

Université Panthéon-Assas Paris II
École doctorale de droit public « Georges Vedel »

Nationaux et étrangers en droit public français



Université Panthéon-Assas

THÈSE

pour le doctorat en droit public

Présentée et soutenue publiquement

Le 1^{er} décembre 2015

par

Anne-Virginie MADEIRA

Membres du jury :

M. Olivier Beaud

Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, *Suffragant*

M. Guillaume Drago

Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, *Directeur de recherche*

M. Hugues Fulchiron

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III, Directeur du Centre de droit de la famille, *Rapporteur*

M. François Julien-Laferrière

Professeur émérite de l'Université Paris-Sud, *Suffragant*

M. Paul Lagarde

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I, *Suffragant*

M. Rémy Schwartz

Conseiller d'État, *Suffragant*

M. Vincent Tchen

Professeur à l'Université de Rouen, *Rapporteur*

Avertissement

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens en premier lieu à remercier très sincèrement le professeur Guillaume Drago pour ses conseils, sa rigueur et sa confiance tout au long de ces années de recherche.

Merci à mes chers parents, qui m'ont toujours guidée, soutenue et encouragée dans la voie que j'ai choisie ; à ma sœur, pour sa fantaisie, sa joie et sa présence ; à Nicole pour ses pensées chaleureuses et encourageantes ; et enfin à Paul, qui, par son soutien inconditionnel et en ayant eu le courage de provoquer le débat avec moi autour de mes écrits, a permis maintes fois à ce travail de prendre le sens que je désirais lui donner.

Résumé :

La question de la relation entre nationaux et étrangers en droit public connaît un certain nombre de mutations caractérisées par un apparent rapprochement des deux statuts juridiques et par leur définition. La question est bien celle de la place que le droit public peut ou doit accorder à ceux qui vivent au sein de l'État mais n'en possèdent pas la nationalité et donc celle de l'actuelle signification donnée au lien de nationalité en droit public français. Cette signification semble dépendre à la fois du mode de distinction entre les concepts de national et d'étranger, c'est-à-dire de l'exercice de la souveraineté de l'État dans ce choix, et des statuts qui leur sont ensuite attachés en tant qu'ils sont liés par un élément primordial : la présence sur un même territoire. Ainsi, l'étranger, s'il n'est pas attaché à l'État par le lien de nationalité, est tout de même soumis au pouvoir étatique du fait de sa présence sur le territoire de l'État.

Le droit relatif à la nationalité et à l'extranéité est avant tout un droit d'exclusion et de restriction qui conduit à reconnaître à l'étranger moins de droits qu'au national et qui codifie cette différence. Mais ce droit est aussi, en parallèle, un droit d'intégration car il définit un statut de l'étranger dans l'État où il réside et en fait un sujet du droit de cet État.

L'enjeu d'une étude des relations entre « nationaux » et « étrangers » est donc de questionner l'actuelle distinction juridique des deux concepts. Il s'agirait ainsi à la fois de réconcilier en la matière les deux expressions du pouvoir étatique : le pouvoir de commandement unilatéral fondé sur la contrainte et la conservation de l'autonomie et de la liberté reconnue à l'individu dans la société, et d'assurer l'équilibre entre une nécessaire différenciation des statuts, en raison de l'existence d'une communauté nationale qui fonde le pacte constitutionnel et qui est à distinguer de la simple société civile, et le respect des libertés individuelles au sein de l'État.

Mots-clé : nationalité, étrangers, liberté individuelle, citoyenneté

Title and Abstract :

The issue of the relationship between nationals and foreigners in civil law is undergoing a number of mutations characterised by an apparent convergence of the two judicial statuses and by their redefinition. The issue is indeed that of the place

which civil law can or must grant to those who live in the State but do not possess the nationality thereof and that of the current significance given to the status of nationality in French civil law. This significance seems to depend simultaneously on the mode of distinction between concepts of national and foreigner, i.e. the exercise of State sovereignty in that choice, and the status they are then granted, inasmuch as they are tied by a primordial element: presence on the same territory. Thus, the foreigner, if not attached to the State by a tie of nationality, is nonetheless subject to state power by his or her presence on State territory.

Logically, the relative right to nationality and foreignness is primarily a right of exclusion and restriction which leads to granting the foreigner less rights than the national and which codifies this difference. But this right is also, at the same time, a right of integration as it defines a status for the foreigner in the State in which he or she lives, making the foreigner subject to the law in that State.

The concern of a study of the relations between « nationals » and « foreigners » is therefore to question the present judicial distinction of the two concepts. It will thus be necessary to reconcile the two expressions of state power: the power of unilateral command founded on constraint and conservation of autonomy and the freedom given to the individual in society, while maintaining the balance between a necessary differentiation of the statuses, by reason of the existence of a national community which establishes the constitutional pact, which is to be distinguished from simple civil society, and the respect for individual freedoms in the State.

Keywords : nationals, foreigner, individual freedoms, citizenship

Principales abréviations

<i>A.J.</i>	Actualité juridique
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif
<i>AJ famille</i>	Actualité juridique Famille
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C cass	Cour de cassation
Cons const	Conseil constitutionnel
CDI	Commission du droit international
C.E.	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CIJ	Cour internationale de justice
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CPIJ	Cour permanente de justice internationale
<i>D.</i>	Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
<i>EDCE</i>	Etudes et documents du Conseil d'État
<i>Gaz. Pal</i>	Gazette du Palais
<i>J.C.P. A</i>	Semaine juridique – Jurisclasseur périodique Administration et collectivités territoriales
<i>JCP</i>	Semaine juridique – Jurisclasseur périodique
<i>JDI</i>	Journal du droit international (Clunet)
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>JOAN</i>	Journal officiel – Débats parlementaires de l'Assemblée nationale
<i>J.O. Sénat</i>	Journal officiel – Débats parlementaires du Sénat
<i>J.O.U.E.</i>	Journal officiel de l'Union européenne
<i>Lebon T</i>	Tables du Recueil Lebon
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>R.C.A.D.I</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international
<i>R.F.D.C</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>R.P.D.A</i>	Revue française de droit administratif
<i>R.T.D.E</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RDP</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>Rec.</i>	Recueil Lebon
<i>Rec. Cours La Haye</i>	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
<i>Rép. Dalloz Dr. Int</i>	Répertoire de droit international Dalloz
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé (Clunet)

<i>Rev. Trim. Dr. homme</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RMUE</i>	Revue du marché unique européen
<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
STCE	Série des Traités du Conseil de l'Europe
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>Trav. Com. Fr. dr. Int. Privé</i>	Travaux du Comité français de droit international privé
TUE	Traité sur l'Union européenne

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE. L'ENTRÉE DANS LA COMMUNAUTÉ NATIONALE, ENJEU DE LA DISTINCTION ENTRE NATIONAUX ET ÉTRANGERS

Titre 1. UNE DISTINCTION DIFFICILE DES CONCEPTS DE NATIONAL ET D'ÉTRANGER

Chapitre 1. Un statut de national tributaire d'une conception volontariste de la nationalité

Chapitre 2. Un statut d'étranger tributaire d'une conception volontariste de l'intégration

Titre 2. UNE DÉTERMINATION HÉSITANTE DES CRITÈRES DE LA NATIONALITÉ

Chapitre 1. La permanence de la conception objective de la nationalité

Chapitre 2. Un renforcement de la conception subjective de la nationalité

SECONDE PARTIE. LA SOUMISSION A UNE MÊME SOUVERAINETÉ, ENJEU DE L'ÉQUILIBRE ENTRE NATIONAUX ET ÉTRANGERS

Titre 1. UNE SOUMISSION INÉGALE AU POUVOIR DE CONTRAINTE DE L'ÉTAT

Chapitre 1. Un statut d'étranger déterminé par un exercice spécifique du pouvoir de contrainte

Chapitre 2. Une contrôle perfectible du pouvoir discrétionnaire de l'administration par les juges

TITRE 2. UN ÉQUILIBRE TRIBUTAIRE D'UNE DISTINCTION DE LA SPHÈRE SOCIALE ET DE LA SPHÈRE POLITIQUE

Chapitre 1. Une dissociation imparfaite entre nationalité, citoyenneté et protection des droits

Chapitre 2. Un cadre de cohabitation politique dépendant du lien entre nationalité et citoyenneté

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Kelsen affirme en 1929 que la nationalité a pour rôle de « 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 »¹. Si l'on suit cette définition, la distinction entre nationaux et étrangers est ainsi juridiquement inutile. Seule est nécessaire la distinction entre l'étranger et le membre de la communauté politique, c'est-à-dire le citoyen.

Dans cette conception purement normativiste, la distinction entre nationaux et étrangers, en tant que déterminant la population de l'État, n'est considérée ni comme essentielle ni comme nécessaire pour permettre à l'État d'exercer sa souveraineté. L'État n'a besoin que de sujets sur lesquels il puisse exercer sa souveraineté, sans avoir à distinguer entre les êtres soumis à sa juridiction territoriale. Dans sa *Théorie générale du droit*, Kelsen constate que la citoyenneté, comprenons la nationalité, est une institution commune à tous les systèmes juridiques modernes, mais considère que les droits et obligations qu'elle engendre « ne sont nullement essentiels au type de système juridique que nous appelons État »².

Cependant, si elle est inutile, dans cette conception, au plan national³, la nationalité retrouve une valeur importante au regard des relations extérieures de

¹ H. 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, II., p. 636.

² H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, rééd., Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris 1997, p. 85.

³ Sur ce plan, deux exemples prouveraient l'inutilité de la notion. Tout d'abord, les autocraties ne connaissent pas la notion de participation des sujets à la formation de l'ordre juridique auquel ils appartiennent : « sur le plan politique, le peuple est massivement dépourvu de droits »³. Puisque les individus considérés ici ne sont que de simples « sujets », il n'existe pas de distinction entre

l'État, c'est-à-dire sur le plan international. En effet, un État qui n'aurait pas déterminé de normes d'attribution et de retrait de cette qualité spécifique qu'est la nationalité, se trouverait dans l'impossibilité juridique d'accorder la protection diplomatique à ceux de ses sujets dont les intérêts sont violés par d'autres États. Ainsi, « l'institution de la citoyenneté revêt une importance plus grande au regard des relations entre États qu'à l'intérieur même de l'État. »⁴ car grâce au statut juridique de la nationalité, les individus bénéficient d'une protection de leur État au-delà de la simple sphère territoriale. L'idée est ainsi que la nationalité n'a d'utilité que parce que son absence constitue un véritable drame pour les personnes concernées qui se retrouvent démunies dans un monde composé de systèmes étatiques clos.

En dehors de ce cas, le substrat humain de l'État pourrait n'être constitué que par une *population*, sans être un *peuple* ou une *Nation*. Il n'y aurait que des *sujets étatiques*. Un État sans « nationaux », c'est-à-dire sans distinction entre sujets jouissant ou non de privilèges et tenus ou non par des obligations, est ainsi d'après cette doctrine tout à fait concevable. Seul serait inconcevable un État sans sujets, c'est-à-dire à l'autorité duquel personne ne serait soumis car les sujets forment la population, élément essentiel de l'État.

Dans ce cadre, la notion de citoyenneté est tantôt employée dans le sens que nous lui connaissons aujourd'hui, c'est-à-dire d'exercice des droits politiques, tantôt pour se référer en réalité à ce que nous entendons aujourd'hui par « nationalité ». En réalité, cette apparente confusion des termes tient à ce qu'il n'y a pas d'intermédiaire entre le sujet et le citoyen dans cette conception. Il n'existe que deux sortes de lien avec l'État : le lien de sujétion et le lien juridique spécifique entre l'État et l'individu concédé par cet État comme un privilège car permettant la participation à l'élaboration de son « ordre juridique ». Le *citoyen* est donc celui qui est désigné, choisi par l'État comme « sujet » particulier, distinct des autres et pouvant participer

nationaux avec droits politiques et non nationaux dépourvus de droits politiques. Le second exemple est celui des démocraties radicales dans lesquelles la tendance est à élargir autant que possible le groupe des titulaires de droits politiques au point parfois d'octroyer également ces droits à des étrangers résidant sur le territoire de l'État. L'importance de la nationalité est donc également dans ce cas relative.

⁴ H. KELSEN, *op. cit.*

à l'élaboration de l'ordre juridique. Le *sujet* désigne quant à lui le simple résident au sein de l'État, c'est-à-dire tous ceux qui sont dominés par le pouvoir étatique, que ce soit par un lien personnel ou par un lien territorial.

Par conséquent, « l'institution de la nationalité peut être, en fait, indispensable, elle n'est pas théoriquement nécessaire, elle ne résulte pas de la nature même de l'État »⁵. Précisément, le juriste autrichien met ici en avant le cœur même de la distinction entre nationaux et étrangers : elle est une construction théorique, le résultat d'une conceptualisation singulière de la nature du lien que l'État doit entretenir avec les individus soumis à son autorité, non une donnée *naturelle*. La nationalité, c'est-à-dire la distinction primaire entre nationaux et étrangers, est donc *devenue* indispensable dans la théorie du pouvoir de l'État, conditionnant différentes modalités d'exercice de ce pouvoir sur les individus.

Cette construction est en premier lieu due à Jean Bodin qui déjà dans *La République*, mettait en avant le rapport étroit existant entre la notion étatique de population et la notion de souveraineté. Son analyse de la citoyenneté, que l'on qualifierait aujourd'hui de nationalité⁶, lui permet ainsi d'aborder le rapport entre le souverain et les sujets, élément fondamental pour la compréhension de l'État moderne⁷. Le chapitre VI du livre I de *La République* s'attache ainsi à étudier

⁵ H. 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, II, p.636.

⁶ Les droits de citoyenneté doivent être compris en effet ici comme des droits de nationalité. Il s'agit de droits issus de l'appartenance à un État plus que de droits proprement politiques : le Souverain doit, en contrepartie de la « foi et de l'obéissance », « justice, conseil, confort, aide et protection ». Ainsi, le terme de citoyen « ne doit pas ici faire illusion : il correspond à l'acception pré-révolutionnaire qui fait du citoyen davantage le national ou le ressortissant de l'État que le membre du Souverain jouissant des droits politiques ». En ce sens v. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 111. Bodin cherche en réalité ici à s'opposer directement à la conception du citoyen développée par Aristote qui fonde les droits du citoyen sur la participation à la Cité et donc sur la liberté : « Mais la faute est bien plus grande de dire qu'il n'est pas citoyen, qui n'a part aux magistrats, et voix délibérative aux états du peuple, soit pour juger, soit pour affaires d'état. C'est la définition du citoyen, qu'Aristote nous a laissée par écrit », J. BODIN, *Les six livres de la République*, Chapitre VI, « Du citoyen, et la différence d'entre le sujet, le citoyen, l'étranger, la ville, cité, et République », éd. Le livre de Poche, 1993, p. 66.

⁷ Afin de clarifier l'analyse des rapports entre souveraineté et citoyenneté, ou nationalité, chez Bodin, il nous faut avant tout apporter une précision : les termes *citoyen* et *sujet* ne sont pas, chez le juriste, synonymes : si tout citoyen est sujet de la République tout sujet n'est pas citoyen (l'exemple de l'étranger chez Bodin le montre, ainsi que celui de l'esclave). Le citoyen, qui n'est ni esclave ni

l'histoire des sociétés : « car avant qu'y eût ni cité ni citoyens, ni forme aucune de république entre les hommes, chacun chef de famille était souverain en sa maison »⁸. Dès lors que se sont formées les républiques « par force et violence » selon l'expression du juriste et historien, les citoyens sont nés et « ils ne sont autre chose que les francs sujets, tenants de la souveraineté d'autrui »⁹.

Grâce à une conception formelle de la loi, la souveraineté pousse d'abord à l'uniformisation des sujets. Sans méconnaître ni les différences de rang ou de fonction ni même les privilèges sociaux de certains sujets de la République, Bodin affirme que tous les citoyens y sont juridiquement égaux. Selon sa construction étatique qui veut que la souveraineté appelle la sujétion et le Souverain le sujet¹⁰, comme la protection implique l'obéissance, le citoyen est principalement défini par sa qualité de sujet¹¹. Un lien de droit unit donc le citoyen au Souverain et, l'insérant dans « l'ordre de la République », l'oblige envers son autorité dont il est le tenant¹². La citoyenneté prise dans le sens de nationalité est donc apparue comme le corollaire de la souveraineté étatique. Le rapport souveraineté-nationalité exclut ainsi toute contingence : dès qu'il y a une République, il y a des citoyens. Le rapport qui unit ces deux notions étatiques est un rapport de *nécessité* chez Bodin : « il est d'ordre essentiel et s'impose comme tel à toute forme d'existence historique »¹³. La détermination du citoyen et de l'étranger dépendra par conséquent de cette seule structure de base : « l'obligation mutuelle du souverain au subject »¹⁴ fait la différence entre le citoyen et le sujet.

étranger, n'est pas non plus ni simple sujet ni bourgeois qui a part aux droits et privilèges de sa ville. Il appartient au corps de la République qu'il contribue à former.

⁸ J. BODIN, *Les Six livres de la République*, I, VI, p.68.

⁹ J. BODIN, *op. cit.* p. 70 et 83 cité par S. GOYARD-FABRE, *Philosophie politique XVIe-XXe siècle*, PUF, 1987, p.292.

¹⁰ Pour une étude de ce point, et notamment de la différence qu'il suppose avec la citoyenneté d'Aristote v. K. KIM, « L'étranger chez Jean Bodin, l'étranger chez nous », in *Revue historique de droit français et étranger*, t. 76, 1998, p. 75.

¹¹ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 111.

¹² Pour des développements précis sur la citoyenneté chez Bodin : S. GOYARD-FABRE, *Philosophie politique XVIe-XXe siècle*, PUF, 1987, p.291 et suiv.

¹³ S. GOYARD-FABRE, *Philosophie politique XVIe-XXe siècle*, PUF, 1987, p.293.

¹⁴ J. BODIN, *Les six livres de la République*, *op. cit.*, p. 131.

Si ce lien d'obligation sera renouvelé par le courant contractualiste libéral qui fonde désormais le pouvoir politique sur le contrat entre les individus en vue de leur protection mais aussi de leur liberté politique, il ne perdra pas l'essence première que lui a donnée le théoricien de la souveraineté : il reste considéré comme indispensable à l'existence même de l'État¹⁵. Cependant, il introduit une dimension nouvelle dans la distinction de la nationalité : être national renverra désormais à la fois au lien avec l'État et au lien avec le « peuple en corps »¹⁶ qui fonde son existence.

Ainsi, si Kelsen cherche en réalité à démontrer que sur le plan national, l'idée de peuple n'est pas nécessaire à l'unité du groupe sur lequel s'exerce la souveraineté de l'État, Bodin construit cette souveraineté sur la particularité d'un lien de sujétion personnelle s'ajoutant au lien territorial. La divergence entre ces deux théories porte en réalité sur la capacité pour l'État d'assurer sa souveraineté et l'unité de la population concernée : chez Kelsen, cette unité peut n'être assurée que par la soumission aux mêmes lois, c'est pourquoi le critère de nationalité au plan national se révèle inutile. La théorie de Kelsen, dans cette perspective, conduit à donner une définition de la population entendue comme « l'ensemble des personnes qui se trouvent en fait à l'intérieur de l'espace dont on prétend qu'il est le support de l'État »¹⁷ tandis que Bodin donne une définition du *peuple* en tant que groupe distinct de l'ensemble des sujets par l'allégeance particulière qui les lie au souverain.

Marcel Prélôt affirme ainsi que l'État organisé par la Constitution n'est pas simplement un pouvoir, une structure d'organisation de la vie sociale. Il est aussi une communauté humaine qui singularise la nation. Le pouvoir de l'État n'existe qu'inséré au cœur d'une société¹⁸. Ainsi, « un État n'est pas constitué lorsque le statut de l'autorité politique y est seul fixé. Il ne le devient qu'à partir du moment où, par le statut des nationaux, est circonscrite la collectivité humaine dont il est

¹⁵ Pour une étude générale des différents courants contractualistes v. J. TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, éd. Seuil, 2001 ; S. GOYARD-FABRE, *Philosophie politique XVIe – XXe siècle*, PUF, 1987 ; J.-F. SPITZ, v° « État de nature et contrat social », in *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 2003.

¹⁶ HOBBS, *Le citoyen*, éd. GF Flammarion, 1982, p. 150.

¹⁷ J. COMBACAU, *Droit international public*, 11^e éd., 2014, p. 135.

¹⁸ M. PRELOT, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Dalloz, 1963, 3^{ème} éd. p.8.

l'expression... »¹⁹. La théorie normativiste, en tant qu'elle fait du rapport entre national et étranger un rapport uniquement international, n'a pu trouver sa place dans cette structure de l'État-nation telle que l'a mise en place le droit français. En effet, en faisant de la nation la condition de l'unité politique²⁰, la théorie constitutionnelle a fait reposer sur elle l'existence même de l'État, ce dernier se définissant alors comme « l'unité politique d'un peuple »²¹, faisant du simple *ressortissant* un *national*.

La distinction est fondamentale car le ressortissant renvoie au statut de celui qui relève de la compétence personnelle de l'État. En cela, sa définition rejoint en partie celle du national. Mais dans la perspective d'un État comme « unité politique d'un peuple », la nationalité devient « l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un État »²². Révélé par son étymologie même, cette double dimension de la nationalité en fait à la fois un lien juridique entre l'individu et l'État dont il est le sujet et un lien d'appartenance à ce peuple, ou nation, entendue comme « communauté » ou « collectivité d'individus », « généralement fixée sur un territoire déterminé dont la réalité résulte de [...] tous facteurs qui développent un sentiment d'appartenance et des aspirations politiques »²³ communes. Cette seconde conception est alors qualifiée « d'horizontale » en ce qu'elle fait de la nationalité non plus un lien avec l'État mais avec le corps collectif de la nation²⁴. Elle n'apparaît précisément pas dans le terme de « ressortissant » qui est ainsi déchargé du lien avec une notion aussi délicate à définir que celle de « nation » : il concentre la définition sur le lien juridique établi entre l'individu et l'État.

Dans les deux cas, l'existence du national et de l'étranger marque avant tout une opposition entre l'appartenance et la non appartenance à un État mais aussi à sa communauté fondatrice dans le cadre de l'État moderne, c'est-à-dire l'État-nation. La seule *summa divisio* pertinente pour déterminer le droit applicable aux individus

¹⁹ M. PRELOT, *op. cit.* p.30.

²⁰ En ce sens v. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.* ou encore J. CHEVALLIER, « L'État-nation », *RDP*, 1980, p. 1291.

²¹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, 2008, p. 152.

²² P. LAGARDE, *La nationalité française*, Dalloz, 4^e éd., 2011, p. 1.

²³ G. CORNU, v^o « Nationalité », in *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e éd., 2007.

²⁴ Dans cette perspective, la « nationalité de fait », c'est-à-dire « l'appartenance à une « nation » au sens défini supra », se distingue de la « nationalité de droit, i.e. le lien juridique qui rattache un individu à un État », in H. FULCHIRON, *La nationalité française*, *op. cit.*, p. 5.

présents sur le territoire de l'État sera alors celle qui s'opère entre « nationaux » et « étrangers ». Dans ce couple, la qualité de membre est explicitement définie et permet ensuite de déduire la qualité d'étranger : seront alors « étrangers » tous ceux qui n'entrent pas dans cette définition, qui en sont *exclus*.

L'étude de la relation juridique du national et de l'étranger n'est donc pas, dans cette perspective, l'étude du rapport à l'altérité²⁵. De même que les nationaux ne se définissent pas par leur « mêmété »²⁶ au sens d'identité absolue²⁷, mais par leur rattachement à l'État, l'étranger juridique ne se définit pas par sa simple altérité mais par son caractère juridiquement distinct. La distinction ainsi établie est d'importance car elle repose sur la nécessité de distinguer, dans une approche juridique de la relation entre nationaux et étrangers, l'identité, au sens de similitude, du rattachement juridique.

Cette distinction semble devoir se prolonger dans l'approche de l'identité comme « substance éthique, du caractère ou de l'être profond »²⁸. En effet, dans la construction d'un rapport collectif tel que celui établi par la rencontre du national et de l'étranger, on ne saurait confondre la constitution d'un ensemble déterminé par l'État, qui peut conduire à la détermination d'une identité *juridique* avec l'identité personnelle des êtres qui la composent. Le transfert des catégories de la personne humaine aux êtres collectifs entraînerait sinon une confusion entre l'identité et l'unité qui ne suppose, au sens juridique, que l'appartenance à un même statut.

Certes, l'exclusion de l'étranger peut renvoyer « à une altérité première » qui le caractériserait et qui provoque une construction « invariante » d'exclusion due à la peur et au rejet de ce qui est différent et qui menace l'homogénéité de la communauté comprise comme unité culturelle. Mais il semble nécessaire ensuite de dépasser ce

²⁵ Nous l'entendons ici dans le sens de « négation pure et simple de l'identité », c'est-à-dire de ce qui est similaire, in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010, v° « Altérité ».

²⁶ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990, p. 140.

²⁷ Le *Robert* place en tête des significations de l'adjectif « même » l'identité absolue (la même personne, une seule et même chose), la similitude (qui fait du même le synonyme de l'analogue, du pareil, du semblable, du similaire, du tel que), l'égalité (une même quantité de).

²⁸ P. GUENANCIA, V° « Identité », in D. KAMBOUCHNER, *Notions de philosophie*, II, Folio essais, 1995, p. 616.

schéma ethnologique classique pour s'attacher aux figures modernes du national et de l'étranger qui révèlent une dimension politique fondamentale : « le national se définit comme le ressortissant de l'État [...] tandis que l'étranger se définit comme non national et (indissociablement) comme non citoyen, n'appartenant pas à la communauté politique constituée en État »²⁹. Penser le rapport national-étranger sous le prisme du rapport d'une structure unifiée à l'altérité ne suffit donc pas à marquer son caractère politique, c'est-à-dire avant tout institutionnel.

Ainsi, « si l'altérité et la différence ne sont pas les éléments décisifs de l'exclusion de l'étranger, et si le sens de cette exclusion est fondamentalement politique »³⁰, cela implique qu'il revient en réalité à l'Institution, c'est-à-dire à l'État, d'en déterminer les contours et donc de définir le national et l'étranger. La perspective est donc renversée : ce n'est pas parce que l'étranger est l'Autre, différent, qu'il est exclu de la communauté étatique entendue comme communauté nationale ; il est exclu parce qu'il est juridiquement constitué, par l'État, comme étranger. Il n'existe donc pas, dans cette perspective, de national et d'étranger *par nature*, que ce soit au-delà ou en deçà de l'État.

S'il n'existe pas d'étranger et de national *par nature*, que leur détermination dépend de l'État, cela implique que la volonté de celui-ci est l'élément déterminant de la distinction du national et de l'étranger. Celle-ci est donc avant tout un acte de souveraineté, entendue comme le « pouvoir de commander que détient l'État », qui « est suprême à l'intérieur de son ressort » et qui lui confère « la maîtrise du droit positif »³¹. Cette règle selon laquelle la nationalité est déterminée librement par les États constitue le principe classique du fondement de la nationalité et donc du statut d'étranger. Parce qu'elle est le moyen de définir la substance humaine de l'État, par opposition à sa substance « inerte » qu'est le territoire³², la nationalité doit être la « chose » de l'État, déterminée et caractérisée souverainement par lui à travers la loi. Le droit français dispose ainsi qu'il revient au Parlement d'établir les conditions

²⁹ D. LOCHAK, *Étrangers, de quels droits ?*, PUF, 1985, p. 17 et 23.

³⁰ F. FISCHBACH, « L'Autre et l'Étranger : les enjeux de la reconnaissance et les stratégies de l'exclusion », *Philosophie politique*, n° 3, 1993.

³¹ O. BEAUD, v° « Souveraineté », in P. RAYNAUD et S. RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1^{ère} éd., 2003.

³² P. LOUIS LUCAS, « Les conflits de nationalités », *Rec. Cours La Haye*, 1938, p.16.

d'attribution de la nationalité et ce en vertu de l'article 34 de la Constitution de 1958. La loi fixe donc la substance de la nationalité en déterminant ses titulaires. Ce faisant, elle constitue l'étendue de la communauté étatique.

Cette *frontière* étant définie, la question de la relation des individus à l'État reste entière. En effet, l'État a distingué entre les sujets composant la population et les ressortissants mais doit ensuite donner corps à cette distinction en définissant le statut spécifique de chacun d'entre eux.

La nationalité étant conçue comme un « privilège », le rapport de pouvoir entre l'État et son national sera nécessairement différent de celui qui s'exerce entre l'État et l'étranger. Si l'étranger est par définition exclu de la communauté des nationaux, il n'en est pas pour autant exclu de l'État. C'est ainsi pourquoi « pour comprendre le droit public constitutionnel, il faut descendre [...] jusqu'au problème de la nationalité »³³.

Les termes même de la formule renvoient précisément à cette nature de la question tenant au rapport du national et de l'étranger : « descendre » suppose ainsi de rechercher et d'analyser le fondement de ce rapport, la distinction entre le national et l'étranger étant la « *summa divisio* – la seule pertinente – pour cerner la notion de droit des étrangers »³⁴. Le *problème* de la nationalité renvoie donc en réalité à une question plus large que celle du droit définissant son attribution ou sa perte : il fait référence à la question première du droit public et en premier lieu du droit constitutionnel qui est de savoir sur qui mais aussi comment s'exerce le pouvoir de l'État.

L'étranger est aussi un sujet de l'État en ce sens qu'il est soumis à son autorité et à certains devoirs que l'on impose aux membres de la communauté des nationaux. Lorsqu'il a un rapport territorial avec l'État, l'étranger devient un membre de la population, « un sociétaire »³⁵ destinataire d'obligations négatives et positives. Les étrangers remplissent ainsi des obligations fiscales ou doivent reconnaître la

³³ M. PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1987.

³⁴ F. JULIEN-LAFERRIERE, v° « Étrangers », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIAL et F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008.

³⁵ ISAY E., « *De la nationalité* », *Rec. Cours La Haye*, 1924, t.IV p.431.

souveraineté judiciaire de l'État où ils résident s'ils sont attaqués en justice et doivent respecter l'ordre public.

Cependant, les étrangers ne sont sujets que s'ils séjournent à l'intérieur du territoire. C'est ainsi la faculté d'expulsion, et donc d'exclusion, qui rappelle la presque illusion de tous les droits et avantages reconnus à l'étranger. Par principe, les nationaux ont un droit absolu d'accès et de résidence sur le territoire tandis que tout État est souverain en droit des gens dans la tolérance des étrangers présents sur son territoire. C'est ainsi « qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national »³⁶.

Par nature, l'étranger est étranger à l'État et c'est pourquoi il n'est possible de lui imputer des devoirs envers celui-ci que s'il lui est rattaché par un rapport particulier et justificatif de source territoriale : là se situe la grande différence avec le national.

Le lien de nationalité permet le rattachement de l'individu à l'État de façon inconditionnelle, qu'il soit à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État. Le lien de nationalité permet à l'État d'exercer sur l'individu sa souveraineté personnelle qui veut que l'État domine ses sujets. Le national, par nature et sans interruption, est soumis à ce pouvoir de l'État, il peut être rappelé à ses obligations sans qu'il y ait besoin d'un rapport au territoire ou de toute autre justification particulière. La seule justification est qu'il est un national³⁷.

L'étranger n'est, lui, soumis à l'État qu'en raison d'une souveraineté territoriale qui veut que l'étranger ne puisse être sous sa dépendance que s'il a des rapports territoriaux qui justifient sa sujétion à des obligations publiques par mesure d'autoprotection de l'État : le respect de l'ordre public par l'étranger sera ainsi autant une exigence pour la tranquillité, la sécurité et la salubrité *publiques* que pour la tranquillité, la sécurité et la salubrité *nationale*. La condition juridique des étrangers

³⁶ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 2. Les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent donc « être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques ».

³⁷ E. ISAY, *op. cit.* p.450 et suiv.

sera donc nécessairement différente de celle des nationaux, cette différence de traitement découlant d'une différence primaire de statut. Si l'État les distingue, il doit exercer sur eux un pouvoir distinct.

C'est ainsi que les étrangers ne sont considérés par l'État que comme des membres *accidentels* susceptibles d'échapper à son pouvoir s'ils en quittent le territoire, tandis que les seconds sont des membres essentiels que l'État tient sous sa constante souveraineté. La souveraineté de l'État sur son ressortissant est ainsi, encore une fois, le critère essentiel de toute affiliation à l'État et donc de la différenciation entre le national et l'étranger.

Dans ce cadre, les quelques droits pouvant être accordés à l'étranger ne seront toujours qu'exceptionnels. C'est ainsi qu'Ernest Isay considère que reconnaître en chacun des droits ou devoirs particuliers du national un signe de la nationalité est en réalité erroné. Ce qui est caractéristique de celle-ci, ce ne sont pas des droits ou devoirs isolés mais la *substance* de tous les droits et les devoirs qui, pris isolément, ne constituent que des critères « accidentels » car « les droits et les devoirs du national découlent d'une aptitude intrinsèque de sa personnalité »³⁸. Ceci revient à considérer que la distinction du national et de l'étranger fait de ce dernier un non – privilégié par principe : changer l'étendue des droits de l'un et de l'autre ne remet donc pas en cause la substance même de la distinction, l'étranger étant en réalité toujours dépendant de la *faveur* de l'État.

Si cette approche peut-être discutée en ce qu'elle fonde entièrement la permanence de la distinction sur l'origine des droits et non sur le contenu d'ensemble des statuts³⁹, elle a l'avantage de révéler que c'est bien le rapport à l'État et à sa souveraineté qui sont au cœur de la relation du national et de l'étranger au sein de cet

³⁸ E. ISAY, *op. cit.*, p. 434.

³⁹ En effet, s'il est vrai que c'est l'ensemble des droits et devoirs du national qui constitue le caractère même du lien de nationalité, certains droits ou devoirs pris seuls sont des signes forts de nationalité. Nous ne prendrons que deux exemples : le droit de vote et le devoir militaire. Ces deux exemples semblent démontrer qu'un droit ou un devoir « accidentel » peut renfermer à lui seul une grande partie de la substance de la nationalité, en l'espèce l'exercice de la souveraineté nationale par le vote et le devoir d'allégeance et de protection envers l'État. Chacun d'entre eux constitue un élément essentiel de la nationalité qui, s'il est attribué à un non national, peut être considéré comme modifiant la frontière établie par la nationalité. Dans cette perspective, « l'extension aux étrangers domiciliés en France, d'un certain nombre de droits jusqu'ici réservés aux nationaux, vide peu à peu de son contenu le concept de nationalité », P. LAGARDE, *La nationalité française*, Dalloz, 4^e éd., 2011, p. 6.

État. L'étranger est, dès l'origine, placé par sa définition juridique dans un régime de police fondé sur la faveur et non sur un régime libéral comme les nationaux.

Le caractère souverain du choix de l'État dans la détermination du national et de l'étranger puis dans les droits qui leur sont accordés devrait conduire à rattacher presque naturellement cette étude au droit public interne et ainsi à justifier son titre.

Pourtant, aussi bien en raison de la multiplicité des branches du droit concerné par le droit des étrangers, que du caractère juridiquement ambigu de la nationalité, et de l'influence des sources internationales, ce rattachement doit être justifié.

Le droit des étrangers dépasse en effet très largement la dichotomie droit public-droit privé. Il est ainsi divisé entre le droit international privé qui s'intéresse à la jouissance des droits civils mais aussi politiques des étrangers, le droit du travail qui fixe la réglementation spécifiquement applicable aux salariés étrangers, le droit administratif qui fixe le cadre de la police administrative des étrangers ou encore le droit constitutionnel, principalement depuis qu'a été mis en place le droit de vote aux élections locales des ressortissants européens⁴⁰ ou dégagé le principe d'égalité des droits entre nationaux et étrangers résidant régulièrement sur le territoire⁴¹. Chacune de ces matières envisage donc la question d'un point de vue déterminé, conditionné par la question spécifique, soulevée par le statut d'étranger, qu'elle doit résoudre. De cette constatation il est difficile de tirer un rattachement direct du droit des étrangers au droit public.

De même, la nationalité, organisée par le Code civil, appartient formellement au droit privé. Dès 1804, le Code civil, dans son livre I, « Des personnes », posait les règles permettant de distinguer les Français qui jouissent des droits civils et les étrangers qui n'en jouissent pas. Après avoir été codifiée de manière autonome au sein d'un « Code de la nationalité », la nationalité française fut réintroduite dans le Code civil par la loi du 9 janvier 1973, « signal de la reprivatisation du droit de la nationalité »⁴² rappelant cette appartenance matérielle de la nationalité au droit privé régissant les personnes. De même, en matière de nationalité, le juge compétent est en

⁴⁰ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre : "Des Communautés européennes et de l'Union européenne", adoptée par le Congrès le 23 juin 1992.

⁴¹ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, J.O. du 18 août 1993, p. 11722.

⁴² P. LAGARDE, « La rénovation du Code de la nationalité par la loi du 9 janvier 1973 », *Rev. Crit. DIP*, 1973, p.434.

principe le juge judiciaire⁴³, ce qui conduit à considérer que la nationalité contribue à déterminer le statut personnel, qu'elle est un élément de l'état de la personne⁴⁴. Cependant, une loi sur la nationalité pouvant être également définie comme la voie de « *recrutement des ressortissants* »⁴⁵ de l'État, son rattachement formel au droit privé ne permet pas de révéler pleinement l'enjeu de la question qu'elle soulève.

La Cour de cassation affirme ainsi en 1919 que « les règles concernant l'acquisition de la nationalité française (...) relèvent surtout du droit public »⁴⁶ puis renforce sa position en 1921 en affirmant que « les règles relatives à l'acquisition et à la perte de la nationalité, bien qu'elles soient inscrites au Code civil, relèvent du droit public »⁴⁷. Cette position de la Cour de cassation, tend en réalité à faire un obstacle, par la qualification de droit public de la nationalité, à des répudiations de nationalité française permettant d'échapper aux obligations militaires, révélant les forts intérêts politiques que concerne la nationalité. La loi du 10 août 1927 ne fera ensuite que confirmer cette jurisprudence en retirant la nationalité du Code civil et en créant un texte autonome. Puis, l'Ordonnance du 19 octobre 1945 portant Code de la nationalité suivra cette tendance en la renforçant puisque la nationalité y est qualifiée, dans l'exposé des motifs, de « véritable institution autonome qui, malgré sa place dans le Code civil, appartient au droit public ». La classification du droit de la nationalité au sein du droit public par le législateur est ainsi une conséquence directe de la place accordée aux intérêts politiques en la matière. C'est pourquoi certains ont tranché pour la qualification de notion mixte ou autonome en proposant de considérer que la

⁴³ Il faut ici distinguer le contentieux de la nationalité de celui de son acquisition ou de sa perte qui lui relève du juge administratif lorsqu'il résulte d'une décision administrative dans les cas de naturalisation, d'acquisition par décret ou de déchéance de nationalité.

⁴⁴ J. MAURY, *Nationalité. Théorie générale et droit français*, Sirey, 1931 : l'auteur, fervent défenseur de la nationalité comme élément de droit public rappelle qu'elle est également « un des éléments, le plus important peut être, dont se compose l'état des personnes ». Les effets de la nationalité sont ainsi de nature à semer le doute dans la classification. Si elle a des effets certains de droit public en tant qu'elle permet l'accès aux droits politiques, ouvre le droit à la protection diplomatique sur le terrain international et engageait autrefois à l'accomplissement du service militaire lorsque l'armée n'était pas encore professionnalisée, elle a également des effets importants de droit privé : autrefois elle conditionnait l'accès à certains droits civils tel que le droit d'hériter et aujourd'hui elle constitue un élément de détermination du statut personnel.

⁴⁵ J. PILLAUT, « Du caractère politique de la notion de nationalité », *Rev. Crit. DIP* 1915-1916, p. 16.

⁴⁶ C. cass, Civ, 21 juin 1919 (deux arrêts), *Rev DIP* 1919, p. 265, avec le rapport de M. le conseiller A. Colin.

⁴⁷ C. cass, Ch. réunies, 02 février 1921, *Dalloz* 1921.1 p.1, note A. Colin, *JDI* 1921, p. 204 ; *Rev DIP* 1921 p. 251, et Sirey 1921.1 p. 113, note E. Audinet.

nationalité appartient à la fois au droit public et au droit privé, quitte à considérer que le premier prédomine sur le second⁴⁸. Toute classification étant « une certaine méconnaissance de la complexité des choses classées »⁴⁹, dire que la nationalité appartient au droit privé reviendrait à nier son fondement même, mais soutenir qu'elle appartient en entier au droit public serait rompre radicalement avec une tradition juridique certaine et ne rendrait pas compte de la physionomie de la réglementation de cette institution juridique telle qu'elle existe aujourd'hui.

Enfin, la multiplication des sources de droit international conduit à apprécier l'enjeu de la relation du national et de l'étranger du point de vue des relations internationales et comme dépendant chaque fois davantage des sources internationales générales mais aussi principalement européennes. Tant en matière de nationalité que de droit des étrangers, les normes de droit international et européen occupent une place accrue dans l'organisation du cadre juridique de chacun des deux statuts. Si la nationalité relève de la compétence de chaque État, elle trouve sa place dans les principes du droit international, notamment à travers l'exigence d'effectivité des liens entre États et nationaux qui vise à « limiter »⁵⁰ le principe de compétence étatique. De même, le droit des étrangers est, depuis le milieu des années 1980, « de plus en plus un droit supranational », notamment en raison de l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui suppose que « chaque État ne définit plus seul et souverainement sa politique d'immigration »⁵¹. L'actualité en montre, si besoin en était, de nombreux exemples, principalement dans le cadre de

⁴⁸ H.-E. BARRAULT, « Dans quelle mesure la nationalité est-elle une matière de droit public ? », *Rev. DIP* 1921, p. 152 « Tous en effet réservent une place au droit privé. L'influence du droit public est prédominante. Mais la théorie de la nationalité emporte l'application des règles de droit privé. Cette doctrine mixte et pondérée apparaît comme la plus raisonnable » ; P. LOUIS-LUCAS, « Les conflits de nationalités », *Rec. Cours La Haye*, 1938.

⁴⁹ P. LOUIS-LUCAS, *La Nationalité française, droits positifs et conflits de lois*, Sirey, 1929.

⁵⁰ H. FULCHIRON, *La nationalité française*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2000, p. 27 et suiv.

⁵¹ F. JULIEN-LAFERRIERE, v° « Etrangers », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.

l'Union européenne qui, depuis le Traité d'Amsterdam⁵², a « communautarisé » la politique d'immigration et la politique d'asile qui lui est associée⁵³.

L'ensemble de ces éléments tend donc à éloigner le droit de la nationalité et le droit des étrangers du droit public *stricto sensu*. Pourtant, c'est dans leur rapport même que se trouve ce rattachement. En effet, l'essence de la question semble ne pas pouvoir se trouver dans la détermination de la forme ou de l'origine des sources dans lesquelles elle est traitée et organisée. Une approche générale du rapport entre nationaux et étrangers en tant qu'ils sont, dans une perspective de droit interne, soumis à la souveraineté d'un même État, semble donc devoir adopter un point de vue de droit public en tant qu'il est la branche du droit qui par principe porte sur « *les relations de la vie publique constitutives de l'organisation et de l'activité de l'État* »⁵⁴. Ainsi, parce qu'elle conduit à déterminer le statut des sujets de l'État, le problème de la nationalité est avant tout une question de droit constitutionnel et plus largement de droit public.

Compte tenu de l'existence de nombreux travaux de recherche relatifs au droit des étrangers ou au droit de la nationalité, l'approche de la thèse semble devoir être précisée et justifiée. Si les études relatives au statut de l'étranger en droit interne, en droit international, en droit européen, sont nombreuses, de même que le sont celles relatives à la question de la nationalité, il n'existe aujourd'hui que très peu de travaux qui abordent simultanément ces deux branches du droit⁵⁵ en tant qu'elles formeraient ensemble un système spécifique au sein de la matière juridique.

La première justification de cette absence semble pouvoir être trouvée paradoxalement dans la définition même des statuts étudiés. L'étranger fait juridiquement l'objet d'une définition « en négatif » : il n'est pas le national ou plus

⁵² Traité d'Amsterdam, modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé le 2 octobre 1997 à Amsterdam, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1997.

⁵³ L'Union européenne définit ainsi désormais, par règlements mais surtout par directives, les règles relatives aux demandes d'asile et au statut de réfugié, au regroupement familial, ou encore à la politique des visas.

⁵⁴ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, rééd., Dalloz, 2010, p. 330 et suiv.

⁵⁵ Nous citerons une exception récente, le manuel de F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP et S. BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Puf, collection « Thémis Droit », 2015.

précisément il est le « non national ». C'est ainsi que la loi définit l'étranger comme celui « qui n'[a] pas la nationalité française, soit qu'il(s) ai(en)t une nationalité étrangère, soit qu'il(s) n'ai(en)t pas de nationalité »⁵⁶. Déterminer l'un revient donc à déterminer l'autre. De cet état du droit découle également l'idée que lorsque l'on analyse le statut de l'un on traite *nécessairement*, « en négatif », du statut de l'autre, de telle sorte que lorsque l'on étudie le statut de l'étranger, l'idéal que constitue celui de national se trouve toujours dessiné en filigrane derrière lui, et si l'on traite de la nationalité, c'est bien la figure de l'étranger qui plane au dessus du discours.

Censée révéler la « consubstantialité »⁵⁷ de ces deux notions, cette définition semble au contraire conduire à exonérer ceux qui l'abordent d'un traitement cette fois *positif* de chacun des deux statuts dans leurs fondements et dans leur cohabitation, si bien que si leur rapport est « consubstantiel », la substance même de leur distinction finit par échapper à l'analyse.

Or, l'enjeu premier d'une étude des relations entre « nationaux » et « étrangers » est précisément d'analyser à la fois les fondements mêmes de la distinction juridique de ces deux concepts et les rapports qu'elle induit entre l'État et les individus sur lesquels s'exerce son pouvoir.

Ainsi, avant toute tentative de « remplir la case vide du mot étranger », le droit a pour tâche de « tirer au clair autant que faire se peut, la nature de cette appartenance par rapport à laquelle la condition d'étranger est d'abord définie par défaut »⁵⁸. Cette clarification est d'autant plus fondamentale qu'elle constitue paradoxalement le point d'apparition et de disparition de l'étranger : elle est son point d'apparition en tant qu'elle le constitue ; elle est son point de disparition en tant qu'elle détermine le passage du statut d'étranger au statut de national et donc la disparition du premier au profit du second. Les règles établissant l'entrée dans la communauté étatique et

⁵⁶ Article 1^{er} de l'Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, codifié par la loi n° 2006-911 du 25 juillet 2006, aujourd'hui article L.111-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁵⁷ F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP et S. BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, *op. cit.*, n° 5.

⁵⁸ P. RICOEUR, « La condition d'étranger », *Esprit*, n° 3-4, 2006, p. 265.

nationale cristallisent donc la distinction structurante entre nationaux et étrangers (Première Partie).

Ces deux statuts sont cependant liés par un élément primordial : la présence sur un même territoire. Par la souveraineté territoriale, l'État soumet à sa puissance tous ceux qui sont présents sur son territoire. Ainsi, l'étranger, s'il n'est pas rattaché à l'État par la nationalité, est tout de même soumis au pouvoir étatique du fait de sa présence dans les frontières du territoire sur lequel il s'exerce. La détermination souveraine du statut de national et de celui d'étranger ne pourra alors qu'influer sur les deux expressions du pouvoir étatique en tant qu'elles s'imposent à l'un comme à l'autre : le pouvoir de commandement unilatéral fondé sur la contrainte et la conservation de l'autonomie et de la liberté reconnue à l'individu dans l'État. Ainsi, si comme nous l'avons dit la *détermination* du national et de l'étranger ne découle pas d'un rapport à l'altérité mais la crée au sens juridique, le contenu du statut ainsi déterminé révélera quant à lui la place que l'État accorde, face à son national, à celui qui ne lui est pas personnellement rattaché (Seconde Partie).

PREMIERE PARTIE

L'ENTRÉE DANS LA COMMUNAUTÉ NATIONALE, ENJEU DE LA DISTINCTION ENTRE NATIONAUX ET ÉTRANGERS

Dire que l'entrée dans la communauté nationale est l'enjeu de la distinction entre nationaux et étrangers suppose que le fait d'être simple sujet, c'est-à-dire présent sur le territoire de l'État comme l'est l'étranger, ne suffit pas à fonder le « substrat humain » sur lequel cet État exerce sa souveraineté. Celle-ci appelle le lien de soumission, le lien de rattachement que crée la nationalité en plus du simple lien de domination territoriale.

Les théories contractualistes sont venues renouveler le fondement du lien souveraineté-nationalité établi sur le principe de la soumission. Ainsi, si pour Jean Bodin l'origine des Républiques se trouvait dans la force et la violence, pour Hobbes elle est le résultat d'un calcul rationel et pragmatique d'intérêts qui se matérialise dans le contrat, le pacte formel entre le souverain et les citoyens. Ainsi, le Leviathan n'est pas un prince mais « l'être de raison qui définit l'essence de la République. Ce qui importe est bien moins le citoyen que le peuple en corps »¹ : l'État-Leviathan n'existerait donc pas sans ce corps public qu'est le peuple : c'est finalement ce que l'on qualifie aujourd'hui de lien de nationalité qui permet de le constituer juridiquement.

En faisant du Souverain l'élément qui constitue le citoyen-sujet, Hobbes se rapproche sensiblement de la pensée de Bodin. Il ajoute en revanche que cette soumission peut être volontaire alors qu'elle ne saurait l'être chez celui-ci. Dans les deux cas, la souveraineté produit la sujétion et la sujétion fait vivre la souveraineté, mais le statut de l'étranger s'est déjà déplacé avec l'introduction de la notion de volonté dans le lien avec le Souverain : il devient celui qui n'a pas fait acte de volonté.

¹ S. GOYARD-FABRE, *Philosophie politique XVIe-XXe siècle*, PUF, 1987, p.296.

Le moment révolutionnaire reprend en partie cette définition en la complexifiant encore. Faisant de la nation une entité collective souveraine, il lui ajoute une charge symbolique fondamentale qui modifie substantiellement la définition de ses membres. La nationalité devient à la fois un lien vertical avec l'État et un lien horizontal avec la communauté nationale : elle est désormais « l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un État »².

Le national n'est plus uniquement celui qui prête allégeance à l'État sous la souveraineté duquel il se trouve, il devient également le membre d'une communauté unifiée autour d'un projet commun de liberté et d'égalité. Cette double définition rejaillit nécessairement sur le statut de l'étranger. En effet, il devra désormais être lui aussi pensé à la fois dans son rapport avec l'État et dans son rapport avec la communauté nationale : l'entrée dans la communauté nationale devient un enjeu de la distinction entre nationaux et étrangers partagé entre rattachement et appartenance.

Cette corrélation va emporter avec elle une série de présupposés qui rendent difficiles la définition stable des concepts de national et d'étranger (Titre 1) et la détermination par la loi des critères objectifs de distinction (Titre 2).

² H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ, T. 1, 8^e éd., 1993, n° 59.

TITRE 1

UNE DISTINCTION DIFFICILE DES CONCEPTS DE NATIONAL ET D'ÉTRANGER

Étymologiquement, le terme de nationalité renvoie à une approche directement culturelle de la notion : il vient du mot « nation », lui-même issu du latin *natio* qui signifie naissance, race, peuplade³. Définir, en droit, la nationalité conduira donc presque naturellement à poser la question de la construction de la nation. Si elle est avant tout fondée sur le rattachement à un État, la définition juridique de la nationalité ne lui enlève pas son caractère politique suscitant, au-delà des aspects techniques, un vaste débat d'idées autour des questions « d'identité nationale ».

En faisant de la nation l'entité collective détentrice de la souveraineté, la Révolution a fait de celle-ci une entité autonome. Dès lors, cette nouvelle constitution politique conduit à devoir définir ce qui constitue l'unité de cette communauté fondatrice, à répondre à la question « qu'est ce que la nation ? ». Rapidement, la réponse va s'unifier dans le discours politique autour d'un élément clé : la volonté. Qu'elle découle de la théorie du pacte social ou du développement d'une philosophie spiritualiste fondée sur le « vouloir-vivre ensemble », la volonté devient le point de détermination de la frontière entre appartenance et étrangeté.

