait beaucoup plus de difficultés (secret médical, coût, caractère vexatoire parfois...). (...) Cependant, l'attitude du ministre et de ses services reste parfaitement vigilante : l'examen des aptitudes professionnelles du demandeur, de ses revenus réguliers et suffisants pour assurer son autonomie sociale fournit autant d'indices indirects sur son état et donc sur l'utilité de demander un examen médical complémentaire. Ainsi le ministre peut-il assurer que lorsque

**894. La prise en compte de la santé dans la jurisprudence du Conseil d'État.** – Si dès les années 1970, la législation ne fait plus aucun lien entre acquisition de la nationalité et état de santé, notamment au stade de la recevabilité de la demande de naturalisation, cela n'empêche pas l'administration de continuer de mobiliser le handicap, la vieillesse ou la maladie pour apprécier en opportunité les mêmes demandes de naturalisation. Ce faisant, l'administration édicte un critère liant naturalisation et état de santé, critère dont la légitimité juridique pourra justement être soumise au juge par le mécanisme de l'erreur de droit. Or, on constate que le Conseil d'État a longtemps considéré que la liaison entre état de santé et inopportunité de la naturalisation ou de la réintégration n'était pas constitutive d'une erreur de droit.

**895.** Le Conseil d'État a été confronté dès la fin des années 1980 à la pratique administrative visant à se fonder, au moins partiellement, sur l'état de santé d'un demandeur à la naturalisation pour rejeter en opportunité sa demande. Il a alors considéré qu'une telle interprétation, en raison du « large pouvoir d'appréciation » dont dispose l'autorité publique en matière de naturalisation, n'était pas constitutive d'une erreur de droit. Ainsi d'une première décision *Dung Tran dit Dung di Caprio* rendue le 6 mai 1988. Dans cette espèce, le ministre avait ajourné la demande de l'intéressé en se fondant « sur les incertitudes relatives à l'insertion professionnelle du demandeur et à son état de santé ». Le juge indique « que la naturalisation constitue une faveur accordée par l'État français à un étranger et n'est donc jamais un droit pour l'intéressé ; qu'en égard à la nature particulière de la mesure d'ajournement et à la date à laquelle elle est intervenue, le ministre des affaires sociales n'a, en prenant en considération les éléments susrappelés, entaché sa décision du 3 septembre 1984 ni d'erreur de fait ou de droit ni d'erreur manifeste d'appréciation »<sup>2813</sup>. Le fichage aux tables indique justement l'absence d'erreur de droit dans la prise en compte de motifs incluant l'état de santé. La position arrêtée par le juge est donc parfaitement claire, même si l'espèce indique également une incertaine insertion professionnelle. L'occasion sera rapidement donnée au juge de confirmer cette position.

**896.** Dans une affaire *Arab* rendue le 18 janvier 1993, le Conseil d'État se trouve confronté à une décision de refus de réintégration adoptée par le ministre en se fondant sur la cécité de la demandeuse. Dans cette espèce, le tribunal administratif de Paris avait retenu l'erreur de droit, considérant que le ministre ne pouvait pas fonder son refus sur un tel critère. Le Conseil d'État, aux conclusions conformes de Ronny Abraham, réforme ce jugement : « l'administration,

---

la demande de naturalisation a comme seul motif l'obtention d'un avantage financier et social, elle est refusée en opportunité. »

<sup>2813</sup> CE, 6 mai 1988, n° 78371, *Dung Tran dit Dung di Caprio*, Lebon tables p. 783 (sur ce point).

compte tenu, notamment, des dispositions de l'article 71 du [code de la nationalité] qui prévoient le contrôle de cet état de santé et de l'existence, en la matière, d'un large pouvoir d'appréciation, peut légalement prendre en compte, dans l'examen auquel elle procède du bien-fondé d'une demande de réintégration dans la nationalité française, l'état de santé de l'étranger »<sup>2814</sup>. Le Conseil d'État refuse donc de voir une erreur de droit dans la prise en considération de l'état de santé du demandeur. Les commentaires à propos de cette décision font apparaître un certain consensus. Pierre Guiho, se fondant classiquement sur la protection des deniers publics, note ainsi que « La politique en matière de naturalisation a toujours évité d'ouvrir l'accès à la nationalité française à des personnes qui, en raison de leur mauvais état de santé physique ou mentale, risqueraient de devenir une charge pour la collectivité nationale. »<sup>2815</sup> Jean-Marie Delarue écrit encore qu'« [il n'a] pas de doute sur le fait que la santé est un critère qui doit être pris en considération. »<sup>2816</sup> Enfin, François Julien Laferrière note de manière plus prosaïque que la demande de la requérante, lorsqu'elle fut appréciée en opportunité par l'autorité publique, « ne paraissait pas particulièrement attrayante », et de manière plus philosophique, que « mieux vaut être riche et bien portant que pauvre et malade ! »<sup>2817</sup> La position du juge administratif, un temps constante<sup>2818</sup>, va ensuite faire l'objet d'infléchissement successifs, jusqu'au renversement.

## **B. La neutralisation jurisprudentielle de la condition de l'état de santé**

**897.** Un mouvement de fond engagé par les juges de première instance et d'appel va progressivement encourager le Conseil d'État à revoir sa jurisprudence. Les liens entre état de santé et octroi de la nationalité vont d'abord être encadrés (1), puis neutralisés par la jurisprudence administrative, tant et si bien qu'aujourd'hui l'autorité publique ne peut plus se fonder sur l'état de santé d'un demandeur pour faire obstacle à sa demande (2).

---

<sup>2814</sup> CE, 2/6 s.s., 18 janvier 1993, n° 110311, *Ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale c/ Mlle Arab*, Lebon p. 14.

<sup>2815</sup> Pierre Guiho, « Le contrôle de l'état de santé de l'étranger en instance de naturalisation », *D.*, 1993, n° 35, p. 504.

<sup>2816</sup> Jean-Marie Delarue, « Régime de la demande de naturalisation », *AJDA*, 1996, n° 4, p. 452.

<sup>2817</sup> François Julien-Laferrière, « Conditions de la naturalisation relativement à l'état de santé du demandeur », *AJDA*, 1993, n° 4, p. 314. L'auteur précise de manière assez juste que ce « n'est pas sans heurter la sensibilité car Mlle Arab, outre son handicap physique, aura probablement souffert psychologiquement du refus qu'elle a essuyé et son intégration en France n'en sera sans doute pas facilitée. »

<sup>2818</sup> Voy. CE, 2<sup>ème</sup> ss., 18 octobre 1996, n° 160060, inédit ; CAA Nantes, 5 mars 1997, n° 95NT01496, inédit.



## 1. L'assouplissement de la jurisprudence : la condition de santé encadrée

**898. Un premier mouvement à l'initiative des juges du fond.** – Le premier assouplissement de la jurisprudence va être initié par les juges du fond. À l'instar du tribunal administratif de Paris dans l'affaire *Arab*, la cour administrative d'appel de Nantes va marquer de fortes résistances à la fin des années 1990. Dans deux arrêts rendus le 23 juillet 1998, les juges d'appel invalident les décisions du ministre refusant la naturalisation pour des motifs de santé, suivant deux justifications différentes. Dans ces espèces, suivant les conclusions de la commissaire du gouvernement Evelyne Coënt-Bochard, « Mlle Afdili [et] M. Amessis sont handicapés physiques, et (...) si leur situation personnelle a motivé la position de l'Administration, c'est bien par référence à leur état physique. »<sup>2819</sup> En particulier, la naturalisation est jugée inopportune par le ministre dans l'affaire *Amessis* parce que celui-ci est « handicapé moteur, à la charge de ses parents, et présente une absence totale d'autonomie », et dans l'affaire *Afdili* parce que celle-ci est dans un « état de personne handicapée » car elle « se déplace peu et ne parle pratiquement pas ». L'autorité publique refuse de conférer la nationalité aux intéressés : « la naturalisation (...) serait de nature à créer une charge pour la collectivité »<sup>2820</sup>, indique le ministre dans ses deux décisions. La commissaire du gouvernement propose alors de considérer qu'un tel raisonnement est constitutif d'une erreur de droit :

« Si, en application de la jurisprudence précitée du Conseil d'État, l'Administration ne commet pas une erreur de droit en prenant en compte dans l'examen de la demande de naturalisation l'état de santé du postulant, il nous semble assez évident qu'il en commet une en se fondant sur les conséquences financières présumées de cet état de santé, alors que, comme nous l'avons indiqué, l'insertion sociale du handicapé est, aux termes de la loi, une obligation nationale, et qu'aucune disposition législative ou réglementaire propre au domaine de la naturalisation n'autorise le ministre chargé des naturalisations à apprécier l'opportunité d'accorder la faveur de devenir Français en prenant en compte la circonstance que des prestations sociales pourraient être versées à l'intéressé du seul fait de son handicap, sauf le cas échéant, s'il établit que la demande de naturalisation n'a pas d'autre motivation que de percevoir un avantage que la qualité d'étranger ne permet pas d'obtenir, ce qui en l'espèce n'est pas allégué. »<sup>2821</sup>

La condamnation par l'erreur de droit n'est donc pas totale. L'administration est bien fondée à prendre en compte l'état de santé, mais pas à présumer que l'état de santé conduit nécessairement l'individu à devenir une « charge ». En recourant systématiquement à une telle analyse, l'administration édicte en réalité un motif juridique « illégitime » pour reprendre les termes de Raymond Odent. Pour autant, s'il appert que la demande de naturalisation est formée dans l'unique but de percevoir des prestations sociales, alors l'administration est fondée à la rejeter

---

<sup>2819</sup> Evelyne Coënt-Bochard, « Naturalisation et handicap physique », *RFDA*, 1999, n° 3, p. 539.

<sup>2820</sup> Sur l'ensemble, voy. *ibid.*

<sup>2821</sup> *Ibid.*

en opportunité. La ligne de crête est étroite entre d'une part délégitimer la condition de l'état de santé dans l'appréciation en opportunité, et d'autre part respecter la jurisprudence du Conseil d'État qui confirme depuis 1988 de manière générale la justesse de ce critère. Du coup, de manière surabondante, Evelyne Coënt-Bochard retient également l'erreur manifeste d'appréciation dans ces deux espèces : « en se fondant sur les seules conséquences attachées à l'état d'adulte handicapé (...) l'Administration a commis une erreur manifeste d'appréciation. »<sup>2822</sup>

899. Les décisions rendues par la cour administrative d'appel de Nantes à la suite de ces conclusions marquent sans surprise une certaine hésitation entre censure générale de l'erreur de droit et censure de l'appréciation d'espèce. Dans l'affaire *Amessis*, c'est l'erreur de droit qui est reconnue par la cour : « M. Amessis est fondé à soutenir qu'en retenant exclusivement le motif susmentionné [*le fait qu'en raison du handicap physique dont l'intéressé est atteint, sa naturalisation serait de nature à créer une charge pour la collectivité*] pour se prononcer sur sa situation, le ministre a commis une erreur de droit »<sup>2823</sup>. Dans l'affaire *Afdili*, c'est l'erreur manifeste d'appréciation qui est retenue : « en retenant cet unique motif [*l'état de santé de l'intéressée qui "se déplace peu et ne parle pratiquement pas"*] pour refuser la naturalisation à Mlle X... qui est entrée en France en 1978 à l'âge de sept ans et y a séjourné depuis lors avec sa famille et dont la sœur a sollicité la naturalisation à la même époque et l'a obtenue, le ministre a, dans les circonstances de l'espèce, entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation »<sup>2824</sup>. Le résultat est le même, mais la portée est sensiblement différente, notamment au regard du contrôle de cassation. Seule l'affaire *Afdili* est frappée de pourvoi, et le Conseil d'État juge alors que l'erreur manifeste d'appréciation reconnue par les juges du fond est laissée à leur souveraine appréciation, sauf dénaturation, ce que le juge suprême ne relève pas<sup>2825</sup>. L'affaire *Amessis* n'est en revanche pas frappée de pourvoi, alors que le juge de cassation contrôle l'appréciation par les juges du fond de l'erreur de droit<sup>2826</sup>. Ce choix de l'administration dans les pourvois est donc surprenant : choisir de soumettre le fait et non le droit au juge de cassation est une stratégie qui confine à l'absurde (sauf à rechercher la dénaturation), surtout lorsque l'on

---

<sup>2822</sup> *Ibid.*

<sup>2823</sup> CAA de Nantes, 23 juillet 1998, n° 97NT00655, *Ministre de l'aménagement du territoire, de la ville et de l'intégration c/ Amessis*, Lebon tables p. 899 (sur ce point).

<sup>2824</sup> CAA de Nantes, 23 juillet 1998, n° 96NT01602, *Mlle Afdili*, Lebon tables p. 900 (sur ce point).

<sup>2825</sup> CE, 28 juillet 2000, n° 200802, inédit.

<sup>2826</sup> La solution est constante. En droit de la nationalité, voy. CE, 9 février 2000, n° 194258, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Mme Semmache*, Lebon tables p. 988 (sur ce point) ; CE, 23 février 2001, n° 202868, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Conte*, Lebon tables p. 956 (sur ce point).

sait qu'à l'époque la jurisprudence du Conseil d'État sur l'état de santé est favorable à l'administration<sup>2827</sup>.

**900. L'infléchissement du Conseil d'État.** – Sous l'influence de la cour administrative d'appel de Nantes, le Conseil d'État va revoir sa jurisprudence sur l'erreur de droit en matière de prise en compte de l'état de santé à l'occasion d'une affaire *Richard* rendue le 26 septembre 2001. Dans cette espèce, la naturalisation est refusée à Fatima Richard, « handicapée à 80 % en raison d'une cypho-scoliose très importante » qui est en outre « de petite taille (1,29 m) » comme le note Isabelle de Silva dans ses conclusions<sup>2828</sup>. Le ministre refuse la demande de naturalisation : « eu égard à votre situation personnelle votre naturalisation serait de nature à créer une charge pour la collectivité »<sup>2829</sup>. La Cour administrative de Nantes retient l'erreur de droit, et le ministre se pourvoit. Isabelle de Silva, dans des conclusions fort détaillées, considère que le Conseil d'État doit confirmer en cassation l'appréciation du juge d'appel. Elle relève plusieurs arguments en faveur de l'infléchissement de la jurisprudence. D'abord le contrôle de l'état de santé n'est plus obligatoire depuis 1993 (voy. *supra* n° 893). Ensuite, l'absence de discrimination dans l'accès aux prestations sociales entre nationaux et étrangers<sup>2830</sup>, notamment sous l'influence du juge constitutionnel, conduit à rendre caduc l'argument tiré de la charge supplémentaire que la naturalisation d'un étranger créerait. Enfin, sur le plan des principes, la personne handicapée n'est pas de « moindre valeur » : « Sur le plan de la dignité humaine, le critère de la “bonne santé” ne nous paraît pas pouvoir être mis en rapport avec la vocation à rejoindre la collectivité nationale. » En conclusion, Isabelle de Silva considère :

« [E]n se fondant sur le seul état de santé, le ministre ne peut porter une appréciation sur l'aptitude de l'individu à s'intégrer à la société française, y compris dans le monde professionnel : en ne prenant pas en compte l'ensemble du comportement et des aptitudes de l'intéressé – lequel peut parfois dépasser ses limitations physiques pour accéder à un emploi – le ministre commet une erreur de droit. Par ailleurs, pour l'avenir, le ministre ne pourra plus considérer que la naturalisation crée une charge financière pour la communauté nationale, le législateur ayant choisi d'ouvrir le bénéfice des prestations sans condition de nationalité. »<sup>2831</sup>

Le Conseil d'État suit sa commissaire du gouvernement. Il précise tout de même que « l'administration, qui dispose en matière de naturalisation d'un large pouvoir d'appréciation, peut légalement prendre en compte, dans l'examen auquel elle procède du bien-fondé d'une demande

---

<sup>2827</sup> Peut-être l'administration a-t-elle anticipé que l'affaire *Amessis* pouvait être l'occasion d'un assouplissement ou d'un renversement de la jurisprudence sur l'erreur de droit.

<sup>2828</sup> Sur l'ensemble, voy. Isabelle de Silva, « Naturalisation et handicap », *Petites affiches*, 2001, n° 255, p. 20.

<sup>2829</sup> *Ibid.*

<sup>2830</sup> Voy. Lola Isidro, *L'étranger et la protection sociale*, thèse, Paris, Dalloz, 2017, 578 p.

<sup>2831</sup> Isabelle de Silva, « Naturalisation et handicap », *op. cit.*, p. 20.

de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française, l'état de santé de l'étranger demandeur », dans la stricte continuité de la jurisprudence *Arab* de 1993. Toutefois, il juge aussi que « la cour administrative d'appel de Nantes a retenu qu'un tel refus, exclusivement fondé sur le fait qu'en raison de son handicap physique, la naturalisation de Mme Richard créerait une charge pour la collectivité, était entaché d'une erreur de droit ; que la cour a légalement justifié sa décision en censurant le motif retenu par le ministre »<sup>2832</sup>.

**901.** Ce qu'il se déduit de cette approche, c'est que le ministre commet une erreur de droit lorsqu'il se fonde uniquement sur l'état de santé d'un demandeur pour écarter en opportunité l'octroi de la naturalisation. Cela signifie *a contrario* que si le handicap empêche le demandeur de disposer de ressources stables et suffisantes, alors le ministre pourra se fonder sur ce second critère, toujours en opportunité, pour rejeter la demande. C'est donc une position de principe que prend ici le Conseil d'État, fort symbolique, mais dont les effets concrets sont peu perceptibles. La défaillance dans l'état de santé se mêle souvent, si ce n'est majoritairement, d'un défaut de ressources et d'autonomie. Cette première reconnaissance de l'erreur de droit impose donc au ministre un changement dans la motivation, plus qu'elle ne réduit *in fine* son pouvoir discrétionnaire ; c'est un infléchissement mais pas un renversement. Il faudra attendre quinze années pour que cette jurisprudence soit définitivement renversée.

## **2. Le renversement de la jurisprudence : la condition de santé écartée**

**902. Le renversement de la jurisprudence.** – Dans une récente affaire *Zahti* jugée le 11 mai 2016, le Conseil d'État reconnaît enfin que le refus de la demande de naturalisation au stade de l'opportunité d'une personne handicapée, y compris pour le motif que ses revenus ne sont pas suffisants, constitue une erreur de droit. Dans cette espèce, les requérants s'étaient vu refuser la naturalisation en raison de l'absence de revenus personnels, et d'une subsistance par le seul moyen de l'allocation adulte handicapée. Cette position administrative était bien conforme à la jurisprudence *Richard* : on voit bien que ces deux personnes sont handicapées, mais le refus de leur demande ne tient pas à cet état, mais à leur absence de revenus personnels. Cette approche est finalement considérée par le Conseil d'État comme étant constitutive d'une erreur de droit :

« Considérant que l'autorité administrative dispose, en matière de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française, d'un large pouvoir d'appréciation ; qu'elle peut, dans

---

<sup>2832</sup> CE, 2/1 s.s.r., 26 septembre 2001, n° 206486, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Mme Richard*, Lebon tables p. 955 (sur ce point).

l'exercice de ce pouvoir, prendre en considération notamment, pour apprécier l'intérêt que présenterait l'octroi de la nationalité française, l'intégration de l'intéressé dans la société française, son insertion sociale et professionnelle et le fait qu'il dispose de ressources lui permettant de subvenir durablement à ses besoins en France ; que l'autorité administrative ne peut, en revanche, se fonder exclusivement ni sur l'existence d'une maladie ou d'un handicap ni sur le fait que les ressources dont dispose l'intéressé ont le caractère d'allocations accordées en compensation d'un handicap, pour rejeter une demande de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française ; »<sup>2833</sup>

Ce considérant de principe marque un clair renversement des jurisprudences *Arab* de 1993 et *Richard* de 2001. L'état de santé n'est d'abord plus mentionné dans les éléments d'appréciation en opportunité de l'administration : seuls comptent l'intégration, l'insertion sociale et professionnelle, et la possession de ressources. Surtout, dans le cas particulier des personnes souffrant d'une maladie ou d'un handicap, l'administration ne peut pas – saut à commettre une erreur de droit – leur opposer la possession de ressources uniquement basées sur des prestations sociales versées en compensation de cet état. Autrement dit, la condition de ressources personnelles est levée lorsqu'il s'agit d'un demandeur disposant de prestations sociales versées en compensation d'une maladie ou d'un handicap. En l'espèce, les deux refus de naturalisation opposés aux requérants sont annulés. C'est une jurisprudence capitale : ici le pouvoir discrétionnaire de l'administration recule car la reconnaissance de l'erreur de droit conduit à empêcher dans ces décisions et pour l'avenir tout refus en opportunité fondé sur l'état de santé, même indirectement par une motivation relative à l'absence de revenus. Cela ne signifie pas que toute personne souffrant de maladie ou d'un handicap sera naturalisée à sa seule demande, mais pour autant cet état ne pourra pas être opposé au stade de l'opportunité, ni directement (conformément à la jurisprudence *Richard* de 2001), ni indirectement (conformément à la jurisprudence *Zahti* de 2016). Ce que le Conseil d'État condamne, c'est le fait « de priver de toute possibilité d'accéder à la nationalité française les personnes qui ne disposent pas d'autres ressources que des allocations liées à leur handicap »<sup>2834</sup> – là se niche l'erreur de droit, l'illégitimité du motif<sup>2835</sup>. L'on constate donc bien comment la reconnaissance de l'erreur de droit conduit à une diminution du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique par la réduction de ses choix légaux.

---

<sup>2833</sup> CE, 2/7 ssr, 11 mai 2016, n<sup>os</sup> 389399 et 389433, *Zahti*, Lebon tables p. 754 (sur ce point).

<sup>2834</sup> *Ibid.*

<sup>2835</sup> Reposant largement sur une réception implicite du principe de non-discrimination (voy. *supra* n<sup>o</sup> 799). Voy. encore ce qu'en dit Olivera Boskovic : « Il s'agit d'éviter d'écarter, en tant que telle, une catégorie de personnes du bénéfice de la naturalisation, et donc de valider une discrimination en raison du handicap. », voy. Olivera Boskovic, Sabine Corneloup, Fabienne Jault-Seseke, Natalie Joubert et Karine Parrot, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.*, 2017, n<sup>o</sup> 5, p. 261.

**903.** La Cour administrative d'appel de Nantes a bien réceptionné cette nouvelle jurisprudence. Elle en fait une application immédiate dans les instances en cours, au bénéfice notamment d'un requérant disposant d'un taux d'incapacité de 80%, bénéficiaire de l'allocation adulte handicapé, et qui s'était vu refuser la naturalisation pour absence de revenus personnels, décision confirmée par le tribunal administratif. En application directe de la jurisprudence *Zahiti*, la Cour retient l'erreur de droit : « en rejetant la demande de naturalisation de M. B. au motif que l'intéressé ne disposait pas d'autres revenus qu'une allocation accordée en compensation d'un handicap, le ministre a entaché sa décision d'illégalité »<sup>2836</sup>. L'appréciation de la Cour de Nantes repose ainsi sur l'évaluation de l'incapacité de l'individu à travailler, seul cas où la condition de revenus personnels devient inopposable. En ce sens, la Cour a refusé de retenir l'erreur de droit dans une affaire concernant un requérant ayant un taux d'incapacité de 13% pour qui il n'apparaît pas en conséquence « établi que l'intéressé serait dans l'incapacité d'exercer toute activité professionnelle »<sup>2837</sup>. On constate donc bien que face à un état de santé empêchant un individu de disposer des revenus personnels, l'autorité publique n'est plus fondée à rejeter la demande de naturalisation en opportunité en se fondant sur cet élément. L'erreur de droit apparaît donc comme un puissant facteur de réduction du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

## **§ 2. La neutralisation partielle de l'extension de la mesure au conjoint**

**904.** L'idée qu'une mesure en droit de la nationalité prise à l'égard d'un individu doive s'étendre à son conjoint – en réalité le plus souvent de l'homme vers la femme et les enfants – est une expression du principe d'unité de nationalité. De fait, en matière familiale, l'État agit face à des « corps sociaux vivants et non pas seulement des individus »<sup>2838</sup>, pour reprendre une formule de Maury. Cette approche, très inscrite dans le XIXe siècle, a émergé tardivement dans la législation sur la perte, suivant une logique plus ancrée dans la « suspicion » que dans l'unité de nationalité, pour finalement disparaître complètement dans le courant du XXe siècle (A). En revanche, l'usage d'étendre les mesures au conjoint a survécu dans les pratiques administratives. Le Conseil d'État y a mis fin avec une grande netteté en matière de perte en recourant au mécanisme de l'erreur de droit, tandis qu'en matière d'acquisition, les solutions consacrées sont

---

<sup>2836</sup> CAA Nantes, 28 septembre 2016, n° 15NT03227, inédit. Voy. encore dans le même sens CAA Nantes, 10 mars 2017, n° 15NT03796, inédit.

<sup>2837</sup> CAA Nantes, 15 décembre 2017, 16NT03066, inédit.

<sup>2838</sup> Jacques Maury, « Nationalité (Théorie générale) », in Albert de Lapradelle et Jean-Paulin Niboyet (dir.), *Répertoire de droit international*, vol. IX, Paris, Dalloz, 1931, n° 117, p. 299. L'auteur n'est pas en accord avec cette approche : « S'il faut choisir – et il le faut dans l'état actuel des choses – nos préférences vont à la liberté. » (voy. *ibid.*, n° 133, p. 307).

moins nettes et tendent à accepter une forme d'extension contestable de l'appréciation des faits propres à l'homme vers sa conjointe (B).

## A. Le régime législatif disparu de l'extension familiale de la perte

**905.** Il est constant que le droit de la nationalité a toujours permis l'extension familiale de l'acquisition de la nationalité selon différents moyens. Il s'agit en cela d'étendre un bénéfice. En revanche, en matière de perte, lorsqu'il s'agit cette fois de perdre le bénéfice de sa nationalité, le principe est longtemps resté celui de la personnalité de la mesure. Autrement dit, aucune extension de plein droit à la famille n'était prévue par la législation lorsqu'un membre du foyer perdait sa nationalité. La première guerre mondiale marque une rupture avec ce principe. Pour la première fois, la seule « suspicion » permet au gouvernement d'étendre le retrait frappant l'homme à sa femme et ses enfants. Ce qui devait être une législation « exceptionnelle » est finalement inscrit dans le droit commun et se retrouve jusque dans le code de la nationalité de 1945 (1). À l'instar de la dynamique parlementaire d'abrogation en matière d'état de santé, ce sont à nouveau les parlementaires qui, à titre principal, vont supprimer toute possibilité d'extension familiale de la perte au fil de différentes réformes entre 1973 et 1984 (2).

### 1. La possibilité d'étendre la perte de la nationalité aux membres de la famille

**906. L'extension familiale de la perte au premier XXe siècle.** – « L'effet collectif » est bien connu en droit de la nationalité, il permet en particulier aux enfants du naturalisé de bénéficier de la nationalité<sup>2839</sup>. Mais précisément, il s'agit bien là d'étendre un *bénéfice*. En matière de perte, la question est plus complexe, notamment au regard du principe de personnalité des peines. L'enjeu est bien posé à l'occasion des débats relatifs à la loi du 7 avril 1915. L'article 4 de cette loi fixe en effet que « Le retrait de la nationalité française prononcé en vertu des articles précédents est personnel à l'étranger qui l'a encouru. Toutefois, selon les circonstances, il pourra être étendu à la femme et aux enfants, s'il en est ainsi ordonné, soit par le décret concernant le mari ou le père, soit par un décret ultérieur rendu dans les mêmes formes. »<sup>2840</sup> Justifiant cette mesure, le rapporteur de la loi à la Chambre, le député Maurice Bernard, assume que cette *possibilité* ouverte au gouvernement n'est qu'un moyen d'agir lorsqu'une « suspicion générale plane sur toute la famille », et qu'en cela il s'agit d'un dispositif *exceptionnel* :

---

<sup>2839</sup> Voy. aujourd'hui les dispositions de l'art. 22-1 du code civil.

<sup>2840</sup> Loi du 7 avril 1915 autorisant le Gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France, in JORF, 8 avril 1915, p. 1948.

« Le prolongement des effets du retrait de la naturalisation à l'égard des membres de la famille de l'ex-naturalisé eût présenté le grave inconvénient de faire rejaillir sur des personnes dont la conduite est à l'abri de tout soupçon, et dans certains cas même digne d'éloges, les conséquences d'une faute qui peut être personnelle au chef de famille. Il était conforme aux règles de notre droit public d'admettre que l'effet du retrait serait, en principe, personnel à l'ex-naturalisé (...). La latitude laissée au Gouvernement en ce qui concerne l'exercice de ce retrait *par extension* ou *par voie de conséquence* est justifiée par la considération suivante. Il se peut qu'il ne soit relevé, de façon certaine, à la charge de la femme ou des enfants, aucun des faits prévus par l'article 1<sup>er</sup> du projet, mais que, cependant, une suspicion générale plane sur toute la famille de telle sorte qu'en raison des circonstances qui ont motivé la mesure prise contre son chef, il y ait lieu de craindre, par exemple, que le père expulsé du territoire ne conserve en France, par les intelligences qu'il a dans la place, les moyens de venir en aide à sa patrie d'origine. »<sup>2841</sup>

On sent bien déjà ici le caractère exceptionnel et doublement problématique de ce dispositif : une extension du seul homme vers l'ensemble de son ménage, ce qui constitue une discrimination selon le sexe ; une justification par la « crainte » et la « suspicion », ce qui constitue une violation de la présomption d'innocence et de la personnalité des peines<sup>2842</sup>, pour reprendre les termes du droit pénal. Surtout, cette extension pourra concerner des Français de naissance, à la différence du retrait à titre principal frappant les seuls naturalisés. C'est alors la première fois, en droit de la nationalité, que le collectif ne joue plus au bénéfice des intéressés, mais à l'inverse à leur détriment. La législation postérieure confirmera ce principe.

**907.** À l'occasion de la grande réforme de la loi du 10 août 1927, le gouvernement reprend cette possibilité d'extension familiale dans le cas de la perte de la nationalité à la suite de l'engagement dans un service public étranger (art. 9, 4<sup>o</sup>). Le projet initial prévoyait une extension par décret, sans motifs particuliers autre qu'un imprécis « intérêt »<sup>2843</sup> évalué par le gouvernement. On s'étonne à la chambre de cette extension de la perte aux membres de la famille alors « qu'aucune faute personnelle ne leur est reprochée »<sup>2844</sup>. Le député démocrate-chrétien Victor Balanant livre ainsi une critique très dure à l'égard de ce dispositif :

« La question qui me préoccupe est extrêmement grave. Pour quelle raison frapperiez-vous d'une déchéance (...) les enfants et la femme d'un individu qui a commis une faute, même une très grosse faute, au point de vue national ? S'il y a responsabilité de la femme ou des enfants mineurs, qu'on les frappe de la même mesure dont on menace le père, fort bien. Mais, tant que vous n'aurez pas établi cette responsabilité (...) je ne reconnais pas au Gouvernement, le droit de frapper les enfants d'un ressortissant français qui aura accepté une fonction publique à l'étranger. »<sup>2845</sup>

---

<sup>2841</sup> Chambre des Députés, Rapport n° 526, annexe au procès-verbal de la séance du 19 janvier 1915, p. 12-13.

<sup>2842</sup> Le garde des sceaux confirme le caractère particulièrement flou du dispositif en énonçant que le décret sera étendu aux enfants qui « participent à l'hostilité du père contre la France », voy. JORF, Ch. dép., débats, 29 janvier 1915, p. 72.

<sup>2843</sup> Pour reprendre les termes du rapporteur, voy. JORF, Ch. dép., débats, 7 avril 1927 (1<sup>ère</sup> séance), p. 1213.

<sup>2844</sup> Voy. les propos du député Ernest Lafont, *ibid.*

<sup>2845</sup> *Ibid.*, p. 1214.



Le gouvernement accepte finalement que cette extension familiale ne soit pas prononcée par décret, mais plutôt par un jugement du tribunal civil<sup>2846</sup>. L'article 9, 4°, al. 2, dispose finalement, à la suite de l'énoncé du cas de perte pour engagement dans un service public étranger, que « Cette mesure ne pourra être étendue à la femme et aux enfants mineurs que par décision des tribunaux civils »<sup>2847</sup>. On voit mal en réalité l'intérêt d'une telle garantie procédurale, aucun critère ne prévoit en effet les motifs qui conduiraient à étendre la perte aux membres de la famille. De fait, ces dispositions fondent potentiellement en droit des mesures hautement arbitraires ; elles banalisent dans le droit commun la « suspicion » à l'égard de la famille qui avait été introduite de manière pourtant « exceptionnelle » par la législation de guerre.

**908.** L'extension familiale apparaît encore dans le décret-loi du 12 novembre 1938. Outre la confirmation de l'extension familiale liée à l'acceptation de fonctions publiques à l'étranger, ce dispositif concerne désormais l'exercice actif de la nationalité étrangère, et la déchéance de nationalité<sup>2848</sup> – alors que l'extension n'avait pas été initialement prévue en ces matières par le législateur de 1927. Cette extension de la perte résulte d'un décret dont l'adoption est laissée à la discrétion du gouvernement. Niboyet critiquera durement ces propositions : « C'est là une disposition qu'on n'aurait jamais osée proposer à un Parlement où il y a encore dans les commissions des hommes qui connaissent leur métier et nos traditions. C'est bien la première fois qu'une femme ou des enfants, Français d'origine, sont ainsi à la merci d'une déchéance administrative, et se trouvent privés des garanties de la justice des tribunaux ordinaires, qui, en France, ont le contentieux de la nationalité. »<sup>2849</sup> Malgré les critiques, la législation d'après-guerre confirme cette orientation. Le code de la nationalité du 19 octobre 1945 adopté par ordonnance confirme la possibilité de l'extension familiale en cas d'exercice actif de la nationalité étrangère (art. 96) et en cas de déchéance de nationalité (art. 100)<sup>2850</sup>. En revanche, l'extension familiale disparaît dans le cas de l'acceptation de fonctions publiques à l'étranger, sans qu'une logique particulière puisse être ici décelée. L'ensemble va progressivement disparaître de la législation française.

---

<sup>2846</sup> *Ibid.*, p. 1215.

<sup>2847</sup> Loi du 10 août 1927 sur la nationalité, in JORF, 14 août 1927, p. 8699.

<sup>2848</sup> Voy. le décret-loi du 12 novembre 1938 relatif à situation et à la police des étrangers, art. 9, 6° (exercice actif) et art. 10 (déchéance), in JORF, 13 novembre 1938, p. 12922.

<sup>2849</sup> Jean-Paulin Niboyet, *Addendum au Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1939, p. 34.

<sup>2850</sup> Voy. l'ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française, in JORF, 20 octobre 1945, p. 6705.

## 2. L'abrogation récente de l'extension familiale de la perte de la nationalité

**909. L'abrogation de l'extension familiale de la perte.** – Le mouvement d'abrogation ne va pas se dérouler d'un seul tenant. C'est d'abord la grande réforme du 9 janvier 1973 qui va conduire à supprimer la possibilité ouverte à l'article 100 du code de la nationalité d'étendre les effets de la déchéance à la femme et aux enfants du déchu<sup>2851</sup>. La proposition en est faite par la commission des lois de l'Assemblée nationale, Pierre Mazeaud, rapporteur, indiquant : « nous avons pensé devoir supprimer certaines dispositions abusives, tel l'article 100 sur l'extension de la déchéance de la nationalité française à l'époux et aux enfants mineurs. »<sup>2852</sup> Il confirme et renforce encore la critique lors de la discussion des articles : « La commission a considéré que l'article 100 du code de la nationalité instituait une sorte de responsabilité collective en autorisant l'extension de la déchéance à la femme et aux enfants mineurs. Bien qu'il ne s'agisse que d'une simple faculté, en partie motivée par le souci de ménager l'unité de nationalité dans la famille, la commission a estimé choquante – voire injuste – cette disposition. C'est la raison pour laquelle elle demande son abrogation. »<sup>2853</sup> Comme auparavant, c'est l'extension de la responsabilité à la femme et aux enfants, sans alléguer aucune faute, qui choque à juste titre. L'avis du gouvernement est favorable et l'amendement est adopté. L'ensemble est confirmé sans débat par le Sénat<sup>2854</sup>. On voit donc bien comment, entre 1927 et 1973, « l'intérêt » du gouvernement ne se satisfait plus d'une exception aussi grossière aux principes juridiques. Un « oubli » toutefois, dont Jean Foyer confessera être à l'origine<sup>2855</sup> : l'extension collective prévue à l'article 96 du code de la nationalité n'est pas abrogée par la réforme de 1973.

**910.** C'est à l'occasion de la réforme du 7 mai 1984, « en passant », que cette dernière exception au principe de personnalité de la sanction en matière de libération d'office des liens de nationalité sera abrogée<sup>2856</sup>. Ce qui ne devait être qu'une réforme de faible envergure à propos de la nationalité de la femme mariée donne l'occasion au gouvernement de rattraper « l'oubli »

---

<sup>2851</sup> Voy. la loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 complétant et modifiant le code de la nationalité française et relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, art. 15, in JORF, 10 janvier 1973, p. 470.

<sup>2852</sup> JORF, Ass. nat., débats, 10 octobre 1972 (1<sup>ère</sup> séance), p. 4008.

<sup>2853</sup> JORF, Ass. nat., débats, 11 octobre 1972, p. 4075.

<sup>2854</sup> Voy. JORF, Sénat, débats, 16 novembre 1972, p. 2092.

<sup>2855</sup> À l'occasion des débats de 1984, Jean Foyer qui confesse « sans vantardise excessive » qu'il a « réécrit à peu près intégralement de [sa] plume » la loi de 1973 présente quelques regrets à propos de l'article 96 : « comme il arrive à tout le monde de commettre des oublis, j'avais laissé subsister le deuxième alinéa de l'article 96 qu'il nous est proposé, à juste raison, de supprimer, encore qu'on puisse se demander s'il n'est pas déjà implicitement abrogé en vertu de la ratification de la convention internationale dont il a été question. » voy. JORF, Ass. nat., débats, 24 avril 1984 (2<sup>ème</sup> séance), p. 1855.

<sup>2856</sup> Voy. la loi n° 84-341 du 7 mai 1984 relatif à l'acquisition de la nationalité française par mariage, art. 3, in JORF, 10 mai 1984, p. 1355.

du législateur de 1973. La réforme était d'ailleurs devenue impérative puisque le Conseil d'État avait jugé en 1964 que l'extension à la femme de la libération d'office de son mari ne pouvait être retenue de plein droit, et que tout au contraire la femme devait elle-aussi s'être comportée en fait en et droit comme le national d'un pays étranger<sup>2857</sup> – ce qui privait de fait de tout intérêt la possibilité d'une extension. Le garde des sceaux Robert Badinter dépose ainsi en séance au Sénat un amendement au nom du gouvernement visant à abroger le dernier alinéa de l'article 96 du code de la nationalité (prévoyant l'extension familiale). Les propos du ministre, très détaillés, méritent d'être reproduits intégralement :

« Le Gouvernement souhaite que cette disposition soit abrogée et cela pour trois raisons. D'une part, cette disposition est fondamentalement discriminatoire à l'égard de la femme. Le texte dispose en effet : "La mesure prise à son égard peut être étendue à sa femme et à ses enfants mineurs." D'autre part, cette disposition est en désaccord avec le principe de l'indépendance de nationalité des époux, qui a été consacrée en France par la loi du 9 janvier 1973. Enfant, elle apparaît comme une sanction – c'est l'objet du premier alinéa de l'article 96 du code de la nationalité française – à l'égard du Français qui par son comportement nuit aux intérêts de la France. Dans notre droit, toute sanction est, par sa nature même, personnelle et individuelle. En l'occurrence, elle peut être étendue au conjoint et également aux enfants mineurs, alors que le conjoint, lui, n'a pas eu nécessairement une attitude répréhensible. (...) Telles sont les raisons moralement importantes qui justifient l'amendement présenté par le Gouvernement. »<sup>2858</sup>

Le Sénat suit le garde des sceaux et l'amendement est adopté. On voit donc bien que ce sont surtout des raisons juridiques qui président à l'abrogation de cet alinéa de l'article 96 – à la fois le principe de non-discrimination à raison du sexe, mais aussi le principe selon lequel une sanction doit être personnelle et individuelle. Il est aussi affaire de « morale » comme le note le garde des sceaux. On voit bien en effet à quel point cette intervention du législateur est tardive face à un principe édicté pour la première en 1915, en temps de guerre, pour permettre à la « suspicion » de produire des effets de droit. À l'Assemblée nationale d'ailleurs, qui confirmera l'abrogation adoptée par le Sénat, le rapporteur Roger Rouquette qui semble découvrir cet article, évoque une « bizarrerie juridique »<sup>2859</sup>. Justement, cette « bizarrerie » se retrouve dans la pratique administrative, hors de tout fondement législatif. Elle va ainsi faire l'objet d'un traitement ambivalent par le Conseil d'État, alternant entre la confirmation et l'erreur de droit.

---

<sup>2857</sup> Voy. CE, ass., 20 mars 1964, n<sup>os</sup> 49630 et 49631, *Sieur et dame Konarkowski*, Lebon p. 197.

<sup>2858</sup> JORF, Sénat, débats, 9 juin 1983, p. 1515.

<sup>2859</sup> JORF, Ass. nat., débats, 24 avril 1984 (1<sup>ère</sup> séance), p. 1854.

## **B. L'attitude ambivalente du juge administratif face à l'extension au conjoint**

**911.** Malgré la disparition législative des mécanismes d'extension de droit, l'extension automatique de la mesure, ou, à un autre degré, l'extension des faits motivant la mesure, sont parfois retenues par l'administration dans l'appréciation de la situation du conjoint. Traditionnellement, le Conseil d'État y voit une erreur de droit fondée sur la règle générale et implicite que toute mesure en droit de la nationalité est personnelle et individuelle (1). Cette jurisprudence a toutefois été récemment infléchie en matière de naturalisation, suivant une logique de « suspicion » de la conjointe lorsque des faits justifiant un rejet de la demande de naturalisation sont avérés en ce qui concerne le mari. Cette évolution appelle de sérieuses critiques ; elle remet en cause la dynamique fixée par l'évolution législative et le libéralisme dont fait traditionnellement preuve le juge (2).

### **1. L'erreur de droit dans l'extension au conjoint : l'approche protectrice du Conseil d'État**

**912. L'erreur de droit dans l'extension du retrait.** – De manière assez surprenante, au début des années 1950, le Conseil d'État se trouve confronté à plusieurs décrets retirant la nationalité à un individu, et, par extension, à sa conjointe, sans qu'aucune disposition législative ne le permette. Le Conseil d'État va implicitement recourir à l'erreur de droit pour invalider cette approche administrative du retrait. Dans une première affaire *Roterman* rendue le 18 mai 1951 en section, le Conseil d'État doit ainsi rappeler la règle selon laquelle « la naturalisation est accordée à la femme mariée à raison de sa situation personnelle et non de plein droit comme conséquence de la naturalisation de son mari »<sup>2860</sup>. Ce principe n'est guère nouveau, même sous l'empire de la loi du 26 juin 1889, la femme n'acquiert que sur sa demande la nationalité par l'effet collectif de la naturalisation de son mari<sup>2861</sup>. Depuis la loi du 10 août 1927<sup>2862</sup>, confirmée par le code de la nationalité de 1945<sup>2863</sup>, la femme mariée à un étranger qui obtient la naturalisation française ne bénéficie que d'une dispense de stage pour obtenir elle-même la nationalité par naturalisation. Dans cette affaire pourtant, le retrait de la naturalisation du sieur Roterman conduit au retrait subséquent de la naturalisation de sa conjointe, la dame Roterman, au visa

---

<sup>2860</sup> CE, section, 18 mai 1951, n° 94040, *Sieur et dame Roterman*, Lebon p. 272.

<sup>2861</sup> Voy. la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, art. 12, in JORF, 28 juin 1889, p. 2978.

<sup>2862</sup> Voy. la loi du 10 août 1927 sur la nationalité, art. 7, in JORF, 14 août 1927, p. 8698.

<sup>2863</sup> Voy. l'ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française, art. 64, 4°, in JORF, 20 octobre 1945, p. 6704.

notamment de la dispense de stage ouverte à la conjointe d'un Français naturalisé. L'administration semble avoir tenu le raisonnement selon lequel le retrait de la naturalisation du mari prive rétroactivement sa femme de la dispense de stage dont elle a profité. Le Conseil d'État confirme cependant que la dame Roterman remplissait cette condition au moment de sa naturalisation et considère que « le décret attaqué est, en ce qui la concerne, entaché d'excès de pouvoir »<sup>2864</sup>. Même si le juge ne le dit pas, il semble bien que ce soit l'erreur de droit<sup>2865</sup> qui est retenue ici, notamment par le moyen de l'affirmation générale de la règle de l'acquisition *personnelle* de la naturalisation par la femme mariée que le Conseil d'État rappelle en tête de sa décision, et qui indique à l'administrateur l'erreur de droit, c'est-à-dire le « vice dans [son] raisonnement »<sup>2866</sup>, la « méprise sur le sens de la norme à respecter »<sup>2867</sup>.

**913.** Une seconde série de jurisprudences montre que l'administration procède également par extension des faits du conjoint vers sa femme. Autrement dit, les faits relevés à l'encontre du mari pour procéder au retrait de sa nationalité sont également utilisés pour retirer la nationalité de sa conjointe. Ainsi de l'affaire *Gromb* jugée en assemblée le 1<sup>er</sup> février 1952. En l'espèce, le sieur Gromb faisait l'objet d'un décret de retrait pour défaut d'assimilation (annulé par le juge). Les mêmes faits servaient à l'administration pour procéder au retrait de la nationalité de la dame Gromb, son épouse. Or, comme le juge le Conseil d'État, « il n'est pas contesté que le décret attaqué, en tant qu'il prononce le retrait de la naturalisation de la dame Gromb, a été motivé uniquement par des faits qui avaient été relevés à l'encontre de son mari ; qu'aucun grief n'a été articulé contre la requérante ; que dès lors elle est fondée à demander, l'annulation de la disposition du décret attaqué qui la concerne »<sup>2868</sup> Ici encore, il nous semble bien que c'est l'erreur de droit qui est retenue. Non plus celle d'étendre de plein droit le retrait au conjoint, mais celle d'étendre le défaut d'assimilation au conjoint. Le Conseil d'État juge donc que la qualification juridique servant de fondement au retrait ne peut être transposée automatiquement à la conjointe ; il y a là encore une méconnaissance du caractère *personnel* et *individuel* de la naturalisation. La même jurisprudence est confirmée dans l'affaire *Fina* rendue le 21 octobre 1953. En l'espèce, le sieur Fina faisait l'objet d'un décret de retrait pour défaut de bonne vie et mœurs en raison d'infractions à la législation sur la répression des fraudes, accompagnée de

---

<sup>2864</sup> CE, section, 18 mai 1951, n° 94040, *Sieur et dame Roterman*, Lebon p. 272.

<sup>2865</sup> Il n'y a pas ici, à notre sens, une violation directe et objective de la loi, ou un contrôle de la qualification.

<sup>2866</sup> Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, vol. II, *op. cit.*, n° 1271, p. 387.

<sup>2867</sup> Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 239.

<sup>2868</sup> CE, ass., 1<sup>er</sup> février 1952, nos 4640 et 4641, *Sieur et Dame Gromb*, Lebon p. 79.

tentative de corruption de fonctionnaire. Le Conseil d'État rejette le recours du requérant, considérant à la suite de l'administration que la gravité de ces condamnations, inconnues de l'administration au moment de la naturalisation, est suffisante pour procéder au retrait sur ce fondement. Les faits du sieur Fina sont ensuite relevés à l'encontre de son épouse, la dame Fina, qui fait donc également l'objet d'un retrait de naturalisation. Le Conseil d'État juge encore « qu'il n'est pas contesté que le décret attaqué, en tant qu'il prononce le retrait de la naturalisation de la dame Fina, a été motivé uniquement par le fait qui avait été relevé à l'encontre de son mari ; qu'aucun grief n'est établi à l'encontre de la requérante personnellement ; que, dès lors, elle est fondée à demander l'annulation de la disposition du décret attaqué qui le (sic) concerne »<sup>2869</sup>. Les termes de la décision sont les mêmes que dans l'affaire *Gromb*, c'est toujours à notre sens l'erreur de droit qui est retenue.

**914.** On voit donc bien comment par l'erreur de droit le Conseil d'État force l'administration à rompre avec une appréciation collective du retrait de nationalité, lorsque – comme c'est souvent le cas en pratique – les époux ont formé ensemble une demande, et obtenu ensemble la naturalisation. Le Conseil rappelle avec force que, malgré ces circonstances, la naturalisation demeure individuelle et le droit ne permet pas de procéder à une extension au conjoint de la mesure de retrait<sup>2870</sup>. Cette jurisprudence s'applique avec davantage de nuances en matière de refus de naturalisation et de réintégration.

**915. L'erreur de droit retenue dans le refus de réintégration.** – En matière de réintégration, le Conseil d'État a approfondi sa jurisprudence relative à l'individualisation dans l'accès à la nationalité, forçant l'administration – par le moyen de l'erreur de droit – à séparer son évaluation des conjoints. Ainsi d'une affaire *Vo Ngoc Que* rendue le 26 septembre 1986 dans laquelle le ministre s'est fondé sur l'insuffisance de la connaissance de la langue française par Madame Vo Ngoc Que pour ajourner la demande de réintégration des deux époux. Par cette évaluation globale, l'administration « a ainsi entaché sa décision d'une erreur de droit »<sup>2871</sup>. Cette jurisprudence, particulièrement claire, montre bien que la demande présentée conjointement ne doit pas conduire pour autant à une assimilation des situations des deux conjoints – le ménage n'est plus un « corps social unique » pour paraphraser Maury<sup>2872</sup>. De la même manière, dans une affaire *Tran Quang* rendue le 11 mai 1987, le Conseil d'État annule pour erreur de

---

<sup>2869</sup> CE, 21 octobre 1953, n° 13526, *Epoux Fina*, Lebon p. 447.

<sup>2870</sup> Pour un exemple plus récent, voy. CE, 13 février 1974, n° 85091, *Sieur et dame de Gosson*, Lebon p. 94.

<sup>2871</sup> CE, 2/6 SSR, 26 septembre 1986, n° 54518, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Époux Vo Ngoc Que*, Lebon tables p. 529.

<sup>2872</sup> Jacques Maury, « Nationalité (Théorie générale) », *op. cit.*, n° 117, p. 299.

droit l'ajournement de la demande de réintégration de la requérante pris sur le motif de l'absence de demande conjointe de son mari<sup>2873</sup>. Autrement dit, la légitimité de la demande d'une femme visant à obtenir la naturalisation ne peut pas être remise en cause par le fait que son conjoint ne s'y joigne pas. Si l'administration maintient une certaine attention à la demande conjointe des époux, c'est désormais pour la considérer comme « un élément favorable »<sup>2874</sup> du dossier, et non plus comme un motif de rejet ou d'ajournement.

**916.** On voit donc bien ici encore comment l'erreur de droit est un instrument au service du recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration, dont l'éventail des choix légaux se réduit au fil de l'énoncé de certaines règles fondamentales – l'individualisation – par le juge administratif. Toutefois, deux jurisprudences tendent à rendre à l'autorité publique une certaine marge de manœuvre en matière d'extension au conjoint dans le domaine de la naturalisation.

## **2. L'erreur de droit dans l'extension au conjoint : critique de l'évolution de la jurisprudence**

**917. L'erreur de droit écartée dans le refus de naturalisation.** – Dans deux jurisprudences assez étonnantes, le Conseil d'État revient sur son appréciation traditionnelle de l'individualisation des demandes. Dans une première affaire *Pham* rendue le 4 octobre 2000, l'autorité publique ajourne à trois années la demande de naturalisation de la requérante, pour le motif que son mari, avec qui elle entretient une communauté de vie de « longue durée », « avait été officier des services de renseignements vietnamiens en poste à l'ambassade du Viêt-Nam à Paris et chargé de recueillir des renseignements scientifiques et techniques au profit de ces services ». Le Conseil d'État, à la suite de la Cour administrative d'appel, ne relève ici aucune erreur de droit « dans les circonstances particulières de l'espèce »<sup>2875</sup>. L'on ne peut qu'être étonné par une telle décision qui n'est rien d'autre qu'une extension de la « suspicion » pour reprendre les motifs de la loi du 7 avril 1915 (voy. *supra* n° 906 s.). Certes, il s'agit là d'une décision d'ajournement, et il y a lieu de croire que passé le délai de trois années indiqué par l'administration, un tel motif ne sera plus opposé à l'intéressée. Mais il n'empêche, en se fondant ainsi exclusivement sur des faits imputables au mari, sans apporter un commencement de preuve que la femme ait pu en avoir connaissance ou, plus grave, ait pu lui apporter de l'aide,

---

<sup>2873</sup> CE, 2/6 ssr, 11 mai 1987, n° 70459, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Mme Tran Quang*, Lebon p. 165.

<sup>2874</sup> Circulaire DPM n° 2000-254 du 12 mai 2000 relative aux DPM naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de la nationalité française, p. 11.

<sup>2875</sup> Sur l'ensemble, voy. CE, 2/1 ssr, 4 octobre 2000, n° 204298, *Mme Pham*, Lebon p. 387.

il semble bien qu'il y aurait eu suffisamment de matière pour la reconnaissance d'une erreur de droit commise par l'autorité publique. Autrement dit, l'administration aurait dû rapporter la preuve d'une influence de la situation du mari sur la situation personnelle de Madame Pham. Cette décision constitue donc un infléchissement assez sérieux de la jurisprudence déjà arrêtée en matière de retrait et de refus de réintégration.

Elle a été confirmée dans une seconde affaire *Kerech* rendue le 10 décembre 2004. En l'espèce, la requérante entretenait « une communauté de vie effective » avec son mari, celui-ci s'avérant être « l'un des principaux dirigeants d'une fédération d'organisations religieuses à laquelle sont affiliés plusieurs mouvements extrémistes prônant le rejet des valeurs essentielles de la société française »<sup>2876</sup>. La demande de naturalisation est rejetée sur ce motif, ce qui marque le caractère irrémédiable de la situation aux yeux de l'administration – qui ne choisit pas de procéder à l'ajournement. En réalité, cette décision est en lien direct un autre arrêt rendu le même jour, probablement à propos de son époux, Boubaker El Hadj Amor, membre de l'Union des organisations islamiques de France, dans lequel le Conseil d'État confirme le rejet en opportunité de la demande de naturalisation pris sur le motif identique que « l'intéressé [est] l'un des principaux dirigeants d'une fédération d'organisations religieuses à laquelle sont affiliés plusieurs mouvements extrémistes prônant le rejet des valeurs essentielles de la société française »<sup>2877</sup>. L'on reviendra *infra* (cf. n° 960 s.) sur la place de la religion dans le contrôle de la qualification juridique des faits. À ce stade, il convient de souligner que le refus de naturalisation de Madame Kerech est uniquement imputable aux activités de son mari, la décision du Conseil d'État statuant sur sa situation n'étant que le décalque de la décision statuant sur la situation de son mari<sup>2878</sup>. À l'instar des législations de l'entre-deux-guerres, abrogées dans les années 1970 et 1980 (voy. *supra* n° 906 s.), il y a là une forme très critiquable d'extension de droit faite au conjoint<sup>2879</sup>.

---

<sup>2876</sup> CE, 2/7 ssr, 10 décembre 2004, n° 257590, *Mme Kerech épouse El Hadj Amor*, Lebon tables p. 689 (sur ce point).

<sup>2877</sup> CE, 2/7 ssr, 10 décembre 2004, n° 257589, inédit.

<sup>2878</sup> La Cour administrative d'appel de Nantes, réceptionnant cette approche, a déjà jugé que « le ministre a pu, sans commettre d'erreur de droit, compte tenu de l'ancienneté de la communauté de vie entre les époux, apprécier la situation de la requérante en prenant en considération des faits imputables à son mari ». Voy. CAA Nantes, 11 octobre 2013, n° 13NT00801, inédit ; CAA Nantes, 30 septembre 2011, n° 10NT02566, inédit.

<sup>2879</sup> Elle n'est pas propre au droit de la nationalité et se retrouve encore récemment dans le contentieux de l'état d'urgence dans lequel s'est développé ce que Xavier Vandendriessche a appelé une évaluation de la « menace par ricochet », c'est-à-dire une « appréciation du comportement du requérant résid[ant] essentiellement dans la dangerosité de ses proches ». Voy. Xavier Vandendriessche, « Le contrôle du Conseil d'État sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence », *AJDA*, 2018, n° 23, p. 1322.



**918.** Hugues Fulchiron et Étienne Cornut notent que « Cette appréciation doit (...) rester exceptionnelle »<sup>2880</sup>, et l'on ne saurait trop leur donner raison tant celle-ci porte atteinte au principe jusqu'alors constant suivant lequel une mesure en droit de la nationalité s'apprécie au regard de la seule situation individuelle de la personne concernée. Cela ne signifie pas en l'espèce que la naturalisation aurait dû être accordée à Madame Pham ou à Madame Kerech, mais que l'administration aurait dû rapporter la preuve que la première avait participé directement ou indirectement à des activités de renseignement, et que la seconde rejetait elle-même les « valeurs essentielles de la société française ». L'extension familiale suivie dans ces deux affaires tend en réalité à considérer que la « communauté de vie » des époux n'est autre qu'une « communauté d'esprit », avec au surplus avec un primat de l'homme sur la femme<sup>2881</sup>. Ces deux décisions, hautement critiquables, s'inscrivent ainsi en rupture avec la jurisprudence libérale du Conseil d'État qui voyait jusqu'alors dans l'extension au conjoint une erreur de droit. L'application en droit de la naturalisation de la jurisprudence constante relative au retrait et à la réintégration et refusant l'extension serait donc largement souhaitable.

\*

**919. Conclusion de section : le recul concret de la discrétionnarité.** – Il ne suffit pas de constater l'existence d'un contrôle juridictionnel pour en déduire le recul du pouvoir discrétionnaire. Or, lorsque l'on s'intéresse aux seuls éléments invariants du contrôle de légalité, force est de constater que l'erreur de droit apparaît comme un outil contentieux particulièrement puissant dans la réduction de la marge d'appréciation discrétionnaire de l'administration. Le juge, à chaque fois qu'il reconnaît l'erreur de droit, fixe dans sa décision d'espèce et pour l'avenir l'illégitimité d'un motif de droit auparavant retenu par l'autorité publique. La latitude normative décroît donc au fil de la jurisprudence, et les exemples de l'état de santé et de l'extension familiale démontrent comment la liberté de l'administration recule concrètement. Dans chacun de ces exemples, un dialogue à trois s'engage entre le législateur, l'administration et le juge. Le législateur fixe à chaque fois la légitimité d'un motif de droit ou de fait, comme par exemple prendre en compte l'état de santé d'un demandeur à la naturalisation, ou étendre une mesure de

---

<sup>2880</sup> Hugues Fulchiron et Étienne Cornut, « Nationalité – Naturalisation. Acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique », JCl. Droit international, Fasc. 502-71, 2011, § 133.

<sup>2881</sup> L'administration réceptionne clairement cette jurisprudence : la circulaire IMIC1000113C du 27 juillet 2010 relative à la déconcentration de la procédure d'acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique, p. 12, indique qu'« une décision défavorable peut légalement être opposée au demandeur en se fondant sur des faits imputables à ses fréquentations ou à son conjoint ».

perte à la famille d'un déchu. L'administration réceptionne alors fort logiquement cette possibilité ouverte par le législateur et en fait usage. Puis le parlement apparaît comme frappé par le caractère presque choquant de sa législation – l'intérêt général commande-t-il réellement de placer hors de la communauté française les étrangers malades, ou de considérer que la femme est responsable par « attraction » des faits de son mari ? Souvent d'ailleurs, ce sont des dispositions créées ou consacrées par l'ordonnance du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française, élaborée hors des cénacles parlementaires, qui font l'objet des « retouches » du parlement. L'abrogation des dispositions ne produit cependant pas d'effet direct sur la pratique administrative, en particulier en droit de la naturalisation : ce qui était auparavant une condition de recevabilité fixée par la loi peut facilement devenir une condition d'opportunité fixée par l'administration. C'est alors le juge qui trace par l'erreur de droit les frontières entre le légitime et l'illégitime lorsqu'il est confronté aux critères que l'administration édicte en opportunité. Jean-Marie Auby et Roland Drago écrivent ainsi que l'erreur de droit présente « un intérêt fondamental pour le contrôle du pouvoir discrétionnaire »<sup>2882</sup>, et le contentieux de la nationalité confirme ce constat avec force.

\* \*

**920. Conclusion de chapitre : l'inéluctable contrôle de légalité.** – Le débat engagé entre les tenants d'une conception souveraine et discrétionnaire de la nationalité d'une part, et ceux qui considèrent plutôt que la nationalité doit être soumise, comme toutes les mesures administratives au contrôle du juge, tourne rapidement à l'avantage des seconds. La nationalité a beau être l'expression de la souveraineté de l'État, son caractère fondamental pour l'individu justifie que le Conseil d'État exerce, dès le début du XXe siècle, un contrôle de légalité en matière de retrait de nationalité, et même en matière de refus de naturalisation. Cette jurisprudence produit un effet de souffle et change durablement la nature des prérogatives de l'État en matière de nationalité. Le seul contrôle des éléments invariants que sont l'exactitude matérielle et l'erreur de droit produisent un recul profond de la discrétionnarité du pouvoir du gouvernement. Le contrôle de l'erreur de droit montre en particulier que l'étendue des choix légaux offerts à l'administration est drastiquement impacté par l'arbitrage du juge entre critères légitimes et illégitimes. D'un point de vue très concret, l'œuvre du juge, par le moyen de l'erreur de droit, permet aujourd'hui à une personne dont l'état de santé ne lui permet pas de se procurer des ressources autonomes d'obtenir la naturalisation. L'autorité publique n'a en effet plus la possibilité légale

---

<sup>2882</sup> Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, vol. II, *op. cit.*, n° 1271, p. 387.

de se fonder sur l'état de santé d'un individu, directement *ou* indirectement, pour lui refuser la « faveur » que constitue la nationalité française. Le caractère fondamental de la nationalité, paradoxalement reconnu dans le contexte particulièrement trouble de la première guerre mondiale, induit inéluctablement l'existence d'un contrôle de légalité, et produit *in fine* un encadrement du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique. L'étude des éléments variables du contrôle de légalité que sont le contrôle de la qualification juridique des faits d'une part, et le contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits d'autre part, permettent encore de mesurer le recul de la discrétionnarité induit par l'intervention du juge administratif.

## Chapitre 8. L'intensification du contrôle juridictionnel administratif

« C'est donc dans l'appréciation des faits (qui recoupe à nos yeux les deux opérations de qualification juridique des faits et d'adéquation aux faits) que l'administration est susceptible de bénéficier d'une plus ou moins grande liberté »<sup>2883</sup>

Pierre SERRAND

921. Le contrôle de légalité devant le juge administratif peut conduire le juge à « apprécier » les faits qui fondent la décision, on distingue alors le contrôle de la qualification juridique des faits et le contrôle de l'adéquation de mesure aux faits<sup>2884</sup>. Le juge n'est toutefois jamais tenu de les exercer, en cela ils sont régulièrement qualifiés d'« éléments variablement contrôlés »<sup>2885</sup>. De fait, l'immixtion du juge dans le domaine de l'appréciation des faits – au-delà donc du seul établissement de leur exactitude matérielle – n'a rien de constant. Autrement dit, la qualification des faits et le choix d'agir peuvent appartenir exclusivement à l'autorité publique, sans que le juge puisse contrôler cette appréciation à l'occasion d'un litige. Le contentieux administratif réceptionne bien cette possibilité et qualifie cet état de contrôle « minimum », terme forgé par Jean-Marie Auby et Roland Drago dans les années 1960<sup>2886</sup> pour décrire l'absence de toute appréciation des circonstances de fait par le juge administratif. Dans ce cas, le pouvoir discrétionnaire de l'administration est globalement préservé<sup>2887</sup> ; l'autorité publique a toute liberté pour agir, à la condition de ne commettre ni erreur de droit, ni inexactitude matérielle, ni détournement de pouvoir – en sus des éléments traditionnels relatifs à la légalité externe (l'ensemble formant les invariants du contrôle de légalité, voy. *supra* n° 855 s.).