De cette conception découlera la définition du statut de national, tributaire d'une conception volontariste de la nationalité (Chapitre 1)

Dans cette perspective, l'étranger n'est pas uniquement celui qui n'a pas manifesté sa volonté, il devient celui qui n'a pas partagé le projet commun. Par conséquent, son statut ne dépendra pas que de son simple désir d'entrer dans la communauté nationale, mais aussi de sa volonté de s'y *intégrer*, d'« entrer dans cet ensemble en tant que partie intégrante »⁴ (chapitre 2).

³ H. FULCHIRON, *La nationalité française*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2000, p. 4.

⁴ V° « intégrer », *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* 2013.

Chapitre 1

Un statut de national

tributaire d'une conception volontariste de la nationalité

Au moment de la construction de l'État-nation, les réglementations qui décidaient de l'exclusion ou de l'intégration des individus dans la communauté nationale ont représenté un enjeu majeur de politique nationale et pris une importante valeur symbolique, contribuant à la lente construction de la conception de la nationalité comme lien unitaire à la fois de rattachement et d'appartenance (section 1).

Malgré son unité de principe, la nationalité française a pu être attribuée ou acquise selon des règles qui n'étaient pas identiques dans toutes les parties du territoire de l'État. C'est ce que nous révèle le droit colonial. Le droit de la nationalité élaboré pour les départements d'Algérie est celui qui s'est trouvé le plus directement, et surtout le plus longuement, en rupture avec les principes défendus par le compromis républicain de la III^e République. Par son droit de la nationalité en direction des colonies et des colonisés, la France a fait du lien de nationalité le critère différenciant la gestion des diverses populations placées sous sa domination, dévoyant par là la notion même de nationalité. Le statut d'« indigène » qu'elle a ainsi mis en place, statut hybride entre le national et l'étranger, constitue donc une forme d'« hybridation d'exclusion », fruit d'une dénaturaison de la notion de nationalité (section 2).

Section 1. Une lente construction de la conception de la nationalité

C'est principalement à partir 1789 que la notion moderne de « Français » puis de « nationalité » en général fait son apparition. Dès lors que les Français avaient acquis des prérogatives leur permettant de participer aux affaires publiques, il est

apparu fondamental de les distinguer clairement des étrangers, opérant ainsi la construction de la conception moderne de la nationalité (§ 1).

La nationalité et le régime juridique qui lui est attaché reflètent ainsi la conception que la nation se fait d'elle-même. Si elle est un lien de rattachement, la nationalité est aussi un lien d'appartenance. Elle relie l'individu à l'État mais elle le relie aussi à une communauté. Les différentes théories de la nationalité qui ont influencé le droit positif français de la nationalité renvoient à chacune de ces deux conceptions (§ 2).

§ 1. La construction de la conception moderne de nationalité

La nationalité, en tant que lien de rattachement d'un individu à une autorité étatique, a connu diverses formes avant de devenir le lien « triptyque » entre un individu, l'État et la nation que ce dernier incarne. Elle a tout d'abord reflété la soumission du vassal à son seigneur, puis à son souverain en se basant sur le *jus soli*, avant d'être conçu comme un lien davantage culturel transmis par le sang et donc acquis selon les règles du « *jus sanguinis* » consacrées par le Code civil. Peu à peu, elle a par la suite été amenée à refléter non plus un lien vertical avec le Souverain mais un lien horizontal marqué par l'idée d'appartenance et fondé sur la socialisation (A). S'il est le fruit d'une lente évolution du rapport de l'individu à l'autorité étatique puis à la communauté politique, le droit de la nationalité moderne est également la conséquence d'une certaine conceptualisation de la nation, commencée sous la Révolution par la construction de la figure du citoyen, prémices d'une conception volontariste de la nation (B).

A. La construction d'un droit de la nationalité fondé sur la socialisation

La construction du droit de la nationalité est marqué par un double mouvement : le passage du *jus soli* d'Ancien Régime au *jus sanguinis* révolutionnaire (1) puis la réintroduction républicaine du *jus soli*, conçu non plus comme un lien territorial d'allégeance mais comme un critère de socialisation (2).

1. Le passage du *jus soli* au *jus sanguinis* : de l'allégeance à l'appartenance

La France d'Ancien régime est marquée par la domination du lien d'allégeance comme lien de rattachement, c'est pourquoi elle est marquée par la prépondérance du critère du *jus soli* (a). Rejeté par la Révolution comme une marque de domination royale, le *jus soli* est remplacé par un critère qui marque davantage l'appartenance que l'allégeance au Souverain : le *jus sanguinis*, consacré par le Code civil (b).

a. La prépondérance du jus soli dans la France d'Ancien régime

Les textes médiévaux font référence de manière fréquente aux liens qui unissaient les individus au Prince ou au seigneur. L'on fait ainsi la distinction entre vassal et naturel et la sujétion dérivant du *merum imperium*. Le rapport seigneur-vassal, typiquement féodal, naît du *beneficium* accordé par le seigneur au vassal « en raison du bien fait ou pour l'honneur »⁵ et entraîne des devoirs réciproques. Le vassal doit rendre certains services en retour desquels le seigneur lui assure la protection. L'un et l'autre se doivent ainsi une aide mutuelle. La situation du vassal prêtant hommage dépend de la formule *facio me hominum tuum*. Elle revêt donc un caractère de subordination complète parfois semblable à celle du serf, c'est pourquoi la dénomination de vassal a été attribuée par la suite à tous les sujets du monarque comme marque et aboutissement de la conception absolutiste.

Le terme de vassal est transposé et devient le « sujet » du Souverain. Le terme de vassal a aujourd'hui disparu mais il a laissé des traces, notamment dans les quelques législations considérant que le fait d'exercer la carrière des armes dans un État étranger est une cause de perte de la nationalité⁶.

⁵ F. DE CASTRO, « La nationalité, la double nationalité, la supranationalité », *Rec. Cours La Haye*, 1961.I, p. 528.

⁶ Une telle disposition révèle en effet une conception de la nationalité basée sur l'allégeance au souverain.

Le naturel se rapproche grandement de la figure du vassal lige. Il est lié au seigneur par un lien exclusif, qui crée des obligations de services à rendre et de fidélité envers le seigneur qui devront passer avant et contre tous. Ce lien de nature crée des devoirs réciproques et doit être observé avec loyauté. Il s'agit d'un lien permanent dont l'acquisition ou la perte ne dépendent pas de la volonté individuelle. La seule différence entre le vassal lige et le naturel est le mode d'acquisition : la condition de lige naît d'un pacte tandis que le naturel possède ce caractère dès sa naissance. Il provient tout nécessairement et naturellement du fait que la personne soit encrée sur une terre et appartienne au groupe de ceux qui y vivent. Il est d'ores et déjà intéressant de noter que toutes ces formes de lien sont établies exclusivement entre deux sujets : d'une part le Seigneur ou le Souverain, de l'autre le vassal ou le sujet. La structure politique s'envisage donc comme une série de liens individuels dont l'unité provient de la coïncidence au point central⁷.

Chacun de ces liens a eu une importance prépondérante sur la notion de nationalité. Ils ont conduit à la mise en place du droit du sol ainsi qu'à l'idée de lien exclusif qui domine le droit de la nationalité.

Au XVII^e siècle, Jean Bacquet définit ainsi les « vrais et naturels François » comme étant ceux qui sont « naiz dedans le royaume, pais, terres et seigneuries de la Nation, domination et obéissance du Roy »⁸. De même, Pothier affirme que « la seule naissance dans le Royaume donne les droits de naturalité, indépendamment de l'origine des père et mère et de leur demeure »⁹. Certainement hérité du système de la personnalité des lois en vigueur chez les barbares, le mode d'attribution *jure soli* convient à la structure de la société féodale, organisée autour de la possession d'un territoire. Il était donc logique pour le pouvoir féodal de se référer au *jus soli* pour déterminer l'appartenance à la collectivité soumise à l'autorité seigneuriale : celui qui

⁷ V. F. DE CASTRO, « La nationalité, la double nationalité, la supranationalité », *Rec. Cours La Haye*, 1961.I, p.533.

⁸ J. BACQUET, *Traité des droits du domaine de la Couronne de France*, 1^{ère} partie, chap. 2, in *Les Œuvres de Me Jean Bacquet : augmentées de plusieurs questions, décisions et arrêts des cours souveraines de France*, 1664, p. 657.

⁹ R.-J. Pothier, *Traité des personnes*, partie 1, Titre II, in *Œuvres de Pothier : contenant les traités du droit français*, par A.-M.-J.-J. DUPIN, éd. Charles Béchét, 1831, t. 5, p. 163.

naît dans les limites du domaine féodal « appartiendra » au possesseur qui assure protection et domination sur ses terres.

Cette analyse de l'attrait de l'Ancien régime pour le *jus soli* doit cependant être nuancée. Une certaine confusion est parfois opérée entre *jus soli* et *jus sanguinis*. Ainsi, Bodin définit le « citoyen naturel » comme étant « celui qui est natif du citoyen »¹⁰. La jurisprudence de l'Ancien régime tempère également, dès le XVIIe siècle, les rigueurs du *jus soli* qu'elle écarte au profit du *jus sanguinis* pour permettre au descendants de Français nés hors du royaume d'être maintenus sous l'allégeance française. Les régnicoles n'étant pas sujets à l'aubaine qui frappe tout étranger au royaume, l'intérêt fiscal qui s'attache à la qualité de Français semble expliquer une telle position. Néanmoins, si l'influence du *jus sanguinis* s'amplifia jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, il demeura une « exception au principe fondamental du *jus soli*, base de la théorie de l'Ancien Régime »¹¹. Ainsi, si l'arrêt *de Rocquigny* du Parlement de Paris en 1694 élargit l'octroi de l'allégeance française à l'enfant né hors du royaume qui justifiait que l'un de ses ancêtres possédait cette allégeance, « la qualité conférée à cet enfant lors de sa naissance n'est qu'une sorte de présomption qu'il devra confirmer ensuite par son attitude. La meilleure preuve de son attachement à la France est de venir résider sur le territoire du Royaume »¹².

Si vers le milieu du XVème siècle l'idée de nationalité se détache progressivement, en Europe, de l'idée d'allégeance personnelle à un souverain, elle reste conçue, sous l'Ancien Régime, comme un lien d'assujettissement personnel du sujet envers le souverain. Avec la naissance de l'État comme institution, l'abstraction du pouvoir souverain et la nécessité d'assurer la permanence de l'État, le lien de « nationalité », non encore nommé à l'époque, tend à se transformer en un lien unissant un groupe. D'une multiplicité de rapports isolés entre individus dont l'unité provient de la coïncidence au pouvoir central l'on passe alors à un lien permettant de devenir membre d'un peuple compris comme une unité organique. Mais le « sujet » reste soumis au pouvoir exclusif du possesseur du territoire sur lequel il est établi et

¹⁰ J. BODIN, *Les six livres de la République* (1583), éd. Livre de Poche, 1993, p. 65.

¹¹ R. BOULBES, *Travaux du comité français de droit international privé*, 1955-1957, p. 68.

¹² M. VANEL, *Evolution historique de la notion de Français d'origine du XVIe siècle au Code civil*, Paris, 1945, p. 66.

ne bénéficie de ce statut que s'il obéit au souverain local qui lui assure en échange de son obéissance une protection efficace. La fidélité au détenteur du pouvoir régnicole en son lieu d'établissement apparaît ainsi comme le corollaire de la nature contractuelle du lien d'allégeance qui unit le sujet au souverain : « c'est donc la reconnaissance, et obéissance du franc sujet envers son Prince souverain, et la tuition, justice, et défense du prince envers les sujets, qui fait le citoyen. »¹³. Les idées d'allégeance personnelle et de nationalité continueront ainsi de coexister jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle¹⁴.

b. La consécration du jus sanguinis par le Code civil

La Révolution de 1789 met fin à l'idée que le lien avec le Roi est constitutif de l'unité de l'État et trouve un nouveau fondement à celle-ci : la Nation. Le ressortissant qui n'était qu'un sujet passif devient un citoyen, « un membre actif de la *civitas* dont l'existence même de l'État dépend »¹⁵. Le lien existe désormais par rapport à l'État mais aussi entre ceux qui vivent dans cette nouvelle unité organique, chacun d'entre eux étant en rapport avec les autres. C'est pourquoi le critère du *jus sanguinis* est défendu contre le critère féodal de soumission du *jus soli*. Le législateur révolutionnaire officialise ainsi l'octroi de la nationalité française aux individus d'ascendance française même nés à l'étranger. Un tel principe est fondé sur la volonté de comprendre, au sein de la Nation nouvelle, tout individu que l'on espère acquis à la nouvelle idéologie révolutionnaire. C'est ainsi que la loi des 9 et 15 décembre 1790 introduit l'attribution de la nationalité française par filiation, c'est-à-dire *jure sanguinis*¹⁶. Mais cette mesure ne devenait attributive de l'allégeance française qu'à la condition pour l'intéressé de revenir en France et d'y fixer son domicile. Le *jus sanguinis* n'était ainsi admis qu'avec un « correctif de nature territoriale :

¹³ J. BODIN, *op. cit.*, p. 68.

¹⁴ C'est ce que soutient Jean-Michel Belorgey dans son article « Le droit de la nationalité : évolution historique et enjeux » in LAACHER S. (dir.), *Questions de nationalité, histoire et enjeux d'un Code*, L'Harmattan, 1987.

¹⁵ F. DE CASTRO, *op. cit.*, p.541.

¹⁶ Loi des 9 et 15 décembre 1790 : « Sont déclarés naturels français...toutes personnes qui nées en pays étranger, descendent en quelque degré que ce soit d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion ».

l'établissement sur le sol français »¹⁷. Dans la même ligne d'inspiration, la Constitution de 1791 ne retient le *jus sanguinis* que couplé avec le *jus soli*, disposant que « sont citoyens français, ceux qui sont nés en France d'un père français ou assorti de la condition d'établissement en France ceux qui, nés en pays étranger et descendants, 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 ». Enfin, le Code civil opère lui aussi un tel couplage en disposant dans son article 10 que « tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français » tout en prévoyant dans son article 9 que « tout individu né en France d'un étranger pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français ; pourvu que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il s'y établisse dans l'année ».

Malgré ces dernières dispositions, le Code civil entend tout de même rompre avec la législation d'Ancien Régime en accordant la primauté au *jus sanguinis*. Le recul du *jus soli* demeure important car le législateur de 1804 ne rendait plus automatique l'acquisition de la nationalité française pour l'enfant d'étranger né en France.

Ainsi, même s'il revient rapidement dans les débats après l'adoption de principe du *jus sanguinis*, le critère du *jus soli*, abhorré comme renvoyant aux idées féodales de rattachement à la terre du seigneur, défendu par Napoléon Bonaparte s'exprimant en ces termes : « 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 »¹⁸, doit s'incliner devant l'argument essentiel invoqué alors en faveur du *jus sanguinis* : « l'intégration d'un individu à la Nation résulte bien plus du milieu familial où il vit que du hasard de la naissance en un lieu donné »¹⁹. Rejetée par le Tribunat, le *jus soli* sera réintroduit sous la Troisième République comme le critère dominant d'attribution de la nationalité qu'il était déjà avant la Révolution. Une telle réintroduction est d'ailleurs tout à fait significative d'un changement de conception de la nationalité.

¹⁷ R. BOULBÈS, *Droit français de la nationalité*, Sirey, 1957, p. 73.

¹⁸ Napoléon Bonaparte, cité par P. WEIL, « L'histoire de la nationalité française : une leçon pour l'Europe », P. WEIL et R. HANSEN, (dir.), *Nationalité et Citoyenneté en Europe*, 1999, p. 57.

¹⁹ M. LOISEL, *La nationalité française et sa preuve*, éd. Juridique et Technique, 1969, p. 11.

2. La réintroduction du *jus soli* : une nationalité fondée sur la socialisation

Lorsqu'il est réintroduit sous la III^e République, le *jus soli* n'est évidemment plus lié aux idées qui étaient celles du vasselage et de la dépendance territoriale. En réalité, il marque la naissance d'une vision de la Nation comme fait social. L'acquisition de la nationalité est progressivement perçue puis affirmée comme le fruit d'une socialisation progressive construite par la vie sur le territoire national et la participation à la vie sociale.

Le *jus sanguinis* était déjà porteur de l'idée selon laquelle la nationalité n'est pas un lien d'allégeance à un souverain mais un lien davantage « spirituel » que les parents transmettent par l'éducation et la vie familiale²⁰. Les propos de Bonaparte lors des débats qui précèdent la rédaction du Code civil, rappelés ci-dessus, sont d'ailleurs fondés sur une conception de la nationalité comme partage d'une même culture et d'une même pensée, en partie liée aux conceptions volontaristes des Lumières et de la période révolutionnaire. De même, les rédacteurs du Code civil parlent « l'intégration d'un individu à la Nation ». Mais une telle « intégration » ne peut être alors conçue que comme résultante de la vie dans le milieu familial. La nation est alors un prolongement de la famille, ce qui permet de s'assurer d'un lien non-accidentel avec la France et de la préservation d'une société politique proche d'une « société naturelle »²¹. La présence sur le territoire n'est conçue que comme un « hasard » qui ne peut en rien influencer sur le sentiment d'appartenance : on parle ainsi de « hasard de la naissance en un lieu donné »²².

Une telle conception est évidemment liée à la structure de l'État qui caractérise l'époque : le développement des voies de communication est trop faible pour bouleverser les cadres de la vie quotidienne, l'isolement territorial entraîne des différences linguistiques importantes et le maintien des particularismes est amplifié par le manque d'intégration des structures administratives. Le terme même de « nationalité » n'apparaît pas encore dans le vocabulaire juridique. Les limites de

²⁰ Cela ressort notamment des débats précédant le vote de la loi du 8 mars 1803 (entrée en vigueur le 18 mars 1803 et intégrée au Livre I, Titre I, articles 8 à 33 du Code civil en 1804) et rapportés par M. LOISEL dans son ouvrage précédemment cité.

²¹ Duc de Broglie, cité par G. NOIRIEL, *État, nation et immigration. Vers une histoire du pouvoir*, Paris, Belin, 2001, p. 165.

²² M. LOISEL, *op. cit.*, p. 11.

l'intégration nationale, projet pourtant inscrit dans la Révolution, entraînent ainsi l'impossibilité de concevoir le *jus soli* comme critère de l'appartenance.

En réintroduisant le *jus soli*, la Troisième République marque un tournant dans la conception même de la nationalité, tirant alors les conséquences de l'étroit bouleversement politique qui s'opère en son sein : la démocratisation du pouvoir et la construction d'un État social, d'une sphère sociale, publique, qui éduque, socialise, au même titre que la sphère familiale. Les mesures qui rendent l'école gratuite, obligatoire et laïque ne sont pas sans lien avec ce changement du droit de la nationalité : l'école devient un puissant vecteur d'unification linguistique, d'apprentissage de l'histoire et, à travers les manuels scolaires dont le contenu est désormais maîtrisé par l'État, un puissant vecteur d'exaltation du sentiment national. La construction de l'école notamment comme outil d'inculcation d'une « culture nationale »²³ entraînera la possibilité de penser l'appartenance nationale, et donc la nationalité, comme une résultante de la vie sur le territoire national et de la présence au sein de la « société civile ». L'appartenance nationale peut désormais être déduite d'une « immersion culturelle » et la nationalité résulter de l'application du critère du *jus soli*. Par la loi du 26 juin 1889²⁴, le législateur réintroduit ainsi le critère dans le droit de la nationalité, l'ajoutant au critère du *jus sanguinis* conservé depuis la Révolution.

A ce titre, « le parcours français du droit de la nationalité est exemplaire »²⁵. Après avoir été le premier pays à avoir adopté le *jus sanguinis*, la France fut aussi le premier pays à réintroduire, à la fin du XIXe siècle, un « *jus soli* républicanisé, non plus fondé sur l'allégeance mais sur la socialisation »²⁶. Une telle transformation juridique n'a pu être opérée que parce que l'approche sociologique de la nation s'est imposée puis modifiée. Le « critère de socialisation » comme fondement du droit de

²³ L'expression est notamment employée par P. NORA in *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, 1991, t.1, « La République ».

²⁴ Loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, *J.O.* du n°0172 du 28 juin 1889, p. 2977. Pour une étude de la loi v. notamment : A. ANDREANI, *La condition des étrangers en France et la législation sur la nationalité française : (Loi des 26 juin 1889, 22 juillet et 8 août 1893)*, éd. Guillaumin, 1896 ou encore G. TOULOUSE, *De l'Acquisition du droit de cité à Rome. De l'acquisition d'une nationalité au moment de la naissance suivant la loi française du 26 juin 1889 et les principales législations étrangères*, Thèse de doctorat, Faculté de droit de Toulouse, 1891.

²⁵ P. WEIL, *op. cit.*, p. 61.

²⁶ P. WEIL, *op. cit.* p. 61.

la nationalité moderne ne s'est imposé qu'à travers la lente définition de la nation elle-même.

B. Le citoyen de l'époque révolutionnaire : les prémices d'une conception volontariste de la nation

Inspirée de considérations politiques, substituant la souveraineté de la nation à celle du roi, la Révolution a renforcé le lien entre « nationaux » et déplacé le point d'attache. Le citoyen nouveau, c'est-à-dire le national à l'époque, c'est celui qu'unit un lien d'appartenance à la nation souveraine. À une nation plutôt qu'à un État²⁷. Dans cette optique, le citoyen n'est pas à proprement parler celui qui agit politiquement, mais plutôt celui qui assure un rôle social au sens large, axé sur la société civile. Par cette construction, la Révolution pose les prémices d'une conception volontariste de la nation et annonce l'avènement de la théorie spiritualiste de la nation.

Dans son article « citoyen », Diderot écrit ainsi que « Celui qui réside dans une pareille société [« une société libre de plusieurs familles »] pour quelque affaire, et qui doit s'en éloigner, son affaire terminée, n'est point citoyen de cette société ; c'en est seulement un sujet momentané. Celui qui y fait son séjour habituel, mais qui n'a aucune part à ses droits et franchises, n'en est pas non plus un citoyen »²⁸. Il n'est donc pas véritablement question de participation politique au sens du vote, mais bien d'une participation plus générale à la vie sociale commune. De même, dans son article « Fondation », Turgot présente le citoyen comme celui qui agit avec autrui dans un sentiment commun de devoir diriger cette action vers le bien de la communauté²⁹.

Devenir citoyen, c'est-à-dire Français, est un engagement issu à la fois d'une démarche volontaire, d'un contrat librement consenti, et d'une volonté de donner une force à l'action collective dans la résorption d'un problème touchant la vie de la

²⁷ F. TERRÉ, « Réflexions sur la notion de nationalité », *Revue critique de droit international privé*, 1975, p. 205.

²⁸ D. DIDEROT, « Citoyen », *Encyclopédie*, volume 3, p. 488.

²⁹ A. R. J. TURGOT, « Fondation », *Encyclopédie*, volume 7, p. 75 : « Je citerai en particulier la ville de Bayeux, dont les habitants se sont cotisés librement, pour bannir la ville de la mendicité ; [...] Ce bel exemple mérité d'être proposé à l'émulation de toutes nos villes : rien ne sera si aisé, quand on le voudra bien, que de tourner vers des objets d'une utilité générale et certaine, l'émulation et le goût d'une nation aussi sensible à l'honneur que la nôtre [...] ».

communauté. L'engagement citoyen suppose ainsi une « transcendance du particulier »³⁰ et surtout une liberté de l'individu. C'est ainsi que les philosophes des Lumières distinguent le « sujet » de Hobbes du « citoyen » de la Révolution. Si Hobbes ne différencie pas le sujet du citoyen, c'est parce qu'il considère l'individu avant tout comme soumis au dépositaire du pouvoir souverain. Le citoyen de la Révolution n'est, lui, pas soumis au dépositaire du pouvoir souverain mais à la souveraineté même en ce sens qu'il participe de celle-ci en construisant la Nation. La distinction entre sujet et citoyen est ainsi fondée sur la nature de chacun : le premier est contraint par le détenteur du pouvoir, le second ne l'est pas car c'est par sa volonté qu'il adhère à la communauté dans laquelle il ne connaît que des relations d'égalité avec ses pairs. Chez Diderot par exemple, l'idée de « soumission » dans le contrat originel est combattue : si pour Hobbes le citoyen une fois entré en société a transféré sa part de souveraineté au Prince ou à l'Assemblée désignée, pour Diderot il continue d'exercer cette souveraineté, le citoyen se définissant ainsi par l'action permanente. La qualité de citoyen, c'est-à-dire de « naturel » ou de « national » dans ce contexte, est donc le fruit de la nature de l'homme et de la volonté individuelle tournée vers un intérêt collectif, le bien de la communauté.

Bien que ces principes soient présentés comme ayant une portée universelle, le citoyen défini n'est pas celui d'une société quelconque. Il s'inscrit dans un espace particulier : sa patrie. Diderot écrit ainsi que « chacun y mette du sien ; que l'Artiste y soit pour la main d'œuvre ; [...] et bientôt nos Arts et nos manufactures auront sur celles des étrangers toute la supériorité que nous désirons »³¹. C'est un appel clair à la participation de tous les éléments de la nation au rayonnement de la France. De même, Jaucourt, dans son article « Etude » enjoint les citoyens de « songer principalement [...] à orner la Sparte dont vous avez fait choix ; il est bon de voir les belles villes du monde, mais il ne faut être citoyen que d'une seule »³². Il y a donc un lien clair entre l'idée de bien commun et celle de prestige, de gloire de la patrie : être citoyen suppose un comportement social dont l'objet doit être le bien commun de la nation. Le citoyen doit ainsi concentrer son action non pas sur l'universel mais sur la patrie qu'il a choisie, annonçant par là la théorie subjective de la nationalité qui

³⁰ C. GLADSTONE, « Le citoyen dans l'Encyclopédie », *Dix-huitième siècle*, n° 42, 2010, p. 591.

³¹ D. DIDEROT, « Art », *Encyclopédie*, volume 1, p. 717.

³² L. de JAUCOURT, « Etude », *Encyclopédie*, volume 6, p. 87.

dominera au siècle suivant. Cette notion de « choix » est fondamentale. Elle apparaît dans l'article « Etude » de Jaucourt³³ et domine l'ensemble de la théorie révolutionnaire de la qualité de citoyen, et donc de la nationalité, les deux termes étant alors indifférenciés.

Le terme de « citoyen », parce qu'il est fondé sur la notion de volonté et de choix, va effacer de fait, dès 1789, les distinctions entre l'appartenance légale à la nation selon les critères du droit d'Ancien Régime, l'engagement patriotique et l'exercice des droits politiques. Il s'agit alors avant tout de passer de l'état de sujet à l'état de citoyen et ce passage de la soumission à la liberté concerne l'ensemble des individus participant à l'événement révolutionnaire. Devenir « citoyen français » signifie être inclus dans le peuple souverain français qui prend conscience de lui-même et se définit comme tel. Le citoyen est alors celui qui choisit de vivre sous les lois élaborées par l'Assemblée nationale constituante et qui adhère aux principes qui régissent ces lois, c'est-à-dire à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Choisir l'idéal révolutionnaire fait de l'individu un patriote et de fait un citoyen français, comme choisir le camp contre-révolutionnaire revient à se déclarer « hors le peuple souverain » et donc étranger de fait.

Cette association fondamentale entre les notions de citoyen, patriote et national caractérise le moment révolutionnaire et affirme une conception de la nation sans référence à l'idée de race ou d'ethnie. La nation n'est fondée que sur le contrat de souveraineté libérale, c'est-à-dire sur le principe d'obéissance volontaire aux lois auxquelles la nation a elle-même consenti et qui sont fondées sur les principes de la Déclaration. L'adhésion à ces principes et à ces droits du citoyen est le fruit de la seule raison sensible, d'un lien rationnel et affectif indissociable qui fait que le patriote, le citoyen, le national, est capable de défendre ce projet politique national avec ardeur sur la place publique. Les seuls critères applicables à la définition du citoyen français sont le lieu et la volonté d'adhésion. La contrainte de sang ou de nationalité au sens juridique alors en vigueur n'a pas de sens, de même que l'idée d'une longue acculturation nécessaire à une imprégnation du nouvel idéal national : l'adhésion peut être immédiate ou refusée durablement malgré une présence de longue date sur le territoire en cas de refus de l'idéal révolutionnaire.

³³ « La Sparte dont vous avez fait choix » [nous soulignons], *précité.*, p. 87.

En constituant un nouveau lien national autour d'un lien symbolique fort, l'adhésion à la loi, le moment révolutionnaire permet de recréer l'unité de la nation perdue au moment de la destruction de la figure royale comme corps mystique incarnant l'unité de l'État et donc du corps social. Peu à peu, la forte identité locale d'Ancien Régime fait place à une nouvelle solidarité et transforme les repères d'identification : de locaux ceux-ci deviennent nationaux. Le renforcement du symbole de la loi, qui est la même pour tous, et de nouveaux « gestes du vivre-ensemble »³⁴ créent progressivement le sentiment d'appartenance nationale. La symbolisation de l'identité nationale française passe avant tout par l'adhésion de l'opinion publique aux travaux de l'Assemblée constituante devenue une entité sacralisée remplaçant de fait la figure unificatrice du Roi. Par la mise en valeur des ces éléments commence alors la construction du mythe révolutionnaire. Adhérer à cette nation nouvellement souveraine est alors peu à peu présenté comme un choix en faveur d'un modèle de société fondé sur cette sacralisation de la loi garante de l'égalité entre les citoyens.

Cette approche révolutionnaire de la qualité de national fondée sur la volonté d'adhésion va constituer le premier fondement de la théorie subjective ou sociologique de la nationalité. Elle va introduire l'idée qu'être national signifie partager et défendre le projet politique de la nation à laquelle on appartient. Il ne s'agit plus d'un lien entre le souverain et l'individu mais bien d'un lien des individus entre eux issu d'un choix à la fois rationnel et affectif.

Cependant, la théorie révolutionnaire telle que nous venons de l'exposer ne connaît pas encore l'idée d'une origine et d'une construction historique communes, du partage des valeurs notamment religieuses, qui sont eux aussi des fondements de la théorie subjective de la nationalité. En effet, l'influence de l'universalisme de la philosophie des Lumières empêche toute définition ethnique ou culturelle de la nation. Celle-ci n'existe que dans le cadre d'une lutte pour la conquête du pouvoir politique, pour devenir le lieu où celui-ci s'est rationalisé et institutionnalisé.

³⁴ S. WAHNICH, *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Albin Michel, 1997, p. 57.

§ 2. Les conceptions de la nationalité dans la pensée juridique moderne : le lien entre Nation et nationalité

Traditionnellement, on considère le droit de la nationalité comme un attribut essentiel de la souveraineté de l'État. Chaque État est maître de sa nationalité et, dans cette perspective, la volonté individuelle ne semble jouer aucun rôle. Pourtant, les débats durant les travaux de la Commission de la nationalité en 1988³⁵ et lors de l'adoption de la loi de 1993 relatifs à la manifestation de volonté comme critère d'acquisition de la nationalité pour les enfants d'étrangers nés en France ont mis en exergue la question de la place de la volonté individuelle en droit de la nationalité.

La place de la volonté dans le droit de la nationalité semble se trouver dans un premier temps à la croisée de deux conceptions de la nationalité : celle qui la pense comme un lien avec l'État et celle qui la pense comme un lien avec la Nation (A). Ce second courant, dit volontariste ou spiritualiste, semble avoir imprimé durablement le droit de la nationalité. Présentant la nation comme le fruit d'une volonté commune de vivre ensemble, il a placé la volonté au cœur du droit de la nationalité. Si la place de la volonté a par la suite été présentée comme secondaire face au pouvoir souverain de l'État de déterminer ses nationaux, elle réintègre aujourd'hui un débat marqué par le retour d'une conception de la nationalité comme choix d'appartenance (B).

A. La nationalité entre lien de rattachement et lien d'appartenance

De la réflexion autour du lien entre nation et nationalité naissent deux courants : le courant institutionnaliste et le courant normativiste. Le second vise à détacher le droit de la nationalité d'une quelconque conception de la nation afin de n'en faire que l'expression d'un fait juridique. Préféré par le droit international, difficilement intégré dans le droit national, ce courant choisit une conception présentée comme objective de la nationalité faisant principalement, voire exclusivement, de ce lien un critère de répartition des individus entre les États (1). Le premier, prône au contraire une notion volontariste de la nation fondée sur une vision de la nationalité comme lien culturel et moral. Il construit ainsi la conception

³⁵ *Être français aujourd'hui et demain*, Rapport de la Commission de la nationalité, La documentation française, 1988.

sociologique de la nationalité qui fait d'elle un lien entre l'individu et la communauté (2).

1. La théorie normativiste : la nationalité comme lien objectif de rattachement

La théorie normativiste tend à assimiler la population au peuple, c'est-à-dire à l'ensemble des personnes soumises à la domination étatique, en faisant de la nationalité une simple donnée juridique de rattachement de l'individu à l'État. Une telle conception entraîne nécessairement des traductions juridiques spécifiques dans le droit de la nationalité.

Kelsen, principal représentant de cette théorie, définit le peuple comme « une pluralité d'individus » dont l'unité peut n'exister que d'un point de vue juridique. Comme chez Hobbes, c'est dans le pouvoir de l'État que va se trouver l'unité face à une multitude d'individus isolés. Se plaçant contre la théorie institutionnaliste, la théorie normativiste voit dans la différence de race, de religion, de langues et de culture qui existe au sein de la population un facteur de désunion : la théorie normativiste ne fait ainsi que pointer l'irréductible diversité du peuple réel et en tire un constat simple : il est impossible au juriste d'adopter la définition sociologique ou culturelle de la nation. Tout autre lien que le juridique est voué à l'échec. Kelsen écrit ainsi : « toutes les tentatives pour trouver un autre lien [que le lien juridique] qui fasse une unité cohérente de ce grand nombre d'hommes, alors qu'ils peuvent différer par la langue, par la race, par la religion et les croyances, et être séparés par des antagonismes de classes et divers autres conflits d'intérêts, toutes ces tentatives sont nécessairement vouées à l'échec »³⁶.

La nationalité désigne donc le lien suivant lequel chaque individu est soumis à l'État : « l'unité normative » du peuple « résulte au fond d'une seule donnée juridique : la soumission de tous ses membres au même ordre étatique »³⁷. Le peuple est donc défini de manière abstraite, c'est un ensemble d'actes individuels déterminés et régis par l'ordre étatique qui n'existe pas avant l'État. La nation devient donc une notion totalement conventionnelle et la nationalité un lien purement formel. Elle n'est pas considérée comme une institution essentielle de l'État. Elle est « une institution de droit positif, ayant un rôle bien déterminé en droit positif, réglé soit par le droit

³⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, rééd., Bruylant, LGDJ, 1999, p. 282.

³⁷ H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, rééd., Dalloz, 2^{ème} éd., 2004, p. 14.

interne soit par le droit international»³⁸. La nationalité n'a pas ce fondement politico-culturel qu'elle revêt dans la théorie institutionnaliste. Elle est un lien juridique de rattachement de l'individu à l'État qui n'exige aucune qualité particulière chez cet individu. C'est un lien conféré par le seul droit positif³⁹.

Cette théorie fonde la nationalité en tant que lien juridique sur le caractère unilatéral et complet de la *subjectio* de chaque individu envers le Souverain. Mais comme le relève F. De Castro, elle est particulièrement inexacte par rapport au lien qui rendit populaire le terme même de nationalité. Ce désaccord est responsable du fait que certains membres de la doctrine, partisans de la théorie normativiste, aient proposé de remplacer le mot de « nationalité » par le terme d'« étatalité », traduction littérale de la « *Staatsangehörigkeit* » allemande⁴⁰. La forme la plus excessive de cette théorie est la conception de la nationalité formelle qui veut que la nationalité soit un concept de caractère abstrait, vide de contenu, un rapport juridique auquel les lois peuvent attribuer *ab libitum* des droits et des obligations. Il ne s'agit que d'une « catégorie ou cadre purement formel, au contenu changeant ou indifférent »⁴¹. De même, dans la continuité de cette doctrine, on a pu parler de nationalité fonctionnelle. Observant l'utilisation de la notion de nationalité dans les différentes lois et traités à des fins hétérogènes et désorganisées, une partie de la doctrine a pu affirmer que chaque disposition et chaque branche du droit peut utiliser le concept en lui donnant un sens différent voire contradictoire à chaque fois. Le terme de nationalité est alors utilisé par le droit comme un signe abstrait à valeur changeante.

Cette théorie normativiste ou ses dérivés ont ainsi pour but d'écarter du droit positif toute impureté sociologique et politique. En cela, elle est celle qui a le plus influencé la position du droit international en la matière. Elle est venue relativiser les tendances sociologiques de la notion de nationalité en reconcentrant la notion sur sa seule valeur juridique. Les conséquences d'une telle perception de la nationalité sont doubles : elle suppose tout d'abord un « droit à la nationalité » et plus précisément un

³⁸ H. 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, II., p. 635.

³⁹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 120.

⁴⁰ F. DE CASTRO, « La nationalité, la double nationalité, la supranationalité », *Rec. Cours La Haye* 1961.I, p. 551.

⁴¹ F. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 552.

droit à « sa » nationalité, ainsi qu'une redéfinition des critères d'attribution de la nationalité autour des notions « d'effectivité » et de « proximité » avec l'État et non avec sa population constitutive, à savoir la nation.

A l'issue de la seconde guerre mondiale, le premier droit lié à la question de la nationalité affirmé par le droit international est celui du droit à une nationalité, consacré afin de protéger l'individu. Le droit international tend ainsi à le considérer comme un droit de l'homme, c'est pourquoi il le consacre à l'article 15§ 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ainsi affirmé dans des textes internationaux, ce droit nouveau ne saurait être dépendant de la volonté souveraine et politique des États en matière de détermination des nationaux. Le corollaire nécessaire de cette reconnaissance serait alors d'imposer une conception objective de la nationalité qui s'imposerait aux États et qui serait totalement indépendante des questions politiques que la matière peut soulever. L'intérêt de l'État, conçu comme intérêt politique souverain, ne devrait ainsi plus être le seul pris en compte dans la détermination de la nationalité. Pour cela, seul le critère objectif de l'effectivité devrait être pris en compte.

Dans le cadre d'une détermination selon le critère de l'effectivité, la nationalité est avant tout une notion objective. Afin de la déterminer, il est nécessaire de faire prévaloir des éléments objectifs puisque l'effectivité ne peut trouver son fondement que dans des faits. Selon certains, il existe deux sortes d'objectivité : l'effectivité d'allégeance et l'effectivité de proximité⁴². La recherche de la nationalité effective serait une méthode subjective si elle avait pour but de trouver l'effectivité d'allégeance car alors la nationalité effective serait celle de l'État sous la souveraineté duquel l'individu a entendu se placer. A l'inverse, la recherche de l'effectivité de proximité serait une méthode objective consistant en la localisation du milieu de vie, mais elle revêt un caractère instable puisque le moindre changement de résidence ferait varier la nationalité effective. Or, le lien avec l'État que représente la nationalité ne saurait être aussi contingent, ce qui rend le seul critère de la proximité assez inadapté. L'effectivité d'allégeance, quant à elle, est qualifiée d'objective en ce qu'elle repose sur des éléments abstraits. Par conséquent, la recherche de la nationalité effective devrait reposer sur une analyse des signes d'allégeance, mais

⁴² Cette distinction est opérée par P. LAGARDE in « Nationalité », *Rép. Dalloz Dr. Int.*, 1998, n°61.

ceux-ci doivent être concrets même s'ils ont pour origine la volonté de l'individu. La recherche de l'effectivité serait donc la recherche de la nationalité de l'État qui exerce effectivement sa souveraineté, son autorité, sur l'individu. Il s'agit d'une effectivité de souveraineté.

Déterminer la nationalité d'un individu revient, dans cette optique, à rechercher quel est l'État qui exerce en réalité sa souveraineté sur cet individu. Afin de la déterminer, l'on peut alors faire appel à la notion de proximité, cette dernière faisant présumer que l'État dans lequel réside l'individu est celui qui exerce sur lui sa souveraineté. Mais il ne s'agit là que d'une présomption simple qui ne vaut que jusqu'à preuve du contraire.

Suivant ces éléments, l'État est un des principaux acteurs de l'effectivité. Il accepte, ou non, qu'un individu se soumette à sa souveraineté et il cherche à l'étendre ou à la maintenir à un nombre déterminé d'individus ou au contraire à la limiter. Par conséquent, il intervient directement dans la création ou le maintien des situations qui rendent la nationalité effective. Ce n'est qu'au stade de la politique d'immigration que l'État peut refuser de soumettre un individu à sa souveraineté en limitant l'accès à son territoire, empêchant par là même la formation d'une quelconque forme d'effectivité⁴³.

La nationalité découle ainsi du lien de soumission de l'individu envers l'État, expression assez directe de la théorie normativiste. Cependant, les critères eux-mêmes, choisis afin de révéler cette effectivité du lien de sujétion, sont en réalité doubles sur le fond. S'ils prétendent être « objectifs », ils sont en réalité fondés sur la volonté de révéler un « fait social » effectif. Certes ils visent à s'éloigner de la conception volontariste de la nation, mais ils rejoignent les premières théories de la nationalité fondées sur la socialisation. Le premier critère sera par exemple celui de la résidence. En tant que telle, la résidence révèle en effet une certaine permanence dans la soumission de l'individu à la souveraineté territoriale de l'État. Mais elle a aussi pour fonction de démontrer la volonté de l'individu de s'installer au sein de la communauté de cet État, de se soumettre à l'État en question mais surtout le lien social qui résulte nécessairement du fait qu'il réside sur le territoire et vive donc au sein de la société civile. Par son caractère prolongé elle est en réalité un indice de lien

⁴³ Pour un exposé détaillé de ces positions v. A. DIONISI-PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois-Lextenso, Coll. de thèses, 2008, p. 259.

social de l'individu avec l'État. En elle-même, la théorie de la détermination « objective » de la nationalité ne change pas la nature de celle-ci : elle focalise la détermination sur le rapport de l'individu à la communauté sociale de l'État. Elle relativise les critères culturels explicites, mais elle déduit l'attachement des individus à l'État par des éléments de fait : la résidence, le mariage, ou l'exercice d'une activité professionnelle. Il serait donc erroné de la présenter comme totalement dépourvue de lien avec les conceptions de la nationalité comme résultante d'un processus de socialisation. Son but semble être principalement de détacher la nationalité de la volonté souveraine de l'État en la liant davantage à des éléments *a priori* indépendants de sa volonté.

La théorie normative attribue au droit la seule fonction de prescrire des comportements sans nécessairement prendre en compte les données sociologiques ou culturelles de la réalité sociale. Ses partisans la qualifieront alors de véritable conception juridique et ses opposants de formelle⁴⁴. Au contraire, la théorie institutionnaliste repose de manière générale sur une vision du droit comme expression et consécration des faits sociaux, politiques et culturels. Ses partisans la qualifieront de matérielle et ses opposants de politique⁴⁵.

2. La théorie institutionnaliste : la nationalité comme mentalité

Ce courant, qualifié de sociologique ou institutionnel, domine après la Révolution parce qu'il est le plus en accord avec elle du point de vue idéologique. En effet, il estime qu'il est évident qu'un national possède ce titre de ressortissant en tant que membre de la Nation ou du peuple français. Il identifie donc la population à la nation⁴⁶.

Afin de répondre directement à la justification allemande de l'annexion de l'Alsace-Lorraine fondée sur la communauté de race et de langue, la théorie subjective ajoute une dimension spirituelle de la nation à la conception volontariste issue de l'époque révolutionnaire. La communauté raciale et linguistique apparaît

⁴⁴ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁵ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁶ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 118.

comme secondaire dès lors que « les hommes sentent dans leur cœur qu'ils sont un même peuple lorsqu'ils ont une communauté d'idées, d'intérêts et de souvenirs et d'espérances. Il se peut que l'Alsace soit allemande par la race et par la langue ; mais par la nationalité et le sentiment de la patrie elle est française »⁴⁷. Ce courant institutionnaliste emprunte aux philosophes et aux sociologues l'idée selon laquelle le sentiment de solidarité dans la destinée politique forme le principe d'unité de la nation. L'élément fondamental est ce qu'Hauriou appelle la « parenté spirituelle ». Partisan de ce courant sociologique⁴⁸, il considère ainsi que la nation est un groupement social qui a pris conscience de son unité morale, de ses intérêts communs et est prêt à former une communion étatique⁴⁹. Il rejoint en cela Renan pour qui la nation est avant tout autre chose une « formation spirituelle ». Dans sa conférence de 1882 à la Sorbonne, Ernest Renan expose l'idée selon laquelle une nation « est une âme, un principe spirituel... C'est l'aboutissement d'un long passé d'efforts, de sacrifices et de dévouements [...] avoir des gloires communes dans le passé, une volonté commune dans le présent [...] L'existence d'une nation est un plébiscite de tous les jours »⁵⁰. C'est ainsi la volonté des individus qui justifie l'appartenance nationale. Ce qui fonde l'adhésion au présent, c'est le fait de connaître mais aussi d'adopter consciemment, par acte conscient de volonté, l'héritage du passé afin ensuite de construire une volonté tendue vers un avenir commun.

Cette présentation est l'aboutissement de la liaison entre la conception volontariste et la conception sociologique. Ainsi entendue, la nation est « l'unité politique d'un peuple »⁵¹ et se résume en un « vouloir vivre collectif ». Georges Burdeau résumera ainsi cette double dimension, spirituelle et volontariste, de la nation en considérant que la population d'un État est « un ensemble cohérent,

⁴⁷ N.-D. FUSTEL DE COULANGES, « L'Alsace est-elle allemande ou française ?, Réponse à M. MOMMSEN », lettre du 27 octobre 1870, publiée dans le recueil posthume établi par C. JULLIAN : *Questions historiques, revues et complétées*, 1^{ère} éd., 1893.

⁴⁸ Nous verrons cependant, *infra*, qu'il en est un partisan particulier. V. cette partie, Titre 2, chapitre 2.

⁴⁹ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie du recueil Sirey, 2^e éd. 1930, p. 6.

⁵⁰ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Flammarion, coll. « Champs classiques », 2011, p. 74-75.

⁵¹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, p.131, cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 118.

nettement différencié, elle forme une nation » qui est avant tout « le sentiment d'une solidarité qui unit les individus dans leur volonté de vivre ensemble »⁵².

Maurice Hauriou a ainsi parfaitement résumé l'esprit de cette doctrine dans sa formule célèbre : la nation est basée sur l'idée qu'il y a des « âmes sœurs », des « mentalités pareilles »⁵³, c'est pourquoi la « nationalité est une mentalité...et c'est directement de cette mentalité commune que découle l'unité morale nationale, laquelle engendre à son tour la communion »⁵⁴. Ces propos permettent tout d'abord de déceler la part de caractère culturel que la théorie sociologique joint à la nationalité. En effet, elle ajoute des éléments d'adhésion fondés sur le partage d'une identité culturelle qui complète l'identité politique. Une telle identité est expliquée en partie par les événements historiques, par les intérêts communs mais elle découle aussi d'une conception de la nation comme « groupement de formations ethniques primaires chez lesquelles la cohabitation prolongée dans un même pays, jointe à certaines communautés de race, de langue, de religion, et de souvenirs historiques, a dégagé une communauté spirituelle, base d'une formation ethnique supérieure »⁵⁵. Ces formules marquent ainsi la prédominance des éléments subjectifs sur les éléments objectifs dans le fondement et la forme des nations⁵⁶. Dans cette conception, l'appartenance à la nation est en partie déterminée par une adaptation à l'environnement et à la culture dans laquelle l'individu se construit et qui induit chez lui une forme de pensée identique à celle des autres nationaux. Dans cette perspective, la cohabitation au sein d'un même territoire est déterminante car elle contribue à la construction d'une communion nationale par le partage d'intérêts immédiats⁵⁷.

Pourtant, dans la pensée de Maurice Hauriou comme dans celle d'Ernest Renan, ces éléments ne sont pas au cœur du lien national. En effet, ils sont de nature

⁵² G. BURDEAU, *Traité de Science politique*, T. II, L'État, L.G.D.J., 1980, p. 123.

⁵³ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du recueil Sirey, 2^e éd. 1929, rééd. Dalloz, 2015, Présentation J. Hummel, p. 80.

⁵⁶ A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé, T.I : La nationalité*, éd. Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, 2^e éd. 1907, n° 12.

⁵⁷ M. Hauriou estime ainsi qu' « il ne faut pas oublier les intérêts communs d'ordre matériel que la cohabitation sur le même territoire fait nécessairement surgir, intérêts de production agricole et de commerce. On saisit ici le rôle important que joue l'habitat commun dans la création de la communion nationale », *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 7.

à conduire l'individu à dépasser sa seule conscience individuelle pour adopter une forme de pensée collective. De là naît une « parenté spirituelle » qui découle en partie d'une conception matérielle de la nation et de la nationalité. Ces éléments matériels concourent à susciter le sentiment d'appartenance et à construire la « conscience identitaire »⁵⁸ d'une nation, qui n'est pas l'uniformisation des pensées mais le sentiment de partager et de défendre des aspirations et des valeurs identiques et collectives. C'est ainsi qu' « un étranger est assimilé, non pas quand il a les mêmes idées qu'un national, car les idées sont différentes même entre nationaux, mais quand il a acquis la même mentalité, c'est-à-dire la même tournure d'esprit, la même d'envisager toutes les idées »⁵⁹.

Le lien juridique que constitue la nationalité est donc conçu avant tout comme le rattachement de l'individu à la nation, perçue comme le substrat humain de l'État. Cette théorie a l'avantage de ne pas s'éloigner de la signification lexicologique de la nationalité et de correspondre probablement au sens populaire de la majorité des pays⁶⁰. Mais elle a l'inconvénient majeur de ne présenter la nationalité que comme lien d'appartenance à un peuple comme base de la condition de membre actif de la communauté juridique⁶¹.

En réalité, la différence entre les théories institutionnaliste et normative se trouve principalement dans la question de la volonté de l'individu en matière de nationalité. Là où la théorie institutionnaliste porte l'attention sur les actes de volonté de l'individu qui souhaite se voir lié à la communauté nationale, la théorie normativiste fait de la nationalité un lien déterminé « de l'extérieur », sur le fondement d'une présomption d'appartenance que l'État ne doit faire que constater. Le processus de socialisation la rejoint en cela : elle suppose que la vie au sein de la collectivité fait de l'individu, presque malgré lui, un membre de la communauté. L'acte de volonté en lui-même n'est pas pris en compte.

Si cette analyse fondée sur la socialisation a en partie orienté le droit de la nationalité sous la IIIe République, on doit constater un retour actuel aux théories

⁵⁸ D. SCHNAPPER, « La nation comme communauté de culture », *Revue française d'administration publique*, n°47, juillet-septembre 1988, p. 437.

⁵⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.8.

⁶⁰ F. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 547.

⁶¹ F. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 547.

volontaristes originaires fondées notamment sur l'idée de la nécessité d'un pacte conscient et volontaire entre l'individu et la nation à laquelle il appartient.

La question de la volonté en droit de la nationalité, directement héritée de la théorie institutionnaliste, est aujourd'hui prégnante et constitue un point de débats récurrents en droit de la nationalité.

B. Nationalité et volonté : le retour de la nationalité comme choix d'appartenance

Pointée par les débats de la Commission de la nationalité en 1988 et les débats législatifs de 1993, la question de la volonté apparaissait déjà dans les débats relatifs à la nature contractuelle de la nationalité. Même si la théorie contractuelle pure est aujourd'hui abandonnée, la question de la nationalité comme fruit d'une volonté et non d'un fait d'appartenance semble de nouveau posée par un certain retour à la conception élective de la Nation qui, si elle n'est plus matérialisée par une exigence formelle de manifestation de volonté, domine le droit de la nationalité et en explique en partie les changements récurrents.