Cet état « minimum » du contrôle peut toutefois céder face à l'engagement de deux variables, qui ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre, et dont on propose la grille d'analyse

---

<sup>2883</sup> Pierre Serrand, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *RDJ*, 2012, n° 4, p. 901.

<sup>2884</sup> Voy. en ce sens Fabrice Melleray, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2014, § 44, qui indique qu'« il convient (...) de distinguer en toute rigueur la qualification juridique des faits de l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs ».

<sup>2885</sup> Voy. Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, Paris, Flammarion, 2011, 4<sup>ème</sup> éd., p. 245.

<sup>2886</sup> Voy. Jean-Marie Auby et Roland Drago *Traité de contentieux administratif*, vol. II, LGDJ, n° 1257, p. 370, note 1. L'emploi du terme est constant, voy. plus récemment Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, Paris, Flammarion, 2011, 4<sup>ème</sup> éd., p. 245.

<sup>2887</sup> L'on a tout de même montré *supra* (cf. n° 884 s.) que le contrôle de l'erreur de droit pouvait être un vecteur de réduction du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

suiuante<sup>2888</sup>. La première variable est le *contrôle de la qualification juridique des faits*. Le juge s'attache à vérifier que les faits sont de nature à justifier la mesure qui a été adoptée, autrement dit que les conditions de fond fixées par le législateur sont respectées au regard des circonstances de l'espèce. Ce contrôle de la qualification est susceptible de gradation : il peut être « restreint » ou « normal ». Dans le cas du contrôle « restreint », le juge vérifie que les faits ne sont pas manifestement insusceptibles de fonder la mesure, tandis que dans le cadre du contrôle « normal », le juge vérifie strictement si les faits peuvent justifier la mesure, il substitue dans ce dernier cas son appréciation de la qualification à celle de l'administration. Le terme « normal » renvoie alors au caractère logique et habituel du contrôle de la qualification dans le cadre d'un office de juge de la légalité. La seconde variable est le *contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits*. Le juge s'attache ici à vérifier le rapport de proportionnalité<sup>2889</sup> entre la situation du requérant et la décision adoptée par l'administration ; ce contrôle s'attache au choix de l'autorité publique, au caractère « adapté » de sa décision. Là-encore, ce contrôle est susceptible de gradation : il peut être « restreint » ou « entier »<sup>2890</sup>. Dans le cas du contrôle « restreint », le juge vérifie que la décision n'est pas manifestement disproportionnée au regard de la situation factuelle du requérant, tandis que dans le cas du contrôle « entier », le juge vérifie que la décision et la situation factuelle du requérant entretiennent un strict rapport de proportionnalité<sup>2891</sup>. Ainsi, lorsque l'on souhaite démontrer que le pouvoir discrétionnaire de l'administration recule par l'effet du contrôle juridictionnel, on peut prendre appui sur ces éléments variables du contrôle : d'une part montrer que le contrôle « minimum » n'est pas retenu par le juge et que celui-ci décide plutôt à d'apprécier les faits à la suite de l'administration (par le moyen de leur qualification et/ou de leur adéquation) ; d'autre part relever que le contrôle de la qualification est

---

<sup>2888</sup> La classification que l'on propose est celle qui nous semble la mieux à même de systématiser l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État dans le contentieux de la nationalité. Une telle démarche inductive n'est pas sans risque et sans incertitude. Comme le note Benoît Plessix, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2018, 2<sup>ème</sup> éd., n° 1171, p. 1420, « De toutes les tâches de la doctrine administrativiste, la systématisation des degrés de contrôle du juge de l'excès de pouvoir est probablement la plus redoutable. »

<sup>2889</sup> Sur l'emploi de ce terme en contentieux administratif, voy. Guy Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, vol. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 298.

<sup>2890</sup> On procède ainsi à une distinction que ne retiennent pas tous les auteurs en considérant que le contrôle « entier » s'applique à l'adéquation de la mesure, et que le contrôle « normal » s'applique à la qualification de la mesure. De fait, le contrôle « entier » de l'adéquation de la mesure aux faits n'a rien de « normal », il fait encore figure d'exception dans de nombreux contentieux.

<sup>2891</sup> L'on n'exposera pas l'idée d'un contrôle maximum. Suivant Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 250, « Contrairement à ce qu'affirme la doctrine dominante, le *contrôle maximum* n'existe pas, du moins en tant que contrôle de l'appréciation juridique des faits. En effet, de la même façon qu'il est difficile d'imaginer une lessive «lavant plus blanc que blanc», l'idée d'un examen plus précis que celui qui censure toute erreur laisse perplexe. »

« normal » plutôt que « restreint », et que le contrôle de l'adéquation est « entier » plutôt que « restreint », pour montrer l'intensité du contrôle.

**922.** Alors, qu'est-ce que le contentieux administratif révèle de ces différents contrôles « variables » en droit de la nationalité ? Force est toutefois de constater que le Conseil d'État va réceptionner au cours du XXe siècle ces deux contrôles variables dans l'ensemble du contentieux des mesures administratives prises en application de la législation sur la nationalité. Le contrôle de la qualification juridique des faits va ainsi s'étendre sous une forme « normale » – jamais « restreinte » – à l'ensemble des conditions de fond fixées par le législateur, autant en matière de perte qu'en matière d'acquisition, conduisant ainsi à un recul important de la marge d'appréciation discrétionnaire de l'autorité publique (section 1). Le contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits va quant à lui s'étendre sous une forme « restreinte » à la majorité des choix exercés par l'administration dans les différents contentieux de la nationalité, dans des domaines qui relevaient auparavant de la pure opportunité de l'administration. Il va même gagner une forme « entière » dans le contentieux de la déchéance de nationalité, actant ainsi l'effacement du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique dans ce domaine sanctionnateur (section 2).

### ***Section 1. L'intensification par le contrôle « normal » de la qualification juridique des faits***

**923.** Le député Vatimesnil indique en 1849 que « c'est naturellement au pouvoir exécutif qu'il appartient de dire, après vérification des titres : L'individu qui demande la naturalisation se trouve ou ne se trouve pas dans [les] conditions [fixées par pouvoir législatif] »<sup>2892</sup>. Autrement dit, à cette époque, la compétence du gouvernement est exclusive et l'on n'imagine pas que les juges puissent apprécier également la qualification juridique des faits. Le contrôle de la qualification n'est de fait pas une constante du contrôle de légalité. Mais lorsque le juge décide d'engager un contrôle de la qualification, il entre de plein pied dans le syllogisme juridique et porte son regard sur les faits et sur les conditions fixées par la loi. Il substitue alors son interprétation à celle de l'administration, et fait en conséquence profondément reculer la discrétionnarité du pouvoir de l'autorité publique dans l'interprétation des conditions légales. Ainsi, Raymond Odent donne la définition suivante du contrôle de la qualification juridique : « Pour qu'une décision administrative soit légale, il ne suffit pas que les faits retenus pour la motiver soient matériellement exacts ; il faut aussi que ces faits exacts soient, par leur nature, au nombre

---

<sup>2892</sup> Assemblée Nationale, séance du 28 novembre 1849, in *Moniteur universel*, 29 novembre 1849, n° 333, p. 3832

de ceux que l'autorité administrative pouvait légitimement retenir comme motifs pour se décider. Autrement dit, pour reprendre là encore les termes d'arrêts fort nombreux, ces faits doivent être "de nature à justifier la décision attaquée". »<sup>2893</sup> C'est donc un contrôle particulier qu'exerce ainsi le juge, « un mélange d'administration et de contentieux »<sup>2894</sup> comme a pu le relever très tôt Romieu. La naissance de ce contrôle en droit de la nationalité remonte à la première guerre mondiale. Le législateur, saisissant parfaitement l'importance de la nationalité et le risque d'arbitraire que présente toute législation relative à la perte de la nationalité, donne implicitement mandat au Conseil d'État pour contrôler la qualification juridique des faits retenue par l'administration. Cette jurisprudence fondatrice, inscrite dans ce contexte spécial, sera étendue à l'ensemble du contentieux de la nationalité à l'occasion du second XXe siècle, posant les jalons d'un profond recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration autant sur le plan de l'acquisition que de la perte de la nationalité (I). Sur un plan plus concret et casuistique, deux exemples contentieux illustrent bien ce mouvement de recul du pouvoir discrétionnaire par le contrôle normal de la qualification juridique des faits. Le Conseil d'État a d'abord neutralisé les liens que plusieurs gouvernements renaient entre nationalité et opinions politiques pour priver de leur nationalité des militants communistes. Le contrôle normal met ainsi fin à cette politique et protège de toute ingérence administrative la nationalité d'individus politiquement opposés au gouvernement. Le Conseil d'État a ensuite encadré les liens entre nationalité et opinions religieuses en contrôle la qualification de la condition d'assimilation dans des affaires relatives à la pratique « radicale » de l'islam (II).

### **§ 1. La naissance du contrôle de la qualification en contentieux de la nationalité**

**924.** Comment est né le contrôle de la qualification juridique des faits en droit de la nationalité ? Il est intéressant de constater que, avant de se développer après la seconde guerre mondiale, les bases du contrôle de la qualification juridique des faits avaient été posées à l'occasion de la première guerre mondiale. Le législateur donne alors clairement mission au juge administratif de contrôler les éventuelles « erreurs » de l'administration lorsqu'elle adopte un décret de déchéance en application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 avril 1915, ce qui conduira le juge à engager un strict contrôle de la qualification juridique des faits dès le début du XXe siècle, en plein essor à cette époque (A). C'est surtout à la Libération que le Conseil d'État va engager une politique générale d'extension du contrôle « normal » de la qualification juridique des faits

---

<sup>2893</sup> Raymond Odent, *Contentieux administratif* (1980), vol. II, Paris, Dalloz, 2007, p. 532.

<sup>2894</sup> Jean Romieu, conclusions sous CE, 30 novembre 1906, *Repos hebdomadaire*, Lebon p. 865-866.

qui va ainsi s'appliquer d'abord aux mesures de perte, puis ensuite aux décisions d'irrecevabilité en matière de naturalisation et de réintégration. Il s'en déduit un recul particulièrement important du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique dans l'interprétation des conditions légales fixées par le législateur (B).

### **A. Les prémices du contrôle de la qualification : les orientations de la première guerre mondiale**

**925.** Comment en matière de recevabilité (voy. *supra* n° 869 s.), c'est encore la première guerre mondiale et sa législation spéciale sur la perte de la nationalité qui encourage le juge à approfondir son contrôle. Cette fois ce sont les débats relatifs à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 avril 1915, d'inspiration « libérale » (en comparaison de son article 2, voy. *supra* n° 419 s.), qui invitent le juge à exercer un contrôle de la qualification juridique des faits (1). Dans la suite directe du célèbre arrêt *Gomel* rendu en 1914, le Conseil d'État répond à l'invitation qui lui est faite et procède au contrôle de la qualification des conditions légales fixées par l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1915. L'ensemble forme le premier exemple d'un tel contrôle en contentieux de la nationalité (2).

#### **1. Les orientations positives du législateur**

**926. Contre « l'arbitraire », l'invitation du législateur au contrôle.** – L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 avril 1915 prévoit directement la possibilité qu'un recours contentieux soit formé devant le Conseil d'État. Cet article prévoyait que dans certains cas très circonscrits, un individu pouvait faire l'objet d'un décret de déchéance de nationalité : « En cas de guerre entre la France et une puissance à laquelle a ressorti un étranger naturalisé, celui-ci pourra être déchu de la naturalisation, lorsqu'il aura conservé la nationalité de son pays d'origine ou du pays dans lequel il a été antérieurement naturalisé. La déchéance sera obligatoire : si le naturalisé a recouvré une nationalité antérieure ou acquis toute autre nationalité ; s'il a, soit porté les armes contre la France, soit quitté le territoire français pour se soustraire à une obligation d'ordre militaire ; soit enfin si, directement ou indirectement, il a prêté ou tenté de prêter contre la France, en vue ou à l'occasion de la guerre, une aide quelconque à une puissance ennemie. »<sup>2895</sup> Et le même

---

<sup>2895</sup> Loi autorisant le Gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par l'anciens sujets de puissances en guerre avec la France, JORF, 8 avril 1915, p. 1948.



article précise que « La déchéance sera prononcée par décret rendu après avis du conseil d'État et *sauf recours au contentieux devant cette juridiction.* »<sup>2896</sup> (nous soulignons).

**927.** Cette formule conférant expressément une compétence au Conseil d'État statuant au contentieux est le fruit du travail de la commission des lois de la Chambre des députés. Les députés y voient une garantie libérale, protégeant l'individu de l'arbitraire, comme l'indique le député Maurice Bernard dans son rapport : « Votre Commission, dans le désir de traduire en quelque sorte solennellement ce souci de donner à l'individu toutes les garanties désirables contre l'arbitraire, a voulu que ce droit de recours devant le Conseil d'État fut mentionné expressément. »<sup>2897</sup> Pour autant, l'enjeu n'est pas de conférer expressément une compétence au Conseil d'État dont il n'aurait pas disposé selon le droit commun. Pour les élus, le juge administratif aurait été compétent en toutes hypothèses, quand bien même aucune disposition législative n'aurait consacré sa capacité à statuer au contentieux. Poirier de Narçay a ainsi à cœur de ne pas laisser croire qu'on donne ainsi une garantie spéciale et exceptionnelle à des individus soupçonnés de déloyauté : « Si donc je prends la parole, c'est pour dissiper la possibilité d'une équivoque fâcheuse, c'est pour bien faire comprendre que cette disposition, au dire de la jurisprudence, est de droit. »<sup>2898</sup> Le garde des sceaux Aristide Briand confirme encore que cette « addition ne crée pas un droit nouveau ; elle ne fait que consacrer un droit existant. »<sup>2899</sup>

**928.** Ce que les députés entendent en réalité indiquer, c'est que l'administration pourra commettre des « erreurs » dans l'application de cet article, et qu'un juge pourra sans doute possible contrôler ces décisions. Joseph Denais indique ainsi que ce rappel de la compétence du Conseil d'État est bienvenu car « Cette juridiction pourra redresser les erreurs et prononcer les exceptions. »<sup>2900</sup> De la même manière, Ernest Lafont indique que le Conseil d'État sera à même de « réparer » l'erreur commise par l'administration : « Lorsqu'on aura frappé à tort – et tout le monde peut se tromper, surtout à une époque où on aura besoin quelquefois d'aller vite – nous nous consolerons assez facilement de l'erreur, car elle sera réparable. »<sup>2901</sup> On le voit donc bien, ce que les députés indiquent ici au Conseil d'État, c'est qu'il est invité à juger sans restreindre son contrôle<sup>2902</sup>. Pour réparer les erreurs potentielles de l'administration, le juge devra

---

<sup>2896</sup> *Ibid.*

<sup>2897</sup> Ch. Dép., Rapport n° 526, annexe au procès-verbal de la séance du 19 janvier 1915, p. 10.

<sup>2898</sup> JORF, Ch. dép., débats, 29 janvier 1915, p. 69.

<sup>2899</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>2900</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>2901</sup> JORF, Ch. dép., débats, 2 avril 1915, p. 547.

<sup>2902</sup> Et aussi évidemment à *exercer* un contrôle. En cela, ces éléments confirment bien que la recevabilité ne fait guère débat au début du XXe siècle, voy. *supra* n° 857 s.

non seulement vérifier les conditions formelles d'édition du décret, mais aussi, et cette idée est nouvelle, si l'administration a correctement qualifié la situation.

## 2. Le contrôle de la qualification du décret de déchéance par le juge

**929. Le contrôle de la qualification juridique devant le Conseil d'État.** – Le Conseil d'État a consacré dans son célèbre arrêt *Gomel* rendu le 4 avril 1914 l'existence d'un contrôle de la qualification juridique des faits dans le cadre de son office du juge de l'excès de pouvoir. Dans cette affaire, le juge contrôle la qualification juridique de la « perspective monumentale » de la place Beauvau, dont la protection permet au préfet de s'opposer à un permis de construire<sup>2903</sup>. C'est un approfondissement important à une époque où les faits commencent à imprégner le contrôle du juge<sup>2904</sup>. Le contentieux des décrets de déchéance pris en application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 avril 1915 va justement s'inscrire dans cette dynamique.

**930.** L'affaire *Sieur Kopp* rendue le 20 avril 1923 est la seule décision où le Conseil d'État juge au fond la légalité d'un décret de déchéance pris en application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 avril 1915. Dans cette affaire, l'autorité publique avait privé le requérant de sa nationalité par un décret du 2 février 1916, retenant que celui-ci a quitté le territoire français pour se soustraire à une obligation d'ordre militaire. Le Conseil d'État procède dans cette espèce, et pour la première fois en contentieux de la nationalité, à un contrôle de la qualification juridique des faits. Autrement dit, il va vérifier si les faits sont bien de nature à justifier la décision qui a été prise par l'autorité publique : « il résulte de l'instruction que le sieur Kopp, qui est parti de Paris le 27 juillet 1914 pour se rendre en Allemagne, a quitté le territoire français pour se soustraire à une obligation d'ordre militaire ; que dès lors, il n'est pas fondé à se plaindre de ce que le retrait de la naturalisation, qui lui avait été accordée par décret du 9 avril 1910, ait été prononcée pour ce motif par le décret attaqué et à demander de ce chef l'annulation dudit décret »<sup>2905</sup>. Cette décision est capitale en ce qu'elle montre que face à des conditions légales strictement établies par le Parlement, et encouragé par les dispositions de la loi, le Conseil d'État apprécie les faits et le droit en lieu et place de l'administration pour confirmer ou infirmer la qualification juridique retenue par l'autorité publique. C'est donc dans le contexte marquant de la première

---

<sup>2903</sup> Voy. CE, 4 avril 1914, n° 55125, *Gomel*, Lebon p. 488. Le commentaire au Lebon mentionne à l'époque la « fausse application » de la loi.

<sup>2904</sup> L'arrêt *Gomel* n'est cependant qu'un point d'aboutissement et l'on trouve déjà des exemples de contrôle de la qualification au XIX<sup>e</sup> siècle, voy. Benoît Plessix, *Droit administratif général*, op. cit., n° 1171, p. 1419.

<sup>2905</sup> CE, 20 avril 1923, n° 74672, *Sieur Kopp*, Lebon p. 354.

guerre mondiale que naît le contrôle de la qualification juridique en droit de la nationalité, il sera par la suite étendu à l'ensemble du contentieux.

## **B. L'extension du contrôle de la qualification et le recul de la discrétionnarité**

**931.** Comme cela a déjà été noté, ce contrôle de la qualification juridique des faits est « variable » et son intensité est une question d'opportunité laissée à la libre appréciation du juge. Or, l'on constate bien que le contrôle de la qualification s'est d'abord développé à l'égard des mesures de perte, et ce dès la fin de la seconde guerre mondiale, et qu'il a fallu attendre les années 1980 pour que le même contrôle s'applique aux décisions d'irrecevabilité en matière de naturalisation et de réintégration (1). Au total, le contrôle de la qualification des conditions édictées par la législation s'applique désormais à l'ensemble du contentieux de la nationalité, produisant un recul particulièrement important de la discrétionnarité du pouvoir de l'autorité publique (2).

### **1. Le développement du contrôle de la qualification dans le contentieux de la nationalité**

**932. Le contrôle précoce de la qualification en matière de perte.** – Dès la fin de la seconde guerre mondiale, le contrôle de la qualification juridique des faits émerge en contentieux de la perte de la nationalité. Ce contrôle est initié par le contentieux de la déchéance de nationalité, dans une affaire *Emanoylidis* rendue en section le 13 mars 1945, mais non fichée aux tables annuelles. Dans cette espèce, le requérant avait fait l'objet d'une série de condamnations mineures – bris de clôture, banqueroute, abus de confiance, détention et vente de denrées avariées – dans les années 1930 et 1940. L'autorité publique, en application de l'article 10 de la loi du 10 août 1927, tel que modifiée par le décret-loi du 12 novembre 1938, procède à sa déchéance de nationalité par décret le 27 avril 1941 « pour avoir accompli des actes contraires à l'ordre public ». Le requérant défère l'examen de la légalité de cette mesure au Conseil d'État qui valide le décret en retenant que « les agissements délictueux auxquels s'est ainsi livré le sieur Emanoylidis ont constitué, par leur répétition, une activité de nature à être regardée comme contraire à l'ordre public »<sup>2906</sup>. Le Conseil exerce donc bien un contrôle de la qualification juridique des faits retenus pour prononcer la déchéance. À notre connaissance, il y a là le seul exemple contentieux d'une mesure prise en vertu du décret-loi du 12 novembre 1938 modifiant les dispositions de la loi de 1927.

---

<sup>2906</sup> CE, section, 23 mars 1945, n° 73.091, *Sieur Emanoylidis*, Lebon p. 59.

La jurisprudence est confirmée à l'occasion d'une affaire *Pinson* rendue le 10 décembre 1952, cette fois en application du code de la nationalité de 1945. Les requérants avaient fait l'objet d'un décret de déchéance du 23 mai 1951 en raison d'actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France, réalisés au profit d'un État étranger (art. 98, 4° du code de la nationalité). Le Conseil d'État relève qu'« il ressort des pièces du dossier que l'autorité compétente a pu légalement estimer qu'eu égard au comportement des époux Pinton pendant la période d'occupation du territoire leur attitude a été incompatible avec la qualité de français et préjudiciable aux intérêts du pays »<sup>2907</sup>. Il y a donc encore une forme de contrôle de la qualification juridique des faits, même si l'on constate que la motivation du juge et l'examen des seules pièces du dossier n'en fait pas un contrôle particulièrement approfondi. De fait, sous l'influence d'une dynamique de pénalisation de la déchéance de nationalité, l'autorité publique ne prononce plus cette mesure qu'en se basant sur les condamnations pénales. Ainsi, en matière de déchéance, le contrôle de la qualification se résume désormais à constater que la condamnation dont l'individu a fait l'objet entre bien dans les prévisions de la législation<sup>2908</sup>.

**933.** En matière de retrait de nationalité, le contentieux donne rapidement aussi l'occasion au Conseil d'État d'affirmer son contrôle de la qualification juridique des faits. Dans une affaire *Albonico* rendue le 23 décembre 1949, le juge est confronté à un décret de retrait de nationalité pour défaut d'assimilation. Le Conseil d'État considère alors que « la légalité de la naturalisation, doit être appréciée en tenant compte non seulement de la connaissance que l'intéressé possède de la langue française, mais de l'ensemble des éléments portés à la connaissance de l'autorité compétente », et que « en l'état des constatations figurant au dossier l'autorité compétente a pu légalement estimer que le sieur Albonico ne remplissait pas la condition d'assimilation à la communauté française »<sup>2909</sup>. On voit bien ici comment dès 1949 le Conseil d'État s'arroge le droit par le contrôle de la qualification de définir et de contrôler ce qu'est l'« assimilation » au sens du code de la nationalité. Toutefois, à l'instar du contrôle de la qualification en matière de déchéance, celui-ci repose sur le « dossier » de l'administration, ce qui montre

---

<sup>2907</sup> CE, 10 décembre 1952, n° 16669, *Epoux Pinton*, Lebon p. 565. Voy. encore CE, 20 octobre 1954, n° 26557, *Léoncini*, Lebon tables p. 793 (sur ce point).

<sup>2908</sup> Voy. par ex. CE, 2/6 s.s., 23 mai 1986, n° 58806, *Warzecka*, Lebon p. 148 : « le décret relève que le crime dont il s'est rendu coupable et qui était au nombre de ceux visés par le paragraphe 5° de l'article 98 du code de la nationalité ». Voy. encore CE, 2 ss., 24 juin 1994, n° 126462, inédit.

<sup>2909</sup> CE, section, 23 décembre 1949, n° 97070, *Albonico*, Lebon p. 572.

une volonté de contrôler l'appréciation de l'administration, plutôt que de faire œuvre d'administrateur. Le Conseil d'État en fera rapidement de même pour ce qui est de la condition de « bonne vie et mœurs » à l'occasion d'une affaire *Bonapace* rendue le 20 octobre 1950<sup>2910</sup>.

**934.** Le juge de l'excès de pouvoir contrôle encore la qualification juridique dans le contentieux de la libération d'office des liens d'allégeance. Dans une affaire *Rudzinski* rendue le 2 décembre 1959 et mentionnée aux tables du *Lebon*, les annotateurs indiquent que la « déchéance<sup>2911</sup> de la nationalité française [est] légalement prononcée, en application de l'article 96 du Code de la nationalité, à l'encontre d'une française, le dossier sur lequel s'est fondé le gouvernement établissant qu'elle s'est comportée comme un national étranger »<sup>2912</sup>. Cette jurisprudence est confirmée dans un arrêt *Konarkowski* rendu en assemblée le 20 mars 1964 dans lequel le Conseil d'État juge que « l'activité retenue à l'encontre de l'intéressé ne peut légalement, dans les circonstances de l'affaire telles qu'elles ressortent des faits établis par l'instruction, être assimilée au comportement d'un national polonais au sens de l'article 96 du Code de la nationalité »<sup>2913</sup>. Ces exemples montrent que le Conseil d'État procède à un contrôle normal de la qualification, y compris lorsque les formules arrêtées par le législateur sont particulièrement floues – qu'est-ce que « se comporter en fait comme le national d'un pays étranger » ? Le Conseil d'État est amené non seulement à fixer de manière définitive le sens des conditions édictées par la loi, mais surtout à substituer son appréciation de la qualification à celle de l'administration.

**935.** Enfin, le contentieux des décrets d'opposition à l'acquisition de la nationalité est le dernier à faire état d'un contrôle de la qualification juridique des faits. C'est d'abord le mécanisme particulier de l'opposition à la conservation de la nationalité pour les Français de statut civil de droit local qui optent pour la conservation suite à l'indépendance de l'Algérie qui donne l'occasion au Conseil d'État de mettre en place un tel contrôle. L'ordonnance du 21 juillet 1962<sup>2914</sup> autorisait en effet les Français de statut civil de droit local à conserver la nationalité

---

<sup>2910</sup> Voy. CE, section, 20 octobre 1950, n<sup>os</sup> 3392 et 3393, *Epoux Bonapace*, *Lebon* p. 507. Voy. encore CE, 4 mai 1951, n<sup>o</sup> 99206, *Sieur Grandi*, *Lebon* p. 244.

<sup>2911</sup> Le Conseil d'État, statuant au contentieux, range la libération d'office des liens d'allégeance dans la catégorie générale des « déchéances », ce qui implique – dans l'esprit du juge – leur caractère sanctionnateur.

<sup>2912</sup> CE, 2 décembre 1959, n<sup>o</sup> 47016, *Demoiselle Rudzinski*, *Lebon* tables p. 989.

<sup>2913</sup> CE, ass., 20 mars 1964, n<sup>os</sup> 49630 et 49631, *Sieur et dame Konarkowski*, *Lebon* p. 197. Voy. encore CE, 8 décembre 1965, n<sup>o</sup> 63276, *Wehrlin*, *Lebon* p. 673, arrêt dans lequel le Conseil d'État juge « que les faits ainsi relevés, dont l'inexactitude matérielle n'est pas établie, étaient de nature à justifier la décision attaquée, laquelle n'est pas entachée de détournement de pouvoir ».

<sup>2914</sup> Voy. l'ordonnance n<sup>o</sup> 62-825 du 21 juillet 1962 relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, prises en application de la loi n<sup>o</sup> 62-421 du 13 avril 1962, *JORF*, 22 juillet 1962, p. 7230.

française moyennant certaines conditions, et réservant le droit du gouvernement de faire opposition dans les conditions prévues par le droit commun. Dans deux affaires rendues le 30 juin 1967, *Djellali Abdelkader*<sup>2915</sup> et *Allache Mokrane*<sup>2916</sup>, le Conseil d'État accepte de contrôler que les faits retenus par l'administration sont « de nature à justifier » l'opposition pour indignité dont les deux requérants ont chacun fait l'objet. Dans ces espèces, le juge valide l'appréciation de l'administration en retenant que les condamnations pénales des deux requérants fondent en droit une « indignité » permettant l'opposition à la conservation de la nationalité.

Il faut attendre 1978 pour que cette jurisprudence soit étendue au retrait de droit commun. L'occasion en est donnée à l'occasion de l'affaire *Dame Weisgal épouse Losay* jugée le 28 avril 1978 en assemblée (et sur laquelle on reviendra *infra* n° 957). L'engagement communistes de la requérante fondait le décret d'opposition pour indignité adopté par l'administration. Le Conseil d'État juge cependant que « les faits qu'a retenus le Gouvernement pour s'opposer à l'acquisition de la nationalité française par la dame Losay ne sont pas de nature à justifier légalement le décret attaqué »<sup>2917</sup>. Les annotateurs du *Lebon* indique que cet arrêt témoigne du « contrôle normal » du juge de l'excès de pouvoir, ce que la décision montre bien : la condition d'indignité fixée par le législateur fait l'objet d'un contrôle de la qualification juridique des faits, opération qui conduit le juge à substituer son appréciation à celle de l'administration. Dès 1978 donc, l'ensemble des contentieux de la perte de la nationalité réceptionnent le contrôle « normal » de la qualification juridique des faits. Il faudra attendre encore quelques années pour que le contentieux de l'acquisition se joigne à ce mouvement.

**936. Le contrôle tardif de la qualification en matière d'acquisition.** – Pour obtenir la naturalisation ou la réintégration, le code de la nationalité fixe depuis 1945 plusieurs conditions légales, en particulier la « résidence », « l'assimilation » et la moralité sous la forme d'une exigence de « bonne vie et mœurs ». Depuis 1949 et l'affaire *Albonico* (voy. *supra* n° 933), le Conseil d'État contrôle la qualification juridique de ces conditions lorsqu'il examine un décret de retrait de naturalisation. En matière d'irrecevabilité des demandes de naturalisation ou de réintégration en revanche, il faut attendre les années 1980 pour que le Conseil d'État procède au même contrôle lorsqu'une telle décision lui est déférée. Le 25 juillet 1985, dans une affaire *Benedetti*, le juge contrôle pour la première fois la qualification juridique du défaut de résidence retenu par l'autorité publique. Le Conseil d'État examine à cette occasion quel est « le centre

---

<sup>2915</sup> CE, 30 juin 1967, n° 64236, *Sieur Djellali Abdelkader*, *Lebon* p. 289.

<sup>2916</sup> CE, 30 juin 1967, n° 64531, *Sieur Allache Mokrane*, *Lebon* p. 290.

<sup>2917</sup> CE, ass., 28 avril 1978, n° 05659, *Dame Weisgal épouse Losay*, *Lebon* p. 196.

[des] attaches familiales [et des] occupations professionnelles »<sup>2918</sup> du requérant pour retenir qu'en l'espèce, l'administration a retenu à bon droit l'insatisfaction de la condition de résidence au stade de la recevabilité de la demande de naturalisation. Cette jurisprudence est confirmée de manière solennelle à l'occasion d'une affaire *Akhras* rendue en section le 28 février 1986. Le Conseil d'État affirme alors que la condition de résidence n'est pas satisfaite lorsque « l'intéressé n'a pas fixé en France de manière stable le centre de ses intérêts »<sup>2919</sup>. En l'espèce, le juge considère que le requérant étant étudiant et ne disposant pas de ressources propres, l'irrecevabilité pour défaut de résidence est retenue à bon droit. Ce contrôle de la qualification juridique est rapidement étendu aux conditions légales relatives à l'assimilation<sup>2920</sup> et à la moralité<sup>2921</sup> (« bonne vie et mœurs »).

**937.** Le développement du contrôle de la qualification juridique des faits en contentieux de la réintégration est concomitant. Dans une affaire *Khoualdia* jugée le 5 février 1986 le Conseil d'État exerce un contrôle « normal » – fiché comme tel par les annotateurs du *Lebon* – de la qualification juridique de la condition d'assimilation. En l'espèce, la requérante présente « un degré de compréhension médiocre de la langue française, (...) elle parle peu, ne [sait] ni lire, ni écrire et ne [peut] soutenir une conversation courante qu'avec difficulté »<sup>2922</sup>, le Conseil d'État confirme qu'il y a bien là un défaut d'assimilation justifiant l'irrecevabilité prononcée par le ministre. De la même manière, dans l'affaire *Kermadi* jugée le 15 juin 1987<sup>2923</sup>, le Conseil d'État contrôle la qualification du défaut de résidence retenue par l'autorité administrative pour juger irrecevable la demande de réintégration des requérants. Le Conseil d'État considère alors que le séjour irrégulier des requérants fait obstacle à la satisfaction de la condition de résidence et confirme la décision du ministre. Au milieu des années 1980 donc, l'ensemble des conditions légales fixées par la législation sur la nationalité dans le cadre des pouvoirs conférés à l'organe exécutif, autant en matière de perte que d'acquisition, fait l'objet d'un contrôle de la qualification juridique des faits. Ce constat dressé autour de la généralisation du contrôle « normal », il

---

<sup>2918</sup> CE, 25 juillet 1985, n° 54865, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Benedetti*, Lebon p. 229.

<sup>2919</sup> CE, section, 28 février 1986, n° 50277, *Akhras*, Lebon p. 54. Voy. encore, du même jour, CE, section, 28 février 1986, n° 57464, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Bouhanna*, Lebon p. 53.

<sup>2920</sup> Voy. CE, 2/6 s.s.r., 23 septembre 1988, n° 73554, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité c/ Mme Fleming*, Lebon p. 313.

<sup>2921</sup> Voy. CE, 5 décembre 1986, n° 58363, *Berkopec*, Lebon tables p. 530 (sur ce point).

<sup>2922</sup> CE, 5 février 1986, n° 62278, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Mme Khoualdia*, Lebon tables p. 529 (sur ce point).

<sup>2923</sup> CE, 2/6 s.s.r., 15 juin 1987, n° 74289, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ M. et Mme Kermadi*, Lebon p. 216.

convient d'opérer un clair diagnostic : celui du recul du pouvoir discrétionnaire en droit de la nationalité.

## 2. Contrôle « normal » et recul de la discrétionnarité : considérations théoriques

**938. Le recul du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique.** – En quoi la mise en œuvre d'un contrôle « normal » de la qualification juridique des faits fait-il reculer le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique ? La question ne s'est pas toujours posée. Au début du XXe siècle, Léon Michoud considère que l'application du droit par l'administration à un cas d'espèce, et son contrôle subséquent par le juge, ne peut conduire à la reconnaissance que d'une seule et unique solution légale. Autrement dit, l'application de la méthode syllogistique exclut l'existence et la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire. Michoud écrit ainsi :

« Le raisonnement [que fait l'administration] pour savoir quelle décision elle doit prendre est semblable à celui que fait un juge qui applique la loi au cas concret qui lui est soumis. C'est un syllogisme dans lequel la règle de droit forme la majeure, le droit débattu la mineure, la décision à prendre étant à l'avance déterminée par ces deux premiers termes. Mais pour préciser chacun de ces deux termes, elle est souvent obligée, comme le juge lui-même, à un examen complexe, dans lequel entrent des pouvoirs d'appréciation très étendus. (...) Nous ne sommes pourtant pas dans le domaine du pouvoir discrétionnaire : *en théorie, il n'existe qu'une seule solution exacte* ; toute autre repose sur une erreur d'appréciation. (...) La divergence possible des solutions a pour cause unique l'insuffisance, l'incertitude des jugements humains. »<sup>2924</sup>

Une telle approche est aujourd'hui battue en brèche. L'automatisme en matière d'interprétation et d'application de la règle de droit n'est plus de mise, et l'on suit Hart lorsqu'il écrit que « les énoncés linguistiques généraux dotés d'autorités dans lesquels une règle se trouve formulée, peuvent ne fournir que des lignes de conduite incertaines (...). L'idée selon laquelle le langage de la règle nous permet de repérer en toute simplicité des cas d'application facilement reconnaissables, s'effondre sous cet angle ; les notions de subsumption et de conclusion tirées d'un syllogisme ne caractérisent plus le nerf du raisonnement emprunté pour déterminer le comportement qu'il convient d'adopter. (...) Le pouvoir d'appréciation que (...) laisse ainsi le langage [à l'homme] peut être très large de telle façon que, s'il applique la règle, la conclusion, même

---

<sup>2924</sup> Léon Michoud, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, vol. 25, n° 3, p. 435-437. Voy. encore « Nous n'appelons pas pouvoir discrétionnaire, pas plus pour eux que pour l'administration, le pouvoir d'appréciation [que les juges] ont par la force des choses sur les prémisses du syllogisme juridique : constatation du fait, constatation de la règle de droit, ce sont des opérations souvent très délicates et qui mettent en jeu, souvent d'une manière très active, les facultés d'appréciation du juge ; mais ce sont toujours de simples constatations qui théoriquement n'ont qu'une seule solution exacte, l'existence du fait ou de la règle de droit ne dépendant aucunement du juge. » (p. 451).



si elle n'est pas arbitraire ou irrationnelle, résulte effectivement d'un choix. »<sup>2925</sup> C'est bien ce qu'a déjà Michoud à l'esprit lorsqu'il se réfère à « l'incertitude des jugements humains », source de la « divergence possible des solutions ». Mais là où il voit *l'unicité de la solution légale* et donc l'erreur juridique dans la divergence d'interprétation, il vaut mieux aujourd'hui voir avec Hart l'encadrement *de la pluralité des choix légaux* de l'administration par le contrôle de la qualification du juge. Et l'encadrement du choix n'est rien d'autre *in fine* que la réduction de la marge d'appréciation de l'administration, c'est-à-dire la réduction de son pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation des textes<sup>2926</sup>.

**939.** Pour bien saisir ce recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration, il faut se placer sur le temps long, à l'époque où l'autorité publique ne voit pas ses choix de qualification contrôlés par le juge – c'est par exemple le cas entre 1893 et 1978 en ce qui concerne le contrôle de la condition d'indignité dans le contentieux de l'opposition par décret<sup>2927</sup>. Or, comme le souligne Raymond Odent : « le progrès du droit a consisté à réduire la marge d'appréciation discrétionnaire en assurant un contrôle juridictionnel de la qualification juridique des faits retenus comme fondement d'une décision administrative chaque fois qu'un texte de droit écrit ou un principe du droit impliquait que la légalité d'une décision administrative était conditionnée par l'existence de certains faits. »<sup>2928</sup> En quoi cette marge d'appréciation discrétionnaire réduite ? Pour Jean-Marie Auby et Roland Drago, « le développement du contrôle des motifs (...) conduit à contrôler la qualification juridique des faits dans des domaines qui confinent au contrôle de l'opportunité »<sup>2929</sup>. Toujours selon ces auteurs, le contrôle de la qualification revient en réalité pour le juge à « substitu[er] en fait sa propre appréciation à celle de l'administration »<sup>2930</sup>. En cela, la marge d'appréciation discrétionnaire de l'administration se trouve réduite

---

<sup>2925</sup> Herbert L. A. Hart, *Le concept de droit* (1961, trad. Michel van der Kerchove à partir de la 2<sup>ème</sup> éd. anglaise posthume de 1994), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 146.

<sup>2926</sup> Pour certains auteurs, il demeure impropre de parler de discrétionnarité dans la qualification, cette notion de droit administratif ne s'appliquant qu'au choix d'une décision. Ainsi, Charles Vautrot-Schwarz, « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, p. 648, préfère évoquer « une certaine sphère de liberté de qualification, qui est plus ou moins réglée par le droit ». On s'en tiendra pour notre part à une analyse plus générale dans laquelle liberté et discrétionnarité sont tenus pour synonymes.

<sup>2927</sup> Ces pouvoirs sont conférés au gouvernement par la loi du 22 juillet 1893 (voy. *supra* n° 593 s.) ; le contrôle normal de la qualification n'est consacré en la matière que par l'arrêt *Dame Weisgal épouse Losay* jugé en assemblée en 1978 (voy. *supra* n° 935).

<sup>2928</sup> Raymond Odent, *Contentieux administratif* (1980), vol. II, *op. cit.*, p. 535.

<sup>2929</sup> Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, vol. II, *op. cit.*, n° 1291, p. 407.

<sup>2930</sup> *Ibid.*, n° 1286, p. 404.

au fil de la jurisprudence du juge administratif, et effacée au stade particulier du contrôle contentieux. Mais cette problématique conduit à rejoindre la délicate question du contrôle de « l'opportunité ».

**940.** Si les interprétations classiques du droit administratif conduisent à affirmer de manière constante que le juge administratif n'exerce pas un contrôle de l'opportunité<sup>2931</sup>, certains auteurs n'émettent pas de telles réserves. Chabanol écrit ainsi que « Poussant plus loin ses investigations, et exerçant ainsi le *contrôle dit normal* le juge vérifie que l'appréciation portée par l'administration correspond à celle que, dans la même situation, il aurait portée. C'est exercer un contrôle d'opportunité complet (...). »<sup>2932</sup> Le même auteur conclut que le juge « [restreint] ainsi les degrés de liberté de l'administration »<sup>2933</sup>. De manière plus consensuelle sans doute, les commentateurs des *Grands arrêts* retiennent qu'« En disant qu'une mesure n'est légale que si les faits qui en sont le fondement présentent certaines caractéristiques et en examinant celles-ci, le juge fait entrer dans la légalité des considérations qui auraient pu ne relever que de l'opportunité. »<sup>2934</sup> De manière plus neutre, il est encore possible de dire qu'au fil de ses décisions, le juge déplace la frontière entre opportunité et légalité, l'exercice du contrôle de la qualification juridique plaçant dans le giron de la légalité – et donc du contrôle juridictionnel – des conditions qui auparavant étaient soumises à la seule appréciation en opportunité de l'administration, c'est d'ailleurs la position de Chapus<sup>2935</sup>. L'on peut donc retenir qu'engager un contrôle « normal » de la qualification juridique des faits est un *choix* du juge qui peut toujours décider de ne pas l'exercer, ou de le restreindre – en cela il s'agit d'une « variable » du contrôle de légalité. En revanche, lorsque le juge décide de l'exercer de manière « normale », il substitue entièrement

---

<sup>2931</sup> Voy. déjà Maurice Hauriou, note sous CE, 16 mars 1923, *Abbé Gauthier, S.*, 1924, III., p. 42 : « le juge administratif n'est pas juge de l'opportunité ; l'appréciation de l'opportunité est laissée entièrement à l'administration active ; elle constitue son domaine réservé ». Voy. également Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 242-243.

<sup>2932</sup> Daniel Chabanol, « Contrôle de légalité et liberté de l'administration », *AJDA*, 1984, n° 1, p. 15.

<sup>2933</sup> *Ibid.*

<sup>2934</sup> Pierre Delvolvé, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant et Bruno Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2017, 21<sup>ème</sup> éd., p. 164.

<sup>2935</sup> Voy. René Chapus, *Droit administratif*, vol. I, Paris, Montchrestien, 2001, 15<sup>ème</sup> éd., n° 1249, p. 1057-1058 : « Il ne faut pas (...) croire que la conséquence du changement de l'état du droit est que désormais le juge exerce son contrôle sur des questions d'opportunité. Il n'y a pas de définition *a priori* et fixe de l'opportunité. Cette dernière et la liberté de choix qui lui est liée sont ce qui reste hors du contrôle et dont l'étendue dépend de l'évolution de la législation et de la jurisprudence. Ainsi, en conséquence de la progression du contrôle, ce qui était question d'opportunité devient question de légalité et, finalement, il n'y a jamais de contrôle que de la légalité. Le problème du contrôle de l'opportunité apparaît comme un faux problème. »

son appréciation à celle de l'administration dans le litige qu'il tranche, et il encadre par sa jurisprudence les choix interprétatifs futurs de l'autorité publique, ce qui réduit sa marge d'interprétation, et donc son pouvoir discrétionnaire.

**941. Une dynamique purement jurisprudentielle.** – Si c'est donc le choix du Conseil d'État d'avoir soumis le contentieux de la nationalité à un contrôle généralisé et normal de la qualification juridique, comment en expliquer la temporalité particulière ? Le contrôle « normal » des mesures de pertes est en effet très largement antérieur à celui des mesures d'irrecevabilité en matière d'acquisition. Les auteurs mettent généralement l'accent sur deux dynamiques qui expliquent le développement du contrôle normal. La première est législative : par l'édition de conditions légales précises (ou plus précises), le législateur encourage implicitement le juge à engager un contrôle de la qualification juridique des faits. La seconde trouve ses racines dans l'approfondissement du contrôle : le juge consacrerait initialement dans un contentieux donné un contrôle *minimum*, c'est-à-dire excluant celui de la qualification juridique, puis un contrôle *restreint* de la qualification, puis enfin un contrôle *normal* dans une dynamique d'approfondissement du contrôle. En contentieux de la nationalité, ces deux hypothèses ne parviennent toutefois qu'à expliquer imparfaitement le développement du contrôle « normal ».

**942.** L'idée que le contrôle normal résulte des orientations implicites du législateur est souvent exprimée. Cela procède d'une règle assez simple émise en amont de tout contrôle juridictionnel, et que résume Bertrand Seiller : « la marge de manœuvre des autorités administratives est inversement proportionnelle à la précision des textes applicables. »<sup>2936</sup> Résumant cette idée de manière générale au regard du contrôle juridictionnel, le même auteur estime que « La progression de l'encadrement normatif pesant sur l'action administrative se traduit par le recul du pouvoir discrétionnaire et, corrélativement, par l'approfondissement du contrôle juridictionnel. »<sup>2937</sup> Pierre-Laurent Frier écrit de la même manière que « le contrôle normal de qualification juridique des faits doit s'exercer, et ceci concerne d'innombrables hypothèses, chaque fois que la règle écrite a précisé le motif de l'action publique. Limitant la compétence de l'administrateur en définissant les hypothèses dans lesquelles il peut agir, il est logique que le juge effectue ce contrôle, car le texte lui-même a fixé la condition légale qui doit être remplie pour que la décision soit régulièrement prise. »<sup>2938</sup>

---

<sup>2936</sup> Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 242.

<sup>2937</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>2938</sup> Pierre-Laurent Frier, « Motifs : contrôle », *op. cit.*, § 112.

Or, en droit de la nationalité, force est de constater que le développement de l'encadrement légal est une constante. Le droit de la naturalisation en est l'exemple le plus frappant. La loi du 3 décembre 1849, sauf à préciser le délai et les conditions de stage du demandeur, se borne à indiquer que « Le président de la République statuera sur les demandes en naturalisation », et que celle-ci ne sera accordée « qu'après enquête faite par le gouvernement relativement à la moralité de l'étranger, et sur avis favorable du conseil d'État »<sup>2939</sup>. Il n'y a guère ici de condition de fond dont la qualification pourrait être contrôlée, mise à part la résidence. La législation sera constante jusqu'au code de la nationalité de 1945. L'ordonnance du 19 octobre 1945 fixe en effet pour la première fois en droit de la naturalisation des éléments de fond conditionnant la recevabilité : résidence « instantanée » (art. 61) et habituelle (art. 62), moralité (art. 68), assimilation et état de santé (art. 69)<sup>2940</sup>. Après plusieurs siècles d'exercice inconditionné du pouvoir de naturaliser – dont la loi de 1849 n'est qu'une manifestation –, voilà que l'autorité publique et l'étranger se trouvent chacun soumis à des conditions de fond pour demander et apprécier la recevabilité de la naturalisation – ce qui ne présage pas de l'appréciation en opportunité qui, elle, reste inconditionnée. Est-ce que cette « progression de l'encadrement normatif » se traduit instantanément par un contrôle de la qualification devant le juge administratif ? La réponse est négative puisqu'il faut attendre l'arrêt *Benedetti* rendu le 25 juillet 1985<sup>2941</sup> pour que les conditions de recevabilité mise à la naturalisation fassent l'objet d'un contrôle de qualification juridique des faits, soit presque quarante années après la promulgation du code. Difficile donc d'identifier ici un système de cause à effet. Le même constat peut être fait en matière d'opposition à l'acquisition par décret. Ce dispositif est mis en place par la loi du 22 juillet 1893<sup>2942</sup> qui prévoit déjà l'opposition pour « indignité » du gouvernement, ce qui est une condition de fond imprécise certes, mais qui peut tout de même faire l'objet d'un contrôle<sup>2943</sup>. Or, si ce mécanisme d'opposition pour indignité par décision administrative est constant depuis, il faut attendre l'arrêt *Dame Weisgal* rendu le 28 avril 1978 en assemblée<sup>2944</sup> pour que là-encore le contrôle de la qualification soit réceptionné dans le droit commun de l'opposition par décret. En droit de la nationalité donc, si la « précision normative » est évidemment – comme dans tous

---

<sup>2939</sup> Voy. la loi sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France, in Recueil Duvergier, t. 49, 1849, p. 415.

<sup>2940</sup> Voy. l'ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française, in JORF, 20 octobre 1945, p. 6704.

<sup>2941</sup> CE, 25 juillet 1985, n° 54865, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Benedetti*, Lebon p. 229.

<sup>2942</sup> Loi du 22 juillet 1893 modifiant la loi du 26 juin 1889 et les articles 8 et 9 du Code civil, in JORF, 23 juillet 1893, p. 3765.

<sup>2943</sup> Ce que d'ailleurs le Conseil d'État fait lorsqu'il statue en section consultative, Anne Simonin ayant même identifié une volonté de ne pas faire « jurisprudence » des cas d'espèce. Voy. Anne Simonin, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité (1791-1958)*, Paris, Grasset, 2008, p. 149-163.

<sup>2944</sup> CE, ass., 28 avril 1978, n° 05659, *Dame Weisgal épouse Losay*, Lebon p. 196.

les autres contentieux – la condition d'un contrôle de la qualification, elle n'entraîne pas *ipso facto* sa mise en œuvre par le juge.

**943.** Une autre idée veut que le contrôle « normal » soit un point d'aboutissement après la consécration d'un contrôle « minimum » puis « restreint ». Le contrôle minimum correspond à un contrôle opéré dans les cas où le juge souhaite laisser à l'administration le maximum possible de discrétionnarité, et où il ne contrôle donc ni la qualification juridique des faits, ni l'erreur manifeste d'appréciation. Ce type de contrôle existe encore aujourd'hui, même s'il est de plus en plus rare ; les illustrations souvent citées sont celles du contentieux de l'attribution de la légion d'honneur ou de l'appréciation des notes d'un concours d'entrée dans la fonction publique<sup>2945</sup>. Dans ces hypothèses, « une fois que les faits, dans leur matérialité, sont constatés, le juge laisse à l'administration toute liberté pour choisir les motifs de son action ou de son abstention (dès lors qu'ils sont réguliers sur le plan juridique) et considérer que les faits de l'espèce correspondent à la condition ainsi retenue. »<sup>2946</sup>

Certains contentieux marquent une progression intéressante d'un contrôle « minimum », vers un contrôle « restreint » de la qualification juridique, pour finalement aboutir à un contrôle « normal ». Le contrôle des mesures prises en vertu de l'état d'urgence forme à ce titre un exemple pertinent<sup>2947</sup>, le Conseil d'État consacrant un contrôle minimum en 1955<sup>2948</sup>, puis un contrôle restreint de la qualification en 1985<sup>2949</sup>, et enfin un contrôle normal en 2015<sup>2950</sup>. Rien de comparable en droit de la nationalité. Le contrôle normal de la qualification juridique est intervenu *ex nihilo*. Le juge administratif n'a jamais consacré avant cela l'existence d'un contrôle minimum excluant le contrôle de la qualification juridique des faits<sup>2951</sup>, ou l'existence d'un contrôle restreint à l'erreur manifeste dans la qualification<sup>2952</sup>. Une telle position n'aurait pourtant pas été impossible à justifier ; Pierre-Laurent Frier écrit ainsi que ces contrôles concernent

---

<sup>2945</sup> Voy. Pierre-Laurent Frier, « Motifs : contrôle », *op. cit.*, § 45.

<sup>2946</sup> *Ibid.*, § 43.

<sup>2947</sup> Voy. Xavier Vandendriessche, « Le contrôle du Conseil d'État sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence », *AJDA*, 2018, n° 23, p. 1322.

<sup>2948</sup> CE, ass., 16 décembre 1955, *Dame Bourokba*, Lebon p. 590.

<sup>2949</sup> CE, 25 juillet 1985, n° 68151, *Madame Dagostini*, Lebon p. 226.

<sup>2950</sup> CE, section, 11 décembre 2015, n° 395009, Lebon.

<sup>2951</sup> Sauf dans le domaine particulier de l'examen en opportunité de la demande d'acquisition ou de la perte de nationalité (cf. n° 972 s.). Mais la bascule ne s'opère pas vers un contrôle restreint de la qualification juridique des faits, mais plutôt vers un contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits.

<sup>2952</sup> Trois jurisprudences inédites font état d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en matière de recevabilité de la demande de naturalisation, domaine pourtant constamment soumis à un contrôle normal de la qualification juridique (voy. *supra* n° 936 s.) : CE, 10/3 ssr, 27 avril 1987, n° 63736, inédit ; CE, 2 ss., 24 juin 1994, n° 127271, inédit ; CAA Nantes, 25 juin 2018, n° 17NT00053, inédit. L'absence de fichage de ces décisions plaide pour leur caractère isolé, elles sont directement contraires à la position clairement exprimée dans la décision CE, 25 juillet 1986, n° 64741, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Mlle Benyoucef*, Lebon

généralement les « domaine[s] sensible[s], où sont en cause les prérogatives régaliennes liées à la souveraineté de l'État »<sup>2953</sup>.

**944.** Alors comment expliquer la temporalité suivie par le juge ? Et l'absence de gradation dans le contrôle ? Sans doute Marcel Waline donne-t-il quelques pistes intéressantes dans son célèbre article sur le pouvoir discrétionnaire publié en 1930. Il y théorise à partir des permissions de voirie l'idée que les retraits font l'objet d'un contrôle plus étendu et plus « rigoureux » que les refus. Il y voit deux séries de justifications. La première, classique, se nourrit du fait que « le titulaire de la permission a une situation juridique plus forte que le simple postulant d'une telle permission », et qu'en ce sens la situation juridique du titulaire doit être mieux protégée par le contrôle juridictionnel. La seconde, plus intéressante, repose sur le constat que « le contrôle des appréciations de faits passés, qui sont à la base du retrait, est beaucoup plus facile et rentre plus normalement dans la tâche du juge, que le contrôle des appréciations d'éventualités futures qui sont à la base du refus. »<sup>2954</sup> Cela explique assez bien le développement du contrôle juridictionnel de la qualification juridique des faits en droit de la nationalité portant d'abord sur les mesures de perte où le « titulaire » de la nationalité doit bénéficier d'une protection, pour gagner ensuite les irrecevabilités en matière d'acquisition où le juge ne fait face qu'à un « postulant ». Et pourquoi est-ce que le juge administratif ne consacre à aucun moment l'existence d'un contrôle minimum ou restreint ? On peut sans doute identifier deux raisons. La première s'inscrit dans le temps court : le Conseil d'État de René Cassin, c'est-à-dire celui de la Libération, saisit probablement bien l'importance d'un contrôle strict des mesures de perte de la nationalité, au regard des récentes pratiques du régime de Vichy<sup>2955</sup>. La seconde s'inscrit dans un temps plus médian : le Conseil d'État a déjà consacré le contrôle normal à l'occasion de son unique arrêt examinant au fond la légalité d'un décret de déchéance édicté en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 avril 1915 – sans doute cela a-t-il pu faire « jurisprudence » quant au caractère « fondamental » des protections nécessaires en cette matière. Et cette dynamique

---

p. 209. Sur le plan de leur justification, sans doute y-a-t-il eu une forme de « confusion » dans la modulation du contrôle. En ce sens, voy. Richard Deau, « Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles "entiers" en matière de droit des étrangers », *RFDA*, 2005, n° 6, p. 1188.

<sup>2953</sup> Pierre-Laurent Frier, « Motifs : contrôle », *op. cit.*, § 116. Voy. encore Jean Romieu, conclusions sous les affaires du « repos hebdomadaires », 30 novembre 1906, in Lebon p. 864 : « s'il y a un droit, il faut qu'il y ait un juge pour dire si les circonstances de fait exigées par la loi pour que ce droit existe sont ou non réalisées, c'est-à-dire un juge compétent sur le fond ; dans le second cas, le pouvoir étant discrétionnaire, le seul droit du citoyen consiste à exiger qu'il s'exerce dans les conditions extrinsèques de légalité, et le juge n'aura pas à examiner le droit au fond. »

<sup>2954</sup> Sur l'ensemble, voy. Marcel Waline, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *Revue du droit public*, 1930, vol. 47, p. 218.

<sup>2955</sup> Dans une dynamique certaine de « réhabilitation » et de « refondation » républicaine, voy. Catherine Teitgen-Colly, « René Cassin Vice-président du Conseil d'État », *RDP*, 2011, n° 1, p. 15-53.

s'étend progressivement à toutes les mesures de perte pour gagner *in fine*, dans les années 1980, les décisions d'irrecevabilité en matière de naturalisation et de réintégration. Plus généralement, Ronny Abraham écrit que le contrôle normal s'impose dès qu'une décision « a pour effet de restreindre l'exercice d'un droit ou d'une liberté », ce qui est « vrai même dans des domaines aussi réfractaires, traditionnellement, au contrôle normal que le contentieux des expulsions et celui des refus d'admission dans la nationalité française »<sup>2956</sup>. L'encadrement contentieux est donc particulièrement fort et le recul de la discrétionnarité est patent. Il convient désormais d'étudier plus précisément l'influence de ce contrôle « normal » de la qualification pour montrer comment recule concrètement le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

## § 2. Contrôle normal et recul de la discrétionnarité : illustrations jurisprudentielles

945. Si le contrôle normal de la qualification juridique des faits est un puissant outil contentieux au service de la réduction du pouvoir discrétionnaire de l'administration, encore faut-il qu'il soit exercé en ce sens. De fait, si le juge ne substituait jamais sa propre interprétation à celle de l'administration et qu'il confirmait la qualification retenue par l'autorité publique dans l'ensemble des décisions, la marge d'appréciation de l'administration serait laissée intacte. Tel n'est cependant pas le cas en pratique. Le juge a en de nombreuses occasions retenu une interprétation divergente de celle de l'administration dans le cadre de son contrôle de la qualification juridique, et il a fait ainsi reculer le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique. Deux exemples illustrent bien cette dynamique. Le premier est particulièrement symptomatique par sa constance et sa solennité, il s'agit de l'interprétation contentieuse des liens entre nationalité et opinions politiques. Plusieurs gouvernements ont en effet mené à diverses époques des politiques de perte de la nationalité ciblant les militants communistes. Par l'intermédiaire de son contrôle de la qualification juridique des faits, le Conseil d'État a considéré au fil de nombreuses décisions rendues en assemblée que des faits de militantisme communiste ne pouvaient jamais fonder légalement une mesure de perte de la nationalité. Il y a dans ce cas non pas un simple encadrement mais bien une neutralisation de certaines interprétations par le biais du contrôle normal (I). Le second exemple concerne l'interprétation contentieuse des liens entre la nationalité et les opinions religieuses. Depuis les années 1990, l'islamisme « radical » fait l'objet d'un traitement particulier en droit de la nationalité. Ceux qui se revendiquent de cette mouvance, ou ceux qui y sont classés par l'administration, font l'objet de nombreuses oppositions

---

<sup>2956</sup> Ronny Abraham, « Extension du contrôle du Conseil d'État à la qualification juridique des faits en matière de police des étrangers ressortissants des États membres de la Communauté européenne », *AJDA*, 1991, n° 4, p. 322.

à l'acquisition de la nationalité pour défaut d'assimilation. La politique jurisprudentielle du Conseil d'État est davantage ambivalente ; il n'est ici plus question de neutralisation mais plutôt d'un encadrement des interprétations de l'administration (II).

### **A. La neutralisation des liens entre politique et nationalité**

**946.** Nationalité et politique entretiennent des liens étroits. La loyauté à l'État est en effet régulièrement évaluée sous l'angle des convictions politiques d'un individu. Pour certains gouvernements, la tentation fut grande d'évaluer cette loyauté non pas au regard de l'État, mais au regard de la ligne politique qu'ils défendaient. De nombreux gouvernements ont ainsi considéré que les militants communistes étaient des ressortissants nationaux déloyaux, et qu'une politique ciblée de perte de la nationalité à leur encontre était souhaitable. Cette idée prend racine dans les années 1930 et se consolide au sortir de la seconde guerre mondiale (1). Lorsque plusieurs gouvernements vont engager une telle politique – que ce soit par le moyen de la libération d'office ou de l'opposition à acquisition – le Conseil d'État va avec constance considérer que des faits de militantisme ne sont jamais de nature à justifier une mesure de perte, quel que soit son fondement. Le juge va ainsi totalement neutraliser les politiques gouvernementales visant les militants communistes par le moyen de la perte de la nationalité (2).

#### **1. La politique anticommuniste en droit de la nationalité : considérations historiques**

**947. Communisme et nationalité dans les années 1930.** – Dès les débats parlementaires de 1927, le député André Berthon s'inquiète des possibles usages de la déchéance de nationalité à des fins anticommunistes, relevant que la notion d'« acte contraire à la sûreté intérieure de l'État » se prête à ce genre de débordement : « [Si les Français naturalisés] s'occupent de politique, s'ils participent à un meeting, s'ils font partie de la confédération générale unitaire du travail, par exemple, vous saisissez ce prétexte pour déclarer qu'ils ont accompli des actes contraires à la sûreté intérieure de l'État français. »<sup>2957</sup> Ernest Lafont souhaite même faire exclure explicitement les infractions politiques du champ matériel de la déchéance de nationalité, il indique que « L'exercice des droits de citoyen français comprend les risques et les fautes. On ne peut pas dire qu'un Français soit en état d'incompatibilité avec sa propre qualité quand il a commis sous une forme ou sous une autre un délit politique. »<sup>2958</sup> Le Garde des Sceaux Louis Barthou se veut toutefois rassurant : « Pour perdre la nationalité française, il ne suffira pas

---

<sup>2957</sup> JORF, Ch. dép., débats, 7 avril 1927 (1<sup>ère</sup> séance), p. 1218.

<sup>2958</sup> *Ibid.*, p. 1222.



d'avoir prononcé des paroles ; il faudra avoir accompli des actes attentatoires à la sûreté de l'État. »<sup>2959</sup> Autrement dit, les seules opinions politiques ne seront pas susceptibles de conduire à la déchéance. On peut y voir une manifestation d'un certain libéralisme : la loyauté étant due à l'État et non au gouvernement, seule une atteinte positive à l'ordre public peut conduire au prononcé d'une sanction. Mais ces préoccupations exprimées par Berthon et Lafont vont vite s'avérer exactes, comme le montre la jurisprudence judiciaire des années 1930.

**948.** L'approche du juge judiciaire est d'abord nuancée. Dans une décision du Tribunal civil de Saint-Etienne rendue en 1932, le juge considère que le militantisme communiste ne peut pas sérieusement mettre en cause la sûreté de l'État, et refuse de prononcer la déchéance de nationalité, à laquelle invite pourtant le gouvernement par l'intermédiaire du ministère public :

« Attendu qu'il résulte de l'information édifiée conformément aux prescriptions légales, que la dame Lechaud mène, dans les milieux ouvriers polonais de la région de Saint-Etienne, une propagande très active en faveur du parti communiste et de ses organes auxiliaires, assistant régulièrement aux réunions et y prenant la parole, rédigeant des tracts en langue polonaise et française, préconisant même la débauche à l'entrée des usines ; (...) Attendu que les tracts qui sont l'œuvre de la dame Lechaud, bien que constituant des appels à la grève, à l'union des travailleurs, au front unique par la grève du 16 mars, pour la lutte nationale des mineurs contre les exploiters, restent dans le cadre général et normal de la propagande communiste ; que, bien que la violence y soit recommandée comme moyen d'action, ils doivent plutôt être considérés comme l'expression littéraire de doctrines extrémistes, et ne sauraient sérieusement constituer des actes contraires à la sûreté intérieure ou extérieure du pays ; »<sup>2960</sup>

La décision ne soulève pas de critiques dans la doctrine, la note à la *Revue de droit international privé* précisant sobrement que « les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour décider ce qui constitue un acte contraire à la sûreté de l'État français. Le jugement ci-dessus a fait une application correcte des principes et mérite pleine approbation. »<sup>2961</sup> La presse en revanche, en particulier *Le Figaro*, critique amèrement le jugement et dénonce un « désarmement judiciaire. »<sup>2962</sup> Elle sera entendue. Moins d'une année plus tard, la Cour de cassation consacre

---

<sup>2959</sup> JORF, débats, Ch. des Dép., 1<sup>ère</sup> séance du 7 avril 1927, p. 1217. Le ministre nuance plus loin : « Le tout est de s'entendre. Il s'agit de savoir, en effet, ce que sont ces paroles. Si elles constituent une propagande et si cette propagande tombe sous le coup de la loi de 1894, le Gouvernement poursuit. » (*ibid.*) La loi de 1894, c'est l'une des « lois scélérates » qui vise directement les anarchistes. André Berthon, dans un amendement, souhaite exclure explicitement les infractions politiques des motifs de la déchéance. Le Garde des Sceaux soutient l'amendement, et Ernest Lafont précise même : « L'exercice des droits de citoyen français comprend les risques et les fautes. On ne peut pas dire qu'un Français soit en état d'incompatibilité avec sa propre qualité quand il a commis sous une forme ou sous une autre un délit politique. » (*ibid.*, p. 1222). L'amendement n'est finalement pas pris en considération.

<sup>2960</sup> Trib. civ. Saint-Etienne, 26 juillet 1932, *Lechaud*, RCDI 1932. 699-701, et la note.

<sup>2961</sup> La note est anonyme (Lapradelle en est sans doute l'auteur), voy. *RDIP*, 1932, p. 701.

<sup>2962</sup> La décision fait la « une » du *Figaro*, 11 août 1932, p. 1, le journal en formant une critique particulièrement acerbe : « En attendant l'arrêt, déplorons le ton du jugement. Il se plaît visiblement à donner tort au chef de la magistrature : il le fait avec un flegme, ironique, malicieux. Il semble étonné de la requête. Provocation à la grève, à la violence, à la violation des lois ? Cela, disent les juges, reste “dans le cadre général et normal de la propagande

explicitement la solution selon laquelle la littérature communiste appelant à la violence constitue une atteinte à la sûreté de l'État et fonde en droit le prononcé de la déchéance (art. 9, 5°, a. de la loi du 10 août 1927) :

« attendu que l'arrêt constate que Olszanski a, dans des articles de journaux parus de 1930 à 1932, notamment dans le journal *L'Enchaîné*, invité les ouvriers à engager la lutte contre les forces de police de l'État français, avec le concours des 3 millions d'ouvriers étrangers résidant en France ; qu'il a également écrit dans le même journal que le prolétariat de France devait apprendre à combattre les gardes mobiles comme les ouvriers russes avaient combattu les cosaques du tsar ; que, dans la même feuille, il a préconisé la résistance aux expulsions d'ouvriers étrangers, en les incitant à résister sur place dans chaque localité de façon que devant l'insuffisance des forces locales, les pouvoirs publics fussent obligés de concentrer leur police ; qu'enfin dans une réunion publique, tenue à Somain, il a déclaré que, pour empêcher ces expulsions, on formerait des barricades ; Attendu que ces constatations souveraines justifient pleinement l'application faite à Olszanski des articles 9 et 10 de la loi du 10 août 1927 ; »<sup>2963</sup>

Il s'agit ici du célèbre cas de Thomas Olszanski, mineur d'origine polonaise et dirigeant syndicaliste dans le Nord de la France, dont le parcours a été éclairé par Janine Ponty dans son histoire des Polonais dans l'entre-deux-guerres<sup>2964</sup>. Olszanski est un militant socialiste et syndical, naturalisé Français dans les années 1920, il est un excellent orateur et « jouit d'une réputation qu'aucun autre conférencier polonais ne peut égaler »<sup>2965</sup>. Comme communiste d'origine polonaise, il est vite concerné par la politique de répression du gouvernement à l'égard des militants communistes. En tant que Français, il faut toutefois d'abord prononcer sa déchéance pour l'expulser du sol national. Le Garde des Sceaux entame donc la procédure prévue à l'article 9, 5° de la loi de 1927 par l'intermédiaire de son Procureur. Olszanski se défend, il précise que ses propos « sont fondés sur la lutte des classes et non pas sur des sentiments anti-français. »<sup>2966</sup> Le Tribunal de Douai, suivi par la Cour d'appel puis par la Cour de cassation, ne confirme pas cette analyse et reconnaît une atteinte à la sûreté de l'État et prononce la déchéance. Un comité

---

communiste" ! Et tout le reste est littérature, littérature extrémiste. Pas un attendu pour regretter de ne pouvoir priver cette dangereuse agitatrice de la qualité de Française qui lui a été si imprudemment accordée. Tant pis pour le gouvernement maladroît. Les juges stéphanois semblent amusés de lui infliger cet échec. Il a compté sur eux ? Il les trouve de l'autre côté de la barricade, instituant "le cadre normal" de l'action révolutionnaire et pratiquant par leur narquoise impassibilité en telle matière une sorte de désarmement judiciaire. Fâcheux indice, quand le magistrat se joint à Guignol contre le commissaire. Quel redressement général s'impose à notre pauvre pays ! Le redressement financier est le plus urgent : les autres n'ont pas moins d'importance. Quelle maison à refaire que celle où l'on accueille n'importe qui, où l'éducateur des enfants professe des doctrines de subversion sociale et se flatte impunément de porter "de rudes coups au patriotisme" où des juges n'ont pas un mot de blâme pour la propagande contre la civilisation et lui découvrent même de la régularité. »

<sup>2963</sup> Cass, civ., 7 mars 1933, *Olszanski c. Ministère public*, RCDI 1934. 102.

<sup>2964</sup> Janine Ponty, *Polonais méconnus. Histoire des travailleurs immigrés en France dans l'entre-deux-guerres*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1988, p. 196-197 et p. 297-299.

<sup>2965</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>2966</sup> *Ibid.*, p. 297.

de défense comprenant notamment André Malraux se met en place<sup>2967</sup>. Mais Olszanski ne sera jamais réintégré dans sa nationalité française. Devenu apatride, il cherche à échapper à la police. Il est finalement arrêté et conduit à la frontière belge en 1934, pays dont il ne possède pourtant pas la nationalité. Le procédé rappelle directement la peine de bannissement, sauf qu'il est ici définitif et qu'il ne repose pas sur l'acceptation de l'État tiers (voy. *supra* n° 145 s.).

**949.** La situation devient plus évidente encore lors de l'adoption du décret-loi du 9 septembre 1939 modifiant les dispositions relatives à la déchéance de nationalité<sup>2968</sup>. Ce nouveau décret-loi, présenté expressément comme une législation de guerre dans son rapport introductif, prévoit que la déchéance de nationalité peut intervenir désormais sans condition de délai, et crée surtout un nouveau cas de déchéance :

« Art. 1<sup>er</sup>. – (...) Pendant la même période [du 2 septembre 1939 jusqu'au jour qui sera ultérieurement fixé par décret] pourra être déchu dans les formes prévues par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 10 de la loi du 10 août 1927 tout Français qui se sera comporté comme le ressortissant d'une puissance étrangère. Cette mesure pourra être étendue à la femme et aux enfants mineurs. »

Il n'échappe alors à personne que cette législation vise clairement « les communistes obéissant aux mots d'ordre de Staline »<sup>2969</sup>, comme le note Maury en 1940. Les travaux d'Anne Simonin<sup>2970</sup> ont permis d'établir que cette procédure de 1939 a été engagée par la République à l'encontre de sept Français, dont trois seulement recueillirent l'avis conforme du Conseil d'État. Parmi eux, on trouve André Marty et Maurice Thorez, deux députés communistes considérés comme inféodés à l'URSS alliée de l'Allemagne nazie<sup>2971</sup> ; ils sont respectivement déchus de leur nationalité par des décrets en date des 27 janvier 1940<sup>2972</sup> et 17 février 1940<sup>2973</sup> signés par le président Albert Lebrun.

**950. La « politique de la nationalité » face au communisme après la Libération.** – La politique de déchéance de nationalité ne prend pas fin avec la Libération. L'Allemagne défaite, la guerre froide structure rapidement l'affrontement entre les blocs de l'Est et l'Ouest. L'anti-communisme gouvernemental prend alors une tournure inédite jusqu'alors, allant jusqu'à la

---

<sup>2967</sup> Voy. aussi l'interpellation du Député communiste Sulpice Dewez à la Chambre des Députés, in JORF, débats, Chambre des Députés, 30 décembre 1932, p. 3805-3806.

<sup>2968</sup> JORF, 14 septembre 1939, p. 11400.

<sup>2969</sup> Jacques Maury, « Le droit nouveau de la perte-déchéance », *JCP G*, 1940, n° 165, § 8.

<sup>2970</sup> Anne Simonin, *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 169 et s.

<sup>2971</sup> Voy. Roger Bonnard, « Le droit public et la guerre (suite) », *Revue du Droit Public*, 1940, n° 1, p. 105-106 et les notes.

<sup>2972</sup> Voy. JORF, 30 janvier 1940, p. 810.

<sup>2973</sup> Voy. JORF, 21 février 1940, p. 1298.

mise en place d'une « politique » de déchéance de la nationalité à l'égard des militants communistes Français. Le parti communiste devient en effet progressivement le « parti de l'étranger », révolutionnaire – donc dangereux –, et surtout inféodé au pouvoir de l'URSS, dont la qualité de puissance ennemie se développe et se consolide à partir de 1947. Expulser du territoire les activistes communistes, ou plus généralement les militants accusés de sympathies varsoviennes, devient ainsi rapidement l'objectif du Gouvernement. Les illustrations de cette politique ne manquent pas en ce qui concerne les expulsions des étrangers, l'opération « Boléro-Paprika » du 7 septembre 1950 est à ce titre un exemple emblématique parmi d'autres, mieux connus depuis de récents travaux<sup>2974</sup>. La politique de déchéance de la nationalité des militants communistes français est en revanche plus diffuse, moins identifiable. Les travaux d'Alexis Spire et de Patrick Weil s'accordent toutefois sur l'année 1948 pour en fixer point de départ. Le 14 décembre 1948 en effet, le ministère de l'intérieur saisit le ministère de la justice « pour évaluer la possibilité d'engager une procédure de déchéance de la nationalité à l'encontre “d'étrangers naturalisés coupables de violences ou d'actes de sabotage lors des grèves” ». »<sup>2975</sup> Une circulaire du ministère de la population aux préfets en date du 22 décembre 1948 « envisage de sanctionner les ouvriers naturalisés qui ont participé aux troubles sociaux et qui se sont rendus coupables d'“atteintes à la liberté du travail” »<sup>2976</sup>. Les grandes grèves de 1947 et 1948, insurrectionnelles voir révolutionnaires, inquiètent alors au plus haut point le Gouvernement. Plus généralement, les militants du parti comme les dirigeants d'association ne sont pas exempts de l'attention de l'autorité publique. Dès 1948, et plus encore à partir de 1951, les services des préfectures, consulats ou renseignements généraux font remonter au service des déchéances des signalements à l'endroit des militants soupçonnés de sympathies varsoviennes<sup>2977</sup>. C'est cette politique que le Conseil d'État va neutraliser, en particulier par le moyen de son contrôle « normal » de la qualification des mesures de perte.

## **2. La neutralisation de l'anticommunisme en droit de la nationalité par le contrôle normal**

**951.** Le gouvernement français se saisit donc dès les années 1950 de ses pouvoirs en matière de perte de la nationalité pour mener une politique ciblée à l'égard des militants communistes. Les notions particulièrement ouvertes d'indignité, de défaut d'assimilation, de comportement

---

<sup>2974</sup> Voy. par. ex. Stéphane Dufoix, *Politiques d'exil : hongrois, polonais et tchécoslovaques en France après 1945*, Paris, PUF, 2002, p. 97-100 ; Aurélie Denoyer, *L'exil comme patrie : les réfugiés communistes espagnols en RDA (1950-1989), Trajectoires individuelles, histoire collective*, thèse, Paris, 2012, p. 55-166.

<sup>2975</sup> Patrick Weil, *Qu'est ce qu'un Français*, Paris, Gallimard, 2005, 2<sup>ème</sup> éd., p. 399.

<sup>2976</sup> Alexis Spire, *Étrangers à la carte, L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Paris, Grasset, p. 76.

<sup>2977</sup> *Ibid.*, p. 77.

en fait comme le national d'un pays étranger, présentent en effet une malléabilité suffisante pour être employés à l'égard des intéressés. C'est justement en cela que le contrôle « normal » de la qualification juridique des faits va provoquer une neutralisation complète de cette politique. En effet, chaque fois qu'il sera saisi, le Conseil d'État va avec constance censurer toute qualification juridique reposant sur des actes de militantisme communiste, réunissant à cette occasion ses formations contentieuses les plus solennelles.

**952. La neutralisation des libérations d'office.** – La possibilité offerte au gouvernement dès 1938 de priver un individu de sa nationalité lorsqu'il se comporte en fait et en droit comme le national d'un pays étranger – ce que l'administration appelle la « libération d'office » de la nationalité (voy. *supra* n° 392 s.) – sera vite mobilisée pour frapper les militants communistes par l'intermédiaire de l'article 96 du code de la nationalité. Pourquoi cet article est-il intéressant ? Parce que les militants communistes présentent souvent deux caractéristiques qui rendent cet article applicable aux yeux de l'administration : ils sont régulièrement issus d'une immigration en provenance des pays de l'Est, et nombre d'entre eux possèdent ainsi, outre la nationalité française, une nationalité polonaise originaire ou transmise par leurs parents ; leur engagement communiste les conduit souvent à aligner leurs positions politiques sur celles de l'Union soviétique, ce qui qualifie selon l'administration un comportement « en fait » de national étranger. Berthold Goldman, dans une conférence qu'il donne au comité français de droit international privé le 15 janvier 1953, indique ainsi que l'article 96 du code de la nationalité est « en pleine ébullition »<sup>2978</sup> (ce que les chiffres officiels confirment<sup>2979</sup>) ; manifestement fort bien informé, il indique en illustration le cas soumis à l'avis du Conseil d'État d'un Franco-Polonais, dont la libération d'office projetée ne serait pas « sans rapport avec ses fonctions de secrétaire d'un syndicat de mineurs »<sup>2980</sup>. La réaction jurisprudentielle à ces mesures de libération d'office frappant les communistes dans les années 1950 va intervenir en deux temps. D'abord le Conseil d'État va utiliser des moyens de légalité externe pour annuler les mesures, là où toutefois le contrôle normal, selon toutes probabilités, aurait pu conduire au même résultat. Ensuite le Conseil va retenir bel et bien un contrôle de la qualification juridique des faits et affirmer que se comporter « en fait » comme le national d'un pays étranger ne peut être le résultat d'une simple activité de militantisme.

---

<sup>2978</sup> Berthold Goldman, « Droit à la nationalité et nationalité imposée », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1955, vol. 15, p. 49.

<sup>2979</sup> Le climax de l'utilisation de l'article 96 est atteint à cette période : une libération en 1949, 21 en 1950, 85 en 1951, 82 en 1952, 74 en 1953, et 25 en 1954. Les chiffres nous ont été communiqués par le ministère.

<sup>2980</sup> Berthold Goldman, « Droit à la nationalité et nationalité imposée », *op. cit.*, p. 49.

953. La première dynamique est donc formelle ; le Conseil d'État contrôle plus volontiers des éléments relatifs à la communication des griefs, plutôt que la qualification juridique des faits pour retenir l'annulation. La première décision rendue en contentieux de la libération d'office est particulièrement emblématique de cette approche. Dans une décision d'assemblée *Speter* rendue le 7 mars 1958, le Conseil d'État examine ainsi un décret libérant d'office deux requérants mariés qui se sont comportés selon l'administration en fait et en droit comme les nationaux d'un pays étranger, en l'espèce la Pologne. Le profil des intéressés est particulièrement évocateur. Au moment du décret de libération d'office de leur lien d'allégeance adopté le 21 juin 1952, les époux Speter sont en France depuis plus de vingt années et ont été naturalisés en 1947. Ils ont tous deux servis dans la résistance française, le premier fut décoré de la croix de guerre et cité à l'ordre de sa brigade, la seconde fut déportée en 1942 à Auschwitz en raison de son engagement, elle en revient en 1945. Ils ont eu deux enfants, Denise, née en 1937 et mariée à un Français, et Michel, né en 1946, encore étudiant. Les seuls éléments qui leur sont reprochés sont pour Monsieur Speter de militer dans une association communiste, et pour Madame Speter d'être rédactrice en chef d'un journal polonais d'opposition gouvernementale<sup>2981</sup>. L'argument politique est donc prépondérant, et affirmer que les requérants sont les nationaux en fait et en droit d'un pays étranger paraît pour le moins étrange au regard de leur attachement à la France, matérialisés par les hauts faits de résistance des époux Speter, et dans la demande de naturalisation formée et obtenue en 1947. Le Conseil d'État aurait donc fort bien pu juger que les faits de l'espèce n'étaient pas de « nature à » justifier légalement la mesure adoptée. Ce n'est pourtant par la voie suivie, le juge préfère annuler le décret sur le fondement de l'absence de communication des griefs, comme cela a déjà été montré *supra* (cf. n° 606) :

« Considérant que, si les époux Speter ont été avisés de la transmission au Conseil d'État d'un projet de décret tendant à déclarer, en vertu de l'article 96 du Code de la nationalité, qu'ils avaient perdu la nationalité française, il résulte de l'instruction qu'ils n'ont pas été informés des faits qui étaient relevés à leur charge ; que, dans le mémoire qu'ils ont déposé au cours de la procédure administrative, ils ne se sont pas expliqués sur les activités qui ont déterminé le gouvernement à prendre le décret attaqué ; que, dans ces conditions, les requérants sont fondés à soutenir que ce décret est intervenu sur une procédure irrégulière et est, ainsi, entaché d'excès de pouvoir »<sup>2982</sup>

La jurisprudence, constante par la suite<sup>2983</sup>, montre que le Conseil d'État privilégie l'annulation par une illégalité externe lui permettant d'économiser tout examen au fond, il est vrai malaisé

---

<sup>2981</sup> Ces éléments ressortent des conclusions prononcées par Marceau Long, *Act. Jur.*, 20 avril 1958, I., p. 178.

<sup>2982</sup> CE, ass., 7 mars 1958, n°s 20777 et 20778, *Epoux Speter*, Lebon p. 152.

<sup>2983</sup> CE, 2 mai 1958, n° 35779, *Ziolkowski*, Lebon tables p. 818 ; CE, ass., 4 février 1966, n°s 58747 et 58748, *Sieur et Dame Horko*, Lebon p. 77.

au regard de la nature sensible des présentes prérogatives. Si l'arrêt *Speter* ne peut donc pas être classé en tant que tel dans le contrôle normal du juge, nul doute qu'il enclenche une dynamique contentieuse.

**954.** De fait, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État ne tarde pas à entamer un contrôle « normal » de la qualification juridique des faits : le juge s'intéresse dès lors à ce qui constitue concrètement un Français se comportant en fait comme le ressortissant d'un pays étranger. La première décision en la matière est rendue par le Conseil d'État réuni en assemblée le 20 mars 1964 dans l'affaire *Konarkowski*. Elle concerne deux époux polonais naturalisés français le 5 novembre 1936 ; Joseph Konarkowski est un ancien champion de France de lutte, et ancien combattant français cité à l'ordre de son régiment<sup>2984</sup>. Le Gouvernement procède à leur libération d'office en se fondant sur leur participation à des associations polonaises – sportives ou d'amitié –, notamment la Fédération sportive et gymnique du travail, organisme sportif du parti communiste français, « dont le rôle véritable serait de freiner l'assimilation des immigrants polonais ». Ce qui est donc visé en creux, c'est l'engagement communiste des époux. Cette analyse est rejetée au fond par le Conseil d'État qui censure le décret par le moyen du contrôle normal de la qualification juridique des faits :

« Considérant, d'une part, que l'appartenance du sieur Konarkowski à des œuvres polonaises n'est pas corroborée par les pièces du dossier ; que, s'il résulte de l'instruction que le requérant apportait son concours soit à des œuvres sportives telles que la Fédération sportive et gymnique du travail, soit à des associations françaises régies par la loi du 1<sup>er</sup> janvier 1901 et constituées en vue d'encourager les relations franco-polonaises, il ne ressort pas des pièces versées au dossier qu'au sein de ces associations le requérant ait mené une activité tendant à maintenir le particularisme des immigrants polonais en France ; qu'ainsi l'activité retenue à l'encontre de l'intéressé ne peut légalement, dans les circonstances de l'affaire, telles qu'elles ressortent des faits établis par l'instruction, être assimilée au comportement d'un national polonais au sens de l'article 96 du Code de la Nationalité »<sup>2985</sup>

Le contrôle de la qualification se fonde ici sur deux éléments majeurs. Le premier est la licéité de l'engagement associatif des époux qui s'opère à travers des associations régies par la loi du 1<sup>er</sup> janvier 1901. Le second, plus concret, est l'appréciation d'un comportement qui ne vise pas à « maintenir le particularisme des immigrants polonais en France ». Concernant ce dernier élément, le Conseil d'État suit ici son commissaire du gouvernement Combar nous qui proposait dans ses conclusions trois motifs permettant de retenir la qualification juridique de Français se comportant en fait comme le national d'un pays étranger :

---

<sup>2984</sup> « Un ancien champion de France de lutte se voit retirer la nationalité française », *Le Monde*, 2 novembre 1959.

<sup>2985</sup> CE, ass., 20 mars 1964, nos 49630 et 49631, *Sieur et dame Konarkowski*, Lebon p. 197, note H. A., *Act. Jur.*, septembre 1964, p. 497 et s.

« - soit que l'intéressé ait conservé avec un pays étranger des liens personnels ou professionnels qui permettent de considérer que la France n'est pour lui qu'un pays d'accueil provisoire auquel il n'est nullement intégré.

- soit qu'il entretienne avec des organismes publics ou parapublics étrangers des relations incompatibles avec sa qualité de citoyen français.

- soit enfin qu'il mène, auprès de ressortissants français de fraîche date, une action destinée à empêcher leur assimilation ou à maintenir parmi eux l'influence du gouvernement dont ils sont originaires. »<sup>2986</sup>

Le premier motif est très classiquement celui de la nationalité la plus effective ; il est conforme au texte de l'article 96 du Code et à son interprétation traditionnelle (voy. *supra* n° 393 s.). Le deuxième motif est d'ordre sanctionnateur, en rapport avec l'exigence de loyauté des nationaux, il est sans doute inspiré de l'article 98 du code de la nationalité qui régit la déchéance de la nationalité. Le troisième motif est plus délicat, sa teneur est plus politique en ce qu'il sanctionne le Français bi-national qui freine l'assimilation de ses compatriotes ayant récemment acquis la nationalité. Il semble qu'en réalité une figure particulière de Franco-Polonais est visée en filigrane à travers ces deux derniers motifs, il s'agit du moniteur consulaire de polonais, rémunéré et subordonné au gouvernement polonais pour enseigner sa langue dans les écoles françaises, et souvent soupçonné par le gouvernement français de « sortir de leurs attributions pour s'immiscer gravement dans la politique intérieure française »<sup>2987</sup>. On voit bien à quel point l'engagement dans une association sportive communiste est loin de cette situation.

**955.** Cette interprétation est confirmée par les conclusions du commissaire du gouvernement Fournier dans l'affaire *Godek*, rendue elle-aussi par l'assemblée du contentieux le 4 février 1966. Il y est ici justement question d'un moniteur consulaire d'enseignement du polonais ayant exercé entre 1954 et 1957. Fournier précise d'abord que la situation de moniteur consulaire de polonais constitue une subordination volontaire à un gouvernement étranger, contraire à la politique du gouvernement français, et qu'en ce sens cela entre dans les prévisions de l'article 96 du Code de la nationalité<sup>2988</sup>. Toutefois il précise que le délai d'instruction une fois les faits constatés et révolus ne doit pas excéder un à deux ans. Or, pour le sieur Godek, moniteur de 1954 à 1957, le décret fut adopté en 1961. Pour le commissaire du gouvernement, « La

---

<sup>2986</sup> Ces conditions sont citées par Jacques Fournier dans ses conclusions sous CE, ass., 4 février 1966, n° 58080, *Sieur Godek*, Lebon p. 93.

<sup>2987</sup> Stéphane Dufoix, *Politiques d'exil : hongrois, polonais et tchécoslovaques en France après 1945*, op. cit., p. 98. Voy. également Edmond Gogolewski, « L'enseignement de la langue polonaise dans les écoles primaires en France », *Revue du Nord*, 1981, t. 63, n° 249, p. 475.

<sup>2988</sup> Jacques Fournier, conclusions sous CE, ass., 4 février 1966, n° 58.080, *Sieur Godek*, Lebon p. 94.



machine administrative a continué à tourner. Mais les éléments qu'elle met en œuvre sont périmés. »<sup>2989</sup> À la date du décret, le requérant « se comporte non pas comme un national étranger mais comme un ouvrier français, pareil à beaucoup d'autres, habile dans son travail et dont l'attitude du point de vue national ne suscite aucune observation. »<sup>2990</sup> C'est donc encore sur le fondement du contrôle « normal » de la qualification juridique des faits que le commissaire du gouvernement propose la censure du décret. Fait plus rare, Fournier considère qu'en prononçant une telle annulation, « l'opportunité rejoindrait le droit »<sup>2991</sup> : Godek a toujours vécu en France, il est intégré sur le territoire, son action de moniteur est une erreur de jeunesse, également due à des difficultés professionnelles, et il a cessé ses fonctions sans injonction du gouvernement français.

Le Conseil d'État ne suit cependant pas son commissaire du gouvernement. Il sursoit à statuer afin que le requérant puisse saisir le juge judiciaire aux fins de déterminer s'il possède ou non la nationalité polonaise. Sans doute le juge administratif souhaitait il ainsi s'appuyer sur la décision du juge judiciaire, dans le cas où le sieur Godek ne serait pas reconnu polonais, pour annuler le décret, plutôt que sur un contrôle de la qualification juridique des faits, par nature plus intrusif dans le domaine régalién de la nationalité. L'affaire s'arrête cependant ici en ce qui concerne le contentieux administratif ; à notre connaissance, Godek ne ressaisira pas le Conseil d'État après son long périple judiciaire qui aboutira à juger en 1982 qu'il possède la nationalité polonaise<sup>2992</sup>. La Haute Assemblée ne se prononça donc jamais au fond concernant le décret de libération d'office de la nationalité française du sieur Godek, alors que la décision d'annulation se profilait dès 1966 à la suite d'un contrôle « normal »<sup>2993</sup>.

**956.** Ces affaires montrent donc bien comment le contrôle « normal » et « l'irruption » des faits – et du contrôle de leur qualification – dans le contentieux administratif conduisent à un contrôle strict de la politique du gouvernement en matière de libération d'office. De fait, après une telle série jurisprudentielle, il devient inenvisageable que l'autorité publique prononce un décret de libération d'office à l'égard d'un simple militant communiste. Les chiffres montrent d'ailleurs qu'après 1967, plus aucun décret en application de l'article 96 du code de la nationalité n'est adopté, ce qui ne saurait être étranger à une telle série contentieuse d'arrêts rendus en

---

<sup>2989</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>2990</sup> *Ibid.*

<sup>2991</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>2992</sup> Godek ira jusqu'en cassation pour obtenir une décision définitive : Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 17 février 1982, n° 80-13.377, au bulletin.

<sup>2993</sup> Peut-être le requérant a-t-il obtenu entre temps une réintégration dans sa nationalité française.

assemblée. Cela ne signifie pas pour autant que le droit de la nationalité ne va plus servir à frapper des militants communistes. La jurisprudence montre que de nouvelles mesures sont adoptées, cette fois sur la base des pouvoirs en matière d'opposition à l'acquisition.

**957. La neutralisation des oppositions à l'acquisition.** – Dans les années 1970, le contentieux des oppositions à l'acquisition pour indignité ou défaut d'assimilation va servir à nouveau de fondement à des mesures ciblant des militants communistes – ou perçus comme tels par le gouvernement. Et dans deux arrêts d'assemblée rendus le 28 avril 1978, le Conseil d'État va d'un seul mouvement considérer que les activités politiques communistes ne peuvent justifier une opposition à acquisition. Dans la première affaire *Dame Weisgal épouse Losay*<sup>2994</sup>, le gouvernement s'oppose pour indignité par un décret du 14 octobre 1976. Il exprime « “les plus extrêmes réserves” sur le “loyalisme” de la requérante » en retenant « l'activité militante de la dame Losay dans “un parti d'extrême-gauche, dont elle est chargée d'organiser “les stages” » ». Le Conseil d'État s'oppose à cette appréciation en contrôlant au fond la qualification juridique des faits, et considère que de telles activités ne sont en aucune manière constitutives d'indignité :

« Cons. qu'une activité politique licite ne saurait être regardée comme constitutive d'indignité ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué par l'administration que le groupement auquel il est fait grief à la requérante d'avoir donné son adhésion doit être illégal, ni que la dame Losay se soit livrée, à l'occasion de son activité politique, à des actes constitutifs d'indignité ; que, dès lors, les faits qu'a retenus le Gouvernement pour s'opposer à l'acquisition de la nationalité française par la dame Losay ne sont pas de nature à justifier légalement le décret attaqué »

La démonstration est claire, le groupement politique auquel appartient la requérante est « légal », son activité est donc « licite ». Organiser des stages dans un parti d'extrême gauche ne peut donc servir de fondement à une opposition à l'acquisition de la nationalité française. Les annotateurs au recueil *Lebon* notent fort justement que cet arrêt exprime un « contrôle normal ». L'administration est donc parfaitement informée que son appréciation sera soumise à un contrôle normal de la qualification, et que le juge substituera son interprétation à celle de l'administration : la probabilité de censure est donc élevée. D'ailleurs, le Conseil d'État retient la même solution dans un second arrêt d'assemblée du même jour, *Dame Vorobiova, épouse Eftassiou*<sup>2995</sup>. Dans cette espèce, la requérante avait fait l'objet d'un décret d'opposition en date du 21 janvier 1976. Le gouvernement retenait d'une part le défaut d'assimilation en raison d'un séjour temporaire en Union soviétique, et d'autre part l'indignité en raison de relations avec des

<sup>2994</sup> CE, ass., 28 avril 1978, n° 05659, *Dame Weisgal épouse Losay*, Lebon p. 196.

<sup>2995</sup> CE, ass., 28 avril 1978, n° 07464, *Dame Vorobiova, épouse Eftassiou*, Lebon p. 197.

personnes « suspectées d'activités au profit d'une puissance étrangère ». Le Conseil d'État considère d'abord que le défaut d'assimilation n'est pas établi : « la circonstance que, dans le courant de l'année 1975, la requérante s'est rendue en union soviétique pour y séjourner avec son époux, lui-même temporairement affecté dans ce pays par un employeur français, ne saurait être regardée comme apportant la preuve d'un défaut d'assimilation ». Il juge ensuite que l'indignité n'est pas davantage établie par la fréquentation de personnes suspectées d'activités au profit d'une puissance étrangère : « il ne ressort pas des pièces du dossier que ces relations présentaient un caractère autre que personnel ou professionnel ». Ce qu'il se déduit de ces jurisprudences c'est le droit de séjourner en Union soviétique sans que l'on puisse en déduire un défaut d'assimilation, et le droit de fréquenter des militants communistes dans le cadre de relations personnelles, professionnelles, ou associatives, sans que l'on puisse en déduire une quelconque indignité.

L'argument de « l'indignité » nécessite justement que des actes positifs aient été commis par un individu pour apporter la preuve d'une certaine forme de déloyauté. C'est ce que confirme le Conseil d'État dans une affaire *Viglietti* rendue le 15 juin 1979<sup>2996</sup>. Le gouvernement retenait que le requérant appartenait à « un groupement qui préparerait des actions terroristes contre des personnalités de son pays d'origine », des faits constitutifs d'indignité selon le gouvernement et fondant son opposition par un décret du 16 février 1977. Selon toutes probabilités, le requérant est en réalité Daniel Alberto Viglietti Indart, un artiste et militant communiste originaire d'Uruguay. C'est donc bien en filigrane des activités communistes qui sont ici reprochées au requérant. Le Conseil d'État contrôle à nouveau la qualification juridique des faits et retient que le gouvernement « n'apporte à l'appui de ses dires aucun commencement de preuve » et qu'ainsi « il ne ressort pas des pièces du dossier que des actes constitutifs d'indignité aient pu être reprochés » au requérant. Le Conseil d'État relève encore que le gouvernement n'apporte aucun élément permettant de considérer que le requérant « n'ait pu s'adapter aux sentiments et comportements communs aux nationaux français », il n'y a donc pas davantage de défaut d'assimilation.

L'arrêt *Rutili*<sup>2997</sup> rendue le 13 juillet 1979<sup>2998</sup> parachève ce mouvement contentieux étalé sur un peu plus d'une année. Dans cette affaire, le requérant, Roland Rutili, se voit reprocher des

---

<sup>2996</sup> CE, 15 juin 1979, n° 08390, *Viglietti*, Lebon tables p. 737.

<sup>2997</sup> Le même requérant portera une affaire bien connue devant la CJCE dans le domaine des libertés de circulation.

<sup>2998</sup> CE, 13 juillet 1979, n° 05828, *Rutili*, Lebon tables p. 738.

« sentiments anti-nationaux » qui tiennent en réalité à son « appartenance (...) au parti communiste français » et à « la violente campagne qu'il aurait menée contre le président de la République et le premier ministre ». Le gouvernement adopte ainsi un décret d'opposition pour indignité le 24 novembre 1976. On voit bien à quel point les motifs politiques sont prégnants ici puisque ce sont les convictions – et certainement pas les actes – qui sont en cause. Le Conseil d'État annule le décret par le moyen de son contrôle « normal » de la condition d'indignité : « il ne ressort pas des pièces du dossier que M. Rutili se soit livré, à l'occasion de son activité politique, à des actes constitutifs d'indignité ; que, des lors, les faits qu'a retenus le gouvernement pour s'opposer à l'acquisition de la nationalité française par M. Rutili ne sont pas de nature à justifier légalement le décret attaqué ». La position du Conseil d'État est donc d'une clarté et d'une constance remarquables. Le militantisme communiste ne peut servir de fondement à une mesure de perte de la nationalité, que ce soit par l'intermédiaire de l'indignité, du défaut d'assimilation, ou de l'exercice en fait et en droit d'une nationalité étrangère.

**958.** Cette dernière série jurisprudentielle en matière d'opposition interroge toutefois par sa tardiveté ; elle n'est plus en lien avec l'anticommunisme d'après-guerre et s'inscrit à contre-courant du contexte international de « détente ». Les décrets sont en effet principalement signés en 1976, et donc probablement mis à l'instruction dans les mois qui précèdent. L'on peut donc y voir l'œuvre d'une politique cohérente menée par le gouvernement sur cette période. Sont-ils l'œuvre de Michel Poniatowski, alors ministre de l'intérieur, et dont on connaît le farouche anticommunisme – il n'hésite pas à écrire en 1983 encore que le parti communiste est un « parti totalitaire et de subversion »<sup>2999</sup> ? Des recherches complémentaires sur fonds d'archive pourraient confirmer cette hypothèse<sup>3000</sup>.

**959.** Au total, le Conseil d'État, dans un contexte parfois particulièrement hostile au communisme, a neutralisé par l'intermédiaire de son contrôle « normal » de la qualification juridique des faits toutes les mesures adoptées par le gouvernement qui visaient à faire perdre la nationalité à des individus en raison de leur engagement politique. Cette dynamique jurisprudentielle dépasse d'ailleurs le seul domaine contentieux de la nationalité puisque l'affaire *Barel* rendue en assemblée le 28 mai 1954 faisait déjà écho, cette fois par l'erreur de droit, à la solubilité des opinions politiques communistes dans les valeurs de la République et de sa haute fonction publique. Il apparaît clairement que la discrétionnarité du pouvoir du gouvernement

---

<sup>2999</sup> Michel Poniatowski, *Lettre ouverte au président de la République*, Paris, Albin Michel, 1983, p. 190.

<sup>3000</sup> Ce qui ne peut être entrepris pour le moment en raison de l'incommunicabilité des dossiers les plus complets de la sous-direction de la nationalité contenus à Fontainebleau.

recule fondamentalement et qu'une politique claire et cohérente ciblant le communisme par les moyens de la nationalité se trouve paralysée par le contentieux<sup>3001</sup>. Plus récemment, les relations entre religion et nationalité présentent des similitudes intéressantes avec cet épisode historique.

## **B. L'encadrement des liens entre religion et nationalité**

**960.** Les liens entre nationalité et religion sont plus récents. Hormis les épisodes de décolonisation (voy. *supra* n° 788 s.), la religion n'a jamais été un critère d'accès à la nationalité française. Le droit colonial en témoigne, la France comportait alors de nombreux « sujets » de religion musulmane et leur religion ne les empêchait pas d'être reconnus comme des nationaux français – c'est l'accès à la citoyenneté qui posait en revanche problème. Les années 1980 ont toutefois vu naître des préoccupations nouvelles à l'égard de l'islamisme, qui ont conduit le gouvernement à édicter dès le début des années 2000 des circulaires indiquant à l'administration la frontière entre un islam modéré dont les tenants sont considérés comme assimilés à la société française, et un islam radical dont les tenants sont au contraire considérés comme non assimilés à la société française (1). La politique d'opposition à l'acquisition de la nationalité française exprimant cette méfiance à l'égard des musulmans jugés « radicaux » a fait l'objet d'un encadrement ambivalent par le Conseil d'État. Si les premiers temps jurisprudentiels indiquent une claire protection de l'individu et l'obligation faite à l'administration de prouver des actes positifs manifestant objectivement le défaut d'assimilation, des décisions plus récentes montrent que le fait religieux est traité avec davantage de rigueur par le juge administratif. L'important demeure que par son contrôle de normal de la qualification de la condition d'assimilation, le Conseil d'État continue de substituer son appréciation à celle de l'administration et encadre les interprétations administratives, et donc le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique (2).

---

<sup>3001</sup> Ce qui marque selon Berthold Goldman, « Droit à la nationalité et nationalité imposée », *op. cit.*, p. 50, la victoire du courant « juridique » sur le courant « politique » en droit de la nationalité. Le même auteur écrivait encore très justement que « le retrait de la nationalité française ne devrait jamais être discrétionnaire. Et pour qu'il ne soit pas discrétionnaire – c'est extrêmement simple – il faut que le Conseil d'État exerce son contrôle sur les faits qui motivent ce retrait. » (p. 57).

## 1. Le rapport de l'islam à la nationalité : un enjeu récent

**961. L'émergence d'une problématique au tournant des années 1980.** – Les travaux du sociologue Abdellali Hajjat<sup>3002</sup> ont permis de mettre à jour la construction progressive par les forces de police et de renseignement d'une frontière entre un islam modéré d'une part, et un islam « fondamentaliste » ou « intégriste » d'autre part, bientôt qualifié d'« islamisme ». Ce dernier est considéré par ces administrations comme un islam de « guerre », « radical », qui viserait à imposer des lois religieuses en France, à l'inverse d'un islam « modéré » tourné vers la paix. Le lien sera vite opéré avec le droit de la nationalité. À travers la condition d'assimilation mise à la recevabilité de la naturalisation d'une part, et dont le défaut peut fonder une opposition à l'acquisition par déclaration d'autre part, l'autorité publique réceptionne la frontière ainsi tracée, les tenants d'un islam politique et radical n'étant pas considérés comme assimilés, à la différence des modérés<sup>3003</sup>. Cette frontière dressée au sein de l'islam est évoquée par les travaux de la commission Long en 1988 :

« L'islam est perçu par une partie de l'opinion française comme un obstacle à la pleine immigration des musulmans. Plusieurs intervenants devant la Commission ont cependant souligné que l'islam est d'abord une religion liant l'individu à Dieu dans une relation tout aussi intime et privée que le judaïsme ou le christianisme. Cette religion peut être pratiquée dans le respect de la tradition laïque française : l'islam existe, d'ailleurs, dans de nombreux pays laïcs. Mais l'islam est plus qu'une religion : il est aussi une règle de vie sociale, juridique, philosophique et économique. Cette règle peut être en contradiction avec les mœurs, l'ordre juridique interne, voire les valeurs d'une société non musulmane. Par exemple, certaines règles juridiques relatives au statut personnel (état et capacité des personnes), notamment celles qui organisent les relations de famille et les relations entre les sexes, adoptées par les pays musulmans qui appliquent le droit coranique sont contraires au droit civil français. Il ne faut donc pas sous-estimer la portée de l'effort que peut représenter, pour les musulmans en France les plus attachés à la loi islamique, leur adhésion à certaines règles de notre société. »<sup>3004</sup>

Ce que la commission indique, c'est que les « valeurs » de la religion musulmane peuvent entrer en contradiction avec les « valeurs » de la société française, et que face à ce conflit, l'assimilation de l'individu s'évalue justement sur sa capacité à faire prévaloir les valeurs françaises. Cette analyse est bien confirmée lorsque la commission évoque la « menace fondamentaliste »

---

<sup>3002</sup> Voy. Abdellali Hajjat, *Les frontières de l'« identité nationale ». L'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*, Paris, La Découverte, 2012, p. 235-298. Du même auteur, voy. « “Bons” et “mauvais” musulmans. L'État français face aux candidats “islamistes” à la nationalité », *Cultures & Conflits*, 2010, n° 79/80, p. 139-159.

<sup>3003</sup> Cette frontière est évidemment artificielle ; elle est le produit au niveau *macro* des événements internationaux et des alliances diplomatiques françaises, et au niveau *micro* des fréquentations personnelles et associatives des individus.

<sup>3004</sup> Commission de la nationalité (dir.), *Être Français aujourd'hui et demain*, vol. II, Paris, La documentation française, 1988, p. 48-49.

qui revendique « une différence culturelle »<sup>3005</sup>. L'enjeu pour l'administration devient donc d'un côté celui de l'évaluation de l'assimilation culturelle aux « valeurs » françaises, et de l'autre celui du rejet des « valeurs » islamiques – ou considérées comme telles par l'administration – incompatibles avec l'ordre juridique français.

**962.** À ce titre, la question du port du voile peut-elle interférer dans l'appréciation de l'assimilation d'un individu de confession musulmane ? Dans l'imaginaire collectif, notamment celui résultant de la révolution iranienne, le port du voile a pu être initialement associé à une pratique rigoriste voir radicale de l'islam<sup>3006</sup>. Pour autant, le port du voile ne saurait être considéré comme manifestant un rejet des « valeurs » françaises, au premier rang desquelles l'on trouve l'égalité des sexes. Comme l'indique Patrick Weil, « Alors que pour une majorité de femmes le voile est l'expression de la domination de l'homme sur la femme, cela peut être aussi ressenti et compris différemment, et il l'est de fait. Cela peut être l'expression d'une libre croyance, un moyen de protection contre la pression masculine, l'expression d'une identité et d'une liberté contre des parents laïques et contre une société occidentale séculière. L'État n'a pas le droit d'interpréter les symboles religieux. »<sup>3007</sup> Certains auteurs en déduisent un « principe de non-immixtion de l'ordre étatique dans les dogmes religieux »<sup>3008</sup>. Autrement dit, c'est dans l'adhésion ou dans le rejet par les actes des valeurs françaises que l'administration peut évaluer l'assimilation de l'individu, et non dans l'interprétation abstraite des croyances religieuses. Les différentes circulaires adoptées par l'administration pour expliciter cette question complexe rendent compte de cette approche.

**963. La définition d'une politique par voie de circulaires depuis les années 2000.** – L'une des premières circulaires adoptées par l'administration pour fixer les éléments relatifs à l'interprétation de la condition d'assimilation entretient un rapport ambiguë entre une évaluation concrète de l'adhésion aux valeurs françaises, et une évaluation abstraite des valeurs exprimées par certains signes religieux :

---

<sup>3005</sup> *Ibid.*, p. 49. Le rapport précise toutefois que cette menace se nourrit surtout « de la quasi-clandestinité où sont parfois réduits les pratiquants, de leur marginalisation sociale et de la crise économique qui atteint en priorité les couches de la population où ils sont représentés. » (*ibid.*).

<sup>3006</sup> Nilüfer Göle, *The Forbidden Modern : Civilization and Veiling*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1996, p. 83.

<sup>3007</sup> Patrick Weil, « Lever le voile », *Esprit*, 2005, n° 1 (janvier), p. 46-47. Du même auteur, voy. encore « Why the French *laïcité* is Liberal », *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 30, n° 6, p. 2706.

<sup>3008</sup> Francis Messner, Pierre-Henri Prétot et Jean-Marie Woehrling, *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec, 2003, p. 434.

« Vous signalerez tout particulièrement les situations de polygamie qui traduisent un grave défaut d'intégration motivant une décision d'irrecevabilité. Vous noterez également le comportement du postulant à l'égard de son épouse et de ses enfants, s'il manifeste l'observance d'us et coutumes en contradiction avec les valeurs de la société française et, notamment, le principe d'égalité. S'agissant des tenues vestimentaires des postulantes, vos agents ne doivent pas se contenter de mentionner "le port du foulard" mais ils doivent indiquer s'il s'agit du foulard traditionnel en usage notamment dans les pays du Maghreb ou en Turquie, du hidjab qui couvre entièrement la tête et le cou et qui, à l'instar du tchador, est un signe d'appartenance à un islam fondamentaliste. Dans ces deux derniers cas, il y a lieu de faire préciser aux postulantes la signification du port de ces signes vestimentaires. »<sup>3009</sup>

Si la polygamie ou le refus du principe d'égalité peuvent bien être identifiées comme des marques de rejet d'une part de la culture civile, politique et juridique française, la place réservée aux tenues des femmes est plus surprenante. Si le foulard « traditionnel » ne paraît pas retenir l'attention des ministres signataires – Martine Aubry et Jean-Pierre Chevènement –, le « hidjab » et le « tchador » (qui ne sont pas des voiles « intégraux ») laissent présumer à l'inverse l'appartenance à un islam « fondamentaliste », révélant un défaut d'assimilation, sans que l'on comprenne bien ce qui justifie une telle position au fond. Les « postulants » doivent alors justifier le port d'un tel vêtement, ce qui signifie en réalité qu'ils doivent apporter la preuve contraire, celle de leur assimilation, en montrant que le port du « hidjab » ou du « tchador » ne traduisent pas une vision inégalitaire des rapports entre l'homme et la femme.

**964.** Cette appréciation est rappelée avec dans une circulaire de 2005, dont les termes seront souvent reproduits par la suite :

« Le cas échéant, l'agent qui conduira l'enquête devra mettre en évidence les éléments révélateurs d'une attitude intolérante ou discriminatoire fondée sur des critères de sexe, de race, de religion, de politique ou de nationalité (dénigrement de membres d'autres communautés religieuses ou nationales, appartenance à des mouvements prônant une pratique radicale de la religion ou l'action violente et, pour la femme, confinement au foyer, port sous la contrainte ou non de signes religieux ostentatoires, interdiction de toute communication avec des personnes du sexe masculin, etc.). »<sup>3010</sup>

Ici, ce sont désormais à la fois l'« intolérance » et la « discrimination », témoignant de la « radicalité » du postulant, qui fondent le défaut de la condition d'assimilation. Pour la femme en particulier, c'est le port de signes religieux « ostentatoires » qui peut constituer le défaut d'assimilation. On trouve ici l'empreinte de la loi 15 mars 2004 relative au port de signes ou de

---

<sup>3009</sup> Circulaire DPM n° 2000-254 du 12 mai 2000 relative aux naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de nationalité française, p. 13.

<sup>3010</sup> Circulaire DPM/SDN/N 3 n° 2005-104 du 24 février 2005 relative à l'enquête diligentée par les services préfectoraux sur les demandes d'acquisition de la nationalité française par déclaration. Ces éléments sont confirmés dans des termes très similaires dans la circulaire IMIC0900097C du 29 décembre 2009 relative à la procédure d'acquisition de la nationalité française en raison du mariage, p. 9, et la circulaire IMIC1000113C du 27 juillet 2010 relative à la déconcentration de la procédure d'acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique, p. 10-11.



tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles dans les enseignements primaire et secondaire. Cette loi interdit en effet le « port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse »<sup>3011</sup>. Le terme « ostentatoire » s'interprète alors comme manifestant une volonté de réaliser un « acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande »<sup>3012</sup> au profit d'une religion, pour reprendre les termes du célèbre avis du Conseil d'État rendu le 27 novembre 1989. Difficile toutefois de cerner ce qui caractérise, chez un adulte, un signe religieux « ostentatoire ». Par exemple, le port du « hid-jab » ou du « tchador » – déjà mentionnés en 2000 – caractérise-t-il un signe « ostentatoire » qui induirait une volonté de faire pression au sein de la société française pour le développement de l'islam ? Et même à supposer que tel soit le cas, en quoi le développement du port de ces vêtements manifeste-t-il *in fine* un rejet des valeurs de tolérance ou d'égalité ? Les termes de cette circulaire apparaissent donc mal calibrés, s'appuyant inopportunément les termes de la loi du 15 mars 2004 qui n'a pourtant vocation à s'appliquer que dans les enseignements primaire et secondaire. La condition d'assimilation, lorsqu'elle est confrontée à la religion musulmane, tend ici à quitter le terrain concret des actes pour gagner une forme d'évaluation abstraite et générale ; une telle approche est inopportune car elle est incapable de caractériser chez l'individu une volonté objective de ne pas se conformer aux valeurs de la République française<sup>3013</sup>.

**965.** Une dernière circulaire du 24 août 2011<sup>3014</sup> revient justement à une appréciation très concrète de la condition d'assimilation. Elle est rattachée à l'adhésion aux « valeurs essentielles de la République française », et notamment au « principe de l'égalité entre les hommes et les femmes ». Certains faits précis sont alors mentionnés pour expliciter ce qui caractérise le rejet de ce principe :

« Par conséquent, l'adoption au quotidien d'attitudes discriminatoires vis-à-vis des femmes, telles que le refus de leur serrer la main, révèle un défaut d'assimilation ; un tel mode de vie, fût-il fondé sur des préceptes religieux, est incompatible avec les valeurs de la République. Il en va de même de l'autorité abusive du déclarant à l'égard de son épouse, de ses filles ou de ses sœurs, marquées par exemple par une interdiction de participer à toute vie sociale, le confinement au domicile, le mariage forcé, l'interdiction de poursuivre des études ou de suivre une formation ou encore l'interdiction de signer un contrat d'accueil et d'intégration. »

---

<sup>3011</sup> Voy. la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, in JORF, 17 mars 2004, p. 5190.

<sup>3012</sup> CE, ass. gén., 27 novembre 1989, n° 346893, p. 5.

<sup>3013</sup> Elle est également source de difficultés pour l'administration active qui ne s'estime pas formée sur ces questions. Voy. Anne-Virginie Madeira, *Nationaux et étrangers en droit public français*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2015, p. 220-221.

<sup>3014</sup> Circulaire IOC/N/11/14306/C du 24 août 2011 relative au contrôle de la condition d'assimilation dans les procédures d'acquisition de la nationalité française, p. 1-2.

Si en filigrane, l'on pressent bien que c'est la figure de « l'homme musulman » qui est ici visée, la généralité des formules, leur caractère concret et découplé de strictes considérations religieuses doit être approuvé. De même, à propos du voile, la circulaire mentionne encore que l'observance des préceptes d'une religion ne sont pas par nature révélateurs d'un défaut d'assimilation :

« L'effectivité du port du voile ne doit être prise en compte que dans le cadre d'un examen de l'ensemble des éléments du dossier. La stricte observance d'une religion et la manifestation d'un attachement aux principes de cette religion par le port d'un insigne ou d'un vêtement traditionnel ne sont pas suffisantes pour constituer le défaut d'assimilation. Une opposition peut être, cependant, envisagée si le dossier fait apparaître que cet aspect du comportement s'inscrit dans un mode de vie, nettement et objectivement, incompatible avec les valeurs essentielles de la République française. »

Le défaut d'assimilation ne sera donc retenu que lorsque le mode de vie – « nettement et objectivement » – s'inscrit en rupture avec les valeurs essentielles de la République française, c'est-à-dire en l'espèce le principe d'égalité des sexes. La politique d'évaluation de l'assimilation ne saurait ainsi caractériser une discrimination *directe* selon la religion. Attention toutefois, s'il s'avérait dans les faits que seuls les individus de religion musulmane étaient astreints à rendre des comptes sur leur vision de l'égalité des sexes – et ainsi à faire l'objet potentiellement de refus de naturalisation ou d'opposition à l'acquisition –, sans que les individus suivant d'autres religions, ou n'ayant pas de religion, soient eux-mêmes soumis à cette évaluation, l'ensemble caractériserait une discrimination *indirecte*. Ce dernier état du droit est donc satisfaisant dans sa formulation, mais il ne saurait servir de prétexte, de « paravent »<sup>3015</sup> pour reprendre les termes de Gaëlle Marti, à une politique ciblant les seuls individus de confession musulmane<sup>3016</sup>.

## 2. L'encadrement des liens entre islam et nationalité par le contrôle normal

**966. Un encadrement plus qu'une neutralisation.** – Là où la jurisprudence du Conseil d'État affirmait en matière d'opinions politiques communistes un certain libéralisme et un certain respect du pluralisme démocratique, les motifs religieux font l'objet d'une jurisprudence plus sévère. Des actes qui ne troublent pas l'ordre public mais qui manifestent une différence

---

<sup>3015</sup> Gaëlle Marti, « Le refus de l'égalité entre les sexes, obstacle à l'acquisition de la nationalité française par mariage », JCP A, 2014, n° 13, 2083.

<sup>3016</sup> C'est une question que soumet également Carlo Santulli, « Chronique de droit international », *RFDA*, 2009, n° 1, p. 145 : « Or force est de constater que l'attention que les pouvoirs publics portent aujourd'hui à chaque geste des jeunes musulmanes, se détourne tout à coup devant les tourments subis par les jeunes filles perdues dans certains mouvements hassidiques, et les voiles, avilissements et autre cruautés dont on afflige encore certaines chrétiennes au nom de quelques phrases de Saint Paul : refuserait-on effectivement, dans ces dernières hypothèses, la nationalité française à la jeune femme qui les subirait ? »

de valeurs avec certains principes républicains justifient le défaut d'assimilation retenu par l'administration. Le Conseil d'État trace en revanche une stricte délimitation entre une appréciation abstraite des croyances – qui ne saurait fonder une mesure – et une appréciation concrète des actes accomplis dans le cadre cette croyance – qui peuvent fonder une mesure. En cela il respecte bien un principe résumé par Elsa Forey : « l'appréciation du juge doit porter sur des comportements et sur des actes accomplis au nom d'un impératif religieux, qui peuvent être contraires à l'ordre public. En revanche, le juge doit se refuser à porter une appréciation sur les croyances religieuses et en particulier sur les valeurs qu'elles véhiculent. »<sup>3017</sup>

967. Dans une première affaire inédite jugée le 23 mars 1994, le Conseil d'État affirme que l'autorité publique ne peut retenir le défaut d'assimilation pour la seule raison que l'épouse du requérant porte le « foulard islamique » : « La circonstance, à la supposer établie, que son épouse porterait le “foulard islamique” ne saurait, en tout état de cause, constituer un défaut d'assimilation du requérant »<sup>3018</sup>. La position est franche, une tenue vestimentaire ne manifeste pas – par elle-même – un défaut d'assimilation à la société française. Cette position est solennellement confirmée dans une seconde affaire *Ben Halima* rendue le 19 novembre 1997. Le Conseil d'État réaffirme avec la même clarté que les croyances ne sont pas *per se* constitutives d'un défaut d'assimilation :

« Considérant que si M. Ben Halima, de nationalité tunisienne, s'affirme comme un musulman croyant et pratiquant de stricte observance et a épousé en 1990 une française qui est elle-même de religion musulmane et porte le voile islamique, il ne ressort des pièces du dossier ni que ces faits et circonstances, ni aucun autre élément invoqué par l'administration et relatif au comportement de l'intéressé ne sont de nature à révéler un défaut d'assimilation ; qu'ainsi le gouvernement n'a pu légalement fonder sur ce motif une opposition à l'acquisition de la nationalité française de M. Ben Halima »<sup>3019</sup>

Cette appréciation doit être approuvée en ce qu'elle montre bien que la croyance, même « stricte », n'est pas suffisante pour qualifier le défaut d'assimilation, et qu'*a fortiori* ne l'est pas davantage le fait que la conjointe du requérant puisse porter le « voile islamique ». Dans une troisième affaire *Ahmed Belhadj*, rendue le 7 juin 1999, le Conseil d'État confirme encore cette approche lorsque l'administration s'oppose par décret à l'acquisition d'un individu en raison de ses fréquentations :

« Considérant que s'il ressort des pièces du dossier que M. Ahmed Belhadj a entretenu des relations suivies avec un membre actif d'un réseau islamiste, ni ce fait ni aucun autre élément

---

<sup>3017</sup> Elsa Forey, *État et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, p. 56.

<sup>3018</sup> CE, 2/6 ssr, 23 mars 1994, n° 116144, inédit.

<sup>3019</sup> CE, 2/6 ssr, 19 novembre 1997, n° 169368, *Ben Halima*, Lebon p. 437.

du comportement personnel de M. Ahmed Belhadj invoqué par l'administration ne suffit à établir que celui-ci milite en faveur du rejet des valeurs essentielles de la société française ; qu'ainsi, le Gouvernement n'a pu légalement fonder sur le défaut d'assimilation son opposition à l'acquisition de la nationalité française par le requérant »<sup>3020</sup>

Cette série jurisprudentielle est donc parfaitement conforme à la frontière tracée entre les *comportements* qui peuvent seuls justifier une mesure, et les *croyances* – souvent supposées – qui ne doivent pas laisser de prise à une interprétation administrative. La similitude est grande entre ces décisions et les positions déjà arrêtées par le juge administratif à propos des militants communistes entre les années 1950 et 1970 (voy. *supra* n° 951 s.) : les simples convictions et fréquentations ne sauraient conduire à la perte de la nationalité.

**968. Le récent recul de l'encadrement.** – Toutefois, le tournant des années 2000 marque un infléchissement de cette jurisprudence. Le juge, toujours en basant fondamentalement son approche sur les faits, investit davantage à la suite de l'administration l'évaluation des croyances des individus. Frédéric Dieu note ainsi que « La jurisprudence a évolué dans un sens défavorable aux intéressés » et que le juge administratif « [fait] siennes les préventions grandissantes de l'administration vis-à-vis des pratiques religieuses radicales, toutes liées à la religion musulmane (...) et des comportements et modes de vie qui y sont associés. »<sup>3021</sup> Dans une affaire *Amiour* rendue le 14 octobre 1998<sup>3022</sup>, le juge retient ainsi que le requérant est un « militant actif d'un mouvement extrémiste » qui « répandait dans sa région, notamment au sein de la mosquée d'Angers, des thèses manifestant un rejet des valeurs essentielles de la société française ». En cela, le Conseil d'État confirme le « défaut d'assimilation » qu'avait retenu l'administration pour faire opposition à l'acquisition. Ici c'est la motivation qui fait défaut : en quoi les propos tenus et propagés s'opposent-ils aux « valeurs essentielles de la société française » ? En n'indiquant pas précisément la nature des propos, le Conseil d'État contribue à marquer un lien entre le militantisme dans la foi musulmane et le défaut d'assimilation. Cette position marque un recul à la fois par rapport à la jurisprudence précédemment établie en matière de croyance religieuse, mais aussi par rapport au traitement jurisprudentiel des convictions communistes qui étaient jugées avec moins de rigueur. Le Conseil d'État considérerait en effet systématiquement que le militantisme communiste – y compris celui des années 1950 et 1960 qui

---

<sup>3020</sup> CE, 2/6 s.s.r., 7 juin 1999, n° 187526, *Ahmed Belhadj*, Lebon tables p. 782.

<sup>3021</sup> Frédéric Dieu, « Le Conseil d'État, gardien des valeurs essentielles de la société française », *Constitutions*, 2014, n° 2, p. 175.

<sup>3022</sup> CE, 2/6 s.s.r., 14 octobre 1998, n° 175186, *Amiour*, Lebon tables p. 898.

exprimait pourtant la volonté de mettre en œuvre la « dictature du prolétariat » et de rompre pour partie avec le libéralisme – ne pouvait qualifier ni indignité, ni défaut d’assimilation.

Cette tendance se confirme dans une affaire *Ben Mansour* rendue le 7 juin 1999<sup>3023</sup>. Ici, ce sont les fréquentations associatives du requérant qui conduisent le Conseil d’État à valider le défaut d’assimilation retenu par l’administration : « il ressort des pièces du dossier que M. Ben Mansour était en 1995 l’un des principaux dirigeants d’une fédération à laquelle étaient affiliés plusieurs mouvements extrémistes prônant le rejet des valeurs essentielles de la société française ». L’on retrouve la même justification par les « valeurs essentielles de la société française », sans pourtant profiter de précisions concrètes à la fois sur leur consistance et leur violation en l’espèce. Surtout, c’est une participation associative qui est reprochée au requérant, alors que rien n’indique que la « fédération » en question ait été jugée illicite par le gouvernement. La « fédération » s’avère être en réalité l’Union des organisations islamiques en France, liée aux Frères musulmans, et militant pour un islam « politique »<sup>3024</sup>. La jurisprudence du Conseil d’État s’avère donc ici beaucoup plus rigoureuse que lors des précédents communistes où les fréquentations personnelles, professionnelles ou associatives ne pouvaient en aucune manière fonder une mesure de perte de la nationalité (voy. *supra* n° 951 s.).

**969.** Le dernier état de la jurisprudence prend appui de manière plus précise sur le principe d’égalité entre les hommes et les femmes, composante des « valeurs essentielles » de la société française, et dont le non-respect caractérise le défaut d’assimilation. L’affaire *Machbour* rendue le 27 juin 2008 est éclairante de ce point de vue, notamment parce que l’égalité entre les sexes est appliquée au détriment de la partie normalement protégée par ce principe, à savoir la femme. Dans cette célèbre affaire, la requérante portait au moment de son audition par les services préfectoraux une *burqa*<sup>3025</sup>, c’est-à-dire un voile intégral. L’autorité publique se fonde sur le port de ce vêtement pour s’opposer à l’acquisition de la nationalité par décret, retenant le défaut d’assimilation. Le Conseil d’État valide cette appréciation : la requérante a « adopté une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d’égalité des sexes »<sup>3026</sup>. Cette décision est particulière-

---

<sup>3023</sup> CE, 7 juin 1999, n° 178449, *Ben Mansour*, Lebon tables p. 782.

<sup>3024</sup> Voy. Abdellali Hajjat, « “Bons” et “mauvais” musulmans. L’État français face aux candidats “islamistes” à la nationalité », *op. cit.*, p. 151.

<sup>3025</sup> Voy. Bernard Pacteau, « Appartenance religieuse et nationalité française : Une possible incompatibilité ? », *Petites affiches*, 2009, n° 35, p. 11.