La question de la manifestation de volonté ne commence pas avec le droit moderne de la nationalité. Sous la Révolution, entre 1790 et 1795, la nationalité est attribuée automatiquement à tout étranger résidant en France, même contre sa volonté⁶². Ce n'est que pour devenir citoyen actif que le français doit manifester sa volonté en prêtant le serment civique. S'il n'effectue pas cette prestation, il n'en demeure pas moins français⁶³. Cette automaticité est abandonnée par la Constitution de 1791 dans laquelle la prestation du serment civique devient l'une des conditions d'accès à la qualité de Français, ce qu'elle n'était pas dans la loi de 1790. Mais la Constitution de 1791 ayant fait l'objet d'une courte application, c'est la loi de 1790 conjuguée à la Constitution de 1793 qui fondent le droit applicable jusqu'en 1794. Durant cette période, la très grande majorité des étrangers domiciliés en France pendant les premières années de la Révolution sont devenus Français

⁶² La loi des 30 avril et 2 mai 1790 dispose ainsi que tout étranger est automatiquement Français s'il se déjà trouve établi en France depuis cinq ans, a acquis des immeubles ou épousé une Française, ou formé un établissement de commerce ou reçu d'une ville une lettre de bourgeoisie.

⁶³ Une telle position ressort notamment des positions des autorités chargées du recrutement militaire et de la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 27 avril 1819, interprète cette loi du 2 mai 1790 comme distinguant « entre les étrangers qui doivent être réputés Français et ceux qui veulent être admis à l'exercice des droits de citoyens actifs »

automatiquement sans consentement exprès de leur part. Ce n'est qu'avec la Constitution du 21 septembre 1792 que la naturalisation cesse d'être automatique : pour devenir Français, l'étranger doit « déclarer son intention » de se fixer en France.

Dans son *Traité sur la nationalité*, André Weiss affirmait que c'est « dans un contrat synallagmatique intervenu entre l'État et chacun des individus qui le composent que se trouve [...] le fondement juridique de la nationalité »⁶⁴. Considérer que la nationalité est fruit d'un contrat revient à conclure qu'elle dérive d'un accord de volonté entre l'individu futur détenteur de la nationalité et l'État auquel il sera rattaché par le lien de nationalité. Se pose alors évidemment la question de savoir comment a lieu cet accord de volontés. Pour André Weiss, principal défenseur de la théorie de la nationalité-contrat, le consentement de l'État nécessaire à la formation du contrat s'exprime à travers la loi, une loi générale qui statue *in futurum*.⁶⁵ Le consentement du national peut-être quant à lui exprès ou tacite : soit il demande à jouir du droit de cité, soit il ne fait rien pour s'y soustraire s'il l'a obtenu de droit.

Cette théorie, dérivée de la théorie contractualiste de Rousseau, suppose que la nationalité est issue d'un accord de volontés entre l'État et l'individu. Par conséquent, il engendre des obligations réciproques entre les deux parties. L'État est tenu d'accorder à ses nationaux la protection de ses lois et de ses magistrats ainsi que la protection sur la scène internationale, à travers la protection diplomatique. Ce devoir de protection de l'État s'étend sur son territoire ainsi que sur territoire étranger. L'État a pour devoir de garantir le respect des droits civils et politiques de ses nationaux. En échange de cette protection, le national a le devoir de participer à l'expression de la volonté nationale, ainsi que de respecter les lois de l'État dans toutes ses actions. L'État peut le contraindre à participer aux charges publiques ainsi qu'à la défense nationale si nécessaire. Il s'agit donc d'un véritable contrat mais de nature particulière en ce sens qu'il n'emprunte à la théorie des contrats et obligations telle que le droit la formule « ni ses éléments, ni ses règles, ni ses voies d'exécution »⁶⁶.

De plus, ce contrat particulier permet de justifier la différence entre les droits des étrangers et les droits des nationaux. En effet, si les nationaux ont sur un même

⁶⁴ A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, T.1 : *La nationalité*, éd. Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, 2^e éd. 1907, p. 8.

⁶⁵ A. WEISS, *op.cit.* p. 9.

⁶⁶ A. WEISS, *op.cit.* p. 67.

territoire des droits et devoirs plus étendus et plus impérieux que ceux que supportent les étrangers dans leur rapport avec la société locale, c'est parce viennent s'ajouter aux devoirs « naturels » de la vie en société des droits et devoirs issus du contrat librement consenti et donc indérogeable.

La théorie de la nationalité-contrat est aujourd'hui présentée comme quasiment abandonnée. En effet, le contrat suppose un concours de volontés. Or, en matière de nationalité, on ne saurait considérer qu'il existe un tel concours. L'exemple le plus commun est celui de la nationalité d'origine : le national n'a alors en rien consenti à acquérir la nationalité de l'État qui l'a vu naître. Il n'a acquis la nationalité que par un acte unilatéral de l'État : la loi. La doctrine « contractualiste » en la matière a résolu ce problème de la nationalité d'origine par l'utilisation de la fiction du consentement présumé, mais cette solution ne saurait être pleinement recevable tant il est vrai que la fiction du consentement présumé sert le plus souvent à dissimuler un consentement en réalité absent⁶⁷.

En réalité, la volonté individuelle n'a qu'une place infime en matière de nationalité et ce en raison du caractère très politique de la matière. L'État a le monopole du choix des critères de définition de ses nationaux. Il est la seule entité à décider qui est national et qui ne l'est pas, c'est pourquoi on ne saurait concevoir que l'individu participe activement, par sa volonté propre, à l'acquisition finale de la nationalité. Même en cas de naturalisation, qui est une démarche volontaire d'acquisition de la nationalité, la volonté n'a finalement qu'une place infime : elle permet d'engager une procédure mais le décideur final est bien l'État. Il est donc possible d'avoir des démarches volontaires en matière de nationalité mais la volonté qui détermine la nationalité est toujours en dernier ressort celle de l'État.

La théorie du contrat en matière de nationalité contenait en elle les éléments permettant de la contredire. En fondant l'expression de la volonté de l'État sur la loi, elle montrait déjà, en certain sens, le caractère unilatéral de la volonté et donc de la décision car quel acte est plus unilatéral que la loi ? La loi n'exige par définition aucun consentement pour s'appliquer. Considérer que le national a accepté parce qu'il n'a pas refusé n'est donc qu'une fiction.

⁶⁷ J. MAURY, *Nationalité (Théorie générale et droit français)*, Recueil Sirey, 1931, n° 30 : « les consentements présumés ne sont le plus souvent que des fictions destinées à cacher l'absence de consentement réel ».

La nationalité est soustraite quant à son contenu à la volonté individuelle. Par conséquent, elle ne peut relever du domaine du contrat. Il y a un statut légal du national dont l'attribution peut être subordonnée à la volonté de l'intéressé, comme en matière de naturalisation, mais il n'est pas un effet ou une création de cette manifestation⁶⁸. Le but de la nationalité-contrat s'appuie en réalité sur le rôle de la volonté individuelle en matière de nationalité afin de défendre un principe de liberté de la nationalité. Le but était de condamner la notion d'allégeance perpétuelle et de réserver le droit de tout individu de changer de nationalité. La preuve en est que Weiss lui-même a précisé dans son ouvrage que « l'État maître chez lui a le droit incontestable de fixer, par une loi, les règles qu'il entend appliquer à l'acquisition et à la perte de la nationalité »⁶⁹. Mais le but ne saurait fonder la légitimité de la théorie c'est pourquoi la théorie de la nationalité-contrat apparaît aujourd'hui comme « indéfendable »⁷⁰.

Pourtant, cette théorie, si elle apparaît parfois trop artificielle pour emporter la conviction, n'est pas totalement absurde ou infondée contrairement à ce qu'ont avancé ses contradicteurs. Elle correspond en fait à une réalité qui a existé sous différentes formes au cours de l'histoire. Le contrat de vasselage, établissant un lien d'allégeance entre le vassal et le suzerain et créateur de droits et d'obligations mutuelles rappelle la notion d'allégeance qui longtemps a été le fondement du lien de nationalité. Le fait que la nationalité ne soit pas aujourd'hui un lien contractuel au sens strict n'empêche pas qu'elle accorde une place à la volonté individuelle, même lorsque l'État reste maître de l'acquisition ou de la perte de la nationalité à travers l'édiction de la loi.

Un certain nombre de cas d'acquisition de la nationalité en droit positif tendent ainsi à démontrer qu'elle dépend étroitement d'un ensemble de données témoignant de liens objectifs entre l'individu et l'État. La volonté n'aurait alors qu'une place secondaire ou subordonnée. Face à la constatation d'une certaine proximité existant entre l'individu et l'État auquel il est ainsi rattaché, la volonté individuelle joue un rôle important dans le déclenchement du mécanisme de reconnaissance de la nationalité mais n'est pas la source de l'acquisition : ce qui

⁶⁸ J. MAURY, *op.cit.* n° 30.

⁶⁹ A. WEISS, *op. cit.* p. 11.

⁷⁰ J. MAURY, *op. cit.* n° 30.

fonde celle-ci c'est le respect des conditions fixées par la loi. L'individu n'acquiert la nationalité que parce qu'il remplit un certain nombre de conditions dites « objectives » : naissance sur le territoire, résidence sur ce même territoire ou encore mariage avec un national. Cette analyse de la place secondaire de la volonté relativise le lien entre nation et nationalité. Comme l'écrivait Louis-Lucas en 1929, lorsque la nation « est parvenue à ce stade définitif de son développement qui fait d'elle un État [...] alors la nationalité c'est uniquement le lien juridique qui unit l'individu à l'État dont il est le sujet »⁷¹. En réalité, l'ensemble de ces données objectives conduit à une présomption de nationalité, une présomption de rattachement à l'État et, à travers lui, à la Nation qui le constitue et qu'il incarne.

La première manifestation de ce caractère en partie secondaire de la volonté individuelle en droit positif français est son indifférence à l'égard de la double nationalité. L'acceptation ou le rejet de la double nationalité sont liés à la conception même des relations entre l'individu et l'État. Or, le droit positif de la nationalité est fondé sur le caractère non exclusif du rattachement à l'État français et à la communauté française. Si les conditions d'attribution ou d'acquisition de la nationalité sont réunies et si, par conséquent, l'existence d'un lien de rattachement peut être présumée, peu importe que l'intéressé conserve, par ailleurs, une autre nationalité déterminée souverainement et à partir d'autres critères par un autre État. Une telle indifférence n'est pas la marque d'un respect des volontés individuelles en la matière, ni celle d'une faveur envers la pluralité d'appartenance, mais simplement la conséquence de la rencontre présumée entre nationalité de fait et nationalité de droit qui fonde le droit de la nationalité⁷².

Mais ce lien entre nationalité de fait et nationalité de droit cristallise aujourd'hui les difficultés que connaît le droit de la nationalité. L'impression d'un détachement de l'une et de l'autre, et donc d'une inadéquation du droit vis-à-vis du fait, a conduit depuis les années 1980 à une revalorisation de l'expression de la volonté individuelle en la matière.

⁷¹ P. LOUIS-LUCAS, *La nationalité française*, Sirey, 1929, p. 1.

⁷² Pour plus de précisions quant aux rapports du droit français à la double nationalité v. cette partie, Titre 2, chapitre 1, section 2.

2. Le retour de la nationalité comme volonté d'appartenance

Les questions les plus vives ont porté, en France, sur le cas des personnes qui sont les plus proches de la frontière entre le national et l'étranger : les enfants nés en France de parents étrangers et résidant sur le territoire. A la suite des travaux de la Commission de la nationalité, le législateur de 1993 a choisi d'abandonner la règle de l'acquisition automatique de la nationalité à la majorité par application du droit du sol et de soumettre cette acquisition à une manifestation expresse de volonté⁷³. Bien que supprimée par le législateur de 1998, cette introduction d'une volonté individuelle déterminante dans l'acquisition même de la nationalité semble avoir marqué le droit de la nationalité⁷⁴.

En 2003⁷⁵, le législateur renforce également les conditions pour acquérir la nationalité française par naturalisation en posant que nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française. Ces exigences sont accrues par la loi de 2001 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité⁷⁶. Le nouvel article 21-24 du Code civil est ainsi modifié : de la justification de l'assimilation à la communauté française, « notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française et des droits et devoirs conférés par la nationalité française »⁷⁷, l'on passe à l'« assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, [...] et des droits et devoirs conférés par la

⁷³ L'article 21-7 du Code civil, issu de la loi n° 93-933 du 22 juillet 1993, disposait désormais que « tout étranger né en France de parents étrangers peut, à partir de l'âge de 16 ans et jusqu'à l'âge de 21 ans, acquérir la nationalité française à condition qu'il en manifeste la volonté, qu'il réside en France à la date de la manifestation de volonté [...] ». Pour une étude de cette législation et de ses conséquences concrètes sur les acquisitions de nationalité v. H. FULCHIRON (dir.), *Être français aujourd'hui : premier bilan de la mise en oeuvre du nouveau droit de la nationalité*. Actes de la journée de travail organisée à Lyon le 24 novembre par le Centre de droit de la famille, Presses universitaires de Lyon, 1996 ou encore H. FULCHIRON, V. BONNET, S. GRATALOUP, *L'application de l'article 21-7 du code civil relatif à l'acquisition de la nationalité française à raison de la naissance et de la résidence en France : bilan de deux années d'application du système de manifestation de volonté (1994-1995)*, La documentation française, 1997.

⁷⁴ Pour une étude de ce point et de son influence sur le droit positif, v. cette partie, Titre 2.

⁷⁵ Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, précitée.

⁷⁶ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *J.O.* n°0139 du 17 juin 2011, p.10290.

⁷⁷ Article 21-24 du Code civil modifié par l'article 68 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, précitée.

nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République ». Par ailleurs, l'intéressé signe, à l'issue de son entretien d'assimilation, la charte des droits et devoirs du citoyen français qui « rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française »⁷⁸. L'exigence de signature de cette charte fait ainsi entrer dans le droit de la nationalité une matérialisation de la volonté d'adhésion de l'individu demandant la nationalité⁷⁹, marquant le retour à une conception élective et volontariste du droit de la nationalité.

Dans une telle conception, la nationalité est conçue comme une forme de contrat tacite entre l'individu et l'État. Elle n'est plus un statut reconnu par l'État à ceux qui vivent sur son territoire depuis la naissance ou souhaitent y vivre par le fruit d'un mariage, mais un lien fondé sur la prise en compte de la volonté de celui qui souhaite l'obtenir. L'État ne reconnaît donc progressivement plus de façon unilatérale et sur une présomption d'appartenance que ceux qui, en-dehors du lien de filiation, demandent ou aspirent à être reconnus par lui alors même qu'il exerce sur eux, de façon continue, sa souveraineté. La peur d'une perte de la « conscience identitaire » est ainsi traduite dans le droit par un ensemble de critères renvoyant à une vérification de la volonté de l'individu en la matière.

L'objectivation du droit de la nationalité se heurte ainsi toujours à la conception toute aussi forte de la nationalité comme lien d'appartenance. Dans cette dimension d'appartenance, que le droit actuel semble peu à peu privilégier, la volonté individuelle semble devoir jouer un rôle capital. La lecture des différents débats parlementaires relatifs à l'acquisition de la nationalité tendent à confirmer cette tendance. Durant les discussions relatives à l'article 2 de la loi de 2011⁸⁰, il a ainsi

⁷⁸ Article 21-24 al. 2 du Code civil modifié par l'article 2 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, précité.

⁷⁹ Une telle conception ressort du rapport sur le projet de loi : « Le projet de loi vise à faire de l'adhésion aux principes et valeurs essentiels de la République, et non plus de la seule connaissance des droits et devoirs conférés par la nationalité française, un élément d'appréciation de l'assimilation du postulant à l'acquisition de la nationalité française. Cette adhésion sera formalisée par la signature, au cours de l'entretien d'assimilation conduit en préfecture, d'une charte des droits et devoirs du citoyen. », *Rapport n° 2814 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité par M. Thierry Mariani, XIIIe législature*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 septembre 2010, p. 68.

⁸⁰ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *J.O.* n° 0139 du 17 juin 2011, p. 10290.

été affirmé par exemple que la Charte des droits et des devoirs du citoyen, que tout candidat à l'acquisition de la nationalité doit signer⁸¹, est bien « un contrat »⁸² et que « se borner à poser une exigence de connaissance suffisante de la langue et des valeurs qui nous rassemblent pourrait être interprété par nos concitoyens comme une ouverture plus large des possibilités d'admission à la nationalité française, *sans effort particulier des intéressés pour devenir et non être reconnus français* »⁸³. L'emploi de cette dernière formule est significative du changement dans la conception de la nationalité : il ne s'agit plus de supposer le rattachement à la communauté étatique mais de déduire un attachement à la communauté nationale par la manifestation quasi expresse d'une volonté d'appartenance.

Cette vision presque contractuelle de la nationalité, née en réalité d'une crise de la conception de la Nation et donc de la nationalité, a pu conduire l'État à construire des statuts hybrides fondés précisément sur la présomption d'une absence de volonté d'appartenance liée à une trop grande différence de « civilisation ». Abusant de sa souveraineté, il a ainsi renoué avec la notion de « sujet » au détriment de la figure moderne du national qui combine rattachement à l'État et lien avec la nation.

⁸¹ L'article 21-24 du Code civil dispose ainsi dans son alinéa 2 que « A l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française ».

⁸² Intervention de M. Daniel Goldberg, Assemblée nationale, XIII^e législature, deuxième session extraordinaire de 2009-2010, Compte rendu intégral, deuxième séance du mercredi 29 septembre 2010. La question de la valeur juridique de la charte est d'ailleurs, au cours de la même intervention, posée en ces termes : « Jusqu'à quand doit-il être respecté ? Vous avez eu à faire à des gens honnêtes qui ont déclaré qu'ils n'étaient pas d'accord avec les valeurs de la République et vous ne les avez pas naturalisés, mais, dans le cas où une charte est signée, que se passera-t-il un mois, un an, trois ans ou cinq ans après, si vous considérez que son contenu n'est pas respecté ? C'est une vraie question ».

⁸³ Intervention de M. Thierry Mariani, rapporteur, Assemblée nationale, XIII^e législature, deuxième session extraordinaire de 2009-2010, Compte rendu intégral, deuxième séance du mercredi 29 septembre 2010 [*nous soulignons*].

Section 2. L'indigénat, un abus de souveraineté dénaturant le statut de national

Le droit de la nationalité appliqué aux colonies s'inscrit dans un contexte idéologique marqué par une « conciliation illusoire »⁸⁴ entre des principes républicains issus de la tradition révolutionnaire, définitivement établis par la III^e République, et une logique d'occupation coloniale. Ce compromis établissait que la citoyenneté, comprise comme l'ensemble des droits civiques et politiques, se confondait en droit avec le lien de nationalité. De même, au fondement du compromis républicain était posé le principe que seule l'appartenance nationale pouvait être érigée en critère de discrimination légale et légitime. De cette « conciliation » émergera le statut « d'indigène », que la doctrine va s'attacher à construire et à justifier (§ 1).

Mais en construisant la figure d'un national amputé de sa part la plus noble, la citoyenneté, elle a justifié une hybridation d'exclusion et dénaturé le statut de national, ce qui trouve encore aujourd'hui des échos dans le droit positif (§ 2).

§ 1. Le statut d'indigène et ses justifications par la doctrine : retour sur une énigme juridique

Lorsqu'un État annexe un territoire, il a le choix de conférer ou non sa nationalité aux habitants, de manière à ajouter ou pas à la domination territoriale une domination personnelle. La question se pose alors de la détermination du statut de la population d'origine : doit-elle être considérée comme constituée d'étrangers ou de Français et dans ce cas de Français de quelle sorte ? Ainsi, l'État peut prolonger indéfiniment le moment précis lors de l'annexion où les habitants ont cessé d'être des étrangers mais ne sont pas encore devenus des nationaux. Se crée alors une nouvelle catégorie juridique : « l'indigène ».

⁸⁴ Le terme est employé par L. BLEVIS dans son article « Droit colonial algérien de la citoyenneté : conciliation illusoire entre les principes républicains et une logique d'occupation coloniale (1865-1947) », in *La guerre d'Algérie au miroir des décolonisations françaises, Actes du colloque en l'honneur de C.-R. Ageron*, Paris, Société française d'histoire d'Outre-mer (SFHOM), 2000, p. 87.

Dès l'origine, l'Algérie coloniale a constitué une situation singulière au regard de la tradition juridique française puisque la citoyenneté et la nationalité s'y trouvaient distinguées en droit. Les « indigènes » d'Algérie étaient investis de la nationalité française en vertu d'un texte de loi, le *Senatus consulte* de 1865, tout en se voyant dénier la qualité de citoyen⁸⁵ (A). Il serait légitime de se demander comment il était possible de voir la nationalité française de ces populations réaffirmée dans les textes législatifs et réglementaires sans leur faire jouir par la même occasion des droits de citoyen. C'est alors à la doctrine de l'époque de fournir des justifications qui permettent une dissociation inédite entre nationalité et citoyenneté fondée sur des considérations ethniques et religieuses (B).

A. Le statut de « l'indigène » : un sujet français exclu de la communauté nationale

La question principale du droit colonial est celle de savoir si la colonie concernée est la France ou simplement un territoire soumis à la domination française, sans être la France proprement dite. De la réponse à cette question découle le statut des indigènes, notamment au regard du droit de la nationalité qui, depuis le Code civil de 1804, considère comme Français tout individu né en France. Un décret du 5 avril 1848, qui aurait pu servir de précédent, avait accordé aux indigènes les droits politiques, sans qu'ils aient à abandonner leur statut personnel. Cependant, son application lui ôta toute portée effective⁸⁶. Dans ce contexte, l'Algérie est perçue comme un espace d'expérimentation destiné à fournir à la France un grand Empire colonial. Son exploitation repose sur l'expropriation des terres et l'immigration française ou plus largement européenne. C'est alors que se pose la question du statut des populations autochtones : ces individus sont-ils étrangers ou français ? Dans les trente années qui suivent la conquête, aucun texte ne vient organiser précisément ce statut. L'Ordonnance du 22 juillet 1834 fait de l'Algérie une possession française, sans pour autant évoquer le statut de sa population d'origine. Les indigènes sont sous domination française mais conservent leurs différents statuts personnels. Dès le début

⁸⁵ Certes, en métropole, il existe alors également des atteintes à l'universalité du suffrage, telles que l'exclusion du droit de vote des femmes jusqu'en 1945, mais la spécificité du cas algérien, et plus largement colonial, vient du fait que le critère de l'origine ethnique n'est pas classiquement un critère de discrimination en droit français, contrairement à la distinction entre les sexes.

⁸⁶ C'est ce que précise A.-R. Werner dans son *Essai sur la réglementation de la nationalité dans le droit colonial français*, Sirey, 1936, p. 112.

de la colonisation, les juifs se voient appliquer des mesures qui les placent dans une situation proche des nationaux, comprise comme soumission au droit français⁸⁷. Une différenciation croissante s'opère entre juifs et musulmans, permettant de comprendre l'évolution qui aboutira au décret Crémieux de 1870.

Dès 1862, la Cour d'Alger considère les indigènes comme des ressortissants français, mais elle ne précise pas la portée de cette qualification⁸⁸. Lors de sa visite en Algérie en mai 1865, Napoléon III s'engage à accorder aux indigènes la qualité de Français et l'admission aux emplois publics. Cet engagement prendra forme par le Sénatus-consulte du 14 juillet 1865⁸⁹ qui donne en partie le cadre de ce que sera le droit colonial de la nationalité. En effet, il distingue nettement la qualité de Français, conférée selon les modalités des articles 1 et 2 du Sénatus-consulte, de la citoyenneté française qui dépend de conditions distinctes⁹⁰. Cette citoyenneté n'est ainsi obtenue qu'après décision du pouvoir exécutif et est incompatible avec le maintien du statut personnel. Malgré les changements et la stabilisation opérés dans le droit de la nationalité par la loi de 1889⁹¹, ce Sénatus-consulte restera en vigueur, consacrant le statut hybride d'indigène. En effet, la loi s'applique en Algérie mais ne concerne que les européens étrangers qui y sont installés et qui pourront désormais voir leurs enfants devenir citoyens français dans le but de renforcer la cohésion de la présence

⁸⁷ La loi du 16 juin 1851, par exemple, soumettant au droit français la transmission des biens immobiliers, ne s'applique pas aux musulmans mais elle s'applique aux juifs, citée in R. DARESTÉ, *De la propriété en Algérie, Loi du 16 juin 1851 – Sénatus consulte du 22 avril 1863*, Bibliothèque algérienne et coloniale, 2^e éd., 1864.

⁸⁸ Arrêt cité par A.-R. Werner, *op. cit.*, p. 144.

⁸⁹ Sénatus consulte du 14 juillet 1865 sur l'État des personnes et la naturalisation en Algérie, Ministère de la justice, *La nationalité française, textes et documents*, La documentation française, 1986, p. 192. Le texte dispose que « L'indigène musulman est Français ; néanmoins il continuera à être régi par la loi musulmane. / Il peut être admis à servir dans les armées de terre et de mer. Il peut être appelé à des fonctions et emplois civils en Algérie. / Il peut, sur sa demande, être admis à jouir des droits de citoyen français ; dans ce cas il est régi par les lois civiles et politiques de la France (article 1^{er}). Et que « L'indigène israélite est Français ; néanmoins il continue à être régi par son statut personnel. Il peut être admis à servir dans les armées de terre et de mer. Il peut être appelé à des fonctions et emplois civils en Algérie./ Il peut, sur sa demande, être admis à jouir des droits de citoyen français ; dans ce cas il est régi par la loi française » (article 2).

⁹⁰ Les articles 3 et 4 du texte disposent ainsi que « L'étranger qui justifie de trois années de résidence en Algérie peut être admis à jouir de tous les droits de citoyen français. » Et que « La qualité de citoyen français ne peut être obtenue, conformément aux articles 1, 2 et 3 du présent sénatus-consulte, qu'à l'âge de vingt et un ans accomplis ; elle est conférée par décret impérial rendu en conseil d'État ».

⁹¹ Loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, *J.O.* du 28 juin 1889, p. 2977.

coloniale. Deux catégories de Français sont donc définitivement consacrées : les Français de plein droit et les indigènes, sujets français exclus de la citoyenneté.

La complexité du droit de la nationalité dans les États coloniaux est liée à l'architecture juridique qu'implique la forme « impériale » de l'État⁹². L'État unitaire oppose l'État à l'individu et l'État national à l'État étranger. Mais le schéma de l'Empire repose sur un triptyque : la métropole, les colonies et l'Empire au sens large, les trois formant un système hiérarchique. Il serait possible de rapprocher cette forme d'État de celle de la fédération. Pourtant, le statut de l'indigène n'équivaut pas à celui d'un ressortissant d'un État membre d'une fédération. L'Empire n'est pas une fédération en ce qu'il est basé sur un principe d'inégalité. La domination de la métropole sur les colonies est traduite par le droit. Celui-ci instaure une échelle des statuts au bas de laquelle se trouvent les indigènes, après les étrangers et les Français. La nationalité ainsi conçue repose donc sur une inégalité structurale entre les ressortissants français de l'empire et les indigènes de l'empire français. L'indigénat devient une catégorie du droit de la nationalité française.

Alors qu'il n'exprimait qu'une différence entre le national et l'étranger, le droit de la nationalité exprime désormais une autre distinction : d'un côté le Français et l'étranger et de l'autre l'indigène. Concernant la France, le nom « d'indigène » désigne trois catégories d'individus : l'indigène sujet français, originaire des colonies, l'indigène protégé français, originaire d'un protectorat et enfin, l'indigène administrateur français, originaire des territoires sous mandat B de la Société des Nations. La sujétion directe des indigènes « sujets » à la France génère pour eux plus de droits en-dehors de leur territoire que la sujétion indirecte des indigènes des protectorats et pays sous mandat. En opérant ainsi une distinction entre les populations, le droit français a créé des nationalités indigènes, sous-catégories de la nationalité française et distinctes de celle-ci. La distinction entre l'étranger et l'indigène n'étant pas des plus faciles dans des territoires où l'identité des personnes est incertaine, la définition de l'indigène est principalement négative : « le fait que l'indigène n'est ni Français ni étranger est la chose dont le colonisateur a le plus de

⁹² V. O. BEAUD, préface de la thèse de Y. URBAN, *L'indigène en droit colonial français 1865 – 1955*, Fondation Varenne, 2011, p. 18-19.

chances d'avoir la certitude »⁹³. Pour caractériser cette situation de sujet français, il est souvent fait référence à un arrêt de la Cour d'appel d'Indochine de 1910⁹⁴ : « une situation intermédiaire entre celle des citoyens français et celle des étrangers ; par leur nationalité ils se rapprochent des citoyens ; par leur statut personnel ils se rapprochent des étrangers ».

L'indigène est une nouvelle catégorie du droit de la nationalité française : il est une tierce catégorie entre le national et l'étranger car, s'il n'a pas la pleine nationalité, il ne peut être cependant considéré comme un étranger car il est désormais soumis à la puissance étatique française, puissance coloniale. Le couple Français/étranger est ainsi remplacé sur le territoire algérien par celui de citoyen français/sujet français.

Jusqu'en 1939, aucun texte n'a véritablement modifié cette distinction. Le décret du 24 octobre 1870, dit "décret Crémieux" a accordé la citoyenneté française aux juifs d'Algérie, précédemment soumis au *Senatus consulte* de 1865 comme les indigènes. Un tel changement a pesé sur toute la période coloniale comme l'exemple de "naturalisation en bloc" mais il n'a pas permis de rompre réellement avec la logique de 1865 puisqu'il n'a fait que préciser que les "indigènes israélites" seraient désormais régis par "la loi française", c'est-à-dire le Code civil. L'indigène étant considéré comme un « sujet », un ressortissant de l'empire français, le droit cherche alors à lui donner un statut différent de celui des Français de métropole ou des Français installés dans les colonies ou protectorats en lui attribuant moins de droits et davantage de devoirs.

Le statut de l'indigène se caractérise par deux éléments : il est à la fois un « statut mixte » et un « statut amputé »⁹⁵. C'est un statut mixte car il est à la fois « statut de nationalité étatique et statut personnel »⁹⁶, c'est-à-dire que son statut est une combinaison entre un statut personnel dit « local » et une soumission à la souveraineté personnelle de l'État français par l'établissement d'une forme de

⁹³ Y. URBAN, « L'étranger assimilé à l'indigène et la nationalité dans les territoires coloniaux (hors Afrique du Nord) 1897-1940 », intervention au séminaire « sciences sociales et immigration », ENS, 2007, p. 4.

⁹⁴ Arrêt du 27 octobre 1910, cité par Auguste-Raynald Werner, *La réglementation de la nationalité dans le droit colonial français* (thèse-Genève), Toulouse, 1936, p. 45.

⁹⁵ O. BEAUD, préface de la thèse de Y. URBAN, *L'indigène en droit colonial français 1865 – 1955*, Fondation Varenne, 2011, p. 20.

⁹⁶ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 20.

nationalité. Ce statut personnel permet aux indigènes de jouir d'un statut civil dérogatoire au droit commun conforme aux us et coutumes de la population conquise. Le statut de droit privé renvoie aux particularismes de la population d'appartenance sous domination impériale et le statut public de la nationalité rappelle l'assujettissement à la puissance publique colonisatrice. Comme ressortissants de cet État, ils ont une nationalité particulière, la nationalité d'origine indigène qui ne recouvre qu'une partie de la nationalité française. En effet, les indigènes sont privés de la part la plus noble du droit politique : la citoyenneté.

Deux principes qui vont structurer le droit colonial français en Algérie jusqu'en 1944 sont affirmés : la distinction entre nationalité et citoyenneté mais aussi l'indexation de la citoyenneté au statut personnel de droit commun, c'est-à-dire la soumission au Code civil. Le critère de distinction juridique autorisé n'est plus le lien de nationalité mais la "qualité de citoyen" ou, ce qui revient au même pour les juristes de l'époque, le statut civil. Ainsi, on peut affirmer avec Charles Robert Ageron qu'après le *Senatus consulte* de 1865 et surtout celui de 1870, "la carte d'électeur devint le titre de noblesse de cette nouvelle féodalité"⁹⁷. La promotion au rang de citoyen était subordonnée à l'abandon volontaire du statut personnel musulman. Jusqu'en 1944 aucune réforme ne vient changer le système juridique mis en place au début de la III^e République, si ce n'est la réforme du régime de Vichy qui, dans le cadre de sa législation antisémite, abrogea le décret Crémieux le 7 octobre 1940 tout en maintenant les "juifs indigènes" désormais non citoyens sous un statut personnel de droit commun.

L'indigène sujet français est finalement celui qui a soulevé le plus de questionnements au sein de la doctrine. Il serait « Français » mais pas « citoyen français ». Ainsi, l'Ordonnance royale du 22 juillet 1834 transforme l'Algérie en une possession française, mais n'évoque pas la condition de la population autochtone. A la suite de cela, le lien instauré par le Code civil entre nationalité et droits civils et politiques est interrompu. Les indigènes musulmans ou juifs sont Français⁹⁸ mais ils

⁹⁷ C.-H. AGERON, *Histoire de l'Algérie contemporaine*, tome 2 : 1871-1954, Paris, PUF, 1979, cité par L. BLEVIS « Les avatars de la citoyenneté en Algérie coloniale ou les paradoxes d'une catégorisation », *Droit et Société*, n°48, 2001, p. 562.

⁹⁸ Cour d'Alger, 24 février 1862, cité par Werner A-R., *Essai sur la réglementation de la nationalité dans le Droit Colonial Français*, Thèse de doctorat de l'université de Genève, Librairie du Recueil Sirey, 1936, p. 144.

ne jouissent ni des droits civils, ni des droits politiques. Ils ont en quelque sorte, une nationalité de sujet par défaut, fondée non pas sur l'attribution de droits mais sur le fait que « placés sous la souveraineté directe et immédiate de la France, ils sont dans l'impossibilité de pouvoir en aucun cas revendiquer le bénéfice ou l'appui d'une autre nationalité : d'où il suit nécessairement que la qualité de Français pouvait seule être la base et la règle de leur condition civile et sociale »⁹⁹. Ils bénéficient notamment d'un des privilèges du national qui est la protection de l'État, en l'espèce l'empire métropolitain. Mais les indigènes n'ont pas la « pleine nationalité » française et aucune procédure ne leur permet de l'acquérir avant le *Senatus-consulte* du 14 juillet 1865. Ce texte permet aux indigènes musulmans et israélites de demander à « jouir des droits de citoyens français », en se soumettant à une procédure complexe de naturalisation. Un droit *ad hoc* de la nationalité s'applique désormais en Algérie. Le *Senatus-consulte* de 1865 n'emploie pas le terme de « naturalisation » puisque le musulman d'Algérie était formellement français. Mais la doctrine, la Cour de cassation et l'administration continuèrent cependant d'appeler cette procédure par son véritable nom : naturalisation.

B. Les justifications énigmatiques de la doctrine juridique et politique

La figure de l'indigène, pilier de l'édifice juridique colonial de l'Algérie jusqu'en 1944, demeure somme toute une énigme. C'est dans cette idée que Dominique Schnapper soulève qu'en Algérie coloniale « on a pu voir naître cette monstruosité juridique¹⁰⁰, par rapport aux principes de la démocratie moderne : la nationalité sans la citoyenneté »¹⁰¹. Pourtant, c'est un principe républicain qui est alors mis en avant pour justifier cette exception avant 1870 : le principe d'égalité devant la loi. Les indigènes algériens, en vertu du traité de capitulation de 1830, conservent en effet leur statut personnel confessionnel : ils ne sont pas soumis, comme les citoyens français, aux lois du Code civil. Or, la liaison entre le maintien du statut personnel et la non-citoyenneté est consacrée par le *Senatus consulte* de 1865, puis confirmée par

⁹⁹ C. cass., 15 février 1864, *Sirey*, I, 1864, note A. Bourguignat, p. 113.

¹⁰⁰ Cette désignation est également employée par O. LE COUR GRANDMAISON in *De l'indigénat. Anatomie d'un « monstre juridique » : le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, Zones, 2010.

¹⁰¹ D. SCHNAPPER, *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, 2003, p. 152.

le décret Crémieux qui postulait un lien logique entre la « citoyennisation » des juifs d'Algérie et l'abandon de leur statut personnel et ce jusqu'à l'Ordonnance de 1944.

La preuve de ce raisonnement fondé sur l'unicité de la loi républicaine peut nous être donnée notamment par le discours du rapporteur de la loi de 1919, Théodore Steeg, qui rejetait au Sénat l'idée d'une citoyenneté sans renonciation au statut personnel : « Devions-nous, au contraire – et c'est une solution qu'on a préconisée – en face de l'attachement de l'indigène au statut personnel, lui accorder, sans exiger de lui aucune renonciation, la qualité de citoyen français ? Je ne le crois pas. C'est le principe même de toute société républicaine que tous doivent obéir à la loi, qui est l'expression de la volonté de tous »¹⁰². Le Code civil est ainsi présenté comme un instrument d'unification de la nation par la soumission de tous aux mêmes lois. L'argument principal est fondé d'après les discours sur une logique républicaine qui veut que les nationaux aient tous le même statut personnel, condition essentielle à la formation d'une communauté nationale, et donc d'une communauté de citoyens, unifiée et œuvrant dans un but commun. Mais pour l'Algérie, la logique républicaine se trouve renversée et se contredit elle-même : elle devient une justification pour l'entorse faite à l'universalité du suffrage.

L'importance du modèle républicain de la nationalité, c'est-à-dire l'identification entre nationalité et citoyenneté, était telle que même la doctrine juridique ou les discours politiques semblent eux-mêmes ne pas maîtriser les fondements et la logique d'un tel système. Afin de remédier à cette incohérence, les juristes et parlementaires de l'époque mettaient en avant la possibilité, organisée par le *Senatus consulte* de 1865 puis les décrets de 1870, pour les indigènes musulmans, de renoncer à leur statut personnel afin d'être intégrés à la communauté des citoyens. Une telle faculté était censée donner une réponse républicaine à l'exclusion du suffrage des indigènes en renouant avec l'idée, dévoyée dans le système colonial, que l'appartenance à la nation française était d'abord l'expression d'un désir de vivre ensemble, qui supposait la soumission à un ensemble de règles communes et la participation au projet politique commun.

¹⁰² Séance du 30 janvier 1919, *J.O. débats parlementaires, Sénat*, p. 63.

De nombreuses objections parlementaires furent décisives dans l'appréciation de l'incohérence du système colonial en Algérie¹⁰³. De nombreux parlementaires « réformistes » soulignèrent en effet que la norme républicaine de renonciation au statut personnel comme condition de citoyenneté n'était pas effective dans tous les territoires sous administration française, ce qui faisait douter de la pertinence de l'argumentation en faveur de ce statut de l'indigène algérien. En effet, dans les établissements de l'Inde et au Sénégal, les indigènes jouissaient des droits politiques tout en conservant leur statut personnel. A partir de cette réforme, la référence aux exemples indiens et sénégalais devint fréquente dans les propositions de lois qui défendaient l'idée d'une citoyenneté dans le statut¹⁰⁴. Malgré ces arguments, aucune réforme ne sera entreprise avant 1944.

Les impasses de la référence au statut civil et au Code civil comme légitimation de l'exclusion politique des musulmans d'Algérie invitent à déceler, derrière le débat purement juridique autour du statut de l'indigène algérien, une justification culturelle de la condition indigène organisée autour de la notion d'assimilation. Logiquement, si la seule égalité devant la loi était la raison majeure de l'absence de citoyenneté des musulmans, il suffirait que ceux-ci entament une démarche d'abandon de leur statut personnel pour obtenir automatiquement la qualité de citoyen. Or, il n'en était rien. L'attribution du statut de citoyen reste discrétionnaire, c'est-à-dire soumise à l'agrément des autorités administratives comme dans une procédure classique de naturalisation. Aucun système de réclamation des droits avec abandon de statut personnel local n'ayant été mis en place, l'argument de l'égalité républicaine et de la nécessité d'une démarche individuelle élective de l'indigène a perdu de sa force et de sa crédibilité.

¹⁰³ Nous pouvons citer par exemple la question orale du député Jean-Marie Guastavino qui, s'adressant au ministre de l'Intérieur demande les raisons pour lesquelles, « l'administration refuse aux citoyens français d'origine indigène les avantages accordés à l'universalité des citoyens, ce qui a pour effet de créer en Algérie deux catégories de citoyens français, les uns bénéficiant de l'intégralité des avantages attachés à la « citoyenneté » et les autres qui se voient refuser la totalité ou partie de ces avantages », 2e séance du 8 décembre 1936, *J.O. débats parlementaires, chambre des députés*, p. 3431.

¹⁰⁴ V. en ce sens la proposition de loi relative aux droits civiques des indigènes algériens déposée par le député Pierre Taittinger le 8 décembre 1936 pour laquelle il déclare : « En vérité, le législateur fut moins craintif en ce qui concerne le Sénégal où des populations musulmanes [...] jouissent depuis 1879 des droits de citoyens français et sans qu'il en résulte pour la République un danger sensible ».

§ 2. Signification et conséquences du droit colonial de la nationalité

Au regard des éléments qui précèdent, la question qui se pose est celle de savoir pourquoi la France a attribué cette forme de nationalité aux peuples de ses colonies. En effet, en attribuant la nationalité sans la citoyenneté, elle a dénaturé la notion de nationalité dans un double sens : tout d'abord, elle l'a privée d'un de ses pendants naturels selon le modèle républicain, la citoyenneté, mais elle l'a également vidée d'une partie de son sens premier, c'est-à-dire l'appartenance à une communauté nationale, notamment conçue comme une communauté « spirituelle »¹⁰⁵ (A). Un tel dévoiement, fondé sur l'idée du caractère inassimilable de certains individus, trouve encore aujourd'hui des échos dans le droit positif des étrangers et de la nationalité (B).

A. Le sens du droit colonial de la nationalité : le dévoiement de la notion

Selon l'opinion de l'époque, les différences de statut personnel ne permettent pas aux indigènes musulmans d'être intégrés dans la nation française. Pourtant, selon les textes, ils ont la nationalité, même si elle est amputée. Dès lors, quel sens a cette nationalité ? En réalité, celle-ci ne s'avère être qu'un instrument de domination coloniale, d'où son caractère nécessairement inconciliable avec les principes républicains. Elle ne vise pas à créer une égalité entre les nationaux et une communauté nationale unique : elle n'est qu'un instrument juridique de rattachement des personnes à un État qui exerce sur elles sa souveraineté personnelle et qui les empêche de demander une autre nationalité.

Le problème est en réalité avant tout lexical : par le lien de nationalité ne veut-on désigner que le lien entre l'individu et l'État ou bien veut-on désigner également le lien qui unit les individus entre eux, c'est-à-dire un lien global qui regroupe le statut personnel de droit privé et le statut de droit public ? La nationalité française dans les textes sur la nationalité relative aux indigènes des colonies n'est jamais qualifiée de citoyenne. Comme Maurice Hauriou, on peut alors considérer que

¹⁰⁵ Le terme est employé par M. HAURIOU *in Précis de droit constitutionnel*, Librairie du recueil Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. Dalloz, 2015, p. 80.

l'indigène est « sujet de la France » sans avoir la nationalité française, c'est-à-dire sans être « sujet français »¹⁰⁶.

Une étude sémantique des discours politiques et des textes juridiques permet en ce sens de révéler le caractère omniprésent des occurrences du terme « civilisation »¹⁰⁷, permettant ainsi de repérer comment était déclinée la thématique des écarts de civilisation : la France demeure le point focal de la comparaison, la manifestation d'un aboutissement de la civilité, et la « civilisation française » était systématiquement identifiée au Code civil. La différence entre civilisation française et civilisation arabe apparaît donc comme la justification de ce statut amputé. Le seul point de rencontre de ce couple antinomique est incarné par le terme « d'assimilation », récurrent lui aussi. Cette assimilation a reçu des définitions différentes au long de la période coloniale. Au départ, il s'agissait simplement de respecter les lois françaises en Algérie. Cette politique d'assimilation, plutôt administrative, visait à l'expansion du gouvernement civil français. Dans cette perspective, elle ne vise pas les indigènes musulmans en particulier, elle s'accompagne au contraire de la promulgation de lois d'exception de l'indigénat en 1881 et désigne plutôt un acte juridique d'égalisation.

Un deuxième sens émergera ensuite des textes, plus proche de celui qui est encore aujourd'hui employé dans le droit de la nationalité et précisément en cas de demande de naturalisation d'un étranger : celui d'un rapprochement plus culturel, avec toutes les déclinaisons possibles du terme, à savoir « assimilable », « inassimilable » ou « assimilé ». L'assimilation, dans cette seconde conception, renvoie à un processus qui suppose une absorption radicale, une disparition de ses caractéristiques premières afin de se confondre avec l'entité déjà constituée à laquelle il souhaite appartenir. Si l'on revient à l'étymologie, le terme d'assimilation peut avoir deux acceptions : l'action de rendre semblable et le processus intellectuel qui suppose de pouvoir considérer comme semblables deux entités d'abord perçues

¹⁰⁶ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, p.217.

¹⁰⁷ La lecture des débats parlementaires de l'année 1919 nous permettent par exemple de le constater. Évoquant le travail des instituteurs en Algérie, le député de Constantine Paul Cuttoli considère ainsi qu'ils « répandent dans notre colonie de l'Afrique du Nord la pure et radieuse pensée française, qui initie les indigènes aux douceurs de notre civilisation et qui leur font connaître et aimer la France, la grande France » ou encore que « c'est à une œuvre de civilisation qu'ils se dévouent [...] Ce sont nos instituteurs qui sont les apôtres de la civilisation en pays arabe. », *J.O.débats parlementaires-Chambre des députés*, 2e séance du 16 juillet 1919, p. 3529 et 3521.

comme différentes. C'est en ce sens que l'on évoque le plus souvent le « modèle assimilationniste français » supposant un rapprochement culturel par la vie au sein d'une même communauté étatique. Dans la conception de l'étranger, le « naturalisé » est ainsi celui qui est assimilé au naturel de l'État, les signes de l'assimilation pour l'étranger ne renvoyant pas ainsi à un simple changement de situation juridique ou économique, mais bien à une transformation fondamentale de l'identité culturelle. Ce second sens est confirmé par les débats parlementaires relatifs au statut de l'indigène. L'assimilation, de par sa polysémie, apparaît être en métropole un élément majeur du processus républicain de légitimation de l'exclusion des indigènes d'Algérie de la citoyenneté car « elle condense à la fois l'impératif d'isonomie (par son premier sens), et l'argument implicite d'une citoyenneté comme étape finale du procès de civilisation »¹⁰⁸. Si l'indigène ne peut prétendre à la pleine nationalité, c'est-à-dire à la citoyenneté, c'est en raison des différences de langue et de culture qu'il présente. Etranger à la culture française, il ne saurait participer à l'expression d'une volonté nationale à laquelle il ne peut adhérer du fait de cette différence.

Dans le cadre du droit colonial de la nationalité, celle-ci n'est donc plus perçue comme une « volonté de vivre ensemble » telle que la qualifiait Ernest Renan, mais un simple instrument de rattachement des personnes à la souveraineté, à la puissance, d'un État. La procédure de naturalisation à laquelle est soumis l'indigène sujet français - juridiquement français - constitue donc bien, selon l'expression de Zouhir Boushaba, une « dénaturation de la notion de nationalité »¹⁰⁹. Au regard du droit de la nationalité française, la situation de l'indigène relevant du ministère des colonies, qu'il soit sujet, protégé ou administré, est simple : il ne peut devenir Français, dans le sens où le droit l'entend aujourd'hui, que par naturalisation. Il s'agit d'une dénaturation¹¹⁰ des termes tels qu'ils sont conçus par le droit moderne.

Aujourd'hui, la nationalité ne semble avoir de sens que parce qu'elle permet d'ouvrir à la communauté politique, d'entrer dans la nation. Il apparaît ainsi, à travers

¹⁰⁸ L. BLEVIS, « Droit colonial algérien de la citoyenneté : conciliation illusoire entre les principes républicains et une logique d'occupation coloniale (1865-1947), in *La guerre d'Algérie au miroir des décolonisations françaises, Actes du colloque en l'honneur de C.-R. Ageron*, Paris, Société française d'histoire d'Outre-mer (SFHOM), 2000, p. 102-103.

¹⁰⁹ Z. BOUSHABA, *Être Algérien hier, aujourd'hui et demain*, éd. Mimouni, 1992, p. 45.

¹¹⁰ Terme employé par P. WEIL dans son article « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », European University Institute, *Florence, Working Paper HEC*, n° 2003/3, 2003, <http://www.iue.it/PUB/HEC03-03.pdf>, p. 6.

cet exemple du droit colonial, que penser une nationalité sans citoyenneté revient à dénaturer la notion de nationalité telle qu'elle entendue par le droit aujourd'hui. Nous décelons ainsi la nature profonde du droit actuel de la nationalité, pur produit de l'État moderne. La « vraie » nationalité « c'est-à-dire celle qu'on impute en France à l'État unitaire, est un statut global qui uniformise la situation juridique d'un individu et qui englobe aussi bien le statut de droit privé que le statut de droit public. Le simple fait d'avoir la nationalité emporte de plein droit la jouissance d'un statut civil et politique identique »¹¹¹. Retirer la citoyenneté à la nationalité en fait donc une notion « amputée », privée d'une partie de son sens et ce même si certains autres droits lui sont rattachés. Si elle est le lien avec l'État et la marque de sa domination personnelle, la nationalité est également le lien entre l'individu et la nation, c'est-à-dire la « communauté des citoyens »¹¹². Elle doit aussi impliquer par nature les droits politiques. La nationalité ainsi conçue, vidée de ses principaux droits et de son sens ne peut en effet devenir pleine que par une procédure réservée en droit français à l'étranger. C'est ce qui conduit Patrick Weil à soulever que « jamais ailleurs qu'en Algérie, le régime républicain n'avait poussé si loin la confusion entre les mots du droit et les choses du vécu et vidé de leur contenu les termes mêmes de nationalité et d'égalité »¹¹³.

B. Implications contentieuses présentes du droit colonial de la nationalité

Abandonné en 1962, le droit colonial de la nationalité a encore aujourd'hui de nombreuses répercussions en droit interne. Après l'indépendance de l'Algérie, les autorités françaises ont été contraintes de fonder à nouveau en droit les catégories de populations d'Algérie reconnues comme étant de nationalité française et celles reconnues comme étant de nationalité désormais étrangère, c'est-à-dire algérienne. Le statut en vigueur sous l'administration française est recherché afin de définir le statut des personnes. La distinction entre nationalité et citoyenneté devient alors une distinction entre national et étranger, laissant à la charge du requérant la preuve de

¹¹¹ O. BEAUD, préface de la thèse de Y. URBAN, précitée, p. 21.

¹¹² Expression de Dominique SCHNAPPER, in *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, 2003.

¹¹³ P. WEIL, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », *art. préc.*

son appartenance à l'une ou l'autre catégorie sans que leur qualité de Français passée ne leur garantisse un agrément présent.

L'accession à l'indépendance des départements algériens n'a pas été suivie de conventions diplomatiques sur les problèmes de nationalité qu'elle suscitait. Les accords d'Evian ne réglaient pas le problème au regard du droit français des populations qui vivaient en Algérie. A défaut de convention, et l'indépendance de ces territoires équivalant à une cession de territoire, il aurait fallu appliquer l'ancien article 13 du Code de la nationalité alors en vigueur¹¹⁴. Mais cette solution était impossible car elle aurait conduit à une perte de la nationalité française des Français d'origine désireux de rester sur ces territoires sans garantie d'attribution de la nationalité du nouvel État indépendant. Le législateur français devait donc agir unilatéralement en élaborant un régime dérogatoire au droit commun de la nationalité : c'est ce qu'il fit avec l'Ordonnance du 21 juillet 1962¹¹⁵.

L'Ordonnance du 21 juillet 1962 a pris pour critère de répartition le statut personnel de droit commun et le statut personnel de droit local, comme l'avait fait avant elle la loi du 28 juillet 1960¹¹⁶ pour les personnes domiciliées dans les anciens territoires d'outre-mer. L'idée du législateur a alors été de faire une distinction entre les personnes pour lesquelles la nationalité française devrait être maintenue de plein droit et celles dont la nationalité française, sans être perdue, ne pouvait être établie que par une procédure nouvelle dite « de reconnaissance de la nationalité française » qui posait certaines conditions dont le transfert du domicile en France¹¹⁷. L'acquisition de plein droit se présente ainsi comme une exception, ne s'adressant qu'à une minorité d'individus.

Cette distinction entre deux catégories de Français n'a été contestée que tardivement par ceux qu'elle privait de la nationalité. Dans leur saisine, ils ont estimé qu'une telle distinction, fondée sur l'origine ou le statut civil, établissait une

¹¹⁴ Cet article est devenu aujourd'hui l'article 17-8 du Code civil.

¹¹⁵ Ordonnance n°62-825 du 21 juillet 1962, complétée par le décret du 27 novembre 1962 et modifiée par les lois du 10 juillet 1965 et du 20 décembre 1966.

¹¹⁶ Loi n° 60-752 du 28 juillet 1960 portant modification de certaines dispositions du Code de la nationalité, *J.O.* du 30 juillet 1960, p. 7040.

¹¹⁷ Pour une analyse détaillée de ces nouvelles procédures v. P. LAGARDE, *La nationalité française*, Dalloz, 4^e éd., 2011, p. 307 et suiv. ou encore P. LAGARDE « De quelques conséquences de la décolonisation sur le droit français de la nationalité » in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 513.

discrimination sur une base raciale et religieuse. Le grief de discrimination a donc été porté devant le juge. Tout d'abord a été invoquée la violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen, puis celle de l'article 26 du Pacte de New York du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques et enfin la Convention internationale du 19 décembre 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Saisi à plusieurs reprises, le juge judiciaire a toujours rejeté ces griefs au motif que cette Ordonnance « visait un but légitime et respectait le principe de proportionnalité entre le moyen employé et le but visé »¹¹⁸ et 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 ces textes invoqués), dès lors qu'est assuré le droit à une nationalité »¹¹⁹. La contestation de cette distinction a également été reprise à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité mais la Cour de cassation a refusé de la transmettre au Conseil constitutionnel au motif que « les dispositions légales critiquées, fussent-elles fondées sur l'origine, découlaient nécessairement de l'accession à l'indépendance de certains territoires, laquelle ne pouvait que conduire, dans un but d'intérêt général, à distinguer la population restant de plein droit celle de la République française de celle des nouveaux États indépendants dont les nationaux étaient soumis à une manifestation de volonté pour rester français »¹²⁰.

Malgré la légèreté de l'argumentation dans ces différentes décisions, une certaine vision de la nationalité défendue par la Cour est perceptible.

Tout d'abord, l'attendu de la décision du 22 février 2000 permet de déceler le sens que donne la Cour au droit de la nationalité. Celui-ci ne peut, selon elle, que résulter de l'exercice par l'État de sa souveraineté en matière de détermination de ses nationaux. La seule limite posée à cette compétence souveraine est l'interdiction de l'apatridie dans les conventions internationales¹²¹, c'est pourquoi la Cour rappelle le

¹¹⁸ Paris, 1^{ère} ch., 30 novembre 1990, *Rev. crit. DIP*, note P. LAGARDE, 1992, p. 681.

¹¹⁹ Civ. 1^{ère}, 22 février 2000, *Rev. crit. DIP*, note H. FULCHIRON, 2000, p. 681 ou encore Civ. 1^{ère}, 8 janvier 2002, *Rev. crit. DIP*, 1^{er} arrêt, note P. LAGARDE, 2003, p. 77.

¹²⁰ C. cass. Ass. Plén., 16 juillet 2010, n° 10-40.014, *Bull. civ.*

¹²¹ L'article 15 § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme consacre ainsi par exemple le droit à la nationalité en disposant que « tout individu a droit à une nationalité/ 2° Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité ni du droit de changer de nationalité ». Pour une étude des différentes dispositions internationales relatives à l'apatridie v. cette partie, titre 2, chapitre 1.

caractère souverain dans la décision de l'État « dès lors qu'est assuré le droit à une nationalité ». Un tel considérant entre donc directement en contradiction avec la théorie objective de la nationalité, qui tend à protéger un droit « à la nationalité » mais aussi un droit à « sa nationalité » conçue comme une donnée résultant d'un faisceau d'indices objectifs. Dans cette perspective, aucune discrimination ne peut être caractérisée au sein de la législation relative à la nationalité car toute acquisition de celle-ci est considérée comme une faveur accordée par l'État souverain et non comme un droit à protéger entrant dans le cadre des instruments internationaux de protection des droits et libertés fondamentales. Pour cette même raison, elle considère pour justifier son refus de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité, que les dispositions de la loi, contestées sur le fondement de la violation des droits et libertés garantis par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le Préambule et l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, « fussent-elles fondées sur l'origine » sont justifiées par l'intérêt général et qu'ainsi la question « ne présente pas un caractère sérieux ». En réalité, la Cour écarte la question de constitutionnalité sur le fond et la considère inexistante en raison du caractère souverain de la matière concernée. Indirectement, c'est une façon de considérer que le statut d'indigène qui avait été mis en place était également le fruit de l'exercice d'une prérogative souveraine de l'État qui, en lui-même, n'a ouvert aucun droit à la nationalité française aux individus concernés. La Cour de cassation propose ainsi une position pragmatique quant à la gestion du statut hybride qu'a constitué l'indigénat. En mettant en avant la compétence souveraine de l'État, aussi bien dans la décision du 22 février 2000 que dans celle du 16 juillet 2010, elle évite de se prononcer sur le statut lui-même.

Le fondement de l'Ordonnance de 1962, comme celui de la loi de 1960, peut paraître paradoxal du point de vue de la théorie de la nationalité. En effet, il s'agissait de fonder la conservation de la nationalité sur un acte de volonté alors même qu'elle avait été attribuée, dans le cadre du droit colonial de la nationalité, en-dehors de toute manifestation de volonté. La véritable raison d'être de la loi de 1960 et de l'Ordonnance de 1962, conçues comme provisoires, était en effet de permettre aux individus concernés de confirmer leur nationalité française par une manifestation de volonté. Dans le cadre de l'Ordonnance de 1962 qui concernait le cas de l'Algérie, le

critère du statut personnel comme déterminant la conservation de droit de la nationalité était en réalité fondé sur la volonté présumée des intéressés de conserver la nationalité française en raison de leur plus grande « acclimatation » aux modes de vie français. Si la décision est en partie pragmatique et fondée sur l'idée que les individus ayant adopté le statut de droit commun durant la période coloniale allaient devenir « suspects » aux yeux des nouveaux dirigeants de l'État indépendant, elle reste néanmoins fortement révélatrice de la conception de la nationalité qui prévaut en droit français.

Alors que par le statut d'indigène la nationalité amputée des droits civiques n'avait été attribuée que comme marque du rattachement des individus à la souveraineté de l'État, à l'issue de cette période elle ne peut être conservée que par un acte de volonté individuel pour ceux qui n'avaient pas fait la démarche d'adopter sous l'égide de l'ancien droit le statut de droit commun. Le dispositif ainsi mis en place est donc ambigu : il peut être fondé sur la prise en compte de la véritable nature du droit colonial de la nationalité et donc la volonté de ne pas imposer une nationalité à laquelle l'individu n'a pas librement adhéré, mais il peut également résulter d'une conception subjective de la nationalité qui conduit à considérer désormais comme étrangers les anciens indigènes sujets français. Les critères imposés par l'Ordonnance tendent à confirmer cette approche : les individus ayant adopté le statut de droit commun, même domiciliés en Algérie à la date de l'annonce officielle de l'indépendance, conservaient de droit la nationalité¹²², tandis que ceux qui avaient conservé le statut civil de droit local devaient suivre la procédure de reconnaissance, même si leur domicile était alors établi en France¹²³. C'est donc bien sur un acte de volonté qu'est fondé ce droit transitoire de la nationalité : seuls seront considérés comme Français les individus qui auront manifesté expressément le désir d'accéder à la nationalité française. Par ailleurs, s'il manifeste la prégnance de la théorie volontariste de la nationalité, ce dispositif révèle également l'attachement à une conception subjective de la nationalité. En effet, l'adoption du statut de droit commun était conçu en droit colonial de la nationalité comme une manifestation de

¹²² Article 1^{er} de l'Ordonnance du 21 juillet 1962

¹²³ Cette position fut confirmée par le Conseil d'État dans ses arrêts du 30 juin 1967, *Clunet, Rec.* p. 70 et du 18 avril 1969, *Sirat, Rec.* p. 206.

l'assimilation de l'individu qui adoptait ainsi la « culture » et les « us et coutumes » français.

Les modifications législatives ultérieures organisant la transition entre le droit colonial de la nationalité et le droit positif confirmeront cette approche volontariste de la nationalité. En effet, la loi du 20 décembre 1966, si elle vise à tempérer l'Ordonnance de 1962 et les limites qu'elle pose à l'acquisition de plein droit, en permettant aux personnes de statut civil de droit local originaires d'Algérie de conserver de plein droit la nationalité française, elle ne rompt pas avec la conception volontariste de la nationalité car elle pose comme condition qu'une nationalité ne leur ait pas été conférée postérieurement au 3 juillet 1962¹²⁴ et donc que l'individu concerné n'ait pas potentiellement souhaité adopter une autre nationalité. Le droit français admettant la double nationalité, une telle limite ne semble pouvoir être fondée que sur la volonté de vérifier la réalité et la qualité du désir de conserver le statut de national français. Enfin, le droit positif de la nationalité prévoit à l'article 21-4 du Code civil une procédure de réintégration dans la nationalité française qui en pratique concerne principalement les ressortissants des anciens territoires français devenus indépendants¹²⁵. Or, si elle n'impose aucun délai d'âge ou de stage, cette procédure impose néanmoins le respect des autres conditions encadrant la naturalisation, la principale étant celle de l'assimilation.

Le droit colonial de la nationalité contribue donc à mettre en lumière l'extrême contingence de la définition du national et donc de celle de l'étranger. D'abord étrangers en droit et en fait, les colonisés sont devenus des nationaux de droit tout en étant perçus subjectivement comme des étrangers de fait. C'est pourquoi leur statut hybride fait d'eux des nationaux exclus de l'exercice des droits civiques, c'est-à-dire des exclus de l'expression de la volonté nationale. L'étranger *stricto sensu* et le colonisé « indigène » ont donc constitué, dans ce cadre, deux catégories distinctes en droit français. Enfin, avec la décolonisation, l'indigène sujet français est considéré comme un étranger avant d'être reconnu comme national par la législation, sur le fondement d'un acte de volonté passant notamment par le renoncement au statut civil

¹²⁴ Art 1^{er} de la loi du 20 décembre 1966.

¹²⁵ L'article dispose que « La réintégration par décret peut être obtenue à tout âge et sans condition de stage. Elle est soumise, pour le surplus, aux conditions et aux règles de la naturalisation ».

de droit local. La théorie subjective et volontariste de la nationalité, sur laquelle est en partie fondée cette succession de dispositifs, peut donc rendre incertaine la définition du national et donc celle de l'étranger dont le statut s'avère, lui aussi, tributaire d'une volonté non pas d'appartenance mais d'intégration à la communauté.

Chapitre 2

Un statut d'étranger tributaire d'une conception volontariste de l'intégration

La condition juridique de l'étranger connaît une certaine continuité du XVII^e siècle à nos jours : il est envisagé dans le cadre politique de l'État comme celui qui n'appartient pas à la communauté. Sous l'Ancien Régime, il est celui qui n'appartient pas au Royaume. Après le moment révolutionnaire, il est celui qui n'appartient pas au corps des citoyens, c'est-à-dire à la Nation. Si la définition « en négatif » de l'étranger demeure inchangée, la prise en compte de sa présence au sein de la communauté étatique tant à modifier son statut. Dans la conception universaliste des philosophes des Lumières, suivie dans un premier temps par les révolutionnaires, l'étranger partisan de la Révolution est intégré formellement à la construction de la volonté nationale. Pourtant, la Révolution porte en elle la figure de l'étranger exclu, en tant qu'il n'a pas participé au pacte social originel et ne peut donc percevoir les intérêts qui doivent être portés par la représentation nationale. Il ne peut donc plus participer à celle-ci. Cette conception sera ensuite renforcée par les politiques sociales mises en œuvre sous la Troisième République dans le but de donner corps et réalité à la figure de l'État-nation. A l'étranger politique de la Révolution va ainsi s'ajouter l'étranger social. La Troisième République achève la construction de la figure moderne de l'étranger : elle fait de lui un élément extérieur à la communauté unifiée et qui va devoir faire preuve d'une volonté d'y être intégré s'il souhaite y acquérir des droits (Section 1).

En souhaitant donner une traduction juridique au mythe de l'unité nationale, le discours politique, traduit dans l'œuvre du législateur, a introduit un système de discriminations fondé sur l'origine nationale qui a ouvert la brèche par laquelle va s'engouffrer le législateur de Vichy. Par abus de souveraineté, l'État va mettre en place une législation raciste de la nationalité qui repose sur une conception ethnique du rapport national/étranger. Si cette période revêt un caractère exceptionnel, elle

n'en garde pas moins certains échos dans les discours politiques et les dispositions législatives actuelles qui en sont issues (section 2).

Section 1. La construction de la figure moderne de l'étranger

Avec la chute de la royauté, les nationaux ne sont plus des « régnicoles » mais des citoyens. Malgré l'universalisme porté par la Révolution, la figure du citoyen et plus particulièrement du citoyen situé, qui est celui auquel elle s'adresse, va conduire nécessairement à la désignation de l'étranger, devenu ainsi une figure « bloquée » entre l'universalisme et la construction de la souveraineté nationale. Le dualisme fondamental sera donc désormais entre étranger et citoyen. (§ 1). Le caractère central de la participation politique dans la pensée révolutionnaire, et la conception volontariste et unitaire de la nation qui en découle, va conduire peu à peu à faire de l'étranger non plus uniquement un élément extérieur, mais celui qui doit être accueilli par la Nation puis celui dont on attend l'adhésion à ce corps national constitué. Cette évolution dans le rapport à la présence de l'étranger explique la prégnance de la notion d'intégration dans la détermination de sa condition juridique (§ 2).

§ 1. L'étranger face au citoyen situé : paradoxe de la vision universaliste de la Révolution

Le mouvement révolutionnaire s'inscrit dans l'universalité, proclamant l'égalité des droits entre nationaux et étrangers, en tant qu'ils appartiennent à une même humanité (A). Cependant, ce concept d'humanité est fragile et la conception de la citoyenneté est chaque fois plus valorisée dans un espace déterminé, celui du territoire, favorisant le « citoyen situé » au détriment de l'universalisme. C'est en parallèle de la construction de cette figure du citoyen qu'émerge la figure moderne de l'étranger (B).

A. Les conceptions universalistes au cœur du projet révolutionnaire

La révolution de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen se concevait comme une révolution sans frontières, rayonnant auprès des autres peuples et accordant aux étrangers résidant sur le territoire national des droits égaux à ceux

des nationaux (1). Néanmoins, si la Révolution cherche à protéger et à consacrer à la fois l'homme et le citoyen en promouvant l'idée d'une communauté universelle, elle cherche aussi à la protéger des puissances ennemies en guerre contre la France, expliquant les premières lois restrictives envers les étrangers qui, en réalité, ne sont que les raisons apparentes de l'exclusion dont ils font l'objet (2).

1. La promotion d'une communauté universelle : l'étranger égal du national dans une commune humanité

Tout au long du XVIII^e siècle, et en même temps que l'on contribue à préciser le rapport de l'homme à sa terre natale, à sa patrie, l'on inscrit le projet philosophique dans une perspective universaliste. La perception de l'étranger est ainsi liée à la place qui lui est réservée dans la société mais aussi au dépassement du cadre de la patrie pour s'élever au niveau de l'humanité en tant que communauté universelle. En opérant une prise de conscience des attributs qui caractérisent l'humanité, la pensée des Lumières reconnaît à l'individu, indépendamment de toute considération sociale ou culturelle et *a fortiori* au-delà de toute idée d'étranger, un statut particulier que la Révolution consacrera notamment en déclarant les Droits de l'homme.

Avec les Lumières, comme le rappellent Ernest Labrousse et Roland Mousnier, « tous les humains ont les mêmes droits et sont capables des mêmes progrès. Il n'y a pas de peuple élu, de race supérieure et même les différences de race, de nation, sont sans importance »¹. Montesquieu, par exemple, fonde sa conception des sociétés sur un sentiment d'appartenance à une collectivité qui dépasse largement les questions de frontières, « le cœur [étant] citoyen de tous les pays »². Ainsi, à la fin du XVIII^e siècle, les philosophes défendent l'appartenance de tous les hommes à une entité « extra-nationale », à une communauté universelle.

¹ E. LABROUSSE et R. MOUSNIER, *Le XVIII^e siècle – L'époque des Lumières (1715-1815)*, PUF, 1985, Livre III, chap. I, p. 172.

² MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Lettre LXV, in *Œuvres complètes de Montesquieu*, vol. 1 *Lettres persanes*, Voltaire Foundation, Oxford, 2004, p. 306 : « si tu ne m'aimes pas dans un pays, où tu n'es lié à rien, que sera-ce au milieu de la Perse et dans le sein de ta famille ? Mais peut-être que je me trompe : tu es assez aimable pour trouver par tout des amis : le cœur est citoyen de tous les pays [...] »

Les écrits de Condorcet sont éclairants à cet égard. Il part d'un double postulat : la nature humaine est partout la même, or notre capacité rationnelle en constitue une partie, elle est donc également universelle. La raison étant la seule à pouvoir distinguer le juste de l'injuste, il incombe à la raison universelle de formuler les principes de justice, valable pour tous en chaque endroit. Le droit naturel est donc la source du caractère universel : si les principes de la justice sont partout les mêmes, alors les lois doivent l'être aussi. Elles ne peuvent, selon lui, résulter que du droit naturel et non également, comme le supposait Montesquieu, des conditions physiques, sociales ou historiques d'un peuple. Dans son commentaire de *l'Esprit des Lois*, Condorcet affirme ainsi qu'« une bonne loi doit être bonne pour tous les hommes, comme une proposition vraie est vraie pour tous » car « comme la vérité, la raison, la justice, les droits des hommes, l'intérêt de la propriété, de la liberté, de la sûreté sont les mêmes partout, on ne voit pas pourquoi toutes les provinces d'un État, ou même tous les États, n'auraient pas les mêmes lois »³. Tous les hommes sont donc égaux en droit car ils participent de la même nature c'est pourquoi les droits de l'homme sont partout identiques.

Si la loi, comme elle le doit, touche au comportement public des hommes, alors elle ne peut être encrée que dans l'universalité : la justifier par une quelconque spécificité spatiale n'a pas de sens. Mené par son idéal de voir les hommes « ne former qu'un seul tout, et tendre à un but unique »⁴, Condorcet affirme que l'on « sait enfin que tous les hommes ne forment qu'une seule famille et n'ont qu'un seul intérêt. Le nom de l'humanité, de ce sentiment qui embrasse les hommes, des tous les pays et de tous les âges, [...] semble réunir dans les mêmes vues ceux dont l'ambition est d'éclairer les hommes et ceux dont le devoir est de veiller à leur bonheur et de défendre leurs droits »⁵. S'écartant de la perspective du contrat social, il estime, comme Montesquieu, que la sociabilité est un phénomène humain qui n'a besoin d'aucun intermédiaire théorique.

La figure d'étranger au sens politique n'est donc pas déterminante dans une telle pensée. Elle n'est pas inexistante dans la mesure où les différences de coutumes ou de cultures entre les peuples ne sont pas niées et font même l'objet d'études précises, mais

³ Condorcet, « Observations de Condorcet sur le XXIXe livre de *l'Esprit des lois* », in *Œuvres de Condorcet* publiées par A. Condorcet et F. Arago, T. I, 1849, p. 378.

⁴ Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, GF Flammarion, 1988, p. 259.

⁵ Condorcet, « Discours à l'Académie des Sciences », in *Œuvres de Condorcet* publiées par A. Condorcet et F. Arago, T. I, 1849, p. 424-425.

elle ne constitue pas un fondement de différenciation juridique. A terme, l'humanité est vouée à constituer une société unique et c'est la tâche du droit positif que d'aider les hommes à avancer dans cette voie.

Inspiré de ces doctrines, le projet révolutionnaire est inscrit dès 1789 dans l'universalité et fondé sur « la théorie des droits de l'humanité »⁶. Le comte de Montmorency affirme ainsi devant l'Assemblée que « les droits de l'homme en société sont éternels ; il n'est besoin d'aucune sanction pour les reconnaître. Les droits de l'homme sont invariables comme la justice, éternels comme la raison ; ils sont de tous les temps et de tous les pays »⁷. Dans son intervention du 20 août 1789, Duquesnoy, futur député du Pas-de-Calais à l'Assemblée législative, considère qu'« une déclaration doit être de tous les temps et de tous les peuples ; les circonstances changent, mais elle doit être invariable au milieu des révolutions »⁸, appuyé par le député du tiers Jérôme Pétion de Villeneuve qui déclare qu'« il ne s'agit pas ici de faire une déclaration des droits seulement pour la France, mais pour l'homme en général. Ces droits ne sont pas des lois, et ces droits sont de tous les temps et avant les lois »⁹. Ces prises de position renvoient ainsi à l'idée que s'il y a un ordre naturel rationnel, il est inconcevable de le voir consacré avec des variantes en fonction du lieu où il est déclaré¹⁰. Dans cette perspective,

⁶ Robespierre, dernier discours à la Convention nationale, 26 juillet 1794 : « Les révolutions qui, jusqu'à nous, ont changé la face des empires n'ont eu pour objet qu'un changement de dynastie ou le changement du pouvoir d'un seul à celui de plusieurs. La Révolution française est la première qui ait été fondée sur les théories des droits de l'humanité et sur les principes de la justice. Les autres révolutions n'exigeaient que de l'ambition ; la nôtre impose des vertus. », in C. MAZAURIC, *Robespierre. Écrits*, éd. Paris Messidor, Éditions sociales, 1989, p. 332.

⁷ Séance du samedi 1^{er} août 1789, *Archives parlementaires*, T. 8 : Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789, p. 320.

⁸ Séance du jeudi 20 août 1789, *Archives parlementaires*, T. 8 : Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789, p. 462.

⁹ Séance du dimanche 23 août 1789, *Archives parlementaires*, T. 8, *op. cit.*, p. 475.

¹⁰ Certains ont considéré que cette exigence de l'universalité, répondait également à une nécessité de la situation : le besoin de légitimité de l'Assemblée nationale autoproclamée qui, en tant que telle, ne répond pas aux exigences de désignation des représentants dans un régime représentatif tel que le conçoit Sieyès par exemple. La déclaration va ainsi devoir servir de substitut à cette carence de légitimité : elle sera un ensemble de droits « inaliénables et sacrés » de l'homme que l'Assemblée se borne à exposer. Marcel Gauchet, dans l'entrée « Droits de l'homme » du dictionnaire de la Révolution française qu'il a écrite, considère ainsi que « l'effacement de l'énonciateur qu'on y a relevé est la rançon du rôle source qu'il s'agit de faire jouer à des « principes simples et incontestables » vis-à-vis desquels l'Assemblée n'est qu'un modeste intermédiaire. D'où aussi bien la *contrainte de l'universalité* qui pèse sur la rédaction. Car seule une « déclaration des droits pour tous les temps, pour tous les pays » selon le mot de Duport le 18 août, est susceptible de cette autorité irrécusable et irrésistible dont les Constituants ont besoin à l'appui de leur entreprise. L'ancrage dans l'universel n'est ni le fruit d'un génie particulier ni la marque d'une irréalité spécifique », « Droits de

l'étranger est un homme libre que l'État doit protéger avant d'être un élément extérieur à la communauté.

L'Assemblée accueille également les paroles étrangères des peuples en Révolution, et permet à tous les hommes intéressés ou concernés par les débats, notamment en matière de guerre et de paix, d'y avoir accès. Garran de Coulon, député de Paris à l'Assemblée nationale, proposera même de faire appel « à l'ensemble des citoyens français et étrangers pour les inviter à nous communiquer leur vue sur la formation de notre nouveau Code civil et sur le perfectionnement des lois et de l'administration en général »¹¹. L'étranger n'est donc pas présenté que comme un spectateur des travaux de la nouvelle Assemblée nationale, mais aussi comme un potentiel acteur de ceux-ci. Par cette proposition, les parlementaires révèlent leur volonté de faire de l'Assemblée nationale le lieu de convergence de la raison universelle. L'étranger présent en son sein n'agira donc plus au nom de sa patrie d'origine mais au nom de l'universalité qu'il est censé incarner¹².

En plus d'associer les étrangers à l'élaboration des nouvelles lois, les révolutionnaires mettent en place un statut juridique de l'étranger, fidèle lui aussi en partie au projet universaliste de la Révolution. Fidèle à la doctrine de l'Ancien droit, la Constituante considère comme étranger l'individu né en-dehors du royaume de parents étrangers. Le concept d'étranger n'est donc encore que purement juridique. Un décret du 30 avril 1790 « répute français » tout étranger qui est domicilié en

l'homme », in F. Furet et M. OZOUF (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française : idées*, Flammarion, 2007, p. 127.

¹¹ M. Vincens-Planchut répondra, révélant un certain consensus : « L'adoption de la deuxième proposition de M. Garran ne pourrait qu'honorer l'Assemblée, et son premier objet mérite notre approbation », *Archives parlementaires*, Séance du dimanche 16 octobre 1791, T. 34 : Du 1er octobre au 10 novembre 1791, p. 251.

¹² C'est dans cette perspective que s'inscrit par exemple Marie-Joseph Chénier, représentant de plusieurs citoyens de Paris lorsqu'il propose, dans une pétition du 24 août 1792, de constituer « le congrès du monde entier » en faisant le don du titre de citoyens français aux « apôtres de la liberté (...) Eh ! Si le choix du peuple portait ces hommes illustres à la Convention nationale, quel spectacle imposant et solennel offrirait cette Assemblée qui va déterminer de si grands destins ! L'élite des hommes réunie de tous les points de la terre, ne semblerait elle pas le congrès du monde entier ? [...] c'est par de telles adoptions qu'il est possible de réaliser cette fraternité universelle, premier vœu des philosophes, premier but de l'ordre social. C'est ainsi que la liberté s'élèvera sur les débris de l'édifice féodal et du colosse monarchique, et que toutes les nations pourront se reposer un jour sous l'ombrage de l'égalité. », *Archives parlementaires*, T. 48 : Du 11 août au 25 août 1792, Séance du vendredi 24 août 1792, au soir, p. 689.

France depuis cinq ans, à condition qu'il ait épousé une Française ou qu'il y ait acquis un immeuble ou crée un commerce. La Constitution de 1791 reprendra ces dispositions en y ajoutant la naturalisation par acte législatif sans autre condition que de fixer son domicile en France et d'y prêter le serment civique. Enfin, les enfants d'étrangers peuvent devenir Français s'ils fixent leur résidence dans le royaume. En plus de poser les règles relatives à l'admission des étrangers à la nationalité, la Constituante s'attache à améliorer la condition des étrangers vivant en France. Si elle reste réservée sur la question des droits politiques¹³, elle n'aura cessé de rappeler la protection due aux étrangers, la mesure la plus intéressante en la matière étant celle qui autorisa les étrangers à exercer la profession de leur choix.

La détermination de la Constituante se manifesta principalement dans le droit des successions, principal révélateur des inégalités entre sujets et étrangers sous l'Ancien régime. Dès 1790, le droit d'aubaine est supprimé car il est considéré par l'Assemblée comme « contraire aux principes de fraternité qui doivent lier les hommes »¹⁴. Les étrangers sont ainsi invités à « jouir sous un gouvernement libre des droits sacrés et inviolables de l'humanité »¹⁵. La loi du 8 août 1791 donnera ensuite droit aux étrangers de recueillir la succession d'un Français. Par ailleurs, le Code pénal établi par la Constituante en 1791 ne contient aucune disposition propre aux étrangers et adopte une approche purement territoriale de la loi pénale. Enfin, l'Assemblée consacre un titre entier de la nouvelle constitution à la question des rapports de la nation française avec les autres nations mais aussi avec leurs ressortissants. Ce texte rappelle les droits civils reconnus aux étrangers, la protection qui s'y attache ainsi que les obligations qui leur sont liées de respecter les lois françaises de police¹⁶. L'étranger est donc présent dans la Constitution, il est reconnu

¹³ Par un arrêté du 20 juillet 1789, elle refuse aux étrangers de siéger à l'Assemblée nationale. Puis, en 1791, suite à la fuite de Varennes, elle les soumet par le décret des 28-29 juin à la surveillance des municipalités.

¹⁴ Loi du 6 août 1790 : « l'Assemblée nationale, considérant que le droit d'aubaine est contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes quels que soient leur pays et leur gouvernement, décide que ce droit établi dans les temps barbares doit être proscrit, a décrété le droit d'aubaine et celui de détractation abolis pour toujours ». in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, Ordonnance, règlements, avis du Conseil d'État de 1788 à 1824*, 1824, T. 1, p. 318.

¹⁵ Rapport du député Barrère, *Archives parlementaires*, Séance du vendredi 6 août 1790, au matin, T. 17, séances du 9 juillet au 12 août 1790, p. 628-629.

¹⁶ La Constitution des 3-14 septembre 1791 dispose ainsi que « Les étrangers qui se trouvent en France sont soumis aux mêmes lois criminelles et de police que les citoyens français, sauf les

comme un membre de la communauté étatique, même s'il n'est pas membre de la communauté nationale.

Cependant, cette première attitude de la Constituante ne doit pas cacher son pragmatisme et sa prudence. La nécessaire conservation de l'ordre public puis le début des guerres révolutionnaires la conduisent en effet à mettre en place les premières lois de police des étrangers.

2. Les guerres révolutionnaires, justifications apparentes de la méfiance envers l'étranger et du durcissement des mesures de police

Dès 1790, il revient aux municipalités de formuler les règles nécessaires au maintien de l'ordre, notamment afin d'exprimer leur loyauté à l'égard de la Révolution. Dans les dispositifs préconisés, la surveillance des étrangers occupe une place prépondérante. Ainsi, Sieyès présente la nouvelle organisation de la justice et de la police de France en faisant de la figure de l'étranger l'une des caractéristiques de l'espace urbain à contrôler¹⁷. Parmi les étrangers, deux catégories attirent particulièrement l'attention de la constituante : les descendants des protestants français expatriés et les juifs. Pour les premiers, la Constituante vote le décret des 9 et 15 août 1790, pris sur le rapport de Barrère, qui leur restitue la qualité de français à condition qu'ils viennent demeurer en France et prêtent le serment civique. En revanche, pour les seconds, le règlement de la situation fut plus complexe, marquant les premières réticences envers certaines catégories d'étrangers. A la fin de l'Ancien Régime, les statuts des communautés juives sont extrêmement divers. Le décret du 28 janvier 1790 reconnut aux juifs portugais et espagnols, nombreux dans la région de Bordeaux et d'Avignon, les droits de citoyens actifs. Mais les juifs des autres régions durent attendre au-delà même de la Constitution des 3-14 septembre 1791, jusqu'au décret du 27 septembre 1791 pour pouvoir prétendre, comme n'importe quel autre étranger, devenir citoyens selon les conditions posées par la loi. Cependant, dans

Conventions arrêtées par les puissances étrangères ; leur personne, leurs biens, leurs industries, leur culte sont également protégés par la loi » *in Textes constitutionnels français*, PUF, 19^e éd., 2005.

¹⁷ Il dit ainsi : « quant à la ville de Paris, son immense population, le grand abord des étrangers... exigent des lois particulières pour l'organisation de sa police », *Archives parlementaires*, Séance du vendredi 19 mars 1790, T. 12 : séances du 2 mars au 14 avril 1790, p. 250.

cette première phase révolutionnaire, les textes et le contrôle des flux demeurent assez rares.

En 1793 et 1794, le nombre de textes est multiplié par trois et la condition des étrangers fait l'objet d'une attention croissante. Cette inflation législative et le durcissement qui l'accompagne sont en partie dus au début de la guerre qui oppose la France aux puissances européennes. D'abord tenus de faire une déclaration dans la commune où ils se trouvent sous peine d'expulsion « sous vingt heures de la commune et sous huit jours du territoire de la République » et de dix ans de fers pour les ressortissants des pays en guerre avec la France¹⁸, les étrangers sont ensuite le plus souvent arrêtés comme suspects et condamnés à mort lorsqu'ils sont convaincus d'espionnage ou de conspiration. Pour mieux identifier les étrangers, les passeports furent mis en place et standardisés. Le décret du 1^{er} février-28 mars 1792 oblige les étrangers souhaitant entrer ou sortir du territoire à prendre individuellement un passeport lors de son passage à la première municipalité frontière ou à celle de leur lieu de résidence tandis que celui des 25-26 vendémiaire an II ordonne la détention des étrangers ressortissants des gouvernements avec lesquels la France est en guerre¹⁹.

De même, plusieurs documents administratifs visant à classer et à catégoriser les étrangers sont mis en place afin d'identifier ceux qui sont autorisés à résider sur le territoire. Les cartes de sûreté et les certificats d'hospitalité sont ainsi créés. Le gouvernement révolutionnaire va ainsi durcir régulièrement la police des étrangers afin de protéger la République des ennemis étrangers venus s'installer en son sein afin de contrarier le projet révolutionnaire²⁰.

¹⁸ Décret du 21-23 mars 1793, qui ordonne l'établissement, dans chaque commune d'un comité chargé de recevoir les déclarations des étrangers qui y résident ou qui pourront y arriver, in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, Ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État de 1788 à 1830*, 2^e éd., 1834, T. 5, p. 207.

¹⁹ Décret des 25-26 vendémiaire an II, in *Table générale par ordre alphabétique de matières des lois, décrets, Ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État publiés au Bulletin des lois et les collections officielles*, 1816, Vol. 2, p. 530.

²⁰ Le député Debry déclare ainsi le 19 mars 1793 qu'il faut « surveiller les étrangers que la République possède dans son sein. Il en est venu un grand nombre depuis le 10 août : or, il est constant que les étrangers arrivés à l'époque où le levain des révolutions fermentait parmi nous, n'y sont venus qu'avec de mauvaises intentions [...] je demande que tous les étrangers soient tenus de sortir du territoire de la République, à l'exception de ceux qui se seront établis en France avant le 14 juillet 1789. », in *Archives parlementaires*, T. 60 : séances du 9 au 30 mars 1793, p. 319.

Cependant, les mesures prises à leur égard ne sont pas plus radicales que celles frappant les Français émigrés, les déserteurs et plus généralement ceux qui sont considérés comme les ennemis de la Révolution. Le terme même d'étranger reste donc ambigu. Les étrangers visés dans les textes sont en effet le plus souvent ceux qui sont « nés sujets d'un gouvernement en guerre contre la République ». L'idée est donc que ces derniers, comme les anciens nobles français, doivent être traités en ennemis sauf s'ils ont fait la preuve de leur attachement à la France. Tous les étrangers ne faisaient donc pas l'objet de telles mesures. Sous la Terreur, la Convention posa plusieurs exceptions aux dispositions les plus répressives pour les jeunes et les vieillards²¹, les étrangers installés en France de longue date²², les individus participant à l'effort de guerre ou dont la profession est utile, notamment à l'armement²³ et les patriotes avérés²⁴. Il semble, dans une première approche, que toutes les fois où la guerre n'est pas en cause la Convention reste fidèle à l'esprit universaliste de la Révolution, accordant par exemple aux auteurs, compositeurs ou peintres des droits identiques sur leurs œuvres que ceux accordés aux nationaux²⁵. Dans cette perspective, « nation et droits de l'homme restent donc bien les deux objectifs de la France révolutionnaire en guerre »²⁶.

Ce concept purement juridique de l'étranger et le grand libéralisme manifesté à l'égard de son statut constituent une traduction de la conception de l'étranger portée par les Lumières. Sa présence dans le corps même de la Constitution marque non seulement la volonté de la Constituante de légiférer pour les étrangers mais également son désir de prendre en compte deux impératifs : la construction de la Nation en tant que corps politique unifié et la protection des droits de l'homme dans une vision universaliste.

Pourtant, une telle approche doit être nuancée. En effet, l'analyse du discours des révolutionnaires permet de déceler en quoi le mouvement révolutionnaire lui-même porte, malgré ses aspirations universalistes, l'exclusion de l'étranger. La guerre semble être plutôt une occasion de poser la question de l'universalité que

²¹ Décret du 19 vendémiaire et du 29 germinal an II.

²² Décret des 21-23 mars 1793, précité.

²³ Décret du 13 brumaire an II.

²⁴ Décret 21-23 mars 1793, précité.

²⁵ Décret des 16-24 juillet 1793.

²⁶ J. PORTEMER, « Les étrangers dans le droit de la Révolution française », in *Recueil de la Société Jean Bodin, T. X : L'étranger*, 1958, p. 549.

véritablement une circonstance qui empêcherait le cosmopolitisme plein de se déployer. Elle est en réalité le moment d'appréhender les limites de la communauté nationale, des intérêts nationaux en tant qu'ils se différencient et parfois s'opposent aux intérêts étrangers. Le regard porté sur l'étranger devient ainsi un regard de méfiance et un véritable clivage politique se crée entre patriotes et étrangers. L'idée d'une adhésion à de mêmes valeurs universelles ne semble plus suffisante face à la conviction sous-jacente que l'appartenance est en partie une détermination géographique et historique objective, qu'il n'est possible ni de décider ni de maîtriser.

Dès son origine, la notion « d'humanité » est donc fragile. Confrontée à l'émergence d'entités concurrentes, plus particulièrement des nations, elle a tendance à se dissoudre dans l'identification de la nation avec l'État.

B. La construction progressive de la figure de l'étranger

La hardiesse des premiers instants ne doit pas occulter la synthèse qu'opère en réalité l'Assemblée constituante entre libéralisme et prudence, construisant presque malgré elle la figure moderne de l'étranger exclu de la communauté (1). Cette figure d'exclusion politique sera ensuite prolongée sous la Troisième République par l'émergence d'un nationalisme culturel venu s'ajouter au nationalisme politique (2)

1. L'esprit révolutionnaire, origine d'un clivage politique entre nationaux et étrangers fondé sur l'appartenance

A l'idée que seuls « les partisans de la tyrannie »²⁷ sont considérés comme étrangers, affirmant la Raison comme seul vecteur d'appartenance au projet national²⁸, va s'opposer peu à peu l'idée que l'engagement de la raison n'implique

²⁷ Réponse du député Fauchet au député Basire : « Vous faites injure au peuple, en croyant qu'il prendra les partisans de la tyrannie. Il n'adoptera que ceux de la plus grande liberté ! », in *Archives parlementaires*, séance du 24 août 1792, T. 48, *op. cit.*, p. 690.

²⁸ Nous citerons par exemple le député Lamourette qui déclare : « La Révolution de France, [...] a du réveiller, dans l'âme de tous les penseurs de cette cité, le sentiment de leur consanguinité philosophique, avec ces illustres étrangers qui applaudissent à vos grands travaux, qui admirent la hauteur où vous vous êtes placés, et qui sont dans l'attente du moment solennel où il leur sera permis de professer vos principes, et d'abattre, dans les contrées qu'ils habitent, toute hauteur qui s'élève contre la souveraineté du peuple. Ces hommes sont donc véritablement français. [...] que ces hommes précieux et dignes de bénédictions de leur siècle, soient appelés par vous à s'associer à la grandeur des Français. Elevez-les à la dignité de citoyens français. », in *Archives parlementaires*, Séance du vendredi 24 août 1792, au soir, T. 48 : Du 11 août au 25 août 1792, p. 689.

pas nécessairement l'engagement du cœur, nécessaire au représentant du peuple pour promouvoir les intérêts de la communauté nationale. Basire, député montagnard de la Côte d'Or, considère ainsi que l'élection d'étrangers, ayant participé à la défense des intérêts révolutionnaires, à la Convention aurait « livré » celle-ci aux étrangers. Opposant les vertus de la Raison à celles du cœur, il déclare que « le titre de citoyen ne doit pas seulement être dévolu aux talents, il doit être surtout le prix des vertus privées » car il « n'est pas rare de voir de bons écrivains doués de très mauvais cœurs »²⁹.

La figure de l'étranger, dans chacune de ces conceptions, ne revêt pas la même réalité : dans la seconde l'étranger ne peut se défaire d'une identité nationale historiquement déterminée et dans la première il peut perdre son caractère d'étranger par l'engagement révolutionnaire. Une tension s'installe donc entre deux conceptions de la souveraineté nationale : celle des membres de la nation révolutionnaire et celle de l'universalité des révolutionnaires. La première est fondée sur la seule Raison, la seconde, elle, relève d'une raison plus sensible, conduite par la volonté de protéger et de servir les intérêts d'une communauté historiquement déterminée à laquelle on appartient et est attaché. C'est le renforcement de celle-ci qui conduira à la construction de la figure moderne de l'étranger.

La position de Jean-Jacques Rousseau est très éclairante quant à cette construction. En effet, il ne pense pas, contrairement à Diderot, que l'appartenance à l'humanité se traduise par un lien sentimental de l'individu à la généralité des hommes. Pour être efficace, le sentiment doit être concentré sur la cité. Dans le *Contrat social*, Rousseau estime ainsi que ceux qui n'ont pas pris part au pacte social lors de sa formation en sont en principe exclus car ils sont « des étrangers parmi les citoyens »³⁰. Par cette position, articulée autour de l'opposition entre « citoyen » et

²⁹ *Archives parlementaires*, Séance du vendredi 24 août 1792, au soir, T. 48 : Du 11 août au 25 août 1792, p. 689-690.

³⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762), GF Flammarion, 1966, Livre IV, Chapitre II, p. 148. La citation ici concerne les opposants au pacte social, dont l'opposition « n'invalide pas le contrat » mais « empêche seulement qu'ils n'y soient compris ». Cependant, la position peut être étendue aux étrangers entendus comme ceux qui n'étaient pas présents car ne résidant pas dans l'État au moment du pacte social puisque « quand l'État est institué, le consentement est dans la résidence ». Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par cet extrait de l'*Émile* dans lequel Rousseau écrit : « Tout patriote est dur aux étrangers; ils ne sont qu'hommes, ils ne sont rien à ses yeux. Cet inconvénient est inévitable, mais il est faible. L'essentiel est d'être bon aux gens avec qui l'on vit [...] Défiez-vous de ces cosmopolites qui vont chercher au loin dans leurs livres des

« homme », Rousseau pose une limite aux conceptions universalistes des Lumières qui sera reprise par les révolutionnaires : les volontés de l'homme et du citoyen ne coïncident pas et cela en raison de la différence des buts qui guident leur action.

Rousseau ne renie pas son attachement aux valeurs universalistes. Mais il pose une hiérarchie entre ces deux systèmes de valeurs que sont l'humanité et la citoyenneté. En effet, la naissance détermine la patrie et ce n'est ensuite que par effort de volonté que l'on s'élève au dessus de soi, qu'on devient homme, c'est pourquoi « nous ne commençons proprement à devenir homme qu'après avoir été citoyen »³¹, la vie politique constituant par là un élément du perfectionnement de la nature humaine. Le citoyen est ainsi conçu comme poursuivant le bonheur du groupe tandis que l'homme ne poursuit que le bonheur individuel. Aucun des deux termes n'est en soi valorisé au détriment de l'autre. Rousseau semble les présenter davantage comme deux systèmes de valeurs indépendants : renoncer à la qualité de citoyen constitue un obstacle à l'application effective de la loi car l'univers n'est pas un État, et renoncer à l'idée universelle d'humanité conduirait à nier, en présence d'autres êtres, notre sentiment le plus intime d'appartenir à la même espèce. Ainsi, l'existence de la cité en elle-même n'est pas un obstacle à l'universalité mais la notion de contrat, elle, constitue un obstacle à la relation de l'individu avec l'ensemble des hommes. En effet, elle suppose l'adhésion à un projet commun qui est circonstancielle et non universelle. L'exemple le plus souvent cité est alors celui des cités antiques qui faisaient régner l'égalité en leur sein mais qui ne l'étendaient « pas plus loin que leur domination »³². C'est pourquoi, dans le projet politique, l'homme s'oppose au citoyen³³ : « forcé de combattre les institutions ou les institutions

devoirs qu'ils dédaignent de remplir autour d'eux», J.-J. ROUSSEAU, *Émile ou De l'éducation* (1762), Garnier Flammarion, 1961, Livre I, p. 11.

³¹ J.-J. ROUSSEAU, *Manuscrit de Genève*, Livre I, chapitre 2.

³² « Encore trouve-t-on dans les lois mêmes de Justinien, les anciennes violences autorisées à bien des égards, non seulement sur les ennemis déclarés mais sur tout ce qui n'était pas sujet de l'Empire ; en sorte que l'humanité des Romains ne s'étendait pas plus loin que leur domination » in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Essai sur la forme de la République*, Arvensa éd., 2014, Titre I, chapitre 2, p. 16.

³³ Pour une étude approfondie de cette question v. T. TODOROV, *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine*, Seuil, coll. « La couleur des idées », 1989, p. 204-212.

sociales, il faut opter entre faire un homme ou un citoyen ; car on ne peut faire à la fois l'un et l'autre »³⁴.

La position de citoyen, dans cette optique, se définit entièrement à partir de la notion de patrie, l'éducation civique ayant pour rôle d'inculquer le patriotisme : un citoyen doit être patriote car « sitôt qu'il est seul il est nul : sitôt qu'il n'a plus de patrie, il n'est plus »³⁵. La contrepartie de cet amour pour la patrie est alors un certain mépris pour ce qui ne lui appartient pas, et donc pour les étrangers. Le concept de contrat social est ainsi ambivalent car il porte en lui à la fois la promotion de l'égalité des citoyens et une formule de clôture, de distinction entre les nationaux et les étrangers. La guerre seule n'explique donc pas l'attitude des révolutionnaires face à l'étranger. Le mouvement révolutionnaire, promoteur de l'universalité et des droits de l'homme, porte en lui l'exclusion de l'étranger et la fermeture des frontières de la communauté nationale.

Si la Révolution est fondée sur la puissance de la Raison, le patriotisme est davantage présenté comme un sentiment³⁶ et cet amour de la patrie va constituer la frontière, la ligne de démarcation entre les patriotes à protéger et les indésirables. L'élection d'étrangers à la Convention nationale aurait pu être un aboutissement de la conception universaliste portée par la première Assemblée législative. Pourtant, à l'évocation de cette possibilité concrète d'une citoyenneté sans frontières, les parlementaires considèrent que ce serait là « livrer la Convention aux étrangers »³⁷, révélant déjà les limites du « congrès du monde entier » proposé par Chénier.

Jacques Alexis Thuriot, député montagnard de la Marne, considère ainsi qu'il ne faut pas distribuer les honneurs au risque de voir le titre de citoyen français déprécié. Il met ainsi en évidence l'impossibilité pour un conventionnel, nouveau patriote d'adoption ou par adhésion, de pouvoir prendre des décisions sur le seul plan de son humanité universelle³⁸. S'inscrivant dans la conception rousseauiste,

³⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Émile ou De l'éducation* (1762), Garnier Flammarion, 1961, Livre I, p.13.

³⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réforme projetée*, Londres, 1782, chapitre IV, p. 30.

³⁶ Robespierre affirme ainsi que « le patriotisme est ardent par nature, qui peut aimer froidement la patrie ? Il est particulièrement le partage des hommes simples, peu capables de calculer les conséquences politiques d'une démarche civique par son motif », in *Archives parlementaires*, T. 83, séances du 5 au 27 janvier 1794, p. 301.

³⁷ *Archives parlementaires*, T. 48, *op. cit.*, p. 689-690.

³⁸ Il déclare ainsi : « Je crois aussi qu'il faut honorer le mérite, et qu'un grand homme appartient à l'humanité tout entière. Mais voyez quels seraient les inconvénients de la proposition qui vous est

l'individu est présenté comme subissant une tension permanente entre son humanité et sa citoyenneté, tension que l'individu adopté subit davantage en tant qu'il est en permanence déchiré entre son identité nationale d'origine, son identité citoyenne d'adoption et son humanité.

Or, d'après Thuriot, rien ne permet d'affirmer que l'engagement final de cet individu se ferait en faveur de la patrie d'adoption. L'idée d'une appartenance patriote fondée sur la seule raison, sur des valeurs universelles partagées est présentée comme insuffisante. Peu à peu, la patrie, fondée sur une communauté de valeurs, est donc identifiée avec la nation, communauté de personnes liées par un contrat originaire historiquement daté auquel les étrangers, par définition, n'ont pas participé. La question qui se pose est alors de savoir s'il est possible de transgresser son origine nationale pour adopter une nouvelle citoyenneté patriote et donc de constituer une communauté nationale ouverte vers d'autres individus prêts à se lier au contrat d'origine.

Lorsqu'on exclut les étrangers, on exclut ceux qui n'ont pas participé à l'acte constituant. L'étranger est donc celui qui n'a pas accès à la loi fondatrice de la nation politique, celui qui n'a pas les mêmes origines politiques pour ne pas avoir participé au contrat révolutionnaire fondateur. C'est dans cette optique que le député Lasource estime que le titre de citoyen « ne doit leur être accordé qu'après qu'ils l'aient demandé » car « l'histoire nous apprend qu'une des grandes causes qui perdit l'Empire romain, c'est que le droit de citoyen romain s'étendit à tous les peuples voisins de Rome »³⁹. Le seul fait de soutenir les valeurs révolutionnaires ne suffit pas, il faut choisir la nation française, manifester sa volonté d'adhérer au pacte social fondateur.

faite d'admettre les philosophes des nations étrangères au titre de citoyen français. Je suppose que nous soyons actuellement en guerre avec l'Angleterre, la Prusse et l'Allemagne, et que la Convention nationale dans laquelle vous auriez admis un Anglais, un Prussien et un Allemand, ait à prendre une mesure pour repousser ces puissances, croyez-vous que ces trois philosophes pussent concourir à cette mesure. », in *Archives parlementaires*, Séance du 24 août 1792, T. 48, *op. cit.*, p. 691.

³⁹ « Je dis donc que l'Assemblée nationale ne doit pas offrir, mais donner le droit de cité aux étrangers, d'après la demande qu'ils en auront faite. L'histoire nous apprend qu'une des grandes causes qui perdit l'Empire romain, c'est que le droit de citoyen romain s'étendit à tous les peuples voisins de Rome. Ce n'est pas que je veuille refuser le titre de citoyen français aux étrangers qui s'en seront montrés dignes par leurs écrits; mais je pense que ce titre ne doit leur être accordé qu'après qu'ils l'aient demandé », *Archives parlementaires*, T. 48, p. 689.

Mais l'étranger national est lui aussi exclu, préfigurant un dépassement du seul critère de la participation.

En effet, l'étranger national, c'est-à-dire le naturalisé, est exclu de l'espace de souveraineté démocratique, exclu non pas seulement parce qu'il aurait refusé d'adhérer au pacte originaire, mais aussi parce qu'il n'appartient pas à la nation historique. Il représente ainsi un obstacle à l'expression d'une véritable souveraineté nationale. L'analogie avec les nobles est à cet égard éclairante : ceux-ci sont également exclus car on considère qu'il est impossible de se débarrasser de son identité originelle. Qu'ils aient ou non accepté sincèrement l'abolition de la noblesse en 1790, qu'ils aient émigré ou non, ils restent avant tout d'origine noble et sont donc extérieurs de ce fait à la fondation nationale. Le raisonnement tenu vis-à-vis des étrangers est identique : si certains, par leur profession, sont protégés de l'expulsion, en revanche aucun n'est admis dans la représentation nationale. Les propos du député Barère à la Convention sont particulièrement explicites : « Quand nous avons la guerre avec une partie de l'Europe, aucun étranger ne peut aspirer à l'honneur de représenter le peuple français. Je crois qu'il n'est pas besoin de m'appesantir davantage sur cette idée; il suffit de dire qu'appeler les étrangers à manier les rênes du gouvernement, c'est en exclure les Français. Ce n'est que par une philanthropie atroce que des ennemis de la patrie ont dit qu'il fallait choisir les défenseurs de la France dans la République universelle »⁴⁰. Malgré la mention des circonstances, à savoir la guerre révolutionnaire, il est clair que le discours dépasse la simple considération circonstancielle. La « France » est ainsi opposée à la « République universelle » et la dichotomie « nous » / « étrangers » annonce une figure de l'étranger comme « Autre » politique mais aussi comme figure extérieure et « étrangère » au sentiment patriotique.