<sup>3026</sup> CE, 2/7 ssr, 27 juin 2008, n° 286798, *Machbour*, Lebon tables p. 737 (sur ce point).

ment importante puisqu'elle marque une rupture inédite dans la jurisprudence en matière religieuse : c'est par l'interprétation d'un symbole religieux que le juge induit le défaut d'adhésion aux valeurs de la société française. Aucun acte particulier n'est en effet relevé à l'encontre de la requérante. Comme le note Anne Fornerod, « le non-respect du principe d'égalité entre hommes et femmes qui lui est ici reproché se manifeste par une attitude passive, loin du prosélytisme et du militantisme associatif dont il est question dans les autres espèces. »<sup>3027</sup>

Il est en outre étonnant de voir le principe d'égalité des sexes être utilisé pour faire perdre le bénéfice d'un droit à une femme<sup>3028</sup>. Ce principe vise normalement à servir de support normatif aux revendications égalitaires des femmes. Rien de tel ici, le principe d'égalité entre les sexes est opposé à une femme qui, par la tenue qu'elle décide de porter, se place dans l'esprit de l'administration et du juge dans une position d'infériorité à celle de l'homme. On ne saurait toutefois mieux dire que Carlo Santulli : « S'agissant de l'espèce, on veut bien croire que la requérante ait "accepté" une soumission choquante à son mari, et on pourrait bien admettre que l'exécutif veuille tout à coup déchoir le phallocrate pour le punir de ses abus, mais qu'il s'attaque à la plus faible, pour la priver de nationalité et réduire davantage encore son indépendance et ses droits paraît, pour peu dire, déraisonnable. »<sup>3029</sup> L'acquisition de la nationalité pour la femme étrangère mariée à un Français est justement un vecteur contribuant non seulement à l'égalité dans le couple, mais aussi au renforcement de son autonomie et de son indépendance puisque sa situation au regard du droit au séjour cesse d'être dépendante de son statut marital. Autrement dit, si l'opposition pour défaut d'assimilation adoptée par le gouvernement français dans cette affaire protège sans doute une vision abstraite et désincarnée de l'égalité entre les sexes<sup>3030</sup>, elle contribue dans les faits à renforcer la situation d'inégalité et de soumission de la femme.

La décision aurait été plus forte et plus logique si elle avait insisté sur les aspects concrets du port du voile intégral, ce qu'au demeurant le législateur a fait partiellement dans la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public<sup>3031</sup>. Loin des considérations relatives à la dignité de la personne humaine et à l'égalité entre les hommes et les

---

<sup>3027</sup> Anne Fornerod, « Religion et acquisition de la nationalité française », *RDP*, 2009, n° 3, p. 715.

<sup>3028</sup> Il est davantage légitime lorsqu'il est opposé à l'homme, voy. CE, 2/7 srr, 27 novembre 2013, n° 365587, *M. Aberkane*, Lebon p. 304.

<sup>3029</sup> Carlo Santulli, « Chronique de droit international », *RFDA*, 2009, n° 1, p. 145.

<sup>3030</sup> Elle témoigne même par certains aspects d'un « ordre public immatériel », voy. Pierre Delvolvé, « L'ordre public immatériel », *RFDA*, 2015, n° 5, p. 890.

<sup>3031</sup> Voy. la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, in *JORF*, 12 octobre 2010, p. 18344.

femmes, ce sont les considérations beaucoup plus pratiques relatives à la « sauvegarde de l'ordre public » et au « vivre-ensemble » qui ont emporté respectivement la constitutionnalité<sup>3032</sup> et la conventionnalité<sup>3033</sup> de cette loi. La Cour européenne des droits de l'homme en particulier refuse dans son arrêt *S.A.S c. France* rendu en grande chambre le 1<sup>er</sup> juillet 2014 de faire droit à l'argument de l'égalité entre les sexes développé par le gouvernement pour juger l'interdiction du port du voile intégrale conforme à la Convention<sup>3034</sup>. Ce sont davantage les aspects très concrets du « vivre-ensemble » qui fondent la conformité à la Convention ; la Cour admet que la dissimulation du visage dans l'espace public provoque « des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, en vertu d'un consensus établi, est un élément indispensable à la vie collective au sein de la société considérée »<sup>3035</sup>. Autrement dit, c'est la possibilité d'une interaction sociale entre individus en général, et entre Français en particulier, qui est mise à mal par la dissimulation du visage provoquée par le port du voile intégral. Cette approche doit être largement approuvée en ce qu'elle laisse de côté l'argument (et le renversement) de l'égalité entre les sexes, et se fonde bien davantage sur les conséquences et manifestations concrètes du port d'un vêtement religieux. Là était sans doute la clé du défaut d'assimilation dans l'affaire *Machbour*. En procédant par la voie abstraite d'une liaison tripartite entre la pratique « radicale » de la religion, l'égalité entre les sexes et les valeurs « essentielles » de la communauté française, le Conseil d'État s'inscrit dans une certaine logique de « raidissement jurisprudentiel »<sup>3036</sup>. Il a été récemment confirmé.

**970.** Dans une récente et médiatique décision rendue le 11 avril 2018<sup>3037</sup>, une femme ayant acquis la nationalité par mariage faisait l'objet d'un décret d'opposition du gouvernement pour défaut d'assimilation adopté le 20 avril 2017. Les faits motivant cette mesure se révèlent être son refus de « serrer la main du secrétaire général de la préfecture ainsi que celle d'un élu d'une commune du département » qui étaient venus « l'accueillir » lors de la « cérémonie d'accueil dans la nationalité française organisée à la préfecture de l'Isère ». La requérante justifie cette attitude de refus par l'expression de ses « convictions religieuses ». Le Conseil d'État valide

---

<sup>3032</sup> Voy. Cons. const, 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, § 4-5.

<sup>3033</sup> Voy. CEDH, grande chambre, 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 43835/11, *S.A.S c. France*, § 106-159, spéc. § 122 et 157.

<sup>3034</sup> Voy. *ibid.*, § 119 : « La Cour estime en revanche qu'un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes – telle la requérante – revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux. »

<sup>3035</sup> *Ibid.*, § 122.

<sup>3036</sup> Hocine Zeghib, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », *AJDA*, 2008, n° 36, p. 1997.

<sup>3037</sup> CE, 2/7 ch. r., 11 avril 2018, n° 412462, *Mme A...*, à paraître aux tables du Lebon.

une telle mesure et juge « qu'en estimant qu'un tel comportement, dans un lieu et à un moment symboliques, révélait un défaut d'assimilation, le Premier ministre n'a pas fait une inexacte application des dispositions de l'article 21-4 du code civil ». Cette décision est discutable sur le fond, l'on y reviendra, mais elle marque sur la forme une évolution intéressante. Le Conseil d'État ne se fonde plus sur le rejet des « valeurs essentielles » de la communauté française, dont le vecteur d'identification et le refus du principe d'égalité entre les sexes. Ici c'est le seul refus de serrer la main d'autorités publiques « dans un lieu et à un moment symboliques » qui fonde le défaut d'assimilation, sans autre forme de justification. Les conclusions conformes prononcées par Xavier Domino permettent de préciser le sens de la justification. Le rapporteur public considère en effet qu'« En soi, la réticence à avoir des contacts physiques avec les personnes du sexe opposé ou le refus d'en avoir ne nous semblent pas nécessairement caractériser à eux seuls un défaut d'assimilation »<sup>3038</sup>. Toutefois, toujours selon Xavier Domino, « lorsque ce refus se manifeste lors de la cérémonie d'accueil dans la nationalité française et concerne la personne, en uniforme, qui nous accueille symboliquement dans la communauté nationale, il nous semble que la conviction religieuse ainsi exprimée révèle un trop grand déséquilibre dans les allégeances de l'intéressé, incapable de faire une exception à ses préférences dans un moment dont la portée symbolique ne saurait lui échapper. »<sup>3039</sup> Le refus de serrer la main s'inscrit donc dans l'expression d'une conviction religieuse, au surplus dans le contexte particulier et « symbolique » qu'est la cérémonie d'accueil dans la nationalité.

Pour apprécier au fond le raisonnement du juge, il faut dire un mot au préalable de cette cérémonie républicaine d'accueil dans la nationalité. L'organisation des cérémonies républicaines d'accueil dans la nationalité est obligatoire pour tous les modes d'acquisition de la nationalité depuis la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration<sup>3040</sup> qui fixe cette obligation aux articles 21-28 et 21-29 du code civil. Ce n'est cependant pas une nouveauté, de telles cérémonies étaient déjà obligatoires depuis 2004 pour les naturalisations<sup>3041</sup>, et beaucoup de préfets et maires en organisaient déjà avant cela. Les travaux parlementaires indiquent que le but de cette cérémonie est de créer un « événement solennel [jouant] un rôle symbolique »<sup>3042</sup> selon les termes du rapport du député Thierry Mariani, à l'initiative de ce dispositif ; en aucune

---

<sup>3038</sup> Xavier Domino, conclusions sur CE, 2/7 ssr, 11 avril 2018, n° 412462, *Mme A...*, p. 2.

<sup>3039</sup> *Ibid.*, p. 2-3.

<sup>3040</sup> Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, art. 85 et s.

<sup>3041</sup> Voy. la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, art. 146, in JORF, 17 août 2004, p. 14545. L'exposé des motifs indique que « Cette mesure permettra d'accroître le lien citoyen et de solenniser l'acquisition de la nationalité française. »

<sup>3042</sup> Ass. nat., Rapport n° 3058 relatif à l'immigration et à l'intégration, 26 avril 2006, p. 174.



manière toutefois ces cérémonies ne sont l'occasion de « prêter un serment » aux fins d'exprimer son allégeance<sup>3043</sup> comme on le voit souvent dans les pays de tradition anglo-saxonne<sup>3044</sup>. Cette cérémonie n'a ainsi aucun caractère obligatoire et ne conditionne en aucune manière l'acquisition de la nationalité française. En ce sens, le député Christian Vanneste proposait par amendement en séance le 10 mai 2006 que la participation à la cérémonie conditionne « l'effectivité » de la nationalité : « Cette cérémonie ne doit pas être une simple formalité eu égard à l'importance de l'acquisition de la nationalité et à la portée symbolique d'un tel acte. (...) Pour cela, notre amendement prévoit que l'acquisition de la nationalité française ne sera effective qu'à l'issue de cette cérémonie, à laquelle le bénéficiaire devra obligatoirement participer. »<sup>3045</sup> L'amendement est rejeté suite à l'avis défavorable du gouvernement et du rapporteur, Thierry Mariani déclarant qu'« On ne peut donc pas subordonner l'acquisition de la nationalité à la présence du bénéficiaire à la cérémonie. »<sup>3046</sup> Il s'en déduit sans équivoque possible que la participation à la cérémonie républicaine n'est pas obligatoire et qu'elle relève du libre choix de l'individu qui a acquis la nationalité française, celui-ci décidant s'il souhaite ou non participer à cet instant « solennel » et « symbolique ».

L'attitude de la requérante et son assimilation pourraient donc être évaluées à la lumière de ces éléments. Cette femme dont la pratique religieuse interdit de serrer la main des hommes ne pouvait sans doute avoir de doute sur le déroulé d'une telle cérémonie, et notamment sur le fait que la remise des différents documents (notamment la charte des droits et devoirs du citoyen français) pouvait impliquer de serrer la main d'un représentant de l'État. Son acceptation de l'invitation pourrait donc témoigner d'une réelle volonté de participer à cette cérémonie, la requérante pouvant percevoir et adhérer à son caractère « solennel » et « symbolique ». Son refus de serrer la main du secrétaire général de la préfecture et d'un élu municipal s'inscrirait alors dans un contexte plus global d'une participation libre et volontaire à cette cérémonie républicaine. Autrement dit, pour évaluer l'assimilation, il est possible de considérer que le fait de basse intensité – le refus de serrer la main – ne doit pas prendre le pas sur la démarche générale de la requérante et son choix solennel de se soumettre à la symbolique républicaine d'une telle cérémonie, en dehors de toute obligation. Le juge n'a pas fait ce choix dans le cadre de son contrôle normal de la qualification. Cette jurisprudence témoigne donc sans doute à

---

<sup>3043</sup> Voy. *ibid.*, p. 175 et s. (avec une intéressante comparaison internationale).

<sup>3044</sup> Voy. Liav Orgad, « Liberalism, Allegiance, and Obedience: The Inappropriateness of Loyalty Oaths in a Liberal Democracy », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2014, vol. 27, n° 1, p. 99-122.

<sup>3045</sup> JORF, Ass. nat., débats, 10 mai 2006 (1<sup>ère</sup> séance), p. 3313.

<sup>3046</sup> *Ibid.*, p. 3314.

nouveau du « raidissement » de l'appréciation du fait religieux dans le cadre du contrôle de la qualification juridique des faits<sup>3047</sup>.

**971. Conclusion de section : le poids du contrôle normal.** – Le contrôle de la qualification juridique des faits, s'il est en théorie un puissant outil de contrainte juridictionnelle à l'égard de l'administration, n'en demeure pas moins soumis aux orientations du juge. Selon la « politique jurisprudentielle » retenue, le juge peut se trouver en situation de réduire voire d'effacer toute liberté interprétative dans un champ contentieux donné, ou au contraire de laisser intacte la latitude interprétative de l'administration. Le contrôle « normal » de la qualification juridique des faits conduit potentiellement le juge à substituer entièrement son appréciation des faits et des conditions légales à celle de l'administration. La naissance de ce contrôle en droit de la nationalité, étalé sur l'ensemble du XXe siècle, marque ainsi une claire volonté d'encadrer profondément le pouvoir de l'administration dans cette matière. L'argument de la souveraineté ou du régalien n'ont jamais fait obstacle au développement de ce contrôle de la qualification, et c'est bien la perception du caractère fondamental de la nationalité qui a conduit le juge à mettre en œuvre une protection juridictionnelle forte du justiciable par le biais du contrôle « normal ». En pratique, le contrôle normal de la qualification juridique des faits oriente plus ou moins la pratique administrative en droit de la nationalité. La jurisprudence a montré sans aucun doute l'immense force de ce contrôle en neutralisant intégralement les pertes de la nationalité frappent les militants communistes. De nombreuses décisions rendues en assemblée ont solennellement indiqué à l'administration quelle appréciation elle devait avoir des faits de militantisme politique, et ont même contribué à la paralysie du mécanisme de libération d'office des liens de nationalité prévu à l'article 96 du code de la nationalité. En revanche, concernant les mesures relatives aux individus appartenant selon l'administration à une mouvance religieuse radicale, la jurisprudence récente semble davantage suivre qu'orienter l'administration. En réalité, la condition d'assimilation est interprétée par le juge avec davantage de rigueur en matière de religion. Même si les annulations contentieuses ne sont guère nombreuses depuis plusieurs années, il n'en demeure pas moins que le contrôle normal de la qualification protège encore la pratique de l'islam de tout arbitraire administratif en dressant une frontière globalement étanche entre l'interprétation des signes religieux, et l'évaluation des comportements :

---

<sup>3047</sup> Du point de vue pratique, les « déclarants » faisant l'acquisition de la nationalité par mariage, qui forment 15% du total des acquisitions annuelles en 2017 selon l'INSEE, risquent bien de ne plus se rendre à la cérémonie républicaine d'accueil dans la nationalité de peur de faire la preuve malgré eux d'un défaut d'assimilation ou d'une indignité. Cette affaire montre en effet que lorsque le délai d'opposition n'est pas écoulé, cette cérémonie peut être transformée *de facto* en « test » supplémentaire de l'assimilation et de la dignité de ces nouveaux Français.

seuls les seconds peuvent fonder une mesure d'opposition pour défaut d'assimilation. Par le contrôle normal de la qualification, le juge s'assure que l'autorité publique sonde les actes, et non les esprits. Le contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits témoigne encore du recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration en droit de la nationalité.

## ***Section 2. L'intensification par le contrôle « restreint » de l'adéquation de la mesure aux faits***

972. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans l'adéquation de la mesure aux faits, inscrit dans le contrôle de l'erreur de fait<sup>3048</sup>, est récent dans l'histoire longue du contentieux administratif. Son développement se nourrit d'un constat, celui de l'insuffisance du contrôle « minimum » – c'est-à-dire réduit aux vices de légalité externe, à l'inexactitude matérielle des faits, et à l'erreur de droit (ce que l'on nomme parfois les « invariants » du contrôle) –, mais de l'impossibilité de mettre en œuvre un contrôle « normal » de la qualification juridique des faits. Il se présente donc souvent comme une voie médiane entre ces deux échelons d'intensité, comme le résume Raymond Odent :

« Le juge de l'excès de pouvoir ne peut (...) pas toujours contrôler des appréciations de fait par le moyen d'un contrôle de leur qualification juridique. Mais il n'ignore pas que son contrôle est très superficiel et partant bien peu efficace lorsqu'il est ainsi restreint à ce minimum que constitue le contrôle sur la matérialité des faits. Il a cherché à corriger l'insuffisance de ce contrôle au moins dans les hypothèses où il se trouvait en présence de situations choquantes devant lesquelles il était désarmé. Il a ainsi dégagé la notion d'erreur manifeste commise par l'administration dans les appréciations auxquelles elle s'est livrée et admis qu'une erreur présentant ce caractère entache la légalité de la décision qui en a été la conséquence. »<sup>3049</sup>

Ce contrôle fait son apparition dans les années 1950, puis se développe dans le contentieux de la fonction publique dans les années 1960<sup>3050</sup>. Comme le note René Chapus, « Il n'y a pas eu alors d'arrêt de principe qui aurait énoncé en termes généraux que la liberté que la détention du pouvoir discrétionnaire confère à l'administration était désormais également limitée par l'interdiction d'apprécier les faits à la base de ses discussions de façon manifestement erronée. »<sup>3051</sup> Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation implique donc très directement la notion de pouvoir discrétionnaire puisqu'il s'agit pour le juge de contrôler le choix de l'administration, c'est-à-dire le strict rapport de proportionnalité entre la décision retenue et la situation factuelle

---

<sup>3048</sup> Voy. par ex. Raymond Odent, *Contentieux administratif* (1980), vol. II, *op. cit.*, p. 564.

<sup>3049</sup> *Ibid.*, p. 563.

<sup>3050</sup> Voy. *Ibid.*, p. 564. Pour une discussion de la provenance étrangère de ce contrôle, voy. Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980, p. 209.

<sup>3051</sup> René Chapus, *Droit administratif*, vol. I, *op. cit.*, n° 1255, p. 1061.

de l'administré. En contentieux de la nationalité, le contrôle restreint renvoie ainsi à « l'adaptation de la décision prise aux faits qui l'ont justifiée »<sup>3052</sup>, ce que Fabrice Melleray appelle encore le contrôle de « l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs »<sup>3053</sup>. Pour certains auteurs, là où le contrôle « normal » de la qualification juridique des faits est un contrôle du « diagnostic » de l'administration, le contrôle « restreint » de l'adéquation de la mesure aux faits est un contrôle de la « thérapeutique », c'est-à-dire du choix dans le traitement réservé à l'administré<sup>3054</sup>. Un tel contrôle implique par conséquent un fort recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration, dont la liberté de choix fait désormais l'objet d'un encadrement juridictionnel. Raymond Odent affirme ainsi dès les années 1980 que « Désormais, quel que soit le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité compétente, son appréciation est soumise à ce contrôle. »<sup>3055</sup>

**973.** C'est ce qu'il faut vérifier en droit de la nationalité, pour démontrer le recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration par l'approfondissement du contrôle juridictionnel. Or le droit de la nationalité étant sans doute l'un des droits exprimant le mieux l'idée de prérogative discrétionnaire, il n'est guère surprenant de constater que le contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits s'y épanouit avec succès. Les principaux domaines du choix en opportunité de l'administration en matière d'acquisition ou de perte font rapidement l'objet d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation au cours des années 1970 et 1980, conduisant à un profond recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration (I). Cette dynamique va se renforcer dans la période contemporaine. Le contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits devient un outil usuel du juge du fond, qui continue de s'étendre à l'ensemble du contentieux administratif. Il tend même à basculer du contrôle « restreint » au contrôle « entier » dans le domaine particulier de la déchéance de nationalité, actant non plus la réduction du pouvoir discrétionnaire de l'administration, mais sa disparition (II).

### **§ 1. La naissance du contrôle « restreint » de l'adéquation de la mesure aux faits**

**974.** Si le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans l'adéquation de la mesure aux faits se développe dès les années 1960 en contentieux administratif, son émergence en droit de la nationalité sera un peu plus tardive. Il faut attendre la fin des années 1970 et surtout les années

---

<sup>3052</sup> Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 249.

<sup>3053</sup> Fabrice Melleray, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *op. cit.*, § 44.

<sup>3054</sup> Voy. Pierre-Laurent Frier, « Motifs : contrôle », *op. cit.*, § 72.

<sup>3055</sup> Raymond Odent, *Contentieux administratif* (1980), vol. II, *op. cit.*, p. 565

1980 pour que le Conseil d'État fasse état d'un contrôle « restreint » dans les principaux domaines de l'acquisition et de la perte de la nationalité (A). Cela n'avait rien d'évident, comme le relève Raymond Odent, traditionnellement « le juge de l'excès de pouvoir n'exerce qu'un contrôle minimum (...) [dans] les cas où un texte confère à une autorité administrative un pouvoir complètement discrétionnaire, c'est-à-dire qui, eu égard à sa nature, ne s'exerce qu'en tenant compte de considérations d'opportunité et n'est subordonné à aucune condition. »<sup>3056</sup> C'est exactement le cas en droit de la nationalité où, par exemple, l'appréciation de l'opportunité de conférer la naturalisation ou d'engager la déchéance ne sont soumises à aucune condition de fond et relève du plus pur pouvoir discrétionnaire. En faisant le choix d'un contrôle restreint dans ces domaines, le Conseil d'État a fait reculer profondément la liberté de choix de l'administration, c'est-à-dire la discrétionnarité de son pouvoir (B).

### **A. Les premières réceptions du contrôle restreint en contentieux de la nationalité**

**975.** Le développement du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est le fruit d'une casuistique buissonnante. C'est le domaine emblématique du refus en opportunité de la naturalisation ou de la réintégration qui marque la naissance en contentieux de la nationalité d'un contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits. Le Conseil d'État, qui estimait depuis plus d'un demi-siècle que la discussion en opportunité était irrecevable, renverse cette jurisprudence et soumet le choix de l'administration à un contrôle de l'erreur manifeste (1). Cette dynamique s'étend bientôt au domaine de la perte, et plus spécialement aux contentieux du refus de libération des liens de nationalité, et surtout au contentieux des décrets de déchéance de nationalité (2).

#### **1. La naissance du contrôle restreint en matière d'acquisition**

**976. Rappel du refus initial d'apprécier l'opportunité de la naturalisation.** – Il a déjà été montré *supra* (cf. n° 857 s.) que la recevabilité du recours en matière de rejet de naturalisation ou de réintégration fut acquise au début du XXe siècle. Il convient cependant d'étudier avec plus de détail la formule retenue par le Conseil d'État à cette époque. Le Conseil d'État retient en effet dans l'affaire *Bonnet* rendue le 21 juillet 1922 que « le ministre de la Justice, qui n'était tenu d'invoquer aucun motif à l'appui de sa décision, a rejeté purement et simple-

---

<sup>3056</sup> *Ibid.*, p. 552.

ment la demande de naturalisation présentée par le sieur Bonnet ; que celui-ci n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'État l'opportunité de ladite décision »<sup>3057</sup> La formule est constante et on la retrouve à l'occasion de l'affaire *d'Acunto* rendue le 6 avril 1935<sup>3058</sup>, de l'affaire *Todorowsky* rendue le 4 décembre de la même année, de l'affaire Fischer rendue le 31 octobre 1952<sup>3059</sup>, ou encore de l'affaire *Rieger* rendue le 2 février 1955<sup>3060</sup>. À travers ces affaires, c'est le choix en opportunité de l'administration qui est protégé<sup>3061</sup>. Cette jurisprudence serait restée constante si le juge n'avait pas développé dans les années 1970 un contrôle particulier, celui de l'erreur manifeste d'appréciation, opérant au cœur de la discrétionnarité du pouvoir de l'administration.

**977. La naissance d'un contrôle restreint du stade de l'opportunité.** – Le renversement de cette jurisprudence est discret sur le fond et la forme. L'affaire *Sipos*, jugée en sections réunies le 16 février 1977<sup>3062</sup>, ne reproduit plus le traditionnel considérant relatif à l'irrecevabilité de la discussion concernant « l'opportunité » de la décision. Le Conseil d'État énonce que le fait que la condition de moralité soit satisfaite ne confère pour autant « aucun droit à être naturalisé » au requérant. Le juge pousse cependant plus loin son examen des faits de l'espèce, et notamment l'allégation selon laquelle la décision de rejet « aurait été motivée par la résistance que [le requérant] a opposée aux agissements illégaux de certains de ses employeurs » ; le Conseil d'État juge alors que « cette allégation n'est pas corroborée par les pièces du dossier ». Qu'est-ce que cela signifie concrètement ? Y-a-t-il ici une recherche du détournement de pouvoir, ou justement l'application implicite d'un contrôle « restreint » ? Le fichage au recueil Lebon indique que c'est bien la seconde voie qui est ici entreprise : le commentaire de la décision indique sobrement que « Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint sur une décision rejetant une demande de naturalisation ». C'est un changement radical de doctrine. Il ne tarde pas à être confirmé de la manière la plus explicite. Dans l'affaire *Carjaville* rendue le 27 mai 1983, le Conseil d'État affirme solennellement que le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, confronté à des décisions de rejet de naturalisation ou de réintégration, emporte la

---

<sup>3057</sup> CE, 21 juillet 1922, n° 72050, *Sieur Bonnet*, Lebon p. 647.

<sup>3058</sup> CE, 1/2 srr, 6 avril 1935, n° 41195, *Sieur d'Acunto*, Lebon p. 461.

<sup>3059</sup> CE, 31 octobre 1952, n° 17940, *Sieur Fischer*, Lebon p. 481.

<sup>3060</sup> CE, 2 février 1955, n° 10551, *Rieger*, Lebon tables p. 705.

<sup>3061</sup> Une telle jurisprudence ne fait pas obstacle au contrôle normal de la qualification juridique des conditions de recevabilité de la demande.

<sup>3062</sup> CE, 16 février 1977, n° 01244, *Sipos*, Lebon tables p. 827.

vérification que ces décisions « ne sont pas entachées d'erreur de droit ou de fait, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir »<sup>3063</sup>. Dès lors, le choix en opportunité auparavant laissé à la seule appréciation de l'administration active<sup>3064</sup> se trouve soumis au contrôle « restreint » du juge.

**978.** Il est d'ailleurs intéressant de constater que ce contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation concerne toutes les décisions laissées au libre choix du gouvernement en matière de nationalité. Ainsi par exemple de la possibilité de passer outre les condamnations prononcées à l'étranger dans l'évaluation de la condition de bonne vie et mœurs par le moyen d'un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État (art. 21-23 du code civil). Or, dans une affaire *Berkopec* rendue le 5 décembre 1986, le juge administratif considère que la décision du gouvernement de ne pas faire usage de cette possibilité, alors que le requérant avait été condamné par un tribunal yougoslave, ne présente en l'espèce « aucune erreur manifeste d'appréciation »<sup>3065</sup>. Par rapprochement, sans doute la décision du ministre de la défense de ne pas proposer la naturalisation d'un étranger engagé dans les armées françaises et blessé en mission qui en fait la demande (art. 21-14-1 du code civil) relèverait-elle du même contrôle restreint, de même que la décision du ministre des affaires étrangères de ne pas proposer la naturalisation d'un étranger qui en fait la demande alléguant qu'il « contribue par son action éminente au rayonnement de la France et à la prospérité de ses relations économiques internationales » (art. 21-21 du code civil). La jurisprudence du Conseil d'État témoigne en effet de l'étendue du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, qui a vocation à s'appliquer comme standard minimum de contrôle dans l'ensemble des décisions dans le champ de l'acquisition de la nationalité.

## **2. Le naissance du contrôle restreint en matière de perte**

**979. La naissance d'un contrôle restreint en matière de libération de nationalité.** – Le contentieux de la libération de nationalité par décret à la demande de l'individu s'est sans doute révélé le terrain le plus propice à la reconnaissance de l'erreur manifeste d'appréciation. Dans une première décision *Djebbar* rendue le 25 juillet 1986 en section, le Conseil d'État affirme

---

<sup>3063</sup> CE, 27 mai 1983, n° 45690, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c. M. et Mme Carjaville*, Lebon p. 219. Le Conseil d'État confirme ici une jurisprudence rendue avant dire droit par le tribunal administratif de Paris qui affirmait alors que son contrôle s'étendait à celui de l'erreur manifeste d'appréciation. Voy. TA Paris, 22 juin 1982, *M. et Mme Carjaville*, Lebon p. 485.

<sup>3064</sup> Gaston Jèze, « Contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité », *Revue du droit public*, 1944, vol. 60, p. 63, considère même que le choix en opportunité de l'administration constitue un « domaine réservé » dans lequel le juge ne peut s'aventurer. Cette position est mise à mal par le développement du contrôle restreint.

<sup>3065</sup> CE, 5 décembre 1986, n° 58363, *Berkopec*, Lebon tables p. 530.

pour la première fois l'existence d'un contrôle restreint dans ce domaine. En considérant qu'il était inopportun d'accorder une telle libération des liens de nationalité parce que le requérant n'entendait pas quitter la France, « le ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation des circonstances de l'espèce »<sup>3066</sup>. Le fichage au *Lebon* mentionne bien cette première reconnaissance du contrôle « restreint » ; et le juge apprécie à juste titre la situation *territoriale* de l'individu (voy. *supra* n° 398 s.). De manière assez remarquable, plusieurs annulations contentieuses sur le fondement de l'inadéquation de la mesure aux faits vont rapidement intervenir dans ce contentieux particulier. Dans une décision *Layachi* rendue le 15 juin 1987, le Conseil d'État retient pour la première fois au fond l'erreur manifeste d'appréciation. Le requérant demandait à perdre la nationalité française pour pouvoir rentrer « immédiatement » en Algérie. Or, « en refusant, dans les circonstances de l'espèce, l'autorisation de perdre la nationalité française, le secrétaire d'État chargé des immigrés a entaché sa décision en date du 25 octobre 1982 d'une erreur manifeste d'appréciation »<sup>3067</sup>. Suivant les mêmes motifs, le Conseil d'État retient encore l'erreur manifeste d'appréciation dans l'affaire *Selselet-Attou* rendue le 8 juin 1988. La requérante souhaitait de la même manière rentrer « immédiatement » en Algérie, et « en refusant, dans les circonstances de l'espèce, l'autorisation de perdre la nationalité française le ministre des affaires sociales a entaché sa décision en date du 14 mai 1984 d'une erreur manifeste d'appréciation »<sup>3068</sup>. Ce contentieux permet donc de mesurer à quel point le contrôle restreint fait reculer le pouvoir discrétionnaire de l'administration<sup>3069</sup>. Là où auparavant l'administration ne rendait aucun compte des motifs déterminant son choix de ne pas prononcer la libération d'allégeance, ce même fait désormais l'objet d'une appréciation contentieuse qui conduit même à la censure lorsque l'erreur est manifeste. Ces annulations conduisent-elles nécessairement au prononcé subséquent de la libération par le gouvernement ? En aucune manière. Le juge ne fait pas œuvre d'administrateur et il se borne à constater que les « circonstances de l'espèces » retenues par l'administration ne permettent manifestement pas de justifier le choix de l'autorité publique. Mais en se fondant sur d'autres circonstances qui n'auraient pas été soumises au juge, le gouvernement reste libre de ne pas prononcer la demande de libération.

**980. La naissance d'un contrôle restreint en matière de déchéance.** – La naissance du contrôle restreint en matière de déchéance de la nationalité est plus trouble. Dans une affaire

---

<sup>3066</sup> CE, section, 25 juillet 1986, n° 55135, *Époux Djebbar*, *Lebon* p. 214.

<sup>3067</sup> CE, 15 juin 1987, n° 55136, *Layachi*, *Lebon* tables p. 730.

<sup>3068</sup> CE, 8 juin 1988, n° 73267, *Selselet-Attou*, *Lebon* tables p. 784.

<sup>3069</sup> D'autres décisions inédites retiennent encore l'erreur manifeste d'appréciation dans ce contentieux, voy. CE, 4 ss., 27 juillet 1988, n° 75944, inédit ; CE, 2/6 ssr, 6 juin 1990, n° 54615, inédit.



*Warzecka* jugée le 23 mai 1986, le Conseil d'État considère, après avoir vérifié que le crime dont s'était rendu coupable le requérant entrait bien dans les prévisions de l'article 98 du code de la nationalité (aujourd'hui art. 25 du code civil), « qu'il ressort en outre des énonciations mêmes dudit décret que l'administration a procédé à un examen des circonstances de fait propres à la situation du requérant ; que, dès lors, celui-ci n'est pas fondé à prétendre que ce décret est entaché d'excès de pouvoir »<sup>3070</sup>. Peut-on voir dans cette dernière énonciation une forme de contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ? La formule est nouvelle, même si elle n'est pas sans rappeler le contentieux de l'expulsion où le juge fait déjà à cette époque obligation à l'administration de se fonder sur « l'ensemble des circonstances de l'affaire » – et non les seules infractions pénales – pour considérer qu'un individu représente une « menace grave pour l'ordre public »<sup>3071</sup>. Dans l'affaire *Warzecka*, tout porte à croire que le juge administratif renforce son contrôle en examinant si les « circonstances de fait propres à la situation du requérant » justifient la décision prise par l'autorité publique, ce qui est une forme implicite de contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits.

Cette interprétation est confirmée par un arrêt inédit rendu le 24 juin 1994 faisant directement le lien entre cette formule et l'existence d'un contrôle restreint. Dans cette affaire, le Conseil d'État juge « qu'il ressort également des pièces du dossier que l'administration a procédé à un examen des circonstances de fait propres à la situation du requérant ; que, dès lors, celui-ci n'est pas fondé à soutenir que le décret attaqué est entaché d'erreur manifeste d'appréciation »<sup>3072</sup>. Cette formule montre bien que l'examen « des circonstances de fait propres à la situation du requérant » renvoie en réalité à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation – ce qu'opère donc déjà le Conseil d'État en 1986 dans l'affaire *Warzecka*. Force est toutefois de constater que ce contrôle restreint est laconique et que le juge semble sous-entendre que le seul examen par l'administration des circonstances de faits lève toute possibilité d'une erreur manifeste d'appréciation. En tout état de cause, la jurisprudence est confirmée en section dans une affaire *De Sousa* jugée le 10 mars 1995, le juge incluant solennellement dans son office le contrôle restreint, sans toutefois retenir l'erreur manifeste d'appréciation dans les circonstances de l'espèce : « Considérant qu'il résulte des pièces du dossier qu'il a été procédé à un examen complet des circonstances de l'espèce et de la situation du requérant ; que le moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation n'est assorti d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien

---

<sup>3070</sup> CE, 23 mai 1986, n° 58806, *Warzecka*, Lebon p. 148.

<sup>3071</sup> Voy. l'arrêt de principe CE, ass., 21 janvier 1977, n° 01333, Lebon p. 38.

<sup>3072</sup> CE, 2 ss., 24 juin 1994, n° 126462, inédit.

fondé »<sup>3073</sup>. La naissance du contrôle restreint est donc difficile à dater en contentieux de la déchéance, l'erreur manifeste d'appréciation émerge sans doute implicitement dans les années 1980 et n'est consacrée que dans les années 1990. Comme on le verra *infra* (cf. n° 989 s.), ce contrôle restreint va être largement consolidé, pour finalement basculer dans le domaine du contrôle « entier ».

**981.** On constate donc bien que les années 1970 et 1980 marquent la naissance du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en contentieux de la nationalité, et qu'il porte sur l'ensemble des décisions qui auparavant relevaient de la seule appréciation en opportunité de l'administration. Le sens profond de cette dynamique jurisprudentielle est donc celui d'un recul important du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

## **B. Le sens du contrôle restreint en droit de la nationalité**

**982.** S'il faut soigneusement distinguer contrôle de la qualification juridique des faits et contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits, force est de constater qu'en droit de la nationalité le contrôle de l'adéquation est un palliatif du contrôle de la qualification. Pourquoi ? Lorsque l'administration exerce son pouvoir discrétionnaire, elle apprécie en opportunité différents choix légaux. Or, en droit de la nationalité, ce choix en opportunité ne repose sur aucune condition de fond ; le législateur ne donne aucune indication à l'administration quant aux critères qui doivent guider son choix. En conséquence, aucun contrôle de la qualification ne peut être engagé, et, pour pallier cette impossibilité, c'est un contrôle général de l'adéquation de la mesure aux faits qui est mis en œuvre par le juge (1). Les administrativistes s'accordent sur le point que la mise en place d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation induit nécessairement le recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans le domaine de son libre choix d'adopter ou non une mesure. La compétence du gouvernement en droit de la nationalité subit ainsi une évolution capitale suite à la mise en place de ce contrôle (2).

### **1. Un palliatif : l'impossible contrôle de la qualification du libre choix de l'autorité publique**

**983. L'impossible contrôle de la qualification du choix en opportunité.** – Lorsque l'administration exerce un pouvoir discrétionnaire en droit de la nationalité, elle opère un choix entre différentes solutions légales. Par exemple, en matière de naturalisation, elle choisit ou non

---

<sup>3073</sup> CE, section, 10 mars 1995, n° 123136, *De Sousa*, Lebon p. 125.

de conférer la naturalisation à l'individu qui la demande, après s'être assurée que la demande était recevable ; en matière de déchéance de la nationalité, elle choisit ou non d'adopter un décret conduisant à la perte de la nationalité, après s'être assurée que les conditions fixées par la loi étaient bien satisfaites. L'ensemble du droit de la nationalité fonctionne sur ce mode, et c'est dans le choix en opportunité, qui n'est soumis à aucune condition de fond, que se niche le pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Comment dès lors opérer un contrôle de la qualification juridique des faits à un tel stade d'opportunité ? L'examen montre qu'un tel contrôle est impossible, et que le contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits forme ainsi un palliatif, un standard minimum de contrôle qui permet d'éviter que le contrôle des faits se borne à la vérification de leur exactitude matérielle.

**984.** C'est sans doute en matière de naturalisation que cette impossibilité du contrôle normal de la qualification est la mieux identifiée. Toute demande de naturalisation est soumise à des conditions de recevabilité fixées par la législation, et celles-ci font l'objet d'un contrôle normal de la qualification par le juge (voy. *supra* n° 936 s.). Satisfaire à ces conditions ne permet toutefois pas d'obtenir la naturalisation ; l'on dit souvent pour illustrer cette idée que la naturalisation n'est pas un « droit » mais une « faveur ». L'examen de la demande, dans le cas où elle est recevable, se double donc d'une seconde strate d'appréciation en opportunité. La particularité de cette appréciation est qu'elle ne s'appuie sur aucune condition de fond, l'administration est laissée libre de prendre en compte tous les faits qui lui semblent pertinents pour prononcer, rejeter ou ajourner la demande de naturalisation. L'ensemble est déjà parfaitement réceptionné au début du siècle, comme le montre Niboyet en 1923 :

« On peut se trouver en présence d'un étranger qui satisfait largement aux conditions posées par la loi pour être naturalisé. Il habite la France depuis quinze années sans interruption aucune. Néanmoins la naturalisation n'est *jamaïs* un droit pour l'étranger dans notre législation qui ressemble en cela à celle de la plupart des pays étrangers. Le souverain de chaque pays apprécie à sa discrétion s'il convient d'accepter dans la communauté française tel ou tel étranger. Tandis que sous la Révolution la naturalisation devenait un véritable droit dès lors que les conditions posées par la loi étaient remplies (...), les législations modernes réservent au souverain de chaque pays toute son indépendance. C'est qu'ici, en effet, les conditions légales ne sont pas *tout*. Si, en les formulant, le législateur a entendu que l'étranger ne pût être naturalisé en leur absence, il n'a nullement voulu qu'on fit abstraction des considérations d'opportunité dont le gouvernement doit être juge et qui justifient parfaitement le rejet d'une demande de naturalisation. La décision du garde des Sceaux n'a même pas besoin d'être motivée. C'est l'exercice d'un pouvoir arbitraire à juste titre, mieux encore c'est un *acte discrétionnaire*. »<sup>3074</sup>

---

<sup>3074</sup> Jean-Paulin Niboyet, note sous CE, 21 juillet 1922, *Bonnet, Revue de droit international privé*, 1922/1923, vol. 18, p. 323.

On le voit donc, cette appréciation en opportunité de la naturalisation ne fait l'objet *au fond* d'aucun encadrement légal. Autrement dit, les décisions d'ajournement ou de rejet de la naturalisation ou de la réintégration sont prises en vertu d'une habilitation inconditionnée sur le plan de l'appréciation de la situation factuelle du demandeur. Comment imaginer que le juge administratif puisse exercer un contrôle « normal » de la qualification alors même que la législation ne met à la charge de l'autorité décisionnaire aucun processus de qualification ? La jurisprudence du Conseil d'État du premier XXe siècle rend bien compte de cette impossibilité : l'opportunité n'est pas discutée car le juge ne dispose d'aucun outil contentieux pour en apprécier la légalité.

**985.** Il en va de même pour les mesures de perte de la nationalité. Celles-ci sont également discrétionnaires, mais sur un mode légèrement différent de la naturalisation ou de la réintégration. S'il faut bien encore que des conditions légales soient satisfaites pour que le gouvernement puisse recourir à ces prérogatives, rien ne lui fait obligation d'en faire usage. C'est bien là que se situe la clé de la discrétionnarité en matière de perte de la nationalité : le gouvernement juge en opportunité s'il convient ou non d'engager une mesure de perte de la nationalité lorsque les conditions fixées par la loi sont remplies. Cette « possibilité » est justement exprimée par l'usage dans le code civil du verbe « pouvoir », qui marque l'absence d'obligation faite à l'autorité décisionnaire de faire usage de ses prérogatives : « Le Gouvernement *peut* s'opposer par décret » (art. 21-4), « Le Français qui se comporte en fait comme le national d'un pays étranger *peut*, s'il a la nationalité de ce pays, être déclaré, (...) avoir perdu la qualité de Français » (art. 23-7), « L'individu qui a acquis la qualité de Français *peut* (...) être déchu de la nationalité française » (art. 25), « Les décrets portant acquisition, naturalisation ou réintégration *peuvent* être rapportés » (art. 27-2), etc. Ici encore, on voit mal sur quoi peut prendre appui le contrôle de la qualification du juge dans la décision du gouvernement de recourir à une mesure de perte.

C'est justement dans ces espaces de pure opportunité, ce qui constitue le cœur du pouvoir souverain, que le contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits va pouvoir s'immiscer, pour pallier l'impossibilité d'un contrôle normal de la qualification, et s'assurer que les décisions prises ne souffrent aucun arbitraire. En ce sens, Mattias Guyomar et Bertrand Seiller écrivent que « [le] contrôle dit normal ou encore entier s'oppose ce qu'il est convenu d'appeler contrôle minimum ou encore restreint dans lequel le juge n'exerce pas le contrôle de la qualification juridique des faits (ce contrôle juridictionnel n'est restreint qu'en ce sens qu'il ne porte pas sur la qualification juridique des faits). (...) Il constitue une forme de contrôle résiduel que le juge décide d'exercer dans les cas où il refuse d'effectuer celui de la qualification juridique

des faits. »<sup>3075</sup> Dans le contentieux de la nationalité, ce n'est pas tant le refus que l'impossibilité d'exercer le contrôle « normal » de la qualification qui conduit à la mise en place d'un contrôle « restreint » de l'adéquation. Dès lors, puisqu'au stade de l'opportunité de la naturalisation ou de la perte, les faits ne fondent aucune qualification juridique préalablement établie par le législateur, le choix binaire (naturaliser ou non, déchoir ou non) opéré par l'administration fait l'objet d'un contrôle de proportionnalité au regard de la situation factuelle de l'administré. Qu'implique alors ce contrôle ?

## 2. Une évolution : le recul de la discrétionnarité dans le libre choix de l'autorité publique

**986. Le profond recul de la discrétionnarité.** – En quoi le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation induit-il un recul du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique ? Quel sont les effets de ce mécanisme ? Pour Pierre-Laurent Frier, le constat est simple, le contrôle restreint induit « une transformation fondamentale de la place du pouvoir discrétionnaire et un fort recul de celui-ci, et non une simple évolution minimale. »<sup>3076</sup> Le même auteur précise en effet que :

« À partir des années 1960, le juge se reconnaît, ici aussi, le droit de contrôler les erreurs manifestes d'appréciation, d'adéquation commises par l'autorité administrative, dans de nombreux domaines qui jusque-là relevaient du pouvoir le plus significativement discrétionnaire. (...) Il y a une remise en cause très nette, là encore, du libre choix, en opportunité. La nature même de l'intervention du juge en est donc transformée puisqu'il contrôle en partie le choix effectué. Mais il se contente d'examiner si, à ce stade, l'administration n'a pas commis d'erreur manifeste d'adéquation, n'a pas pris une mesure manifestement disproportionnée. »<sup>3077</sup>

Deux idées s'en déduisent. La sphère de pure opportunité, auparavant protégée par principe de toute ingérence juridictionnelle, n'existe plus – ce que montre d'ailleurs fort bien le contentieux de la nationalité au tournant de l'arrêt *Sipos* en 1977 (voy. *supra* n° 977). Le choix de l'administration est contrôlé au regard de la situation factuelle du requérant. Bertrand Seiller écrit ainsi que ce contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits qui la justifient « semble toucher au cœur de la fonction des autorités administratives »<sup>3078</sup>. Jean-Marie Auby et Roland Drago écrivent même qu'il y a en la matière une « confusion des genres »<sup>3079</sup> que ces auteurs abordent avec une certaine circonspection. Ils considèrent que « L'erreur manifeste se situe dans une perspective dynamique du contrôle destinée à réduire la part de pouvoir discrétionnaire laissée à l'autorité administrative »<sup>3080</sup>, mais que le juge s'est sans doute « laissé emporter » par la

<sup>3075</sup> Mattias Guyomar et Bertrand Seiller, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2017, 4<sup>ème</sup> éd., n° 242 p. 121.

<sup>3076</sup> Pierre-Laurent Frier, « Motifs : contrôle », *op. cit.*, § 49.

<sup>3077</sup> *Ibid.*, § 76.

<sup>3078</sup> Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 239.

<sup>3079</sup> Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, vol. II, *op. cit.*, n° 1256, p. 369.

<sup>3080</sup> *Ibid.*, n° 1283, p. 401.

« puissance » d'un tel mécanisme<sup>3081</sup>. Jacquy Hummel résume avec beaucoup de clarté la forme de révolution contentieuse qu'a entraînée la réception de l'erreur manifeste d'appréciation dans les situations où l'administration exerce un pouvoir non conditionné au fond : « Disposant d'un pouvoir discrétionnaire accru du fait de l'atténuation des contraintes légales pesant sur son action, l'administration est désormais comptable devant le juge non seulement de ses décisions illégales mais aussi de ses décisions inopportunes. »<sup>3082</sup> Le juge s'immisce-t-il dans des questions d'opportunité normalement réservées au seul administrateur ? La réponse classique conduit à considérer que le juge administratif, par nature juge de la légalité, ne contrôle jamais les questions d'opportunité<sup>3083</sup>. Mais la position exprimée par Jacquy Hummel recouvre bien une certaine réalité, que d'ailleurs la Cour administrative d'appel de Nantes reconnaît depuis la fin des années 1990 lorsqu'elle juge par exemple que « la décision prise par le ministre dans l'exercice de son large pouvoir d'appréciation de l'opportunité d'accorder la réintégration dans la nationalité française » fait l'objet d'un contrôle de l'« erreur manifeste d'appréciation »<sup>3084</sup>. Ainsi, de l'aveu même de la cour, le juge du fond contrôle de manière restreinte l'opportunité de la décision.

**987.** Mais ce recul important du pouvoir discrétionnaire ne conduit normalement pas le juge à se substituer entièrement à l'administration. Si le Conseil d'État contrôle le choix opéré par l'autorité publique, il le fait toutefois en se limitant à l'erreur *manifeste*. Qu'est-ce que cela signifie précisément ? Pierre Delvolvé considère que l'erreur manifeste d'appréciation, c'est « le dépassement des limites du tolérable, du raisonnable »<sup>3085</sup>. Cet auteur voit donc dans le contrôle restreint un contrôle de la *raisonnabilité*<sup>3086</sup> du choix : « [L'erreur manifeste] se situe au-delà de toute norme raisonnable ; elle est le fruit d'une appréciation non pas discrétionnaire mais arbitraire, c'est-à-dire déliée de toute norme. Elle est le propre de l'arbitraire. »<sup>3087</sup> Selon

---

<sup>3081</sup> *Ibid.*, n° 1283, p. 402.

<sup>3082</sup> Jacquy Hummel, « La théorie de la moralité administrative et l'erreur manifeste d'appréciation », *La Revue administrative*, 1996, vol. 49, n° 291, p. 336. L'auteur voit dans l'erreur manifeste d'appréciation une nouvelle forme d'exigence de « moralité administrative ».

<sup>3083</sup> Voy. par ex. Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 246.

<sup>3084</sup> Voy. CAA Nantes, 15 octobre 1998, n° 97NT01655, inédit. Plus récemment, voy. CAA Nantes, 4 avril 2014, n° 13NT02639, inédit ; CAA Nantes, 30 avril 2014, n° 14NT00006, inédit.

<sup>3085</sup> Pierre Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 289. Dans le même sens, voy. Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 246 qui mentionne « la mesure raisonnable ».

<sup>3086</sup> Dans le même sens, voy. Jacquy Hummel, « La théorie de la moralité administrative et l'erreur manifeste d'appréciation », *op. cit.*, p. 338 : « Gouvernée par cette *logique du raisonnable*, la jurisprudence de l'erreur manifeste a pour objet, non pas de faire une brèche dans le domaine de la liberté d'appréciation dont dispose l'administration, mais de restreindre cette liberté à des limites définies par la raison et le bon sens. Ainsi, même si le juge contrôle l'opportunité d'une décision, il ne fait pas par là acte d'administrateur. »

<sup>3087</sup> Pierre Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », *op. cit.*, p. 289 et notes.

Bertrand Seiller, le juge s'assure que « même lorsque la puissance publique a le droit de faire ce qu'elle veut, elle ne peut faire n'importe quoi. »<sup>3088</sup> Plus généralement, Raymond Odent considère que le contrôle restreint est « destiné à imposer aux autorités administratives un minimum de bon sens et de logique. Il censure les erreurs grossières et les solutions déraisonnables. »<sup>3089</sup> Jacquy Hummel a également rapproché l'erreur manifeste d'appréciation du « principe de bonne administration »<sup>3090</sup>, affirmant qu'un tel contrôle revêt par certains aspects une « coloration hiérarchique »<sup>3091</sup>. Paradoxalement, si le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans l'adéquation de la mesure aux faits matérialise un recul sans précédent du pouvoir discrétionnaire de l'administration au stade de l'évaluation de l'opportunité d'une mesure, il n'en demeure pas moins que ce même contrôle restreint à l'erreur « manifeste » préserve et consacre l'existence d'une part irréductible de discrétionnarité dans le pouvoir de l'autorité publique<sup>3092</sup>.

**988.** Certains auteurs comme Pierre Guiho ont pu considérer que le développement de la motivation dans le cadre des décisions prises en application d'un pouvoir discrétionnaire était à l'origine d'une bascule progressive vers une logique de « droit »<sup>3093</sup> à la nationalité. Autrement dit, *a contrario*, la discrétionnarité impliquerait nécessairement l'absence de motivation. On pourrait donc en déduire que le développement du contrôle restreint est corrélé à l'obligation faite au législateur de motiver ses décisions. En droit de la nationalité, il n'en est rien. Le contrôle restreint des mesures de rejet ou d'ajournement de la naturalisation ou de la réintégration se développe dans les années 1970 et 1980 (voy. *supra* n° 974 s.), à une époque où justement ces décisions n'ont pas à être motivées – il faut attendre la réforme de 1993 pour qu'une telle obligation soit consacrée par la législation (voy. *supra* n° 612). Pour autant, cela ne pose pas de difficultés au juge administratif qui exerce dans ce cas ses pouvoirs d'instruction, s'il le juge

---

<sup>3088</sup> Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 247.

<sup>3089</sup> Raymond Odent, *Contentieux administratif* (1980), vol. II, *op. cit.*, p. 564.

<sup>3090</sup> Jacquy Hummel, « La théorie de la moralité administrative et l'erreur manifeste d'appréciation », *op. cit.*, p. 336.

<sup>3091</sup> *Ibid.*, p. 339. L'auteur poursuit : « l'administration doit se rendre compte de l'exigence de bonne administration que lui impose la nature des choses et ainsi faire un usage raisonnable de son pouvoir discrétionnaire. Quand le juge estime qu'un acte est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation, l'illégalité de cet acte ne vient pas de sa non-conformité à des règles juridiques mais du fait que cet acte est manifestement déraisonnable, qu'il n'est manifestement pas conforme à une *bonne administration*. »

<sup>3092</sup> Dans une logique inverse, on peut voir le contrôle restreint non plus comme un « facteur » de diminution de la discrétionnarité, mais comme un « marqueur » de la discrétionnarité, c'est-à-dire un moyen d'identifier les sphères d'actions de l'administration dont le juge administratif garantit la discrétionnarité.

<sup>3093</sup> Voy. Pierre Guiho, « Le contrôle de l'état de santé de l'étranger en instance de naturalisation », *D.*, 1993, n° 35, p. 504 : « Si l'on exige que le refus de naturalisation soit justifié par des motifs répondant à certaines conditions, on reconnaît par là même au demandeur, au moins en germe, un certain droit à l'obtenir. » Sur les liens entre obligation de motivation et contrôle, voy. Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaires des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, vol. 40, p. 375-376.

opportun, pour clarifier la situation de fait<sup>3094</sup>. Il revient au tribunal administratif de Paris, dans une affaire *Carjaville* relative à un rejet de naturalisation, d'avoir le premier prononcé un sursis à statuer aux fins de communication des motifs par l'administration, dans un jugement du 22 juin 1982 publié intégralement au *Lebon*<sup>3095</sup>. Le ministre forme un pourvoi contre ce jugement en considérant qu'il n'appartenait pas au tribunal de lui faire une telle injonction. Le Conseil d'État, juge de cassation, confirme cependant en tout point ce jugement avant dire droit du tribunal administratif de Paris et considère que l'absence de motivation exigée par la loi « ne fait pas obstacle au pouvoir du juge administratif d'exiger de l'administration qu'elle fasse connaître les raisons de fait et de droit sur lesquelles sont fondées de telles décisions afin de vérifier si elles ne sont pas entachées d'erreur de droit ou de fait, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir »<sup>3096</sup>. On constate donc bien que le développement du contrôle restreint en droit de la nationalité n'est pas corrélé aux évolutions législatives. C'est bien la dynamique de fondamentalisation de la nationalité qui conduit le juge, de sa propre initiative, à approfondir son contrôle et à apprécier les choix formés par le gouvernement, faisant ainsi reculer profondément le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique en droit de la nationalité.

## § 2. Le renforcement du contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits

989. La jurisprudence des années 1980 forme une première étape dans le recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Le contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits encadre fortement le choix de l'administration, et les décisions prises hors de standards de « raisonnable » se trouve soumises à un fort risque d'illégalité. Cette dynamique encore très théorique à cette époque va se perfectionner et se renforcer dans la période contemporaine. Le contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits se développe en effet fortement d'une part dans le contentieux de la naturalisation et la réintégration – en particulier par l'intermédiaire de la jurisprudence très volontariste de la cour administrative d'appel de Nantes – et d'autre part dans le contentieux des retraits de nationalité, ce qui laisse d'ailleurs présager une consécration prochaine en contentieux de l'opposition à acquisition (1). Au-delà des développements dans ces différents contentieux, le contrôle restreint va même subir une transformation dans le domaine particulier de la déchéance de nationalité. En 2016, le juge a consacré le passage d'un contrôle

---

<sup>3094</sup> C'est un principe constant que le juge administratif a droit de connaître les motifs d'une décision, même si celle-ci n'est pas motivée. Comme l'indique Raymond Odent, *Contentieux administratif* (1980), vol. II, *op. cit.*, p 516, « l'autorité compétente ne peut jamais refuser d'indiquer au juge de l'excès de pouvoir les motifs d'une de ses décisions discrétionnaires. »

<sup>3095</sup> TA Paris, 22 juin 1982, *M. et Mme Carjaville*, *Lebon* p. 485.

<sup>3096</sup> CE, 27 mai 1983, n° 45690, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c. M. et Mme Carjaville*, *Lebon* p. 219.



« restreint » à un contrôle « entier » de l'adéquation de la mesure aux faits dans ce contentieux, ce qui signifie que le juge substitue en la matière entièrement son appréciation à celle de l'administration. Cela implique donc un effacement sans précédent du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique (2).

### **A. Le développement du contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits**

**990.** Lorsque l'on s'intéresse aux développements récents de l'erreur manifeste d'appréciation, et non plus seulement à son émergence jurisprudentielle dans les années 1970 et 1980, on constate qu'elle subit une double dynamique. Elle fait d'abord l'objet d'un *approfondissement* certain dans le contentieux des rejets et ajournements de demandes de naturalisation et de réintégration. De fait, si le Conseil d'État dessine les premiers contours de l'erreur manifeste d'appréciation dans ce contentieux au tournant des années 1990, il revient aux juges du fond et en particulier à la cour administrative d'appel de Nantes d'avoir profondément développé et renforcé le contrôle restreint des décisions de rejet ou d'ajournement. La jurisprudence de cette cour montre en effet que l'erreur manifeste d'appréciation y est régulièrement retenue, et que l'encadrement du pouvoir discrétionnaire de l'administration est particulièrement fort dans ce domaine (1). L'erreur manifeste d'appréciation fait ensuite l'objet d'une dynamique d'*extension* vers des contentieux où elle n'avait encore jamais été consacrée. Ainsi du contentieux des retraits de nationalité où le juge commence à ajouter à son contrôle normal de la qualification juridique une seconde strate de contrôle de l'erreur manifeste de l'adéquation. Une telle évolution pourrait d'ailleurs concerner prochainement le contentieux de l'opposition à acquisition où le contrôle restreint de l'adéquation n'a pas encore été retenu (2).

#### **1. L'approfondissement du contrôle restreint en matière d'acquisition**

**991. La reconnaissance exceptionnelle de l'erreur manifeste d'appréciation.** – L'erreur manifeste d'appréciation étant une forme de contrôle de la « raisonnable » (voy. *supra* n° 986 s.), il ne paraîtrait guère étonnant que celle-ci ne soit retenue qu'avec beaucoup de parcimonie par le juge. Le contentieux révèle cependant qu'en de nombreuses occasions, le juge du fond a pu reconnaître son existence. L'on ne trouvera évidemment que peu d'exemples dans la jurisprudence du Conseil d'État relative à la naturalisation et la réintégration. L'erreur manifeste d'appréciation étant l'apanage du juge du fait, seule la période où le Conseil d'État jugeait en appel les décisions de refus et d'ajournement de naturalisation ou de réintégration permet de trouver de rares exemples d'un contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits. Cette

période s'étend entre le 16 février 1977, date à laquelle le Conseil d'État inaugure ce contrôle dans l'affaire *Sipos*<sup>3097</sup>, et le 1<sup>er</sup> octobre 1995, date à laquelle le Conseil d'État se voit attribuer une compétence de cassation en matière de recours pour excès de pouvoir<sup>3098</sup> – à cette époque, le Conseil d'État, devenu juge du seul droit, devient incompetent pour exercer un contrôle restreint de la mesure attaquée<sup>3099</sup>. Depuis lors, c'est donc davantage dans la jurisprudence de la cour administrative d'appel de Nantes que l'on trouve les illustrations du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans l'adéquation de la mesure aux faits. L'étude de la jurisprudence de ces deux juridictions permet de constater que le contrôle restreint est effectif : il conduit régulièrement à des annulations contentieuses. Ce contentieux de l'erreur manifeste d'appréciation est en revanche difficile à systématiser. Puisque l'administration peut fonder son appréciation en opportunité sur tous les faits qui lui semblent pertinents, les motifs justifiant un rejet ou un ajournement de la décision de naturalisation ou de réintégration sont très nombreux. Toutefois, certains motifs apparaissent à une fréquence plus élevée, et ils font par ailleurs l'objet d'un contrôle restreint aboutissant régulièrement à la reconnaissance d'une erreur manifeste d'appréciation. On se concentrera donc sur ceux-ci. Il s'agit en particulier des motifs liés à l'ordre public, la résidence, la loyauté, le comportement fiscal, et la rupture définitive des liens d'allégeance avec la France.

**992.** *L'ordre public* fonde une part très importante des rejets et des ajournements en matière de naturalisation ou de réintégration. L'administration considère alors que le comportement de l'intéressé conduit à rendre son intégration ou sa réintégration dans la communauté française inopportune. De manière assez intéressante, on constate que des faits qui n'ont pas nécessairement conduit à une condamnation, parfois même pas à des poursuites, servent régulièrement à l'administration pour motiver un refus en opportunité, tandis que d'autres, parfois très anciens mais qui ont donné lieu à une condamnation, continuent d'être opposés à un demandeur malgré

---

<sup>3097</sup> CE, 16 février 1977, n° 01244, *Sipos*, Lebon tables p. 827.

<sup>3098</sup> Il s'agit de la date d'entrée en vigueur, fixée par l'article 3 du décret n° 92-245 du 17 mars 1992 relatif aux compétences des cours administratives d'appel, in JORF, 18 mars 1992, p. 3852, de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, in JORF, 1<sup>er</sup> janvier 1988, p. 7, qui donne aux cours administratives d'appel la compétence d'appel de droit commun en matière de recours pour excès de pouvoir formé contre les actes administratifs individuels. C'est la date d'enregistrement de l'appel qui fait foi pour le transfert de compétence, ce qui explique pourquoi le Conseil d'État juge encore quelques affaires en appel après la date du 1<sup>er</sup> octobre 1995.

<sup>3099</sup> L'erreur manifeste d'appréciation est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond et ne peut être discutée, sauf dénaturation, devant le juge de cassation. Voy. CE, 9 février 2000, n° 194258, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Mme Semmache*, Lebon tables p. 988 (sur ce point). Bien entendu, le juge de cassation conserve un pouvoir d'évocation au fond. À notre connaissance, cela n'a jamais conduit le Conseil d'État à retenir l'erreur manifeste d'appréciation.

un comportement ultérieur irréprochable<sup>3100</sup>. C'est souvent dans ces derniers exemples que se nichent l'erreur manifeste d'appréciation, le juge relevant le caractère déraisonnable de la décision à travers la conjugaison de plusieurs indices : l'ancienneté des faits, leur faible intensité, l'absence de condamnation, et le comportement ultérieur du demandeur.

Le juge a ainsi retenu l'erreur manifeste d'appréciation de l'administration dans des situations où le demandeur avait fait l'objet d'une condamnation pénale. La cour administrative d'appel de Nantes a jugé qu'un ajournement de la demande de naturalisation au motif d'une condamnation ancienne pour des violences volontaires, intervenue dans un contexte de réponse à une agression, et ayant donné lieu à une peine légère d'amende avec sursis, révélait une erreur manifeste d'appréciation<sup>3101</sup>. La basse intensité des faits est encore retenue pour qualifier une erreur manifeste d'appréciation dans une affaire où l'administration avait ajourné la demande de naturalisation à la suite d'une condamnation à une peine d'amende pour conduite sans permis, le juge relevant que le requérant, par la faute de son employeur, ignorait que le véhicule professionnel qu'il conduisait nécessitait un permis spécial, et que le requérant avait rapidement obtenu par la suite le permis adéquat<sup>3102</sup>. Enfin, la condamnation peut parfois être grave, mais son caractère isolé et ancien peut justifier l'erreur manifeste d'appréciation. Ainsi d'une affaire dans laquelle le requérant avait fait l'objet d'un rejet de sa demande de naturalisation, l'administration retenant des faits de violence avec incapacité de travail sur une personne chargée d'une mission de service public commis en 1998, et ayant donné lieu à une condamnation à six mois d'emprisonnement avec sursis, et cent heures de travail d'intérêt général. Le juge retient cependant pour qualifier l'erreur manifeste d'appréciation que les faits sont anciens et isolés, et que le comportement du requérant est irréprochable depuis, celui-ci disposant en outre d'un contrat à durée indéterminée et de ressources suffisantes<sup>3103</sup>.