Cette analyse peut être corroborée par les dispositions du décret des 27 et 28 germinal an III relatives à l'acquisition de la qualité de Français. En 1789 puis en 1792, la qualité de Français s'acquiert en raison de la participation à la collectivité représentée fondée sur le nouveau contrat. C'est pourquoi en 1793, l'on avait considéré que seuls ceux résidant sur le territoire français avant 1789 et ayant donné

⁴⁰ Séance du mercredi 25 décembre 1793, *Archives parlementaires*, T. 82 : séances du 20 décembre 1793 au 4 janvier 1794, p. 303-304.

des preuves de civisme pouvaient être exemptés des mesures d'expulsion prises à l'encontre des étrangers⁴¹.

Mais à l'automne 1793, le Comité de Salut public décide que seul l'étranger installé en France depuis plus de vingt ans est considéré comme ayant été naturalisé par le temps. Cette demande révèle donc que l'intégration politique par libre choix, indépendamment des processus d'acculturation vécus, ne suffit plus pour pouvoir intégrer le souverain. L'idée d'une communauté nationale entièrement définie par le contrat social s'estompe pour laisser place à celle d'une naturalisation davantage culturelle et sociale qui ne pourrait se faire que par le temps, laissant « ouverte la possibilité d'une appartenance nationale qui reposerait sur ces processus d'acculturation lents qui ne supposent pas l'absence du libre arbitre mais ne présentent pas de son caractère suffisant »⁴². Si le discours mêle généralité et position circonstancielle guidée par le contexte de guerre, le seul choix politique ne semble plus suffire à écarter la suspicion envers l'étranger dont le gouvernement d'origine n'a pas été fondé sur les valeurs révolutionnaires portées par la France. Le souverain n'est donc plus fondé sur l'universel mais connaît une limite à la fois politique et nationale, à travers la figure du citoyen patriote.

En 1794, la France connaît donc deux figures de l'étranger qui parfois se rejoignent : l'étranger politique, qui est l'étranger de l'intérieur à savoir le noble qui par sa nature est enclin à la trahir les idéaux révolutionnaires, et l'étranger national qui parce qu'il appartient à un autre souverain reste suspect⁴³. La délimitation de la souveraineté nationale entre donc en conflit avec l'horizon idéologique universel et la Révolution française devient la scène d'une mise en tension entre « l'humanisme de raison » et « l'antihumanisme de situation »⁴⁴. Parce qu'elle est fondée sur le droit et l'égalité devant la loi déterminée par le souverain, la Révolution porte

⁴¹ Loi du 3 août 1793, art 3 : «sont également exceptés ceux qui résidaient en France avant le 14 juillet 1789 et ont donné des preuves de civisme et de probité». De même, la loi du 1er août dispose que «la Convention demande de mettre en arrestation les étrangers des pays avec lesquels la République est en guerre, et non domiciliés en France avant le 14 juillet 1789», *Recueil des actes du comité de salut public*, T. 6, 15 août – 21 septembre, p. 46.

⁴² S. WAHNICH, *L'impossible citoyen, op. cit.*, p. 232.

⁴³ Cela est particulièrement visible à travers les cas de Thomas Paine et d'Anarchis Cloots qui, après avoir acquis la qualité de Français pour leur partage et leur défense des idéaux révolutionnaires ont été exclus comme étrangers nationaux et maintenus en prison comme tels. Ce cas est détaillé et analysé dans l'ouvrage de S. WAHNICH, *Impossible citoyen, l'étranger dans le discours de la Révolution française, op. cit.*, p. 185 et suiv.

⁴⁴ S. WAHNICH, *op. cit.*, p. 352.

paradoxalement en elle l'exclusion de l'étranger qui, par définition, ne participe pas à l'élaboration de cette loi et n'est pas toujours à même de percevoir quels sont les intérêts nationaux. L'idée d'une période révolutionnaire accueillante et bienveillante envers l'étranger qui, s'il se joint aux idées révolutionnaires est intégré à la Nation, est donc en partie un mythe.

Il faut être cependant prudent dans l'analyse de la figure révolutionnaire de l'étranger. Si elle est fondée sur l'exclusion du fait d'une certaine étrangeté d'origine difficilement réversible, elle ne repose cependant en rien sur des critères ethniques. La seule question est celle de l'identité politique, celle-ci n'étant à aucun moment conçue comme dépendant de critères raciaux dans le discours révolutionnaire. La communauté culturelle ne revêt pas alors le sens qu'elle a aujourd'hui. Elle est fondée sur une communauté des affections politiques, une élaboration commune de la loi et un secours réciproque. Le culte par exemple est alors présenté comme le fruit d'une liberté de conscience et non comme une spécificité culturelle. Mais cette communauté partage la même conception du politique, la ligne de partage se faisant entre ceux qui défendent avec conviction la Déclaration des droits de l'homme et ceux qui la combattent. L'établissement de la frontière suppose donc de choisir son appartenance politique en lien avec un peuple, une patrie spécifique à défendre. En cela, le lien national est celui qui lie l'individu au nouveau souverain constitué par le pacte social. Il vise à établir « une Cité, c'est-à-dire des citoyens qui soient amis, qui soient hospitaliers et frères »⁴⁵, un lien fraternel entre tous les citoyens patriotes, fondés sur le partage de valeurs politiques. Toute notion d'ethnie ou de race potentiellement constitutive du lien national est donc absente de la conception révolutionnaire de la nation.

Si les étrangers sont exclus de la nation souveraine, c'est en raison de leur possible comportement politique, non d'une différence culturelle ou raciale⁴⁶. Dans son discours du 31 mars 1794, Saint-Just accuse ainsi l'étranger de « corrompre la République », car il « ne voulut autre chose que le renouvellement de la Convention, qui eût entraîné la perte de la République », c'est pourquoi il cherche à « attaquer la

⁴⁵ SAINT-JUST, Rapport sur la police générale, la justice, le commerce, la législation et les crimes des factions, prononcé à la Convention le 26 germinal an II, *Archives parlementaires*, T.88 : Du 13 au 28 germinal an II.

⁴⁶ La première preuve de cela est la volonté des révolutionnaires d'intégrer les colonisés libres et d'abolir l'esclavage, même si le lobby colonial contre révolutionnaire s'y est opposé dès 1789.

représentation nationale » afin de « provoquer [son] renouvellement »⁴⁷. L'étranger pervertit ainsi la sociabilité révolutionnaire et corrompt les lieux d'expression du peuple, c'est la raison pour laquelle il doit en être exclu.

Cette approche révolutionnaire de la qualité de national et de celle d'étranger est ainsi fondée à la fois sur la volonté d'adhésion et sur les prémices d'une socialisation : le citoyen, c'est-à-dire le national, est celui qui, par amour de sa patrie, va adhérer au projet politique commun à défendre, l'étranger étant alors celui qui n'a pas participé à ce pacte originel, qui n'a pas souhaité y adhérer ou qui le combat. Une telle conception va constituer le premier fondement de la figure moderne de l'étranger en même temps qu'elle a contribué à construire la théorie subjective ou volontariste de la nationalité. Elle construit une nation française qui ne dépend en rien d'une nature biologique ou géographique mais d'une volonté affirmée, d'un projet politique commun, favorisé par les liens affectifs établis avec la communauté politique à laquelle l'on choisit d'adhérer. Si être national signifie partager et défendre le projet politique de la nation à laquelle on appartient, être étranger signifie ne pas ou être incapable de partager cette volonté et indirectement mériter le rejet dont on est l'objet de la part de la communauté politique ainsi constituée.

Néanmoins, s'appuyant sur la figure du « citoyen situé » porté par la Révolution, la définition de la nation va progressivement passer de la conception politique révolutionnaire à une conception plus sociale et culturelle. Elle ne supposera alors plus uniquement un lien entre le souverain et l'individu mais aussi un lien des individus entre eux, issu d'un choix à la fois rationnel et affectif et qui exclut l'étranger non plus uniquement comme étranger politique mais également comme un étranger social et culturel.

2. L'étranger, figure extérieure exclue face une communauté culturelle unifiée

Tout individu appartient à la fois à une communauté dont les membres pratiquent la même langue, habitent le même territoire, ont une certaine mémoire commune, possèdent les mêmes coutumes et à une communauté politique qui assure

⁴⁷ SAINT-JUST, « Rapport sur la conjuration ourdie pour obtenir un changement de dynastie » ; et contre Fabre d'Églantine, Danton, Philippeaux, Lacroix et Camille Desmoulins, in *Œuvres complètes de Saint-Just*, texte établi par Charles Vellay, Eugène Fasquelle, éd. L'Élite de la Révolution, 1908, T. II, p. 315 et 326.

des droits et impose des devoirs aux citoyens qui la composent. Si la Révolution ne cherche à connaître que de la seconde, elle va conduire le XIXe siècle à appréhender la première et à lui donner une consistance politique et juridique.

Fortement emprunte de particularismes régionaux, la France a constitué son unité à travers la force centralisatrice de l'État et ce dès l'Ancien Régime. A travers l'action de la monarchie l'idée d'un projet politique d'unification s'est peu à peu constituée à travers une politique d'héritages, de mariages et de conquêtes⁴⁸. La Révolution, par son projet idéologique, a renforcé la force du projet politique collectif et l'a centré autour de la nation proclamée comme source de la légitimité politique.

La Troisième République est considérée comme ayant favorisé et construit le passage de cette conception politique de la nation à une conception culturelle fondée sur la socialisation et imposant donc à l'étranger de participer à ce processus afin de « s'intégrer » à la communauté dans laquelle il réside.

L'effort vers l'unification politique, économique et culturelle qui a caractérisé les mouvements nationalistes dans l'Europe du XIXe siècle a ainsi été particulièrement valorisé par la IIIe République en France. La notion de « modèle républicain d'intégration » que l'on rattache à la Troisième République renvoie à la manière dont l'État républicain définitivement installé a mis en œuvre les principes fondamentaux qui devaient selon lui régir les sociétés démocratiques.

Tout le projet politique de la IIIe République se concentre en effet sur l'intégration des classes populaires dans l'État-nation. D'une part, on crée un cadre de participation des milieux populaires à la vie politique et on encourage cette participation par des réformes électorales qui permettent à des citoyens issus de ces milieux d'exercer des charges publiques. Les lois relatives à la liberté de la presse ainsi qu'au droit de réunion s'inscrivent également dans ce projet. Les ouvriers et les paysans acquièrent ainsi un pouvoir collectif d'intervention dans la vie publique.

D'autre part, la Troisième République favorise l'intégration du peuple en développant une politique de « protection sociale »⁴⁹. Dans le cadre de cette politique, le simple fait d'être membre de la communauté nationale permet d'obtenir des droits sociaux. Ces derniers sont donc liés explicitement à la détention de la nationalité. Le

⁴⁸ C'est ce qui ressort notamment de l'ouvrage de B. D'ALTEROCHE, *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au Royaume*, LGDJ, coll. des thèses, 2002.

⁴⁹ C'est ce que développe G. NOIRIEL dans son article « Petite histoire de l'intégration à la française », *Le Monde diplomatique*, janvier 2002.

développement de l'immigration appréhendée comme phénomène social, dont la désignation date de cette époque⁵⁰ est directement lié à cette politique.

En effet, jusqu'à la fin du Second Empire, la ligne de fracture fondamentale est davantage d'ordre social : les classes de notables s'opposent aux classes des travailleurs, ces derniers ne bénéficiant que de peu de droits dits « sociaux ». Le fait que les membres de cette classe soient « Français » ou « étrangers » importaient alors peu, d'où l'absence de « l'immigration » dans le discours politique et juridique. En revanche, lorsque le peuple s'est vu reconnaître des droits politiques et sociaux en raison de sa nature, c'est-à-dire en raison de son rattachement à l'État-nation, une frontière radicale s'est mise en place entre ceux qui, nationaux, bénéficient de ces droits et ceux qui, parce qu'étrangers, c'est-à-dire ressortissants d'un autre État-nation, ne peuvent y prétendre. Le statut d'étranger acquiert alors une nouvelle dimension : il est celui qui ne possède pas les droits sociaux accordés par l'État, c'est-à-dire qu'il est celui qui ne peut bénéficier de la protection de ce dernier en raison de l'absence de rattachement qu'il a avec lui.

Cette frontière désormais établie entre nationaux et étrangers est directement liée à la volonté révolutionnaire de supprimer les organisations visant à revendiquer des intérêts particuliers en tant qu'elles empêchent l'expression de la volonté générale dans son acception rousseauiste. Par conséquent, et à l'inverse d'autres États, les divisions régionales, religieuses, corporatistes n'ont pu être mobilisées par les citoyens pour défendre leurs intérêts particuliers, « nommer leurs différences et nourrir leur sentiment d'appartenance »⁵¹. L'appartenance collective ne va donc progressivement s'exprimer qu'à travers deux clivages : la lutte des classes et le rapport national/étranger. L'intégration des classes populaires et l'exclusion de l'étranger sont donc intimement liées dans la construction de « l'idée nationale » qu'opère la Troisième République.

C'est dans cette perspective que les juristes et le législateur tentent dès les années 1880 de réglementer l'accès des étrangers à certains emplois dans des domaines particulièrement sensibles d'un point de vue « politique et moral » de

⁵⁰ C'est ce que rappelle G. NOIRIEL dans son ouvrage *Le Creuset français. Histoire de l'immigration XIXe-XXe siècle*, éd. du Seuil, 2006, p. 78.

⁵¹ G. NOIRIEL, *op. cit.*.

l'époque : la loi du 29 juillet 1881⁵² en est l'exemple le plus significatif puisqu'elle impose que les gérants de journaux soient de nationalité française⁵³. La place centrale occupée alors par le clivage national/étranger dans le système républicain de préférence nationale fait de la question de la nationalité un enjeu majeur puisqu'elle est le seul vecteur d'acquisition des droits sociaux et politiques dans une société qui s'industrialise. En cherchant à donner corps à l'idée d'État-nation, la Troisième République a fait de la nationalité l'enjeu principal de la relation national/étranger et pour pouvoir l'acquérir, celui-ci doit s'inscrire dans un processus volontaire de socialisation que la loi de 1889⁵⁴ notamment cherche à reconnaître et à promouvoir⁵⁵.

En fondant la Nation sur une telle conception volontariste, explicitée notamment dans les écrits d'Ernest Renan, la Troisième République la construit autour de l'idée d'une volonté d'appartenance à une communauté dont on partage les valeurs⁵⁶. La décision individuelle est ainsi au cœur du processus de construction de la nation. Mais à ce premier critère va s'ajouter celui du partage d'un passé commun, d'une culture commune qui forment un « capital social » sur lequel « on assoit une idée nationale »⁵⁷.

L'unité nationale est donc également présentée comme une unité culturelle, qui s'affirme notamment par l'emploi d'une même langue et la référence à une histoire commune, tout particularisme régional apparaissant comme une menace à l'unité nationale. Michelet, théoricien du nationalisme républicain, présente ainsi dans *Le Peuple*⁵⁸ une nation qui s'est constituée lentement au cours des

⁵² Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, *J.O.* du 30 juillet 1881, p. 4201.

⁵³ Pour une analyse détaillée de cette politique de protection du marché du travail v. C. ZALC, « Cherchez le petit entrepreneur étranger dans la France du début des années 1920 », in M.-C. BLANC-CHALEARD, S. DUFOIX et P. WEIL (dir.), *L'Étranger en questions du Moyen-Âge à l'an 2000*, éd. Le Manuscrit, 2005, p. 171-206.

⁵⁴ Loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, *J.O.* du 28 juin 1889, p. 2977.

⁵⁵ Sur ce point v. ce chapitre, section 1, § 2. Il faut cependant nuancer en rappelant que cette loi est également en partie pragmatique en ce qu'elle vise à résoudre les problèmes notamment démographiques que connaît alors la France. La preuve de cela peut être trouvée dans le statut des naturalisés posé par cette loi : elle impose en effet un délai de dix ans avant que ne leur soit accordée la pleine citoyenneté, créant ainsi différentes catégories de Français.

⁵⁶ Pour une étude de la conception volontariste de la nation v. ce titre, chapitre 1, section 1.

⁵⁷ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Flammarion, coll. « Champs classiques », 2011, p. 74.

⁵⁸ J. MICHELET, *Le peuple*, Flammarion, 1993.

siècles : s'inscrivant dans une dynamique historique, la nation se constitue donc par un « processus d'intégration continu »⁵⁹.

Or, la cohabitation de ces deux critères, la volonté et le passé culturel, suppose indirectement que l'homme est déterminé par son passé et que donc son entrée dans la nation n'est plus véritablement le fruit d'une adhésion libre, d'un exercice de la seule volonté guidée par la Raison. Si les « ancêtres nous ont fait ce que nous sommes »⁶⁰, comment peut-on concevoir l'individu comme libre de son choix d'appartenance ? Au nationalisme civique vient ainsi s'ajouter progressivement un certain nationalisme culturel qui est proche du déterminisme. Le patriotisme s'éloigne donc un peu plus encore de l'universalisme.

Dans cette perspective, l'étranger n'est plus uniquement un élément politique extérieur au souverain, il est un individu extérieur qui apporte avec lui sa culture, sa langue et son identité. Par essence, il est donc un facteur de désunion de la communauté nationale unifiée. De là va naître le double mouvement autour duquel s'organise le statut de l'étranger : le contrôle des étrangers présents sur le territoire à travers la mise en place de mesures spécifiques de police et leur cohabitation avec la communauté au sein de laquelle ils résident. L'étranger doit ainsi « s'intégrer » voire « s'assimiler » à la communauté nationale afin de préserver l'unité culturelle structurante de celle-ci, issue d'un processus historique mythifié par la Troisième République. Il devient donc à la fois un élément extérieur et par nature exclu de la communauté nationale et un individu présent au sein de la société, vivant parmi les membres celle-ci et ayant donc vocation à s'y intégrer, à partager progressivement, par la vie commune, les valeurs, la langue et les modes de vie qui ont contribué à forger l'idée de nation⁶¹, le but explicite étant la naturalisation, au sens étymologique et juridique.

Construite en parallèle de la figure du national fondée sur la volonté individuelle, l'idée d'intégration de l'étranger ne peut donc être appréhendée, elle aussi, que comme un processus individuel d'adaptation⁶². Ceci explique notamment la

⁵⁹ D. SCHNAPPER, *La France de l'intégration. Sociologie de la Nation en 1990*, Gallimard, 1991.

⁶⁰ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Flammarion, coll. « Champs classiques », 2011, p. 74.

⁶¹ Pour une analyse de l'influence de ce processus sur la nationalité v. supra, chapitre 1, section 1.

⁶² Cette approche est opposée à celle adoptée par exemple par les États-Unis qui privilégie l'intégration collective. Celle-ci suppose à terme la construction de regroupements ethniques fondés sur la distinction sociale et pouvant aller jusqu'à la mise en place d'une politique de « discrimination

prégnance actuelle des notions d'intégration et d'assimilation dans le discours mais aussi dans le droit applicable aux étrangers.

§ 2. Un statut d'étranger tributaire de l'exigence d'intégration

L'exigence d'intégration a été précédée par un discours promouvant l'insertion de l'étranger dans la société d'accueil. Ce choix terminologique est notamment lié à la figure de l'étranger alors prise en compte. D'abord appréhendé sous l'angle du travailleur immigré, l'étranger acquiert ensuite un statut de résident permanent qui entraîne une exigence d'intégration de plus en plus présente dans les discours politiques (A). L'intégration est alors, dans un premier temps, présentée comme un objectif des politiques publiques. Mais elle va ensuite devenir, en entrant dans le corpus législatif comme condition du séjour, une obligation pour l'étranger (B).

A. De l'insertion à l'intégration : le passage de la figure du travailleur immigré à l'étranger culturel

La société française a affirmé son unité et son identité par la construction de l'idéal de l'État-nation, liant l'unité politique et juridique à l'unité sociale. Or, cette nation est fondée sur une dynamique, notamment historique, qui contribue à forger son identité. Elle ne constitue pas une entité qui a perduré identique et stable. Plusieurs termes peuvent alors être utilisés pour caractériser la relation entre un élément extérieur et une entité politique déjà constituée, chacun proposant un modèle différent de processus de cohésion.

Emprunté à la sociologie, le terme d'intégration, s'est imposé depuis le début des années 1990 dans le discours sur l'immigration puis progressivement dans le droit des étrangers, c'est-à-dire dans la législation relative à leur entrée et leur séjour sur le territoire. Présentée par le Haut Conseil à l'intégration comme postulant « la participation des différences à un projet commun et non, comme l'assimilation, leur suppression ou, à l'inverse, comme l'insertion, la garantie protectrice de leur

positive » mais aussi de « groupes d'intérêts ethniques » à l'influence électorale reconnue. Pour une étude des points importants de cette question v. notamment l'article de C. BELIN « Place et légitimité des groupes d'intérêts ethniques aux États-Unis après le 11 septembre 2001 », in *Annuaire Français de relations internationales*, vol. VIII, 2007.

pérennisation »⁶³, elle incarne une vision de la société qui inclut, dans un processus dynamique et continu, des entités extérieures tout en conservant une identité propre et une unité. Comme l'assimilation, l'intégration ne désigne donc pas un état mais un processus qui vise à mettre en relation des éléments hétérogènes afin de conserver et de réaffirmer une unité cohérente, ces éléments devant avant tout se subordonner au mouvement d'ensemble. Il s'agit donc toujours de qualifier le processus visant à lier un élément extérieur à une entité politique constituée dans laquelle il s'introduit.

L'introduction dans la législation applicable au séjour des étrangers d'une condition tenant à « l'intégration » pour l'admission au statut de résident a été présentée comme une grande innovation de la loi du 26 novembre 2003⁶⁴. Si la condition formulée dans cette loi est nouvelle en ce qu'elle en fait un critère proprement juridique de l'entrée et du séjour des étrangers, la nouveauté n'est cependant qu'apparente. Présentée comme le pendant nécessaire de la politique restrictive de l'immigration⁶⁵, l'intégration constitue depuis plus de vingt ans le critère et la condition principale du séjour durable du séjour des étrangers sur le territoire national. La logique d'intégration est ainsi présentée comme devant à la fois accueillir les nouveaux arrivants ayant satisfait aux conditions d'entrée et de séjour sur le territoire et accompagner ensuite leur intégration sociale et professionnelle. La famille a ainsi toujours été un objet privilégié des dispositifs d'intégration, d'abord qualifiés de processus d'insertion, ce changement dans les termes révélant une évolution dans la perception de l'étranger.

En effet, l'insertion renvoie à une forme d'inclusion particulière, mécanique et réversible, qui ne suppose aucune modification de ce qui est inséré par le fait de sa nouvelle appartenance. Processus pouvant être temporaire, l'insertion suppose un possible retour à l'état antérieur sans que soient modifiés la substance ou l'être :

⁶³ Haut conseil à l'intégration, *L'intégration à la française*, Union générale d'édition, coll. 10-18, 1993, p. 8.

⁶⁴ 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, *J.O.* n°274 du 27 novembre 2003, p. 20136.

⁶⁵ Nous citerons par exemple les débats à l'Assemblée en 1976 lors desquels le secrétaire d'État auprès du ministre du travail chargé des travailleurs immigrés déclarait : « il nous faut d'abord perfectionner l'appareil de contrôle de l'immigration de façon à faire respecter la décision de suspension des entrées nouvelles qui a été prise par le Gouvernement et qui correspond à la fois aux nécessités des temps et aux aspirations de la population française. [...] Ensuite, il faut poursuivre l'amélioration des conditions de vie des travailleurs et des familles immigrés que la France a librement accueillis sur son territoire », *J.O. débats parlementaires A.N., 1^{ère} séance du 29 avril 1976, 5^e législature*, p. 2375.

chaque entité reste alors identique à elle-même. Cependant, l'intégration comme l'insertion supposent une même position de principe : l'entité qui insère ou assimile ne change pas elle-même de nature, elle « absorbe sans être modifiée »⁶⁶.

Dans une interview consacrée à la politique d'immigration familiale, le secrétaire d'État aux travailleurs immigrés Paul Dijoud met en avant la possibilité « pour les immigrés de faire venir leur famille en France lorsque celles-ci pourront convenablement s'insérer en France »⁶⁷. A partir de 1981, le terme d'insertion se diffuse dans les instruments juridiques relatifs aux travailleurs immigrés et plus généralement aux résidents étrangers. Le décret du 18 janvier 1983 présente ainsi le Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés et leurs familles comme devant « concourir à l'insertion sociale des travailleurs immigrés et de leurs familles » en complétant « l'action des organismes publics dont la mission est de s'adresser à l'ensemble de la population résidant en France »⁶⁸ et des commissions régionales « d'insertion des populations immigrées » sont mises en place⁶⁹. Lors des débats relatifs à la loi du 17 juillet 1984⁷⁰, la Secrétaire d'État à la Famille, à la Population et aux Travailleurs immigrés évoque la politique du logement qui a permis de réaliser « une meilleure insertion des étrangers dans la communauté » et considère que « cette politique d'insertion est [...] non seulement possible mais souhaitable pour les quatre millions d'immigrés »⁷¹.

L'utilisation du terme d' « insertion » est liée à la volonté de privilégier une approche sociale et économique de la présence de l'étranger en France, écartant toute question culturelle car le « travailleur immigré » est alors le premier destinataire de

⁶⁶ J. GRANGE, « La notion d'intégration, des mathématiques à la politique », colloque de Talange, mai 2004, in *L'intégration en question*, Presses universitaires de Nancy, 2005, p. 2.

⁶⁷ Interview de Paul Dijoud sur le regroupement familial, diffusée le 27 juillet 1976 <http://fresques.ina.fr/jalons/fiche-media/InaEdu01808/interview-de-paul-dijoud-sur-le-regroupement-familial-en-1976.html>.

⁶⁸ Décret n° 83-28 du 18.1.1983 relatif à l'organisation de l'action sociale en faveur des travailleurs immigrés et de leur famille, *J.O.* du 20 janvier 1983, p. 379.

⁶⁹ Nous citerons par exemple l'arrêté n° 84-1553 du 30.1.1984 portant composition de la Commission d'insertion des immigrés de la région d'Ile-de-France.

⁷⁰ Loi n°84-622 du 17 juillet 1984 portant modification de l'Ordonnance 45-2658 du 2 novembre 1945 et du Code du travail et relative aux étrangers séjournant en France et aux titres uniques de séjour et de travail, *J.O.* du 19 juillet 1984, p. 2324.

⁷¹ Intervention de Georgina Dufoix, secrétaire d'État auprès du ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale, chargé de la famille, de la population et des travailleurs immigrés, 2^e séance du 25 mai 1984, VII^e législature (1981-1986), seconde session ordinaire de 1983-1984 (65^e séance), *J.O. débats parlementaires A.N.*, p. 2671-2672.

ces politiques, la figure par excellence du migrant. Une approche de cohabitation entre les communautés est donc mise en avant, justifiée par la défense d'un « droit à la différence »⁷².

Pourtant, le terme « d'intégration » va peu à peu être officiellement consacré pour évoquer la politique de la France vis-à-vis des étrangers présents sur le territoire. Dans la circulaire du 29 janvier 1988 relative au Fonds d'action sociale⁷³, il est ainsi fait référence à « une approche d'ensemble des problèmes d'intégration » et non plus à l'insertion des travailleurs immigrés comme en 1984. Dans son discours du 22 novembre 1988, le ministre de la solidarité nationale justifie ce changement de terme par la constatation que « les étrangers qui résident actuellement en France y resteront, chacun en est aujourd'hui conscient ; parlons donc maintenant d'intégration plutôt que d'insertion »⁷⁴. L'immigration de travailleurs, perçue comme temporaire, a progressivement évolué vers une immigration familiale, plus durable et donc vecteur d'une plus grande insertion dans l'espace social, entraînant un changement d'orientation des politiques relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France et donc le passage d'une politique d'insertion à une exigence d'intégration présentée comme objectif de l'action publique. Ainsi, le regroupement familial est perçu à la fois comme un objectif des politiques publiques et comme un facteur d'intégration.

Le changement de terme renvoie donc à une modification de la figure de l'étranger et des préoccupations liées à sa présence en France. L'étranger de « l'insertion » étant principalement le travailleur immigré, son appréhension se limite, en réalité, à la prise en compte d'un acteur économique parfois socialement défavorisé et auquel il faut donc assurer des conditions de vie décentes. En revanche, parce qu'il choisit de s'installer durablement sur le territoire, avec sa famille, l'étranger de « l'intégration » se présente davantage comme un individu situé et un acteur de la vie commune, qui se présente au sein de la communauté sociale avec ses

⁷² La secrétaire d'État affirme ainsi qu' « il est bien clair qu'une insertion n'est possible que si la communauté française l'accepte, que si les deux communautés sont d'accord. C'est pourquoi l'une des actions à laquelle j'attache le plus d'intérêt aujourd'hui est celle en faveur d'une meilleure compréhension entre les communautés », 2^e séance du 25 mai 1984, précité, p. 2671.

⁷³ Circulaire du 29 janvier 1988 relative aux contrats d'agglomération, *Bulletin officiel du ministère chargé des affaires sociales*, n° 88/32, p. 73-76.

⁷⁴ Déclaration de M. Claude Evin, ministre de la solidarité de la santé et de la protection sociale, sur la politique de l'immigration, prononcée lors de la réunion du conseil d'administration du Fonds d'action sociale à Paris le 22 novembre 1988, in *Actualité-Migrations*, n° 253, 21-25 novembre 1988.

habitudes familiales, son mode de vie et sa propre conception du rapport à l'autre. Si le terme d'insertion renvoyait davantage à des questions d'ordre économique et social, l'intégration va supposer également une dimension d'adaptation culturelle qui jusqu'alors était peu présente dans le discours politique. Il est ainsi affirmé que « l'intégration des immigrés passe par cinq questions essentielles » et notamment « *l'insertion sociale et culturelle* »⁷⁵. Il n'est plus uniquement question d'assurer des conditions de vie matériellement décentes pour les travailleurs immigrés et leur famille, mais également d'entamer un processus « d'adaptation à notre société de l'étranger qui a l'intention d'y vivre »⁷⁶. Il s'agit donc désormais de prendre en compte davantage « les problèmes suscités par les immigrés et non plus rencontrés par les immigrés »⁷⁷.

Du fait de la prise de conscience de l'installation durable des populations immigrées sur le territoire, le statut de l'étranger est donc désormais appréhendé davantage sous l'angle de la conciliation entre sa présence et la conservation de l'unité sociale et culturelle sur laquelle repose la conception de la communauté sociale et politique. Cette transformation dans les termes fait de l'intégration un processus dans lequel l'immigré est face à une société considérée comme un tout homogène à laquelle il va devoir s'intégrer.

Si l'intégration est alors présentée comme une nécessité, c'est avant tout pour engager des politiques publiques visant à la promouvoir. Mais peu à peu, l'exigence d'intégration va passer d'un objectif de l'action publique à une injonction faite à l'étranger et dépendant davantage de sa volonté que de l'action objective des autorités étatiques.

B. D'un objectif de l'action publique à une injonction faite à l'étranger

Dans les premiers débats parlementaires relatifs à l'insertion puis à l'intégration, l'État est un acteur clé du processus visant à permettre à l'étranger d'obtenir un statut stable au sein de la société d'accueil (1). Rompant en partie avec ce principe, la

⁷⁵ Déclaration de Claude Evin, précitée.

⁷⁶ Haut Conseil à l'intégration, *L'intégration à la française*, op. cit., p. 8.

⁷⁷ C. BARATS, « L'intégration et le discours présidentiel sur l'immigration : inscription dans l'espace national et consensus d'évitement », in *Quaderni*, n°22, 1994, p. 110.

législation actuelle prône une conception de l'intégration dépendant davantage d'une démarche volontaire de l'étranger (2).

1. L'État, acteur clé de l'insertion puis de l'intégration

La politique d'insertion puis d'intégration va être d'abord être présentée comme un objectif de l'action publique, reposant sur l'action positive de l'État⁷⁸. Ce dernier doit ainsi assurer les conditions nécessaires à l'intégration des étrangers en France. Les gouvernements affirment que « l'objectif d'insertion sociale » en particulier, « l'insertion des immigrés de la deuxième génération qui ont choisi de vivre en France : insertion scolaire d'abord, insertion professionnelle ensuite et naturellement insertion sociale » est « au centre de [notre] action à l'égard des immigrés »⁷⁹.

Lors des débats parlementaires sur le projet de loi relatif à la répression en matière de trafics et d'emplois irréguliers de main-d'œuvre étrangère du 10 juillet 1976, le secrétaire d'État Paul Dijoud avait également rappelé la nécessité d'assurer l'insertion des immigrés dans la société française. Il estimait ainsi, par exemple, qu'il fallait « associer les collectivités locales à l'effort de promotion des immigrés » ou encore mettre « en œuvre un dispositif qui améliore en profondeur la situation des travailleurs immigrés »⁸⁰. L'assouplissement en 1975⁸¹ des conditions d'éligibilité aux fonctions de représentants du personnel dans l'entreprise et d'exercice de

⁷⁸ La secrétaire d'état G. Dufoix déclare en ce sens : « c'est simplement à l'énergie des hommes que la France avait fait appel, que les entreprises françaises avaient fait appel, et que nous avons trop oublié les êtres humains. [...] Peut-on admettre que des familles entières continuent de vivre, pendant des années, dans des cités qu'on avait appelées « de transit », ou dans d'autres logements qui ne remplissent pas les conditions élémentaires d'hygiène et de sécurité ? Peut-on admettre, pour ces communautés, un taux d'échec scolaire souvent élevé ? Peut-on admettre, pour ces communautés, un accès aux formations professionnelles trop limité ? Peut-on négliger à ce point leurs aptitudes et leurs aspirations ? Peut-on continuer à agir comme si elles n'étaient là que pour un temps ? A l'évidence, on ne le peut plus, et c'est à une politique d'insertion que concluent toutes les analyses. Ce n'est pas un choix subjectif, c'est un impératif, social, économique et humain. Tels sont les fondements de la politique que le Gouvernement poursuit [...] », *J.O. débats parlementaires A.N.*, 2^e séance du 25 mai 1984, p. 2671.

⁷⁹ Pierre Bérégovoy, ministre des affaires sociales, *J.O. débats Sénat*, séance du 9 décembre 1982, première session ordinaire 1982-1983, p. 6535.

⁸⁰ Paul Dijoud, secrétaire d'État auprès du ministre du travail, chargé des travailleurs immigrés, *J.O.A.N.*, 1^{ère} séance du 29 avril 1976, 5^e législature, p. 2375.

⁸¹ Loi n° 75-630 du 11 juillet 1975 relative aux droits des travailleurs étrangers, *J.O.* du 13 juillet 1975, p. 7236.

mandats syndicaux⁸² ont eu pour but de réaliser cet objectif, de même que l'institutionnalisation et l'organisation en 1976 du droit au regroupement familial. La caractéristique de la politique menée alors, et principalement de celle menée à partir des années 1980, est qu'elle allie des dispositifs spécifiques aux étrangers avec une politique plus globale d'aide et d'action sociale. Les immigrés ne sont alors pas perçus comme des « étrangers à intégrer culturellement ». Ils sont appréhendés plutôt comme une population appelant des mesures spécifiques mais qui appartient également à l'ensemble des populations dites « fragiles » dont l'insertion et l'intégration doit être assurée par la mise en place, par l'État, de structures d'aide sociale. Les politiques gouvernementales sont ainsi construites sur l'idée qu'en privilégiant les dispositifs de protection sociale générale, une certaine égalité de traitement est assurée grâce à ces seules mesures, permettant d'éviter des dispositions spécifiques qui pourraient conduire à la constitution objective de différentes communautés au sein d'une société qui se veut unifiée. Seront donc conciliées les politiques sociales avec des mesures spécifiquement destinées aux travailleurs immigrés et à leur famille. C'est dans cette logique que l'on affirme que « la politique de solidarité envers les catégories les plus défavorisées de la population concerne aussi les immigrés. Il en est ainsi des moyens consacrés à l'éducation et à la formation » tout en prévoyant de mettre en place quelques « interventions spécifiques en direction des immigrés financées par d'autres budgets »⁸³. La politique est donc orientée vers une approche territoriale et des mesures qui ne soient pas toutes spécifiquement destinées aux étrangers présents sur le territoire.

L'opération de régularisation des « sans papiers » en 1981 répond à cette logique⁸⁴, de même que la création d'un titre unique de travail et de séjour de dix ans

⁸² Simone Veil, lors des débats au Sénat relatifs à la loi n°75-630, déclarait ainsi que « le vœu profond du Gouvernement » était de fixer « la place nouvelle et élargie que les étrangers peuvent prendre dans la vie du monde du travail et les responsabilités accrues que vous leur permettrez d'y exercer », *J.O. débats parlementaires Sénat*, séance du 29 juin 1975, seconde session ordinaire de 1974-1975, p. 2323.

⁸³ Intervention de François Autin, secrétaire d'État auprès du ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale en charge de la question des immigrés, *J.O. débats parlementaires Sénat*, séance du 9 décembre 1982, précitée., p. 6543.

⁸⁴ Le ministre de la solidarité sociale déclare ainsi lors des débats au Sénat : « Le deuxième thème de la politique gouvernementale, c'est de mettre fin à la précarité du statut des immigrés. Avant toute nouvelle politique, en particulier toute politique d'insertion sociale, un préalable existe, qui est de mettre fin à cette situation d'exception, à ce statut précaire qui a si parfaitement caractérisé la

par la loi du 17 juillet 1984⁸⁵. Permettant une installation stable et durable de l'étranger sur le territoire, ce nouveau titre est présenté comme un vecteur d'intégration qui doit être favorisé par l'État. Lors des débats parlementaires, les discours mettent en avant la nécessité de mettre en place des conditions protectrices de séjour⁸⁶ afin de favoriser une meilleure insertion des immigrés au sein de la société. L'accent est donc mis sur l'action publique, sur le devoir de l'État d'assurer les conditions nécessaires à une bonne insertion des immigrés en France⁸⁷. Il y a alors un lien systématiquement mis en avant entre l'insertion et la sécurité juridique garantie par l'État aux travailleurs immigrés et à leur famille.

Cette conception de l'intégration est confirmée par les dispositions mêmes de la loi de 1984. En effet, celles-ci ne posent à aucun moment l'insertion ou l'intégration comme condition d'octroi de la carte de résident. Seuls la durée du séjour et les moyens d'existence sont alors pris en compte, la seule limite étant la menace à l'ordre public⁸⁸. Conçue comme un objectif des politiques publiques, l'intégration n'est pas une condition explicite posée au séjour stable, elle en est plutôt une résultante nécessaire. Cette loi de 1984 marque un tournant considérable car elle semble reconnaître les étrangers comme des composantes de la société française et non plus uniquement comme une main d'œuvre temporairement présente sur le territoire.

situation de l'immigré dans notre pays », *J.O. débats parlementaires Sénat*, séance du 22 septembre 1981, p. 1561.

⁸⁵ Loi n° 84-622 du 17 juillet 1984 portant modification de l'Ordonnance 452658 du 2 novembre 1945 et du Code du travail et relative aux étrangers séjournant en France et aux titres uniques de séjour et de travail, *J.O.* du 19 juillet 1984, p. 2324.

⁸⁶ Le député Roger Rouquette, rapporteur du projet de loi déclare ainsi qu'il « convient de donner sécurité et stabilité aux communautés immigrées installées en France, tant dans leur vie civile que dans leur travail et dans leurs rapports avec l'administration », *J.O. débats parlementaires A.N.*, 2e séance du 25 mai 1984, p. 2664.

⁸⁷ La secrétaire d'État auprès du ministre des affaires sociales déclare en ce sens : « Comment croire en effet que puissent pleinement s'insérer dans la vie de notre pays des hommes et des femmes que la loi et les procédures cantonnent dans la marge de la société? Comment penser qu'il puisse y avoir insertion réelle de personnes qui vivent, si je puis dire, avec la valise dans la tête, sans savoir de quoi demain sera fait ? », *J.O. débats parlementaires A.N.*, 2e séance 25 mai 1984, p. 2672.

⁸⁸ L'article 14 de la loi dispose que « peuvent bénéficier d'une carte dite « carte de résident » les étrangers qui justifient d'une résidence non interrompue, conforme aux lois et règlements en vigueur, d'au moins trois années en France. / La décision d'accorder ou de refuser la carte de résident est prise en tenant compte des moyens d'existence dont l'étranger peut faire État [...] / La carte de résident peut être refusée à tout étranger dont la présence constitue une menace pour l'ordre public. »

Si elle est présentée comme un objectif de l'action publique, l'intégration est aussi fondée sur l'idée d'une socialisation progressive liée au temps du séjour. Les propos tenus lors des débats relatifs à la loi du 29 octobre 1981 permettent de confirmer cette approche. Prévoyant pour la première fois des protections contre l'éloignement de certaines catégories d'étrangers, cette loi met en avant les liens qu'ils ont désormais avec la France. Le ministre en charge de présenter la réforme parle ainsi de garantir le maintien en France de ceux qui « sont les compagnons de notre vie nationale » c'est-à-dire notamment « des mineurs, des jeunes de la seconde génération et aussi ceux qui vivent en France depuis si longtemps qu'ils ne savent plus quelle pourrait bien être une autre patrie »⁸⁹. Le processus de socialisation, déjà supposé sous la IIIe République pour définir les conditions d'acquisition de la nationalité, est désormais pris en compte afin de protéger les étrangers concernés de l'expulsion. De même, la loi du 17 juillet 1984 est à la fois un gage de protection juridique afin de favoriser l'intégration mais aussi la reconnaissance des liens sociaux qu'il a établi avec la communauté nationale et résultant d'une certaine période passée en France. Il y a ainsi une combinaison entre l'action publique permettant la mise en place d'un cadre protecteur favorable à l'intégration et la reconnaissance par l'État d'une intégration de l'étranger qu'il faut ensuite protéger.

Cependant, les réformes législatives vont progressivement renverser la logique de la condition d'intégration. D'abord objectif des politiques publiques lorsque l'étranger séjourne en France, celle-ci va devenir une condition imposée à l'étranger pour permettre son droit au séjour. L'intégration devient ainsi une injonction faite à l'étranger⁹⁰.

Ce mouvement s'explique par un changement dans le rapport à la figure de l'étranger : d'abord étranger sur le marché économique, il va être progressivement perçu et présenté avant tout comme un étranger sur le plan culturel. Cette prise en compte de plus en plus affirmée de la différence culturelle et notamment religieuse existant entre les nationaux et les étrangers et la crainte d'une remise en cause de

⁸⁹ N. QUESTIAUX, ministre de la solidarité sociale, séance du 22 septembre 1981, *J.O. débats parlementaires Sénat*, p. 1561 : « Nous sommes fiers — j'y insiste, mesdames, messieurs les sénateurs — de vous proposer un texte qui, si le Parlement l'adopte, mettra fin une fois pour toutes aux expulsions de mineurs, de jeunes de la deuxième génération et aussi de ceux qui vivent en France depuis si longtemps qu'ils ne savent plus quelle pourrait bien être une autre patrie ».

⁹⁰ D. LOCHAK, « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures et conflits*, n°64, p. 131.

l'unité de la communauté nationale vont conduire ainsi à modifier l'approche de l'intégration.

2. L'avènement d'une conception volontariste de l'intégration

Depuis la loi du 26 novembre 2003⁹¹, tout étranger admis au séjour en France est soumis à une injonction légale d'intégration. Celle-ci devient donc une condition de son maintien stable et durable sur le territoire français et devient un objet d'enquête, une réalité que les pouvoirs publics n'ont cessé de vouloir contrôler de manière toujours plus attentive. L'engagement de l'étranger dans l'intégration est désormais « la règle du jeu »⁹² de son séjour durable en France.

Lors des débats parlementaires portant sur la loi de novembre 2003, le ministre de l'intérieur affirmait que « la carte de résident [...] traduit un désir d'installation durable sur le territoire et doit être réservée, [...] à ceux qui ont prouvé une réelle volonté d'intégration dans la société française. Il s'agit de faire comprendre qu'on ne peut pas demander à être intégré durablement dans une société sans manifester en même temps le souci de s'y intégrer »⁹³. Si elle est toujours présentée comme nécessaire, parce que correspondant à un modèle français de société unifiée, l'intégration devient donc un objet de discours fondé sur la volonté de l'étranger et non plus sur l'action de l'État. Le discours va donc « éloigner » l'exigence d'intégration de l'action publique pour la rapprocher, comme ce fut le cas en matière de nationalité⁹⁴, d'une conception volontariste fondée sur l'effort et le désir individuel de l'étranger de faire partie de la communauté sociale.

C'est pourquoi il est désormais inscrit dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) que l'étranger admis pour la première fois au séjour en France ou qui entre régulièrement en France entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans, et qui souhaite s'y maintenir durablement, « prépare son intégration républicaine dans la société française »⁹⁵. Le terme de « préparer » suppose que

⁹¹ 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, *J.O.* du 27 novembre 2003, p.20136.

⁹² N. FERRAN, *L'intégration des étrangers saisie par le droit : Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981-2006*, Thèse, Université de Montpellier I, 2008, p. 29.

⁹³ *J.O. débats parlementaires A.N.*, 2^e séance du 3 juillet 2003, p. 6732

⁹⁴ V. ce chapitre section 1, § 2, B.

⁹⁵ Le terme est celui employé par l'article L. 311-9 du CESEDA.

l'étranger doit, par sa propre action, rendre possible son intégration. Celle-ci est donc explicitement présentée comme un processus individuel exigé de l'étranger. Le nouveau rapport entre l'État et l'étranger ainsi établi suppose que l'étranger doit fournir des preuves de son intégration, l'État ayant pour rôle de la contrôler et éventuellement de sanctionner son absence. Les changements législatifs tendent à confirmer cette approche : alors que le texte de 2003 prévoyait l'appréciation de l'intégration de l'étranger « au regard de sa connaissance suffisante de la langue française et des principes qui régissent la République française », le texte de 2006 exige un « engagement personnel » et un « respect effectif » des prérequis à un séjour de longue durée sur le territoire français.

C'est dans cette perspective que va être mis en place le contrat d'accueil et d'intégration sur lequel repose le contrôle du respect par l'étranger de la condition d'intégration. Présenté comme une mesure de transposition de la directive n° 2003-109 du 25 novembre 2003 qui n'ouvrait qu'une faculté aux États, il a été introduit sous forme d'expérimentation. Par ce contrat, l'État, par l'intermédiaire de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, organise et prend en charge certaines prestations telles que la formation civique d'une journée comportant une « présentation des institutions françaises et des valeurs de la République »⁹⁶, une formation linguistique, une session d'information sur la vie en France, un bilan de compétences ainsi qu'un accompagnement social si la situation de l'étranger l'exige. L'étranger quant à lui s'engage à suivre les formations proposées ainsi qu'à satisfaire aux prescriptions faites par les organismes chargés de son accompagnement. Simple faculté lorsqu'elle est mise en place en 2003, la signature du contrat d'accueil et d'intégration devient obligatoire en 2006⁹⁷, renforçant la conception volontariste de celle-ci. L'administration dispose également de la faculté de sanctionner, sur le terrain du séjour, le manquement de l'étranger à ses obligations en refusant la délivrance de la carte de résident ou en refusant le premier renouvellement de la carte de séjour délivrée lors de l'entrée sur le territoire. Là encore, la formulation de l'article évoque une « volonté caractérisée » de ne pas répondre aux exigences

⁹⁶ Article L. 311-9 du CESEDA.

⁹⁷ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *J.O.* du 25 juillet 2006, p.11047.

d'intégration imposées par la loi ⁹⁸. Le processus trouve donc un nouveau support : la contractualisation.

Tout d'abord, la qualification même de contrat semble contestable, en-dehors de son rattachement à la théorie du contrat social. En effet, le législateur n'a pas encadré la compétence du préfet en matière d'appréciation du respect du contrat afin d'uniformiser sur l'ensemble du territoire l'appréciation de la condition d'intégration. Ensuite, l'administration n'a pas la possibilité de moduler les prestations imposées aux signataires pour tenir compte des expériences personnelles. La signature ne confère par ailleurs aucun droit subjectif à l'étranger. Enfin, le caractère obligatoire de la signature tend à remettre en question l'existence d'une véritable rencontre de volontés autonomes qui caractérise le contrat. Si la loi confère au contrat d'accueil et d'intégration les attributs du contrat par sa terminologie, insinuant qu'un droit de séjour peut résulter d'un parcours négocié entre l'État et l'étranger, en réalité elle souhaite mettre en place un instrument qui lui permet de s'assurer que les étrangers prétendant à un séjour longue durée ont exprimé des gages d'intégration. Présenté par la loi comme un préalable à la délivrance d'un titre de séjour, donc au maintien durable en France, ce contrat est en réalité une formalité administrative unilatéralement imposée⁹⁹. Dans le cadre de contrat, l'intégration fonctionne donc également comme une injonction.

La justification de la mise en place de ce contrat mérite également l'attention. Le Haut conseil à l'intégration considère qu'il signifie, en tant que « démarche réciproque entre le nouvel arrivant et la société qui l'accueille » que « le contrat social, où la somme des individus forme société en adhérant à un ensemble de droits et d'obligations, s'applique à tout étranger ou descendant d'étrangers »¹⁰⁰. Cette formulation paraît maladroite. En effet, l'adhésion au contrat supposerait une pleine

⁹⁸ Article L. 311-9 du CESEDA : « Lors du renouvellement de la carte de séjour intervenant au cours de l'exécution du contrat d'accueil et d'intégration ou lors du premier renouvellement consécutif à cette exécution, l'autorité administrative tient compte du non-respect, manifesté par une volonté caractérisée, par l'étranger des stipulations du contrat d'accueil et d'intégration s'agissant des valeurs fondamentales de la République, de l'assiduité de l'étranger et du sérieux de sa participation aux formations civiques et linguistiques, à la réalisation de son bilan de compétences professionnelles et, le cas échéant, à la session d'information sur la vie en France ».

⁹⁹ En ce sens v. V. TCHEN, « Contractualisation du droit des étrangers et disparité de traitement », *in* *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Dalloz, 2009, p.129-142.

¹⁰⁰ Haut Conseil à l'intégration, *Le bilan de la politique d'intégration 2002-2005*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2006, p. 22.

participation à la vie sociale et politique. Or, le rapport présente un contrat qui « s'applique » à l'étranger, ce qui suppose un acte d'autorité qui n'est pas présent dans la théorie originaire du contrat social fondée sur l'adhésion volontaire des individus en vue de constituer ensemble une communauté politique à laquelle ils participent et dont ils fondent la légitimité. Parce que le contrat « s'applique » plus qu'il ne se propose à lui, supposant un libre choix de sa part, il suppose plus d'obligations que de droits car si le contrat s'impose en tant que cadre contraignant des modalités de vie sociale, il ne confère pas les droits qui y sont par principe attachés. Il y a donc ici un dévoiement de la notion de « contrat social » qui conduit à nier le statut même d'étranger : être étranger signifie précisément, dans la logique du contrat social, être extérieur à ce dernier, « étranger » à ce dernier. La relation entre le national, que l'on considère être celui qui fonde le contrat social, et l'étranger devrait donc exister en-dehors de ce contrat, selon des modalités qui seraient propres à la relation entre les deux statuts.

L'intégration est devenue un critère juridique nécessaire à l'obtention et au renouvellement du titre de séjour, elle semble donc faire l'objet d'un consensus. Pourtant elle ne fait l'objet d'aucune définition législative ni réglementaire. Sont évoquée la « maîtrise de langue » ainsi que la connaissance des « valeurs républicaines » sans préciser ni le degré exact ni les conditions de cette maîtrise nécessaires à la reconnaissance d'une intégration réussie. Le flou juridique ainsi maintenu entraîne une distinction, qui n'est fondée sur aucun critère précis, entre ceux que l'on considère comme répondant à ce modèle et ceux que l'on considère comme n'y appartenant pas. Dans cette conception de l'intégration, l'étranger est en quelque sorte responsable de son statut. La notion de volonté ici, si elle est à rapprocher de celle exigée en matière de nationalité, a pour but de faire de l'étranger un individu responsable de son statut juridique et social au sein de la communauté. Il a ainsi été affirmé au cours des débats parlementaires que « l'intégration n'est pas un point de départ mais un point d'arrivée. L'intégration se trouve au bout du chemin. Elle est fondée sur ce qu'il y a de plus beau chez l'homme : la volonté. Il faut vouloir les conséquences de ce qu'on veut »¹⁰¹.