Plus souvent, c'est l'absence de condamnation qui fonde l'erreur manifeste, soit qu'elle indique que les faits ne sont pas suffisamment établis, soit qu'ils ne sont pas suffisamment graves. Le Conseil d'État juge ainsi dans une affaire rendue le 19 mars 1993 que l'administration a commis une erreur manifeste d'appréciation en rejetant la demande de naturalisation du requérant alors

---

<sup>3100</sup> Cette *summa divisio* entre les faits pénalement sanctionnés et les autres se retrouve en matière d'indignité, qui peut être constituée aussi bien de faits ayant revêtus une qualification pénale, que de faits n'ayant jamais fait l'objet d'une condamnation. Sur ce sujet, voy. Sylvie Carotenuto, « L'indignité, motif d'opposition gouvernementale à l'acquisition de la nationalité française », *Rev. crit. DIP*, 2003, n° 1, p. 155.

<sup>3101</sup> CAA Nantes, 12 novembre 1998, n° 97NT00185, inédit.

<sup>3102</sup> CAA Nantes, 28 septembre 2012, n° 11NT01844, inédit.

<sup>3103</sup> CAA Nantes, 14 juin 2013, n° 12NT03138, inédit.

que celui-ci avait fait l'objet d'une plainte de sa concubine n'ayant entraîné aucune poursuite<sup>3104</sup>. Régulièrement, c'est le fait d'être cité dans une procédure pénale classée sans suite<sup>3105</sup>, ou en simple qualité de témoin<sup>3106</sup>, qui fonde l'erreur manifeste de l'administration lorsqu'elle décide de rejeter ou d'ajourner la demande sur ces seuls motifs. De la même manière, le simple rappel à la loi avec inscription au système de traitement des infractions constatées<sup>3107</sup>, ou la médiation pénale<sup>3108</sup> ne permettent souvent pas d'établir la matérialité des faits avec suffisamment de précision, et l'administration commet une erreur manifeste d'appréciation en leur donnant un caractère avéré. À l'instar d'une condamnation, un rappel à la loi récent mais pour des faits de faible gravité, au surplus isolés, ne peut être retenu comme motif d'ajournement par l'administration sans commettre une erreur manifeste d'appréciation<sup>3109</sup>. Dans une espèce assez originale enfin, l'administration avait rejeté la demande de naturalisation d'un requérant au motif qu'il avait voyagé avec un faux passeport en Pologne, ce dernier pays décidant pour ce motif de l'expulser vers la France peu de temps après son arrivée. Le juge relève que le requérant est un ancien légionnaire, plusieurs fois médaillé, au comportement militaire exemplaire, et qu'il s'est reconverti avec succès comme agent de sécurité ; la cour administrative d'appel de Nantes en déduit donc l'erreur manifeste d'appréciation de l'administration. On le voit donc bien, le contrôle restreint du juge conduit à la censure lorsque plusieurs indices se conjuguent selon des modalités variables au fil des espèces : l'ancienneté des faits, leur faible intensité, l'absence de condamnation, et le comportement ultérieur du demandeur.

**993.** Ce sont ensuite les critères liés à la *résidence* qui servent souvent au juge pour retenir l'erreur manifeste d'appréciation de l'administration. Si la résidence instantanée et la durée de stage sont des critères de recevabilité de la demande de naturalisation ou de réintégration, ces mêmes critères liés aux attaches du demandeurs avec la France peuvent être encore mobilisés au stade de l'examen en opportunité de la demande : il s'agit alors pour l'administration d'examiner plus finement les questions des ressources et des attaches du demandeur en France et à l'étranger. Ainsi, dans une affaire rendue le 12 septembre 1994 par le Conseil d'État<sup>3110</sup>, les requérants s'étaient vus reprocher la faible durée de leur résidence, la précarité de leur situation et l'inachèvement de leur insertion professionnelle, l'ensemble fondant le rejet de leur demande

---

<sup>3104</sup> CE, 2/6 ssr, 19 mars 1993, n° 112780, inédit.

<sup>3105</sup> Voy. CAA Nantes, 3 février 2012, n° 11NT01988, inédit ; CAA Nantes, 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 12NT02502, inédit.

<sup>3106</sup> Voy. CAA Nantes, 27 décembre 2013, n° 12NT00501, inédit.

<sup>3107</sup> Voy. CAA Nantes, 23 mars 2012, n° 11NT01981, inédit.

<sup>3108</sup> Voy. CAA Nantes, 28 décembre 2012, n° 12NT00213, inédit.

<sup>3109</sup> CAA Nantes, 14 mars 2014, n° 13NT02538, inédit.

<sup>3110</sup> CE, 2 ss., 12 septembre 1994, n° 123479, inédit.

de naturalisation. Le juge relève tout au contraire un séjour de sept années et la possession de cartes de résident ; il note également que le requérant exerce les fonctions de médecin, activité qui procure des ressources stables et suffisantes au couple. Le Conseil d'État retient donc l'erreur manifeste d'appréciation du ministre<sup>3111</sup>. Du point de vue des attaches en France et à l'étranger, la jurisprudence de la cour administrative d'appel de Nantes fournit quelques illustrations. La cour considère ainsi que le rejet de la demande de naturalisation au motif que le requérant a un fils vivant en Équateur, alors même qu'il n'entretient aucun lien affectif avec lui et qu'il se borne à lui verser une pension, est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation<sup>3112</sup>. La cour considère enfin que le rejet de la demande de naturalisation au motif que le requérant n'a pas encore en France son « établissement définitif », alors même qu'il y réside depuis plusieurs dizaines d'années, qu'il n'est pas retourné dans son pays d'origine depuis sa retraite, qu'il possède à Paris un appartement dans lequel il réside avec sa femme, et que son fils est de nationalité française, est entachée d'erreur manifeste d'appréciation<sup>3113</sup>. On voit donc bien à quel point s'immisce dans la situation factuelle du requérant pour établir le caractère déraisonnable du choix en opportunité de l'administration.

La *loyauté* forme ensuite un critère particulièrement important de l'examen en opportunité de l'administration. Dans ce domaine particulier, ce sont toujours des notes blanches du ministère de l'intérieur qui font état de liens entre le demandeur et certains milieux jugés inféodés à une puissance étrangère, ou hostiles à la France. En cette matière, l'administration mobilise quasi exclusivement des moyens de preuve tirés de notes blanches. C'est justement dans l'usage de ce moyen de preuve particulier que se niche souvent l'erreur manifeste d'appréciation. L'autorité publique tend en effet à donner un effet maximum à ces notes en interprétant de manière extensive leurs implications en termes de loyauté, ce que le juge censure facilement comme constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation si les faits sont insuffisamment circonstanciés, ou déniés de manière convaincante par le requérant.

Il y a d'abord plusieurs affaires en liens avec l'appartenance à un mouvement extrémiste. Ainsi, une note du ministère de l'intérieur indiquant des liens forts entre le demandeur et des mouve-

---

<sup>3111</sup> La cour administrative d'appel de Nantes retiendra plus tard l'erreur manifeste d'appréciation dans des circonstances similaires : voy. CAA Nantes, 21 octobre 2009, n° 08NT03358, inédit. Pour un autre exemple d'erreur manifeste d'appréciation en matière de ressources stables et suffisantes, voy. CAA Nantes, 13 décembre 2013, n° 13NT00227, inédit.

<sup>3112</sup> CAA Nantes, 28 juin 2017, n° 16NT01943, inédit.

<sup>3113</sup> CAA Nantes, 10 mai 2013, n° 12NT01742, inédit.

ments terroristes sikhs est considérée comme insuffisamment circonstanciée par la cour administrative d'appel de Nantes qui retient en conséquence que le rejet pour défaut de loyalisme est entaché d'erreur manifeste d'appréciation<sup>3114</sup>. De la même manière, une note du ministère de l'intérieur indiquant l'appartenance du demandeur à un « courant musulman turc fondamentaliste », militant pour le jihad ne parvient pas selon le juge à établir de « manière suffisamment circonstanciée les liens » entre le requérant et ce courant, et le rejet pour défaut de loyalisme est encore constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation<sup>3115</sup>. Dans une autre affaire, l'administration s'appuyait exclusivement sur une note du ministère de l'intérieur qui indiquait que le demandeur fréquentait un individu appartenant à un mouvement islamiste radical pour rejeter sa demande de naturalisation. Le juge relève qu'en se fondant sur « les seules énonciations insuffisamment circonstanciées de ces notes qui sont contestées par [la requérante] », l'administration a entaché son choix en opportunité d'une erreur manifeste d'appréciation<sup>3116</sup>. Au-delà de l'islamisme radical, le fait d'être « [proche] d'organisations d'extrême gauche turco-kurdes » – toujours selon une note blanche – conduit l'administration à adopter une décision de rejet, considérant que le demandeur manque de « loyalisme (...) envers notre pays et ses institutions ». Le juge note cependant que « ces énonciations, insuffisamment circonstanciées et contestées par le requérant, ne sont corroborées par aucune autre pièce du dossier » et « qu'il n'est reproché à M. D... une implication personnelle au sein des organisations politiques susmentionnées ni même une adhésion aux idées qu'elles défendent ». En conséquence, le juge retient à nouveau l'erreur manifeste d'appréciation<sup>3117</sup>.

Il y a ensuite d'autres affaires en lien avec l'appartenance à des milieux jugés inféodés à une puissance étrangère. Ainsi par exemple d'un requérant dont l'administration allègue en se fondant sur une note blanche qu'il est membre d'une association créée sous l'influence du Consul d'Algérie à Nice, ayant pour objet de resserrer les liens entre les Algériens installés en Corse ; l'autorité publique rejette en conséquence la demande de l'intéressé, et par extension celle de sa femme. Le juge considère que cette association « ne se livre à aucune activité contraire à l'ordre public » et que rien dans le dossier ne permet « sérieusement » d'établir un défaut de loyalisme envers les institutions françaises ; la cour administrative d'appel de Nantes considère

---

<sup>3114</sup> CAA Nantes, 15 février 2013, n° 12NT00727, inédit.

<sup>3115</sup> CAA Nantes, 19 avril 2013, n° 12NT01790, inédit.

<sup>3116</sup> CAA Nantes, 14 juin 2013, n° 12NT02443, inédit.

<sup>3117</sup> CAA Nantes, 27 octobre 2017, n° 16NT02060, inédit.

en conséquence que la décision de l'administration est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation<sup>3118</sup>. Les liens « forts » avec les autorités chinoises sont également souvent relevés par l'administration pour prononcer le rejet de la demande de naturalisation. Une requérante s'étaient ainsi vue refuser la naturalisation au motif de son « implication constante » dans la coopération diplomatique avec la Chine, son pays d'origine, notamment par le moyen d'une association chargée d'accueillir des délégations chinoises officielles, en lien étroit avec le consul général de Chine à Marseille – ces faits étant établis par une note blanche. Le juge considère que ces circonstances ne peuvent qualifier un défaut de loyalisme et retient l'erreur manifeste d'appréciation<sup>3119</sup>. De la même manière, l'administration avait encore rejeté la demande de naturalisation d'une requérante, alléguant son défaut de loyalisme en raison de liens étroits avec l'Ambassade de Chine à Paris. La requérante explique que ces liens avec son pays d'origine n'impliquent ni subordination, ni rémunération, et qu'ils se justifient par ses fonctions de directrice commerciale pour la Chine d'une école privée. Le juge retient à nouveau l'erreur manifeste d'appréciation<sup>3120</sup>.

**994.** On peut également mentionner le *comportement fiscal* comme critère souvent utilisé pour évaluer l'opportunité de conférer la naturalisation ou la réintégration. L'administration évalue en effet le « loyalisme fiscal » du demandeur, c'est-à-dire sa capacité à régler, qui plus est sans retard, le paiement de l'impôt. Or, l'administration fonctionne parfois de manière assez mécanique, le défaut de loyalisme fiscal matérialisé dans une majoration ou un retard de paiement entraînant l'ajournement ou le rejet de la demande de naturalisation ou de réintégration. Dans ces situations, la jurisprudence du juge administratif contribue à nuancer l'appréciation de la situation fiscale du demandeur. Ainsi par exemple d'un demandeur qui voit sa demande ajournée en raison de différentes majorations dans le paiement des acomptes de l'impôt sur le revenu. Le juge considère que si les acomptes ont en effet été majorés, le paiement final de l'impôt ne l'a pas été, et que l'année suivante, le demandeur a demandé une mensualisation de l'impôt sur le revenu, dont les différents paiements ont été assurés sans incident. La cour administrative d'appel de Nantes considère donc que l'administration a entaché sa décision d'ajournement d'une erreur manifeste d'appréciation<sup>3121</sup>. De la même manière, lorsque l'administré demande et obtient de l'administration fiscale des facilités de paiement par un rééchelonnement du paiement de l'impôt sur le revenu et de la taxe d'habitation, le juge considère que le ministre

---

<sup>3118</sup> CAA Nantes, 22 mars 2013, n° 12NT00333, inédit.

<sup>3119</sup> CAA Nantes, 22 mars 2013, n° 12NT00502, inédit.

<sup>3120</sup> CAA Nantes, 18 avril 2014, n° 13NT00716, inédit.

<sup>3121</sup> CAA Nantes, 27 mars 1998, n° 97NT01212, inédit.

commet une erreur manifeste d'appréciation en retenant le défaut de loyalisme fiscal du requérant<sup>3122</sup>. Enfin, le juge retient encore l'erreur manifeste d'appréciation du rejet de la demande de naturalisation fondé sur le fait que la requérante a réglé avec retard et majoration le paiement de sa contribution à l'audiovisuel public deux années de suite. Le juge relève en particulier le « caractère ponctuel » de ces retards, « liés à des difficultés passagères »<sup>3123</sup>. Le juge est donc ouvert à une appréciation globale du comportement fiscal ; le requérant peut expliquer les raisons de son retard dans le paiement de l'impôt, et il peut apporter la preuve de son loyalisme fiscal par un comportement ultérieur irréprochable. En revanche, lorsque le requérant ne livre ni explication pour son retard, ni ne peut s'appuyer sur l'exemplarité de son comportement fiscal ultérieur, le juge ne retient pas l'erreur manifeste d'appréciation de la décision d'ajournement au motif du paiement majoré de l'impôt sur le revenu à deux reprises<sup>3124</sup>.

**995.** Enfin, une jurisprudence ancienne mais assez intéressante du Conseil d'État montre une dynamique particulière en ce qui concerne les demandes de réintégration d'individus ayant auparavant obtenu la libération de leurs liens de nationalité avec la France. Dans l'affaire *Gherabia* rendue le 9 mars 1988<sup>3125</sup>, l'administration avait rejeté la demande de réintégration du requérant en relevant que celui-ci avait témoigné « d'une volonté libre et délibérée de rompre avec la communauté nationale française ». Le Conseil d'État relève quant à lui le statut d'ancien combattant de l'armée française du requérant, « plusieurs fois blessé, cité et décoré en vingt-quatre ans de services ». Le juge administratif considère ainsi que « l'appréciation portée par le ministre, (...) dans les circonstances de l'espèce, est entachée d'erreur manifeste », et il annule en conséquence la décision de rejet de la réintégration. Près d'une année plus tard, le Conseil d'État juge une affaire très similaire. Dans la décision *Allouache* rendue le 31 mars 1989<sup>3126</sup>, le requérant s'était vu refuser sa demande de réintégration pour le même motif, celui-ci ayant « demandé et obtenu la libération de ses liens d'allégeance avec la France ». Le Conseil d'État passe alors en revue l'ensemble des circonstances de fait propre à la situation du requérant : « si cette démarche semble avoir eu pour objet de faciliter d'éventuels voyages en Algérie que l'intéressé n'a d'ailleurs jamais pu effectuer, il ressort des pièces du dossier que M. Allouache, qui avait longtemps servi dans l'armée française, réside sans interruption en France depuis 1962 avec sa famille ; qu'il occupe un emploi stable et paraît convenablement intégré à la collectivité

---

<sup>3122</sup> CAA Nantes, 13 juillet 2016, n° 15NT02724, inédit.

<sup>3123</sup> CAA Nantes, 22 décembre 2015, n° 15NT02319, inédit.

<sup>3124</sup> CAA Nantes, 16 mai 2014, n° 13NT02638, inédit.

<sup>3125</sup> CE, 9 mars 1988, n° 58847, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ Époux Gherabia*, Lebon tables p. 783 (sur ce point).

<sup>3126</sup> CE, 2/10 srr, 31 mars 1989, n° 77493, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ Allouache*, Lebon p. 109.



française ; qu'aucun renseignement défavorable le concernant ne ressort du dossier ». Il confirme en conséquence l'erreur manifeste d'appréciation qu'avait déjà retenue le tribunal administratif de Paris. De ces jurisprudences, il apparaît clairement dans les faits que le contrôle du Conseil d'État est très étendu, et que l'engagement militaire dans les armées françaises pèse un poids déterminant dans l'appréciation du juge. En droit, l'attitude de l'administration, rejetant la demande de réintégration au seul motif que les individus ont, par le passé, demandé à perdre la nationalité française confine par ailleurs à l'erreur de droit. En effet, le sens même de la « réintégration » est d'ouvrir une voie spéciale d'accès à la nationalité française pour les individus qui l'ont déjà possédée, et le législateur n'a jamais entendu fermer cette voie à ceux qui ont bénéficié par le passé d'une libération de leurs liens d'allégeance. En se fondant sur ce seul motif, il était loisible au juge de considérer que l'administration commettait là une erreur de droit. Le choix de l'erreur manifeste d'appréciation témoigne donc de l'effectivité du contrôle restreint, le juge n'hésitant pas à contrôler l'appréciation factuelle de l'administration plutôt que de retenir un pur motif de droit.

**996.** Que retenir de ces jurisprudences ? Depuis l'arrêt *Sipos* rendu par le Conseil d'État en 1977, l'on ne peut plus guère dénombrer le nombre de décisions dans lesquelles le juge retient l'erreur manifeste d'appréciation dans le contentieux de la naturalisation et de la réintégration. L'affectation de l'ensemble du contentieux à Nantes depuis 1987, suite à la délocalisation des services administratifs compétents en matière d'accès à la nationalité à Rezé (voy. *supra* n° 627), a certainement joué un grand rôle en la matière. En effet, la restriction et la prudence dans le contrôle du juge résultent souvent d'un défaut d'habitude ou de compétence technique dans le contentieux concerné. Ainsi, à l'inverse, plus la compétence du juge est grande dans un contentieux donné, plus celui-ci sera enclin à approfondir son contrôle et *in fine*, retenir l'erreur manifeste d'appréciation. L'attribution de compétence à Nantes est sans doute l'un des facteurs déterminants pour expliquer le renforcement du contrôle restreint en matière de rejet ou d'ajournement de la demande d'acquisition de la nationalité.

**997. Les conséquences de la reconnaissance de l'erreur manifeste d'appréciation : le droit à la naturalisation ?** – La reconnaissance de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge administratif laisse l'impression qu'au regard de l'ensemble des circonstances de fait soumises à l'examen du juge, aucun motif invoqué par l'administration ne permet de justifier le choix du rejet ou de l'ajournement. Dès lors, quelle peut être la solution de l'administration lorsqu'elle réexaminera la demande de naturalisation ou de réintégration à la suite d'un jugement recon-

naissant son erreur *manifeste* d'appréciation ? Les chances de succès du demandeur apparaissent particulièrement fortes. En ce sens, les requérants qui soulèvent l'erreur manifeste d'appréciation présentent parfois des conclusions aux fins d'injonction faite à l'administration de prononcer la naturalisation. La Cour administrative d'appel de Nantes a rapidement considéré que de telles conclusions étaient irrecevables, jugeant sobrement « qu'il n'appartient pas au juge administratif de se substituer à l'administration pour accorder la nationalité française »<sup>3127</sup>. Aujourd'hui encore, la Cour précise souvent que l'annulation de la décision pour erreur manifeste d'appréciation « n'implique pas nécessairement l'octroi à l'intéressée de la nationalité française »<sup>3128</sup>. Le juge va même parfois jusqu'à requalifier une demande d'injonction à obtenir la nationalité française explicitement formulée par le requérant en simple demande de réexamen<sup>3129</sup>.

**998.** Le juge épuise-t-il alors réellement sa compétence ? L'administration peut-elle réellement adopter à nouveau un rejet ou un ajournement de naturalisation à la suite d'une annulation pour erreur manifeste d'appréciation ? Cela paraît difficile. Sans doute est-il envisageable que l'administration transforme un rejet en ajournement en conservant les mêmes motifs – bien que le caractère *manifeste* de l'erreur rende cette hypothèse peu probable. En revanche, lorsque c'est l'ajournement qui est frappé d'erreur manifeste d'appréciation, difficile d'imaginer une nouvelle décision de cette nature en l'absence de faits nouveaux, surtout après un arrêt d'appel où il est probable que le débat contentieux aura amené l'administration à épuiser l'ensemble des motifs de fait susceptibles de « sauver » la légalité de son choix en opportunité<sup>3130</sup>. La seule réticence du juge administratif est donc d'ordre logique : puisqu'il s'agit d'une prérogative discrétionnaire justement consacrée par l'existence d'un contrôle restreint, une décision de rejet n'implique pas en droit l'octroi de la naturalisation ou de la réintégration. Dans les faits en revanche, sauf à ce que la situation du requérant se trouve bouleversée entre la première décision annulée par le juge et sa demande de réexamen, on voit mal comment l'administration pourrait refuser d'octroyer la naturalisation ou la réintégration après une reconnaissance contentieuse de son erreur manifeste d'appréciation ; il en va quasiment de la « bonne exécution » d'une décision de justice.

---

<sup>3127</sup> CAA Nantes, 17 décembre 1998, n° 97NT02232, inédit.

<sup>3128</sup> Voy. par ex. CAA Nantes, 22 mars 2013, n° 12NT00502, inédit. Voy. encore CAA Nantes, 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 12NT02502, inédit ; CAA Nantes, 22 décembre 2011, n° 11NT01559, inédit.

<sup>3129</sup> Voy. par ex. CAA Nantes, 4<sup>ème</sup> chambre, 8 février 2008, n° 07NT01261, inédit.

<sup>3130</sup> Soit par la pluralité des motifs au stade de la décision, soit par la substitution des motifs au stade de la discussion contentieuse. Pour un exemple de substitution de motifs, voy. CAA Nantes, 28 juin 2017, n° 16NT01943, inédit.

**999.** Si d'aventure le juge administratif décidait de transformer son contrôle « restreint » de l'erreur « manifeste » d'appréciation dans l'adéquation de la mesure aux faits en contrôle « entier » de l'adéquation de la mesure aux faits, alors le juge substituerait *entièrement* son appréciation à celle de l'administration dans son contrôle du choix en opportunité de prononcer la naturalisation ou la réintégration. Une telle hypothèse n'est pas inenvisageable, Chapus lui-même encourageait une telle solution au regard du développement de l'obligation légale de motivation du rejet ou de l'ajournement en opportunité :

« Et comme, à notre époque, la tendance ne peut être qu'à l'amoindrissement du domaine du contrôle restreint, il n'est peut-être pas trop aventureux de concevoir un autre changement, intéressant le contentieux de la naturalisation (et de la réintégration dans la nationalité française). Selon la tradition juridique, la naturalisation est considérée comme “une faveur accordée par l'État français à un étranger” et comme n'étant “donc jamais un droit pour l'intéressé”. D'où la disposition du Code de la nationalité (art. 110, excluant la motivation des décisions rejetant au fond les demandes des candidats à la naturalisation ou à la réintégration). Mais voici que, désormais, leur motivation est, au contraire, prescrite, (C. civ., art. 27, remplaçant l'article 110, en conséquence de la loi du 22 juillet 1993). Dès lors, si cette prescription n'implique pas l'existence d'un droit à la naturalisation, elle peut du moins inciter à substituer le contrôle normal au contraire restreint. »<sup>3131</sup>

Il faut toutefois constater que la naturalisation reste dans son esprit et dans ses textes une prérogative hautement discrétionnaire, et que le juge est nécessairement lié par ce constat au moment de choisir quelle sera l'intensité de son contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits. Il n'empêche, si le juge développait un entier contrôle de l'adéquation, rien ne ferait obstacle à ce que celui-ci, dans le cas où il reconnaîtrait que le choix opéré par l'administration ne pouvait pas conduire au rejet ou à l'ajournement, fasse droit à des conclusions enjoignant à l'administration de prononcer l'octroi de la nationalité. L'injonction à prononcer la naturalisation ou la réintégration est donc conditionnée par le passage à un contrôle entier de l'adéquation. Pour le moment, le contrôle restreint commence à s'étendre vers le contentieux du retrait de la nationalité, et pourrait bien gagner prochainement celui de l'opposition à acquisition.

## **2. L'extension du contrôle restreint en matière de perte**

**1000. Le discret développement du contrôle restreint en matière de retrait.** – Au fil des réformes du contentieux administratif, le Conseil d'État a toujours conservé sa compétence de juge en premier et dernier ressort des recours pour excès de pouvoir formé contre un décret. Ainsi, en matière de retrait de nationalité, le Conseil d'État exerce un office de juge du droit *et* du fait, et se trouve en capacité d'apprécier l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation

---

<sup>3131</sup> René Chapus, *Droit administratif*, vol. I, *op. cit.*, n° 1260, p. 1070.

dans l'adéquation de la mesure aux faits. Le développement de ce contrôle restreint est toutefois de récente apparition. Jusqu'à présent, le contentieux en matière de retrait de nationalité portait surtout sur le contrôle normal de la qualification juridique des conditions fixées par la loi. Pourtant, ce contrôle normal des conditions légales n'a jamais exclu un contrôle restreint du choix de l'autorité publique d'agir. Pour certains auteurs, une telle articulation entre ces deux contrôles est logique et nécessaire, comme l'écrit Bertrand Seiller : « Le contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation est également parfois exercé à propos de l'adaptation de la décision prise aux faits qui l'ont justifiée. Il convient de souligner au préalable que le juge ne procède à l'examen de l'adaptation de la décision que dans l'hypothèse où il exerce un contrôle normal sur la qualification juridique des faits. (...) Ce n'est qu'en présence d'une mesure reposant sur une exacte qualification juridique des faits que le contrôle de l'adaptation de la mesure est envisageable. »<sup>3132</sup> Autrement dit, le contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits peut parfaitement intervenir en matière de retrait, à la condition que le juge se soit assuré au préalable de l'exacte qualification juridique des faits. La jurisprudence confirme la validité de ce raisonnement, même si le Conseil d'État n'a pour le moment jamais reconnu l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation.

**1001.** Cette politique jurisprudentielle est pour le moment assez discrète ; elle n'a jamais fait l'objet d'une publication ou d'un fichage au *Recueil Lebon*. La décision inaugurant cette jurisprudence semble être une affaire du 7 mars 2007, dans laquelle l'administration procédait au retrait pour fraude de la naturalisation du requérant, celui-ci n'ayant pas mentionné lors de sa demande des éléments relatifs à sa situation personnelle et familiale. Le Conseil d'État juge que le « Gouvernement n'a pas fait une inexacte application des dispositions précitées de l'article 27-2 du code civil », mais surtout, qu'il « n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation »<sup>3133</sup>. On voit bien ici qu'à la suite du contrôle des conditions légales fixées par l'article 27-2 du code civil, le juge contrôle par ailleurs de manière restreinte l'appréciation du gouvernement. Cette formule laconique du contrôle restreint de la mesure de retrait réapparaît régulièrement dans la jurisprudence<sup>3134</sup>, sans jamais que ce contrôle ne conduise le juge à constater une illégalité. Depuis 2018, cette formule a été opportunément précisée. Dans une première affaire rendue le 7 mars 2018, le Conseil d'État précise que son contrôle porte sur l'« erreur

---

<sup>3132</sup> Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 249. Voy. également Benoît Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 1169, p. 1416-1417.

<sup>3133</sup> CE, 2 ss., 7 mars 2007, n° 291068, inédit.

<sup>3134</sup> Voy. CE, 2 ss., 3 juin 2009, n° 322907, inédit ; CE, 2 ss., 24 mai 2011, n° 341544, inédit ; CE, 2 ch., 9 novembre 2017, n° 409997, inédit ; CE, 2 ch., 9 novembre 2017, n° 410128, inédit.

manifeste en raison des conséquences que [le décret] aurait sur la situation »<sup>3135</sup> du requérant, ce qui rappelle une formule déjà utilisée en matière de déchéance (voy. *infra* n° 1004). Dans une seconde affaire du 26 juillet 2018, le Conseil d'État indique que son contrôle porte sur l'« erreur manifeste dans l'appréciation de la situation »<sup>3136</sup> du requérant. L'ensemble montre bien qu'il s'agit ici d'un contrôle restreint de l'opportunité de l'action du gouvernement, c'est-à-dire d'un contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits<sup>3137</sup>. La jurisprudence ne semble toutefois pas encore complètement consolidée puisqu'une affaire jugée le 4 mai 2015 montre le Conseil d'État n'examine pas l'erreur manifeste d'appréciation soulevée par le requérant, se bornant à indiquer au fond que « le Premier ministre n'a pas fait une inexacte application de l'article 27-2 du code civil »<sup>3138</sup>. L'analyse doit donc rester prudente. Il faudrait sans doute que l'occasion se présente au juge de constater une erreur manifeste d'appréciation pour que les contours de ce contrôle restreint en matière de retrait puissent apparaître plus clairement. Une affaire de retrait pour fraude intervenant dans un délai particulièrement long après la naturalisation, et alors que d'une part le comportement ultérieur de l'individu apparaît absolument irréprochable, et d'autre part que celui-ci dispose d'attaches particulièrement fortes avec la France, pourrait donner l'occasion au juge de constater une telle erreur manifeste d'appréciation. En tout état de cause, ce contrôle pourrait être étendu sans difficulté, et de manière opportune, au contentieux de l'opposition à l'acquisition.

**1002. L'extension souhaitable en matière d'opposition.** – À notre connaissance, on ne trouve aucune décision du Conseil d'État qui énonce la possibilité d'un contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits en sus du contrôle normal de la qualification juridique en matière d'opposition à l'acquisition de la nationalité française. Mais il n'y a aucun obstacle à ce que la jurisprudence en cours de développement en matière de retrait puisse s'appliquer dans les mêmes conditions. La récente affaire rendue par le Conseil d'État le 11 avril 2018<sup>3139</sup>, à propos de la poignée de main refusée, qu'on a déjà évoquée *supra* (cf. n° 970) au stade du contrôle normal de la qualification, montre justement que le contrôle restreint de l'opportunité de la décision aurait peut-être permis, mieux que la qualification juridique des faits, la censure de la décision de l'administration. Cette affaire donne en effet à voir les potentialités concrètes

---

<sup>3135</sup> CE, 2 ch., 7 mars 2018, n° 412507, inédit.

<sup>3136</sup> CE, 2 ch., 26 juillet 2018, n° 413131, inédit.

<sup>3137</sup> En aucune manière cette formule de l'erreur manifeste ne témoigne donc d'un contrôle restreint de la qualification juridique des faits. En toutes hypothèses, une telle interprétation n'aurait pu prévaloir, la jurisprudence indiquant de manière constante que le contrôle des conditions légales en matière de retrait est normal (voy. *supra* n° 933).

<sup>3138</sup> CE, 2 ss, 4 mai 2015, n° 383301, inédit.

<sup>3139</sup> CE, 2/7 ch. r., 11 avril 2018, n° 412462, *Mme A...*, à paraître aux tables du Lebon (sur ce point).

de cette seconde strate de contrôle. L'on fait ici l'hypothèse, d'ailleurs retenue par le juge, que la légalité de la décision n'est pas en discussion, autrement dit que le refus de serrer les mains du secrétaire général de préfecture et d'un élu communal constitue bien un défaut d'assimilation. Ce qui devient donc intéressant, c'est de soumettre au juge le choix en opportunité de l'administration de procéder légalement à l'opposition, plutôt que de s'en abstenir. C'est précisément ce choix qui peut être déféré au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le juge contrôlant à cette occasion l'adéquation de la mesure aux faits. Or, la requérante, sans formellement inviter le juge à un tel contrôle, avait livré des éléments intéressants dans sa requête. Il ressort en effet des conclusions de Xavier Domino que celle-ci avait indiqué qu'« elle travaille depuis 2012, que ses enfants sont inscrits à l'école publique, qu'elle entretient des relations amicales et sociales avec des hommes, qu'elle a été courtoise lors de la cérémonie d'accueil. »<sup>3140</sup> On le voit bien, on est loin de la figure de la femme privée de relations et de toute activité extérieure à son foyer, et dont la pratique religieuse empêche l'interaction sociale au-delà de sa cellule familiale. L'appréciation « générale » de la situation de la requérante aurait ainsi pu révéler le caractère déraisonnable d'opposer à une femme un refus épisodique de serrer la main de différents représentants publics, un fait de basse intensité, alors même que sa vie quotidienne présente des gages sérieux d'assimilation. À travers cet exemple, telle est donc la potentialité du contrôle restreint dans l'adéquation de la mesure aux faits, doublant et renforçant le contrôle normal de la qualification juridique déjà opéré par le juge. Rien ne s'oppose à ce que le juge engage, à la demande du requérant, ce contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de la décision de mettre en œuvre la procédure d'opposition à l'acquisition. D'autant plus que dans le domaine voisin de la déchéance, le juge opère contrôle « entier » et non plus seulement « restreint » de l'adéquation de la mesure aux faits.

## **B. Le passage au contrôle « entier » de l'appréciation en contentieux de la déchéance**

**1003.** Le contentieux de la déchéance de nationalité a connu une transformation récente et profonde. Si le pouvoir discrétionnaire de l'administration était jusqu'alors soumis à un contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits, une importante décision rendue le 8 juin 2016 par le Conseil d'État conduit le juge à exercer désormais un contrôle entier de l'adéquation de mesure aux faits dans le domaine de la déchéance de nationalité. Quel est le sens de cette évolution ? Le contrôle « entier » implique que le juge substitue « entièrement » son appréciation à celle de l'administration dans l'appréciation de l'adéquation de la mesure aux faits. En

---

<sup>3140</sup> Xavier Domino, conclusions sur CE, 2/7 ssr, 11 avril 2018, n° 412462, *Mme A...*, p. 2.

conséquence, au stade contentieux, le juge ne reconnaît plus à l'administration aucune marge discrétionnaire d'appréciation protégeant une part d'opportunité dans le choix d'actionner ou non une procédure de déchéance (1). Pour autant, la substitution n'est pas totale puisque le juge refuse de basculer son office dans le plein contentieux, ce qui est pourtant le principe en matière de sanction. Mais l'intérêt d'une telle évolution est en réalité assez réduit pour le justiciable (2).

## 1. Le basculement du contrôle de l'erreur manifeste au contrôle entier

**1004. La consolidation du contrôle restreint.** – L'on a déjà indiqué *supra* (cf. n° 980) que le contrôle restreint apparaît de manière diffuse dans le contentieux de la déchéance au tournant des années 1990. Celui-ci se consolide par la suite au fil des décisions. S'il n'est jamais fait droit au moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation, le Conseil d'État affine toutefois sa jurisprudence et livre plusieurs indications intéressantes. Plusieurs décisions mentionnent ainsi avec constance que l'erreur manifeste d'appréciation s'apprécie au regard « des conséquences de [la] décision sur la situation personnelle de l'intéressé »<sup>3141</sup>. Cette formule n'est pas propre au contentieux de la nationalité et on la retrouve par exemple en contentieux des étrangers, notamment en matière de décision d'éloignement<sup>3142</sup>. Elle demeure cependant discrète puisqu'elle ne fait l'objet d'aucun fichage, le contrôle restreint n'étant donc pas officiellement consacré comme une composante de l'office du juge de l'excès de pouvoir en matière de déchéance. Une décision du 29 novembre 2000 adopte d'ailleurs une formule différente, le juge indiquant que son contrôle restreint porte sur « la décision de mettre en œuvre cette procédure [de déchéance] »<sup>3143</sup>. De fait, ces formules se rejoignent. C'est nécessairement la « décision de mettre en œuvre » la procédure de déchéance qui fait l'objet d'un contrôle restreint, et de manière plus concrète, ce sont les « conséquences » sur la « situation personnelle » de l'intéressé qui pourront révéler, le cas échéant, l'erreur manifeste d'appréciation du ministre. L'examen de la situation de l'individu, outre sa formulation de principe, n'a d'ailleurs été mené qu'une seule fois sur le terrain factuel par le Conseil d'État. À l'occasion d'une affaire rendue le 22 février 2008, le juge énonce pour écarter l'erreur manifeste d'appréciation que le requérant « continue à séjourner en France et à y exercer sa profession »<sup>3144</sup>. Il y a une certaine incertitude dans cette énonciation puisque normalement le juge de l'excès de pouvoir statue au jour de la décision administrative et, ici, le Conseil d'État semble apprécier des faits postérieurs. Or, le

---

<sup>3141</sup> Voy. CE, 2/6 s.s., 15 mars 1999, n° 171879, inédit ; CE, 2 ss., 31 janvier 2001, n° 201960, inédit ; CE, 2/1 s.s., 18 juin 2003, n° 251299, *Saiki*, Lebon tables p. 777 ; CE, 2 ss., 22 février 2008, n° 303709, inédit.

<sup>3142</sup> La formule apparaît pour la première fois dans CE, 13 novembre 1996, n° 157924, inédit.

<sup>3143</sup> CE, 2 ss., 29 novembre 2000, n° 206754, inédit.

<sup>3144</sup> CE, 2 ss., 22 février 2008, n° 303709, inédit.

ministre ne peut être astreint à l'impossible et on ne saurait lui reprocher d'avoir mal apprécié une situation non encore advenue au moment il prend sa décision. Ce sont donc les conséquences prévisibles que l'administration se doit d'évaluer. En toutes hypothèses, le contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits conduit à un contrôle de proportionnalité dont les « conséquences » sur la situation de l'individu ne forment qu'une part de l'appréciation plus générale des circonstances. La formule retenue dans la décision du 29 novembre 2000 – celle d'un contrôle restreint portant sur « la décision de mettre en œuvre cette procédure [de déchéance] » – est donc à la fois plus générale et plus juste. Surtout, dans une décision rendue en 2016, le Conseil d'État acte la transformation de son contrôle restreint en un contrôle entier.

**1005. Le passage au contrôle entier.** – Le Conseil d'État a récemment intensifié son contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits. Dans une décision du 8 juin 2016, il juge en effet « qu'eu égard à la nature et à la gravité des faits commis par le requérant qui ont conduit à sa condamnation pénale, la sanction de déchéance de la nationalité française n'a pas revêtu, dans les circonstances de l'espèce, un caractère disproportionné ; que le comportement ultérieur de l'intéressé ne permet pas de remettre en cause cette appréciation »<sup>3145</sup>. Il y a ici le marqueur d'un contrôle entier de l'adéquation de la mesure au fait, le fichage confirmant que, désormais, « Le juge de l'excès de pouvoir exerce un entier contrôle sur la proportionnalité de la sanction de déchéance de nationalité ». Le Conseil d'État met donc en balance d'une part « la nature et la gravité des faits commis » et d'autre part « les circonstances de l'espèce », incluant notamment « le comportement ultérieur de l'intéressé ». Il écarte dans les cinq décisions qu'il rend le même jour « le caractère disproportionné » de la déchéance de nationalité. On constate bien ici le caractère très large de ces appréciations, et la substitution complète et « entière » de l'appréciation du juge à celle de l'administration. C'est en réalité une transformation profonde du contrôle du juge dans le domaine de l'adéquation de la mesure aux faits. On peut désormais constater que le pouvoir discrétionnaire de l'administration s'efface, disparaît, à l'occasion du contrôle contentieux.

**1006.** Cette évolution est retenue par le Conseil d'État à l'invitation de son rapporteur public, Xavier Domino. Il considère que deux éléments militent indéniablement pour un accroissement du contrôle, pour une bascule du « restreint » à l'« entier » dans le contrôle juridictionnel de

---

<sup>3145</sup> CE, 2/7 ssr, 8 juin 2016, n° 394348, *M. T...*, Lebon p. 232. Du même jour, voy. CE, 2/7 ssr, 8 juin 2016, n° 394356, inédit ; CE, 2/7 ssr, 8 juin 2016, n° 394352, inédit ; CE, 2/7 ssr, 8 juin 2016, n° 394350, inédit ; CE, 2/7 ssr, 8 juin 2016, n° 394354, inédit.



l'adéquation de la mesure aux faits. Le rapporteur public indique d'abord que le juge administratif est « progressivement en train de sortir de l'idée, qu'à vrai dire nous trouvons datée, selon laquelle plus un pouvoir est, d'une manière ou d'une autre, exceptionnel, moins le contrôle du juge devrait être serré »<sup>3146</sup>. Il y a en effet une dynamique indéniable, particulièrement franche dans le domaine des sanctions administratives<sup>3147</sup>. C'est toutefois une rupture avec l'idée que le contrôle restreint doit être l'étalon du juge toutes les fois où il est confronté à une mesure qui, selon les souhaits du législateur, est prise par l'administration en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. La gravité de la sanction, le caractère fondamental de la nationalité, font désormais écran à ce principe qui liait auparavant nécessairement discrétionnarité et contrôle restreint. Comme le note Benoît Plessix, « là où l'action de l'Administration est liberticide, un contrôle superficiel des seules décisions administratives les plus choquantes et les plus grossièrement illégales n'est plus jugé suffisant ; seul un contrôle normal de proportionnalité est en mesure de conférer au juge administratif de l'excès de pouvoir un office conforme au respect de la légalité quand l'action administrative prend le visage le moins rassurant, celui de l'ordre et de la répression. »<sup>3148</sup> Ensuite, cet entier contrôle de proportionnalité résulte d'une exigence fixée par la Cour de justice de l'Union européenne qu'on a déjà relevée *supra* (cf. n° 829 s.). Dans son arrêt *Rottmann*, la Cour de justice a jugé qu'une mesure de perte de la nationalité entraînant la perte de la citoyenneté européenne devait respecter le principe de proportionnalité. L'examen juridictionnel de la décision doit « tenir compte des conséquences éventuelles que cette décision emporte pour l'intéressé et, le cas échéant, pour les membres de sa famille », et « vérifier, notamment, si cette perte est justifiée par rapport à la gravité de l'infraction (...), au temps écoulé entre la décision de naturalisation et la décision de retrait ainsi qu'à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer sa nationalité d'origine »<sup>3149</sup>. Le contrôle entier de l'adéquation de la mesure aux faits sert donc également de support en droit interne pour réceptionner cette exigence européenne.

**1007.** Quels sont les effets concrets de cette jurisprudence ? Les requérants invoquaient d'abord l'ancienneté des faits reprochés (remontant à 2004 au plus tard, les décrets étant adoptés en 2015), leur caractère peu déterminant (fourniture de documents ou de matériels, séjour dans des camps d'entraînement, participation au financement, etc.), mais aussi l'intensité des liens avec la France (naissance en France, vie familiale sur le territoire, résidence de longue date,

---

<sup>3146</sup> Xavier Domino, conclusions sous CE, 2/7 ssr, 8 juin 2016, n° 394348, *M. T...*, p. 6.

<sup>3147</sup> Mattias Guyomar, *Les sanctions administratives*, Paris, LGDJ, 2014, p. 155-157.

<sup>3148</sup> Benoît Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 1170, p. 1418.

<sup>3149</sup> CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Janko Rottmann*, § 55-56.

etc.) et, symétriquement, l'absence de lien avec le pays de seconde nationalité. Si le juge examine bien ces éléments, les condamnations pour terrorisme à des peines de prison ferme dont ont fait l'objet chacun des requérants prennent cependant le pas sur ces éléments personnels. Le Conseil d'État ne retient dans aucune des cinq espèces le « caractère disproportionné » de la déchéance de nationalité, c'est-à-dire l'inadéquation de la mesure aux faits. Le rapporteur public considère que « seules des hypothèses dans lesquelles des quantum de sanction retenus seraient faibles pourraient être de nature à alléger le très lourd plateau des motifs justifiant la mesure. »<sup>3150</sup> Comme on l'a déjà relevé *supra* (cf. n° 812 *in fine*), la nature préventive du droit pénal antiterroriste pourrait justement conduire à de faibles quantum de peine. Dans ce cas, l'administration assumerait un fort risque d'illégalité si elle décidait en opportunité d'engager une procédure de déchéance de nationalité. En contentieux de la déchéance, l'entier contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits rend donc plus envisageable que jamais la reconnaissance d'une illégalité<sup>3151</sup>. Le juge administratif ne reconnaît surtout plus aucune marge d'appréciation discrétionnaire à l'administration dans l'appréciation de l'opportunité d'engager la procédure ; le juge se substitue « entièrement » à l'administration et ne ménage plus un espace de discrétionnarité par le caractère « restreint » de son contrôle. L'on aurait d'ailleurs pu penser que cette bascule vers le contrôle entier s'inscrirait plus largement dans une bascule générale de l'excès de pouvoir vers le plein contentieux. Il convient d'étudier pourquoi le juge aurait pu le faire, et pourquoi il ne l'a pas fait.

## 2. L'absence de bascule de l'excès de pouvoir vers le plein contentieux

**1008. Le refus d'exercer un office de plein contentieux.** – L'ensemble de cette dynamique d'approfondissement du contrôle du juge est le fruit de la reconnaissance de la nature sanctionnatrice de la déchéance de nationalité. Ce n'est certes pas une surprise, et Catherine Teitgen-Colly et François Julien-Laferrrière affirmait déjà sans difficulté cette nature particulière de la déchéance dans les années 1990<sup>3152</sup>. Mais le Conseil d'État ne reconnaît officiellement cette qualité qu'à l'occasion de cette décision du 8 juin 2016. Il aurait normalement dû s'en suivre une conséquence particulière : la bascule en office de plein contentieux. Le Conseil d'État a en effet jugé dans une décision *Atom* rendue en assemblée le 16 février 2009<sup>3153</sup> que l'ensemble

---

<sup>3150</sup> Xavier Domino, conclusions sous CE, 2/7 ssr, 8 juin 2016, n° 394348, *M. T...*, p. 7.

<sup>3151</sup> À notre connaissance, jamais un décret de déchéance pris au fondement de l'article 98 du code de la nationalité, puis de l'article 25 du code civil, n'a été reconnu illégal par le juge administratif.

<sup>3152</sup> Voy. Catherine Teitgen-Colly et François Julien-Laferrrière, « Acte de terrorisme et droit des étrangers », *AJDA*, 1997, n° 1, p. 86.

<sup>3153</sup> CE, ass., 16 février 2009, n° 274000, *Société ATOM*, Lebon p. 25.

des sanctions prononcées par l'administration à l'égard de ses administrés relevait du plein contentieux<sup>3154</sup>. Rendues en excès de pouvoir, les décisions du 8 juin 2016 indiquent *implicitement* que le contentieux de la déchéance fait exception à ce principe. Pourquoi ?

**1009.** Dans ses conclusions, Xavier Domino retient la nature décrétole de la mesure pour justifier son maintien dans le champ de l'excès de pouvoir. Il mentionne notamment que seuls les décrets de changement de nom font l'objet d'un recours de plein contentieux<sup>3155</sup>. Alors, le contrôle des décrets se prêterait-il mal par essence au plein contentieux ? La réponse est nuancée. La principale qualité du juge de plein contentieux est sa capacité à faire usage d'un pouvoir de réformation, c'est-à-dire « substitu[er] des décisions nouvelles »<sup>3156</sup> à celles prononcées initialement par l'administration. Or, en matière de déchéance de nationalité, se substituer à l'administration revient en réalité à se substituer au Premier ministre dans un domaine aux résonances régaliennes évidentes. En cela peut-être le contentieux des décrets de déchéance se prêterait-il davantage à l'excès de pouvoir, dont l'office exclut que le juge exerce des prérogatives normalement dévolues au Gouvernement. Il n'en demeure pas moins que le Conseil d'État est déjà coauteur<sup>3157</sup> des décrets de déchéance puisque ceux-ci sont rendus sur avis conforme de sa section de l'intérieur. Sur le principe, rien ne s'opposerait donc à ce que le Conseil d'État réforme au contentieux ce qu'il a déjà décidé avec le gouvernement au stade consultatif. Le contentieux des décrets rendus sur avis conforme du Conseil d'État ne semble donc pas être imperméable par nature à un office de plein contentieux.

**1010.** Mais force est de constater que le refus du juge de faire application de sa jurisprudence *Atom* en matière de déchéance de nationalité – autrement dit de basculer dans le champ du plein contentieux les décrets de déchéance – est de peu d'importance en pratique pour le justiciable. Le pouvoir de réformation du juge de plein contentieux est d'abord sans intérêt. L'infirmité du décret ou le rejet du recours demeurent l'horizon indépassable de ce contentieux ; recours

---

<sup>3154</sup> Cette jurisprudence ne concerne donc pas les sanctions professionnelles et disciplinaires. Voy. sur ce point Sophie-Justine Liéber et Damien Botteghi, « L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore ? », *AJDA*, 2009, n° 11, p. 583.

<sup>3155</sup> Xavier Domino, conclusions sous CE, 2/7 ssr, 8 juin 2016, n° 394348, *M. T...*, p. 4.

<sup>3156</sup> Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, Paris, Berger-Levrault, 1896, p. 15.

<sup>3157</sup> Voy. Hélène Hoepffner, « Les avis du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, n° 5, p. 895 ; Hafida Belrhali-Bernard, « Les avis conformes du Conseil d'État », *AJDA*, 2008, n° 22, p. 1181. Le Conseil d'État soulève d'ailleurs d'office le moyen tiré du défaut de consultation, sans toutefois le qualifier – comme il le faisait auparavant – de vice de compétence, voy. CE, 17 juillet 2013, n° 358109, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, Lebon p. 219.

de plein contentieux et recours pour excès de pouvoir produisent « des effets équivalents »<sup>3158</sup>. L'absence de perspective réformatrice en matière de déchéance de nationalité réduit donc l'intérêt du plein contentieux pour le justiciable. Ensuite, le contrôle entier de l'adéquation de la mesure aux faits, de principe en plein contentieux<sup>3159</sup>, est également exercé par le juge de l'excès de pouvoir en contentieux de la déchéance de nationalité. Comme le note René Chapus, « il serait erroné de croire qu'un recours, parce qu'il est de plein contentieux est plus propre à permettre au juge de contrôler exactement la proportionnalité (notamment) de la sévérité de la sanction à la gravité des comportements reprochés. À cet égard, le recours pour excès de pouvoir est tout aussi adéquat, s'il débouche, non sur un "contrôle restreint", mais sur le contrôle normal, et notamment sur ce qu'on doit appeler le *plein contrôle de proportionnalité*. »<sup>3160</sup> Tel est bien le cas dans ces espèces. Là encore, le passage à un office de plein contentieux en matière de déchéance est dénué d'intérêt pratique pour le justiciable<sup>3161</sup>.

**1011.** Le plein contentieux présente en revanche un seul intérêt pour le justiciable, celui de permettre au juge d'apprécier la légalité de l'acte au jour où il statue<sup>3162</sup> (et non au jour où la décision a été prise comme en excès de pouvoir<sup>3163</sup>). Or, dans l'intervalle temporel entre l'édition du décret et l'examen de sa légalité par le juge, pourraient s'immiscer des faits nouveaux pertinents à prendre en compte (changement dans la situation familiale de l'intéressé, perte de la nationalité de l'autre État<sup>3164</sup>, etc.) ou encore une « loi pénale » plus douce<sup>3165</sup>. Le contrôle des décrets de déchéance, maintenu dans le champ de l'excès de pouvoir, ne permet donc pas au juge d'appréhender, le cas échéant, ces éléments nouveaux. Le contentieux de la déchéance

<sup>3158</sup> Hélène Lepetit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Paris, LGDJ, 2011, p. 441. Voy. encore Matthias Guyomar, *Les sanctions administratives, op. cit.*, p. 164.

<sup>3159</sup> Hélène Lepetit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Paris, LGDJ, 2011, p. 462 : « l'étendue des pouvoirs du juge de plein contentieux objectif commande directement l'exercice constant d'un contrôle plein des vices susceptibles d'entacher l'acte administratif. » Existente toutefois « certains îlots de contrôle restreint dans les matières soumises à plein contentieux », mais dont le développement est « exceptionnel », voy. Matthias Guyomar, Bertrand Seiller, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2014, 3<sup>ème</sup> éd., n° 275, p. 123-124.

<sup>3160</sup> René Chapus, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, n° 268, p. 247.

<sup>3161</sup> Dans le même sens, voy. Mireille Delmas-Marty et Catherine Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, p. 121-122, qui notent que l'intérêt prépondérant du recours de plein contentieux réside dans « l'étendue » du contrôle du juge, et notamment dans la garantie d'un contrôle « normal ». Intérêt qui disparaît donc lorsque le recours pour excès de pouvoir est exercé dans les mêmes conditions.

<sup>3162</sup> Voy. CE, 25 janv. 1967, *Société Massilia*, Lebon tables p. 825 (sur ce point).

<sup>3163</sup> Voy. CE, section, 22 juil. 1949, *Société des automobiles Berliet*, Lebon p. 368.

<sup>3164</sup> En cas de difficultés, le juge administratif doit renvoyer à titre préjudiciel au juge civil la question de la détermination de la nationalité étrangère d'un individu (art. 29 c. civ.). La Cour de cassation y voit une question de fait et non de droit, voy. Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 1982, Rev. crit. DIP 1983. 249 note Henri Batiffol.

<sup>3165</sup> Le principe de rétroactivité *in mitius* est applicable aux sanctions administratives, voy. Cons. const., déc. n° 82-155 DC, 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, § 32. Mais le juge de l'excès de pouvoir laisse inappliquée la loi pénale plus douce intervenue postérieurement à l'édition de l'acte administratif, CE, 5/3 srr, 28 février 1997, n° 147955 *Rodin*, Lebon p. 59.

de nationalité, en ce qu'il ne relève pas du plein contentieux, n'a donc pas encore atteint les standards maximums de protection juridictionnelle. La question ne se posait à vrai dire pas dans les cinq espèces : ni le fait ni le droit n'ont – semble-t-il – changé entre la date d'édiction des décrets et leur examen par le juge. Un futur contentieux révélant un changement pertinent de circonstances de fait ou de droit postérieur à l'édiction du décret pourrait donner au juge l'occasion de revenir sur cette jurisprudence<sup>3166</sup>, dans l'intérêt du justiciable.

\*

**1012. Conclusion de section : du recul à l'effacement de la discrétionnarité.** – Le contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits est un contrôle de la « raisonabilité », il permet en cela de censurer l'administration dès qu'elle apprécie de manière manifestement disproportionnée la situation de fait d'un individu. Ce contrôle intervient pour examiner le choix discrétionnaire de l'administration lorsque la loi ne fixe aucune condition particulière pour l'orienter. Or, en l'absence de conditions fixées par le législateur, le juge est dans l'impossibilité d'exercer un contrôle de la qualification juridique des faits – le processus de décision n'impliquant pas de « qualification ». Le contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits est donc un palliatif qui permet au juge de ne pas s'en tenir au seul contrôle (invariable) de l'exactitude matérielle des faits. L'étude de la jurisprudence, en particulier dans le domaine du rejet de la demande de naturalisation, permet de constater que même restreint à l'erreur « manifeste », le contrôle de l'adéquation conduit à de nombreuses censures de l'administration. En cela, la marge d'appréciation discrétionnaire de l'autorité publique pour choisir en opportunité la décision qui lui paraît la plus pertinente se réduit puisque ladite décision ne devra pas être manifestement disproportionnée au regard des circonstances de fait propres à la situation du requérant. Qu'en est-il lorsque le juge, comme c'est le cas en matière de déchéance, passe à un contrôle « entier » de l'adéquation de la mesure aux faits ? On en déduit d'un point de vue théorique la substitution totale du juge dans l'appréciation du choix retenu par l'administration. Face au contrôle entier de l'adéquation, l'on ne fait donc plus face à un encadrement ou à une réduction du pouvoir discrétionnaire de l'administration, mais bien à son effacement complet. Attention toutefois, comme le note Bertrand Seiller, « les audaces prétoriennes sont parfois trompeuses »<sup>3167</sup>. La substitution de l'appréciation du juge à celle de l'administration n'a de sens

---

<sup>3166</sup> C'est d'ailleurs justement pour appliquer une loi plus douce postérieure à l'acte administratif déféré que le juge administratif a fait basculer les sanctions administratives en plein contentieux dans l'arrêt *Atom*. Voy. Claire Legras, « Sanctions administratives : rétroactivité *in mitius* et plein contentieux », *RFDA*, 2009, n° 2, p. 259.

<sup>3167</sup> Bertrand Seiller, *Droit administratif*, vol. II, *op. cit.*, p. 252.

que si le juge oriente l'administration dans un sens libéral. Les temps troublés liés à la lutte contre le terrorisme devraient donc donner à court ou moyen terme l'occasion d'évaluer précisément les effets d'un passage au contrôle entier.

\* \* \*

**1013. Conclusion de chapitre : la pleine réception des composantes variables du contrôle de légalité** – Les contrôles de la qualification juridique des faits et de l'adéquation de la mesure aux faits sont « variables » et leur réception est laissée à la libre appréciation du juge administratif. Mais ce qui est présenté comme « variable » dans les présentations générales du contentieux administratif apparaît de fait plutôt « constant » en contentieux de la nationalité. Sauf quelques rares exceptions (notamment l'absence de contrôle de l'adéquation en matière d'opposition à acquisition), les décisions prises en droit de la nationalité sont toutes soumises à un contrôle de la qualification juridique des faits systématiquement placé à un niveau « normal » d'intensité, et à un contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits qui évolue entre contrôle « restreint » et contrôle « entier ». Le contrôle de l'appréciation des faits par le juge administratif est ainsi d'une rare intensité. Qu'en déduire sur le plan du pouvoir discrétionnaire du gouvernement ? Berthold Goldman formait déjà le vœu dans les années 1950 que le contrôle juridictionnel des faits par le Conseil d'État maintienne la qualité discrétionnaire de la naturalisation, mais efface à l'inverse toute discrétionnarité en matière de perte :

« si l'attribution de la nationalité française est discrétionnaire – ce que l'on peut discuter, et que l'on peut, encore que ce ne soit pas mon sentiment, regretter, ce que certains peuvent regretter – si donc indiscutablement elle est discrétionnaire, et elle est destinée à le demeurer très certainement pendant fort longtemps, le retrait de la nationalité française ne devrait jamais être discrétionnaire. Et pour qu'il ne soit pas discrétionnaire – c'est extrêmement simple – il faut que le Conseil d'État exerce son contrôle sur les faits qui motivent ce retrait. »<sup>3168</sup>

La jurisprudence du Conseil d'État s'oriente exactement dans cette direction. Si le contrôle normal de la qualification juridique des faits ne laisse plus de place à la liberté interprétative de l'administration, le contrôle restreint de l'adéquation de la mesure aux faits préserve un degré minimal de discrétionnarité dans le choix en opportunité de conférer la naturalisation. En revanche, le contentieux de la perte de la nationalité est sans doute inscrit dans une dynamique d'effacement de la discrétionnarité de l'administration. Le passage au contrôle entier de l'adéquation de la mesure aux faits a déjà produit cet effet en contentieux de la déchéance. Ce basculement vers le contrôle « entier » est sans doute appelé à se développer et s'étendre aux autres

---

<sup>3168</sup> Berthold Goldman, « Droit à la nationalité et nationalité imposée », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1955, vol. 15, p. 59.

contentieux de la perte involontaire à l'initiative de l'autorité publique. De fait, la privation d'un droit aussi important et fondamental que la nationalité ne peut guère se concilier avec l'idée d'un contrôle « restreint » du juge administratif.

\*

\*      \*

**1014. Conclusion de titre : la disparition progressive des « marqueurs » de la discrétionnarité** – Fabrice Melleray défend l'idée que seul le contrôle « minimum » permet de préserver le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique : « c'est seulement dans cette hypothèse que l'on peut, selon nous, parler de pouvoir discrétionnaire. Ainsi, et à partir du moment où l'on considère que le pouvoir discrétionnaire désigne une liberté de décision, l'idée même d'un contrôle du pouvoir discrétionnaire est un non-sens. »<sup>3169</sup> Selon cette position, l'omniprésence du contrôle « normal » de la qualification juridique des faits et des contrôles « restreint » ou « entier » de l'adéquation de la mesure aux faits conduiraient à faire de la nationalité un champ normatif où l'administration ne dispose plus d'une marge d'appréciation discrétionnaire. Roger Bonnard confirmait déjà un tel constat dans un article publié en 1923 : « La loi pourrait laisser un certain pouvoir de libre appréciation à l'agent administratif. Mais si le juge s'arroge le droit de contrôler cette appréciation, celle-ci cesse d'être libre et il n'y a plus de pouvoir discrétionnaire. »<sup>3170</sup> L'ensemble acterait donc l'effacement total du lien entre nationalité et discrétionnarité par l'approfondissement du contrôle de légalité. Ces positions demeurent un peu extrêmes : l'action administrative, par exemple en matière d'examen en opportunité de la naturalisation, conserve un certain pouvoir discrétionnaire. En toute hypothèse, l'on peut au moins dire que l'absence de contrôle restreint dans la qualification et l'effacement progressif du contrôle restreint de l'adéquation montrent qu'en contentieux de la nationalité, les « marqueurs » de la discrétionnarité apparaissent peu, voir n'apparaissent pas.

**1015.** Pour faire le point sur la discrétionnarité du pouvoir du gouvernement en droit de la nationalité, il demeure possible d'étudier les conjugaisons entre les divers contrôles exercés par le juge. Cela peut d'abord être une question de degré. La conjugaison d'un contrôle normal de la qualification et d'un contrôle restreint de l'adéquation garantit un degré minimum de discrétionnarité dans le choix de la mesure par l'administration – ainsi par exemple de de la

---

<sup>3169</sup> Fabrice Melleray, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2014, § 44.

<sup>3170</sup> Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaires des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, vol. 40, p. 365.

naturalisation, où le juge vérifie strictement la qualification juridique des faits au stade de la recevabilité, mais s'en tient à vérifier l'absence de disproportion manifeste entre la situation du requérant et la décision prise par l'autorité publique au stade de l'examen en opportunité. Dans cette situation, il faut tout de même ajouter que la discrétionnarité du pouvoir de l'administration doit encore être évaluée au regard du contrôle de l'erreur de droit opéré par le juge, qui peut réduire davantage encore ce degré minimum de discrétionnarité par la reconnaissance de critères illicites dans la pratique administrative. Cela peut ensuite être une question de nature. La conjugaison d'un contrôle normal de la qualification et d'un contrôle entier de l'adéquation conduit à la disparition du pouvoir discrétionnaire de l'administration lorsque le juge est saisi du litige – c'est le cas en matière de déchéance de nationalité. Puisque le juge substitue entièrement son appréciation à celle du juge, puisqu'aucun aspect de la décision n'est laissé à la libre appréciation de l'administration, la prérogative gouvernementale change de nature : elle perd juridiquement sa qualité discrétionnaire. Le contrôle de légalité du juge administratif est donc sans nul doute un puissant facteur de recul, voire d'effacement, de la discrétionnarité en droit de la nationalité.

\*  
\*       \*  
\*

**1016. Conclusion de partie : la complémentarité des dynamiques textuelles et jurisprudentielles.** – Le caractère « fondamental » de la nationalité manifeste autant l'importance ontologique de la notion que son inscription dans le champ des droits de l'homme. C'est d'abord parce que « la nationalité compte »<sup>3171</sup> qu'elle fait l'objet d'une jurisprudence protectrice du juge administratif depuis le XXe siècle, cela en dehors de toute exigence textuelle<sup>3172</sup>. Le contrôle de la qualification juridique des faits et le contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits témoignent ainsi d'une claire volonté du juge de réduire la marge d'appréciation discrétionnaire de l'administration pour garantir au justiciable l'exacte qualification de la mesure, et son caractère raisonnable, voire strictement proportionné. Cette dynamique est donc purement jurispru-

---

<sup>3171</sup> Pour reprendre le titre de la thèse de Laura van Waas, *Nationality Matters. Statelessness Under International Law*, thèse, Tilburg, 503 p.