Si l'intégration ne dépend que de sa volonté, alors son exclusion ne peut qu'être la sanction de son comportement. Par ailleurs, en exigeant l'intégration, en la

¹⁰¹ J.O. débats parlementaires A.N., 1^{ère} séance 28 octobre 2003, p. 9513.

présentant comme un acte de volonté, l'on fait de l'étranger une figure nécessairement exclue *a priori* et de l'intégration le vecteur de son acceptation.

Ceci est particulièrement perceptible dans les exigences posées par la loi de 2007 en matière d'intégration. Par la loi du 23 octobre 2007¹⁰², le législateur a repoussé en amont le commencement du « parcours d'intégration » en proposant « d'amorcer le processus d'intégration des étrangers désireux de s'installer sur notre territoire avant même leur arrivée en France. Pour cela, les personnes pour lesquelles est demandé le regroupement familial ainsi que les conjoints de français bénéficieront dans leur pays de résidence d'une évaluation de leur connaissance de la langue et des valeurs de la République. Au vu des résultats de ce test, ils devront poursuivre une formation dont le suivi effectif conditionnera la délivrance du visa long séjour »¹⁰³. La capacité d'intégration des membres de la famille désirant rejoindre l'étranger ou le national résidant en France fait donc l'objet d'une évaluation avant même l'entrée sur le territoire. Il s'agit donc d'évaluer le potentiel d'intégration d'un individu avant même son entrée et son séjour sur le territoire, et donc en-dehors de tout processus de socialisation qui suppose la présence et la vie au sein de la communauté¹⁰⁴. Traditionnellement, le regroupement familial était perçu comme un vecteur d'intégration de l'étranger résidant en France : à travers la vie familiale et notamment la scolarisation des enfants, l'étranger se trouvait peu à peu joint à la vie collective

¹⁰² Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *J.O.* du 21 novembre 2007, p. 18993.

¹⁰³ T. MARIANI, *Rapport sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, n°160, Ass. Nat., 12 septembre 2007, p.9. En plus de révéler une politique fortement restrictive pour ne pas dire méfiante à l'égard de l'entrée et du séjour des étrangers sur le territoire, ces dispositions, qui s'ajoutent à la création du contrat d'accueil et d'intégration, participent de la « complexification » du droit des étrangers, comme le soulignait la Commission consultative des droits de l'homme dans son *Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration, et à l'asile*, 20 septembre 2007, http://www.cncdh.fr/article0750.html?id_article=454. Il y est écrit que « la CNCDH constate que la législation sur les étrangers ne cesse d'être modifiée et elle se montre très préoccupée de sa complexification croissante. Il en résulte un droit extrêmement touffu, auquel, à l'exception de spécialistes, peu de personnes et surtout pas les principaux intéressés, c'est-à-dire les étrangers, ont la possibilité d'accéder. Ceci est amplifié par le fait qu'aucune évaluation des réformes successives n'a été réalisée ». Pour une analyse de ce point v. Partie 2, Titre 1, chapitre 1, section 1.

¹⁰⁴ L'article L. 411-8 du CESEDA dispose ainsi que « Pour lui permettre de préparer son intégration républicaine dans la société française, le ressortissant étranger âgé de plus de seize ans et de moins de soixante-cinq ans pour lequel le regroupement familial est sollicité bénéficie, dans son pays de résidence, d'une évaluation de son degré de connaissance de la langue et des valeurs de la République ».

en-dehors de sa seule activité économique, en elle même insuffisante à la construction d'une vie sociale complète au sein d'une communauté. Par cette réforme législative, la logique est inversée : la question de l'intégration potentielle des membres de la famille compte davantage que celle de l'étranger venu vivre en France et dont l'intégration serait facilitée par la possibilité d'y mener une vie familiale normale. L'on exige ici en réalité que les membres de la famille désireux de venir en France fassent la preuve de leur volonté d'intégration¹⁰⁵.

Or, l'intégration est un processus lent par définition, dont l'appréciation objective semble difficile sans que l'étranger ait été confronté à la réalité de la vie au sein de la communauté sociale dans laquelle il arrive. Ces exigences législatives progressivement renforcées en matière d'intégration sont liées à un présupposé fréquemment évoqué au cours des débats parlementaires, selon lequel « si nous avons besoin d'immigrés [...] encore faut-il que cette immigration soit conforme à l'intérêt national. [...] Les immigrés doivent être bien reçus dans la mesure, d'abord, où ils sont venus dans notre pays de manière légale, pour travailler, pour acquérir les notions fondamentales de notre culture, par exemple celles qui touchent à la langue française. Voilà le but.[...] » et à un constat selon lequel « le communautarisme montre des signes de présence. Des communautés issues de l'immigration s'organisent pour résister à l'intégration républicaine par des pratiques endogames »¹⁰⁶. La question de la volonté est donc au cœur du statut de l'étranger ainsi mis en place.

La réforme de 2007 porte à l'extrême la conception volontariste de l'intégration fondée sur une idée de responsabilisation de l'étranger, renforçant le caractère paradoxal de l'injonction d'intégration et son impact sur le statut de l'étranger.

En effet, les discours et les dispositions législatives y répondant mettent en place un statut d'étranger, perçu par principe comme « non intégré », à intégrer. Ceci implique que certains acteurs de la communauté se considèrent comme intégrés, se

¹⁰⁵ En dehors de la conception de l'intégration qu'elle révèle, cette disposition tend également à constituer une entrave au droit de mener une vie familiale normale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour une étude de ce point v. l'article de F. JAULT-SESEKE, « La loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile. Une nouvelle conception de l'intégration. », *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 5.

¹⁰⁶ *J.O. débats parlementaires A.N.*, 2^e séance du 3 juillet 2003, p. 6731.

désignent comme tels, et seront alors autorisés à en désigner ou à en reconnaître d'autres qui eux ne le seront pas. Un tel processus conduit nécessairement à un renforcement du sentiment d'étrangeté de ceux qui ont le sentiment d'être « non intégrés ». L'intégration devient donc pour eux une injonction paradoxale¹⁰⁷ puisque cette exigence qui leur est imposée envisage de changer leur statut en leur proposant d'être considéré comme « intégrés » donc comme constituant une présence légitime, tout en renforçant d'emblée leur statut d'exclu en les désignant d'office comme « non intégrés ». Ceci est particulièrement visible dans la mise en place d'un processus d'intégration avant même l'entrée sur le territoire. Le statut d'étranger est donc placé dans une tension permanente : l'obligation d'intégration leur signale par-là même leur étrangeté et l'impossibilité dans un premier temps de répondre à cet ordre. Les dispositions législatives ainsi mises en place et la prégnance de la notion d'intégration qu'elles traduisent mettent donc indirectement davantage l'accent sur le statut extérieur de l'étranger vis-à-vis de la communauté constituée que sur les processus d'intégration potentiellement mis en œuvre par la société d'accueil elle-même.

Dans une telle perspective, le statut d'étranger est déterminé par une présomption, réfragable par acte de volonté, d'« inintégrabilité » du fait de sa différence notamment culturelle. La notion de culture est en effet explicitement au cœur de la notion juridique d'intégration puisque celle-ci est contrôlée à travers « la maîtrise de la langue » et la connaissance des « valeurs de la République ».

Une telle approche peut susciter l'interrogation, principalement parce qu'elle a pu servir de support, en droit public français, à des abus de souveraineté conduisant à un rapport dévoyé entre national et étranger.

¹⁰⁷ C. BARATS, dans son article « L'intégration et le discours présidentiel sur l'immigration » précité, fait ainsi le parallèle entre les interventions sur l'immigration et l'intégration, et le cas de l'énoncé « soyez spontané » étudié par le psychologue et sociologue Paul Watzlawick qui explique que « toute personne mise en demeure d'avoir ce comportement se retrouve dans une situation intenable, car pour obéir, il lui faudrait être spontanée par obéissance, donc sans spontanéité », in P. Watzlawick, J. Helmick Beavin, Don D. Jackson, *Une logique de la communication*, éd. du Seuil, 1979, p. 200-201.

Section 2. La politique de Vichy, un abus de souveraineté défendant une conception ethnique du rapport entre national et étranger

Le régime de Vichy marque une rupture avec les principes républicains en élaborant une politique raciste de la nationalité, tant en matière d'acquisition que de perte de celle-ci. Avec la défaite de juin 1940, le schéma français d'accueil et d'intégration de l'étranger est bouleversé. Dans les mois qui ont suivi la mise en place du nouveau régime de Vichy, la France se dote d'une législation raciste, notamment en matière d'acquisition et de perte de la nationalité.

Le dispositif prévu par le régime de Vichy comprend trois volets : restreindre l'accès à la naturalisation, élaborer un nouveau Code de la nationalité (§ 1) et dénaturaliser pour « rectifier » les erreurs passées (§ 2).

§ 1. La remise en cause des naturalisations républicaines : une approche raciste du rapport entre le national et l'étranger

L'approche raciste du rapport entre national et étranger est construite dans ce contexte sur des fondements idéologiques qu'il faut préciser (A) et qui ont conduit à l'élaboration d'un nouveau Code de la nationalité, fondement d'une politique raciste pour l'avenir (B).

A. Les fondements idéologiques de la législation de la nationalité sous Vichy

Pendant le demi-siècle qui a précédé la Seconde Guerre mondiale, un grand nombre de naturalisations sont accordées sur le fondement des lois du 26 juin 1889 et du 10 août 1927. Cette dernière est considérée comme la législation républicaine la plus libérale en la matière. La naturalisation, selon ces lois, est attribuée sur décret rendu après enquête sur la moralité et le loyalisme de l'étranger. Après sa naturalisation, l'étranger jouissait de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de national français sauf l'accession à des fonctions de mandats électifs pour lesquels il devait attendre pendant un délai de dix ans après sa naturalisation.

En ce qui concerne la perte de nationalité, prononcée uniquement à titre de déchéance, elle est connue de longue date et la loi de 1889 prévoyait trois cas dans

lesquels elle pouvait être prononcée : l'acceptation de fonctions publiques à l'étranger et leur conservation nonobstant l'injonction du gouvernement français d'y mettre fin dans un délai déterminé, l'enrôlement dans une armée étrangère sans autorisation du gouvernement français et enfin le commerce et la possession d'esclaves. Les deux premiers cas sont donc liés à la manifestation d'un défaut d'allégeance envers l'État français et le dernier plutôt à un critère de moralité et au nécessaire respect des valeurs de la République. La mise en œuvre de ces trois cas était très encadrée et la procédure exclusivement judiciaire, ce qui permettait de la réserver pour les cas les plus graves et d'éviter les abus.

Une telle attitude prudente et plutôt « libérale » ne va pas perdurer. En effet, à la veille puis dans les premiers temps de la Seconde guerre mondiale, deux décrets et sept lois viennent progressivement restreindre l'accès à la nationalité avant que le gouvernement de Vichy ne vienne définitivement rompre avec la tradition d'accueil et d'intégration d'avant-guerre. Le premier d'entre eux, le décret loi du 12 novembre 1938 relatif à la situation et à la police des étrangers¹⁰⁸ modifie la loi de 1927 sur l'acquisition et la perte de la nationalité française dans un double sens : il élargit les effets de la perte de la nationalité en permettant que la mesure soit étendue à l'épouse et aux enfants de l'individu concerné et il substitue une procédure administrative à la procédure judiciaire précédemment en vigueur. Le droit de vote est également retiré aux naturalisés les plus récents. Un an plus tard, le décret-loi du 9 septembre 1939 modifiant les dispositions relatives à la déchéance de la nationalité française dispose que les déchéances peuvent désormais intervenir quelle que soit la date d'acquisition de la nationalité et quelle que soit la date des faits reprochés, introduisant ainsi un principe de rétroactivité en la matière qui n'existait pas sous la législation de 1927 qui ne prévoyait la possibilité de déchoir de la nationalité que pour des actes commis postérieurement à l'acquisition de celle-ci.

La première étape de la législation de la nationalité sous le régime de Vichy est constituée par la loi du 22 juillet 1940 qui prévoit la révision systématique de toutes les naturalisations opérées depuis la nouvelle loi de 1927¹⁰⁹. Mise en œuvre à

¹⁰⁸ Publié au *J.O.* du 13 novembre 1938, p. 12920 et à la *Gazette du Palais* 1938-2, p. 1241 sous la dénomination « décret ».

¹⁰⁹ Loi du 10 août 1927, *J.O.* du 14 août 1927, p. 8697.

partir de l'automne 1940, cette loi restera en vigueur jusqu'en juin 1944¹¹⁰. Elle est inspirée de la loi nazie de 1933 qui prévoyait que toutes les naturalisations intervenues entre la date symbole de la chute de l'Empire allemand le 9 novembre 1918 et la prise de pouvoir par Hitler peuvent être révoquées si la naturalisation « n'apparaît pas désirable ». Sur ce modèle, la loi du 22 juillet 1940 relative à la révision des naturalisations pose la limite symbolique de la loi de 1927, une des lois républicaines les plus libérales en la matière, et permet de retirer toute naturalisation intervenue à partir de cette date.

L'idéologie de la « Révolution nationale » dont l'idée est de rendre la France « à elle-même » constitue le fondement de cette législation. A cette fin, le gouvernement procède à des pertes-déchéances, c'est-à-dire à des pertes de nationalité infligées à titre de sanction. L'ambition des rédacteurs de la loi est de retrouver une certaine « intégrité ou pureté originelle » qui aurait été spoliée par les nombreuses naturalisations intervenues entre 1927 et 1937. L'Action française qualifie ainsi ces nouveaux français de « Français de papier ».

Afin de réaliser cet objectif « d'assainissement » et de reconstruction du pays que s'est fixé le nouveau gouvernement, des mesures sont prises contre les étrangers, les Français récemment naturalisés et les « métèques », c'est-à-dire les francs-maçons et les juifs. La mise en œuvre de cette législation donne lieu au départ à un conflit entre deux approches : les « restrictionnistes » et les « racistes ». Les premiers souhaitent revenir sur les critères de naturalisation en faisant preuve de plus de sévérité afin de contrôler davantage qui devient français. S'ils sont partisans du retrait de nationalité pour les délinquants ou les criminels et observent les individus de confession juive avec méfiance, l'origine nationale ou ethnique n'est qu'un critère parmi d'autres pour évaluer au cas par cas « l'assimilabilité » de l'individu. Les seconds, qui prendront le pas sur les premiers lors de l'élaboration des lois sous

¹¹⁰ Il faut mettre à part la loi du 23 juillet 1940 dont les dispositions permettent de déchoir de leur nationalité les Français ayant quitté la France entre le 20 mai et le 30 juin 1940 sans l'autorisation du gouvernement. Cette déchéance vise avant tout à dégrader et punir ceux que le régime de Vichy appelle les « dissidents », parmi lesquels le général de Gaulle, René Cassin ou encore Pierre Mendès France. Complétée par la loi du 23 février 1941, cette loi de juillet 1940 pouvait s'appliquer à tout Français qui « hors du territoire métropolitain, trahit par ses actes, discours ou écrits les devoirs qui lui incombent en tant que membre de la communauté nationale ». La majeure partie des décisions est prise par une Commission de trois militaires et présidée par le général Dufieux. Les biens du déchu sont ensuite confisqués, placés sous séquestre puis liquidés et les produits de la liquidation sont versés à la caisse du Secours national.

Vichy, font de l'origine ethnique, raciale ou religieuse le critère exclusif de sélection dans l'accès à la nationalité française. Une fois le statut des juifs adopté, l'élaboration d'un nouveau droit de la nationalité sera le principal champ d'action de ce courant raciste. C'est pourquoi il n'y a pas sous Vichy d'un côté les lois antisémites et de l'autre les lois xénophobes : la loi sur les dénaturalisations montre que le statut des juifs mis en place le 3 octobre 1940 et la nouvelle politique de la nationalité, plus neutre en apparence, appartiennent à la même trame idéologique¹¹¹ qui se construit autour d'une logique, d'interprétations strictes, de justifications et de principes minutieusement exposés¹¹². Ces derniers se trouvent par exemple dans les rapports devant le Conseil d'État de Louis Canet, conseiller d'État commis aux affaires juives : pris dans leur ensemble, ces rapports ont une parfaite cohérence juridique : il soutient qu'à l'origine, la tradition française est bonne car « le régime concordataire issu de la politique napoléonienne avait abouti à la construction d'un gallicanisme juif qui avait incorporé la communauté israélite à la communauté française », mais qu'un changement de législation est désormais nécessaire dans la mesure où la République a tout spolié en rendant aux églises, en 1905, « une liberté presque sans contrôle » qui a « ôté à la communauté juive française la possibilité d'assimiler les nouveaux venus et a permis à certaines portions du judaïsme français de subir leur influence et, par là, de tendre à se défranciser »¹¹³.

La justification d'une hiérarchie dans l'exclusion des juifs français est donc posée : sont éventuellement exemptés du statut les juifs « restés français » qu'il faut distinguer des « défrancisés ». Ainsi, comme les autres citoyens naturalisés, les juifs

¹¹¹ C'est ce que soutient P. WEIL dans son ouvrage *Qu'est ce qu'un Français ?*, Folio histoire, 2004, p. 145.

¹¹² Nous citerons par exemple Charles Rochat, secrétaire général du ministère des Affaires étrangères qui écrit : « Notre Gouvernement a, depuis l'armistice, une politique raciale. D'une part, une Commission relevant de votre chancellerie procède à la révision des naturalisations trop facilement accordées ; d'autre part, une législation récente élimine très largement les israélites de l'économie française. Il paraît anormal de maintenir ouverte, sans contrôle, une voie d'accès à notre nationalité aux descendants d'éléments que nous excluons, d'autre part, de notre nationalité et de notre économie parce qu'ils sont considérés comme inassimilables », lettre au garde des Sceaux de 1942 conservée aux archives du ministère de la Justice, citée par P. WEIL in *Qu'est ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 146.

¹¹³ Rapport sur le projet de décret visant à instituer un *numerus clausus* à l'encontre des avocats juifs, cité par Laurent JOLY, « Louis Canet, le Conseil d'État et la législation antisémite de Vichy », *Les Cahiers du judaïsme*, n° 23, avril 2008, p. 80-101.

ne sont admis que dans la mesure où leur naturalisation remonte à plusieurs générations, l'ancienneté de la souche étant l'indice principal de la « francité ».

B. Le projet de nouveau Code de la nationalité : la construction d'une politique raciste de la nationalité pour l'avenir

La mise en place d'un nouveau droit de la nationalité est une priorité pour le nouveau régime. La principale proposition remise au ministre le 31 juillet 1940 porte sur les naturalisations. La loi de 1927 ayant réduit la durée de séjour en France exigée pour rendre le dossier recevable, les services du ministère envisagent un resserrement des conditions par voie de circulaire et proposent d'allonger à huit ans la durée de séjour nécessaire. Ils proposent également de faire des anciens indices de qualité des dossiers des critères de recevabilité¹¹⁴. En dehors de ces changements, la proposition ne souhaite pas ajouter d'autres critères.

Mais le projet finalement transmis pour avis au Conseil d'État le 9 août 1940 décide d'aller plus loin dans la restriction. Le délai de naturalisation est porté à dix ans, comme avant 1927. Sur le plan de la procédure, on revient à l'époque où la naturalisation ne concernait que quelques centaines de personnes par an en réinstaurant l'octroi de la nationalité uniquement après avis conforme du Conseil d'État. Le droit du sol, c'est-à-dire l'accession à la nationalité d'enfants nés sur le sol français de parents étrangers, est sévèrement contrôlé : ne pourront acquérir la nationalité par déclaration enregistrée que les enfants de 16 à 21 ans, sous réserve d'un refus du ministre de la Justice prononcé par décret en Conseil d'État. Ce dernier, saisi pour avis, approuve le 16 août 1940 le projet du gouvernement et y ajoute encore quelques restrictions souhaitées par le ministère des Affaires étrangères ou proposées par le Rapporteur¹¹⁵. Fin septembre, un amendement du ministère de l'Intérieur visant à restreindre l'accès à la nationalité de la femme mariée à un Français est refusé par le ministère de la Justice. Le 14 novembre, le Conseil d'État

¹¹⁴ Nous citerons par exemple la condition de « bonne vie et mœurs », ne faire l'objet d'aucun reproche au point de vue de la conduite, de la moralité et de l'activité professionnelle, n'avoir jamais été condamné pour des infractions de droit commun ou encore être assimilé aux mœurs et coutumes françaises.

¹¹⁵ *Archives du Conseil d'État*, extrait du registre des délibérations, n° 233768, séance du 16 août 1940, M. Guillon, rapporteur, p. 2., cité par P. WEIL, *op. cit.*, p. 158.

entérine dans son avis la position la plus restrictive : la femme étrangère épousant un Français devra passer par la procédure plus contraignante de naturalisation.

Par la suite, de nombreux partisans de l'approche raciste de la politique de la nationalité tenteront d'infléchir le projet de loi vers une prise en compte prioritaire de l'origine ethnique des candidats à la naturalisation. Ainsi, par une lettre du 15 mars 1941 à Joseph-Barthélémy, l'amiral Darlan, vice-président du Conseil depuis le 9 février, critique le projet en tant qu'il « reste muet sur les conditions tenant à l'origine ethnique du candidat »¹¹⁶. Mais le bureau du Sceau du ministère de la Justice s'opposera à la mise en place de quotas par race ou nationalité fixés par an et rappelle que la nationalité peut être refusée même si l'étranger remplit les conditions légales et que la *priorité* doit être donnée aux éléments subjectifs tels que l'assimilation ou la moralité et non les éléments objectifs tels que l'origine ethnique ou la profession. Dans un second temps, c'est le Commissariat aux questions juives qui intervient en demandant à ce que soit interdite toute naturalisation de juif ainsi que toute attribution de la nationalité à une femme étrangère juive qui épouse un Français.

Le 14 août, le Garde des Sceaux oppose à ces propositions une fin de non-recevoir basée uniquement sur des arguments juridiques sans jamais remettre en cause le fond de la réforme : il déclare ainsi que « en ce qui concerne la naturalisation par décret, les pouvoirs publics [sont] investis d'une liberté souveraine d'appréciation. Il est dès lors parfaitement inutile d'envisager un texte par lequel le Gouvernement s'interdirait à l'avance d'accorder à une catégorie déterminée de personnes une faveur qu'il demeure toujours libre de leur refuser ». La justification n'est donc pas une remise en cause de l'approche raciste de la nationalité que souhaite adopter le Commissariat, mais un simple rappel du fait que la procédure, telle qu'elle est conçue, permet déjà les « sélections nécessaires » à l'établissement du « nouvel ordre » de Vichy.

Une dernière offensive de l'approche raciste sera initiée par le ministère des Affaires étrangères qui envisage une extension de la sélection ethnique ou de l'interdiction proposée par le Commissariat à la deuxième génération, c'est-à-dire aux enfants nés en France de parents juifs étrangers. Le dispositif de la proposition paraît

¹¹⁶ Cité par P. WEIL, *Qu'est ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 152.

d'ailleurs suffisamment justifié « d'un point de vue juridique » pour emporter l'adhésion de M. Guillon, rapporteur du projet de loi au Conseil d'État : « la préoccupation qui a dicté cette proposition est d'obtenir dans tous ces cas une jurisprudence guidée par une politique raciale mûrement étudiée. Je partage pour ma part cette préoccupation mais ne pourrait-elle pas aussi bien guider la section compétente du Conseil d'État ? »¹¹⁷. La proposition sera finalement écartée par le bureau du Sceau du ministère de la Justice.

Le projet de nouveau Code de la nationalité ne sera finalement pas adopté à la suite du veto allemand du 20 août 1943 : le commandement de la police de sécurité demandera au Gouvernement français de bloquer le projet de loi au motif « qu'une codification nouvelle du droit français de la nationalité est indésirable pendant le temps de l'armistice ». Ainsi, pendant tout le temps où la réforme du Code de la nationalité était en discussion, puis lorsqu'il a été définitivement abandonné, la loi de 1927 restait en vigueur. Or, cette législation étant jugée trop libérale par les autorités de Vichy, celles-ci vont faire en sorte de bloquer les processus de naturalisations, notamment en demandant aux juridictions judiciaires de ne pas enregistrer les déclarations d'acquisition de la nationalité et en appliquant des critères de sélections politiques et raciaux. Au total, moins de deux mille naturalisations d'adultes auront été décidées entre 1940 et 1944. Ceci s'explique notamment par le fait que, en plus de l'application des « nouveaux critères de sélection » et de la méfiance du nouveau régime envers les étrangers, l'objectif imposé aux services était moins de naturaliser sur critères stricts que de dénaturaliser. C'est pourquoi le travail d'élaboration et de mise œuvre de la nouvelle législation des dénaturalisations a pris, de fait, le pas sur le nouveau Code de la nationalité souhaité par Vichy.

§ 2. La loi du 22 juillet 1940 sur la révision des naturalisations : un symbole de la « révolution nationale » souhaitée par Vichy

Le dispositif de la loi visait à permettre un retour à la « pureté nationale » compromise par la présence d'étrangers indésirables et surtout inassimilables (A). Ces « étrangers » au sens non plus juridique mais désormais ethnique sont considérés

¹¹⁷ Archives du Conseil d'État, dossier 223 768, cité par P. WEIL, *op. cit.*, p. 158.

comme tels du fait principalement de leur religion, appréhendée comme une culture à part entière. Ceci explique l'application antisémite de la loi (B) qui a été favorisée par la jurisprudence administrative (C).

A. Le dispositif de la loi : assurer un retour à la « pureté nationale »

La loi du 22 juillet 1940 relative à la « révision des naturalisations »¹¹⁸ pose le principe d'une révision générale des acquisitions de nationalité prononcées depuis la loi d'août 1927. La procédure initialement engagée n'est donc pas exactement celle d'une déchéance de nationalité, procédure basée sur la sanction, mais celle d'une dénaturalisation, c'est-à-dire d'un retour sur les naturalisations antérieures et d'une « correction » administrative des attributions de nationalité que le gouvernement juge contraire aux nouveaux critères d'entrée dans la communauté nationale. Un moment ralenties par la crise économique, les acquisitions de nationalité augmentent à nouveau à partir de 1938 et demeurent assez nombreuses jusqu'au début de la guerre. Sur l'ensemble de la période 1927-1938, 900 000 personnes environ acquièrent, d'une manière ou d'une autre, la nationalité française et, parmi elles, 320 000 adultes l'ont acquise par naturalisation au sens strict¹¹⁹. Il est important de connaître ces chiffres car la loi de juillet 1940, relative d'après son appellation aux « naturalisations », dispose que pourront être révisées « toutes les acquisitions de nationalité française ». Or, la nationalité ne s'acquiert pas uniquement par la voie d'une procédure de naturalisation. La loi joue donc sur une ambiguïté qui ne sera jamais levée et confond volontairement des concepts juridiques pourtant bien différenciés.

La différence entre acquisition de la nationalité et naturalisation est claire : si la première est une dénomination générale des personnes qui, même nées de parents étrangers, sont néanmoins nées françaises par application de la loi, la seconde désigne uniquement les personnes qui, nées étrangères, ont acquis la nationalité par décret ou déclaration. Le but d'une telle ambiguïté était évidemment de permettre une interprétation extensive de la loi afin d'étendre son champ d'application et de

¹¹⁸ Loi publiée au *J.O.* du 23 juillet 1940, p. 4567.

¹¹⁹ Ces chiffres sont issus de *l'Annuaire statistique* de la Présidence du Conseil, années 1927 à 1940, Paris, Imprimerie nationale, cité par B. LAGUERRE, « Les dénaturalisés de Vichy (1940-1944) », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 20, octobre-décembre 1988, p. 5.

multiplier les possibilités de retrait de nationalité. Dans le même sens, la loi prévoit que tout retrait de nationalité décidé à l'égard d'une personne peut s'appliquer, au cas par cas, aux autres membres de la famille, quel que soit le titre par lequel ils ont obtenu la nationalité française et quelle que soit la date de cette obtention. Par conséquent, la nationalité pourra, par ricochet, être retirée à des personnes l'ayant acquise bien avant le 10 août 1927.

L'instrument essentiel de la loi du 22 juillet 1940 est la mise en place d'une nouvelle institution *ad hoc* au sein du ministère de la Justice : la Commission de révision des naturalisations dont le fonctionnement est fixé par un arrêté du 31 juillet 1940¹²⁰. Celle-ci examine les dossiers de naturalisation depuis 1927 et émet, sur rapport des magistrats, un avis sur chacun d'entre eux. Sur fondement de cet avis, le Garde des Sceaux prend une décision qui n'a pas à être motivée. Dans un commentaire anonyme de la loi paru dans le *Journal des débats* le 24 juillet 1940, il est précisé que sont concernés par cette nouvelle loi « tous ceux qui, pour des faits divers, sont rendus indignes d'être des nôtres ». De même, une circulaire adressée aux préfets le 10 août 1940 indique qu'il y a lieu à retrait « lorsque l'intérêt de l'individu plus que l'intérêt général aura déterminé sa naturalisation ou que celle-ci aura été accordée dans l'ignorance des actes répréhensibles commis par lui ». La loi ne prévoit pas de droits de la défense par lesquels le naturalisé pourrait fournir des explications sur les faits qui lui sont reprochés : l'évaluation de l'indignité est laissée à l'appréciation de la seule autorité administrative. Les décisions de retrait ne peuvent faire l'objet d'aucune contestation si ce n'est un recours gracieux auprès du garde des Sceaux¹²¹. Un commentaire anonyme de cette loi, paru dans le journal *Le Temps*, résume l'esprit dans lequel la loi a été promulguée : « la révision des naturalisations, qui va pouvoir s'organiser dans peu de temps, permettra d'éliminer rapidement des éléments douteux et même nuisibles, qui s'étaient glissés dans la communauté

¹²⁰ Cette Commission est composée de dix membres nommés par le gouvernement et représentant différents ministères ainsi que différents corps de métiers : un magistrat de la Cour de cassation, quatre magistrats des cours d'appel, un représentant du ministère des Affaires étrangères, un représentant du ministère de l'Intérieur, un membre désigné par le ministère de la Défense et un membre désigné par le secrétaire d'État à la jeunesse et à la famille. Elle est présidée par un conseiller d'État.

¹²¹ Cette révision par voie gracieuse a été prévue par la loi du 21 mars 1941 relative à la révision à titre gracieux des décisions portant retrait de la nationalité française prises en vertu de la loi du 22 juillet 1940 », *J.O.* du 4 avril 1941, p. 1447.

française à la faveur de certaines complaisances administratives ou politiques dont le gouvernement actuel entend faire table rase »¹²².

B. L'application antisémite de la loi du 22 juillet 1940

La loi ne vise explicitement aucune catégorie d'individus et le texte ne précise aucun critère de sélection devant être utilisé par la Commission de révision. Mais il est clair que celle-ci ne traite pas équitablement toutes les populations examinées : l'âge et la profession n'entrent pas en ligne de compte, mais la nationalité d'origine ou l'origine ethnique constituent des éléments déterminants dans les avis rendus. Si elle ne le précise pas explicitement, la loi a été clairement appliquée de façon antisémite. Au total, plus du quart des juifs ayant acquis la nationalité française entre 1927 et 1940 la perdent pendant la guerre¹²³. Le nombre estimé de juifs auxquels la nationalité française est retirée en application de la loi est de 6000, ce qui représente environ 39,6% des dénaturalisés¹²⁴. Ils sont donc incontestablement la catégorie la plus touchée par la loi du 22 juillet 1940. Les documents soumis à la Commission ne permettaient pas de juger si quelqu'un était juif ou non, car cela exigeait la connaissance de données qui ne figuraient pas dans les dossiers de naturalisation établis sous la République, ceux-ci ne mentionnant pas l'appartenance religieuse. Pourtant, la Commission donne des chiffres précis en la matière, ce qui permet de penser qu'elle avait accès au fichier des juifs de la Préfecture de police, seule source permettant de savoir qui était juif ou non au sens défini par l'État français¹²⁵.

Ainsi, le « parcours type » du dossier d'un juif est le suivant : le dossier est sélectionné par la Commission des dénaturalisations qui demande ensuite une instruction complémentaire au préfet. Lorsque le dossier revient de la Préfecture de

¹²² Article anonyme cité par C. KESSEDJIAN dans son article « Le juif déchu de la nationalité française », *Le genre humain*, n° 30-31 « *Le droit antisémite de Vichy* », Seuil, 1996, p. 238.

¹²³ Sur la difficulté de produire des chiffres exacts en la matière : v. B. LAGUERRE, « Les dénaturalisés de Vichy », précité., p. 9 à 11.

¹²⁴ Chiffres cités par B. LAGUERRE, précité.

¹²⁵ Cette hypothèse est corroborée par un échange de conversation entre Heinz Röthke, responsable des affaires juives à la GESTAPO et Julien François, responsable de la section des affaires juives à la Préfecture de police, relaté dans le compte rendu de Röthke daté du 16 juillet 1943 reproduit in S. KLARSFELD, *Vichy-Auschwitz*, Fayard, 1983-1985, tome 2, p. 304. Lors de cet échange le 15 juillet 1943, François explique que la Préfecture « peut jouer un rôle utile en comparant ses propres dossiers de naturalisation avec le fichier des juifs et en portant ensuite l'examen de situation au ministère de la Justice ».

police, il est le plus souvent écrit : « X n'a fait l'objet d'aucune remarque particulière. Il n'a pas attiré l'attention aux points de vue politique et national » et l'avis est alors favorable ou neutre au maintien de la nationalité. Cependant, l'avis de la Commission est presque toujours défavorable et la dénaturalisation est prononcée parce que la personne est juive et « sans intérêt national » : la Commission a eu connaissance de l'origine juive de la personne concernée car si le rapport du préfet est en apparence neutre, le dossier transmis par la préfecture contient, lui, les fiches de renseignement établies par les Renseignements généraux et qui contiennent la religion de l'intéressé¹²⁶.

En apparence, la loi de juillet 1940 n'innove pas. Aux États-Unis par exemple, la loi de 1906 permet au gouvernement fédéral de procéder à des retraits de naturalisation si celle-ci a été obtenue par fraude ou de façon illégale ou si le naturalisé s'en va résider dans son pays d'origine ou dans un autre pays étranger dans les cinq ans qui suivent sa naturalisation. Entre 1906 et 1940, 15 000 naturalisations sont annulées en application de cette loi. En France, les articles 8 et 9 de la loi de 1927 prévoient, en compensation de l'élargissement de l'accès à la nationalité, une clause de déchéance de nationalité en cas de défaut de loyalisme et, depuis 1938, en cas de fraude ou d'indignité. Cependant, par ses objectifs, la procédure choisie et ses effets, la loi du 22 juillet 1940 marque une rupture de fond. Les lois américaines et françaises que nous venons de citer prévoyaient des retraits de nationalité fondés sur des actes individuels définis par la loi. La loi de Vichy, elle, n'indique aucun motif précis de retrait et peut s'appliquer sans obligation de motivation. Ne sont pas sanctionnées les fautes individuelles des individus concernés mais la politique de naturalisation de 1927, l'assouplissement des critères de naturalisation et, plus généralement, d'acquisition de la nationalité.

Dans ce cadre, la décision de retirer la nationalité à certains naturalisés et d'en refaire des étrangers sera prise uniquement en opportunité et selon des critères explicitement racistes. De plus, à la procédure contradictoire prévue en 1927 et qui impose à l'administration la saisine d'un juge puis, à partir de 1938, la saisine du Conseil d'État et prévoit le droit du naturalisé de faire valoir sa cause aussi bien avant la décision qu'après en prévoyant un possible recours contentieux, la loi de Vichy va

¹²⁶ C'est ce que rappelle P. WEIL dans son ouvrage *Qu'est ce qu'un français ?*, op. cit., p. 183.

substituer des dénaturalisations décidées par l'administration et insusceptibles de recours effectif.

C. Une jurisprudence administrative au service de la légalité antisémite en matière de nationalité

Certains décrets de retrait de nationalité ont été contestés devant le Conseil d'État, ce qui nous permet d'étudier les grands points de la jurisprudence du Conseil autour de la politique de la nationalité instaurée par Vichy et donc le contentieux administratif de l'antisémitisme. En effet, en matière de compétences juridictionnelles, ce contentieux n'intéresse que le Conseil d'État, alors juge de droit commun en la matière. Le contentieux en cause est systématiquement un contentieux de l'excès de pouvoir, le recours de plein contentieux étant évidemment inenvisageable dans un contexte comme celui du gouvernement de Vichy surveillé par les SS et la Gestapo : contester la politique générale des autorités de Vichy est impossible. Plusieurs questions furent soumises au Conseil d'État, imposant ainsi la loi vichysoise au juge administratif qui a alors élaboré une jurisprudence fondée sur le principe, ici dévoyé, du contrôle de légalité des actes administratifs. Ce principe, conçu pour assurer l'État de droit, se retrouve ainsi au service d'une législation raciste et antisémite.

Tout d'abord, le juge administratif se prononce sur la question de l'identification du « juif » tel que compris dans le nouveau droit de la nationalité, c'est-à-dire notamment la preuve de la judéité. Dans un arrêt du 24 avril 1942¹²⁷, le Conseil d'État donne une définition prétorienne des critères de la « judéité légale » qui sont selon lui la pratique de la religion et la résonance du nom patronymique¹²⁸. Ensuite le juge s'est également prononcé sur la question de l'étendue des

¹²⁷ C.E. Ass., 24 avril 1942, *Sieur Bloch-Favier*, *Rec.* p. 135.

¹²⁸ L'arrêt énonce ainsi : « Considérant que pour relever le sieur Bloch-Favier (Yvan) de ses fonctions de professeur de l'École pratique de Bourgoin par application des dispositions de la loi précitée (i.e. loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs), le secrétaire d'État à l'éducation nationale s'est fondé sur ce que les deux grands-pères du requérant étaient juifs, ce qui n'est pas contesté, et sur ce que ses deux grand-mères devaient être regardées comme juives tant en raison de leur nom patronymique que de la religion pratiquée par elle ; Cons. que le sieur Bloch-Favier n'invoque à l'appui de sa requête aucun fin de nature à infirmer l'appréciation de l'administration ; qu'il n'est, dès lors, pas fondé à soutenir que la décision attaquée [...] est entachée d'excès de pouvoir ».

conséquences d'un retrait de nationalité. Dans un arrêt du 23 décembre 1942¹²⁹, il a ainsi permis qu'une mesure de dénaturalisation frappe la femme et les enfants de la personne concernée alors même qu'ils pouvaient être français d'origine en jugeant que le titre en vertu duquel la femme et les enfants possèdent la nationalité française ou la date à laquelle ils l'ont acquise n'a aucune incidence sur la mesure d'extension du retrait prononcé à leur encontre. Il en déduit que la mesure d'extension peut « légalement » être prise à l'égard d'enfants qui avaient acquis la nationalité française par déclaration. Le Conseil d'État permet ainsi, par extension du texte de loi, un retrait de nationalité qui eut été normalement impossible à réaliser de façon directe et à titre principal car les enfants avaient déjà acquis la nationalité française au moment de la promulgation de la loi de 1927 et n'entraient donc dans le cadre de la loi de juillet 1940.

De même, lors de l'adoption de la loi relative à la publication des décrets portant retrait de la nationalité française le 13 novembre 1940, la procédure de signification des mesures de déchéance de nationalité est déterminée : dans les huit jours de la réception du *Journal Officiel*, il est procédé à l'affichage du décret dans un local de la préfecture et dans la salle d'audience du tribunal de première instance. Dans les quinze jours, les décrets sont publiés dans un journal d'annonces légales et cette publication vaut signification aux intéressés.

Une telle procédure devrait emporter obligation de publication en vue d'informer l'intéressé sous peine de nullité du décret. Pourtant, dans un arrêt du 10 mars 1943¹³⁰, le Conseil d'État a jugé que l'absence de publication du décret dans le délai fixé par la loi du 13 novembre n'entachait pas d'irrégularité ledit décret. Enfin, il faut citer la loi du 21 mars 1941 relative à la révision à titre gracieux des décisions portant retrait de la nationalité française prises en application de la loi de juillet 1940.

¹²⁹ C.E., 23 décembre 1942, *Epoux Spazierman, Rec.*, p. 360, *Gaz. Pal.* 1943, n°1, p. 31 ; *JCP*, 1943, II, note J. Maury, p. 2454. Le Conseil d'État estime ainsi que « la loi du 22 juillet 1940, après avoir décidé qu'il serait procédé à la révision de toutes les acquisitions de nationalité française intervenues depuis la promulgation de la loi du 10 août 1927, dispose que le retrait de nationalité pourra être étendu à la femme et aux enfants de l'intéressé; que la loi ne subordonne l'application de cette dernière mesure à aucune condition tirée du titre auquel ceux qui en sont l'objet possèdent eux-mêmes la nationalité française ou de la date à laquelle ils l'ont acquise; Cons. qu'il est constant que les époux Spazierman ont été naturalisés après la promulgation de la loi du 10 août 1927; que dès lors le décret qui a étendu le retrait de la nationalité française, prononcé contre eux, à leurs deux filles mineures, bien que celles-ci eussent acquis cette nationalité par déclaration enregistrée au ministère de la justice du 14 avril 1927, n'est pas entaché d'excès de pouvoir ».

¹³⁰ C.E., 10 mars 1943, *Consorts Katz, Rec.* p. 383.

Ce texte a été le premier à prévoir un recours à l'encontre de décrets de naturalisation et pourtant le Conseil va en faire une interprétation restrictive en la présentant comme l'unique voie de recours. Dans un arrêt du 6 mars 1942¹³¹, il a jugé que « le Sieur Chiarazzo, 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 ; que si le Sieur Chiarazzo entend demander seulement la révision gracieuse de la mesure prise à son encontre, il lui appartient de se mettre en instance devant le garde des Sceaux, en vue d'une révision ».

Ainsi, si le Conseil d'État a également rendu d'importantes décisions qui ont tenté de faire barrage à la mécanique des lois raciales et de maintenir en vigueur certains restes des principes républicains¹³², notamment en matière « d'aryanisation » des biens¹³³, son interprétation de la législation de la nationalité a plutôt protégé voire renforcé des principes racistes portés par le gouvernement de Vichy¹³⁴. Ce qui fait problème dans l'analyse de la jurisprudence

¹³¹ C.E., 14 avril 1942, *Chiarazzo*, *Rec.* p. 77 ; *D.*, 1942, obs. p. 131.

¹³² Il faut citer par exemple un arrêt de 1943 portant sur la loi du 22 juillet 1941 qui permet au Commissariat général aux questions juives (CGQJ), « en vue d'éliminer toute influence juive dans l'économie nationale », de nommer un administrateur provisoire à toute entreprise « lorsque ceux à qui ils appartiennent, ou qui les dirigent, ou certains d'entre eux, sont juifs ». Le Conseil d'État a décidé « que dans les conditions où fonctionnait une succursale de la maison de commerce [en cause] et étant donné la nature de attributions confiées à ses gérants, ceux-ci ne sauraient être regardés comme dirigeant une entreprise » si bien qu'à supposer même qu'en l'espèce le dirigeant de succursale « soit juif au sens de la loi de juillet 1941 », la nomination d'un administrateur provisoire est illégale, C.E., 30 avril 1943, *Demoiselle Sée*, *Rec.* p. 114 ; ou encore : C.E. Ass., 21 janvier 1944, *Sieurs Darmon, Siboun et Bensoussan*, *Rec.* p. 22, réservant la possibilité de fixer des quotas d'élèves juifs dans les écoles d'Algérie à la loi et bloquant ainsi la décision du gouverneur général de l'Algérie de fixer de tels quotas dans les écoles primaires et secondaires ; et enfin l'arrêt du 2 avril 1943 relatif à la preuve de la judéité dans lequel, par une interprétation *contra legem*, le Conseil d'État juge que « la non appartenance à la religion juive » peut être prouvée par un autre moyen que la preuve de l'adhésion à une autre confession que la religion juive prévue par la loi du 2 juin 1941 car « il ne résulte ni du texte de cette disposition, ni de l'objet que s'est proposé la loi, que le législateur ait entendu n'admettre que ce moyen de preuve à l'exclusion de tout autre », alors que le texte même de la loi était clair : « la non appartenance à la religion juive est établie par la preuve de l'adhésion à l'une des autres confessions reconnues par l'État avant la loi du 9 décembre 1905 » : C.E., Ass., 2 avril 1943, *Sieur Kaan*, *Rec.* p. 85.

¹³³ Pour une analyse détaillée en la matière : M. BLOCAILLE-BOUTELET, « L'« aryanisation » des biens », *Le genre humain*, n° 30-31 « *Le droit antisémite de Vichy* », Seuil, 1996, p. 243.

¹³⁴ Pour une analyse générale et détaillée de la jurisprudence administrative et du rôle du Conseil d'État sous le régime de Vichy v. : M.-O. BARUCH, « Le Conseil d'État sous Vichy », in Deuxième centenaire du Conseil d'État, *La Revue administrative*, n° spécial, 1999 ; J.-P. DUBOIS, « La jurisprudence administrative », *Le genre humain*, n° 30-31 « *Le droit antisémite de Vichy* », Seuil,

administrative ce n'est pas tant son contenu exact que « sa fonction même dans l'ordre juridique « vichyssois » »¹³⁵, c'est-à-dire la relation du juge administratif à la légalité antisémite. Le Conseil d'État, par son statut et son rôle historique, est l'interprète de la légalité et le bras armé de la loi à laquelle il se doit d'être fidèle. Mais que doit-il se passer lorsque la fidélité à la loi ne coïncide plus avec la protection des principes républicains et de l'État de droit ? Il est de toute évidence impossible d'interpréter de façon républicaine une législation ouvertement raciste et antisémite. Le Conseil a alors choisi de ne pas renoncer officiellement aux principes républicains tout en ne s'opposant pas à la nouvelle législation. Se posant dans la situation d'une institution « prise en otage » par la « légalité antisémite » de par son statut et celui de ses membres, il a dégagé une jurisprudence régulatrice de l'antisémitisme administratif qui oscille entre participation à l'application des lois nouvelles, notamment en matière de nationalité, et imposition de bornes discrètes dans d'autres domaines.

En juin 1944, les projets du régime de Vichy avaient conduit à 15 154 retraits de nationalité française. Parmi ces individus privés de nationalité, une majorité de juifs dont la dénaturalisation aura contribué à la déportation en Allemagne. Si l'on revient sur le conflit au cœur de la politique de la nationalité sous Vichy qui opposait les restrictionnistes aux racistes, force est de constater que ces derniers ont triomphé dans les sphères de cette politique soumises à un contrôle direct du régime : le domaine des naturalisations où la logique du racisme biologique s'impose et celui des dénaturalisations même si la procédure a connu progressivement des difficultés de mise en œuvre.

En revanche, la logique raciste n'a pas réussi à s'imposer dans l'élaboration d'une nouvelle loi en matière de nationalité. Selon Patrick Weil, si le ministère de la Justice, restrictionniste, l'emporte face au racisme du ministère de l'intérieur, du Commissariat général aux questions juives, du Conseil d'État et du ministère des

1996, p. 339; P. FABRE, *Le Conseil d'État et le régime de Vichy*, Publications de la Sorbonne, 2001; J. MARCOU, *Le Conseil d'État sous Vichy*, Thèse, Grenoble II, 1984 ; J. MASSOT : « Le Conseil d'État », in *Le Régime de Vichy et les Français*, éd. Fayard, 1992, p. 312 ; J. MASSOT, *Le Conseil d'État et le régime de Vichy*, in *Deuxième centenaire du Conseil d'État, La Revue administrative*, n° spécial, 1999.

¹³⁵ Expression de J.-P. DUBOIS, « La jurisprudence administrative », *précité.*, p. 345.

Affaires étrangères, « c'est probablement parce que ce fut le secteur de la politique de la nationalité où le pouvoir politique pouvait être le moins présent et les juristes professionnels le plus difficilement contournables »¹³⁶. Dans le cas d'une nouvelle loi, il s'agit de décider pour l'avenir de façon impersonnelle et générale, c'est pourquoi la connaissance juridique des services, la prudence et l'évaluation des conséquences pratiques ont eu plus de poids que dans les deux autres domaines. Dans le domaine des naturalisations et dénaturalisations, les décisions avaient une portée immédiate, personnelle et étaient contrôlées par les membres de la Commission et des rapporteurs du Sceau qui étaient partisans de l'approche raciste.

§ 3. *Des échos présents perceptibles*

L'étude de la législation raciste de Vichy en matière de nationalité conduit nécessairement à poser la question de l'étendue de la souveraineté de l'État en matière de nationalité et surtout celle de la limite possible de celle-ci, révélant encore une fois la tension permanente entre les intérêts de l'État, la protection de sa souveraineté et la protection des droits individuels. Si le monopole de l'État sur le choix de sa communauté nationale paraît primordial tant d'un point de vue juridique que d'un point de vue politique, il est difficile, au regard de la législation que nous venons de détailler, de soutenir qu'il ne doit connaître aucune limitation. La question juridique de l'ampleur accordée à la souveraineté de l'État en matière de nationalité, et principalement en matière de perte et de retrait de celle-ci, reste posée.

Face à cette interrogation, certains proposent la mise en place d'un cadre international plus strict en la matière, cadre dont l'efficacité et l'effectivité demeurent relatives dans un système juridique dominé par la puissance de l'État central¹³⁷. Dès juillet 1940, le régime de Vichy avait fait de sa politique de la nationalité un symbole de son entreprise de « révolution nationale » et c'est pourquoi la France Libre fera de la refondation de cette politique une de ses priorités : dès juillet 1940 elle fera de la nationalité « le symbole de la reconquête »¹³⁸.

Cependant, le procès politique lancé contre la politique libérale de la nationalité sous la III^e République ainsi que le débat autour des étrangers

¹³⁶ P. WEIL, *Qu'est ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 201.

¹³⁷ Sur ce point, v. cette partie, Titre 2, chapitre 1.

¹³⁸ P. WEIL, *op. cit.*, p. 202.

assimilables ou non ne semble pas totalement clos. Si l'approche raciste du rapport entre national et étranger n'est pas celle adoptée aujourd'hui, il reste néanmoins certains échos des discours politiques de cette fin de III^e République au sein des discours politiques et des instruments juridiques actuels. La prégnance grandissante des notions d'intégration et d'assimilation dans le droit public actuel relatif au statut de l'étranger indique en effet une certaine résurgence de l'idée d'un caractère trop « extérieur » de l'étranger, qui serait de nature à remettre en question sa possible cohabitation avec les nationaux et la conciliation de son mode de vie avec celui de la communauté nationale. Cette idée peut être notamment confirmée par l'observation du glissement progressif dans la définition des critères d'intégration en matière de regroupement familial.

Les voies d'intégration sont en effet passées d'une définition abstraite, construite à partir d'éléments objectivement constatables tels que le mariage avec un Français ou être parent d'un enfant français, à une définition fondée sur des impératifs économiques mais surtout sociaux, culturels et moraux dont le droit entend vérifier la réalité et la qualité. Ainsi, les circulaires entendent contrôler cette intégration à partir d'une série de critères familiaux et plus précisément à travers le « comportement familial »¹³⁹ de l'étranger. Comme l'illustrent les dispositions législatives relatives au regroupement familial, la vie familiale de l'étranger n'est véritablement productrice d'un droit au séjour que dans la mesure où elle s'inscrit dans le cadre d'une existence sociale considérée comme normale et permettant des perspectives d'intégration au sein de la société française.

La loi du 26 juillet 2006 dispose ainsi qu'une demande de regroupement familial peut être rejetée lorsqu'elle est présentée par un étranger qui « ne se conforme pas aux principes qui régissent la République française »¹⁴⁰, remplaçant la seule condition de monogamie et de respect de l'ordre public. Le Conseil constitutionnel, saisi de la loi, a considéré que celle-ci entendait par cette formulation vérifier le respect par l'étranger des « principes essentiels qui conformément aux lois

¹³⁹ Arrêté du 22 février 2005 relatif au compte rendu de l'entretien individuel prévu à l'article 15 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, *J.O.* du 20 mars 2005 p. 4735.

¹⁴⁰ Article L. 411-5 du CESEDA

de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil »¹⁴¹, notamment « la monogamie, l'égalité de l'homme et de la femme, le respect de l'intégrité physique des enfants et des adolescents, le respect de la liberté de mariage, l'assiduité scolaire, respect des différences ethniques et religieuses, l'acceptation du principe selon lequel la France est une République laïque »¹⁴².

Cette réforme vient renforcer celle de 2003 qui avait introduit la condition d'intégration dans le dispositif législatif relatif à l'entrée et au séjour des étrangers. Issus de débats parlementaires qui mettent en avant la montée du « communautarisme » s'organisant pour « résister à l'intégration républicaine », ces textes donnent à la notion d'intégration une dimension nouvelle. Si sa dimension sociale est conservée, en tant qu'elle entend prendre en compte notamment la durée du séjour ainsi que les ressources¹⁴³, on lui ajoute le qualificatif de « républicaine » qui tend à introduire une conception autonome de l'intégration fondée sur une approche plus culturelle. Si le projet de loi présenté à l'Assemblée proposait de se référer à « l'intégration satisfaisante de l'étranger dans la société française », le texte définitivement voté a retenu la notion « d'intégration républicaine » proposée par la Commission des lois du Sénat et mettant ainsi davantage l'accent sur la dimension d'« adhésion à un corps de valeurs et de principes »¹⁴⁴.

L'intégration sociale est ainsi présentée comme insuffisante : l'étranger ne doit pas seulement prouver qu'il est socialement inséré au sein de la société, il doit également présenter des preuves de son adhésion et de son identification aux « valeurs de notre pays »¹⁴⁵. Les comportements considérés comme contraires à ces valeurs sont principalement le refus des principes de laïcité et de l'égalité homme-

¹⁴¹ Décision n° 2006-539 DC, 20 juillet 2006, 20^e consid., *J.O.* du 25 juillet 2006, p. 11066.

¹⁴² Communiqué de presse relatif à la n°2006-539 précitée, p. 1.

¹⁴³ Article L. 411-5 du CESEDA sur le regroupement familial. Cependant, si ces critères apparaissent comme les premiers à respecter en matière de regroupement familial, il en est autrement en matière de délivrance des titres de séjour. La première condition est alors celle de « l'intégration républicaine dans la société française ». La structure du Code est sur ce point révélatrice : le Titre 1^{er} est composé d'un premier chapitre dont la section 1 liste les différents titres de séjour auxquels peut prétendre l'étranger et dont la section 2 aborde directement les « Dispositions relatives à l'intégration dans la société française » qui ne contiennent pas les conditions objectives mentionnées ci-dessus.

¹⁴⁴ 2^e séance du 3 juillet 2003, *J.O. débats parlementaires A.N.*, p. 6757.

¹⁴⁵ T. MARIANI, *Rapport sur le projet de loi relatif à l'immigration et à l'intégration*, n° 3058, Ass. nat., 26 avril 2006, p. 38 : la délivrance de la carte de résident « sera davantage corrélée à l'application mise par les demandeurs à respecter les principes et valeurs de la République ».

femme et la polygamie¹⁴⁶, celle-ci restant le principal critère d'un « grave défaut d'intégration »¹⁴⁷ en tant qu'elle représente un mode de vie reposant sur des « valeurs en contradiction avec les règles élémentaires de la société française »¹⁴⁸. C'est précisément ici le terme de « valeurs » qui doit attirer l'attention.

Il ne s'agit pas de remettre en question le contenu de ces règles de vie en société imposées par la législation française¹⁴⁹ mais de questionner leur utilisation en tant que critères de l'intégration d'un étranger. Juridiquement, ces comportements sont constitutifs avant tout de délits pénaux ou de violations des libertés fondamentales d'autrui en ce qui concerne par exemple la violation du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes. Ils relèvent donc d'une législation commune applicable à l'ensemble des personnes présentes sur le territoire national.

Dès lors, en faire des conditions d'appréciation de « l'intégration » de l'étranger revient à leur donner une existence autonome parallèle fondée sur la présomption que celui-ci, du fait de son origine adopte une culture qui contrevient à ces principes. En les érigeant en critères de l'intégration, le droit les introduit ainsi dans un rapport culturel à l'étranger.

L'interrogation est donc liée au changement opéré dans les termes législatifs : pourquoi évoquer le critère des « valeurs » voire des « traditions » ou des « règles de bonnes mœurs » lorsque le simple critère du respect de la loi suffit ? La volonté de centrer le rapport à l'étranger sur la différence culturelle, presque civilisationnelle, n'est pas sans rappeler les débats de la IIIe République relatifs au caractère « assimilable » ou non de certains étrangers en raison de leur origine ethnique ou, selon les termes de l'époque, de leur « race ». Centrer le critère juridique de l'intégration sur la simple condition du respect de la loi générale et impersonnelle, qui est la même pour tous, permettrait ainsi de dépasser la question d'une différence culturelle pour ne tenir compte que de l'homme, « avec ses faiblesses » et « ses

¹⁴⁶ B. STIRN, « Les libertés et les étrangers », in *Libertés publiques*, La documentation française, Les cahiers français, n° 296, mai-juin 2000, p. 90.

¹⁴⁷ Circulaire DPM n° 2000-254 du 12 mai 2000 relative aux naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de la nationalité française, non parue au *J.O.*, in <http://www.sante.gouv.fr/fichiers/bo/2000/00-27/a0271947.htm>.

¹⁴⁸ Circulaire du 30 avril 1997 relative à l'application de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997, INTD9700080, non publiée.

¹⁴⁹ Selon l'article 147 du Code civil : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». Selon l'article 433-20 du Code pénal, la polygamie « de droit » est une infraction pénale passible d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

passions »¹⁵⁰, et de la question de savoir s'il se conforme ou non aux lois qui s'imposent à lui du fait de sa présence sur le territoire. La condition d'intégration « républicaine » s'éloigne donc de l'injonction classique du respect des lois, critère objectif, pour se rapprocher d'une vérification de l'adaptation profonde à une culture « d'adoption ».

Une telle approche est confirmée par l'emploi de termes qui renvoient davantage au sentiment qu'au simple respect des lois. Lors des débats parlementaires est ainsi évoqué le fait que « le moins qu'on puisse demander à quelqu'un qui veut être accueilli en France, c'est d'aimer la France et de la respecter »¹⁵¹. Il s'agit donc, indirectement, de manifester par le droit le désir de voir se réduire la part d'étrangeté de l'étranger et, *a contrario*, de déduire de ce manque d'adhésion une indésirabilité traduite par le refus de titre de séjour. La condition d'intégration étant nécessaire à la délivrance d'un titre de séjour, tout acte qui révèle qu'elle n'est pas effective implique l'expulsion ou la reconduite à la frontière de celui qui le commet et donc son caractère « indésirable ». Ainsi, en fondant l'intégration sur des critères culturels, on établit un lien entre culture et caractère indésirable.

La déchéance de nationalité, telle qu'elle est organisée aujourd'hui, s'insère dans la même logique. Parce qu'elle ne concerne que les nationaux naturalisés, et non les nationaux de droit, elle laisse entendre qu'un naturalisé, qui a donc été dans un premier temps un étranger, demeure suspect dans sa fidélité et son attachement à l'État et à la communauté nationale qui n'est que d'adoption. Son sentiment d'appartenance est ainsi davantage questionné. Par cet exemple, il est perceptible que le caractère étranger ne se confond donc pas exactement avec le fait d'être immigré, il

¹⁵⁰ E. Laferrière, concl. sur T.C. 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol*, Rec. n°95 p. 437 : les conclusions relatives à la qualification de la faute personnelle de l'agent du service public semblent ici faire écho à la démonstration. Il s'agit, ici aussi, de révéler "l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences".

¹⁵¹ 2^e séance du 2 mai 2006. De même, au cours des débats relatifs à la loi de juillet 2003, le président de la Commission des lois déclarait, faisant le parallèle avec le droit de la nationalité et de la manifestation de volonté posée par la loi de 1993 : « J'ai souffert, au regard de l'idée que je me fais de mon pays, que l'on veuille revenir sur cette déclaration d'amour que l'on demandait aux étrangers. Aujourd'hui, les critères d'intégration qui sont retenus pour le simple fait de résider dans notre pays me rappellent, et cela me fait infiniment plaisir, cette déclaration d'amitié envers la France qui permettait l'acquisition de la nationalité. On demande aux étrangers qui souhaitent séjourner dans notre pays de s'intéresser, pour commencer, à notre langue et de prouver, à travers certains critères d'intégration, leur volonté de s'insérer dans le tissu français », 2^e séance du 3 juillet 2003, *J.O. débats parlementaires Assemblée nationale* du 4 juillet 2003, p. 6740.

se poursuit même dans l'appartenance à la communauté nationale¹⁵², laissant perdurer une perception subjective et non pas uniquement juridique de l'étranger, brouillant encore davantage sa distinction vis-à-vis du national.

¹⁵² Sur ce point voir cette partie, Titre 2, chapitre 2.

CONCLUSION DU TITRE 1

La nationalité comme lien juridique est le fruit d'une construction tant juridique que politique et sociale.

Cette construction s'accompagne d'une constante : elle est par essence un critère de division. Elle répond au besoin de toute société de reposer sur un élément d'identification qui corollairement est toujours un élément de différenciation. La nationalité distingue donc le national de l'étranger, mais encore une fois sa nature est double : si son premier rôle est d'exclure, son second but est de permettre la construction d'une unité transcendant les particularités individuelles.

Son fondement fait néanmoins l'objet d'hésitations, d'un tiraillement entre une conception fondée sur la socialisation, le lien matériel avec l'État et la communauté étatique, et une autre répondant à un désir d'*identité* singulière et donc subjective. De telles hésitations ont parfois conduit à des constructions juridiques dévoyées, fondées sur des abus de souveraineté de l'État dans la détermination de ses nationaux.

Loin d'être tranchée, la question imprègne toujours le droit actuel de la nationalité et s'étend même à celui de l'entrée et du séjour des étrangers.

TITRE 2

UNE DÉTERMINATION HÉSITANTE DES CRITÈRES DE LA NATIONALITÉ

La nationalité, statut en vertu duquel un individu « fait partie des éléments constitutifs d'un État »¹, est un lien juridique déterminé selon les critères de la loi nationale, dépendant donc de la souveraineté de l'État. Cette souveraineté en la matière suppose une libre détermination des règles relatives à l'attribution de la nationalité.

Selon l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les critères d'acquisition et de perte de la nationalité. Les critères peuvent ainsi changer par simple réforme législative et donc les titulaires de la nationalité, c'est-à-dire l'étendue de la nation, également. Dans cette perspective, ce n'est nullement la volonté de l'individu qui fait la nationalité². Celle-ci se définit en fonction des liens de proximité entre l'individu et l'État et ne peut être attribuée que par décision de l'autorité publique. Il y a ainsi un caractère artificiel de la nationalité lié au fait qu'elle constitue une émanation de la souveraineté de l'État : il n'est pas de nationalité qui ne soit conférée par l'État³. Dans ce cadre, la volonté de l'individu, son sentiment, ne sont éventuellement qu'à l'origine de la demande de nationalité⁴, mais l'attribution de celle-ci ne dépendra que de critères objectifs (chapitre 1).

¹ M. VERWILGHEN, « Conflits de nationalité : plurinationalité et apatridie », *R.C.A.D.I.*, 1999, vol. 277, p. 72.

² H. FULCHIRON, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. Com. Fr. dr. Int. Privé*, 1998-1999 1999-2000, éd. A. Pedone, 2001, p. 180.

³ P. COURBE, *Droit international privé*, 2^{ème} éd., 2003, Armand Colin, p. 310.

⁴ Comme l'écrivait Paul Louis-Lucas, lorsque la nation est « parvenue à ce stade définitif de son développement qui fait d'elle un État (...) alors la nationalité c'est uniquement le lien juridique qui unit l'individu à l'État dont il est le sujet », P. LOUIS-LUCAS, *La nationalité française – Droit positif et conflits de lois*, Sirey, 1929, p. 1.

Si cette proposition n'est pas remise en cause par le droit, elle tend à être relativisée par l'influence d'une conception sociologique de la dimension dite « horizontale » de la nationalité. C'est ainsi que les critères établis par la loi tendent parfois vers une définition de celle-ci en lien avec l'idée d'une préservation de la Nation, de la constitution d'un peuple uni autour de caractères et de sentiments communs, volontairement partagés et qui fonderaient l'unité de la communauté nationale. Cette conception subjective de la nationalité tend à introduire une différence entre nationaux et étrangers fondée sur la prise en compte par l'État, non plus seulement d'une proximité avec lui, d'un rattachement effectif, mais d'un attachement manifesté envers la communauté nationale (Chapitre 2).

Chapitre 1

La permanence de la conception objective de la nationalité

Les critères objectifs de la nationalité revêtent une double définition : ils sont ceux qui permettent de soustraire en partie l'individu à un éventuel caractère aléatoire de la détermination de la nationalité, mais ils sont surtout ceux qui permettent à la nationalité de ne refléter que la proximité matérielle entre un État et l'individu. Détachés de la volonté, du désir, de l'individu lui-même, ils n'ont pour but que de révéler un *fait de rattachement*.

C'est précisément sur ce fait de rattachement qu'est fondée l'approche de la nationalité en droit international. Lorsque la nationalité affecte une situation relevant du droit international, celui-ci cherche à exercer une certaine influence, voire un certain contrôle, sur l'exercice par l'État de sa compétence pourtant souveraine en la matière. Le droit européen fait de même lorsque la nationalité affecte une situation qui relève de sa compétence⁵. À la fin de la Première guerre mondiale, la notion nationalité connaît une crise qui va pousser le droit international puis européen à encadrer le droit de l'État de déterminer ses nationaux. Cet encadrement se fait avant tout dans le sens d'une conception objective de la nationalité, visant à contraindre l'État dans la détermination de ses nationaux en lui imposant une notion d'effectivité de la nationalité ainsi que progressivement un droit de l'individu à une nationalité, fondé sur la protection des droits de l'homme (section 1).

Si ces règles de droit international et européen ont peu d'effet direct sur les droits internes du fait de la conservation du caractère souverain de la détermination de la

⁵ Nous devons préciser dès maintenant que nous ferons porter notre étude sur le droit international et le droit européen, c'est-à-dire le droit du Conseil de l'Europe, excluant donc le droit de l'Union européenne. En effet, la logique de la construction européenne fait du droit de l'Union européenne en matière de nationalité un système à part, fondé sur une logique d'intégration communautaire spécifique que les droits internationaux et européens ne connaissent pas. C'est pourquoi nous n'avons pas jugé opportun de l'intégrer dans ces développements.

nationalité, elles rejoignent en partie le fondement même du droit français de la nationalité. En effet, s'il ne fait à aucun moment de la nationalité un droit, celui-ci est fondé sur le principe d'une nationalité objective. Le régime d'acquisition de la nationalité repose ainsi principalement sur la constatation d'un fait de rattachement, donc d'un lien effectif d'appartenance entre l'individu et l'État (section 2).

Section 1. L'influence du droit international fondé sur l'effectivité du lien avec l'État

Nous pouvons distinguer deux influences du droit international et européen sur le droit interne de la nationalité. Il existe tout d'abord une influence « directe », c'est-à-dire une influence passant par des déclarations ou conventions portant spécifiquement sur le droit de la nationalité. Ces conventions et déclarations visent à défendre exclusivement le droit à une nationalité et l'interdiction de l'apatridie en imposant des règles de détermination de la nationalité aux États parties (§ 1). Cette influence directe étant peu effective, ne serait-ce qu'en raison de l'absence de ratification systématique des traités, le droit international, comme le droit européen, ont engagé un processus d'influence plus indirect, fondé sur une application générale des droits de l'homme à la nationalité (§ 2).

§ 1. Une influence directe en manque d'effectivité : la mise en place d'une protection internationale du droit à une nationalité

La décision *Nottebohm* rendue en 1955 par la Cour internationale de justice a marqué une première étape dans la mise en place d'un droit à la nationalité en posant le principe de l'effectivité du lien de nationalité comme condition de sa reconnaissance internationale (A). En plus de cette décision, différents textes ont par la suite posé le droit de tout individu d'être rattaché et protégé par son État, consacrant ainsi un droit général à la nationalité (B). Mais la tentative de consécration textuelle la plus ambitieuse reste la Convention européenne sur la nationalité de 1997, conçue par ses rédacteurs comme un véritable « Code de la nationalité » (C).

A. Le critère de l'effectivité : première étape du droit à une nationalité

Jusqu'à la fin de la Première guerre mondiale, le traitement réservé par l'État à ses citoyens et aux apatrides était discrétionnaire et ne relevait donc pas du droit international : l'État a ainsi le monopole de la législation concernant les conditions de détermination de la nationalité. Cette règle coutumière a connu une première traduction dans les textes à travers l'article 1^{er} de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 relatif aux conflits de lois sur la nationalité qui stipule qu'il revient « à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux ». Le droit de la nationalité tombe donc naturellement sous le coup du droit interne dans la mesure où chaque État demeure libre d'en déterminer les règles d'attribution.

La jurisprudence internationale confirme cette conclusion. Dans l'avis consultatif des Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc en 1923, les juges de la Cour permanente de justice internationale ont du décider si le différend portait « sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de la France »⁶. Pour ce faire, ils ont établi qu'en ce qui « concerne ces matières, l'État est seul maître de ses décisions [...]. C'est ainsi que, dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, dans ce domaine réservé ». Il faut rappeler que la France avait présenté la question à la Cour en la basant sur le principe de souveraineté et plus particulièrement de souveraineté territoriale en matière de nationalité⁷. Selon la décision de la Cour, l'attribution de la nationalité relève donc de la compétence de l'État.

Cependant, dès la fin de la Première guerre mondiale, le principe même de la compétence étatique, ou en tout cas l'absence d'une véritable législation internationale en matière de nationalité, a été contesté en raison des horreurs de la guerre. La Seconde guerre mondiale ne fera que confirmer cette critique et marquera

⁶ Avis consultatif n° 4 du 7 février 1923, Différend entre la France et la Grande Bretagne au sujet des décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, *Recueil des avis consultatifs CPIJ*, série B, n°4, p. 22. Décision reproduite in *JDI* 1923, p. 430.

⁷ La France avait ainsi argumenté qu'« en tout cas, le droit de légiférer sur la nationalité d'étrangers installés sur son sol est un droit souverain auquel il ne peut être renoncé sans une déclaration formelle » et qu'« aucune raison de droit international ne saurait s'opposer au principe primordial de la souveraineté territoriale en matière de nationalité », *ibid.*, p. 14-15.

un tournant décisif. Déplorant le grand nombre de personnes, surtout juives, privées de leur nationalité par les lois fascistes, Hannah Arendt considère le droit à une nationalité comme le premier des droits de l'homme, « le droit d'avoir des droits »⁸, et que « 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 les hommes politiques isolés, mais des centaines de milliers de ses citoyens en les abandonnant à l'arbitraire d'autres nations »⁹. En effet, l'interrogation sur le droit à une nationalité au plan international revêt une certaine gravité « car elle rejoint sur le plan philosophique, la question de l'être et du non-être, tant il est vrai que l'absence de nationalité, l'apatridie, fait craindre la plongée de l'individu dans le néant du non-droit »¹⁰. Dès lors, le droit international va chercher à encadrer le pouvoir de l'État en matière de nationalité. S'il garde la liberté de déterminer les règles d'attribution de la nationalité, il ne saurait l'exercer de façon discrétionnaire. En effet, pour être opposable aux États tiers, l'attribution de la nationalité doit être conforme aux règles du droit international.

Dans sa décision *Nottebohm* du 6 avril 1955¹¹, la Cour internationale de justice se prononce sur les effets de la nationalité en distinguant ses effets internes de ses effets internationaux. Elle a ainsi soutenu qu'« un État ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre État que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'État qui assume la défense de ses citoyens par le moyen de la protection vis-à-vis des autres États »¹². Elle considère ainsi que la nationalité doit être conforme au droit international pour

⁸ H. ARENDT, « Le déclin de l'État-nation et la fin des droits de l'homme », *Les origines du totalitarisme*, 2^{ème} partie. « L'impérialisme », Points, coll. « essais », 2002.

⁹ Texte publié dans *Aufbau* le 28 novembre 1941, reproduit in *La tradition cachée*, C. BOURGEOIS, 1987, p. 51-52.

¹⁰ M. BENNOUNA, « De la reconnaissance d'un droit à la nationalité en droit international », in *Droit international et nationalité*, colloque de Poitiers de la Société française pour le droit international, éd. A. Pédone, 2012.

¹¹ C.I.J., 6 avril 1955, affaire *Nottebohm – 2^{ème} phase, Lichtenstein c/ Guatemala*, *Rec. C.I.J.*, 1955, p. 4.

¹² *Ibid.*, p. 23.

pouvoir produire des effets dans cet ordre juridique et en particulier pour pouvoir servir de support à l'exercice de la protection diplomatique. Sans remettre en cause la validité en droit interne de la naturalisation de l'individu, la Cour refuse cependant à l'État d'exercer sa protection diplomatique à son égard. Elle considère ainsi que la nationalité de Nottebohm n'est pas effective et qu'elle ne peut donc s'imposer aux autres États en les obligeant à reconnaître le droit à la protection diplomatique qui en découlerait.

Or, dans cette affaire, le démembrement des effets de la nationalité ne pouvait même pas être justifié par la nécessité de régler un conflit de nationalités. Le caractère unitaire de la nationalité est donc remis en cause pour d'autres raisons, à savoir la volonté de la Cour de faire émerger l'idée d'une nationalité effective et non plus seulement déterminée par une décision souveraine de l'État. Il s'agit donc ici d'une dévalorisation de la notion de nationalité comme lien attribué par l'État souverain qui seul choisit ses nationaux. La souveraineté de l'État apparaît donc comme pouvant être limitée par la sphère internationale. Il ne s'agit plus de donner des solutions au conflit de nationalités, mais bien d'encadrer l'État dans son choix.

Cette décision tend à faire de la nationalité un lien objectif non plus seulement octroyé par l'État mais dépendant de la volonté de l'individu. Le principe d'effectivité est le vecteur de la reconnaissance d'une nationalité dans la sphère internationale, la nationalité effective étant « celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des États dont la nationalité était en cause. Les éléments pris en considération sont divers et leur importance varie d'un cas à l'autre : le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, de ses liens de famille, sa participation à la vie politique, l'attachement à tel pays par lui manifesté et inculqué à ses enfants »¹³. D'un lien de rattachement, la nationalité tend donc à passer à un lien de proximité¹⁴.

Cet encadrement de la liberté de l'État doit cependant être nuancé. En effet, la portée du principe d'effectivité n'est pas encore définitivement fixée et fait l'objet de nombreuses discussions. Tout d'abord, la sentence *Flegenheimer* rendue

¹³ *Ibid.*, p. 22.

¹⁴ H. FULCHIRON, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. Com. Fr. dr. Int. Privé*, 1999-2000, éd. A. Pedone, 2001.

par la Commission de conciliation italo-américaine le 20 septembre 1958 a critiqué la théorie de l'effectivité. Elle estime que lorsqu'un individu n'a qu'une seule nationalité, on ne peut nier les effets sur le plan international de cette nationalité conférée par un État, même sans support de l'effectivité, sauf en cas de « fraude, négligence ou erreur grave ». Selon le Commission de conciliation, lorsqu'un individu n'a qu'une seule nationalité, la théorie de la nationalité effective « ne peut être appliquée sans risque de confusion » car elle « manque d'un fondement assez sûr pour pouvoir l'emporter sur une nationalité qui s'appuie sur un droit étatique »¹⁵. Puis il a été soutenu que la règle de l'effectivité devrait s'appliquer dans les cas de succession d'États, en ce sens que l'État successeur ne serait pas fondé à imposer sa nationalité à des personnes dépourvues de tout lien effectif avec lui. Certains auteurs ont même affirmé que cette règle ne devrait pas se limiter aux successions d'États comme le prouvent les protestations diplomatiques du siècle dernier contre certains pays latino-américains qui attribuaient d'office leur nationalité à des étrangers¹⁶.

Quelle que soit l'issue doctrinale de ces discussions, en l'état actuel du développement du droit international la théorie de l'effectivité ne joue qu'un rôle négatif. Elle peut ainsi conduire à déclarer irrecevable la protection diplomatique exercée par un État sur un individu qu'il considère comme son national alors que cet individu n'est pas rattaché à l'État concerné par un lien effectif suffisant mais elle ne peut avoir pour effet d'attribuer à un individu la nationalité de l'État auquel il se rattacherait par des liens effectifs si la législation de l'État en question ne le reconnaît pas comme son national. Un tel effet positif de la règle de l'effectivité serait contraire à la règle selon laquelle chaque État détermine librement quels sont ses nationaux¹⁷.

Cependant, si la règle de l'effectivité n'a qu'une portée restreinte en droit international public positif, sa portée symbolique est, selon nous, majeure. Poser une telle règle revient à considérer que l'État devrait parfois attribuer sa nationalité

¹⁵ Texte intégral de la décision en français in *Annuaire suisse de droit international*, vol. XVIII, 1961, p. 155.

¹⁶ C'est ce que rappellent H. BATTIFOL et P. LAGARDE dans leur ouvrage *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., 1993, n° 72, note 9.

¹⁷ P. LAGARDE, *La nationalité française*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2011, n°11-24, p. 20.

selon un lien de proximité et non plus seulement selon le seul lien de rattachement. Nous y voyons donc un souhait du droit international de permettre à un individu de *réclamer* auprès d'un État un certain droit à la nationalité du au fait qu'il y réside depuis longtemps, qu'il y a grandi et fait par exemple ses études. C'est peut-être pourquoi l'intervention du droit international en matière de nationalité ne s'est pas limitée à poser le principe jurisprudentiel d'effectivité.

En effet, la jurisprudence internationale n'a qu'une valeur incitative et non valeur contraignante. La supériorité des textes, et plus précisément des traités, est donc de constituer une source de droit dont le caractère positif est incontestable. C'est pourquoi, dans un monde déchiré par la Seconde Guerre mondiale et dans lequel des milliers d'individus sont devenus apatrides et ont été ainsi privés de toute protection juridique, le souci de protection de l'individu a conduit à affirmer textuellement, en droit international, l'existence d'un droit à la nationalité.

B. La consécration textuelle du droit à une nationalité

Le droit à la nationalité est consacré par l'article 15 § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui dispose que « tout individu a droit à une nationalité » et que « Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité ni du droit de changer de nationalité ». La Déclaration universelle des droits de l'homme n'étant pas un traité mais une résolution des Nations-Unies, le caractère contraignant des règles qu'elle contient peut être questionné car il faut rappeler qu'elle n'est pas une convention au sens du droit international. Il s'agit d'une déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies qui n'a donc que valeur de recommandation selon le droit des Nations Unies, même si elle a été publiée au *Journal Officiel*¹⁸. Si la Cour internationale de Justice a souligné plusieurs fois

¹⁸ C'est ce qu'a rappelé le Conseil d'État dans un arrêt du 11 mai 1960, *Car* ; *Journal du droit international*, 1961, p. 404 : « Considérant, en second lieu, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la décision critiquée méconnaît les principes proclamés dans la Déclaration Universelle des Droits de l'homme, que la seule publication qui a été faite au Journal Officiel du 9 février 1949 du texte de ladite déclaration ne permet pas de ranger cette dernière au nombre des traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés en vertu d'une loi ». En ce sens, voir également : J.-Y. CARLIER, « Droits de l'homme et nationalité », *Annales de droit de Louvain*, 2003, p. 243-257, en particulier p. 245 qui insiste sur la nature *soft-law*.

depuis 1970 son caractère obligatoire¹⁹, certains auteurs réfutent donc encore, selon nous avec raison, la nature juridique contraignante de la Déclaration universelle. C'est peut-être pourquoi les affirmations de principe de cette Déclaration sont restées sans lendemain immédiat.

D'une part, elles n'ont été ni reprises, ni précisées par les premières conventions multilatérales générales relatives aux droits de l'homme, telles que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

D'autre part, elles n'ont pas eu réellement d'écho dans la pratique législative des États. Malgré tout, leur force symbolique et leur pouvoir d'évocation ne doivent pas être sous-estimés et elles ont permis de faire entrer « le droit à une nationalité », compris comme le droit d'avoir une nationalité, de changer de nationalité et de ne pas être privé arbitrairement de sa nationalité, dans la catégorie normative des droits de l'homme.

La pratique conventionnelle de la seconde moitié du XX^e siècle va ensuite contribuer à la mise en place progressive d'une protection internationale du droit à une nationalité. Celle-ci revêt deux caractères. Tout d'abord, la reconnaissance d'un tel droit est le plus souvent catégorielle : elle profite à l'enfant. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques II a été le premier texte conventionnel de protection des droits de l'homme à admettre que « tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité »²⁰. Cette disposition n'impose cependant pas aux États parties au traité d'attribuer leur nationalité à tout enfant né sur leur territoire.

Selon l'Observation générale n° 17 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, l'obligation qui pèse sur l'État de naissance doit être comprise comme celle de conférer, dans le cadre de la lutte contre l'apatridie et à titre de dernier recours, sa nationalité à l'enfant apatride²¹. La voie prudemment ouverte en

¹⁹ Voir par exemple : CIJ, 24 mai 1980, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-unis c. Iran)* § 42 où elle mentionne expressément la violation de la déclaration universelle et la responsabilité de l'État qui en découle.

²⁰ Art 24-3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques II entré en vigueur après la ratification par 35 États le 23 mars 1976, <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>.

²¹ Il est ainsi écrit au point n° 7 de l'Observation : « *While the purpose of this provision is to prevent a child from being afforded less protection by society and the State because he is stateless, it does not necessarily make it an obligation for States to give their nationality to every child born in their territory. However, States are required to adopt every appropriate measure, both internally and in cooperation with other States, to ensure that every child has a nationality when he is born* »,

1966 par le Pacte II sera ensuite suivie par deux traités majeurs sur les droits de l'enfant : la Convention internationale de 1989 sur les droits de l'enfant et la Charte africaine de 1990 sur les droits et le bien-être de l'enfant. Le premier texte prévoit que les « États s'engagent à respecter le droit de l'enfant à préserver [...] sa nationalité » en tant que composante de son identité, tandis que le second précise que l'État de naissance a l'obligation d'établir une législation permettant à l'enfant d'acquérir sa nationalité, si ce dernier ne peut prétendre à la nationalité d'un autre État.

Cependant, si ces textes internationaux proclament le droit de l'enfant ou de l'individu à une nationalité, ils ne fixent pas de règles précises pour l'attribution de celle-ci, c'est pourquoi il ne faut pas surestimer l'effectivité des dispositions qu'ils contiennent. Ensuite, dans le contexte du droit international, les règles relatives à l'octroi de la nationalité et au droit à une nationalité découlent le plus souvent d'une obligation négative des États : celle de limiter, voire d'éliminer, les cas d'apatridie. La Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961 ou la Convention tendant à réduire le nombre de cas d'apatridie du 13 septembre 1973 envisagent ainsi des situations pouvant conduire à l'apatridie. Elles imposent alors à l'État rattaché à l'apatride « potentiel » par un lien précisé par la Convention, tel que la résidence sur le territoire ou la naissance, de lui accorder sa nationalité selon certaines conditions.

De même, les Conventions portant sur le statut des réfugiés et sur celui des apatrides de 1951 et 1954 contiennent des dispositions portant sur la nationalité et stipulent que les États doivent favoriser l'accès des personnes visées par ces mêmes Conventions à la nationalité. Mais cette obligation à la charge des États est énoncée de façon trop imprécise pour pouvoir revêtir un caractère effectif et s'imposer en droit interne de la nationalité. Ces Conventions n'ont une réelle influence que sur les cas d'apatridie et ne permettent pas encore d'imposer réellement à l'État l'obligation d'accorder sa nationalité à toute personne quelle que soit sa situation.

Une convention semble, ou du moins souhaite, pourtant changer cet état purement déclaratif du droit international de la nationalité : la Convention

General Comment n°. 17 : Rights of the child (Art. 24), 07/04/1989, [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/).

européenne sur la nationalité de 1997. L'entrée en vigueur progressive de cette dernière convention pourrait changer sensiblement l'état du droit international de la nationalité car figureront désormais dans un traité les « principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité ».

C. La Convention européenne sur la nationalité : un « Code de la nationalité » ambitieux

Le Conseil de l'Europe s'est préoccupé, depuis sa création et de façon de plus en plus directe et accrue, des questions de nationalité. Cet intérêt s'explique par l'augmentation du « nombre de personnes qui a besoin d'assistance dans le domaine de la nationalité », elle-même liée à différentes circonstances telles que les changements politiques en Europe centrale et orientale depuis 1989 ou l'augmentation de la circulation des personnes²². L'évolution vers une limitation des pouvoirs de l'État et une plus grande objectivité dans la détermination de la nationalité est perceptible à travers différents autres textes émanant du Conseil de l'Europe, en particulier ceux relatifs aux droits de l'homme, mais surtout à travers la Convention européenne sur la nationalité de 1997²³.

L'élaboration par le Comité d'experts sur la nationalité²⁴, à partir du mois de novembre 1993, d'une « convention exhaustive relative à la nationalité » est apparue comme nécessaire afin de faire la « synthèse des idées nouvelles qu'a fait apparaître l'évolution du droit interne et du droit international » mais aussi dans le but de « favoriser le développement progressif du droit international en matière de

²² C'est ce que met en avant l'introduction à l'ensemble des textes concernant la nationalité émanant du Conseil de l'Europe : « Réalisations du Conseil de l'Europe dans le domaine juridique-Nationalité », Strasbourg, septembre 2000, DIR/JUR(2000)3.

²³ Convention européenne sur la nationalité du 7 novembre 1997 et son rapport explicatif, *Conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/166.htm*, STCE 166. La France a signé cette Convention mais ne l'a pas ratifiée. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2000 après avoir été ratifiée par l'Autriche, la Moldavie et la Slovaquie. Elle est aujourd'hui en vigueur dans 19 États : Albanie, Allemagne, Autriche, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Danemark, Finlande, Islande, L'ex-République yougoslave de Macédoine, Moldova, Monténégro, Norvège, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Suède et Ukraine.

²⁴ Ce comité d'experts dépendait du Comité européen de Coopération juridique (CDCJ). Il préparait les futurs textes concernant la nationalité et favorisait l'échange d'informations entre États. Il gérait le Centre européen de documentation sur la nationalité (EURODOC). Son mandat était réexaminé et précisé régulièrement par le CDCJ. Aujourd'hui, les questions de nationalité sont traitées directement par le CDCJ, il n'existe plus de sous-comité spécifique.

nationalité »²⁵. Cette Convention franchit un pas décisif dans la limitation des pouvoirs des États en matière de nationalité. En accordant un certain nombre de garanties à la personne par rapport à l'État dans le domaine de la nationalité, elle assure une protection comparable à celle qu'accorde le droit européen aux personnes en matière de droits de l'homme. Un certain nombre de principes que les États doivent respecter concernant la nationalité sont énoncés et aucune réserve ne peut être constituée.

Dans son article 4, la Convention énonce ainsi que « l'apatridie doit être évitée » et donc que « chaque individu a droit à une nationalité », que « nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité » et enfin que « ni le mariage, ni la dissolution du mariage entre un ressortissant d'un État partie et un étranger, ni le changement de nationalité de l'un des conjoints pendant le mariage ne peuvent avoir d'effet de plein droit sur la nationalité de l'autre conjoint ». Si ces principes ne constituent pas un changement majeur au sein du droit international classique puisqu'ils étaient déjà consacrés dans des textes internationaux antérieurs²⁶, la Convention permet davantage leur mise en œuvre en définissant un nombre non négligeable de règles concernant directement la détermination de la nationalité. Elle semble donc considérer que la nationalité n'est plus uniquement le fruit d'un choix souverain de l'État.

L'article 6 impose ainsi aux États certaines obligations en matière d'acquisition de la nationalité : ils doivent reconnaître la transmission de plein droit de leur nationalité par la filiation²⁷, prévoir obligatoirement une procédure de naturalisation pour les personnes résidant légalement et habituellement sur le territoire²⁸, et favoriser l'acquisition de la nationalité pour certaines catégories de personnes comme celles liées à un ressortissant par un lien familial²⁹ ou qui présentent certains liens avec le territoire³⁰. En matière de perte de la nationalité, la Convention intervient également : elle interdit la perte de plein droit ou à l'initiative

²⁵ Introduction du rapport explicatif de la Convention, préc.

²⁶ Nous citerons par exemple la Convention sur la nationalité de la femme mariée du 20/02/1957 ou la Convention de New-York du 20/11/1989 relative aux droits de l'enfant.

²⁷ Convention européenne sur la nationalité, art. 6-1-a.

²⁸ *Idem*, art. 6-3.

²⁹ Il s'agit des conjoints ou enfants, *idem*, art. 6-4 a à d.

³⁰ Il s'agit des personnes nées sur le territoire ou y résidant légalement et habituellement pendant une période commençant avant l'âge de 18 ans, *idem*, art 6-4 e et f.

de l'État³¹ et impose de rendre possible la perte de la nationalité à la demande de l'individu si elle ne conduit pas à l'apatridie³². En réalité, cette dernière possibilité vise à permettre à une personne de mettre fin à une situation de double nationalité. Enfin, le chapitre IV de la Convention concernant la procédure met en place un certain nombre de garanties pour les particuliers, qui constituent autant de limites au pouvoir discrétionnaire dont dispose, par principe, l'État³³.

L'existence d'un tel ensemble de règles énoncées dans une Convention internationale marque l'amorce d'un changement de conception de la nationalité. Cependant, si elle se voulait ambitieuse, la Convention de 1997 reste marquée par une certaine timidité, notamment parce qu'elle commence par rappeler le principe de la liberté de l'État en matière de nationalité. Elle semble donc attribuer un caractère facultatif à son propre contenu.

Les droits ainsi proclamés par les textes internationaux se heurtent encore aujourd'hui dans leur réalisation à la faible autorité que le droit interne leur reconnaît et aux restrictions dont ils sont assortis en matière de nationalité, qui sont d'autant plus fortes que sont anciens et sans cesse réaffirmés au plan international les liens entre la souveraineté des États et l'attribution de leur nationalité. Cela étant, la « tonalité droits de l'homme de la Convention de 1997 »³⁴ ne doit pas être négligée. En effet, cette dernière a été conçue comme un instrument technique d'appui de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales et elle se

³¹ Art 7-1. Il faut cependant nuancer : si le principe est l'interdiction, la Convention prévoit un certain nombre d'exceptions qui atténuent largement le principe. Par exemple, la nationalité peut être perdue en cas d'acquisition volontaire d'une autre nationalité (art 7-1 a) ou dans l'hypothèse d'une « absence de tout lien effectif entre l'État partie et un ressortissant qui réside habituellement à l'étranger » (art 7-1 e).

³² Art 8-1.

³³ Ainsi, les décisions de l'État portant sur les cas individuels en matière de nationalité doivent être prises dans un délai raisonnable, motivées par écrit et susceptibles d'un recours administratif et judiciaire. De même, les frais occasionnés par les différentes procédures ne doivent pas être déraisonnables ou constituer un empêchement pour les demandeurs. Le rapport explicatif de la Convention détaille les obligations qui découlent de ces dispositions. V. : Rapport préc., spéc. n° 83 et suiv.

³⁴ Expression employée par J.-F. FLAUSS dans son article « L'influence du droit international des droits de l'homme sur la nationalité », in *Perspectives du droit public. Etudes offertes à J.-C. Hélin*, Litec, 2004, p. 285.

présente comme un texte de référence³⁵ utile pour l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le manque d'effectivité de ces traités portant directement sur la nationalité est lié au fait que leur force obligatoire soit limitée au cercle des États contractants. La France n'a, par exemple, pas encore ratifié la Convention sur la nationalité de 1997, ni celle de 2006 sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États. L'influence du droit international sur le droit interne de la nationalité va donc emprunter une voie plus indirecte : celle plus générale de la protection des droits de l'homme.

§ 2. Une influence indirecte : les principes du droit international des droits de l'homme appliqués à la nationalité.

Certains principes des droits de l'homme énoncés dans les instruments internationaux peuvent être invoqués en toute matière. Ils vont donc être utilisés par le justiciable, notamment à l'encontre du droit français de la nationalité. Bien que récente, l'influence du droit international des droits de l'homme sur le droit de la nationalité semble devenir un phénomène juridique courant. Si le droit des Nations Unies est fréquemment invoqué devant les juridictions internationales (A), le texte ayant le plus d'influence reste la Convention européenne des droits de l'homme, même si son rôle en matière de nationalité reste à préciser. (B)

A. Le droit des Nations Unies : un ensemble de textes fréquemment invoqués

C'est principalement au travers de la protection du principe de non discrimination que le droit international s'immisce peu à peu dans le droit interne de la nationalité. Les instruments généraux de protection des droits de l'homme, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques contiennent désormais tous une clause générale de non discrimination³⁶. À travers cette clause, ils

³⁵ Il faut en effet relever que la Convention elle-même mentionne dans son Préambule l'article 8 de la CEDH.

³⁶ Ainsi, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) énonce que « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale

prohibent, en matière d'acquisition ou de perte de la nationalité, les différences de traitement ne répondant pas à « une justification objective et raisonnable »³⁷. Le droit des Nations Unies a, lui aussi, envisagé la lutte contre certaines formes de discrimination en matière de nationalité.

Ainsi, dans la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, les États parties se sont engagés à « interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à organiser le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur, de l'origine nationale ou ethnique, dans la jouissance [...] du droit à une nationalité »³⁸. Cette Convention a été invoquée devant la Cour de cassation à plusieurs reprises, tout comme le Pacte de New-York du 19 décembre 1966 sur les droits civils et politiques.

Dans un arrêt du 22 février 2000³⁹, la Cour, face à l'allégation de contrariété de certaines dispositions du droit français de la nationalité avec le principe de non discrimination énoncé dans le Pacte de 1966, a déclaré 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 ». Certes, la Cour de cassation rejette le moyen au fond. Mais cette décision reste tout de même révélatrice de l'influence du droit international des droits de l'homme sur le droit interne de la nationalité à deux égards. Tout d'abord, le texte est invoqué à l'appui d'un recours concernant la nationalité, ce qui montre une évolution des mentalités : « l'idée n'apparaît plus

protection de la loi » ; l'article 24 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme stipule que « toutes les personnes bénéficient sont égales devant la loi. Par conséquent, elles ont toutes droit à une protection égale devant la loi, sans discrimination d'aucune sorte ». Ces dispositions rejoignent sur le fond celles du Protocole n° 12 de la CEDH qui énonce que « article 1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune ».

³⁷ Telle est la définition de la distinction considérée comme discriminatoire par la Cour européenne des Droits de l'homme (CEDH), donnée dans son arrêt du 23 juillet 1968, Affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* », série A, vol. 6, p. 34.

³⁸ Art 5 iii.

³⁹ C. cass., civ. 1^{ère}, 22 février 2000, *D.*, 2000. IR., p. 83 ; *Gaz. Pal.*, 25-29/08/2000, p. 13, Conclusions ROEHRICH ; *JCP* 2000. IV, p. 1625 ; *Rev. Crit. DIP* 2000, note H. FULCHIRON, p. 681.

aberrante au point qu'on ne la soumette pas à la justice »⁴⁰. Ensuite, ce principe de non discrimination appliqué à la nationalité a été invoqué de nouveau devant la Cour de cassation dans deux affaires en 2002⁴¹.

Dans son arrêt du 8 janvier 2002⁴², le Cour de cassation affirme que la détermination de la nationalité ne peut constituer une discrimination au sens du Pacte de New-York de 1966. Puis dans celui du 19 février 2002, on décèle une évolution : la Cour énonce 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 ». La Cour va donc plus loin dans ce dernier arrêt. Elle pose le droit à une nationalité comme une condition de validité de la loi nationale sur la nationalité au regard du droit international.

Il semble ainsi possible qu'un apatride puisse invoquer ce texte à l'encontre d'une législation discriminatoire qui l'a conduit à sa situation d'apatride. Le droit à une nationalité pourrait donc ici s'appliquer plus positivement, en trouvant dans l'État le destinataire de l'obligation découlant du droit à une nationalité : l'obligation de reconnaître une nationalité. Dans son commentaire de l'arrêt, le professeur Paul Lagarde met en avant la grande généralité des termes utilisés par la Cour de cassation pour affirmer que la détermination de la nationalité peut constituer une discrimination. Cependant, malgré cette précaution, le sens de l'arrêt est assez clair : « une législation qui écarterait de la naturalisation, par exemple, ou même de l'attribution de la nationalité d'origine, certaines personnes à raison de leur appartenance à une certaine communauté ethnique ou religieuse serait évidemment discriminatoire »⁴³.

Comme le rappelle le professeur Hugues Fulchiron dans sa note sous l'arrêt du 22 février 2000, l'utilisation de certains critères pour déterminer la nationalité

⁴⁰ A. DIONISI-PEYRUSSE dans sa thèse *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois-Lextenso éd., coll. des thèses, 2008, n° 644, p. 236.

⁴¹ C. cass., civ. 1^{ère}, 8 janvier 2002 et 19 février 2002, *Rev. Crit. DIP*, 2003, note P. LAGARDE, p. 77.

⁴² Arrêt. préc.

⁴³ P. LAGARDE, *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 77.

peut être contraire au principe de non-discrimination, et donc aux droits de l'homme⁴⁴. C'est pourquoi les juridictions nationales peuvent en faire application, même dans une matière aussi liée à la souveraineté de l'État que la nationalité.

En plus du droit des Nations-Unies, le droit du Conseil de l'Europe est lui aussi utilisé. Parmi les textes émanant du Conseil⁴⁵, la Convention européenne des droits de l'homme est incontestablement celle qui jouit de la plus grande influence en droit interne. C'est pourquoi elle est la plus invoquée devant les juridictions internes, y compris en matière de nationalité.

B. La Convention européenne des droits de l'homme : une place à préciser

Malgré l'absence de dispositions spécifiques relatives à la nationalité au sein de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, certains de ses articles sont parfois évoqués en la matière afin d'imposer le principe selon lequel le droit interne de la nationalité doit être conforme aux droits reconnus par la Convention. La Convention ne consacre donc pas de droit à l'acquisition d'une nationalité, mais elle peut trouver une application en la matière en droit interne. En effet, certains principes posés par ce texte peuvent être considérés comme ayant une existence autonome qui leur permet d'être invoqués en toute matière, dont celle de la nationalité. Différents droits protégés par la Convention peuvent donc être envisagés comme ayant un lien avec la nationalité. Le rapport explicatif de la Convention européenne sur la nationalité cite ainsi les articles 6, 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que l'article 3 du Protocole n°4 additionnel à la Convention comme pouvant être utilisés dans le domaine de la nationalité⁴⁶.

⁴⁴ Il écrit ainsi : « Que l'on songe par exemple à une loi qui lierait l'acquisition d'une nationalité à l'appartenance à telle ou telle communauté religieuse ou qui ferait perdre la nationalité du pays considéré à ceux qui n'appartiennent à sa population que depuis moins de trois générations [...] Autant de règles fondées sur la race, la langue, la religion, l'origine ethnique etc..., qui apparaîtraient sans doute comme discriminatoires et que le simple fait d'appartenir au droit de la nationalité ne saurait laver de cette tache », H. FULCHIRON, note préc., p. 690-691.

⁴⁵ Nous citerons par exemple la Recommandation sur la prévention et la réduction des cas d'apatridie (Recommandation 18 du 15 septembre 1999), ou encore la Recommandation du Comité des ministres aux États membres sur la sécurité de résidence des immigrés de longue durée (Recommandation 15 adoptée le 13 septembre 2000)

⁴⁶ Rapport explicatif de la Convention européenne sur la nationalité, point n°16.

Contrairement à la Cour de cassation, le Conseil d'État semble cependant se montrer réticent à une telle reconnaissance. Il a ainsi jugé que le droit d'acquérir une nationalité ne figure pas parmi les droits et libertés protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Celle-ci ne peut donc être invoquée à l'appui d'un recours contre une décision de rejet d'une demande de naturalisation⁴⁷ ou contre un décret de déchéance de nationalité française⁴⁸. Cette position tranchée doit cependant être nuancée.

En effet, le Conseil d'État, dans une décision du 14 février 2001 a examiné le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention européenne invoqué contre le rejet d'une demande de naturalisation. Il s'agit certes d'une décision de rejet, mais un rejet au fond : le Conseil a donc accepté d'examiner le moyen, ce qui a peut-être ouvert la voie à une invocation des principes des droits de l'homme dans le contentieux de la nationalité. Le Conseil n'ayant ni confirmé ni infirmé cette jurisprudence, le doute demeure. Une telle réticence du Conseil d'État peut s'expliquer par le lien fondamental qui existe entre le droit de la nationalité et la souveraineté de l'État. Une application des principes de la Convention européenne des droits de l'homme constituerait donc une ingérence trop importante dans ce domaine réservé de l'État.

L'article 6 de la Convention offre également des garanties procédurales dans le cadre de contestations sur des « droits et obligations de caractère civil ». La nationalité faisant partie de l'état-civil de la personne, les litiges concernant sa détermination pourraient être encadrés par cet article, mais uniquement si l'on en vient à considérer la nationalité comme une matière de droit privé. La jurisprudence n'offre pas de position claire sur cette question. Une fois encore, les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation divergent. D'un côté, dans un arrêt précité du 7 juillet 1995, *M'Bayle*, le Conseil d'État a considéré que l'article 6 n'était pas applicable « aux litiges relatifs à l'acquisition de la nationalité, lesquels

⁴⁷ C.E., 7 juillet 1995, *M'Baye*, req. n° 138041, *Rec.* 1995, *Tables* p. 786, *Gaz. Pal.*, pan droit administratif, 1996, p. 36 ; *Rev. crit. DIP.* 1996, note P. LAGARDE, p. 83. Dans le même sens, voir : CAA Nantes, 1^{er} octobre 2009, req. n° 08NT02619.

⁴⁸ C.E., 18 juin 2003, req. n° 251299, *Lebon T.* ; v. s^s n° 42.111.

n'ont pas trait à des contestations sur des droits et obligations de caractère civil »⁴⁹. De l'autre, la Cour de cassation, a accepté de vérifier que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 avait été respecté dans un litige relatif à la conservation de la nationalité française⁵⁰. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a considéré en 2001 qu'elle était « compétente pour connaître » d'une violation de l'article 6 « en ce qu'il garantit le droit à un tribunal indépendant et impartial, dans le cadre d'une procédure relative à une demande de nationalité », même si en l'espèce elle n'a relevé « aucune apparence de violation de l'article invoqué »⁵¹. La jurisprudence de la Cour européenne n'étant pas toujours suivie par les juridictions internes, et principalement par la juridiction administrative, il paraît difficile de se prononcer sur l'applicabilité de l'article 6 aux litiges relatifs à la nationalité mais la tendance jurisprudentielle semble être à sa progressive admission.

Il faut également envisager une possible contradiction entre la détermination de la nationalité avec la Convention européenne des droits de l'homme sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale protégée par l'article 8 de la Convention⁵².

En effet, il serait possible de soutenir que le refus opposé à un individu d'avoir la même nationalité que le reste de sa famille peut avoir des répercussions négatives sur sa vie privée en entraînant pour lui des obstacles et des difficultés que ne connaîtront pas les autres membres de sa famille⁵³. La question d'une telle conformité de la loi nationale sur la nationalité à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme s'est posée devant le Conseil d'État. Celui-ci a considéré que la décision de rejet d'une demande de naturalisation⁵⁴, tout comme celle par laquelle le Gouvernement s'oppose à l'acquisition de la nationalité

⁴⁹ Arrêt préc. cit., cons. 1.

⁵⁰ C. cass., Civ. 1^{ère}, 22 février 2000, *D.*, 2000, p. 83 ; *Gaz. Pal.*, 25-29 août 2000, p. 13, conclusions ROERICH ; *JCP.*, 2000, IV, p. 1625 ; *Rev. crit. DIP.*, 2000, note H. FULCHIRON, p. 681.

⁵¹ CEDH, 13 mars 2001, *Koua Poirrez c/ France*, req. n° 40892/98.