<sup>3172</sup> L'on connaît la célèbre formule de Pierre Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 277, à propos du Conseil d'État : « il n'y a jamais de contrôle de l'opportunité », mais « il y a toujours de l'opportunité dans le contrôle ». En cela, l'auteur considère que le juge décide en pure opportunité de l'intensité de son contrôle.



dentielle. C'est ensuite parce que la nationalité mérite d'être protégée qu'elle s'est progressivement muée en un droit de l'homme particulier, et qu'elle a par ailleurs fait l'objet des différentes protections qu'exige le respect des droits fondamentaux en général. Cette dynamique est ici purement textuelle, même si le support des juges est nécessaire pour assurer l'effectivité des normes ici consacrées. Ces deux dynamiques sont parfaitement complémentaires en ce qu'elles agissent directement sur la prédétermination des champs de réglementation des normes habilitant l'État à agir en droit de la nationalité. Autrement dit, extension normative et approfondissement du contrôle viennent réduire la liberté de l'État, et donc la discrétionnarité du pouvoir en droit de la nationalité. L'une des transformations du droit de la nationalité repose sans doute sur le constat nouveau que la « compétence étatique (...) perd son caractère discrétionnaire »<sup>3173</sup>. Ainsi, depuis le début du XXe siècle, le droit de la nationalité descend progressivement l'échelle de la discrétionnarité. C'est donc un changement de nature qui se profile et qui pose la question de « l'après ».

---

<sup>3173</sup> Fabien Marchadier, « L'européanisation de la nationalité », in Stéphane Doumbé-Billé (dir.), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 367.

## Conclusion

« Les métamorphoses du droit de la nationalité ne font sans doute que commencer. »<sup>3174</sup>

Hugues FULCHIRON

**1017.** Parvenu au terme de cette étude, et après avoir confronté la compétence et le pouvoir de l'État aux dimensions territoriale et fondamentale de la nationalité, il est désormais possible de considérer que le lien souvent établi entre nationalité et souveraineté ne correspond pas à la réalité du droit positif. D'abord, la compétence de l'État n'est pas souveraine. La nationalité matérialise un lien de sujétion territoriale à titre habituel de l'individu à l'égard de son État, et l'octroi comme la perte de la nationalité répondent à cette nature particulière de la nationalité. Ainsi, ce n'est en principe que l'individu qui a rompu définitivement ses attaches territoriales avec son État qui peut se voir priver de sa nationalité, et réciproquement ce n'est que l'individu qui entretient un rapport de sujétion territoriale habituel avec l'État qui peut se voir octroyer la nationalité. Le droit français comme le droit international réceptionnent chacun ces principes, le premier sous l'angle de l'exercice valide de la compétence, le second sous l'angle de l'exercice opposable de la compétence.

**1018.** Si la compétence de l'État n'est en ce sens pas « souveraine », son pouvoir ne l'est pas davantage. Dans une dynamique propre au XXe siècle, la nationalité s'est graduellement inscrite dans le champ fondamental des droits de l'homme. Elle est d'abord devenue elle-même un droit de l'homme, comme en témoigne son inscription solennelle dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Surtout, cette mutation a ensuite rétroagi sur le droit de la nationalité qui s'est trouvé progressivement soumis aux différentes exigences des droits de l'homme. Le caractère fondamental de la nationalité a ainsi conduit à faire reculer le pouvoir discrétionnaire de l'État, à la fois dans une dynamique normative d'extension des normes de références, mais aussi dans une dynamique juridictionnelle d'approfondissement du contrôle. Face à l'ensemble de ces phénomènes, la souveraineté en tant qu'expression d'une prérogative

---

<sup>3174</sup> Hugues Fulchiron, « Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité ? (Variations sur le thème de l'évolution contemporaine des rapports entre individu et nationalité) », *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 224.

ultra-discrétionnaire, libre et non contrainte, ne peut plus qualifier le pouvoir de l'État en droit de la nationalité.

**1019.** Qu'est devenue la souveraineté ? Pour Patrick Weil, qui s'appuie en cela sur la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, c'est désormais le « citoyen » qui est « souverain »<sup>3175</sup>. Pour cet auteur, la Cour Warren, en proscrivant progressivement la déchéance de nationalité, a rendu le citoyen souverain en ce qu'elle a « inconditionnellement protégé »<sup>3176</sup> le lien de nationalité des ressortissants américains. En France, l'état du droit n'en est pas encore à ce stade, et « l'âge d'une nationalité sécurisée »<sup>3177</sup> n'est pas encore advenu<sup>3178</sup>. La souveraineté n'a donc pas changé de mains ; elle n'est pas passée de l'État à l'individu<sup>3179</sup>. D'un strict point de vue juridique, n'a-t-on pas en réalité atteint le point d'équilibre qu'appelait de ses vœux Paul de La Pradelle en 1933 : « La nationalité d'origine ne dépend ni de l'arbitraire de l'Etat ni du caprice de l'individu. Elle n'est pas plus discrétionnaire pour l'un que pour l'autre. Elle doit tenir compte de leurs intérêts mutuels : celui de l'Etat, qui est de s'incorporer des éléments sûrs, aptes à l'aider à poursuivre ses fins ; celui de l'individu, qui, cherchant une tutelle, entend relever d'un organisme auquel il fasse confiance, et avec lequel il se sente en affinité profonde. »<sup>3180</sup>

**1020.** Quelles sont les prochaines évolutions du droit de la nationalité ? Dans un premier temps, la dynamique territoriale est certainement appelée à se renforcer, en particulier dans le champ de l'octroi de la nationalité. L'État pourrait en effet renoncer à son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il confère sa nationalité au profit de règles objectives permettant l'octroi de plein droit de la nationalité lorsque la sujétion territoriale est suffisamment avérée. Les récentes créations en 2015 et 2016 des articles 21-13-1 et 21-13-2 du code civil, qui permettent aux seniors

---

<sup>3175</sup> Patrick Weil, *The Sovereign Citizen*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2013, 285 p.

<sup>3176</sup> Patrick Weil, « Le Citoyen est Souverain, pas l'État. Comment la dénaturalisation a révolutionné la citoyenneté américaine », *Informations sociales*, 2013, vol. 177, n° 3, p. 73.

<sup>3177</sup> Patrick Weil, « From conditional to secured and sovereign : The new strategic link between the citizen and the nation-state in a globalized world », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, n°3/4, p. 633.

<sup>3178</sup> Certains auteurs en font le pronostic. Voy. André Giudicelli, « La déchéance de la nationalité française », *La sanction du droit, mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 346, pour qui « la disparition de la déchéance de la nationalité française (...) paraît annoncée ».

<sup>3179</sup> La théorie strictement juridique est d'ailleurs peu compatible avec l'idée générale d'une transmission de souveraineté de l'État vers l'individu. Comme le notent Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2014, 11<sup>ème</sup> éd., p. 23 : « la situation des particuliers dans leur ordre et celle des États dans le leur sont parfaitement semblables : comme les États, les hommes naissent et demeurent égaux en droit. Égaux mais non *souverains*, cependant, et c'est là la différence déterminante. Même si elle n'est pas que cela, l'égalité des sujets internes est une égale soumission à l'État et à la loi qui est l'instrument de sa puissance à leur égard, au sein d'un système juridique bâti sur la différenciation entre l'État et ses sujets et obéissant à la logique du pouvoir. »

<sup>3180</sup> Paul de La Pradelle, « De la nationalité d'origine », *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, Sirey, 1933, p. 221.

parents d'enfants français, et aux mineurs non nés en France mais inscrit dans une fratrie française (voy. *supra* n° 359 s.), d'obtenir la nationalité par déclaration témoignent de cette logique. Il n'y aurait là qu'un retour à la logique républicaine et révolutionnaire qui avait privé le roi de son pouvoir de décision individuel en matière de naturalisation au profit d'un mécanisme acquisitif automatique. Sur le plan doctrinal, Amélie Dionisi-Peyrusse, dans le cadre de sa reconstruction objective de la nationalité, a déjà fait la proposition stimulante d'un droit à la naturalisation sous condition de résidence<sup>3181</sup>. Le territoire, dans son rapport à la nationalité, pourrait donc être amené à dépasser la seule délimitation de la compétence pour mieux effacer le pouvoir discrétionnaire de l'État dans les mécanismes acquisitifs de nationalité.

**1021.** Dans un second temps, la dynamique de fondamentalisation est sans doute elle-aussi appelée à se consolider, plutôt dans le champ de la perte de la nationalité. L'incroyable activisme judiciaire – fruit des requérants comme des juges – qui se développe depuis une vingtaine d'années devant les juridictions européennes et internes en témoigne, l'emprise des droits de l'homme par l'intermédiaire des tribunaux va croissante. Les dernières évolutions de la jurisprudence du Conseil d'État le démontrent : les normes de référence ne cessent de s'étendre, et l'intensité du contrôle ne cesse de croître. Or, le contrôle normal de la qualification juridique et de l'adéquation de la mesure conduit désormais le juge de la déchéance de nationalité à substituer intégralement son appréciation à celle du gouvernement. La fondamentalisation de la nationalité conduira donc peut-être le législateur à confier la compétence de déchoir au juge plutôt qu'au gouvernement, actant ainsi la montée en puissance de ce pouvoir. Cette évolution serait-elle nécessairement positive ? Il faut en la matière se « prémunir contre une vision édénique ou angélique » écrit Danièle Lochak, puisque la progression des droits de l'homme n'est pas « un processus univoque et cumulatif nous entraînant vers toujours plus de justice. »<sup>3182</sup> Autrement dit, le juge n'est pas par nature un meilleur garant des libertés que le gouvernement, et c'est la manière dont il entend exercer ses prérogatives toujours plus nombreuses en droit de la nationalité dont dépend l'inscription effective de la nationalité dans le champ des droits de l'homme. Dès lors, pour que la dynamique de fondamentalisation continue de se renforcer, il est nécessaire que le pouvoir judiciaire se place résolument à la jonction de l'« idéologie libérale » et du « conservatisme républicain »<sup>3183</sup>, suivant les mots de Prosper Weil.

---

<sup>3181</sup> Voy. Amélie Dionisi-Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Defrénois, 2008, n° 796, p. 293-294.

<sup>3182</sup> Danièle Lochak, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2018, p. 120.

<sup>3183</sup> Voy. Prosper Weil, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1959, vol. 51, p. 286-287.



## Bibliographie

### *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*

– A –

Abi-Saab, G., « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987, vol. 207, p. 9-453.

Arangio-Ruiz, G., « Le domaine réservé : l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne : cours général de droit international public », *RCADI*, 1990, vol. 225, p. 9-484.

– B –

Basdevant, J., « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1936, vol. 58, p. 471-715.

Boeck, C. (de), « L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique », *RCADI*, 1927, vol. 18, p. 443-676.

Bourquin, M., « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1931, vol. 35, p. 1-232.

– C –

Cassin, R., « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *RCADI*, 1930, vol. 34, n° 99, p. 655-809.

——— « Les droits de l'homme », *RCADI*, 1951, vol. 79, p. 321-332.

Castrèn, E., « Aspects récents de la succession d'états », *RCADI*, 1951, vol. 78, p. 379-506.

Castro, F., « La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité », *RCADI*, 1961, vol. 102, p. 515-634.

Carrillo-Salcedo, J.-A., « Droit international et souveraineté des états : cours général de droit international public », *RCADI*, 1996, vol. 257, p. 35-221.

– D –

Dupuis, C., « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1930, vol. 32, p. 1-290.

– F –

Fitzmaurice, G., « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *RCADI*, 1957, vol. 92, p. 1-227.

François, J.-P.-A., « Le problème des apatrides », *RCADI*, 1935, vol. 53, p. 283-376.

– G –

Garcia-Amador, F., V., « State responsibility : some new problems », *RCADI*, 1958, vol. 94, p. 365-491.

Garner, J., W., « Le développement et les tendances récentes du droit international », *RCADI*, 1931, vol. 35, p. 605-751.

Giuliano, M., « Les relations et immunités diplomatiques », *RCADI*, 1960, vol. 100, p. 75-202.

Guggenheim, P., « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *RCADI*, 1949, vol. 74, p. 191-268.

– I –

Isay, I., « De la nationalité », *RCADI*, 1924, vol. 5, p. 425-488.

– K –

Kaufmann, E., « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1935, vol. 54, p. 374-375

Kelsen, H., « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, vol. 42, 1932, p. 117-352.

——— « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953, vol. 84, p. 1-203.

Kunz, J., « L'option de nationalité », *RCADI*, 1930, vol. 31, p. 172.

– L –

Lauterpacht, H., « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1937, vol. 62, p. 95-422.

– M –

Makarov, A., « La nationalité de la femme mariée », *RCADI*, 1937, vol. 60, p. 111-241

——— « Règles générales du droit de la nationalité », *RCADI*, 1949, vol. 74, n° 39, p. 269-378.

– P –

Politis, N., « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, 1925, vol. 6, p. 1-121.

– R –

Redslob, R., « Le principe des nationalités », *RCADI*, 1931, vol. 37, p. 1-82.

Rezek, J.-F., « Le droit international de la nationalité », *RCADI*, 1986, vol. 198, p. 333-400.

Rolin, H., « Les principes de droit international public », *RCADI*, 1950, vol. 77, n° 112, p. 305-479.

Rousseau, C., « L'indépendance de l'État dans l'ordre international », 1948, *RCADI*, vol. 73, p. 167-219.

– T –

Triepel, H., « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923, vol. 1, p. 73-121.

– V –

Verwilghen, M., « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *RCADI*, 1999, vol. 277, p. 9-484.

Vichniac, M., « Le statut international des apatrides », *RCADI*, 1933, vol. 43, p. 115-246.

– W –

Waldock, H., « The regulation of the use of force by individual states in international law », *RCADI*, 1951, vol. 81, p. 451-517.

——— « General course on public international law », *RCADI*, 1962, vol. 106, p. 1-251.

– Z –

Zoller, É., « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, 2002, vol. 294, p. 1-166.

## *Ouvrages et articles de l'ancien droit*

– A –

Aguesseau, H.-F. (d'), « 32<sup>ème</sup> plaidoyer (1694) », in *Œuvres du Chancelier d'Aguesseau*, vol. III, Paris, Desaint & Saillant, Herissant, Savoye, Simon, Durand, 1762, 822 p.

Bacquet, J., *Traité du droit d'aubeine* (1577), in *Œuvres de Jean Bacquet*, tome 1, Paris, Pierre Bienfait, 1664, 180 p.

– B –

Beccaria, C., *Traité des délits et des peines* (1764), Philadelphie, 1766, 148 p.

Bodin, J., *Les six livres de la République* (1576), in Rochais, H., Couzinet, M.-D., et Frémont, C. (dir.), *Les six livres de la République de Jean Bodin*, vol. 1, Paris, Fayard, 1986, 340 p.

Boucher d'Argis, A.-G., *Observations sur les loix criminelles de France*, Bruxelles, Emmanuel Flon, 1781, 195 p.

– C –

Caron, L.-C. (le), *Pandectes ou Digestes du Droict François* (1593), livre II, chap. 8, in *Œuvre de Charondas*, vol. II, Paris, Estienne Richer, 1637, 749 p.

– D –

Denisart, J.-B., « Naturalisation », in *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, vol. II, t. 2, Paris, Desaint, 1766, 5<sup>ème</sup> éd., 467 p.

Domat, J., *Les quatres livres du droit public* (1697), in Joseph Rémy, *Œuvres de Jean Domat*, Paris, Firmin Didot, 1829, 587 p.

– G –

Grotius, H., *Le droit de la guerre et de la paix* (1625, trad. Barbeyrac), 2 vol., Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, 517 p. et 1001 p.

– H –

Hobbes, T., *De Cive* (1642, trad. Sorbière), in *Œuvres philosophiques et politiques de Thomas Hobbes*, vol. I, Neufchatel, Imprimerie de la Société Typographique, 1787, 452 p.

——— *Leviathan* (1651), in William G. Pogson Smith, *Hobbes's Leviathan*, Oxford, Clarendon Press, 1909, 557 p.

– L –

Le Maistre, A., « 22<sup>ème</sup> Plaidoyez (1634) », in Jean Issali, *Les plaidoyez et harangues de Monsieur Le Maistre*, Paris, Pierre le Petit, 1671, 6<sup>ème</sup> éd., 798 p.

Loisel, A., *Institutes coutumieres* (1607), Paris, Henry le Gras, 1637, 165 p.

– M –

Montesquieu, *Pensées et fragments inédits*, vol. I, Bordeaux, Gounouilhau, 1899, 541 p.

– P –

Papon, J., *Recueil d'arrests notables des courts souveraines de France*, vol. I, Lyon, Jean de Tournes, 1562, 4<sup>ème</sup> éd., 1367 p.

——— *Secrets du troisième et dernier notaire*, Lyon, Jean de Tournes, 1583, 2<sup>ème</sup> éd., 800 p.



Pothier, R.-J., *Traité des personnes* (1778), in André Dupin, *Œuvres de Pothier*, vol. VIII, Paris, Bechet aîné, 1825, 701 p.

Pufendorf, S., *Le droit de la nature et des gens* (1732, trad. Jean Barbeyrac), 2 vol., Basle, Thourneisen, 1732, 613 p. et 506 p.

– R –

Rousseau, J.-J., *Du contrat social*, Amsterdam, Michel Rey, 1762, 376 p.

– V –

Vattel, E. (de), *Le droit des gens*, 2 vol., Londres [Neuchâtel], 1758, 541 p. et 375 p.

Voltaire, « Bannissement », *Dictionnaire philosophique* (1764), vol. II, in Beuchot, A.-J.-Q., *Œuvres de Voltaire*, vol. 27, Paris, Lefèvre, 1829, 568 p.

### ***Ouvrages contemporains***

– A –

Abrahamian, A., A., *The Cosmopolities. The Coming of the Global Citizen*, New York, Columbia Global Reports, 2015, 162 p.

Ackerman, B., *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Londres, Yale University Press, 2006, 240 p.

Agarin, T., et Karolewski, I., P. (dir.), *Extraterritorial Citizenship in Postcommunist Europe*, Londres, Rowman & Littlefield, 2015, 230 p.

Alteroche, B. (d'), *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au royaume XIe-XVe siècle*, Paris, LGDJ, 2002, 353 p.

Aprile, S., *Le Siècle des Exilés. Bannis et proscrits de 1789 à la Commune*, Paris, CNRS Éditions, 2010, 336 p.

Arangio-Ruiz, G., *L'État dans le sens du Droit des Gens et la Notion du Droit international*, Bologna, Cooperativa Libreria Universitaria, 1975, 416 p.

Auby, J.-M., et Drago, R., *Traité de contentieux administratif*, 2 vol., 1984, 3<sup>ème</sup> éd., 1014 p. et 718 p.

Arendt, H., *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme* (1951, trad. Martine Leiris, rév. Hélène Frappat), Paris, Fayard, 2010, 378 p.

——— *On Revolution* (1963), Londres, Penguin Books, 1990, 350 p.

Aubert, C., *La liberté d'établissement des Confédérés. Étude critique de l'art. 45 de la Constitution fédérale*, thèse, Genève, Imprimerie du « Journal de Genève », 1939, 243 p.

Aubert, J.-F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967, 391 p.

Aucoc, L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, vol. I, Paris, Dunod, 1869, 681 p.

Audinet, E., *Principes élémentaires du droit international privé*, Paris, Pedone-Lauriel, 1894, 620 p.

– B –

- Bancroft, G., *History of the United States of America*, vol. V, New York, Appleton, 1888, 459 p.
- Baranger, D., *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2017, 7<sup>ème</sup> éd, 128 p.
- Barbou des Places, S., *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, thèse, Nancy, 1996, 692 p.
- Basdevant, J., *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, 755 p.
- *Droit international public* (la jurisprudence internationale), Paris, Les cours de droit, 1936-1937, 405 p.
- *Droit international public* (La répartition des compétences), Paris, Les cours de droit, 1937-1938, 476 p.
- Batiffol, H., *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, LGDJ, 1955, 2<sup>ème</sup> éd., 919 p.
- *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1959, 941 p.
- Beaud, O., *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, 512 p.
- *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2009, 2<sup>ème</sup> éd., 447 p.
- Beitel, C., G., *Treatise on the Poor Laws of Pennsylvania*, Philadelphie, Johnson, 1899, 632 p.
- Benhabib, S., *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 251 p.
- Benlolo-Carabot, M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2006, 782 p.
- Bentham, J., *Traité des peines et des récompenses*, Londres, Dulau, 1811, 181 p.
- Benton, L., *A search for Sovereignty. Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, New York, Cambridge University Press, 2010, 358 p.
- Bès de Berc, E., *Droit français de l'expulsion des étrangers*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1888, 146 p.
- Blanquet, M., *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994, 502 p.
- Bluntschli, J.-C., *Le droit international codifié* (1869, trad. Lardy), Paris, Guillaumin, 1870, 480 p.
- *Le droit international codifié* (1872, trad. Lardy), Paris, Guillaumin, 2<sup>ème</sup> éd., 1874, 536 p.
- *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, Cotta, 1875, 636 p.
- *Théorie générale de l'État* [1875, trad. Armand de Riedmatten], Paris, Guillaumin, 1877, 478 p.
- Boitard, É., *Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle*, Paris, Gustave Thorel, 1842, 2<sup>ème</sup> éd. (augmentée par Gustave de Linage), 640 p.
- Boizet, J., *Les lettres de naturalité sous l'Ancien Régime*, thèse, 1943, Paris, Maurice Lavergne, 199 p.
- Bongert, Y., *Histoire du droit pénal. Cour de doctorat* (1972-1973), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2012, 519 p.
- Boulbès, R., *Droit français de la nationalité*, Paris, Sirey, 1956, 598 p.

- Bouquet, J.-J., *Histoire de la Suisse*, Paris, PUF, 2016, 125 p.
- Bowett, D., W., *Self-defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, 294 p.
- Brownlie, I., *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, 532 p.
- *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 5<sup>ème</sup> éd., 743 p.
- Brubaker, R., *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 1992, 270 p.
- *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne* (1992, trad. Jean-Pierre Bardos), Paris, Belin, 1997, 319 p.
- Brunet, R., *La nationalité dans l'Empire allemand*, thèse, Paris, Giard et Brière, 1912, 225 p.
- *La Constitution allemande du 11 août 1919*, Paris, Payot, 1921, 364 p.
- Bühler, J., *Le droit d'exception de l'Etat. Étude des droits publics allemand et suisse de 1871 à nos jours*, Genève, Droz, 1995, 271 p.

– C –

- Carbasse, J.-M., *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990, 356 p.
- Carlier, J.-Y., et Saroléa, S., *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, 832 p.
- Carré de Malberg, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. I, Paris, Sirey, 1920, 638 p.
- Chafee, Z., *Three Human Rights in the Constitution of 1787*, Lawrence, University of Kansas Press, 1956, 245 p.
- Champeil-Desplats, V., *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, 2<sup>ème</sup> éd., n° 538, 438 p.
- Chapoutot, J., *Histoire de l'Allemagne (1806 à nos jours)*, Paris, PUF, 2017, 2<sup>ème</sup> éd., 125 p.
- Chapus, R., *Droit administratif général*, 2 vol., Paris, Montchrestien, 2001, 15<sup>ème</sup> éd., 797 p. et 1427 p.
- *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2008, 13<sup>ème</sup> éd., 1540 p.
- Chevallier, J., *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2008, 3<sup>ème</sup> éd., 266 p.
- Cheng, B., *General Principles of Law*, Londres, Stevens and Sons, 1953, 544 p.
- Cogordan, G., *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, Paris, Larose, 1879, 505 p.
- *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, Paris, Larose et Forcel, 1890, 2<sup>ème</sup> éd., 575 p.
- Colliot-Thélène, C., *La démocratie sans « demos »*, Paris PUF, 2011, 213 p.
- Combacau, J., et Sur, S., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2014, 11<sup>ème</sup> éd., 838 p.
- Commission de la nationalité, *Être Français aujourd'hui et demain*, 2 vol., Paris, La documentation française, 1988, 1048 p.

Couveinhes Matsumoto, F., *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 692 p.

Currie, D., P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, 426 p.

– D –

Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, 8<sup>ème</sup> éd., 1722 p.

Darut, J.-A., *De l'expulsion des étrangers*, Aix, B. Niel, 1902, 249 p.

Dauphan, L., *Le royaume des quatre rivières*, Seyssel, Champ Vallon, 2012, 498 p.

Delessert, C., *L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique*, Lausanne, La Concorde, 1924, 270 p.

Delmas-Marty, M., et Teitgen-Colly, C., *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, 191 p.

Demante, A., M., *Cours analytique de Code civil (1849)*, vol. I, Paris, Plon, 1881, 2<sup>ème</sup> éd., 631 p.

Demolombe, C., *Cours de code civil*, vol. I, Bruxelles, Decq, 1847, 364 p.

Desjardins, A., *Les cahiers des Etats généraux en 1789 et la législation criminelle*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1883, 491 p.

Despagnet, F., *Précis de droit international privé*, Paris, Larose et Forcel, 1886, 629 p.

Despagnet, F., et Boeck, C. (de), *Précis de droit international privé*, 1909, 5<sup>ème</sup> éd., 1250 p.

Dionisi-Peyrusse, A., *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Defrénois, 2008, 436 p.

Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, vol. III, Paris, Boccard, 3<sup>ème</sup> éd., 1927-1930, 2507 p.

Dupuy, R.-J., *Le droit international*, Paris, PUF, 2001, 12<sup>ème</sup> éd., 128 p.

Durand, L., *Essai de droit international privé*, Paris, Larose et Forcel, 1884, 820 p.

Duvignau, J., *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, thèse, Pau, 2010, 549 p.

– E –

Eftimie, A., *La citoyenneté de l'Union : contribution à l'étude d'une communauté politique plurielle*, thèse, Bordeaux, 2012, 1292 p.

Eisenmann, C., *Cours de droit administratif*, vol. II, Paris, LGDJ, 1982, 908 p.

——— *Écrits de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2013, 655 p.

Esmein, A., *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Larose, 1896, 841 p.

– F –

Fauchille, P., *Traité de droit international public*, tome I, partie I (Paix), Paris, Arthur Rousseau, 8<sup>ème</sup> éd., 1922, 1058 p.

Féraud Giraud, L.-J., *Droit d'expulsion des étrangers. VIII<sup>ème</sup> Commission de l'Institut de droit international. Contribution à l'étude de la question*, Aix, A. Makaire, 1889, 148 p.

Fiore, P., *Traité de droit pénal international et de l'extradition (1878, trad. Charles Antoine)*, vol. I, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1880, 959 p.

Fœlix, J., *Traité du droit international privé ou Du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Paris, Joubert, 1843, 618 p.

Folleville, D. (de), *Traité théorique et pratique de la naturalisation*, Paris, Maresq, 1880, 817 p.

Foucault, M., *Histoire de la folie à l'âge classique* (1972), Paris, Gallimard, 1976, 583 p.

Fulchiron, H., *La nationalité française*, Paris, PUF, 2000, 127 p.

Fripp, E. (dir.), *The Law and Practice of Expulsion and Exclusion from the United Kingdom*, Oxford, Hart Publishing, 2015, 523 p.

– G –

Garçon, É., *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Paris, Payot, 1922, 160 p.

Gérardin, L., *De l'acquisition de la qualité de français par voie de déclaration : étude sur le bienfait de la loi*, Paris, Larose, 1896, 237 p.

Girard, G., *Le service militaire en France à la fin du règne de Louis XIV. Racolage et milice (1701-1715)*, Paris, Plon, 1921, 336 p.

Gneist, R., *La Constitution communale de l'Angleterre* (1863, trad. Théodore Hippert), vol. II, Paris, Lacroix et Verboeckhoven, 1868, 386 p.

Gousseff, C., *L'exil russe : la fabrique du réfugié apatride*, Paris, CNRS éditions, 2008, 335 p.

Guggenheim, P., *Traité de droit international public*, vol. I, Genève, Georg et Cie, 1953, 592 p.

Guiguet, B., *Citoyenneté et nationalité : limites de la rupture d'un lien*, thèse, Institut universitaire européen, 1997, 418 p.

Guyomar, M., *Les sanctions administratives*, Paris, LGDJ, 2014, 201 p.

Guyomar, M., et Seiller, B., *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2017, 4<sup>ème</sup> éd., 614 p.

– H –

Haennig, J., *Une fourberie allemande. La Loi Delbrück*, Paris, Floury, 1915, 30 p.

Hajjat, A., *Les frontières de l'« identité nationale ». L'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*, Paris, La Découverte, 2012, 337 p.

Hall, S., *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1995, 214 p.

Hamon, F., et Troper, M., *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2018, 39<sup>ème</sup> éd., 900 p.

Hart, H. L. A., *Le concept de droit* (1961, trad. Michel van der Kerchove à partir de la 2<sup>ème</sup> éd. anglaise posthume de 1994), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 344 p.

Hauriou, M., *Précis de droit administratif*, Paris, Larose et Forcel, 1893, 2<sup>ème</sup> éd., 759 p.

——— *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1930, 2<sup>ème</sup> éd., 332 p.

Heuer, J. N., *The Family and the Nation*, New York, Cornell University Press, 2005, 256 p.

Heymann, J., *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Economica, 2010, 424 p.

Hirota, H., *Expelling the Poor, Atlantic Seaboard States and the Nineteenth-Century Origins of American Immigration Policy*, New York, Oxford University Press, 2017, 302 p.

Hoerni, R., *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse : étude juridique sur les pleins pouvoirs*, thèse, Genève, Société Générale d'Imprimerie, 1917, 224 p.

– I –

Isidro, L., *L'étranger et la protection sociale*, Paris, Dalloz, 2017, 578 p.

– J –

Jahn, F., L., *Recherches sur la nationalité, l'esprit des peuples allemands et les institutions qui seraient en harmonie avec leurs mœurs et leur caractère* (1810, trad. Pierre Lortet), Paris, Bossange, 1825, 432 p.

Jault-Seseke, F., Corneloup, S., et Barbou des Places, S., *Droit de la nationalité et des étrangers*, Paris, PUF, 2015, 702 p.

Jellinek, G., *L'État moderne et son droit*, vol. II (Théorie juridique de l'État, 1900), Paris, LGDJ, 2005, 593 p.

Jennings, R., et Watts, A., *Oppenheim's International Law*, vol. I, Londres, Longman, 2008, 9<sup>ème</sup> éd., 2887 p.

Jovanovic, S., *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, Pedone, 1988, 239 p.

– K –

Kelsen, H., *La démocratie* (1932, trad. Charles Eisenmann), Paris, Dalloz, 2004, 121 p.

——— *Théorie générale du droit et de l'État* (1949, trad. Laroche et Faure), Paris, LGDJ, 1997, 517 p.

——— *Théorie pure du droit* (1962, trad. Charles Eisenmann), Paris, LGDJ, 1999, 367 p.

Kesby, A., *The Right to Have Rights. Citizenship, Humanity, and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 164 p.

Kettner, J., H., *The Development of American Citizenship (1608-1870)*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1978, 391 p.

Kiss, A.-C., *L'abus de droit en droit international*, Paris, LGDJ, 1953, 200 p.

Kolb, R., *La bonne foi en droit international public*, Genève, Graduate Institute Publications, 2000, 756 p.

– L –

Laband, P., *Le droit public de l'Empire allemand* (trad. C. Gandilhon, revue par l'auteur), vol. I, Paris, Giard & Brière, 1900, 2<sup>ème</sup> éd., 540 p.

Laferrière, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., Paris, Berger-Levrault, 1887-1888, 670 p. et 675 p.

——— *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., Paris, Berger-Levrault, 1896, 2<sup>ème</sup> éd., 724 p. et 709 p.

Lagarde, P., *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2011, 499 p.

Lainé, A., *De l'expulsion des étrangers appelés à devenir Français par le bienfait de la loi*, Paris, Marchal & Billard, 1898, 101 p.

Lallemand, L., *Histoire de la charité*, vol. IV (Les temps modernes), 1<sup>ère</sup> partie, Paris, Alphonse Picard, 1910, 624 p.

Landau-Brijatoff, A., *Indignes d'être français. Dénaturalisés et déchus sous Vichy*, Paris, Buchet et Chastel, 2013, 349 p.

- Laurent, F., *Droit civil international*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 1880, 694 p.
- Lapradelle, A. (de), *De la nationalité d'origine. Droit comparé, droit interne, droit international*, Paris, Giard et Brière, 1893, 448 p.
- Lauterpacht, H., *The function of law in the international community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, 469 p.
- Le Bonniec, N., *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 681 p.
- Le Fur, L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Marchal et Billard, 1896, 839 p.
- *Races, Nationalités, États*, Paris, Félix Alcan, 1922, 156 p.
- Légier, G., *Histoire du droit de la nationalité française*, 2 vol., Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, 1041 p.
- Lepetit-Collin, H., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Paris, LGDJ, 2011, 586 p.
- Lipovano, I., G., *L'Apatrie*, thèse, Paris, Les éditions internationales, 1935, 171 p.
- Lochak, D., *Étrangers : de quel droit ?*, Paris, PUF, 1985, 256 p.
- *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, 254 p.
- *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2018, 127 p.
- Louis-Lucas, P., *La nationalité française. Droit positif et Conflits de loi*, Paris, Sirey, 1929, 343 p.
- Luk, N., C., *Diaspora Status end Citizenship Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2017, 693 p.

– M –

- Mably, G.-B. (de), *De la législation ou principes des loix (1776)*, in *Œuvres complètes*, vol. V, Paris, Delaunay, 1818, 312 p.
- Macaulay Trevelyan, G., *English Social History*, Londres, Longmans et Green, 2<sup>ème</sup> éd., 1946, 628 p.
- Madeira, A.-V., *Nationaux et étrangers en droit public français*, thèse, Paris, 2015, 586 p.
- Malnoury, L., *Les dénaturalisations d'anciens sujets d'Allemagne, Autrich-Hongrie et Turquie*, Paris, Roustan, 1915, 70 p.
- Mancini, P., *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Turin, Botta, 174 p.
- Marshall, T., *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, 154 p.
- Mei, A., P. (van der), *Free Movement of Persons within the European Community. Cross-Border Access to Public Benefits*, thèse, Maastricht, 2001, 528 p.
- Mention, L., *L'armée de l'Ancien Régime de Louis XIV à la Révolution*, Paris, Société française d'éditions d'art, 1900, 312 p.

– N –

- Niboyet, J.-P., *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1928, 1040 p.
- *Traité de droit international privé français*, vol. I, Paris, Sirey, 1938, 639 p.
- *Addendum au Traité de droit international privé français*, vol. I, Paris, Sirey, 1939, 66 p.

- *Traité de droit international privé français*, vol. I, Paris, Sirey, 1947, 2<sup>ème</sup> éd., 641 p.
- Nicot, E., *Étude historique de la naturalisation, à l'occasion de la loi du 29 juin 1867*, Paris, Questroy, 1868, 67 p.
- Nipperdey, T., *Réflexions sur l'histoire allemande* (1986, trad. Clause Orsoni), Paris, Gallimard, 1992, 358 p.
- Noiriel, G., *Le creuset français*, Paris, Seuil, 1988, 437 p.
- *La tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe, 1793-1993*, Paris, Calmann-Lévy, 1991, 355 p.
- *Les origines républicaines de Vichy*, Paris, Hachette, 1999, 335 p.

– O –

- O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Londres, Kluwer, 1996, 347 p.
- Odent, R., *Contentieux administratif* (1980), 2 vol., Paris, Dalloz, 2007, 1051 p. et 783 p.
- Oppenheim, L., *International law : a treatise*, vol. 1, Londres, Longmans et Green, 1905, 610 p.

– P –

- Panagoulas, K., *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2011, 114 p.
- Pashley, R., *Pauperism and Poor Laws*, Londres, Longman, Brown et Green, 1852, 428 p.
- Pataut, É., *La nationalité en déclin*, Paris, Odile Jacob, 2014, 101 p.
- Paultre, C., *De la répression de la mendicité et du vagabondage en France sous l'Ancien Régime*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1906, 632 p.
- Plessix, B., *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2018, 2<sup>ème</sup> éd., 1647 p.
- Pillet, A., *Traité pratique de droit international privé*, vol. I, Paris, Sirey, 1923, 789 p.
- Poulet, F., *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, thèse, Paris, 2014, 648 p.
- Prélot, M., *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1948, 606 p.
- Proudhon, J.-B.-V., *Cours de législation et de jurisprudence française*, vol. 1, Besançon, Tissot, 1798, 418 p.
- *Traité sur l'état des personnes* (1809), vol. I, Dijon, Lagier, Paris, Joubert, 1842, 3<sup>ème</sup> éd., 562 p.

– R –

- Raspail, H., *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, thèse, Paris, 2011, 652 p.
- Renan, E., *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Paris, Calmann Lévy, 1882, 2<sup>ème</sup> éd., 30 p.
- Rossi, P., *Rapport sur le projet d'acte fédéral*, Genève, Ch. Gruaz, 1832, 119 p.
- Roux, J.-A., *Cours de droit criminel français. Tome 1, Droit pénal*, Paris, Sirey, 1927, 2<sup>ème</sup> éd. revue et augmentée, 540 p.
- Ruby, M., *L'évolution de la nationalité allemande d'après les textes (1842 à 1953)*, Baden Baden, Wervereis, 1949, 912 p.



- Sabatié, A.-C., *La déportation révolutionnaire du clergé français*, 2 tomes, Paris, Gabalda, 1916, 408 p. et 358 p.
- Sahlins, P., *Unnaturally French. Foreign Citizens in the Old Regime and After*, Ithaca, Londres, Cornell University Press, 2004, 354 p.
- Santulli, C., *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, LGDJ, 1995, 97 p.
- *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, 540 p.
- *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, 2015, 2<sup>ème</sup> éd., 626 p.
- Scelle, G., *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, 312 p.
- Schmitt, C., *Théologie politique* (1922, trad. Jean-Louis Schlegel), Paris, Gallimard, 2008, 204 p.
- Schönberger, C., *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 597 p.
- Seiller, B., *Droit administratif*, 2 vol., Paris, Flammarion, 2011, 4<sup>ème</sup> éd., 345 p. et 355 p.
- Selosse, R., *Traité de l'annexion au territoire français et de son démembrement*, Paris, Larose, 1880, 398 p.
- Shachar, A., *The Birthright Lottery Citizenship and Global Inequality*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 2009, 273 p.
- Simonin, A., *Le déshonneur dans la République : une histoire de l'indignité (1791-1958)*, Paris, Grasset, 2008, 758 p.
- Slama, S., *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, thèse, Nanterre, 2003, 686 p.
- Spire, A., *Étrangers à la carte, L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Paris, Grasset, 402 p.
- Story, J., *Commentaries on the Constitution of the United States*, vol. III, Boston, Hilliard, Gray and Company, Cambridge, Brown, Shattick and Company, 1833, 1<sup>ère</sup> éd., 776 p.
- Sudre, F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2015, 10<sup>ème</sup> éd., 122 p.

- Tanon, L., *Histoire des justices*, Paris, Larose et Forcel, 1883, 568 p.
- Taulier, F., *Théorie raisonnée du code civil*, vol. 1, Grenoble, Prudhomme, 1840, 3483 p.
- Tessier, P., *François Denis Tronchet*, Paris, Fayard, 2016, 510 p.
- Thiellay, J.-P., *Le droit de la nationalité française*, Paris, Berger Levrault, 2011, 3<sup>ème</sup> éd., 272 p.
- Tournepicche, A.-M., *Les accords interinstitutionnels dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 544 p.
- Touzé, S., *La protection des droits de nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, 513 p.
- Tozzi, C., J., *Nationalizing France's Army : foreign, Black, and Jewish troops in the French military, 1715-1831*, Charlottesville, University of Virginia Press, 2016, 306 p.

Troper, M., *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, 294 p.

Tuot, T., *La grande nation. Pour une société inclusive. Rapport sur la refondation des politiques d'immigration*, Paris, La documentation française, 2013, 100 p.

Tusseau, G., *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, 813 p.

– U –

Urban, Y., *Race et nationalité dans le droit colonial français (1865-1955)*, thèse, Université de Bourgogne, 2009, 708 p.

– V –

Van Panhuys, H., F., *The Rôle of Nationality in International Law*, Leiden, A. W. Sythoff, 1959, 256 p.

Vandendriessche, X., *Le droit des étrangers*, Paris, Dalloz, 2012, 5<sup>ème</sup> éd., 214 p.

Vandendriessche, X., et Aït-El-Kadi, Z., *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile 2018, annoté et commenté*, Paris Dalloz, 2017, 8<sup>ème</sup> éd., 1166 p.

Vanel, M., *Évolution historique de la notion de Français d'origine du XVI<sup>e</sup> siècle au code civil : contribution à l'étude de la nationalité française d'origine*, Paris, Ancienne imprimerie de la Cour d'Appel, 1945, 156 p.

Verhoeven, J., *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 856 p.

Villey, M., *La formation de la pensée juridique moderne (1975)*, Paris, PUF, 2013, 624 p.

– W –

Waas, L. (van), *Nationality Matters. Statelessness Under International Law*, thèse, Tilburg, 504 p.

Wahnich, S., *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Paris, Albin Michel, 2010, 406 p.

Weil, P. (dir.), *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, Paris, La documentation française, 1997, 175 p.

——— *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité depuis la Révolution*, Paris, Gallimard, 2005, 2<sup>ème</sup> éd., 651 p.

——— *The Sovereign Citizen*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2013, 285 p.

Weil, P., et Hansen, R. (dir.), *Nationalité et citoyenneté en Europe*, Paris, La Découverte, 1999, 330 p.

Weis, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, Alphen aan den Rijn, Sythoff & Noordhoff, 2<sup>ème</sup> éd., 1979, 337 p.

Weiss, A., *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. I, Paris, Larose et Forcel, 1892, 1<sup>ère</sup> éd., 756 p.

——— *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. II, Paris, Larose, 1894, 916 p.

——— *Manuel de droit international privé. Supplément. Loi sur la nationalité*, Paris, Sirey, 1928, 67 p.

– Z –

Zalc, C., *Dénaturalisés. Les retraits de nationalité sous Vichy*, Paris, Le Seuil, 2016, 388 p.

Zeballos, E., S., *La nationalité au point de vue de la législation comparée et du droit privé humain*, 3 vol., Paris, Sirey, 1914-1916, 796 p., 557 p., et 866 p.

## Articles et contributions

– A –

Abraham, R., « Conditions de la naturalisation », *AJDA*, 1990, n° 4, p. 342.

—— « Extension du contrôle du Conseil d'État à la qualification juridique des faits en matière de police des étrangers ressortissants des États membres de la Communauté européenne », *AJDA*, 1991, n° 4, p. 322

—— « La décision de rejet d'une demande de naturalisation doit être motivée », *Rev. crit. DIP*, 1998, n° 2, p. 269.

Alix, J., « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC*, 2014, n° 4, p. 849.

Alix, J., et Cahn, C., « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC*, 2017, n° 4, p. 845.

Allison, R., « The Russian case for military intervention in Georgia : international law, norms and political calculation », *European Security*, 2009, vol. 18, n° 2, p. 178-180

Ancel, M., « Les conflits de nationalités. Contribution à la recherche d'une solution rationnelle des cas de multi-nationalité », *JDI*, 1937, t. 64, p. 36

Andrès, H., « Le droit de vote des étrangers : une utopie déjà réalisée sur les cinq continents », *Migrations et Société*, 2007, n° 114, p. 65-81.

Arraiza, J.-M., « Good Neighbourliness as a Limit to Extraterritorial Citizenship: The Case of Hungary and Slovakia », in Dimitry Kochenov et Elena Basheska (dir.), *Good Neighbourliness in the European Legal Context*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 114-135.

Aubert, J.-F., « Introduction historique », in Aubert, J.-F., Eichenberger, K., Müller, J., P., Rhinow, R., A., et Schindler, D. (dir.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, vol. I, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1987, p. 30.

Aubin, E., « Citoyen européen mendiant en France : ne circulez plus, il n'y a rien à voir ! », *AJDA*, 2015, n° 1, p. 66.

Audinet, E. « Le retrait des naturalisations accordées aux anciens sujets de Puissances en guerre avec la France », *JDI*, 1915, t. 42, n° III-IV, p. 134.

Audinet, E., « Séquestre des biens des sujets ennemis en France », *JDI*, 1917, p. 1601 (I) et 1918, p. 51 (II).

—— note sous Cass., civ., 9 mars 1926, *S.*, 1927, I., p. 121.

Azoulai, L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD eur.*, 2008, p. 39

—— « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 9.

—— « Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne », *Revue internationale de droit économique*, 2011, t. 25, p. 554.

—— « Marges de la citoyenneté européenne – obligations étatiques, équité transnationale, euro-bonds », in Bénédicte Fauvarque-Cosson, Étienne Pataut et Judith Rochfeld (dir.), *La citoyenneté européenne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p. 74.

—— « Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 52.

—— « Transfiguring European Citizenship : From Member State Territory to Union Territory », in Dimitry Kochenov (dir.), *EU Citizenship and Federalism : The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 199.

– B –

Baluarte, D., C., « The Risk of Statelessness : Reasserting a Rule for the Protection of the Right to Nationality », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2017, vol. 19, n° 1, p. 55.

Barbou des Places, S., « 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. 43.

—— « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Rev. Aff. Eur.*, 2013, n° 4, p. 689-703.

Barroche, J., « La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique », *JusPoliticum – Revue de droit politique*, 2018, n° 19, p. 227.

Basdevant, J., « Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *Revue de droit international privé*, 1909, vol. 5, p. 61.

—— « De la nationalité sous condition soit suspensive, soit résolutoire dans la législation française. Contribution à l'établissement d'une théorie juridique de la nationalité », *Annales de l'Université de Grenoble*, 1910, t. 22, p. 331.

Bastid, S., « L'affaire Nottebohm devant la Cour Internationale de Justice », *Rev. crit. DIP*, 1956, vol. 45, p. 633.

Batiffol, H., « Évolution du droit de la perte de la nationalité française », in *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. I, Paris, Pedone, 1975, p. 254.

—— « Le droit de séjour des ressortissants d'États tiers ayant la garde effective d'enfants citoyens de l'Union », *Rev. crit. DIP*, 2017, n° 1, p. 50.

Beaud, O., « La souveraineté, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, n° 6, p. 1045.

—— « The question of Nationality within a Federation : a Neglected Issue in Nationality Law », in Hansen, R., et Weil, P. (dir.), *Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the US and Europe*, New York, Oxford, Berghahn, 2002, p. 314-330.

—— « Compétence et souveraineté », in AFDA, *Les compétences*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 14.

—— « Une question négligée dans le droit de la nationalité : la question de la nationalité dans une Fédération », *Jus Politicum – Revue de droit politique*, 2014, n° 12, 19 p.

Beaugrand, C., « Torn Citizenship in Kuwait : Commodification versus Rights-Based Approaches », *LSE Middle East Center Collected Papers*, 2015, vol. 2 (Challenges to Citizenship in the Middle East and North Africa Region), p. 30.

Belliard, E., « Ambassade : excroissance extraterritoriale », in Hervé Ascensio, Pierre Bodeau-Livinec, Mathias Forteau, Franck Latty, Jean-Marc Sorel et Muriel Ubéda-Saillard (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 35.

Belrhali-Bernard, H., « Les avis conformes du Conseil d'État », *AJDA*, 2008, n° 22, p. 1181.

- Benlolo-Carabot, M., « Brexit et citoyenneté européenne », *Rev. Aff. Eur.*, 2016, n° 4, p. 617.
- « Le “travailleur”, indétrônable catégorie reine du droit de la libre circulation des personnes dans l’Union européenne ? », *RTD eur.*, 2018, n° 1, p. 59.
- Beudant, C., « De l’effet de la naissance en France sur la nationalité », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1856, vol. 9, p. 66.
- Bioy, X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l’intérêt d’une distinction », in Tusseau, G. (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, 2009, p. 38.
- Boeck, C. (de), « L’arbitrage Canevaro », *RGDIP*, 1913, t. 20, p. 349.
- Bogen, D., S., « The Privilege and Immunities Clause of Article IV », *Case Western Reserve Law Review*, 1987, vol. 37, n° 4, p. 807.
- Bonichot, J.-C., « La renonciation à la nationalité française en cas de double nationalité », concl. sous CE, 25 juillet 1986, *Époux Djebbar*, *RFDA*, 1987, n° 4, p. 621.
- Bonnard, R., « Le pouvoir discrétionnaires des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, vol. 40, p. 366.
- « Le droit public et la guerre (suite) », *RDP*, 1940, n° 1, p. 105-106
- Bonneau, H., « Le retrait de nationalité en droit des gens », *RGDIP*, 1948, p. 64
- Borella, F., « Nationalité et citoyenneté », in Colas, D., Emeri, C., et Zylberberg, J. (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 221-222.
- Braibant, G., « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, vol. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 298.
- Burdeau, F., « Procédure administrative », in Alland D., et Rials, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 1223.
- Brandvoll, J., « Deprivation of nationality : limitations on rendering persons stateless under international law », in Alice Edwards et Laura van Waas, *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 208-215.
- Brown, P., M., « The “Cardenas Doctrine” », *AJIL*, 1940, vol. 34, n° 2, p. 300.
- Brownlie, I., « The Relations of Nationality in Public International Law », *BYIL*, 1963, vol. 39, p. 325.
- Burlet, J. (de), « Effectivité et nationalité des personnes physiques », *RBDI*, 1976, n° 1, p. 75-89
- « De l’importance d’un “droit international coutumier de la nationalité” », *Rev. crit. DIP*, 1978, vol. 67, p. 325.

– C –

- Caleb, M., « De la perte de la nationalité », in Institut de droit comparé (dir.), *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, Recueil Sirey, 1933, p. 287
- Carlier, J.-Y., « Vers l’interdiction d’expulsion des étrangers intégrés ? », *RTDH*, 1993, n° 15, p. 445-466.
- « Droits de l’homme et nationalité », *Annales de Droit de Louvain*, 2003, vol. 63, n° 3 (Hommage à Michel Verwilghen), p. 248.
- « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l’Union européenne : regard sur la directive 2004/38 », *CDE*, 2006, n° 1-2, p. 13-34.

- « Les statuts juridiques alternatifs ou complémentaires à la nationalité », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 308.
- « Opérateur économique, citoyen, “personne” : quelle liberté choisir pour la protection de ses droits ? *E pluribus unum* », in Dubout, É., et Maitrot de La Motte, A., (dir.), *L’unité des libertés de circulation*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 233-249.
- « La citoyenneté européenne : de la coque aux cerneaux », in *L’Europe au présent ! Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 287-301.
- Carotenuto, S., « L’indignité, motif d’opposition gouvernementale à l’acquisition de la nationalité française », *Rev. crit. DIP*, 2003, n° 1, p. 155.
- Carpentier, C., « Le principe mythique des nationalités : tentative de dénonciation d’un prétendu principe », *RBDI*, 1992, n° 2, p. 351-389.
- Carrera Nuñez, S., « How Much Does EU Citizenship Cost ? The Maltese Citizenship-for-Sale Affair : A Breakthrough for Sincere Cooperation in Citizenship of the Union ? », in Sergio Carrera Nuñez et Gérard-René de Groot (dir.), *European Citizenship at the Crossroads. The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 309-310.
- Cassese, A., « The International Community’s “Legal” Response to Terrorism », *The International and Comparative Law Quarterly*, 1989, vol. 38, n° 3, p. 596.
- Castrèn, E., « Die gegenseitigen Pflichten der Staaten in bezug auf den Aufenthalt und die Aufnahme ihrer Staatsangehörigen und der Staatenlosen », *ZaöRV* (Heidelberg Journal of International Law), vol. 11, 1942/1943, p. 372.
- Caujolle-Zaslowsky, F., « Citoyens à six mines », in Pierre Aubenque et Alonso Tordesillas (dir.), *Aristote Politique. Études sur la Politique d’Aristote*, Paris, PUF, 1993, p. 35.
- Cazalens, « note sous l’affaire de la princesse de Bauffremont », *DP*. 1878. 2. 2.
- Chabanol, D., « Contrôle de légalité et liberté de l’administration », *AJDA*, 1984, n° 1, p. 15.
- Chan, J., M., « The Right to a Nationality as a Human Right », *Human Rights Law Journal*, 1991, vol. 12, n° 1/2, p. 1.
- Champcommunal, J., « La condition des Russes à l’étranger spécialement en France », *Revue de droit international privé*, 1924, t. 19, p. 347.
- Champeil-Desplats, V., « Des “libertés publiques” aux “droits fondamentaux” : effets et enjeux d’un changement de dénomination », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, 16 p
- Chatham, R., P., « Defense of Nationals Abroad: The Legitimacy of Russia’s Invasion of Georgia », *Florida Journal of International Law*, 2011, vol. 23, p. 95.
- Cholet, D., « Institutions juridictionnelles et procédures : quelles relations ? », in *Mélanges Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, p. 349.
- Clunet, É., « Affaire du général Cluseret », *Journal de droit international*, 1889, p.73-78.
- Coënt-Bochard, E., « Naturalisation et handicap physique », *RFDA*, 1999, n° 3, p. 539.
- Colin, A., Note sous Cass., ch. réun., 2 février 1921, affaires *Colom et Kroll*, *D.*, 1921, I, p. 2.
- Combacau, J., « Logique de la validité contre logique de l’opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 203

—— « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, vol. 67, p. 47.

—— « Conclusions générales », in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, Paris, Pedone, 2006, p. 307.

—— « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'État en droit international », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 95.

Constantinesco, V., « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in *Du droit international au droit d'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 100-105.

Cornell, M., « Who is Afraid of Nottebohm – Reconciling the ICSID Nationality Requirement for Natural Persons with Nottebohm's Effective Nationality Test », *Journal of International Arbitration*, 2011, vol. 28, n° 4, p. 322 et s.

Corneloup, S., « Maitrise de l'immigration et célébration du mariage », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 207 et s.

—— « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *Journal du droit international*, 2011, n° 3, doct. 7.

—— « Les modes actuels d'acquisition de la nationalité française », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, p. 45.

Cotter, B., « Hannah Arendt and “the Right to Have Rights” », in Lang, A., F., et Williams, J. (dir.), *Hannah Arendt and International Relations. Readings Across the Lines*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, p. 109.

– D –

Deau, R., « Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles “entiers” en matière de droit des étrangers », *RFDA*, 2005, n° 6, p. 1188.

Décima, O., « Tombeau de *non bis in idem* », *D.*, 2016, n° 16, p. 931.

Degan, V.-D., « L'affirmation des principes du droit naturel par la Révolution française. Le projet de Déclaration du Droit des Gens de l'abbé Grégoire », *AFDI*, 1989, n° 35, p. 99-116.

Delarue, J.-M., « Régime de la demande de naturalisation », *AJDA*, 1996, n° 4, p. 452.

Delehelle, J., « Conséquences juridiques de la reconnaissance du gouvernement des soviets par la France », *Revue de droit international privé*, 1927, t. 22, p. 205.

Delruelle, É., « Démocratie, cosmopolitisme et hospitalité », in Carlier, J.-Y. (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 113-122.

Delvolvé, P., « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 289.

Denoix de Saint-Marc, R., conclusions sous CE, section, 28 février 1986 (deux arrêts), *Rev. crit. DIP*, 1986, n° 3, p. 461.

Denquin, J.-M., « Citoyen », in Alland, D., et Rials, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, Lamy, p. 199.

Despagnet, F., « Du rôle du Conseil d'État dans la naturalisation d'après la loi du 22 juillet 1893 », *RDP*, 1894, vol. 1, p. 102.



Diderot, D., « Citoyen », in Diderot, D., et Alembert, J. (d') (dir.), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. 3, Paris, Briasson, David l'aîné, Le Breton, Durand, 1753, p. 488.

Dieu, F., « Le Conseil d'État, gardien des valeurs essentielles de la société française », *Constitutions*, 2014, n° 2, p. 175.

——— « Le contentieux de la déchéance de nationalité devant le Conseil d'État », *Constitutions*, 2016, n° 3, p. 404-413.

Dimier, V., « De la France coloniale à l'outre-mer », *Pouvoirs*, 2005, n° 113, p. 37-54.

Dionisi-Peyrusse, A., « Nationalité – perte et déchéance individuelles », *JCl. Droit international*, Fasc. 502-80, 2017, § 30-34.

Dionisi-Peyrusse, A., et Marchadier, F., « Nationalité », in Mbongo, P., Hervouët, F., et Santulli C., (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Paris, Berger-Levrault, 2014, p. 657.

Directorate-General for Internal Policies, « Obstacles to the right of free movement and residence for EU citizens and their families », 2016, PE 571. 375, 158 p.

Domino, X., « Contrôle du juge sur les mesures de déchéance de nationalité », *AJDA*, 2016, n° 31, p. 1762.

Dreyfus, R., et Cros-Mayrevieille, F., « Les conflits de nationalité et leur solution par la jurisprudence de la Chancellerie », *Journal de droit international privé*, 1914, p. 799-816.

Dubost, J.-F., « Étrangers en France », in Lucien Bély (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, 2010, 3<sup>ème</sup> éd., p. 519-524.

Dubouis, L., « Le juge français et le conflit norme constitutionnelle et norme européenne », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 216.

Dubout, É., « L'échec de la citoyenneté européenne ? Les mutations d'une citoyenneté complexe en période de crise identitaire », *Jus Politicum – Revue de droit politique*, 2017, n° 18, p. 303.

Duclos, P., « L'Européen. Exploration d'une catégorie juridique naissante », *RGDIP*, 1961, vol. 65, p. 260-300.

Duguit, L., « L'arrêt du Sénat dans l'affaire Malvy », *Revue politique et parlementaire*, 1919, p. 137.

Dunlap, F., L., « Constitutional Law : Power of States to Prevent Entry of Paupers from Other States », *California Law Review*, 1938, vol. 26, n° 5, p. 603-610.

Dupont, A., « L'impossible déchéance de nationalité. L'État français face au volontariat militaire pro-carliste (1872-1876) », *Le Mouvement Social*, 2017, n° 2, p. 99-110.

Dyzenhaus, D., « L'état d'exception », in Chagnollaud, D., et Troper, T. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. II, Paris, Dalloz, 2012, p. 755.

Džankić, J., « The pros and cons of ius pecuniae : investor citizenship in comparative perspective », *EUI Working Paper RSCAS 2012/14*, 18 p.

——— « Citizenship with a Price Tag : The Law and Ethics of Investor Citizenship Programmes », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2014, vol. 65, n° 4, p. 387-404.

——— « Immigrant investor programmes in the European Union », *Journal of Contemporary European Studies*, 2018, à paraître.

Edel, F., « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, 2009, vol. 49, n° 1, p. 234.

——— « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *Droits*, 2015, vol. 61, n° 1, p. 118.

Eichensehr, K., E., « Defending Nationals Abroad : Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues », *Virginia Journal of International Law*, 2008, vol. 48, n° 2, p. 461.

Ely, J., W., « Poor Laws of the Post-Revolutionary South, 1776-1800 », *Tulsa Law Journal*, vol. 21, n° 1, p. 17.

Ersbøll, E., « Biao v. Denmark. Discrimination Among Citizens ? », *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper*, 2014, n° 79, p. 10.

Everson, M., « The Legacy of the Market Citizen », in Jo Shaw et Gillian More (dir.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 73.

– F –

Fahrmeir, A., K., « Nineteenth-Century German Citizenships : A Reconsideration », *The Historical Journal*, 1997, n° 40-3, p. 740.

Fassin, É., « Entre famille et nation : la filiation naturalisée », *Droit et société*, 2009, vol. 72, p. 373.

Favret, J.-M., « Éloignement du territoire : entre ordre public et garantie des libertés », *AJDA*, 2015, n° 22, p. 1273.

Finchelstein, F., « Post mortem. Raison et déraison du débat sur la déchéance de nationalité », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, p. 99.

Flauss, J.-F., « Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *AJDA*, 1996, n° 5, p. 376.

——— « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2004, n° 10, p. 534.

——— « L'influence du droit international des droits de l'homme sur la nationalité », *Perspectives du droit public : mélanges offerts à Jean-Claude Helin*, Paris, Litec, 2004, p. 269-286.

——— « Le droit du Conseil de l'Europe au service d'élections libres et de la double nationalité », *RTDH*, 2009, vol. 80, p. 851-866.

——— « L'étranger entre souveraineté nationale et droits de l'homme. Les principes en droit international », in Jean-Yves Carler (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 68-74.

——— « Naturalisation et droit international des droits de l'homme », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 284.

Fornerod, A., « Religion et acquisition de la nationalité française », *RDP*, 2009, n° 3, p. 715.

Flournoy, R., W., « Naturalization and Expatriation » (2), *Yale Law Journal*, 1922, vol. 31, n° 8, p. 852.

——— « Nationality Convention, Protocols and Recommendations Adopted by the First Conference on the Codification of International Law », *AJIL*, 1930, vol. 24, n° 3, p. 469.

Fournier, J., conclusions sous CE, ass., 4 février 1966, n° 58080, *Sieur Godek*, Lebon p. 79.

Foyer, J., « Problèmes de droit international privé dans les relations entre la France et les nouveaux États africains d'expression française », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1963, n° 21-23, p. 144.

Frier, P.-L., « Motifs : contrôle », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2014

Frison-Roche, M.-A., « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in d'Ambra, D., Benoît-Rohmer, F., et Grewe, C. (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 2.

Fulchiron, H., « De la détermination des nationaux par une loi interprétative », *Rev. crit. DIP*, 2000, n° 4, p. 696.

——— « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2001, vol. 14, p. 178.

——— « Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité ? (Variations sur le thème de l'évolution contemporaine des rapports entre individu et nationalité) », in *Le droit entre tradition et modernité : mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 213.

——— « Réflexions sur les évolutions récentes du droit de la nationalité en Europe », *Réalisation et défis de l'Union européenne : mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 291-308.

——— « Déchéance... », *JCP G*, 2015, n° 51, 1378.

——— « Les enjeux contemporains du droit français de la nationalité à la lumière de son histoire », *Pouvoirs*, 2017, n° 1, p. 16.

——— « Nationalité », *JCI Droit international*, Synthèse 60, 2017.

Fulchiron, H., et Panet, A., « Perte de la nationalité. – Acte de l'état civil étranger. – Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. – Droit à la nationalité. – Contrôle de proportionnalité », *JDI*, 2016, n° 4, 16.

Fulchiron, H., et Cornut, É., « Acquisition de la nationalité française à raison du mariage », *JCI. Droit international*, Fasc. 502-60, 2010.

——— « Nationalité – Naturalisation. Acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique », *JCI. Droit international*, Fasc. 502-71, 2011.

– G –

Gaven, J.-C., « La déchéance avant la nationalité. Archéologie d'une déchéance de citoyenneté », *Pouvoirs*, 2017, n° 1, p. 91.

Gautier, M., « Les discriminations à rebours, une espèce à protéger », in Fines, F., Gautier, M., et Gautier, C. (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 145.

Genevois, B., « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, n° 5, p. 871.

Goldman, B., « Droit à la nationalité et nationalité imposée », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1955, vol. 15, p. 50.

Gordon, E., « Les cessions de territoires et leurs effets sur la nationalité des habitants », in Institut de droit comparé (dir.), *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, Recueil Sirey, 1933, p. 136.

Gordon, D., J., « Use of Force for the Protection of Nationals Abroad : The Entebbe Incident », *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1977, vol. 9, n° 1, p. 129.

Govil, R., et Edwards, A., « Women, nationality and statelessness. The problem of unequal rights », in Edwards, A., et Waas, L. (van) (dir.), *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 172.

Graupner, R., « Nationality and State Succession General Principles of the Effect of Territorial Changes on Individuals in International Law », *Transactions of the Grotius Society*, 1946, vol. 32, p. 114.

Grawitz, M., « Arrêts *Nottebohm* du 18 novembre 1953 (compétence) et du 6 avril 1955 (fond) », *AFDI*, 1955, vol. 1, p. 275.

Green, J., A., « Passportisation, Peacekeepers and Proportionality : The Russian Claim of the Protection of Nationals Abroad in Self-Defence », in James A. Green et Christopher Waters (dir.), *Conflict in the Caucasus. Implications for International Legal Order*, Londres, Palgrave Macmillan, 2010, p. 55.

Grimm, D., « La souveraineté », in Dominique Chagnollaud et Michel Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. I, Paris, Dalloz, 2012, p. 584.

Groot, G.-R. (de), « The Relationship Between the Nationality Legislation of the Member States of the European Union and European Citizenship », in Massimo La Torre (dir.), *European Citizenship : An Institutional Challenge*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 123.

——— « Children, their right to a nationality and child statelessness », in Alice Edwards et Laura van Waas, *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 145.

——— « The fate of Janko Rottmann », in Carrera Nuñez, S., et Groot, G.-R. (de) (dir.), *European Citizenship at the Crossroads. The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 395.

Gruffy, G., « Applications pratiques des lois françaises sur la nationalité par l'Administration », *Journal de droit international*, 1894, vol. 21, p. 773.

Giudicelli, A., « La déchéance de la nationalité française », *La sanction du droit, mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 346.

Guiho, P., « Le contrôle de l'état de santé de l'étranger en instance de naturalisation », *D.*, 1993, n° 35, p. 504.

——— « La nouvelle révision du code de la nationalité... et son abolition », *D.*, 1994, n° 1, p. 1.

– H –

Haggenmacher, P., « L'État souverain comme sujet du droit international, de Vitoria à Vattel », *Droits*, 1992, n° 16, p. 11-20.

Hailbronner, K., « Readmission Agreements and the Obligation on States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals », *ZaöRV* (Heidelberg Journal of International Law), 1997, vol. 57, p. 11.

——— « Freizügigkeit », in Isensee, J., et Kirchhof, P. (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII (Freiheitsrechte), Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2009, p. 313.

Hajjat, A., « “Bons” et “mauvais” musulmans. L'État français face aux candidats “islamistes” à la nationalité », *Cultures & Conflits*, 2010, n° 79/80, p. 139-159.

Hamann, A., « Sur un “sentiment” de souveraineté », *Jus Politicum*, 2018, n° 21-21, p. 187-213.

Hammond, W., G., « Notes of Current European Law », *Southern Law Review*, 1876, n° 2, p. 544.

Hauriou, M., note sous CE, 31 janvier 1902, *Grazietti, S.*, 1903, III., p. 113.

——— note sous CE, 7 juillet 1916, *Dreifuss et Lévi, S.*, 1917, III., p. 41.

——— note sous CE, 16 mars 1923, *Abbé Gauthier, S.*, 1924, III., p. 42.

Hauser, J., « Droit transitoire », *RTD civ.*, 2012, n° 1, p. 107.

Heisterman, C., A., « Removal of Nonresident State-Poor by State and Local Authorities », *Social Service Review*, vol. 8, n° 2, p. 292.

Heymann, J., « 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.

Hofman, R., « Denationalization and Forced Exile », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, n° 8, 1985, n° 26, p. 128.

——— « German Citizenship Law and European Citizenship », in La Torre, M. (dir.), *European Citizenship : An Institutionnal Challenge*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 160.

Hufmann, C., « Duty to Receive Nationals ? », *Fordham Law Review*, 1955, vol. 24, n° 2, p. 254.

Hummel, J., « La théorie de la moralité administrative et l'erreur manifeste d'appréciation », *La Revue administrative*, 1996, vol. 49, n° 291, p. 336.

– I –

Iliopoulou, A., « “Le temps des gitans” : à propos de la libre circulation des Roms dans l'Union européenne », *AFRI*, 2011, vol. 12, p. 459-472.

——— « Le rattachement à l'État comme critère de l'intégration sociale », *Rev. Aff. Eur.*, 2013, n° 4, p. 652.

——— « Les catégories des travailleurs et des citoyens », in Bertrand Brunessen (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 242.

International Commission of Jurists, Project n° III, Status of Aliens, art. 3 § 4, in « Projects of Public International Law », *AJIL*, vol. 22, n° 1, supp. Codification of International Law (janvier 1928), p. 242.

– J –

Jackson, V., C., « Constitutional Law in an Age of Proportionality », *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, n° 8, p. 3196.

Jaghaj, S., « Citizenship deprivation, (non) discrimination and statelessness. A case study of the Netherlands », *Statelessness Working Paper Series n° 2017/07*, 17 p.

Jaluzot, B., « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC*, 2005, vol. 57, n° 1, p. 40.

Jault-Seseke, F., « Attribution de la nationalité : des précisions concernant l'action déclaratoire », *Rev. crit. DIP*, 2015, n° 4, p. 857.

——— « L'article 32 du Code civil et la définition du Français originaire du territoire », *Rev. crit. DIP*, 2016, n° 2, p. 335.

Jèze, G., « Les lois rétroactives. À propos de la loi du 7 avril 1915 autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France », *RDP*, 1916, t. 33, p. 26-51.

——— « Les pleins pouvoirs du Conseil fédéral suisse », *RDP*, 1917, t. 34, p. 224-268 (I) et p. 404-432 (II).

——— « Contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité », *Revue du droit public*, 1944, vol. 60, p. 63.

Jordan, C., « Examen des pouvoirs de la Chancellerie en matière de naturalisation », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1918, vol. 47, n<sup>os</sup> 5-9, p. 341.

Jorien, B., « Égalité et non-discrimination en droit public français », in Gugliemi, G., J., et Koubi, G. (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, coll. Recherches, 2000, p. 141.

Jouanjan, O., « Egalité », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 588.

——— « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *JusPoliticum*, 2012, n<sup>o</sup> 7, p. 10.

Julien-Laferrrière, F., « Conditions de la naturalisation relativement à l'état de santé du demandeur », *AJDA*, 1993, n<sup>o</sup> 4, p. 314.

– K –

Kauff-Gazin, F., « Libre circulation des personnes. Ordre public », *Europe*, janvier 2011, n<sup>o</sup> 1, comm. 4.

Kelsen, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, vol. 43, p. 607.

——— « La naissance de l'État et la formation de sa nationalité. Les principes. Leur application au cas de la Tchécoslovaquie », *Revue de droit international*, 1929, vol. 4, p. 636.

Kéribin, J.-P., « Le droit allemand de la nationalité sous le Troisième Reich », in Gérard Schneilin et Gilbert Krebs (dir.), *État et société en Allemagne sous le III<sup>e</sup> Reich*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 1997, p. 73.

Kessedjian, C., « Un fondement international au droit des déchéances de nationalité ? », *Le Genre humain*, 1995, n<sup>o</sup> 29, p. 157.

Kiefé, R., « L'allégeance », in Institut de droit comparé, *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, S., 1933, p. 50.

Knop, K., et Chinkin, C., « Remembering Chrystal MacMillan: Women's Equality and Nationality in International Law », *Michigan Journal of International Law*, 2001, vol. 22, n<sup>o</sup> 4, p. 523.

Kochenov, D., « On tiles and Pillars : EU Citizenship as a Federal Denominator », in Kochenov, D. (dir.), *EU Citizenship and Federalism : The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 17.

Kolb, R., « La bonne foi en droit international public », *RBDI*, 1998, n<sup>o</sup> 2, p. 719.

Koppenfels, A., K. (von), « Second-Class Citizens ? Restricted Freedom of Movement for *Spät-aussiedler* is Constitutional », *German Law Journal*, 2004, vol. 5, n<sup>o</sup> 7, p. 761-789.

Kosters, J., « La nationalité à la conférence de La Haye pour la codification du droit international », *Revue de droit international privé*, 1930, t. 25, p. 417.

Kruse, A., « Quelles seront les conséquences concrètes de la citoyenneté ? L'expérience des pays nordiques », in Jean-Yves Carlier et Michel Verwilghen (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 303-306.

Kunz, J., L., « The Nottebohm Judgement (Second Phase) », *AJIL*, 1960, vol. 54, n° 3, p. 550.

– L –

Laferrière, J., « Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité », *Revue de droit international privé*, 1924, vol. 19, p. 167.

Lagarde, P., « Perte de la nationalité française. Note sous TGI de Paris, 18 octobre 1985 », *Rev. crit. DIP*, 1987, n° 1, p. 101.

—— « Perte de la nationalité française », note sous CE, 25 juillet 1986, *Époux Djebbar*, *Rev. crit. DIP*, 1987, n° 3, p. 551.

—— « La distinction des personnes selon leur statut civil au regard de la nationalité française après l'indépendance de l'Algérie n'est pas contraire à la Conv. EDH », *Rev. crit. DIP*, 1992, n° 4, p. 685.

—— « La nationalité française rétrécie », *Rev. crit. DIP*, 1993, n° 4, p. 535.

—— « L'absence de motivation d'une décision de rejet d'une demande de naturalisation n'est pas contraire à la Conv. EDH », *Rev. crit. DIP*, 1996, n° 1, p. 83.

—— « La détermination de ses nationaux par un État ne peut constituer une discrimination », *Rev. crit. DIP*, 2003, n° 1, p. 77.

—— « Nationalité de l'enfant né en France de parents originaires d'un ancien territoire d'outre-mer devenu indépendant », *Rev. crit. DIP*, 2003, n° 4, p. 625.

—— « Retrait de la nationalité acquise frauduleusement par naturalisation », *Rev. crit. DIP*, 2010, n° 3, p. 540.

—— « Égalité des filiations et nationalité », *Rev. crit. DIP*, 2011, n° 4, p. 825.

—— « QPC sur les conditions d'acquisition de la nationalité française par l'effet du mariage », *Rev. crit. DIP*, 2012, n° 3, p. 560.

—— « Les compétences de l'État en matière d'octroi et de déchéance de la nationalité », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 91.

—— « Jault-Seseke (Fabienne), Corneloup (Sabine) et Barbou des Places (Ségolène), Droit de la nationalité et des étrangers », *Rev. crit. DIP*, 2015, n° 2, p. 506.

—— « Le débat sur la déchéance de nationalité. Essai de clarification », *JCP G*, 2016, n° 5, 105.

Laguerre, B., « Les dénaturalisés de Vichy », *Vingtième siècle, revue d'histoire*, 1988, n° 20, p. 3-15.

Lambert, H., « Comparative Perspectives on Arbitrary Deprivation of Nationality and Refugee Status », *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, vol. 64, p. 10.

Langer, A., E., « “Men made it, but they can't control it” : Immigration Policy During the Great Depression, its Parallels to Policy Today, and the Future Implications of the Supreme Court's Decision in *Chamber of Commerce v. Whiting* », *Connecticut Law Review*, 2011, vol. 43, n° 5, p. 1657.

- La Pradelle, P. (de), « De la nationalité d'origine », *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, Sirey, 1933, p. 221.
- La Pradelle, G. (de), « Les conséquences des nouvelles règles de nationalité sur la condition des individus », in Emmanuel Decaux et Alain Pellet (dir.), *Nationalité, minorités et succession d'États en Europe de l'Est*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 37.
- Lapradelle, A. (de), « Plaidoirie devant la Cour », *Revue de droit international privé*, 1922-1923, vol. 18, p. 161.
- « Consultation dans l'affaire Bek-Marmatscheff c. Koutznetzko », *Revue de droit international privé*, 1929, t. 24, p. 311.
- « Le droit international de la nationalité », in Académie diplomatique internationale, *Séances et travaux*, 1930, n° 2, p. 95.
- Lauterpacht, H., « The Nationality of Denationalized Persons », *Jewish Yearbook of International Law*, 1948, t. 1, p. 179.
- Lecucq, O., « Réflexions autour de la singularité du national », in *Mélanges François Julien-Lafferrière*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 350.
- Lefebvre-Teillard, A., « Ius sanguinis : l'émergence d'un principe. Éléments d'histoire de la nationalité française », *Rev. crit. DIP*, 1993, n° 2, p. 230.
- Légier, G., « La législation relative à la nationalité française durant la Première Guerre mondiale », *Rev. crit. DIP*, 2014, n° 4, p. 764.
- Leibholz, G., « Staatsangehörigkeit und Naturalisation », in Karl Strupp, Julius Hatschek (dir.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlin, Leipzig, de Gruyter, 1925, p. 589.
- « Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauchs im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten », *ZaöRV* (Heidelberg Journal of International Law), 1929, vol. 1, p. 99.
- Lenaerts, K., « EU citizenship and the European Court of Justice's "stone-by-stone" approach », *International comparative jurisprudence*, 2015, vol. 1, n° 1, p. 1-10.
- Le Sueur, L., et Dreyfus, E., *La nationalité (droit interne). Commentaire de la loi du 26 juin 1889*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1890, p. 23.
- Lequette, Y., « La nationalité française dévaluée », *L'avenir du droit : mélanges en hommages à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 349-392.
- Lhernould, J.-P., « L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne », *Droit social*, 2001, n° 12, p. 1103.
- Lindon R., et Amson, D., *La Haute Cour, 1789-1987*, Paris, PUF, 1987, p. 52-53.
- Lipstein, K., « Acta et agenda », *Cambridge Law Journal*, 1977, vol. 36, n° 1, p. 55.
- Littlefield, S., « Citizenship, Identity and Foreign Policy: The Contradictions and Consequences of Russia's Passport Distribution in the Separatist Regions of Georgia », *Europe-Asia Studies*, 2009, vol. 61, n° 8, p. 1473.
- Lochak, D., « La citoyenneté : un concept juridique flou », in Colas, D., Emeri, C., et Zylberberg, J. (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 182.
- Loffredo, S., « "If You Ain't Got The Do, Re, Mi": The Commerce Clause and State Residence Restrictions on Welfare », *Yale Law & Policy Review*, 1993, vol. 11, n° 1, p. 157.



—— « Poverty Law and Community Activism », *University of Pennsylvania Law Review*, 2001, vol. 150, n° 1, p. 178-182.

Long, M., « conclusions sous l'arrêt *Speter* », *Act. Jur.*, 1958, vol. I, p. 178.

Louis-Lucas, P., « La réforme de la législation sur la perte de la nationalité française », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1939, vol. 5, p. 32.

—— « La réforme de la nationalité effectuée par le décret-loi du 12 novembre 1938 », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1946, vol. 6, p. 50.

Lyon-Caen, G., « La Réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *RTDE*, 1966, n° 4, p. 694-705.

– M –

Macklin, A., « Citizenship Revocation, the Privilege to Have Rights and the Production of the Alien », *Queen's Law Journal*, 2014, vol. 40, p. 1-54.

Macklin, A., et Bauböck, R. (dir.), « The Return of Banishment : Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship ? », *RSCAS 2015/14*, 57 p.

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

Maher, K., « Like a Phoenix from the Ashes : Saenz v. Roe, the Right to Travel, and the Resurrection of the Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment », *Texas Tech Law Review*, 2001, vol. 33, p. 116-118.

Mandelker, D., R., « Exclusion and Removal Legislation », *Wisconsin Law Review*, 1956, vol. 57, p. 69-70.

Marti, G., « Le refus de l'égalité entre les sexes, obstacle à l'acquisition de la nationalité française par mariage », *JCP A*, 2014, n° 13, 2083.

Mathieu, B., « La tentative de révision constitutionnelle relative à l'état d'urgence et à la déchéance de nationalité – Radiographie d'un échec », *RFDA*, 2016, n° 3, p. 417.

Maulin, É., « Souveraineté », in Alland, D., et Rials, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 1434.

Maury, J., « Nationalité (Théorie générale) », in Lapradelle, A. (de) et Niboyet, J.-P. (dir.), *Répertoire de droit international*, vol. IX, Paris, Dalloz, 1931, n° 22, p. 255.

—— « Nationalité (en France) », in Albert de Lapradelle et Jean-Paulin Niboyet (dir.), *Répertoire de droit international*, vol. IX, Paris, Dalloz, 1931, n° 506, p. 468.

—— « Nationalité et condition des étrangers », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1938, t. 58, p. 37.

—— « Le droit nouveau de la perte-déchéance », *JCP G*, 1940, n° 165, § 8.

—— « L'arrêt Nottebohm et la condition de nationalité effective », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1958, vol. 23, n° 3/4 (*Festgabe für Alexander N. Makarov*), p. 520-521.

Marchadier, F., « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP*, 2012, n° 1, p. 61.

—— « Discrimination et détermination des nationaux », *Rev. crit. DIP*, 2012, n° 3, p. 553.

—— « L'européanisation du droit à la nationalité », in Stéphane Doumbé-Billé, *La régionalisation du droit international*, Bruxelles Bruylant, 2012, p. 362.

—— « La perte de la nationalité devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP*, 2017, n° 2, p. 223.

Marti, G., « La fraude à la charité publique, motif légal d'éloignement des citoyens de l'Union européenne ? », *JCP A*, 8 Juin 2015, n° 23, 2163.

Martin, D., « La libre circulation des personnes : au-delà de l'évolution et des révolutions, la perpétuelle quête de sens », *Rev. Aff. Eur.*, 2012, n° 1, p. 96.

—— « Libre circulation des citoyens de l'Union », *J.-Cl. Europe*, Fasc. 186, 2017, § 154-155.

Marzo, C., « Vers une citoyenneté sociale européenne ? », *Droit social*, 2007, n° 2, p. 218-224

Maugüé, C., « Le Conseil constitutionnel et le droit supranational », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, p. 70-71.

Mazouz, S., « Politiques de la délégitimation : de la remise en cause de la double nationalité au projet d'extension de la déchéance de nationalité », *Mouvements*, 2016, n° 88, p. 21.

Mei, A., P. (van der), « Freedom of Movement for Indigents: a Comparative Analysis of American Constitutional Law and European Community Law », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2002, vol. 19, n° 3, p. 807-809.

Mélin-Soucramanien, F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, vol. 29, n° 3, p. 93-96.

—— « La loi et le principe d'égalité », *RFDA*, 2013, n° 5, p. 952.

Melleray, F., « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2014.

Michoud, L., « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, vol. 25, n° 3, p. 435-437.

Mirkine-Guetzévitch, B., « Les sources constitutionnelles de la nationalité », in Institut de droit comparé, *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, Recueil Sirey, 1933, p. 69-78.

Morange, J., « Les frontières, entre logique territoriale et logique personnelle », in Pataut, É (dir.), *État(s) des frontières*, Paris, Pedone, 2017, p. 196.

Morri, J., « L'état de santé et en particulier le handicap physique peuvent-ils constituer un obstacle à la naturalisation ? », *AJDA*, 1999, n° 2, p. 189.

– N –

Natoli, K., « Weaponizing Nationality : An Analysis of Russia's Passport Policy in Georgia », *Boston University International Law Journal*, 2010, vol. 28, p. 411-413.

Niboyet, J.-P., « La nationalité d'après les traités de paix qui ont mis fin à la grande guerre de 1914-1918 », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1921, vol. 48, p. 288.

—— note sous CE, 21 juillet 1922, *Bonnet*, *Revue de droit international privé*, 1922, vol. 18, p. 323.

—— « Note sous Cass., req., 14 mai 1923 », *RDIP*, 1924, vol. 19, p. 243.

—— « note sous CA Paris, 30 avril 1926, *Chiger* », *Revue de droit international privé*, 1927, t. 22, p. 246-247.

—— « note sous CE, 21 juillet 1922, Bonnet », *RDIP*, 1922-1923, vol. 18, p. 323

Nitti, G., « La situation juridique des émigrés italiens en France », *RGDIP*, 1929, t. 36, p. 757.

Noiriel, G., « Socio-histoire d'un concept. Les usages du mot "nationalité" au XIXe siècle », *Genèses*, 1995, vol. 20, p. 9-10.

—— « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la Ie à la IIIe République », *Genèses*, 1998, vol. 30, n° 1, p. 77-100.

Note (Editorial Board), « Interstate Migration and Personal Liberty », *Columbia Law Review*, 1940, vol. 40, n° 6, p. 1037.

– O –

O'Brien, C., R., « The ECJ sacrifices EU citizenship in vain », *Common Market L. Rev.*, 2017, vol. 54, n° 1, p. 209-244.

Olekhovitch, G., « La jurisprudence actuelle du Conseil d'État en matière d'acquisition, de retrait et de perte de la nationalité française », *Rev. crit. DIP*, 1992, n° 2, p. 393.

Orgad, L., « Liberalism, Allegiance, and Obedience: The Inappropriateness of Loyalty Oaths in a Liberal Democracy », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2014, vol. 27, n° 1, p. 99-122.

—— « Naturalization », in Shachar, A., Bauboeck, R., Bloemraad, I., et Vink, M. (dir.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 340.

– P –

Pacteau, B., Perte de la nationalité française, note sous CE, 25 juillet 1986, *Époux Djebbar*, JCP G, 1987, II, comm. 20777.

—— « Discrétionnarité », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 374.

—— « Appartenance religieuse et nationalité française : Une possible incompatibilité ? », *Petites affiches*, 2009, n° 35, p. 11.

—— « Qui veut ne plus être Français ? », in *Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2015, p. 382

Pagenkopf, M., « Artikel 11 », in Sachs, M. (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, Munich, C. H. Beck, 2014, p. 522.

Parrot, K., « Conditions du droit de séjour permanent dans l'UE des ressortissants d'État tiers », *Rev. crit. DIP*, 2014, n° 4, p. 804.

Parry, C., « The Duty to Recognise Foreign Nationality Laws », *ZaöRV (Heidelberg Journal of International Law)*, 1958, vol. 19, p. 353-354.

Pataut, É., « Citoyenneté de l'Union », *RTD eur.*, 2010, n° 3, p. 617.

—— « Intégration et solidarité : quelles valeurs pour la citoyenneté ? Quelles fonctions pour l'intégration ? », *RTD Eur.*, 2014, n° 3, p. 787

—— « Chronique citoyenneté de l'Union européenne – Familles délinquantes », *RTDE*, 2017, n° 3, p. 584.

—— « Les conflits de nationalités face au droit de l'Union », *Rev. crit. DIP*, 2018, n° 2, p. 241.

- « Tours et detours de l'Europe sociale », *RTD Eur.*, 2018, n° 1, p. 9.
- Pataut, É., et Bellivier, F., « L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré », *Rev. crit. DIP*, 1999, n° 4, p. 903-910
- Paul, V., « The Abuse of Rights and Bona Fides in International Law », *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1977, vol. 28, p. 107-112.
- Pauvert, B., « Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité française », *AJDA*, 2015, n° 17, p. 1000-1005.
- Peiser, P., « La conférence de Genève sur l'apatridie », *AFDI*, 1959, vol. 5, p. 516-517.
- Pernice, I., « Artikel 11 [Freizügigkeit] », in Dreier, H. (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II (Auflage), Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 1055.
- Perrin, P., « Les conditions de validité de la nationalité en droit international public », in *Hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 876-877.
- Peters, A., « Extraterritorial Naturalizations : Between the Human Right to Nationality, State Sovereignty and Fair Principles of Jurisdiction », *Jahrbuch für Internationales Recht*, 2010, vol. 53, p. 638-643.
- Philonenko, M., « Expulsion des Heimatlos », *Journal du droit international*, 1933, t. 60, p. 1161-1187.
- « Expulsion des Heimatlos. Jurisprudence et pratique administrative », *Journal du droit international*, 1937, vol. 64, p. 699-707.
- « L'expulsion des Heimatlos sous le régime du Décret-loi sur la police des étrangers du 2 mai 1938 et le Décret du 17 juin 1938 », *Journal du droit international*, 1938, vol. 65, p. 723-736.
- Picard, É., « Droits fondamentaux », in Alland, D., et Rials, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 549.
- Pillaut, J., « Du caractère politique de la notion de nationalité », *Revue de droit international privé*, 1916, p. 15.
- « Essai d'un projet de loi sur la nationalité », *Revue de droit international privé*, 1917, vol. 13, p. 7-8.
- « Les questions de nationalité dans les Traités de paix de 1919-1920 avec l'Allemagne, l'Autriche, la Bulgarie, la Hongrie et la Turquie », *Revue de droit international privé*, 1921, vol. 17, p. 1.
- Pillet, A., « Recherches sur les droits fondamentaux des États », *RGDIP*, 1899, vol. 6, p. 517.
- Platon, S., « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci* », *RTDE*, 2012, n° 1, p. 50.
- Politis, N., « La théorie de la nationalité ethnique et le problème des minorités », *Revue critique de droit international*, 1934, vol. 29, p. 6.
- Preuss, L., « International Law and Deprivation of Nationality », *Georgetown Law Journal*, n° 23, 1934-1935, p. 270.

– R –

Reese, W., L., M., et Green, R., S., « That Elusive Word, “Residence” », *Vanderbilt Law Review*, 1953, vol. 6, p. 561-580.

Reich, C., A., « Individual Rights and Social Welfare : The Emerging Legal Issues », *Yale Law Journal*, 1965, vol. 74, n° 7, p. 1248-1249.

Renaud, B., « Le Code de la nationalité belge. Présentation synthétique et développements récents », in Carlier, J.-Y., et Saroléa, S. (dir.), *Droit des étrangers et nationalité*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 12.

Rials, S., « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international », *Archives de philosophie du droit*, 1987, t. 32, p. 212.

Ricœur, P., « La condition d'étranger », *Esprit*, 2006, n° 3, p. 265.

Riesenfeld, S., A., « The formative Era of American Public Assistance Law », *California Law Review*, 1955, vol. 43, n° 2, p. 201.

Rigaux, A., « Mesure d'éloignement, sécurité publique et libre circulation des personnes », *Europe*, juillet 2012, n° 7, comm. 269.

Ripert, G., « Le changement de nationalité des Alsaciens-Lorrains », *Journal de droit international privé*, 1929, vol. 47, p. 29.

Rivero, J., « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, vol. 14, Paris, Dalloz, 1961-1962, p. 354

Rolin-Jaequemyns, G., « Chronique du droit international – fragment relatif à deux questions américaines », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1870, vol. 2, p. 147-150, et les obs. p. 150-151.

Roudik, P., « Russian Federation : Legal Aspects Of War In Georgia », *Legal Report n° 1474*, Law Library of Congress, 2008, p. 11.

– S –

Saas, C., « Menace à l'ordre public : quand l'extranéité l'emporte sur le droit pénal », *AJ pénal*, 2016, n° 1, p. 15.

Sahlins, P., « La nationalité avant la lettre. Les pratiques de naturalisation en France sous l'Ancien Régime », *Annales – Histoire, Sciences Sociales*, 2000, vol. 55, n° 5, p. 1081-1108.

Saint-Bonnet, F., « Un voile sur la Liberté : les lois de proscription au XIXe siècle », in Chassin, C.-A. (dir.), *La proscription en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 47-74.

Santulli, C., « Chronique de droit international », *RFDA*, 2009, n° 1, p. 145

Saroléa, S., « La souveraineté en droit belge : mythe et réalité », in Carlier, J.-Y. (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 75-110

Scelle, G., « Critique du soi-disant domaine de "compétence exclusive" », *RDILC*, 1933, t. 14, p. 381

——— « À propos de la loi allemande du 14 juillet 1933 sur la déchéance de nationalité », *Revue critique de droit international*, 1934, t. 29, n° 1, p. 70.

——— « Pouvoir étatique et droit des gens », *RDP*, 1943, vol. 59, p. 204.

Schachter, O., « The Right of States to Use Armed Force », *Michigan Law Review*, 1984, vol. 82, n° 5/6 (Festschrift in Honor of Eric Stein), p. 1628-1633.

Schnapper, B., « Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècles », *Revue d'histoire du droit*, 1974, t. 42, p. 81-112.

- Schönberger, C., « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale. Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2009, vol. 1, p. 255-274.
- Schrameck, O., « La réforme du droit de la nationalité », *AJDA*, 1993, p. 755.
- Schwartz, R., « Constitution et nationalité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, vol. 39, n° 2, p. 50.
- Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, H., A., « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand : la *Bundestreue* (fidélité fédérale) », *RDP*, 1979, p. 787.
- Schwarzenberger, G., « Uses and Abuses of the “Abuse of Rights” in International Law », *Transactions of the Grotius Society*, 1956, vol. 42, p. 161-162.
- Serrand, P., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *RDP*, 2012, n° 4, p. 901.
- Shachar, A. « Citizenship and Membership in the Israeli Polity », in Thomas Alexander Aleinikoff et Douglas Klusmeyer (dir.), *From Migrants to Citizens : Membership in a Changing World*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 2000, p. 386-433
- Shachar, A., et Bauböck, R. (dir.), « Should Citizenship be for Sale ? », *EUI Working Paper RSCAS 2014/01*, 38 p.
- Shuibhne, N., N., « The Resilience of EU Market Citizenship », *Common Market L. Rev*, 2010, vol. 47, p. 1597-1628.
- Silva, I. (de), « Naturalisation et handicap », *Petites affiches*, 2001, n° 255, p. 20
- Silvia, A., « Citoyens et exclus sous la République Helvétique », *Annales valaisannes* (Société d'histoire du Valais romand), 1998, p. 126.
- Sirbiladze, I., « Securitization of The Ethnic Russians And The Russian Nationals Living Abroad As A Foreign Policy Instrument of The Russian Federation: The Cases of Georgia And Ukraine », *Journal of Young Researchers (Tbilisi State University)*, 2016, n° 3, p. 53-55.
- Slama, S., « *Jus soli, jus sanguinis*. Principes complémentaires et consubstantiels de la tradition républicaine », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, p. 27 et s.
- Sloane, R., D., « Breaking the Genuine Link : The Contemporary International Legal Regulation of Nationality », *Harvard International Law Review*, vol. 50, n° 1, 2009, p. 13
- Spaventa, E., « Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through Its Scope », in Dimitry Kochenov (dir.), *EU Citizenship and Federalism : The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 205
- Spiro, P., J., « Review – The Citizenship Dilemma : Civic Ideals : Conflicting Visions of Citizenship in U. S. History by Rogers M. Smith », *Stanford Law Review*, 1999, vol. 51, n° 3, p. 619
- « A New International Law of Citizenship », *AJIL*, 2011, vol. 105, n° 4, p. 714.
- « Citizenship, nationality, and statelessness », in Chetail, V., et Bauloz, C. (dir.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2014, p. 281.
- « Expatriating Terrorists », *Fordham Law Review*, 2014, vol. 82, p. 2169-2187
- Stauffenberg, B., S. (von), « Die Entziehung der Staatsangehörigkeit und das Völkerrecht », *ZaöRV* (Heidelberg Journal of International Law), 1934, vol. 4, p. 261-276

Stemler, O., « Application pratique de la nouvelle loi sur la nationalité par l'Administration », *Journal du droit international*, 1890, p. 390.

Stoupnitzky, A., « L'obligation de certains étrangers à des prestations militaires », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1946, vol. 6, p. 59.

Sudre, F., « Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Droit de propriété et droit à la non-discrimination », *JCI Europe Traité*, Fasc. 6523, 2016

– T –

Tchen, V., « Brèves remarques sur les bases constitutionnelles du droit des étrangers », *Constitutions*, 2010, n° 1, p. 147-150.

——— « La condition d'intégration à la société française », *Droit administratif*, 2010, n° 11, p. 40-41.

——— « Police des étrangers », *JCI Collectivités territoriales*, Fasc. 715, 2014, § 47.

——— « Bilan d'un épisode d'accalmie législative », *Constitutions*, 2014, n° 2, p. 231.

——— « Bilan d'un renoncement constitutionnel », *Constitutions*, 2016, n° 2, p. 320.

Teitgen-Colly, C., « René Cassin Vice-président du Conseil d'État », *RDP*, 2011, n° 1, p. 15-53.

——— « Sanction et Constitution », *JCP A*, 2013, n° 11, étude 2076.

Teitgen-Colly, C., et Julien-Laferrière, F., « Actes de terrorisme et droit des étrangers », *AJDA*, 1997, n° 1, p. 86.

Terré, F., « Réflexions sur la notion de nationalité », *RCDIP*, 1975, p. 197-214.

Thomas, Yan, « Le droit d'origine à Rome », *Rev. crit. DIP*, 1995, n° 2, p. 278.

Thouvenin, J.-M., « Le principe de non extradition des nationaux », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 127-144.

Tolédano, A.-D., « Communication sur le mot Nationalité », *Bulletin du Centre international de synthèse*, 1927, vol. 12, n° 4, p. 10.

Torres Bernardez, S., « Conférence des Nations Unies pour l'élimination ou la réduction des cas d'apatridie dans l'avenir (Deuxième partie New York 1961) », *AFDI*, 1962, vol. 8, p. 528-556.

Touzé, S., « La "quasi-nationalité". Réflexions générales sur une notion hybride », *RGDIP*, 2011, n° 1, p. 5-37

——— « La notion de nationalité en droit international, entre unité juridique et pluralité conceptuelle », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 14.

Trachtenberg, B., « La situation des apatrides », *Revue de droit international privé*, 1933, t. 28, p. 236.

——— « Le nouveau statut légal des réfugiés russes et arméniens », *Nouvelle revue de droit international privé*, 1934, vol. 1, p. 301-315.

Traumüller, K., « 'Kin-States' and 'Extraterritorial Naturalization' – Some Reflections Under International Law », *Austrian Review of International and European Law*, 2013, vol. 18, p. 99-152.

Travalio, G., M., « Terrorism, International Law, And The Use Of Military Force », *Wisconsin International Law Journal*, 2000, vol. 18, p. 160.

Troper, M., « La notion de citoyen sous la Révolution française », in *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 302-322.

– U –

Ubéda-Saillard, M., « Le lien entre souveraineté et droit de punir », in SFDI, *La souveraineté pénale de l'État au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Pedone, 2018, p. 20.

——— « Les aspects opérationnels de l'exercice de la compétence personnelle à l'égard des nationaux à l'étranger », *AFDI*, 2009, vol. 55, p. 166-167

– V –

Valcke, A., « Expulsion and the Implementation Gap : Lessons from Belgium », in Sandra Mantu (dir.), *Expulsion and EU citizenship*, Nijmegen Migration Law Working Papers Series, 2017, n° 2, p. 12-17, spéc. p. 15.

Vandendriessche, X., « Nationalité, citoyenneté, fiscalité », *AJDA*, 2011, n° 36, p. 2033.

——— « Le contrôle du Conseil d'État sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence », *AJDA*, 2018, n° 23, p. 1322.

Vautrot-Schwarz, C., « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, p. 647.

Visscher, C. (de), « Notes sur la responsabilité internationale des États et la protection diplomatique d'après quelques documents récents », *RDILC*, 1927, vol. 54, p. 271.

Visscher, P. (de), « L'affaire Nottebohm », *RGDIP*, 1956, vol. 60, p. 260.

Vuilleumier, M., « L'exil des communeux », in Perrot, M., Rougerie, J. (dir.), *La Commune de 1871. L'événement, les hommes et la mémoire*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2004, p. 265-288.

– W –

Waline, M., « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *Revue du droit public*, 1930, vol. 47, p. 209.

Weil, A., « La double nationalité en droit allemand », *Revue de droit international privé*, 1916, vol. 12, p. 142-158.

Weil, P., « Lever le voile », *Esprit*, 2005, n° 1 (janvier), p. 46-47

——— « Politique de la mémoire : l'interdit et la commémoration », *Esprit*, 2007, février, p. 129-130.

——— « Why the French *laïcité* is Liberal », *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 30, n° 6, p. 2706.

——— « From conditional to secured and sovereign : The new strategic link between the citizen and the nation-state in a globalized world », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, n°3/4, p. 633.

——— « Le Citoyen est Souverain, pas l'État. Comment la dénaturalisation a révolutionné la citoyenneté américaine », *Informations sociales*, 2013, vol. 177, n° 3, p. 68-74.

——— « Marceau Long, un réformateur républicain », in *Le service public. Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2016, p. 491-495.

——— « Can a Citizen Be Sovereign ? », *Humanity*, 2017, vol. 8, n° 1, p. 2.

Weil, Pr., « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1959, vol. 51, p. 281-290.



Weil, P., et Handler, N., « Revocation of Citizenship and Rule of Law : How Judicial Review Defeated Britain's First Denaturalization Regime », *Law and History Review*, 2018, vol. 36, n° 2, p. 295-354.

Williams, J., F., « Denationalization », *BYIL*, 1927, n° 8, p. 55.

Winick, S., L., « A New Chapter in Constitutional Law : Saenz v. Roe and the Revival of the Fourteenth Amendment's Privileges or Immunities Clause », *Hofstra Law Review*, 1999, vol. 28, n° 2, p. 593-595.

– X –

Xu, X., El-Ashram, A., et Gold, J., « Too Much of a Good Thing ? Prudent Management of Inflows under Economic Citizenship Programs », *IMF Working Paper*, 2015, WP/15/93, p. 5.

Xynopoulos, G., « Proportionnalité », Denis, A., et Rials, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 1251

– Z –

Zalc, C., « La naturalisation acte ou vecteur d'intégration ? Retour sur l'histoire du débat dans le premier XXe siècle », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, p. 24.

——— «

Zedalist, R., J., « Protection of Nationals Abroad : Is Consent the Basis of Legal Obligation », *Texas International Law Journal*, 1990, vol. 25, p. 238-248.

Zeghib, H., « La loi, le juge et les pratiques religieuses », *AJDA*, 2008, n° 36, p. 1997

## Table de jurisprudence

### *Juridictions administratives*

- CE, 13 mars 1822, n° 4975, *Sieur Teucate c. le Ministre de la marine*, Macarel p. 246.
- CE, 14 août 1822, n° 5565, *Les armateurs des corsaires le Coureur, l'Anastasia et autres c. le Ministre de la guerre*, Macarel p. 224.
- CE, 18 mai 1837, n° 13135, *Terscher*, Macarel p. 183.
- CE, 8 décembre 1853, n° 25190, *Dame de Solms*, Lebon p. 1037.
- CE, 22 janvier 1867, n° 40014, *Prince Radziwill*, Lebon p. 94.
- CE, 19 février 1875, n° 46707, *Prince Napoléon-Joseph Bonaparte*, Lebon p. 155.
- CE, 14 décembre 1883, n° 61344, *Lequeux*, Lebon p. 908.
- CE, 14 mars 1884, *Sieur Morphy*, concl. Le Vavasseur de Précourt, S. 1886. 3. 2.
- CE, 7 août 1900, n° 93320, *Dame veuve Bacro*, Lebon p. 561.
- CE, 4 avril 1914, n° 55125, *Gomel*, Lebon p. 488.
- CE, 14 janvier 1916, nos 59619 et 59679, *Camino*, Lebon p. 15.
- CE, 23 juin 1916, n° 59173, *Nguyen Van Jiap*, Lebon p. 242.
- CE, 7 juillet 1916, n° 60.033, *Dreifuss*, Lebon p. 278.
- CE, 7 juillet 1916, n° 60.039, *Lévi dit Max*, Lebon p. 278.
- CE, 16 février 1917, n° 59.931, *Époux Mayer*, Lebon p. 171
- CE, 4 janvier 1918, *Du Graty*, Lebon p. 5.
- CE, 10 août 1918, n° 60334, *Époux Meyers*, Lebon p. 860.
- CE, 21 novembre 1919, n° 60.942, *Musch*, Lebon p. 845.
- CE, 19 décembre 1919, n° 59.985, *Meyer*, Lebon p. 943.
- CE, 10 juin 1921, n° 69.026 et 69.027, *Époux Diem*, Lebon p. 571.
- CE, 5 mai 1922, nos 72323 et 73320, *Vandendriessche*, Lebon p. 402.
- CE, 21 juillet 1922, n° 72050, *Sieur Bonnet*, Lebon p. 647.
- CE, 3 novembre 1922, n° 74010, *Dame Cachet*, Lebon p. 790.
- CE, 23 février 1923, n° 73974, *Strauss*, Lebon p. 192.
- CE, 20 avril 1923, n° 74672, *Sieur Kopp*, Lebon p. 354.
- CE, 16 mai 1924, n° 74917, *Krichel*, Lebon p. 481.
- CE, 29 juin 1928, n° 94072, *Demoiselle Schmidt*, Lebon p. 837.
- CE, 1/2 ssr, 6 avril 1935, n° 41195, *Sieur d'Acunto*, Lebon p. 461.
- CE, 4 décembre 1935, n° 48734, *Sieur Todorowsky*, Lebon p. 1132.
- CE, 6 mars 1942, n° 71929, *Sieur Chiarazzo*, Lebon p. 77.

CE, section, 23 mars 1945, n° 73.091, *Sieur Emanoylidis*, Lebon p. 59.

CE, section, 23 décembre 1949, n° 97070, *Albonico*, Lebon p. 572.

CE, section, 20 octobre 1950, n°s 3392 et 3393, *Epoux Bonapace*, Lebon p. 507.

CE, 4 mai 1951, n° 99206, *Sieur Grandi*, Lebon p. 244.

CE, section, 18 mai 1951, n° 94040, *Sieur et dame Roterman*, Lebon p. 272.

CE, ass., 1<sup>er</sup> février 1952, n°s 4640 et 4641, *Sieur et Dame Gromb*, Lebon p. 79.

CE, 31 octobre 1952, n° 17940, *Sieur Fischer*, Lebon p. 481.

CE, 10 décembre 1952, n° 16669, *Epoux Pinton*, Lebon p. 565.

CE, 21 octobre 1953, n° 13526, *Epoux Fina*, Lebon p. 447.

CE, 12 mars 1954, n°s 25455 et 25456, *Navarro*, Lebon tables p. 793.

CE, ass., 28 mai 1954, n° 28238, *Barel*, Lebon p. 308

CE, 20 octobre 1954, n° 26557, *Léoncini*, Lebon tables p. 793.

CE, 9 novembre 1954, n° 6374, *Keni*, Lebon tables p. 793.

CE, 2 février 1955, n° 10551, *Rieger*, Lebon tables p. 705.

CE, 18 décembre 1957, *Shamash*, Lebon p. 683.

CE, ass., 7 mars 1958, n°s 20777 et 20778, *Époux Speter*, Lebon p. 152.

CE, 2 mai 1958, n° 35779, *Ziolkovski*, Lebon tables p. 818

CE, 21 janvier 1959, n°s 44.111 et 44.112, *Rivetto*, Lebon p. 53.

CE, 2 décembre 1959, n° 47016, *Demoiselle Rudzinski*, Lebon tables p. 989.

CE, ass., 2 décembre 1960, n° 46516, *Sieur Rubin*, Lebon p. 668.

CE, ass., 20 mars 1964, n°s 49630 et 49631, *Sieur et dame Konarkowski*, Lebon p. 197.

CE, 8 décembre 1965, n° 63276, *Wehrin*, Lebon p. 673.

CE, section, 28 janvier 1966, n° 64029, *Dame Caironi*, Lebon p. 67.

CE, ass., 4 février 1966, n°s 58747 et 58748, *Sieur et Dame Horko*, Lebon p. 77.

CE, ass., 4 février 1966, n° 58080, *Sieur Godek*, Lebon p. 93.

CE, section, 17 juin 1966, n° 65959, *Sieur Fari*, Lebon p. 493.

CE, 30 juin 1967, n° 64236, *Sieur Djellali Abdelkader*, Lebon p. 289.

CE, 30 juin 1967, n° 64531, *Sieur Allache Mokrane*, Lebon p. 290.

CE, 18 avril 1969, n° 72287, *Sieur Sirat*, Lebon p. 206.

CE, 13 février 1974, n° 85091, *Sieur et dame de Gosson*, Lebon p. 94.

CE, 3 février 1975, n° 94108, *Pardov*, Lebon p. 83.

CE, ass., 21 janvier 1977, n° 01333, Lebon p. 38.

CE, 16 février 1977, n° 01244, *Sipos*, Lebon tables p. 827.

CE, ass., 28 avril 1978, n° 05659, *Dame Weisgal épouse Losay*, Lebon p. 196.

CE, ass., 28 avril 1978, n° 07464, *Dame Vorobiova, épouse Eftassiou*, Lebon p. 197.

CE, 15 juin 1979, n° 08390, *Viglietti*, Lebon tables p. 737.

CE, 13 juillet 1979, n° 05828, *Rutili*, Lebon tables p. 738.

CE, 3<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> ssr, 25 juin 1982, n° 39902, Lebon tables

CE, 27 mai 1983, n° 45690, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c. M. et Mme Carjaville*, Lebon p. 219.

CE, 30 mars 1984, n° 40735, *Abecassis*, Lebon tables p. 619.

CE, 25 juillet 1985, n° 54865, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Benedetti*, Lebon p. 229.

CE, 5 février 1986, n° 62278, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Mme Khoualdia*, Lebon tables p. 529.

CE, section, 28 février 1986, n° 57464, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Bouhanna*, Lebon p. 53.

CE, section, 28 février 1986, n° 50277, *Akhras*, Lebon p. 54.

CE, 23 mai 1986, n° 58806, *Warzecka*, Lebon p. 148.

CE, 25 juillet 1986, n° 64741, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Mlle Benyoucef*, Lebon p. 209.

CE, sect., 25 juillet 1986, n° 55135, *Époux Djebbar*, Lebon p. 214.

CE, 2/6 ssr, 26 septembre 1986, n° 54518, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Époux Vo Ngoc Que*, Lebon tables p. 529.

CE, 5 décembre 1986, n° 58363, *Berkopec*, Lebon tables p. 530.

CE, 5<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ssr, 6 mars 1987, n° 63150, inédit.

CE, 5<sup>ème</sup> ss, 3 avril 1987, n° 63104, inédit.

CE, 10/3 ssr, 27 avril 1987, n° 63736, inédit.

CE, 2/6 ssr, 11 mai 1987, n° 70459, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Mme Tran Quang*, Lebon p. 165.

CE, 5<sup>ème</sup> ss, 29 mai 1987, n° 63210, inédit.

CE, 2/6 ssr, 15 juin 1987, n° 74289, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ M. et Mme Kermadi*, Lebon p. 216.

CE, 15 juin 1987, n° 55136, *Layachi*, Lebon tables p. 730.

CE, 26 février 1988, n° 71716, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ Shaukat*, Lebon tables p. 784.

CE, 9 mars 1988, n° 58847, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ Époux Gherabia*, Lebon tables p. 783.

CE, 6 mai 1988, n° 78371, *Dung Tran dit Dung di Caprio*, Lebon tables p. 783.

CE, 8 juin 1988, n° 73267, *Selselet-Attou*, Lebon tables p. 784.

CE, 4 ss., 27 juillet 1988, n° 75944, inédit

CE, 2/6 ssr, 23 septembre 1988, n° 73554, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité c/ Mme Fleming*, Lebon p. 313.

CE, 2/10 ssr, 31 mars 1989, n° 77493, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ Allouache*, Lebon p. 109.

CE, 29 nov. 1989, n° 89723, *Jeanne*, AJDA 1990. 342.

CE, 2/6 ssr, 6 juin 1990, n° 54615, inédit.

CE, 24 octobre 1990, n° 81333 *Ragusi*, Lebon p. 290.

CE, 23 octobre 1991, n° 110926, inédit.

CE, 2 ss., 13 janvier 1992, n° 107346, inédit.

CE, 2/6 ssr, 18 janvier 1993, n° 110311, *Ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale c/ Mlle Arab*, Lebon p. 14.

CE, 2/6 ssr, 19 mars 1993, n° 112780, inédit.

CE, 6 septembre 1993, n° 119140, inédit.

CE, 2/6 ssr, 23 mars 1994, n° 116144, inédit.

CE, 2 ss., 24 juin 1994, n° 126462, inédit.

CE, 24 juin 1994, n° 129324, inédit.

CE, 2 ss., 12 septembre 1994, n° 123479, inédit.

CE, section, 10 mars 1995, n° 123136, *De Sousa*, Lebon p. 125.

CE, 2/6 ssr, 16 juin 1995, n° 133838, *Merturi*, Lebon tables p. 786.

CE, 2/6 ssr, 7 juillet 1995, n° 138041, *M'Baye*, Lebon p. 289.

CE, 25 mars 1996, n° 136527, inédit.

CE, section, 20 mai 1996, n° 144384, *Ministre des affaires sociales et de l'intégration c. Mach-nouk*, Lebon p. 186.

CE, 2<sup>ème</sup> ss., 18 octobre 1996, n° 160060, inédit.

CE, 13 novembre 1996, n° 157924, inédit.

CE, 2<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> SSR, 20 novembre 1996, n° 163775, *El Mardi*, Lebon p. 456.

CE, 2<sup>e</sup> ss, 21 mai 1997, n° 157195, *Célien*, inédit.

CE, 2/6 ssr, 19 novembre 1997, n° 169368, *Ben Halima*, Lebon p. 437.

CE, 2/6 ssr, 28 janvier 1998, n° 171535, *M'Rah*, Lebon tables p. 899.

CE, 2/6 ssr, 14 octobre 1998, n° 175186, *Amiour*, Lebon tables p. 898.

CE, 2/6 ssr, 15 mars 1999, n° 171879, inédit.

CE, 2/6 ssr, 7 juin 1999, n° 187526, *Ahmed Belhadj*, Lebon tables p. 782.

CE, 7 juin 1999, n° 178449, *Ben Mansour*, Lebon tables p. 782.

CE, 2/6 ssr, 27 octobre 1999, n° 195751, *Mme Bachi*, Lebon tables p. 783

CE, 20 mars 2000, n° 198097, *Rahmouni*, Lebon p. 123.

CE, 9 février 2000, n° 194258, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Mme Semmache*, Lebon tables p. 988.

CE, 28 juillet 2000, n° 200802, inédit.

CE, 2/1 ssr, 4 octobre 2000, n° 204298, *Mme Pham*, Lebon p. 387.

CE, 2 ss., 29 novembre 2000, n° 206754, inédit.

CE, 2 ss., 31 janvier 2001, n° 201960, inédit.

CE, 2/1 ssr, 14 février 2001, n° 211116, Lebon tables p. 955.

CE, 23 février 2001, n° 202868, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Conte*, Lebon tables p. 956.

CE, 2/1 ssr, 26 septembre 2001, n° 206486, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Mme Richard*, Lebon tables p. 955

CE, 2<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> ssr, 18 juin 2003, n° 251299, *Saiki*, Lebon tables p. 777.

CE, 2/7 ssr, 10 décembre 2004, n° 257590, *Mme Kerech épouse El Hadj Amor*, Lebon tables p. 689.

CE, 2/7 ssr, 10 décembre 2004, n° 257589, inédit.

CE, 2 ss., 7 mars 2007, n° 291068, inédit

CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ssr, 26 sept. 2007, n° 301145, *Benmessahel*, Lebon tables p. 846.

CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ssr, 26 sept. 2007, n° 301967, inédit.

CE, 2/7 ssr, 27 juin 2008, n° 286798, *Mabchour*, Lebon tables p. 737.

CE, 2 ss., 22 février 2008, n° 303709, inédit.

CE, ass., 16 février 2009, n° 274000, *Société ATOM*, Lebon p. 25.

CE, 2 ss., 3 juin 2009, n° 322907, inédit.

CE, ord., 30 juin 2009, n° 328879, *Ministère de l'intérieur c. Beghal*, Lebon p. 240.

CE, 25 mai 2010, n° 327922, *Methari*, Lebon tables p. 767.

CE, 2 ss., 24 mai 2011, n° 341544, inédit.

CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ssr, 22 mai 2012, n° 349480, *Sinare*, Lebon tables p. 751.

CE, 17 juillet 2013, n° 358109, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, Lebon p. 219.

CE, 2/7 ssr, 27 novembre 2013, n° 365587, *M. Aberkane*, Lebon p. 304.

CE, 5<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> SSR, 1<sup>er</sup> octobre 2014, n° 365054, *M. A.*, Lebon p. 297.

CE, 2/7 ssr, 12 décembre 2014, n<sup>os</sup> 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, Lebon p. 382.

CE, 2 ss., 4 mai 2015, n° 383301, inédit.

CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ssr, 11 mai 2015, n° 383664, inédit.

CE, 2<sup>ème</sup> ch., 14 avril 2016, n° 394384, inédit.

CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ssr, 11 mai 2016, n° 389399, Lebon tables p. 754

CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ssr, 8 juin 2016, n<sup>os</sup> 394348, 394350, 394352, 394354, 394356, Lebon p. 232.

CE, ord., 7 octobre 2016, n° 403552, *A. Hicheur*, inédit.

CE, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ch. réunies, 19 juillet 2017, n° 405897, Lebon tables.

CE, 2<sup>ème</sup> ch., 9 novembre 2017, n° 409782, Lebon tables p. 602.

CE, 2<sup>ème</sup> ch., 9 novembre 2017, n° 409997, inédit.  
CE, 2<sup>ème</sup> ch., 9 novembre 2017, n° 410128, inédit.  
CE, 2<sup>ème</sup> ch., 7 mars 2018, n° 412507, inédit.  
CE, 2/7 ch. r., 11 avril 2018, n° 412462, *Mme A...*, Lebon tables (à paraître).  
CE, 2<sup>ème</sup> ch., 26 juillet 2018, n° 413131, inédit.

CAA Nantes, 5 mars 1997, n° 95NT01496, inédit.  
CAA Nantes, 19 décembre 1997, n° 96NT02037, inédit.  
CAA Nantes, 27 mars 1998, n° 97NT01212, inédit.  
CAA de Nantes, 23 juillet 1998, n° 97NT00655, *Ministre de l'aménagement du territoire, de la ville et de l'intégration c/ Amessis*, Lebon tables p. 899.  
CAA de Nantes, 23 juillet 1998, n° 96NT01602, *Mlle Afdili*, Lebon tables p. 900.  
CAA Nantes, 15 octobre 1998, n° 97NT01655, inédit.  
CAA Nantes, 12 novembre 1998, n° 97NT00185, inédit.  
CAA Nantes, 17 décembre 1998, n° 96NT01781, inédit.  
CAA Nantes, 17 décembre 1998, n° 97NT02232, inédit.  
CAA Nantes, 4<sup>ème</sup> chambre, 8 février 2008, n° 07NT01261, inédit.  
CAA Nantes, 21 octobre 2009, n° 08NT03358, inédit.  
CAA Nantes, 30 septembre 2011, n° 10NT02566, inédit.  
CAA Nantes, 22 décembre 2011, n° 11NT01559, inédit.  
CAA Nantes, 3 février 2012, n° 11NT01988, inédit.  
CAA Nantes, 23 mars 2012, n° 11NT01981, inédit.  
CAA Nantes, 28 septembre 2012, n° 11NT01844, inédit.  
CAA Nantes, 28 décembre 2012, n° 12NT00213, inédit.  
CAA Nantes, 15 février 2013, n° 12NT00727, inédit.  
CAA Nantes, 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 12NT02502, inédit.  
CAA Nantes, 22 mars 2013, n° 12NT00333, inédit.  
CAA Nantes, 22 mars 2013, n° 12NT00502, inédit.  
CAA Nantes, 19 avril 2013, n° 12NT01790, inédit.  
CAA Nantes, 10 mai 2013, n° 12NT01742, inédit.  
CAA Nantes, 14 juin 2013, n° 12NT03138, inédit.  
CAA Nantes, 14 juin 2013, n° 12NT02443, inédit.  
CAA Nantes, 11 octobre 2013, n° 13NT00801, inédit.  
CAA Nantes, 13 décembre 2013, n° 13NT00227, inédit.  
CAA Nantes, 27 décembre 2013, n° 12NT00501, inédit.

CAA Nantes, 14 mars 2014, n° 13NT02538, inédit.  
CAA Nantes, 4 avril 2014, n° 13NT02639, inédit.  
CAA Nantes, 18 avril 2014, n° 13NT00716, inédit.  
CAA Nantes, 30 avril 2014, n° 14NT00006, inédit.  
CAA Nantes, 16 mai 2014, n° 13NT02638, inédit.  
CAA Nancy, 19 février 2015, n° 14NC01442, *Muller*, AJDA 2015. 1271.  
CAA Nantes, 22 décembre 2015, n° 15NT02319, inédit.  
CAA Nantes, 13 juillet 2016, n° 15NT02724, inédit.  
CAA Nantes, 28 septembre 2016, n° 15NT03227, inédit.  
CAA Nantes, 10 mars 2017, n° 15NT03796, inédit.  
CAA Nantes, 5<sup>e</sup> ch., 18 avril 2017, 16NT01777, inédit.  
CAA Nantes, 28 juin 2017, n° 16NT01943, inédit.  
CAA Nantes, 27 octobre 2017, n° 16NT02060, inédit.  
CAA Nantes, 2<sup>e</sup> ch., 15 décembre 2017, 16NT03066, inédit.  
CAA Nantes, 25 juin 2018, n° 17NT00053, inédit

TA Paris, 22 juin 1982, *M. et Mme Carjaville*, Lebon p. 485.

TA Paris, 26 avril 1985, n° 57311, *Minsitire des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Manouk*, Lebon tables p. 629.

### ***Juridictions judiciaires***

Cass., 7 janv. 1806, *Chaillet c. Nicolas*, S. 1806. I. 135.

Cass, 26 janvier 1807, *Ficheux*, S. 1807. I. 127.

Cass., crim., 3 octobre 1817, *Administration des douanes c. Noblot*, S., 1818, p. 164.

Cass., 7 avril 1835, *Onslow*, S. 1835. II. 374.

Cass., req., 15 novembre 1836, *Le préfet du Pas-de-Calais c. d'Abseck*, S. 1836. I. 937.

Cass., crim., 13 octobre 1865, *Nikitschenkoff*, S. 1866. I. 34.

Cass., civ., 3 août 1871, *Préfet de la Haute-Savoie c. Bourgeois*, S. 1871. I. 200.

Cass., crim., 7 décembre 1883, *Gillebert*, in *Journal du droit international privé*, 1884, p. 628.

Cass., req., 14 juin 1887, *De Billing et Degreteau c. Vve Hope*, S. 1888. I. 77.

Cass., civ., 6 juillet 1922, *De Ferrari c. dame de Ferrari*, *Revue de droit international privé*, 1922-1923, vol. 18, p. 461.

Cass, civ., 7 mars 1933, *Olszanski c. Ministère public*, RCDI 1934. 102.

Cass. civ. 13 juill. 1933, S. 1933. I. 341.

Cass., crim., 3 novembre 1955, Bull. crim. 1955, n° 540.



Cass, 1<sup>ère</sup> civ., 23 février 1977, n° 75-12799, Bull. n° 106, p. 81.  
Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 1982, Rev. crit. DIP 1983. 249  
Cass, 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 1983, Rev. crit. DIP 1984. 77.  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 13 février 1996, n° 94-11851, Bull. 1996 I., n° 80, p. 52.  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 octobre 1998, n° 96-17409, Bull. 1998 I., n° 298, p. 206.  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 22 février 2000, Rev. crit. DIP 2000. 681.  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 janvier 2002, Rev. crit. DIP 2003. 77.  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 19 février 2002, Rev. crit. DIP 2003. 77.  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 25 avril 2007, n° 04-17632, Bull. 2007, I, n° 159.  
Cass., crim., 21 mai 2008, n° 07-84112, Bull. crim. 2008, n° 129.  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 14 mars 2012, n° 11-15.290, Rev. crit. DIP 2012. 553.  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 octobre 2014, n° 13-22.468, inédit.  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 9 septembre 2015, n° 14-19.196, inédit.  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 28 février 2018, n° 17-14239, à paraître au Bulletin.

CA Alger, 2 décembre 1893, *Outeniente S.*, 1895, II., p. 91.  
CA Paris, 7 avril 1903, Raffaële, *Journal de droit international privé*, 1903, p. 865.  
CA Amiens, 16 février 1921, *Villars*, *Revue du droit international privé*, 1921, p. 534.  
CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 30 avril 1926, *Chiger*, RDIP 1927. 244.  
CA de Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 30 novembre 1990, Rev. crit. DIP 1992. 681.  
CA Paris, 8 mars 1996, D. 1996. 109.  
CA Paris, 5 avril 2005, JurisData n° 2005-270656.

Trib. civ. Seine, 9 août 1845, *Clouet c. ministre des finances*, D. 1846. 2. 100.  
Trib. civ. Grenoble, 30 mai 1913, *Servettaz c. préfet de l'Isère*, JDI 1917. 1765  
Trib. civ. Seine, 1<sup>ère</sup> chambre, 13 juillet 1915, *Mathieu Ulmann c. Ministère public*, in *Revue de droit international privé*, 1916, t. 12, p. 77.  
Trib. civ. Seine, 23 février 1883, *Lacki c. Guerbet*, JDI 1883. 388  
Trib. civ. la Seine, 7 juillet 1914, *Volpe*, *Revue de droit international privé*, 1918, p. 95.  
Tribunal de la Seine, 7 février 1917, *T. c. Préfet de la Seine*, in *Revue de droit international privé*, p. 266.  
Trib. Civ. Seine, 2<sup>ème</sup> ch., 7 mars 1929, *Bek-Marmatscheff*, in RDIP 1929. 306.  
Trib. civ. Saint-Etienne, 26 juillet 1932, *Lechaud*, RCDI 1932. 699-701

### **Conseil constitutionnel**

Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.*

Cons. const., 20 juillet 1993, n° 93-321 DC, *Loi réformant le code de la nationalité.*

Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme.*

Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*

Cons. const., 20 janvier 2011, n° 2010-624 DC, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*, § 27.

Cons. const., 21 octobre 2011, n° 2011-186/187/188/189 QPC, *Mlle Fazia C. et autres* [Effets sur la nationalité de la réforme de la filiation]

Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC, *M. Omar S.* [Conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage]

Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-259 QPC, *M. Mouloud A.* [Statut civil de droit local des musulmans d'Algérie et citoyenneté française]

Cons. const., 13 juillet 2012, n° 2012-264 QPC, *M. Saïd K.* [Conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage II]

Cons. const., 17 janvier 2013, n° 2012-289 QPC, *M. Laurent D.* [Discipline des médecins]

Cons. const., 22 novembre 2013, n° 2013-354 QPC, *Mme Charly K.* [Imprescriptibilité de l'action du ministère public en négation de la nationalité française]

Cons. const., 9 janvier 2014, n° 2013-360 QPC, *Mme Jalila K.* [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Égalité entre les sexes]

Cons. const., 24 octobre 2014, n° 2014-423 QPC, *M. Stéphane R. et autres* [Cour de discipline budgétaire et financière]

Cons. const., 23 janvier 2015, n° 2014-439 QPC, *M. Ahmed S.* [Déchéance de nationalité].

Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 et 2015-462 QPC, *M. John L. et autres* [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]

Cons. const., 14 janvier 2016, n° 2015-513/514/526 QPC, *M. Alain D. et autres* [Cumul des poursuites pénales pour délit d'initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié - II]

Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme C.* [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]

Cons. const., 6 septembre 2018, n° 2018-770 DC, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.*

## *Juridictions européennes*

### *- Cour (et Commission) européenne des droits de l'homme*

- Com. EDH, 28 mai 1957, n° 288/57, *X. c. RFA*, Rec. 1. 209.
- Com. EDH, 29 août 1957, n° 288/57, *X. c. RFA*, Rec. 1. 209.
- Com. EDH, plénière, 1<sup>er</sup> avril 1968, n° 2699/65, *X. c. RFA*, Rec. 26. 33.
- CEDH, plénière, 23 juillet 1968, n° 1474/62, *affaire « Linguistique Belge »*
- Com. EDH, déc., 15 décembre 1969, n° 3745/68, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, Rec. 31, p. 107.
- Com. EDH, plénière, 5 octobre 1972, n° 5212/71, *X. c. Autriche*, Rec. 43. 69.
- Com. EDH, plénière, déc., 24 mai 1974, n° 6242/73, *I.B. c. République fédérale d'Allemagne*, Rec. 46, p. 202.
- CEDH, Plénière, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, série A n° 22, §82.
- CEDH, plénière, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c. Belgique*
- CEDH, plénière, 21 févr. 1984, n° 8544/79, *Öztürk c. Allemagne*, §53.
- CEDH, plénière, 2 août 1984, n° 8691/79, *Malone c. Royaume-Uni*, série A n° 82, pp. 31-32, § 66.
- CEDH, 28 novembre 1984, n° 8777/79, *Rasmussen c. Danemark*, § 29.
- CEDH, plénière, 28 mai 1985, n° 9214/80, *Abdulaziz c. Royaume-Uni*, § 88
- Com. EDH, plénière, déc., 1<sup>er</sup> juillet 1985, n° 11278/84, *Famille K. et W. c. Pays-Bas*, DR. 43, p. 225
- CEDH, 28 octobre 1987, n° 8695/79, *Inze c. Autriche*
- Comm. EDH, 9 juillet 1988, n° 13325/87, *S. c. Suisse*, Collection 59, p. 256.
- CEDH, 23 oct. 1995, n° 15963/90, *Gradinger c/ Autriche*.
- Com EDH, plénière, 1<sup>er</sup> juillet 1997, n° 21106/92, *Kafkasli c. Turquie*.
- Comm. EDH, plénière, déc. 14 avril 1998, n° 31414/96, *Karassev c. Finlande*.
- CEDH, déc., 12 janvier 1999, n° 31414/96, *Karassev c. Finlande*.
- CEDH, grande chambre, déc., 23 janvier 2002, n° 48321/99, *Slivenko et a. c. Lettonie*.
- CEDH, 20 juin 2002, n° 50963/99, *Al-Nashif c. Bulgarie*, § 119-123.
- CEDH, déc., 3 décembre 2002, n° 10513/03, *Naumov c. Albanie*.
- CEDH, 9 octobre 2003, n° 69405/01, *Fedorova at a. c. Lettonie*.
- CEDH, 29 janvier 2004, n° 50183/99, *Kolosovskiy c. Lettonie*.
- CEDH, 25 mars 2004, n° 55933/00, *Ivanov c. Lettonie*.
- CEDH, 17 mars 2005, n° 60723/00, *Kuduzovic v. Slovenia*.
- CEDH, 13 décembre 2005, n° 55762/00, *Timichev c. Russie*.
- CEDH, 23 mai 2006, n° 46343/99, *Riener v. Bulgarie*.

CEDH, déc., 6 juillet 2006, n° 14085/04, *Smirnov c. Russie*.  
 CEDH, 11 juillet 2006, n° 8407/05, *Savoia and Bounegru v. Italy*.  
 CEDH, déc., 31 mai 2007, n° 26828/06, *Makuc et a. c. Slovénie*.  
 CEDH, grande chambre, 29 avril 2008, n° 13378/05, *Burden c. Royaume-Uni*  
 CEDH, grande chambre, 10 févr. 2009, n° 14939/03, *Zolotoukine c/ Russie*  
 CEDH, 22 octobre 2009, n° 17599/05, *Norbert Sikorski c. Pologne*.  
 CEDH, grande chambre, 27 avril 2010, n° 7/08, *Tănase c. Moldova*.  
 CEDH, 13 juillet 2010, n° 26828/06, *Kurić et a. c. Slovénie*.  
 CEDH, 14 juin 2011, n° 9958/04, *Borisov c. Lituanie*, § 116.  
 CEDH, 28 juin 2011, n° 55597/09, *Nunez c. Norvège*, § 82.  
 CEDH, 6 sept. 2011, n° 27778/09, *Djamel Beghal c. France*.  
 CEDH, 11 octobre 2011, n° 53124/09, *Genovese c. Malte*.  
 CEDH, 21 juin 2011, n° 5335/05, *Ponomaryovi c. Bulgarie*.  
 CEDH, 8 janvier 2013, n° 43517/09, *Terreggiani et a. c. Italie*.  
 CEDH, 21 mai 2013, n° 14927/12, *Fehér and Dolník v. Slovakia*.  
 CEDH, 28 janv. 2014, n<sup>os</sup> 14876/12 et 63339/12, *I.R et G.T. c. Royaume-Uni*.  
 CEDH 4 mars 2014, n° 18640/18, *Grande Stevens et a. c/ Italie*.  
 CEDH, grande chambre, 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 43835/11, *S.A.S c. France*.  
 CEDH, grande chambre, 24 mai 2016, n° 38590/10, *Biao c. Danemark*.  
 CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France*.  
 CEDH, 13 janvier 2015, n° 44230/06, *Petropavlovskis c. Lettonie*.  
 CEDH, 21 mai 2015, n° 50494/12, *Yengo c. France*.  
 CEDH, 21 juin 2016, n° 76132/12, *Ramadan c. Malte*.  
 CEDH, 6 septembre 2016, n° 64372/11, *Nazari v. Denmark*.  
 CEDH, 13 décembre 2016, n° 55607/09, *H.P. v. Denmark*.  
 CEDH, grande chambre, 15 nov. 2016, n° 24130/11 et 29758/11, *Frisvold et Flom Jacobson c/ Norvège*.  
 CEDH, déc., 7 février 2017, n° 42387/13, *K2 c. Royaume-Uni*, § 52-61.  
 CEDH, déc., 13 juin 2017, n° 14894/14, *Boudelal c. France*, § 28.  
 CEDH, 26 avril 2018, n° 63311/14, *Hoti v. Croatia*.  
 CEDH, 12 juin 2018, n<sup>os</sup> 7549/09 et 33330/11, *Alpeyeva et Dzhalagoniya v. Russia*,

- ***Cour de justice des Communautés puis de l'Union européenne***

CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41-74, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, § 22, Recueil p. 1337.  
 CJCE, 27 octobre 1977, aff. 30-77, *Regina contre Pierre Bouchereau*, Rec. 1977, p. 2014.

CJCE, 5 mars 1980, C-98/79, *Josette Pecastaing contre État belge*, Rec., p. 713.

CJCE, 10 avril 1984, C-14/83, *Von Colson et Kamann*.

CJCE, 7 juillet 1992, aff. C-370/90, *Singh*, § 22, Rec. I., p. 4265.

CJCE, 7 juillet 1992, C-369/90, Mario Vicente Micheletti e.a. c. Delegación del Gobierno en Cantabria, § 10, Rec. I., p. 4262.

CJCE, 20 septembre 2001, C-184/99, *Rudy Grzelczyk*, § 31, Rec. I., p. 6242.

CJCE, assemblée plénière, 2 octobre 2003, C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, § 28, Rec. I. 11645.

CJCE, 29 avril 2004, aff. jointes C-482/01 et C-493/01, *Georgios Orfanopoulos e.a. et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, § 98-99, Rec. 2004. I. p. 5327.

CJCE, assemblée plénière, 19 octobre 2004, C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, Rec. I. 9951.

CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-291/05, *Eind*, § 31, Rec. I., p. 10719.

CJUE, 16 juillet 2009, C-168/08, *Laszlo Hadadi*.

CJUE, grande chambre, 2 mars 2010, C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*.

CJUE, grande chambre, 23 novembre 2010, aff. C-145/09, *Land Baden-Württemberg contre Panagiotis Tsakouridis*, Recueil. I. p. 12040.

CJUE, grande chambre, 8 mars 2011, C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi*, Rec. I. p. 1177.

CJUE, 5 mai 2011, aff. C-434/09, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, § 50, Rec. I., p. 3375.

CJUE, grande chambre, 15 nov. 2011, aff. C-256/11, *Dereci*, Rec. I. p. 11315

CJUE, grande chambre, 21 décembre 2011, aff. jointes C-424/10 et 425/10, *Ziolkowski et Szeja contre Land Berlin*, § 33, Recueil 2011. I. p. 14071.

CJUE, 8 nov. 2012, aff. C-40/11, *Yoshikazu Iida contre Stadt Ulm*, Rec. num.

CJUE, 6 décembre 2012, C-356/11 et C-357/11, *O., S. et L. contre Maahanmuuttovirasto*, Rec. num.

CJUE, 26 févr. 2013, C-617/10, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*

CJUE, 8 mai 2013, aff. C-87/12, *Ymeraga*, Rec. num.

CJUE, 10 oct. 2013, aff. C-86/12, *Alokpa et Moudoulou*, Rec. num.

CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-400/12, *Secretary of State for the Home Department contre M. G.*, § 12 et s., Rec. num.

CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-378/12, *Nnamdi Onuekwere contre Secretary of State for the Home Department*, § 26, Rec. num.

CJUE, grande chambre, 15 septembre 2015, aff. C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Nazifa Alimanovic e.a.*, Rec. num.

CJUE, 14 juin 2016, aff. C-308/14, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-308/14.

CJUE, 30 juin 2016, aff. C-115/15, *Secretary of State for the Home Department c/ N. A., Aire Centre praesente*.

CJUE, grande chambre, 13 septembre 2016, aff. C-165/14, *Alfredo Rendón Marín contre Administración del Estado*, Rec. num.

CJUE, grande chambre, 13 sept. 2016, aff. C-304/14, *Secretary of State for the Home Department c/ CS*, Rec. num.

CJUE, grande chambre, 10 mai 2017, aff. C-133/15, *Chavez-Vilchez*, Rec. num.

CJUE, 13 juillet 2017, aff. C-193/16, *E. contre Subdelegación del Gobierno en Álava*, Rec. num.

CJUE, grande chambre, 20 mars 2018, C-524/15, *Luca Menci c/ Procura della Repubblica*.

CJUE, grande chambre, 17 avril 2018, aff. C-316/16 et C-424/16, *B. c. Land Baden-Württemberg et Secretary of State for the Home Department c. Franco Vomero*, Rec. num.

CJUE, grande chambre, 10 mai 2017, aff. C-133/15, *Chavez-Vilchez*, Rec. num

### ***Juridictions internationales***

CPJI, avis, 7 février 1923, Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, série B, n° 3, p. 24.

CPJI, 15 septembre 1923, *Acquisition de la nationalité polonaise*, série B, avis n° 7, p. 15.

CPJI, 25 mai 1926, Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond), série A, n° 7, p. 70.

CPJI, ord., 6 décembre 1930, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (deuxième phase)*, série A, n° 24, p. 12

CPJI, Avis consultatif du 5 septembre 1931, *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, op. ind. de M. Anzilotti, Recueil, série A/B, n° 41, p. 57.

CPJI, 28 février 1939, *Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, série A/B, n° 76, p. 16.

CIJ, avis, 28 mai 1948, *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, Recueil CIJ, p. 63.

CIJ, arrêt, 18 décembre 1951, *affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, Recueil CIJ, p. 142.

CIJ, arrêt, 6 avril 1955, *affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, Recueil CIJ, p. 4.

CIJ, arrêt, 27 août 1952, *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*, Recueil CIJ, p. 64.

Commission mixte France-Venezuela, 31 juin 1905, *affaire Massiani*, in RSA, vol. X, p. 183.

Cour permanente d'arbitrage, 3 mai 1912, *affaire Canevaro (Italie c. Pérou)*, in RSA, vol. XI, p. 406.

Commission mixte Egypte-États-Unis, 8 juin 1932, *affaire Salem*, in RSA, vol. II, p. 1187.

Commission de conciliation italo-américaine, 20 septembre 1958, *affaire Flegenheimer (Italie c. États-Unis)*, in RSA, vol. XIV, p. 376.

CDH, 31 mars 1984, n° 68/1980, A.S. c. Canada, CCPR/C/12/D/68/1980  
CDH, 3 avril 1997, n° 558/1993, *Canepa c. Canada*, CCPR/C/59/D/558/1993  
CDH, 1<sup>er</sup> novembre 1996, n° 538/1993, *Stewart c. Canada*, CCPR/C/58/D/538/1993  
CDH, 26 juillet 2004, n° 1011/2001, *Madafferi c. Australie*, CCPR/C/81/D/1011/2001  
CDH, 18 juin 2011, n° 1557/2007, *Nystrom c. Australie*, CCPR/C/102/D/1557/2007  
CDH, 21 juillet 2011, n° 1959/2010, *Warsame c. Canada*, CCPR/C/102/D/1959/2010

### ***Jurisprudence étrangère***

#### **- États-Unis**

United States Supreme Court, *New York v. Miln*, 36 U.S. 102 (1837)  
United States Supreme Court, *Shelton v. Tiffin*, 47 U.S. 163 (1848)  
United States Supreme Court, *Passenger cases*, 48 U.S. 283 (1849)  
United States Supreme Court, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857)  
United States Supreme Court, *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873)  
United States Supreme Court, *Railroad Company v. Husen*, 95 U.S. 465 (1877)  
United States Supreme Court, *Boyd v. Nebraska*, 143 U.S. 135 (1892)  
United States Supreme Court, *Plumley v. Massachusetts*, 155 U.S. 461 (1894)  
United States Supreme Court, *United States v. Wheeler*, 254 U.S. 281 (1920)  
United States Supreme Court, *Baldwin v. Seelig*, 294 U.S. 511 (1935)  
United States Supreme Court, *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941)  
United States Supreme Court, *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118 (1943)  
United States Supreme Court, *Perez v. Brownell*, 356 U.S. 44 (1958)  
United States Supreme Court, *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969)  
United States Supreme Court, *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999)

New York Supreme Court, *Fish v. Stoughton*, 2 J.C 407 (1801)  
Supreme Court of New York, *Winfield v. Mapes*, 4 Denio 571 (1847)  
Supreme Court of Pennsylvania, *Limestone v. Chillisquaque*, 87 Pa. 294 (1878)  
North Dakota Supreme Court, *Hilborn v. Briggs*, 58 N.D. 612 (1929)

Circuit Court, E.D. Pennsylvania, *Corfield v. Coryell*, 6 F. Cas. 546 (1823)

#### **- Royaume-Uni**

*Oppenheimer v. Cattermole*, [1975] UKHL 50 TC 159

*NM v. SSHD* [2009] UKSIAC SC/87/2009 (6 oct. 2009)  
*Al-Jedda v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] EWCA Civ 212  
*SI, TI, UI & VI v. SSHD* [2012] UKSIAC 106/2011\_2 (21 déc. 2012)  
*G1 v SSHD* [2012] EWCA Civ 867  
*E2 v. SSHD* [2012] UKSIAC 117/2012 (2 août 2012)  
*SSHD v Al-Jedda*, [2013] UKSC 62  
*L1 v SSHD* [2014] UKSIAC SC\_100\_2010 (4 août 2014)  
*K2 v. SSHD* [2014] UKSIAC SC/96/2010 (18 déc. 2014)  
*Hilal Al-Jedda v. SSHD* [2014] UKSIAC SC/66/2008 (18 juin 2014)  
*Pham v Secretary of State for the Home Department*, [2015] UKSC 19  
*X2 v. SSHD*, [2017] UKSIAC SC/132/2016 (22 février 2017)  
*Pham v The Secretary of State for the Home Department* [2018] EWCA Civ 2064

- *Autres*

CIADH, avis consultatif, 19 janvier 1984, Série A, n° OC-4/84, *Propuesta de modificación a la constitución política de costa rica relacionada con la naturalización*, § 32, p. 8.

BVerfG, 17 mars 2004, 1 BvR 1266/00 – Rn. (1-56).

Tribunal Fédéral, 7 octobre 1876, *Ville de Horgen c. Ville de Auw*, BGE 2. I. 175, ici 178

Tribunal Fédéral, 8 juillet 1938, *Weilenmann c. Cour de justice de Genève*, ATF 64. I. 158, ici 166.

Tribunal Fédéral, 15 juin 1934, *Lempert c. Bonfol*, BGE 60. I. 67, ici 81.

Tribunal fédéral (Cour pénale), 13-14 décembre 1915, *Ministère public c. Millioud*, ATF 41. I. 551.

Tribunal Fédéral, 14 juin 1946, *Madeleine Levita-Mühlstein contre le Département fédéral de justice et police*, BGE 72. I. 407.

Tribunal Fédéral, 3 octobre 1948, *Rosenthal c. Eidg. Justiz- und Polizeidepartement*, BGE 74. I. 346.





## Index des matières et des principaux auteurs

- Abi-Saab, G., 18, 811
- Abrahamian, A., A., 418, 427, 814
- Abus de droit  
conséquences, 364  
déchéance extraterritoriale, 374, 376, 377, 378, 383, 387, 404, 430, 431, 437, 442, 450, 870  
naturalisation extraterritoriale, 374, 376, 394, 404, 405, 406, 407, 411, 412, 413, 870  
typologie, 362
- Ackerman, B., 655, 814
- Acquisition de la nationalité  
par le mariage, 269  
pour les fratries, 272  
pour les seniors, 271
- Aguesseau, H.-F. (d'), 70, 71, 72, 78, 813
- Apatridie  
et droit à la nationalité, 536  
et prohibition de la perte de la nationalité, 550  
et protection de l'Etat, 519  
et protection de l'individu, 525
- Arangio-Ruiz, G., 346, 348, 811, 814
- Arbitraire  
et apatridie, 553  
matériel, 559  
procédural, 558
- Arendt, H., 48, 170, 517, 518, 525, 526, 527, 528, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 540, 566, 814, 829
- Aubert, C., 152, 154, 155, 814
- Aubert, J.-F., 142, 163, 814
- Auby, J.-M., 665, 689, 714, 719, 721, 734, 778, 814
- Audinet, E., 290, 293, 322, 323, 375, 590, 814, 825
- Azoulai, L., 191, 196, 204, 206, 649, 825
- Bacquet, J., 7, 57, 59, 60, 63, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 79, 311, 813
- Bannissement  
caractère abusif en droit international, 442  
disparition de la peine, 110  
et perte de la nationalité dans l'Ancien Droit, 76  
histoire, 73  
par la déchéance de nationalité, 430
- Baranger, D., 13, 19, 663, 815
- Barbou des Places, S., 11, 25, 30, 34, 38, 201, 205, 220, 359, 421, 429, 564, 618, 646, 815, 819, 826, 836
- Basdevant, J., 16, 24, 40, 41, 42, 45, 347, 350, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 361, 375, 393, 394, 591, 592, 678, 811, 815, 826, 870
- Batiffol, H., 40, 229, 257, 295, 448, 475, 482, 576, 801, 815, 826
- Beaud, O., 6, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 31, 40, 41, 42, 127, 128, 130, 133, 190, 191, 197, 343, 815, 826
- Beccaria, C., 75, 78, 813
- Benhabib, S., 32, 534, 535, 815
- Benlolo-Carabot, M., 195, 197, 206, 428, 815, 827
- Bentham, J., 74, 263, 431, 815
- Bluntschli, J.-C., 11, 89, 114, 159, 345, 346, 353, 815
- Bodin, J., 8, 12, 19, 39, 61, 62, 63, 65, 66, 76, 100, 236, 310, 416, 813
- Boeck, C. (de), 18, 22, 191, 294, 354, 364, 811, 817, 827
- Boulbès, R., 23, 29, 242, 248, 256, 290, 293, 302, 303, 470, 475, 656, 815
- Bourquin, M., 347, 348, 811
- Brownlie, I., 51, 53, 358, 394, 395, 409, 411, 431, 816, 827
- Brubaker, R., 22, 29, 45, 81, 82, 89, 139, 140, 816
- Carlier, J.-Y., 22, 25, 33, 35, 38, 47, 49, 198, 199, 202, 203, 403, 599, 619, 643, 816, 827, 829, 836, 842
- Carré de Malberg, R., 12, 816
- Carrillo-Salcedo, J.-A., 13, 811
- Cassin, R., 30, 97, 117, 118, 455, 536, 537, 539, 550, 552, 664, 739, 811, 844
- Castrèn, E., 91, 93, 283, 811, 828
- Castro, F., 1, 20, 34, 40, 41, 239, 361, 393, 394, 407, 811
- Champeil-Desplats, V., 36, 39, 455, 816, 828
- Chapus, R., 665, 735, 768, 792, 801, 816
- Citoyenneté européenne  
en tant que citoyenneté de marché, 196  
en tant que citoyenneté sociale, 201  
en tant que nationalité fédérative, 222
- Cogordan, G., 5, 6, 7, 9, 10, 29, 107, 108, 248, 254, 278, 289, 290, 291, 292, 294, 306, 315, 316, 317, 481, 482, 519, 520, 816
- Colliot-Thélène, C., 11, 32, 816
- Combacau, J., 1, 13, 14, 15, 19, 42, 92, 348, 349, 394, 395, 808, 816, 828
- Contrôle de l'adéquation de la mesure aux faits, 622, 666, 667, 720, 722, 723, 738, 768, 769, 770, 774, 775, 776, 777, 778, 780, 781, 782, 783, 792, 793, 794, 795, 797, 798, 799, 801, 802, 803, 804, 805, 874

- Contrôle de la qualification juridique des faits, 666, 667, 717, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 746, 747, 748, 750, 751, 752, 753, 767, 768, 769, 775, 776, 777, 778, 793, 794, 802, 803, 804, 805, 825, 873
- Corneloup, S., 11, 25, 30, 34, 38, 229, 270, 429, 564, 618, 643, 645, 648, 659, 706, 819, 829, 836
- Déchéance de nationalité  
dans l'Allemagne nazie, 439  
en URSS, 434  
et office du juge, 799  
et première guerre mondiale, 318  
et seconde guerre mondiale, 323  
histoire, 308  
intensité du contrôle, 796  
modèle contemporain, 327  
pour fait d'esclavage, 313  
pour faits de terrorisme, 332
- Delmas-Marty, M., 801, 817
- Delvolvé, P., 666, 677, 688, 735, 763, 779, 805, 829
- Demolombe, C., 5, 232, 546, 817
- Denisart, J.-B., 66, 813
- Denquin, J.-M., 8, 829
- Dionisi-Peyrusse, A., 22, 29, 30, 33, 34, 305, 477, 562, 564, 610, 809, 817, 830
- Domat, J., 60, 65, 66, 92, 813
- Drago, R., 408, 586, 665, 689, 714, 719, 721, 734, 778, 814
- Droit à la nationalité, 22, 27, 47, 399, 455, 456, 490, 517, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 544, 545, 546, 547, 549, 550, 566, 567, 598, 600, 607, 624, 662, 807, 832, 839, 872
- Droit au recours effectif, 488
- Droit d'entrer dans son pays de nationalité, 33, 83, 84, 89, 96, 97, 98, 99, 118, 124, 129, 193, 397, 401, 403, 446, 449
- Droit de ne pas être expulsé de son pays de nationalité, 81, 108, 109, 119, 205, 213, 377, 397, 432
- Droit du sang  
et expatriation, 247  
et inscription consulaire, 256  
histoire, 69
- Droit du sol  
double droit du sol, 243  
et Ancien Droit, 57  
et appartenance consulaire et diplomatique, 253  
et exception à Mayotte, 244  
et résidence, 242
- Droits de la défense, 75, 462, 467, 472, 487, 512, 514, 871
- Duguit, L., 115, 159, 684, 817, 830
- Dupuis, C., 109, 309, 364, 811
- Džankić, J., 415, 830
- Eisenmann, C., 16, 17, 30, 31, 41, 44, 45, 817, 819
- Erreur de droit, 208, 266, 304, 621, 666, 669, 670, 680, 687, 689, 690, 691, 692, 693, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 721, 753, 768, 772, 781, 790, 805, 873
- Esmein, A., 511, 817
- Etat  
compétence exclusive, 17, 24, 25, 27, 38, 47, 178, 183, 204, 342, 343, 349, 350, 351, 352, 368, 370, 426, 502, 538, 642, 650, 842, 870  
obligation de réadmission des nationaux, 33, 55, 82, 83, 84, 87, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 99, 100, 123, 125, 127, 131, 224, 362, 370, 371, 372, 377, 378, 383, 387, 388, 398, 400, 404, 430, 437, 442, 447, 453, 868  
prohibition de l'expulsion des nationaux, 56, 100, 101, 102, 106, 120, 123, 127, 128, 205, 362, 397, 398, 400, 404, 442, 868  
succession, 230, 258, 273, 283, 284, 285, 286, 374, 402, 540, 618, 837
- État de droit, 318, 498, 583
- Fahrmeir, A., K., 6, 89, 125, 131, 132, 133, 831
- Fédération  
et l'exemple allemand, 129  
et l'exemple américain, 165  
et l'exemple suisse, 142  
et l'exemple européen, 192  
libre circulation, 53, 112, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 152, 165, 166, 171, 184, 192, 193, 194, 195, 196, 199, 200, 202, 204, 206, 209, 215, 216, 217, 218, 220, 222, 223, 224, 627, 630, 642, 827, 834, 836, 838, 842, 868  
nationalité fédérative, 190, 191, 194, 197, 223, 224
- Femme, 146, 182, 269, 270, 295, 300, 301, 302, 305, 306, 307, 308, 374, 550, 576, 578, 590, 591, 592, 593, 594, 630, 689, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 716, 718, 719, 744, 756, 757, 759, 762, 763, 764, 766, 786, 787, 795, 812
- Fitzmaurice, G., 409, 410, 811
- Flauss, J.-F., 22, 30, 48, 455, 497, 498, 509, 510, 831
- Flournoy, R., W., 93, 375, 381, 382, 386, 831
- Frontière, 15, 34, 56, 83, 89, 106, 112, 113, 114, 155, 175, 203, 211, 213, 274, 309, 432, 530, 567, 568, 656, 657, 658, 666, 669, 735, 744, 754, 755, 761, 767
- Fulchiron, H., 22, 29, 49, 229, 230, 378, 456, 546, 565, 567, 599, 610, 614, 617, 621, 632, 638, 640, 641, 659, 718, 807, 818, 832
- Garcia-Amador, F., V., 365, 811
- Garner, J., W., 17, 811
- Giudicelli, A., 833
- Giuliano, M., 252, 253, 811
- Groot, G.-R. (de), 425, 429, 545, 560, 646, 650, 828, 833
- Grotius, H., 45, 68, 71, 77, 78, 83, 84, 252, 275, 283, 396, 813, 833, 843
- Guggenheim, P., 358, 364, 365, 388, 391, 392, 396, 811, 818, 841

Guyomar, M., 777, 778, 798, 801, 818

Hailbronner, K., 92, 137, 140, 388, 833

Hajjat, A., 755, 762, 818, 833

Hauriou, M., 3, 17, 674, 676, 683, 684, 735, 818, 834

Hobbes, T., 8, 12, 77, 813

Iliopoulou, A., 202, 203, 215, 217, 220, 834

Isay, I., 31, 46, 82, 343, 376, 812

Isidro, L., 30, 201, 704, 819

Jault-Seseke, F., 11, 25, 30, 34, 38, 305, 429, 564, 614, 618, 640, 706, 819, 834, 836

Jellinek, G., 20, 46, 56, 159, 819

Jèze, G., 159, 687, 772, 835

Jouanjan, O., 567, 570, 571, 580, 583, 835

Juge

- compétence administrative, 483, 680
- compétence judiciaire, 480, 671

Kaufmann, E., 374, 812

Kelsen, H., 17, 25, 30, 31, 32, 41, 80, 91, 224, 343, 344, 348, 377, 378, 452, 812, 819, 835

Kochenov, D., 128, 200, 206, 406, 427, 825, 826, 835, 843

Kolb, R., 362, 363, 393, 819, 835

Kunz, J., 353, 357, 526, 812, 836

Laband, P., 31, 819

Laferrière, E., 363, 480, 481, 484, 580, 663, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 683, 684, 686, 689, 701, 799, 800, 819, 835, 836, 837, 844

Lagarde, P., 11, 19, 25, 29, 34, 44, 229, 230, 236, 249, 250, 252, 257, 263, 265, 269, 270, 303, 304, 330, 461, 476, 477, 496, 512, 564, 567, 575, 599, 614, 616, 617, 619, 646, 647, 650, 659, 819, 829, 836

Lambert, H., 561, 836

Lapradelle, A. (de), 1, 22, 29, 58, 62, 234, 237, 238, 248, 256, 260, 290, 341, 344, 351, 355, 356, 368, 375, 435, 436, 582, 590, 591, 592, 594, 595, 616, 673, 707, 742, 820, 837, 838

Lauterpacht, H., 370, 371, 377, 390, 391, 392, 441, 812, 820, 837

Le Fur, L., 4, 181, 368, 369, 394, 592, 820

Lefebvre-Teillard, A., 62, 63, 837

Légier, G., 29, 244, 262, 288, 290, 291, 292, 294, 297, 311, 313, 314, 316, 319, 320, 547, 548, 820, 837

Leibholz, G., 367, 368, 371, 377, 394, 837

Libération d'office des liens d'allégerance *Voir* Perte de la nationalité par l'exercice actif d'une nationalité étrangère

Lochak, D., 9, 30, 33, 809, 820, 837

Loisel, A., 68, 74, 76, 813

Louis-Lucas, P., 1, 6, 26, 29, 263, 279, 282, 293, 303, 304, 330, 337, 341, 433, 450, 468, 469, 524, 549, 582, 583, 685, 686, 695, 820, 838

Macklin, A., 442, 445, 584, 838

Makarov, A., 344, 357, 373, 374, 812, 838

Marchadier, F., 22, 27, 305, 499, 601, 602, 606, 618, 630, 631, 632, 633, 638, 648, 660, 806, 830, 838

Maury, J., 22, 29, 32, 45, 256, 260, 290, 302, 303, 330, 354, 355, 357, 359, 360, 361, 582, 673, 678, 686, 707, 715, 744, 838

Melleray, F., 666, 687, 721, 769, 804, 839

Militarisation de la nationalité, 415

Montesquieu, 42, 813

Nationalité

- et citoyenneté, 7, 309
- et souveraineté, 18

Nationalité effective, 350, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 393, 394, 395, 420, 421, 422, 424, 428, 429

Naturalisation

- délai de stage, 259
- discrétionnarité, 64, 266
- histoire, 64
- intensité du contrôle, 770
- résidence, 66

Niboyet, J.-P., 7, 18, 22, 26, 108, 233, 242, 256, 260, 274, 279, 281, 282, 290, 293, 307, 337, 350, 355, 369, 375, 433, 435, 436, 437, 469, 475, 483, 526, 568, 582, 592, 595, 656, 673, 685, 686, 695, 696, 707, 710, 776, 820, 838, 839

Noiriel, G., 3, 5, 103, 324, 326, 821, 840

Odent, R., 661, 682, 692, 702, 723, 724, 734, 768, 769, 770, 780, 781, 821

Orgad, L., 605, 766, 840

Pacteau, B., 16, 303, 304, 305, 762, 840

Papon, J., 59, 65, 66, 813

Pataut, É., 22, 25, 29, 30, 34, 46, 47, 56, 200, 204, 205, 220, 221, 338, 428, 647, 648, 821, 825, 839, 840, 841

Pellet, A., 4, 46, 540, 817, 837

Perte de la nationalité

- par l'acceptation de fonctions publiques ou militaires, 288
- par l'effet du mariage, 305
- par l'exercice actif d'une nationalité étrangère, 298
- par l'expatriation, 68, 287
- par la naturalisation en pays étranger, 293

Plessix, B., 43, 666, 722, 727, 793, 798, 821

Politis, N., 24, 344, 362, 363, 364, 365, 367, 376, 380, 389, 592, 593, 594, 595, 812, 841

Pothier, R.-J., 7, 8, 60, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 73, 78, 233, 276, 310, 311, 814

Pouvoir discrétionnaire

- en tant qu'expression de la souveraineté, 16
- et contrôle du juge administratif, 733, 778

Principe d'égalité, 208, 246, 247, 518, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 583, 584, 586, 588, 589, 621, 622, 757, 759, 762, 763, 765, 831, 839, 872

Principe de non cumul des sanctions, 489, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 509, 510, 511, 512, 829

Principe de non-discrimination, 128, 201, 492, 518, 559, 567, 588, 597, 599, 600, 601, 602, 604, 606, 611, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 631, 639, 662, 706, 712, 872

Principe de proportionnalité, 212, 518, 557, 559, 560, 567, 584, 618, 622, 623, 624, 640, 641, 642, 644, 646, 651, 653, 654, 656, 657, 658, 662, 722, 798, 827, 872

Principe *non bis in idem* Voir Principe de non cumul des sanctions

Procès équitable, 488, 489, 493, 498, 514, 515, 517, 559, 871

Proudhon, J.-B.-V., 7, 46, 289, 547, 821

Redslob, R., 4, 812

Révolution française, 7, 8, 9, 40, 80, 84, 85, 86, 104, 110, 132, 143, 145, 146, 170, 177, 233, 235, 268, 309, 311, 431, 434, 528, 569, 641, 776, 820, 823, 829

Rezek, J.-F., 91, 121, 255, 346, 352, 812

Rials, S., 8, 11, 14, 15, 16, 25, 171, 455, 461, 567, 623, 768, 827, 829, 835, 838, 840, 841, 842, 846

Rossi, P., 146, 147, 149, 168, 197, 821

Rousseau, J.-J., 9, 19, 20, 56, 57, 236, 814

Sahlins, P., 6, 39, 64, 65, 66, 67, 247, 259, 260, 822, 842

Santulli, C., 22, 61, 344, 347, 349, 352, 355, 365, 395, 759, 763, 822, 830, 842

Scelle, G., 17, 49, 330, 363, 369, 370, 389, 391, 392, 440, 822, 842

Schönberger, C., 125, 127, 129, 132, 183, 196, 200, 822, 843

Shachar, A., 42, 415, 562, 605, 822, 840, 843

Simonin, A., 308, 309, 310, 337, 463, 464, 737, 744, 822

Slama, S., 9, 10, 29, 30, 31, 39, 81, 231, 232, 233, 309, 611, 822, 843

Souveraineté, 1, 2, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 42, 44, 45, 47, 49, 56, 57, 58, 64, 68, 92, 123, 125, 130, 143, 147, 149, 160, 165, 177, 191, 206, 227, 229, 268, 274, 276, 279, 280, 283, 285, 289, 291, 303, 328, 329, 338, 343, 344, 345, 350, 358, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 372, 379, 385, 386, 413, 436, 437, 455, 467, 474, 477, 478, 483, 484, 511, 521, 527, 537, 544, 602, 618, 669, 670, 671, 672, 682, 719, 739, 767, 807, 808, 811, 812, 826, 829, 831, 833, 842, 867, 870

Spire, A., 745, 822

Spiro, P., J., 27, 47, 53, 180, 358, 442, 596, 843

Sudre, F., 567, 822, 844

Tchen, V., 270, 579, 610, 663, 844

Teitgen-Colly, C., 449, 512, 580, 739, 799, 801, 817, 844

Touzé, S., 3, 7, 33, 35, 822, 844

Trachtenberg, B., 844

Triepel, H., 405, 812

Troper, M., 11, 12, 13, 14, 309, 655, 818, 823, 830, 833, 845

Tusseau, G., 2, 42, 43, 341, 517, 823, 827

Union européenne  
et principe de coopération loyale, 423  
et vente de la citoyenneté européenne, 424

Van Panhuys, H., F., 91, 94, 377, 447, 823

Vandendriessche, X., 9, 32, 33, 35, 37, 473, 635, 688, 717, 738, 823, 845, 847

Vattel, E. (de), 8, 13, 17, 61, 62, 63, 68, 69, 83, 253, 407, 814

Verwilghen, M., 7, 199, 255, 344, 520, 531, 599, 619, 812, 827, 836

Vichniac, M., 434, 526, 529, 530, 531, 812

Voltaire, 73, 78, 79, 814

Waas, L. (van), 535, 542, 545, 546, 551, 560, 590, 805, 823, 827, 833

Waldock, H., 410, 411, 812

Weil, P., 3, 4, 5, 29, 34, 47, 127, 232, 235, 237, 238, 240, 242, 261, 263, 296, 298, 305, 306, 307, 308, 311, 315, 323, 324, 325, 326, 327, 331, 337, 437, 440, 442, 473, 523, 532, 534, 540, 585, 588, 615, 667, 677, 688, 694, 735, 745, 756, 808, 809, 823, 826, 845, 846

Weis, P., 82, 114, 349, 371, 372, 377, 440, 823

Weiss, A., 58, 108, 242, 243, 248, 253, 254, 256, 261, 262, 269, 270, 277, 278, 279, 290, 294, 317, 318, 327, 329, 405, 467, 472, 481, 519, 520, 546, 548, 591, 823

Zalc, C., 27, 324, 325, 326, 823, 846

Zoller, É., 127, 189, 812

## Tables des matières

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<i>§ 1. La construction du lien entre nationalité et souveraineté.....</i>	<i>1</i>
A. L'approche statique des notions : quels sens ? .....	2
1. La généalogie et la polysémie de la nationalité .....	2
2. La souveraineté dans la théorie de l'État et l'exercice du pouvoir.....	11
B. L'approche dynamique des notions : quels liens ?.....	18
1. La construction du lien entre les deux notions .....	18
2. L'expression du lien entre les deux notions .....	24
<i>§ 2. Le questionnement du lien entre nationalité et souveraineté.....</i>	<i>27</i>
A. L'intérêt de l'étude, à la croisée du scientifique et du politique .....	28
1. L'intérêt scientifique .....	28
2. L'intérêt pratique .....	35
B. La délimitation et la méthodologie de l'étude .....	37
1. La délimitation de l'étude.....	37
2. La méthodologie de l'étude .....	40
C. Présentation de la problématique.....	44
1. Les hypothèses de recherche et la problématique.....	45
2. La thèse et le plan de l'étude.....	48
<b>PARTIE I. – LE CARACTERE TERRITORIAL DE LA NATIONALITE ET L'ENCADREMENT DE LA COMPETENCE DE L'ÉTAT.....</b>	<b>51</b>
<b>TITRE 1. – LA CONSTRUCTION TERRITORIALE DE LA NATIONALITE.....</b>	<b>53</b>
<b>CHAPITRE 1. LA TERRITORIALITE DU STATUT ET DES FONCTIONS DE LA NATIONALITE EN FRANCE .....</b>	<b>55</b>
<b>SECTION 1. LA CONSTRUCTION D'UN DROIT DE LA NATIONALITE FONDE SUR LE TERRITOIRE (XVI-XVIII<sup>e</sup> S.).....</b>	<b>56</b>
<i>§ 1. Présence sur le territoire et accès à la nationalité .....</i>	<i>57</i>
A. Le droit du sol, principe matriciel de l'Ancien Droit.....	57
1. Le droit du sol, un héritage féodal maintenu dans l'Ancien Droit .....	58
2. La question de l'origine des parents .....	61
B. La naturalisation, entre discrétionnarité et territorialité.....	64
1. Le régime ultra-discrétionnaire de la naturalisation.....	64
2. La clause de résidence.....	66
<i>§ 2. Sortie du territoire et perte de la nationalité.....</i>	<i>67</i>
A. Perte de la nationalité par la sortie volontaire : un principe aménagé par le droit du sang .....	67
1. La perte de la nationalité par la sortie du territoire .....	68
2. La conservation de la nationalité, à la condition du retour, par le droit du sang.....	69
B. Perte de la nationalité par la sortie involontaire : le bannissement à perpétuité hors du royaume .....	73
1. La peine de bannissement dans l'Ancien Droit : éléments d'appréciation .....	73
2. La peine de bannissement et la perte de la nationalité .....	76

SECTION 2. LA CONSECRATION DES FONCTIONS TERRITORIALES DE LA NATIONALITE (XIX-XXE S.) .....	80
§ 1. <i>L'obligation de réadmission des nationaux</i> .....	82
A. L'émergence du principe, approche empirique et négative.....	83
1. L'existence implicite en droit intermédiaire : la situation des « émigrés ».....	84
2. Le développement des conventions bilatérales de réadmission en droit international.....	87
B. La consécration du principe : généralisation et subjectivisation.....	89
1. La consécration du principe en droit international général.....	89
2. La consécration du principe en droit international des droits de l'homme .....	95
§ 2. <i>La prohibition de l'expulsion des nationaux</i> .....	100
A. L'interdiction de principe de l'expulsion des nationaux .....	100
1. Émergence du principe.....	100
2. Consolidation du principe.....	106
B. La disparition progressive de la peine de bannissement.....	109
1. Critiques et désuétude de la peine de bannissement .....	110
2. Disparition de la peine de bannissement.....	117

## **CHAPITRE 2. LA TERRITORIALITE DES FONCTIONS DE LA NATIONALITE DANS LES STRUCTURES FEDERALES (ALLEMAGNE, SUISSE, ÉTATS-UNIS, ET UNION EUROPEENNE) 127**

SECTION 1. – LA FONCTION TERRITORIALE DE LA NATIONALITE FEDERALE : PERSPECTIVES HISTORIQUE ET THEORIQUE.....	129
§ 1. <i>La libre circulation et installation (Freizügigkeit) dans le fédéralisme allemand</i> .....	129
A. Les prémices d'un droit de la libre circulation et installation (1815-1867) .....	130
B. L'Émergence des libertés territoriales (1867-1933) et leur rupture (1933-1949).....	133
C. Consécration en trompe l'œil dans la Loi Fondamentale (depuis 1949).....	137
§ 2. <i>La libre établissement (Niederlassungsfreiheit) dans le fédéralisme suisse</i> .....	142
A. L'émergence mouvementée de la liberté d'établissement (XIXe siècle).....	143
1. La construction juridique puis politique de la liberté d'établissement (1798-1848).....	143
2. Les approfondissements constitutionnels d'une liberté encadrée dans le second XIXe siècle.....	148
B. La consécration tardive de la liberté d'établissement (XXe siècle).....	152
1. Les nouveaux reculs par l'ajout d'encadrements extraconstitutionnels (1918-1949) .....	153
2. La consécration d'un droit absolu par la réforme constitutionnelle de 1975 .....	161
§ 3. <i>Le droit de résidence dans le fédéralisme américain</i> .....	165
A. Un droit de circulation interétatique garanti à l'exception des nationaux indigents.....	165
1. L'héritage colonial des <i>poor laws</i> anglaises.....	166
2. Le maintien d'une distinction à l'égard des indigents dans l'Amérique postrévolutionnaire.....	171
3. Le rapport des <i>settlement and removal laws</i> avec la nationalité fédérée .....	177
B. L'abolition de la distinction à l'égard des indigents dans l'Amérique contemporaine .....	182
1. La reconnaissance indirecte de l'inconstitutionnalité : <i>Edwards v. California</i> .....	182
2. La reconnaissance directe de l'inconstitutionnalité : <i>Shapiro v. Thomson</i> et <i>Saenz v. Roe</i> .....	186
SECTION 2. – LA FONCTION TERRITORIALE DE LA CITOYENNETE EUROPEENNE : ETAT INTERMEDIAIRE .....	191
§ 1. <i>Un droit de libre installation conféré au citoyen européen sous conditions économiques</i> .....	192
A. La prégnance des critères économiques.....	194
1. L'ordre ancien : la libre installation par l'exercice d'une activité économique .....	194
2. L'ordre nouveau : la libre installation par la satisfaction de critères économiques .....	197

B. Les faibles reculs de la logique économique .....	201
1. Le court et le long séjour .....	201
2. Le « droit au territoire » des citoyens européens mineurs .....	203
§ 2. <i>Un droit de libre installation encadré par l'ordre public</i> .....	206
A. La condition d'ordre public, une constante dans la législation européenne .....	207
1. Généalogie de la condition d'ordre public .....	207
2. Actualité de la condition d'ordre public .....	209
B. La gradation de la condition d'ordre public, une évolution peu significative .....	212
1. La distinction des motifs d'expulsion en fonction de la durée de séjour .....	212
2. Le faible apport de ces distinctions .....	213
<b>TITRE 2. – L'ENCADREMENT TERRITORIAL DE LA COMPETENCE DE L'ÉTAT .....</b>	<b>227</b>
<b>CHAPITRE 3. LA CONDITION TERRITORIALE DE VALIDITE DANS L'ORDRE INTERNE.....</b>	<b>229</b>
SECTION 1. LA CONDITION TERRITORIALE DANS LA COMPETENCE D'OCTROI DE LA NATIONALITE .....	230
§ 1. <i>La territorialité dans les mécanismes classiques du droit du sol et du droit du sang</i> .....	230
A. Les oppositions apparentes dans les attributions <i>jure sanguinis</i> et <i>solis</i> .....	231
1. L'opposition des fondements : les mythes de la conscription et de la famille .....	231
2. Au-delà des apparences, l'identité cachée des deux mécanismes .....	237
B. La convergence par l'emprise des critères territoriaux .....	241
1. Les exigences territoriales propres aux deux mécanismes .....	241
a. le droit du sol : la résidence au service de l'octroi de la nationalité .....	241
b. le droit du sang : la résidence au service de la perte de la nationalité .....	247
2. Les correctifs consulaires .....	252
§ 2. <i>La territorialité dans les mécanismes acquisitifs de nationalité</i> .....	258
A. Le critère de la résidence en matière d'acquisition de nationalité .....	258
1. Sujétion territoriale et accès à la naturalisation .....	259
2. Sujétion territoriale et modalité de la décision .....	266
B. Le critère de la résidence en matière de cession ou d'annexion de territoire .....	273
1. Les règles du droit français : une territorialité sujette à exception .....	274
2. Les règles du droit international : la territorialité consacrée .....	283
SECTION 2. LA CONDITION TERRITORIALE DANS LA COMPETENCE DE RETRAIT DE LA NATIONALITE .....	286
§ 1. <i>La territorialité de la perte de la nationalité : le rattachement à un État étranger</i> .....	286
A. La perte à l'initiative de l'État : le rattachement en fait et en droit .....	286
1. Le mécanisme historique : l'abdication volontaire par le rattachement extraterritorial .....	287
a. l'abdication factuelle par l'expatriation définitive .....	287
b. l'abdication juridique par l'acquisition d'une nationalité étrangère .....	293
2. Le mécanisme moderne : l'exigence d'un rattachement factuel et juridique .....	298
B. La perte à l'initiative de l'individu : la libération d'allégeance sur fondement territorial .....	302
1. La condition territoriale mise à la libération d'allégeance .....	302
2. L'exception disparue du mariage .....	305
§ 2. <i>Les exceptions au principe : la « déchéance » et la confusion entre nationalité et citoyenneté</i> .....	308
A. De la distinction à la confusion : les effets du décret d'abolition de l'esclavage .....	309
1. L'origine d'une stricte distinction : de la législation intermédiaire au code civil .....	309
2. L'origine d'une confusion : le décret d'abolition du 27 avril 1848 .....	313



B. La consécration de la confusion : la « déchéance » en droit contemporain de la nationalité.....	318
1. Les temps de guerre : les déchéances collectives par révision des naturalisations.....	318
a. la révision collective de la première guerre mondiale.....	318
b. la révision collective de la seconde guerre mondiale.....	323
2. Les temps républicains : les déchéances individuelles pour déloyauté ou indignité.....	326
a. la confusion inscrite dans le droit commun : la loi du 10 août 1927.....	327
b. illustrations de la confusion.....	332
<b>CHAPITRE 4. LA CONDITION TERRITORIALE D'OPPOSABILITE DANS L'ORDRE</b>	
<b>INTERNATIONAL.....</b>	<b>341</b>
SECTION 1. LA PERTINENCE DE LA THEORIE DE L'ABUS DE DROIT.....	342
§ 1. <i>L'impossible appréciation en validité du droit de la nationalité dans l'ordre international.....</i>	<i>342</i>
A. L'impossibilité théorique d'apprécier en validité une compétence exclusive de l'État.....	343
1. Le caractère exclusif de la compétence étatique en matière de nationalité.....	343
2. L'impossible appréciation en validité du droit interne.....	346
B. Les confirmations et précisions jurisprudentielles du second arrêt <i>Nottebohm</i> .....	349
1. La souveraineté de l'État, motif d'un examen en seule opposabilité.....	350
2. L'opposabilité à la condition de l'effectivité : relire <i>Nottebohm</i> avec Basdevant.....	353
§ 2. <i>La théorie de l'abus de droit et l'appréciation en opposabilité.....</i>	<i>362</i>
A. Présentation de la théorie de l'abus de droit.....	362
1. Typologie des abus de droit en droit international.....	362
2. Les conséquences de l'abus de droit.....	364
B. La consécration de la théorie de l'abus de droit en droit de la nationalité.....	366
1. Une création de la doctrine.....	367
2. Une consécration juridique indirecte.....	378
a. la « demi-consécration » coutumière : la codification de 1930.....	379
b. la consécration juridictionnelle implicite : l'abus de droit, fondement caché de <i>Nottebohm</i> .....	389
c. la consécration conventionnelle spéciale : les textes protecteurs des droits de l'homme.....	397
SECTION 2. LA VIOLATION DU CADRE TERRITORIAL CONSTITUTIVE D'UN ABUS DE DROIT.....	405
§ 1. <i>L'abus de droit en matière de naturalisation extraterritoriale.....</i>	<i>405</i>
A. Naturalisations extraterritoriales et politique d'intervention.....	406
1. La nationalité, moyen de projection militaire de l'État : aspects historiques.....	407
2. La nationalité, moyen d'intervention de l'État : le cas de la Russie.....	411
B. Naturalisation extraterritoriale et vente de la nationalité.....	415
1. Le cas général des nationalités insulaires dans la société internationale.....	416
2. Le cas particulier des nationalités des États membres de l'Union européenne.....	420
§ 2. <i>L'abus de droit en matière de déchéance extraterritoriale.....</i>	<i>430</i>
A. La déchéance en tant qu'outil de bannissement : les origines historiques.....	430
1. De la peine de bannissement à la déchéance extraterritoriale : histoire de la bascule en France.....	431
2. La pratique autoritaire des années 1920-1930 : Russie et Allemagne.....	434
B. Le caractère abusif de la déchéance dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.....	442
1. La déchéance abusive des nationaux en séjour dans un État tiers : le cas britannique.....	442
2. La déchéance abusive des nationaux renvoyés vers leur État de nationalité : le cas français.....	447

<b>PARTIE II. – LE CARACTERE FONDAMENTAL DE LA NATIONALITE ET LE REcul DE LA DISCRETIONARITE DU POUVOIR DE L’ÉTAT .....</b>	<b>455</b>
<b>TITRE 3. – L’EXTENSION DES NORMES DE REFERENCE .....</b>	<b>459</b>
<b>CHAPITRE 5. LES NORMES IMPOSANT DES OBLIGATIONS PROCEDURALES A L’ÉTAT .....</b>	<b>461</b>
SECTION 1. LA PROGRESSION DES GARANTIES PROCEDURALES FIXEES PAR LE DROIT INTERNE .....	462
§ 1. <i>Les obligations administratives en amont de la décision : protéger contre l’arbitraire</i> .....	462
A. Perte de la nationalité et procédure administrative : l’enjeu des droits de la défense .....	462
1. La matrice administrative de la loi du 22 juillet 1893 .....	463
2. L’extension progressive du modèle à l’ensemble des cas de perte .....	467
B. Acquisition de la nationalité et procédure administrative : l’enjeu de la motivation .....	474
1. Le développement de la motivation en matière de refus de naturalisation .....	475
2. La consécration de l’exigence de motivation en matière de refus de naturalisation .....	476
§ 2. <i>Les obligations judiciaires en aval de la décision : garantir l’accès au juge</i> .....	480
A. Le solide ancrage législatif de la compétence judiciaire .....	480
1. Une compétence judiciaire ancrée dans la tradition .....	480
2. Une compétence judiciaire consacrée par la loi .....	482
B. La consécration réglementaire partielle de la compétence administrative contentieuse .....	483
1. L’absence de compétence générale d’attribution du juge administratif .....	484
2. Les compétences spéciales d’attribution du juge administratif .....	485
SECTION 2. LE DEVELOPPEMENT DES GARANTIES PROCEDURALES OFFERTES PAR LE DROIT EUROPEEN .....	488
§ 1. <i>L’inégale applicabilité des garanties procédurales</i> .....	489
A. L’applicabilité potentielle du droit au recours effectif .....	489
1. L’inapplicabilité de principe .....	490
2. L’applicabilité par la combinaison des articles 8 et 13 .....	491
B. L’applicabilité variable du droit au procès équitable .....	493
1. L’inapplicabilité critiquable de l’article 6 de la Convention .....	493
2. L’applicabilité détournée par le truchement de l’article 8 de la Convention .....	498
§ 2. <i>L’applicabilité potentielle de la prohibition du cumul des sanctions</i> .....	501
A. Les critères de prohibition : l’inégale prohibition entre ordres juridiques .....	502
1. La faible probabilité d’une prohibition dans l’ordre constitutionnel .....	502
2. La forte probabilité d’une prohibition dans l’ordre européen conventionnel .....	505
B. Vider la contrariété : état des lieux et perspectives .....	509
1. L’ordre juridique français provisoirement protégé : la question des réserves .....	509
2. Vider la contrariété : donner au juge le pouvoir de déchoir .....	510
<b>CHAPITRE 6. LES NORMES IMPOSANT DES OBLIGATIONS SUBSTANTIELLES A L’ÉTAT .....</b>	<b>517</b>
SECTION 1. LA LUTTE CONTRE L’APATRIDIE, SOURCE D’UNE TENSION ENTRE FONDAMENTALITE ET POSITIVITE ..	518
§ 1. <i>L’ambivalence historique de la lutte contre l’apatridie</i> .....	518
A. Le premier temps : lutter contre l’apatridie pour protéger l’État .....	519
1. L’apatridie, un statut permettant d’échapper aux « charges » de l’État .....	519
2. Les charges progressivement imposées aux apatrides par l’État .....	521
B. Le second temps : lutter contre l’apatridie pour protéger l’individu .....	525
1. Le choc des années 1920-1930 : l’explosion de l’apatridie .....	525

2. La construction philosophique d'un « droit d'avoir des droits ».....	531
§ 2. <i>Les réalisations juridiques limitées de la lutte contre l'apatridie</i> .....	535
A. La logique préventive du droit à la nationalité.....	536
1. Le « droit à la nationalité » : établir la réalité de la contrainte.....	536
2. La pleine adéquation de la législation française.....	546
B. La logique prohibitive de la privation arbitraire de la nationalité.....	550
1. De la garantie contre l'arbitraire à la prohibition de l'apatridie.....	550
2. De l'arbitraire à l'absolu en droit français : une prohibition imparfaite.....	561
SECTION 2. LES PRINCIPES STRUCTURANTS D'EGALITE ET NON-DISCRIMINATION.....	567
§ 1. <i>Le principe d'égalité ancré dans le droit constitutionnel</i> .....	569
A. Les contours normatifs de la catégorisation en droit constitutionnel.....	569
1. La place prépondérante du principe d'égalité dans le contentieux constitutionnel.....	569
2. La faible contrainte du principe d'égalité en matière de nationalité.....	571
B. La conservation et la perte de la nationalité face au principe d'égalité : réflexions critiques.....	579
1. Le refus du Conseil de reconnaître une rupture d'égalité en matière de déchéance.....	579
2. Le refus du Conseil de reconnaître une rupture d'égalité en matière de décolonisation.....	585
§ 2. <i>Le principe de non-discrimination ancré dans le droit international</i> .....	588
A. Les contours normatifs de la catégorisation en droit international.....	589
1. Les prohibitions spéciales du droit international général.....	589
2. Les prohibitions générales du droit européen :.....	597
B. Le succès contentieux inégal des normes internationales en matière de nationalité.....	605
1. La position offensive du juge européen : la discrimination retenue.....	606
2. La position en retrait du juge français : la discrimination écartée.....	611
a. la discrimination écartée par principe devant le juge civil.....	611
b. la discrimination bientôt examinée par le juge administratif.....	620
SECTION 3. L'EXIGENCE DE PROPORTIONNALITE DE LA MESURE : UNE CONTRAINTE FORTE MAIS FRAGMENTEE ..	622
§ 1. <i>La place prépondérante de la proportionnalité dans les droits européens</i> .....	623
A. Le contrôle pluriel basé sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.....	624
1. Développement et consolidation d'un contrôle fondé sur l'article 8 par la Cour européenne.....	624
2. La réception partielle de la jurisprudence par le juge interne.....	634
B. Le contrôle général de proportionnalité basé sur la citoyenneté européenne.....	641
1. Position et contrainte fortes de la Cour de justice : la proportionnalité dans l'arrêt <i>Rottmann</i> .....	641
2. La réception complète du principe de proportionnalité par le juge interne.....	651
§ 2. <i>La place inégale de la proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel</i> .....	654
A. Les actes de l'individu passés au crible de la proportionnalité des peines.....	654
1. La proportionnalité des peines face à la déchéance de nationalité.....	654
2. La proportionnalité des peines face aux incapacités légales à acquérir la nationalité.....	656
B. La situation de l'individu sans importance au regard de la vie privée et familiale.....	658
1. La vie privée et familiale impuissante face à la preuve de la communauté de vie.....	658
2. La vie privée et familiale inopérante en matière de perte de la nationalité.....	660
<b>TITRE 4. – L'APPROFONDISSEMENT DU CONTROLE JURIDICTIONNEL.....</b>	<b>665</b>
<b>CHAPITRE 7. L'ETABLISSEMENT D'UN CONTROLE JURIDICTIONNEL ADMINISTRATIF.....</b>	<b>669</b>
SECTION 1. LA JUSTICIABILITE DES MESURES EN DROIT DE LA NATIONALITE.....	670

§ 1. <i>La recevabilité du recours en question</i> .....	670
A. L'incompétence du juge judiciaire .....	671
1. Exposé de la jurisprudence .....	671
2. Le fondement : la séparation des fonctions administratives et judiciaires .....	672
B. Le débat sur la compétence du juge administratif.....	674
1. Les arguments plaçant contre la recevabilité .....	675
2. Les arguments plaçant pour la recevabilité.....	676
§ 2. <i>La consécration de la recevabilité du recours</i> .....	680
A. Les prémices de la recevabilité : le poids de la première guerre mondiale.....	680
1. Du législateur au juge : le choix de la recevabilité en matière de retrait de nationalité .....	681
2. L'extension rapide de la jurisprudence sur la recevabilité à la naturalisation.....	685
B. Le développement du contrôle des motifs.....	687
1. Le contrôle d'un motif de fait : l'inexactitude matérielle.....	687
2. Le contrôle d'un motif de droit : l'erreur de droit.....	689
SECTION 2. LE REcul DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE PAR LE CONTROLE DE L'ERREUR DE DROIT .....	691
§ 1. <i>La neutralisation totale du critère de l'état de santé de l'individu</i> .....	692
A. Les rapports historiques entre état de santé et naturalisation.....	693
1. La qualité du naturalisé, un enjeu doctrinal.....	693
2. La qualité du naturalisé, un enjeu législatif et jurisprudentiel .....	696
B. La neutralisation jurisprudentielle de la condition de l'état de santé.....	701
1. L'assouplissement de la jurisprudence : la condition de santé encadrée .....	702
2. Le renversement de la jurisprudence : la condition de santé écartée.....	705
§ 2. <i>La neutralisation partielle de l'extension de la mesure au conjoint</i> .....	707
A. Le régime législatif disparu de l'extension familiale de la perte.....	708
1. La possibilité d'étendre la perte de la nationalité aux membres de la famille.....	708
2. L'abrogation récente de l'extension familiale de la perte de la nationalité.....	711
B. L'attitude ambivalente du juge administratif face à l'extension au conjoint.....	713
1. L'erreur de droit dans l'extension au conjoint : l'approche protectrice du Conseil d'État.....	713
2. L'erreur de droit dans l'extension au conjoint : critique de l'évolution de la jurisprudence.....	716
<b>CHAPITRE 8. L'INTENSIFICATION DU CONTROLE JURIDICTIONNEL ADMINISTRATIF .....</b>	<b>721</b>
SECTION 1. L'INTENSIFICATION PAR LE CONTROLE « NORMAL » DE LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES FAITS.....	723
§ 1. <i>La naissance du contrôle de la qualification en contentieux de la nationalité</i> .....	724
A. Les prémices du contrôle de la qualification : les orientations de la première guerre mondiale .....	725
1. Les orientations positives du législateur .....	725
2. Le contrôle de la qualification du décret de déchéance par le juge .....	727
B. L'extension du contrôle de la qualification et le recul de la discrétionnarité.....	728
1. Le développement du contrôle de la qualification dans le contentieux de la nationalité .....	728
2. Contrôle « normal » et recul de la discrétionnarité : considérations théoriques.....	733
§ 2. <i>Contrôle normal et recul de la discrétionnarité : illustrations jurisprudentielles</i> .....	740
A. La neutralisation des liens entre politique et nationalité .....	741
1. La politique anticommuniste en droit de la nationalité : considérations historiques .....	741
2. La neutralisation de l'anticommunisme en droit de la nationalité par le contrôle normal .....	745
B. L'encadrement des liens entre religion et nationalité.....	754

1. Le rapport de l’islam à la nationalité : un enjeu récent .....	755
2. L’encadrement des liens entre islam et nationalité par le contrôle normal .....	759
SECTION 2. L’INTENSIFICATION PAR LE CONTROLE « RESTREINT » DE L’ADEQUATION DE LA MESURE AUX FAITS	768
§ 1. <i>La naissance du contrôle « restreint » de l’adéquation de la mesure aux faits</i> .....	769
A. Les premières réceptions du contrôle restreint en contentieux de la nationalité .....	770
1. La naissance du contrôle restreint en matière d’acquisition .....	770
2. Le naissance du contrôle restreint en matière de perte .....	772
B. Le sens du contrôle restreint en droit de la nationalité .....	775
1. Un palliatif : l’impossible contrôle de la qualification du libre choix de l’autorité publique .....	775
2. Une évolution : le recul de la discrétionnarité dans le libre choix de l’autorité publique .....	778
§ 2. <i>Le renforcement du contrôle de l’adéquation de la mesure aux faits</i> .....	781
A. Le développement du contrôle restreint de l’adéquation de la mesure aux faits .....	782
1. L’approfondissement du contrôle restreint en matière d’acquisition .....	782
2. L’extension du contrôle restreint en matière de perte .....	792
B. Le passage au contrôle « entier » de l’appréciation en contentieux de la déchéance .....	795
1. Le basculement du contrôle de l’erreur manifeste au contrôle entier .....	796
2. L’absence de bascule de l’excès de pouvoir vers le plein contentieux .....	799
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>807</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>811</b>
<b>TABLE DE JURISPRUDENCE</b> .....	<b>847</b>
<b>INDEX DES MATIERES ET DES PRINCIPAUX AUTEURS</b> .....	<b>863</b>
<b>TABLES DES MATIERES</b> .....	<b>867</b>



---

## Nationalité et souveraineté

### Résumé

Les présents travaux de thèse se proposent de réévaluer les rapports qu'entretiennent la nationalité et la souveraineté. Le lien entre ces deux notions s'est en effet longtemps exprimé autour de l'idée d'un pouvoir quasi absolu de l'État pour déterminer les individus qu'il tient pour ses nationaux. La nationalité est ainsi souvent citée comme l'exemple même d'une prérogative présentant un très haut (si ce n'est le plus haut) degré de liberté pour l'État. Ce « dogme » de la souveraineté en droit de la nationalité reflète-t-il encore l'état du droit positif ? Pour contribuer à répondre à cette question, cette étude entend interroger à la fois l'étendue de la compétence de l'État, mais aussi la discrétionnarité de son pouvoir, en prenant principalement appui sur le droit français, les droits européens et le droit international. Un résultat se dessine alors : le droit de la nationalité, produit d'une lente évolution historique et de profondes mutations contemporaines, ne peut plus s'exprimer sur le mode de la souveraineté. Le rapport de la nationalité au territoire, sa pénétration dans le champ des droits de l'homme, et la progression des contrôle juridictionnels font en effet reculer – jusqu'à l'effacer – la liberté de l'État pour octroyer, refuser ou révoquer la nationalité.

**Mots clefs :** Droit de la nationalité – naturalisation – acquisition/attribution de la nationalité – déchéance de la nationalité – souveraineté – pouvoir discrétionnaire – territoire – droits de l'homme – droits fondamentaux – contrôle juridictionnel.

---

## Nationality and Sovereignty

### Abstract

This work aims to review the relationship between nationality and sovereignty. The bond between these two legal notions has repeatedly expressed itself as an absolute power of the State to determine which individuals it considers to be its nationals. Accordingly, nationality is widely selected to exemplify a State's power with a high (if not the highest) degree of liberty. However, does this sovereignty "dogma" in nationality law still reflect current positive law? To further contribute to the debate, this thesis needs to examine – through a study of French domestic law, European laws, and International law – both the scope of the State's jurisdiction and the discretion of its power. Then, results show that nationality law, because of historical developments and contemporary transformation, is no longer able to express itself as a sovereign power. The connexion of nationality with the territory, its integration in the field of human rights, and the growth of judicial review are altogether eroding and erasing the State's freedom to grant, deny or revoke nationality.

**Keywords:** Nationality Law – Naturalisation – Birthright Nationality – Nationality Revocation – Sovereignty – Discretionary Power – Territory – Human Rights – Fundamental Rights – Judicial review.

Unité de recherche/Research unit : Centre de recherche droit et perspective du droit (EA n° 4487) Ecole doctorale/Doctoral school : École doctorale n° 74 des sciences juridiques, politiques et de gestion Université/University : Université de Lille
---