⁵² Article 8-1 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

⁵³ C'est ce que soutient notamment H. FULCHIRON dans sa note sous C. cass. civ. 1^{ère}, 22 février 2000, *Rev. crit. DIP.*, 2000, p. 695.

⁵⁴ C.E., 07 juillet 1995, *M'Baye*, arrêt précité.

française⁵⁵, ou encore celle par laquelle il prononce une déchéance de nationalité française⁵⁶ « n'est pas, par nature, susceptible de porter atteinte au respect de la vie familiale »⁵⁷. Par conséquent, en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil d'État, l'article 8 ne peut pas être invoqué contre des décisions en matière de nationalité.

Cependant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait conduire par son influence à changer la position du Conseil d'État. En effet, elle a jugé le 12 janvier 1999, dans l'affaire *Karashev c/ Finlande*⁵⁸ que « bien que le droit d'acquérir une nationalité ne soit pas 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 ». La Cour a réitéré cette position dans plusieurs de ses arrêts⁵⁹, mais n'a encore jamais jugé *in fine* que les faits d'espèce constituaient une telle violation. En réalité, la Cour européenne des droits de l'homme se dirige vers l'admission d'un contrôle de conformité de la détermination de la nationalité avec le droit au respect de la vie privée et familiale. En effet, elle neutralise déjà dans certaines décisions les effets de la détermination de la nationalité en jugeant contraires à l'article 8 de la Convention certaines mesures légales prises envers les étrangers lorsqu'elles aboutissent selon elle à un non respect de la vie familiale et privée.

Dans son arrêt *Mokrani c/ France* de 2003 concernant une mesure d'expulsion prononcée à l'encontre du requérant par la France, la Cour estime que « ces éléments et surtout l'intensité des liens personnels du requérant avec la France suffisent à la Cour pour conclure que ladite mesure, si elle recevait exécution, ne serait pas proportionnée aux buts poursuivis »⁶⁰. Par une telle décision, la Cour neutralise les effets de l'attribution ou non de la nationalité et remet donc

⁵⁵ C.E., 16 juin 1995, *Merturi*, req. n° 133838, *Rec.* 1995, *Tables* p. 786 ; *Gaz. Pal.*, p. 37.

⁵⁶ C.E., 18 juin 2003, *Saiki*, arrêt précité.

⁵⁷ C.E., 07 juillet 1995, *M'Baye*, arrêt précité, cons. 3.

⁵⁸ CEDH, 12 janvier 1999, *Karashev c/ Finlande*, req. n° 00031414/96.

⁵⁹ Nous citerons par exemple : Cour EDH, 09 octobre 2003, *Fedorova c/ Lettonie*, req. n° 69405/01 ; Cour EDH, 23 janvier 2002, *Slivenko c/ Lettonie*, req. n° 48321/99, § 77 ou encore CEDH, 29 janvier 2004, *Kolosovskiy c/ Lettonie*, req. n° 50183/99.

⁶⁰ Cour EDH, 15 juillet 2003, *Mokrani c/ France*, §31. L'arrêt concerne l'expulsion d'un étranger délinquant, d'où la mention du caractère proportionnel par la Cour. Pour une analyse de l'arrêt voir : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, J.-P. MARGUENAUD et F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, coll. « Thémis », 5^e éd. mise à jour, 2009, p. 568.

indirectement en cause son mode de détermination. La Commission européenne a ainsi pu énoncer à propos de la nationalité de l'État d'origine d'un immigré que « ce lien s'il correspond à une donnée juridique, ne correspond toutefois à aucune réalité humaine »⁶¹. Elle crée donc directement, par ces interventions, la catégorie de « quasi-français »⁶², c'est-à-dire de personnes qui d'après elle « n'ont plu d'étrangers que le nom »⁶³ ou qui, selon les termes de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe « ne sont plus ni humainement ni sociologiquement des étrangers »⁶⁴. La Cour donne par conséquent à ces « quasi-français » des droits équivalents à ceux des nationaux, notamment en ce qui concerne l'accès au territoire.

Une telle position revient à juger que lorsque la détermination de la nationalité par la loi nationale n'est pas conforme selon la Cour à l'article 8 de la Convention, elle ne peut produire d'effet. Par conséquent, seule la « quasi-nationalité » que la Cour détermine selon des critères fixés également par elle peut légitimement produire des effets. De fait, il s'agit d'une forme de contrôle de l'attribution de la nationalité et de ses effets en droit interne⁶⁵. Ce contrôle se fait d'ailleurs selon une méthode comparable à celle mise en place par la Cour internationale de justice dans l'arrêt *Nottebohm*. À la règle de l'effectivité posée par la Cour internationale dans l'arrêt *Nottebohm* s'ajoute ainsi le critère du respect de la vie privée et familiale posé par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'article 14, quant à lui, pourrait être interprété comme condamnant la violation du principe de non-discrimination par les règles internes de détermination de la nationalité. Cependant, une telle interprétation serait en réalité erronée car

⁶¹ Rapport de la Commission européenne dans les affaires *Moustaquim c/ Belgique* du 12 octobre 1989, § 62 et *Beljoudi c/ France* du 6 septembre 1990, § 64.

⁶² L'expression est utilisée par le juge Pettiti dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Beljoudi* (Cour EDH, 26 mars 1992, *D.* 1993, obs. J.-F. RENUCCI, p. 338 ; *JCP*, 1993.I « Droit de la CEDH » par F. SUDRE ; *Rev. Trim. Dr. homme*, 1993, J.-Y. CARLIER « Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ? », p. 445.)

⁶³ L'expression employée par J.-Y. Carlier dans son article « Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ? », *Rev. Trim. Dr. homme*, 1993, p. 463.

⁶⁴ Recommandation 1054 (2001) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la non-expulsion des immigrés de longue durée adoptée le 14 mars 2001, § 2.

⁶⁵ J.-F. FLAUSS écrivait ainsi que « par ricochet, mais de manière de plus en plus prégnante, le droit européen lézarde la compétence reconnue aux États en matière de nationalité par le droit international » in « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 20 octobre 1995, p. 734.

l'article 14 qui énonce le principe de non-discrimination ne s'applique qu'aux droits protégés par la convention elle-même. Il n'a pas d'existence autonome⁶⁶. C'est ce qu'a rappelé le Conseil d'État dans son arrêt *Saïki*⁶⁷. Le requérant soutenait que l'article 25 du Code civil relatif à la déchéance de nationalité était contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme car il ne prévoyait la déchéance de nationalité que pour les nationaux naturalisés. La Haute juridiction a alors considéré 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 »⁶⁸. Il faut ajouter que le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme pourrait ouvrir une voie nouvelle en matière de rapports entre la nationalité et le principe de non discrimination. En effet, contrairement à l'article 14, le principe de non discrimination énoncé par l'article 1 du Protocole est indépendant, il est envisagé comme un droit autonome. Il ne semble donc exister aucun obstacle à son application dans le domaine de la détermination de la nationalité⁶⁹. Cependant, il faut souligner que ce Protocole n'a pas été signé par la France, ce qui bien évidemment empêche son application directe en droit interne et son invocation devant les juridictions nationales.

A l'issue de cet examen des articles de la Convention européenne des droits de l'homme et plus généralement des textes internationaux de protection des droits de l'homme, nous constatons que la place des droits de l'homme dans la détermination de la nationalité et de ses effets est actuellement en évolution.

Au-delà des ingérences directes, les normes internationales relatives aux droits de l'homme peuvent s'immiscer de manière indirecte, « presque

⁶⁶ En ce sens, voir : affaire *Beljoudi c/ France*, Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, 6 septembre 1990, § 79 : « la discrimination alléguée vise en fait le critère de répartition tiré du statut civil qui a été utilisé pour déterminer les personnes ayant conservé de plein droit la nationalité française et celles astreintes à se faire reconnaître cette nationalité. Est donc en cause le droit à obtenir une nationalité déterminée, droit qui ne fait pas partie des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme ».

⁶⁷ C.E., 18 juin 2003, *Saïki*, req. n° 25129, *Rec.*, p. 777.

⁶⁸ Déc. préc., cons. 4.

⁶⁹ C'est ce que soutient I. ZIEMELE dans sa contribution « Aspects généraux de la nationalité et des droits de l'homme en relation avec la succession d'États », in *Défis au droit national et international sur la nationalité à l'aube du nouveau millénaire*, Actes de la 2^{ème} conférence européenne sur la nationalité, Strasbourg, 8 et 9 octobre 2001, p. 153.

subreptice »⁷⁰, dans le droit de la nationalité. Ainsi, même si la France n'a pas ratifié a plupart des convention relatives à la nationalité elle-même, son statut d'État partie à la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'à d'autres conventions internationales relatives aux droits de l'homme expose son droit interne de la nationalité à l'influence du droit international et européen. C'est donc de façon indirecte que le droit public interne de la nationalité est amené à évoluer.

Dans les textes tant de droit international que de droit européen, une évolution vers la remise en cause du principe traditionnel de détermination souveraine de la nationalité semble lancée. La pratique du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies en fournit une bonne illustration.

En effet, en se prononçant sur le respect de l'article 12 (4) du Pacte relatif aux droits civils et politiques⁷¹, il vérifie si le requérant n'a pas été empêché abusivement d'acquérir la nationalité de l'État défendeur. Ceci signifie que le pays d'immigration en l'espèce se voit interdire d'établir des obstacles déraisonnables à l'acquisition de la nationalité par les nouveaux immigrants. Dans le contentieux européen des droits de l'homme, certains requérants ont même tenté, jusqu'alors sans succès, de faire reconnaître à travers l'article 3 du Protocole n° 4 additionnel à la CEDH⁷² une nationalité distincte de la nationalité « politique », c'est-à-dire la nationalité-citoyenneté, en admettant l'autonomie de la notion de « ressortissant ». En refusant une telle interprétation, le Cour a rejeté la création d'une nationalité de « second rang » à laquelle ne seraient rattachés aucuns droits politiques. Le concept même de « nationale » n'est pas donc pas encore directement remis en cause.

Le but de cette évolution est de tenir « dument compte à la fois des intérêts légitimes des États et de ceux des individus »⁷³. Le droit international des droits de l'homme, ainsi que les différentes conventions portant directement sur la détermination et les effets de la nationalité, vise en réalité à tempérer le principe de souveraineté des États en affaiblissant « la démarche traditionnelle fondée sur la

⁷⁰ J.-F. FLAUSS, « L'influence du droit international des droits de l'homme sur la nationalité », *in Perspectives du droit public. Etudes offertes à J.- C. Hélin*, Litec, 2004, p. 285.

⁷¹ « Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ».

⁷² « Nul ne peut être expulsé [...] du territoire de l'État dont il est le ressortissant ».

⁷³ Préambule du projet d'articles de la CDI sur la nationalité des personnes en relation avec la succession d'États, *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. II, p. 25.

prépondérance des intérêts des États, par opposition à ceux des individus »⁷⁴. Cette évolution est importante car elle traduit un certain basculement de la logique juridique qui sous-tend le droit de la nationalité et donc la relation entre le « national » et « l'étranger » : on tend à passer d'un système où l'État est au cœur de la logique juridique à un système où la protection de l'individu en tant qu'homme est privilégiée. La logique juridique cesse donc de n'être que descendante, au service de la protection des intérêts de l'État, pour prendre en compte les droits dont les personnes pourraient se prévaloir à l'encontre de l'État⁷⁵.

La notion même de nationalité est donc atteinte en droit interne car ses effets vont être transformés. Les pouvoirs de l'État en matière de nationalité doivent selon cette logique être circonscrits par l'obligation qui lui incombe d'assurer pleinement la protection des droits de l'homme. Ainsi, les différents textes relatifs à l'apatridie, à la plurinationalité ou bien encore à la lutte contre la discrimination raciale sont venus limiter les effets de la législation nationale en matière de nationalité. Il en résulte une certaine « déconstruction »⁷⁶ ou internationalisation du droit de la nationalité. L'étranger sur le territoire de l'État est donc un individu « protégé par les droits de l'homme » avant d'être un non national, ce qui transforme profondément la relation nationaux – étrangers ainsi que la relation État – étrangers. Les statuts de nationaux et étrangers sont rapprochés.

La nationalité est ainsi directement confrontée aux fondements mêmes du principe d'égalité. Si elle ne doit pas totalement disparaître face à ce principe fondamental des droits de l'homme qu'est l'égalité, elle doit néanmoins « s'effacer pour lui céder la *priorité* »⁷⁷. L'État demeure donc le seul détenteur de la souveraineté, puisque la souveraineté de l'État en matière de nationalité est encore, en droit international, le principe, mais il doit être également le premier garant des droits de l'homme. C'est pourquoi les frontières entre droits de l'homme et

⁷⁴ Projet d'articles de la CDI sur la nationalité des personnes en relation avec la succession d'États, *op. cit.* p. 25.

⁷⁵ C'est ce qu'explique M.-P. LANFRANCHI dans sa contribution « Les notions de nationalité et de citoyenneté interrogées par le droit international public », in M.-P. LANFRANCHI, O. LECUCQ, D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Nationalité et citoyenneté : perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Journée de l'UMR 6201, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 47.

⁷⁶ M.-P. LANFRANCHI, *préc. cit.*, p. 47.

⁷⁷ J.-Y. CARLIER, *préc. cit.*, p. 257.

souveraineté de l'État sont « substantiellement redéfinies »⁷⁸ pour ce qui concerne la place de la nationalité comme motif de traitement différencié.

Section 2. Le fait de rattachement en droit interne : les fondements objectifs de la nationalité

S'il ne contraint pas l'État comme le souhaiterait le droit international, le critère de l'effectivité du fait de rattachement, domine la construction du droit français de la nationalité. Malgré l'ambiguïté apparente de la conception de la nationalité, parfois rapprochée du sentiment plus que de l'appartenance, son attribution n'est pas fondée sur la vérification de l'attachement personnel de l'individu à l'État mais sur la constatation des liens objectifs qui lient cet individu à l'État dans lequel il réside. La volonté de l'individu n'est pas niée mais elle n'est qu'un indice, insuffisant à lui seul, pour révéler le rattachement ou le non rattachement de l'individu à l'État.

Ce caractère central des critères objectifs fixés par la loi apparaît tant dans le droit de l'acquisition de la nationalité (§ 2) que dans le régime relatif au cumul des nationalités (§ 1).

§ 1. Le régime du cumul de la nationalité : une conception objective de la nationalité contestée

Le droit français accepte par principe le cumul de nationalités, attestant d'une conception objective de celle-ci. Pourtant, s'il accepte que le national français possède une autre nationalité, il a refusé pendant longtemps de donner un quelconque effet juridique à ce cumul de nationalités. Cette approche est notamment perceptible dans la jurisprudence et dans le principe de primauté de nationalité du for qu'elle a longtemps privilégié. L'appréhension française de la double nationalité semble donc relever davantage de la tolérance passive que de l'acceptation positive, ce qui a conduit parfois, en circonstance de conflits notamment, à remettre en cause

⁷⁸ H. RUIZ-FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 371.

la nationalité des doubles nationaux par acquisition de la nationalité française, suspectés de manque d'allégeance envers leur État d'adoption (A).

Malgré cette acceptation en demi-teintes de la double nationalité, le juge a peu à peu modifié son approche de la question du cumul des nationalités. En adoptant à quelques occasions une approche fonctionnelle du conflit de nationalités, il a ainsi défendu en filigrane une conception plus objective de la nationalité, fondée sur un fait de rattachement que la double nationalité en soi et ses éventuels effets juridiques ne remettent pas en cause (B).

A. Une acceptation en demi-teinte de la double nationalité

Derrière le débat sur la double nationalité se trouve nécessairement celui de la conception de la nationalité. Si celle-ci est considérée comme devant être attribuée en fonction des liens objectifs rattachant un individu à l'État, rien ne s'oppose à la double nationalité. Les seuls liens objectifs requis par la loi et existant entre l'individu et l'État suffisent pour obtenir la nationalité de celui-ci, sans égard à une autre nationalité éventuelle que l'individu posséderait. En revanche, si l'on conçoit la nationalité comme « un lien absolu, exclusif »⁷⁹, la double nationalité est, dans son principe même, une anomalie juridique, une situation « contraire à la notion même de nationalité, sujétion substantielle, par nature permanente et exclusive »⁸⁰. De même, si l'on considère la nationalité comme un attachement que l'individu manifeste à l'égard de l'État, alors le rejet de la double nationalité est possible car l'attachement à une nationalité implique une préférence pour celle-ci par rapport aux autres : « en plus du rattachement, l'attachement serait requis ; en plus de l'effectivité, l'affectivité »⁸¹. Longtemps cette conception a primé en droit français avant d'être abandonnée au profit d'une indifférence envers la qualité de double national.

Sous l'Ancien Régime, l'allégeance envers le souverain que suppose la qualité de sujet ne peut être qu'exclusive. Tout sujet qui quitte le territoire et se place sous la souveraineté d'un autre perd de façon catégorique et de plein droit sa

⁷⁹ P. LOUIS-LUCAS, « Les conflits de nationalités », *Rec. Cours la Haye*, 1938, p.14.

⁸⁰ J. MAURY, « Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et juridictions françaises », in *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, LGDJ, 1950, p. 367.

⁸¹ P. LAGARDE, « La double nationalité », *Commentaire*, n° 138, 2012, p. 443.

qualité de sujet français⁸². Ce principe sera repris par le Code Napoléon qui énonce en son article 17 que le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert sur sa demande la nationalité étrangère par l'effet de la loi, perd la qualité de Français⁸³. Ce refus de la multiplicité d'appartenances explique également le recours au *jus sanguinis* comme unique critère de l'attribution de la nationalité d'origine⁸⁴. En dehors de sa portée idéologique marquant une rupture avec l'ancien droit fondé sur le rattachement territorial, cette position témoigne de la volonté de réserver la qualité de Français aux personnes dont l'appartenance exclusive à la nation était assurée par les liens de filiation.

Dans cette conception, la nationalité a en réalité conservé une dimension subjective, héritée principalement d'une vision de la nationalité comme lien d'allégeance. Au-delà du seul droit français, cette vision était également celle de la Société des Nations qui, dans le Préambule de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 sur la nationalité a déclaré qu'il était « de l'intérêt général de la communauté internationale de faire admettre par tous ses membres que tout individu devrait avoir une nationalité et n'en posséder qu'une seule » et qu'il fallait donc supprimer les cas d'apatridie mais aussi ceux de double nationalité⁸⁵. Cette proposition est alors principalement guidée par la crainte que la double allégeance ne provoque, dans certaines circonstances, des conflits de loyauté.

L'une des principales manifestations de cette crainte en droit français de la nationalité a été matérialisée par les lois du 7 avril 1915 et du 18 juin 1917 qui avaient pour objet d'autoriser le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets des puissances alors en guerre avec la France. Directement liée à la situation de guerre, cette législation ne devait s'appliquer qu'aux naturalisés qui avaient été ressortissants d'un État en conflit avec la France.

⁸² Nous citerons en ce sens l'Édit d'août 1669 portant défense, sous peine de confiscation de corps et de biens, de prendre du service ou de s'habituer à l'étranger, reproduit in ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Tome 18, p. 366.

⁸³ Code Napoléon, Livre Premier, Titre 1^{er}, Chapitre 2, Section 1^{ère} « De la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français » : « La qualité de Français se perdra : 1^o par la naturalisation acquise en pays étranger [...] », Édition originale et seule officielle, 1805, p. 5.

⁸⁴ Sur ce point, v. cette partie, Titre 1, chapitre 1, p. 12 et suiv.

⁸⁵ Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, La Haye, 12 avril 1930, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, vol. 179, p. 89.

Ces lois visaient principalement les naturalisés ayant conservé leur nationalité d'origine, l'article 2 de la loi du 18 juin 1917 disposant que « sera réputé avoir conservé sa nationalité d'origine » le naturalisé qui « depuis sa naturalisation, aura, dans son pays d'origine, soit fait un ou plusieurs séjours soit acquis des propriétés, soit participé à des entreprises agricoles, financières, [...] soit possédé un domicile ou une résidence durable ». Ces présomptions ont pour but de révéler une certaine « persistance de son attachement à ce pays », persistance contraire à la signification de la naturalisation qui suppose un abandon de l'attachement à l'État d'origine et une loyauté exclusive envers son nouvel État de rattachement. Ces lois sont donc fondées sur une appréhension particulière du national et de l'étranger : le double national conserve, derrière la nationalité acquise, un caractère intrinsèquement étranger qui, en cas de potentiel conflit de loyautés, le rend suspect. Elles ont ainsi fait naître la figure particulière du « sujet ennemi »⁸⁶, un « national-étranger » suspect de manque de loyauté envers son État d'adoption et dont le statut juridique est par conséquent rendu incertain⁸⁷.

Les débats parlementaires précédant le vote de ces lois tend à confirmer cette approche. Dans son rapport au nom de la Commission de la réforme judiciaire et de la législation, le député Maurice Bernard affirme que ces dispositions ont pour but de donner au gouvernement les moyens « d'arracher le masque » des naturalisés car parmi eux, si certains sont fidèles à la France, d'autres sont « de mauvais Français » qui, ayant conservé leur nationalité d'origine, sont en réalité des « étrangers déguisés »⁸⁸.

Cette approche de la double nationalité, guidée principalement par le contexte de guerre, n'est plus celle du droit positif. Si ces précédents s'attachaient à une conception subjective de la nationalité supposant un attachement et un rattachement exclusif, le droit positif adopte au contraire une approche objective en matière de double nationalité.

⁸⁶ Expression utilisée par le Pr. Jean-Jacques Bienvenu dans sa présentation lors des Journées d'études « Le droit public et la Première Guerre mondiale » organisées par l'Institut Michel Villey et le Centre Cultures du droit public le 6 mars 2015, Université Panthéon-Assas Paris II.

⁸⁷ Pour une étude détaillée de cette législation de la nationalité pendant la Première Guerre mondiale v. G. LÉGIER, « La législation relative à la nationalité française durant la Première Guerre mondiale », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 751.

⁸⁸ Rapport du 19 janvier 1915, Chambre des députés, documents parlementaires, annexe n° 526, *J.O.* du 9 février 1915, p. 42 et suiv.

Celle-ci peut découler tant des règles d'attribution de la nationalité par la naissance que de celles de son acquisition. Le premier cas apparaît aujourd'hui comme inévitable. Il est tout d'abord lié à la reconnaissance de la filiation maternelle comme vecteur d'acquisition de la nationalité. Dans les cas où les parents étaient de nationalité différente, l'unicité de la nationalité de l'enfant était acquise grâce à la règle selon laquelle les enfants prennent la nationalité de leur père, sauf s'ils sont illégitimes auquel cas ils prennent la nationalité de leur mère. Depuis la loi de 1973⁸⁹, la nationalité se transmet par la filiation maternelle dans les mêmes conditions que la filiation paternelle. L'enfant dont les parents ont une nationalité différente aura donc deux nationalités par la naissance. La double nationalité en raison de la filiation est donc une conséquence juridique incontournable. Elle est également liée en partie à la détermination souveraine des critères d'acquisition de la nationalité par l'État. La combinaison des législations relatives à la nationalité de naissance entraîne une multiplication des cas de double nationalité : si un État utilise le critère de la filiation, selon le critère du *jus sanguinis*, et l'autre celui de la naissance sur le territoire, selon le critère du *jus soli*, l'enfant ayant la nationalité du premier mais naissant sur le sol du second aura de droit deux nationalités par la naissance.

Les modifications successives des règles posées par le Code civil en matière de nationalité d'origine ont constamment accru l'indifférence du droit envers les nationalités étrangères dont peuvent être dotés certains Français. Fondé sur une logique de socialisation et d'intégration des populations immigrées à la nation, il révèle la volonté de l'État d'adapter ses lois pour permettre un accès plus large à la nationalité française et ainsi conserver l'unité de la communauté étatique. Or, cette ouverture n'a jamais été accompagnée de l'exigence d'un abandon ou de la perte de la nationalité étrangère d'origine. La réforme portée par les lois des 22 et 29 janvier 1851 et posant le *jus soli* comme source de la nationalité d'origine pour les enfants nés en France de parents étrangers eux-mêmes nés en France ne s'est accompagnée d'aucune exigence relative à la nationalité étrangère possédée nécessairement par les individus concernés.

⁸⁹ 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, *J.O.* du 10 janvier 1973, p. 467.

Cependant, le fait que le droit français ne cherche pas à limiter ces cas n'est pas particulièrement révélateur d'une conception précise de la nationalité, si ce n'est celle du caractère souverain de sa détermination. En effet, une telle limitation nécessiterait la négociation d'un traité international et non une modification de la seule législation nationale. Cet accord entre États viserait ainsi une coordination des règles d'attribution de la nationalité afin d'éviter les cas de double attribution qui sont en réalité la rencontre de deux souverainetés.

C'est en réalité sur les cas de double nationalité qui font suite à l'acquisition d'une nouvelle nationalité que se concentrent les débats actuels et à travers laquelle se révèle la conception de la nationalité adoptée par le droit français. Ces acquisitions étant le plus souvent volontaires, la question se pose de savoir si l'on doit faire perdre sa nationalité à celui qui en acquiert une nouvelle.

Le droit français de la nationalité n'a jamais subordonné l'acquisition de la nationalité par un étranger à l'absence, la perte ou l'abandon de sa nationalité d'origine. De manière constante depuis 1804, les descendants d'étrangers nés en France où ils résidaient encore à leur majorité, l'étrangère qui épousait un Français, l'ancien Français qui demandait sa réintégration ou encore l'étranger qui demandait sa naturalisation pouvaient devenir Français, ou le redevenir, sans qu'il soit tenu compte de leur éventuelle nationalité étrangère qui pouvait donc être conservée. Les dispositions relatives à l'acquisition de la nationalité ne la fondent ainsi à aucun moment sur une condition d'exclusivité de la nationalité française, mais elles ne mentionnent pas non plus explicitement l'acceptation de la double nationalité éventuelle du nouveau Français. Il s'agit donc plus d'une indifférence envers les nationalités étrangères que d'une véritable acceptation de celles-ci.

La jurisprudence permet de confirmer cette approche. Les juges ne sont jamais saisis à titre principal de cas de double nationalité mais ils en connaissent à titre incident et parce que l'on invoque devant eux certains effets qui s'attachent aux deux nationalités d'une même personne. Lorsque ces effets sont inconciliables, le juge est contraint de choisir entre ces effets, donc de trancher avant toute chose le conflit de nationalités en écartant l'une des deux. Ce choix étant nécessaire, écarter une nationalité n'implique pas nécessairement une hostilité envers le statut de double national : il ne fait que répondre à une nécessité technique découlant de l'impossibilité d'appliquer deux corps de règles différents à une même question de

statut personnel. En revanche, la méthode employée par le juge pour choisir entre ces deux nationalités est, quant à elle, révélatrice de la conception de la nationalité adoptée.

Par principe, les modalités du choix diffèrent selon que les nationalités en conflit sont toutes deux étrangères ou que celle du for est concernée. Dans la première hypothèse, la jurisprudence a donné préférence, sur le modèle du droit international, à la plus effective. En revanche, en vertu du principe dit de primauté de la nationalité du for, il est de jurisprudence constante que lorsque l'une des nationalités en cause est la nationalité française, le juge fait prévaloir la législation française en ne considérant le double national que comme ressortissant français, sans qu'il soit tenu compte de la possession d'une autre nationalité⁹⁰.

La première méthode, fondée sur l'effectivité, témoigne de ce que le droit établit une certaine égalité *a priori* des nationalités étrangères. Le juge tranchera ensuite en fonction de la qualité et de la réalité du lien qui unit l'individu à son État afin de déterminer le droit qui lui sera applicable. La seconde méthode, quant à elle, donne la préférence à la qualité de français et manifeste donc l'inégalité de principe établie par le droit entre la nationalité française et les autres. Cette inégalité est en quelque sorte naturelle comme en témoigne l'absence de justification de sa position par le juge qui, dans ses arrêts, ne fait que rappeler le principe sans jamais le justifier. Il estime simplement que « le juge français doit faire prévaloir la nationalité française sans égard à aucune autre »⁹¹.

La rupture qui existe entre l'appréhension des nationalités étrangères et celle de la nationalité française semble pouvoir s'expliquer tout d'abord par la rigueur de la norme d'unicité de la nationalité française s'appliquant aux Français. En effet, une fois cette qualité reconnue, elle « forme avec ses conséquences un bloc indissociable »⁹². Mais elle peut s'expliquer aussi par la volonté d'établir une fiction

⁹⁰ Nous citerons par exemple : Civ. 1^{re}, 13 oct. 1992, *Camara*, n° 90-19.903, *D.* 1993, p. 85, note P. Courbe; *ibid.* p. 351, obs. B. Audit; *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 41, note P. Lagarde ; Civ. 1^{re}, 17 mai 1993, n° 91- 12.750, *D.*, 1993 p. 349, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP*, 1993 p. 684, note P. Courbe ; *JDI*, 1994, p. 915, note Y. Lequette ; Civ. 1^{re}, 9 nov. 1993, *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 644, note E. Kerckove ; Civ. 1^{re}, 3 juin 1998, n° 96-11.206, *D.* 1998, p. 160 ; *JDI*, 1999, p. 739, note Y. Lequette ; Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 97-12.401, *Bull. civ.* I, n° 101.

⁹¹ Civ. 1^{re}, 17 juin 1968, *KASAPYAN*, *Bull. civ.* I, n° 176, p. 133 ; *Rev. Crit. DIP*, 1969, p. 59, note H. BATTIFOL.

⁹² G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, « Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 145.

d'exclusivité⁹³ : si elle n'empêche pas la double nationalité, elle la prive d'effets en droit interne. En effet, adopter une position telle que celle appliquée en cas de conflits de nationalités étrangères revient à reconnaître le fait qu'une même personne peut-être national Français à certains égards et national d'un autre État à d'autres. Or, la nationalité française étant fondée avant tout sur la socialisation, sur l'intégration progressive dans la communauté nationale⁹⁴, elle ne saurait reconnaître que l'individu a conservé avec un autre État des liens suffisamment étroits pour être reconnu également comme son national. Il y a donc, dans cette position jurisprudentielle, une part de subjectivisation de la notion de nationalité.

Le principe de primauté de la nationalité du for défend avant tout une conception objective de la nationalité en ce qu'elle en fait une prérogative de l'État souverain, mais elle en révèle aussi la dimension horizontale plus subjective, liée à la notion d'appartenance non plus seulement à l'État mais également à la communauté nationale. La volonté de l'individu importe peu : son sentiment d'attachement à un autre État par exemple ne semble pas être explicitement pris en compte, mais son rattachement à la France ne peut être qu'exclusif : pour la France, celui qui acquiert la nationalité française n'est désormais que Français.

Ainsi, il semble que le droit français ne prend pas en compte positivement la double nationalité lorsqu'elle implique la nationalité française, il l'ignore en refusant de considérer la diversité des ses effets. S'il ne refuse pas d'admettre la qualité de double national, il refuse d'en tirer les conséquences juridiques éventuelles.

B. L'approche fonctionnelle du conflit de nationalités

L'approche fonctionnelle du conflit de nationalités adoptée à de rares occasions par le juge démontre une volonté de ce dernier d'affirmer une conception objective de la nationalité (1). Cette jurisprudence en matière de double nationalité semble cependant être concurrencée dans son esprit par le législateur (2).

⁹³ En cela, le droit français s'oppose au droit allemand tel qu'il existait jusqu'en 2014. En effet, ce dernier se fondait également sur l'exclusivité de la nationalité allemande mais il donnait à cet élément une réalité juridique en conditionnant l'acquisition de la nationalité à la perte de la nationalité d'origine. Sur ce point v. par exemple A. KELES, « Résurgence en Allemagne de l'éternel débat sur la double nationalité depuis l'entrée en vigueur du mécanisme d'option pour une seule nationalité », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 4 avril 2013.

⁹⁴ Sur ce point v. cette partie, Titre 1, chapitre 1.

1. Une approche jurisprudentielle défendant une conception purement objective de la nationalité

Malgré la position de principe faisant primer la nationalité du for, la jurisprudence tend à admettre quelques timides évolutions manifestement influencées par l'approche des juridictions internationales.

Dans un arrêt *Dujaque* du 22 juillet 1987⁹⁵, la Cour de cassation a adopté une approche dite « fonctionnelle » du conflit de nationalités. Faisant application de la Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, à la compétence et l'*exequatur* dans le droit des personnes et de la famille, le juge de cassation estima que « l'esprit de la Convention étant de régler l'ensemble des rapports juridiques de caractère international en matière de droit des personnes et de droit de famille, il convient de la faire jouer dès lors que le litige concerne des personnes qui ont la nationalité polonaise même si elles ont aussi la nationalité française ». Cette référence de la Cour de cassation à « l'esprit » de la Convention fait ainsi entrer la solution du conflit de nationalité dans une étude au cas par cas, en fonction de l'instrument juridique invoqué. Il ne s'agit pas pour le juge, en l'espèce, de suivre un principe général abstrait de règlement d'un conflit de nationalités impliquant la nationalité française mais de se référer à la fonction du critère de nationalité en l'espèce.

Le juge, selon l'approche de principe, aurait du ignorer la nationalité polonaise des parties en cause. En la prenant en compte, il fait entrer le conflit d'espèce dans les relations internationales franco-polonaises et donc dans le cadre de la Convention précitée qui va devoir être prise en compte pour régler le différend. Celui-ci ne relève donc plus du droit interne mais des règles spécifiques appelées à régir la relation de droit international privé entre la France et la Pologne. Une telle décision semble ainsi marquer une volonté du juge de prendre en compte les effets de la double nationalité. Fondée sur une conception purement objective de la nationalité, elle ne suppose aucune exclusivité dans l'appartenance ou le rattachement.

⁹⁵ Civ. 1^{re}, 22 juillet 1987, *Dujaque*, n° 85-15947, *Bull. civ.*, I n° 252, p. 183. Pour une étude détaillée de cet arrêt et de ses conséquences v. P. LAGARDE, « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos de l'arrêt *Dujaque* de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 22 juillet 1987) », *Rev. crit. DIP*, 1988, p. 29-54.

Trois ans après l'arrêt *Dujaque* et alors qu'on pensait peut-être attribuer à cet arrêt « une importance que l'avenir pourrait ne pas confirmer »⁹⁶, le juge est allé plus loin dans l'approche objective. Dans un jugement du 27 septembre 1990⁹⁷, il a ainsi reconnu le caractère exécutoire d'un jugement de répudiation intervenu au Maroc entre deux époux qui possédaient à la fois la nationalité française et la nationalité marocaine, sans prendre en compte la possession de la nationalité française par les concernés. Dans ce cas, la Convention bilatérale entre la France et le Maroc, ne sert pas de fondement à la résolution du conflit de nationalités comme ce fut le cas dans l'arrêt *Dujaque*. Le juge ne la prend en compte que pour fonder l'effet juridique en France de l'acte pris sur le fondement du droit marocain de la famille et constatant la dissolution du mariage. Il constate que les deux époux « ont acquis la nationalité française sans pour autant, au plan de la nationalité, rompre le lien d'allégeance les unissant au Royaume du Maroc » mais il n'en tire aucune conséquence quant à la résolution du conflit : le juge raisonne ensuite comme si les deux époux étaient uniquement de nationalité marocaine et donnent effet en France à la répudiation.

Si ces deux décisions sont restées assez isolées, la jurisprudence postérieure ayant majoritairement repris le principe de primauté de nationalité du for⁹⁸, une jurisprudence récente de la Cour de cassation laisse entrevoir un certain retour à l'approche des décisions de 1987 et 1990.

Dans un arrêt du 23 février 2011⁹⁹, elle a considéré qu'un ressortissant français ayant acquis la nationalité française par naturalisation tout en conservant la nationalité marocaine avait « pu légitimement souhaiter divorcer devant les juridictions marocaines » de sorte que la décision rendue par la juridiction marocaine, en tant qu'elle ne constatait pas une répudiation unilatérale contraire à l'ordre public, pouvait être retranscrite sur les registres d'État-civil et donc produire

⁹⁶ P. LAGARDE, article précité, p. 54.

⁹⁷ TGI Paris, 27 septembre 1990, *Naji Abdelmjid c/ Fadil Touria*, *Rev. crit. DIP*, vol. 81, 1992, p. 91-108, note Y. LEQUETTE. Certes, un jugement de Tribunal de grande instance n'a pas l'autorité d'un arrêt de la Cour de cassation, mais il permet de mieux saisir la tendance jurisprudentielle et les possibles orientations choisies par le juge.

⁹⁸ Le juge est en effet revenu presque aussitôt à la jurisprudence antérieure de primauté de la nationalité du for comme en témoignent les arrêts cités *supra* et qui sont tous postérieurs à l'arrêt *Dujaque*.

⁹⁹ civ. 1re, 23 février 2011, n°10-14.760, *Bull. civ.*, 2011, I, n° 34 ; *AJ Famille*, 2011, p. 210, note A. BOICHÉ.

un effet juridique en droit interne. La décision de la Cour reconnaît donc l'*exequatur* d'une décision étrangère sans égard à la nationalité française de l'intéressé, nationalité que celui-ci, suivant l'appréciation de la Cour, a consciemment et « légitimement » décidé d'écarter en faisant appel à la juridiction de son autre État de rattachement pour la résolution du litige.

En dehors des questions de droit international qu'elle soulève¹⁰⁰, notamment celle de l'effectivité des traités bilatéraux, cette jurisprudence permet de déterminer la conception de la nationalité envisagée par le juge. Ce dernier semble ainsi adopter une définition de la nationalité totalement objective, détachée de la volonté des individus et des éventuels rapports affectifs qu'ils entretiennent avec elle. Il se contente de constater et de donner un effet juridique au choix qu'ont fait les individus de résoudre leur litige selon le droit de l'État de leur autre nationalité.

Si la primauté de la nationalité du for est fondée sur une conception objective de la nationalité comme émanation de la souveraineté de l'État mais ne pouvant être qu'exclusive, l'approche adoptée par ces deux arrêts va plus loin : en reconnaissant la double nationalité et ses effets, elle suppose que le national français peut également être reconnu comme national d'un autre État et s'en prévaloir, sans pour autant que soit remise en cause sa qualité de Français. Il ne s'agit donc plus de tolérer de façon négative la double nationalité en la niant à travers une fiction d'exclusivité mais de la reconnaître et de l'accepter positivement en lui permettant de produire des effets juridiques. La nationalité, dans cette conception du juge judiciaire, n'est donc plus un lien d'allégeance exclusif. La tolérance française pour la double nationalité, manifestée par le droit de l'acquisition de la nationalité qui n'exige pas le renoncement à la nationalité d'origine, gagne ainsi davantage en substance et en réalité.

Pourtant, parce qu'elle reconnaît le caractère exécutoire à des règles étrangères dont l'application est sollicitée par une personne possédant également la nationalité française, cette position jurisprudentielle, encore assez isolée, a été attaquée comme

¹⁰⁰ Pour une étude de ces enjeux v. notamment P. LAGARDE, « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalité », précité ; Y. LEQUETTE, « De l'approche fonctionnelle des conflits de nationalités dans un cas de répudiation entre époux franco-marocains. (Tribunal de grande instance de Paris. (1^{re} Ch., ch. des urg.), 27 septembre 1990, *Naji Abdelmjid c. Fadil Touria*), Rev. crit. DIP, 1992, p. 91 ; ou encore M. VERWILGHEN, « Conflits de nationalité - Plurinationalité et apatrie », *Rec. cours La Haye*, vol. 277, 1999, p. 9-484.

facteur de rupture de l'unité de la nationalité¹⁰¹ en tant qu'elle « méconnaît [en outre] totalement les impératifs de préservation de l'identité nationale qu'a en charge le droit de la nationalité ». Ainsi, cette méthode de résolution du conflit de nationalité, en plus du défaut de sécurité juridique qu'elle pourrait entraîner¹⁰², remettrait en cause le caractère unitaire de la notion de nationalité et en ferait un concept destiné à s'adapter aux intérêts variables de ses détenteurs en fonction de l'objectif qui lui est assigné et donc sans substance propre.

La critique adressée à cette jurisprudence semble guidée par une conception subjective de la nationalité, fondée sur la volonté d'appartenance. Parce qu'il a souhaité résoudre son litige selon les règles de son État national d'origine, le binational s'est éloigné de la nationalité française et a manifesté un manque de rattachement, voire d'attachement, à celle-ci : si l'individu revendique une autre appartenance, peut-il encore manifester son appartenance à la nationalité française ?

Cette position, fondée sur une conception de la nationalité comme lien d'allégeance, suppose un attachement exclusif et une volonté d'appartenance de la part du national manifestée notamment par son comportement : c'est pourquoi elle tend à s'appliquer « spécialement lorsque la nationalité française ne leur a pas été imposée mais qu'ils l'ont sollicitée »¹⁰³. Dans cette perspective, le bi-national, Français par acquisition, se doit de prouver son attachement à la nationalité française là où il est présumé pour ceux qui sont nationaux français de naissance.

Certains auteurs ont ainsi pu affirmer que cette jurisprudence porte politiquement « en elle la négation même de la notion de nationalité » en tant qu'elle donne aux doubles nationaux « le sentiment qu'ils peuvent au regard de la société française se comporter, à leur convenance, comme des Français ou comme des étrangers », les encourageant à « jouer sur les deux tableaux, à user à leur gré en fonction de leur intérêt immédiat et sans se préoccuper de l'identité de la société dans laquelle ils résident, des facilités que leur donne leur double appartenance »¹⁰⁴.

¹⁰¹ En ce sens v. notamment Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales », *Rec. Cours La Haye*, T. 246, 1994, p. 9-234, spécialement p. 121-135.

¹⁰² Ceci notamment parce qu'elle fait dépendre la résolution du conflit de l'appréciation portée par le juge sur la Convention internationale concernée.

¹⁰³ Y. LEQUETTE, « De l'approche fonctionnelle des conflits de nationalité dans un cas de répudiation entre époux franco-marocains », précité, point n° 14.

¹⁰⁴ *Ibid.*

Tout d'abord, considérer que le juge a rompu l'unité de la nationalité et à travers elle l'unité de la nation en tant que communauté culturelle en donnant un effet juridique à des actes inconnus en droit français semble découler d'un déplacement de la question soulevée par cette jurisprudence. Sur ce point, celle-ci semble davantage poser la question de la position du juge vis-à-vis des règles étrangères auxquelles il estime devoir attribuer un effet juridique en droit interne que celle du contenu de la nationalité. Le cas de la répudiation, en cause dans les arrêts de 1990 et 2011, est un bon exemple. De jurisprudence constante, cette procédure est considérée par le juge comme contraire à l'ordre public international si elle ne respecte pas le principe de l'égalité homme-femme¹⁰⁵. C'est pourquoi, dans les jurisprudences que nous avons citées, le juge prend le soin de préciser, malgré le caractère assez elliptique de l'attendu concernant la question de la nationalité elle-même, que la procédure de répudiation suivie a protégé les droits de l'épouse, s'est déroulée en présence des deux époux ayant manifesté la volonté de mettre fin à leur mariage et respecté les volontés de chacun d'entre eux. C'est pourquoi elle peut-être assimilée à une procédure de divorce telle que l'organise le droit français.

Il semble donc que les interrogations que soulève cette jurisprudence quant à l'acte juridique reconnu comme ayant caractère exécutoire en droit interne sont davantage celles des règles de droit étranger que le juge accepte de reconnaître et auxquelles il accepte de donner effet, en-dehors de la question de la nationalité. En effet, si la répudiation, suivant les conditions mentionnées par le juge, peut-être reconnue pour un étranger de nationalité marocaine, pourquoi ne le serait-elle pas pour un français possédant également la nationalité marocaine ? Et si l'on refuse cette reconnaissance pour des raisons d'ordre public, pourquoi ne la refuser que pour le binational et non pour celui qui vit sur le territoire de l'État et qui, s'il n'en possède pas la nationalité, doit en respecter l'ordre public ? Juger que cette jurisprudence porte atteinte à l'unité culturelle de la nationalité semble donc revenir à contester les actes auxquels il donne le caractère exécutoire, en tant qu'ils rattachent à la nationalité des effets qui ne sont pas ceux que le

¹⁰⁵ Deux arrêts de la Cour de cassation du 17 février 2004 (pourvois n^{os} 01-11.549 et 02-11.618) affirment ainsi le principe suivant : « une décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du Protocole du 22 novembre 1984, n^o VII, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ».

droit interne lui assigne et qui sont considérés comme contraires à l'identité culturelle qu'elle renferme et défend.

Cette conception semble donc en réalité confondre la nationalité comme rattachement et la nationalité comme identité. En effet, l'appartenance juridique peut être multiple : il peut y avoir un rattachement à la France de même que, selon la loi d'un autre État, il y a rattachement à lui. En revanche, la nationalité comme identité suppose l'adoption d'un comportement caractéristique d'un attachement à l'État auquel l'on appartient et à la communauté à laquelle l'on doit s'identifier. Cette dernière conception suppose que l'État peut avoir reconnu comme son national un individu qui en réalité ne l'est pas car il ne manifeste pas son attachement exclusif à celui-ci. Le glissement de l'appartenance à l'identité s'opère ainsi lorsque l'individu et sa volonté sont placés au cœur de la détermination de la nationalité. Or, par la jurisprudence citée, le juge ne met précisément pas l'individu au cœur de la détermination de la nationalité. Il adopte une conception objective du conflit de nationalités, donc de la nationalité elle-même, qui ne remet nullement en cause les modalités de détermination de celle-ci. La nationalité reste dépendante du lien de rattachement que la loi considère comme une condition d'acquisition de la nationalité, en-dehors de la volonté de l'individu.

En contestant cette approche, la volonté est en réalité de mettre l'individu au cœur de la nationalité et de faire de celle-ci une identité définitive de laquelle l'individu ne peut s'éloigner. Or, lorsqu'ils choisissent de faire appel à leur double nationalité pour obtenir une solution plus favorable à leur litige, les double nationaux, dans cette conception, se mettent en position d'étranger, créant une discrimination avec les français non bi-nationaux qui eux n'ont pas le choix de la loi qui s'applique à eux. Le fait d'être étranger ou national dépend alors de la volonté, du choix, de l'individu : son positionnement vis-à-vis de sa nationalité en détermine la substance.

Pourtant, dans une conception objective de la nationalité, telle que celle adoptée par le juge, l'attitude de l'individu vis-à-vis de sa nationalité ne détermine en rien celle-ci car seul l'État détermine souverainement la nationalité de l'individu en le reconnaissant ou non comme son national. C'est probablement en raison de cette approche que le juge français n'a pas adopté la position proposée par une partie de la doctrine, à savoir celle du

choix de la « nationalité effective », défendue par le droit international¹⁰⁶. En effet, adopter cette position reviendrait à porter une appréciation sur le choix souverain de l'État dans la détermination de ses nationaux et à priver d'effets pour « non effectivité » une nationalité accordée en vertu de cette souveraineté.

Cette remise en cause de la conception de la double nationalité adoptée par le juge est donc révélatrice d'une conception de la nationalité qui exige de l'étranger qu'il montre sa volonté de s'intégrer et d'adhérer à la communauté nationale, notamment en lui demandant de renoncer à son appartenance d'origine. Or, cette conception tend à s'affirmer en droit positif, notamment à travers la réforme opérée par la loi du 16 juin 2011 qui a fait entrer dans les débats législatifs actuels la question de la double nationalité, jusqu'alors principalement débattue dans le cadre des conflits positifs ou négatifs de nationalité, donc du contentieux de droit international privé.

2. Une jurisprudence concurrencée dans son esprit par le législateur

En dehors des enjeux contentieux exposés, la question de la double nationalité ne posait réellement de questions en droit interne que vis-à-vis de la femme mariée et de l'obligation militaire. Ce dernier enjeu ayant disparu avec la loi de 1997¹⁰⁷ mettant fin au service national obligatoire, la question de la double nationalité ne semblait guère plus intéresser le législateur. Ce n'est qu'à l'occasion des débats relatifs à la loi du 16 juin 2011 que la question de la double nationalité a de nouveau fait l'objet de questionnements.

Créé à l'initiative de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, le nouvel article 21-27-1 du Code civil dispose que « lors de son acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique ou par déclaration, l'intéressé indique à l'autorité compétente la ou les nationalités qu'il possède déjà, la ou les nationalités qu'il conserve en plus de la nationalité française ainsi que la ou les nationalités auxquelles il entend renoncer ». Si, pour le rapporteur du projet, l'objectif n'était pas de remettre en

¹⁰⁶ En ce sens v. B. AUDIT « Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n°2, Avril-juin 1998, Etude de droit contemporain [Contributions françaises au 15ème Congrès international de droit comparé (Bristol, 26 juillet-1er août 1988)], p. 421-448.

¹⁰⁷ Loi n°97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national, *J.O.* du 8 novembre 1997 p. 16251.

cause la double nationalité¹⁰⁸ mais de donner aux autorités publiques la possibilité de mieux appréhender les questions de pluri-nationalités, le sens à donner à cette nouvelle disposition reste ambigu.

La préoccupation de mieux connaître l'état des personnes peut en effet paraître légitime dans la mesure où les difficultés engendrées par la pluri-nationalités sont réelles et régulièrement mises en avant par le droit international¹⁰⁹. De plus, la loi ne pose aucune obligation de renonciation ou de choix, ce qui semble confirmer le caractère purement informatif du nouveau dispositif établi par la loi. Ainsi, le rapporteur du projet au Sénat a pris soin de préciser que cette obligation d'information n'a « pas de valeur contraignante, puisqu'elle ne reçoit aucune sanction » et que « les réponses fournies par l'intéressé ne le lient pas pour l'avenir », elle n'ont pour objectif que de fournir « des données statistiques sur les nationalités des ressortissants français »¹¹⁰.

Pourtant, l'obligation de déclaration rompt tout d'abord en partie avec la tradition française de double nationalité qui n'a jamais fait de la renonciation à sa nationalité d'origine une condition de l'acquisition de la nationalité française : seuls comptent les critères d'acquisition de la nationalité et le fait de rattachement qu'ils visent à révéler. Par ailleurs, le nouvel article ainsi rédigé laisse penser que l'individu est maître de sa nationalité, ce qui n'est pas le cas. En effet, seule la loi de l'État dont il est ressortissant peut déterminer si et dans quelle conditions il peut conserver ou abandonner sa nationalité. Il arrive ainsi que l'abandon soit impossible sauf autorisation accordée très

¹⁰⁸ T. MARIANI, *Rapport n° 2814 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, XIIIe législature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 septembre 2010, p. 125. Il est ainsi précisé dans le rapport que « l'objectif n'est nullement de remettre en cause la possibilité pour nos concitoyens de posséder plusieurs nationalités, ni même d'imposer une nouvelle condition légale à l'acquisition de la nationalité. Il s'agit simplement de donner aux autorités publiques les moyens de mieux appréhender le phénomène des pluri-nationalités ».

¹⁰⁹ La Convention du Conseil de l'Europe du 6 mai 1963 sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralités de nationalités le montre. Celle-ci considère dans son Préambule que « le cumul de nationalités est une source de difficultés et qu'une action commune en vue de réduire, autant que possible [...] les cas de pluralité de nationalités répond au but poursuivi par le Conseil de l'Europe ».

¹¹⁰ F.-N. BUFFET, *Rapport n° 239, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, enregistré à la Présidence du Sénat le 29 janvier 2011, p. 52.

exceptionnellement par décret, comme c'est le cas en Algérie¹¹¹ ou au Maroc¹¹² où l'allégeance est perpétuelle. Enfin, cette disposition ne s'applique qu'aux personnes ayant acquis la nationalité, non à celle qui la détiennent de droit par la naissance. Par conséquent, l'objectif statistique avancé semble fossé dans la mesure où la double nationalité peut découler aussi bien des règles d'attribution de la nationalité à la naissance que de celles encadrant son acquisition par déclaration ou décision de l'autorité publique. En centrant cette exigence sur les nationaux ayant acquis la nationalité, le texte traduit les attentes d'un législateur qui, au-delà des critères objectifs de socialisation, ou « d'assimilation » selon les termes de la loi, exige de l'étranger qu'il montre sa volonté d'appartenir à la communauté nationale et ce de façon exclusive¹¹³. Les discussions auxquelles cette modification du Code civil a donné lieu tendent à révéler cette dimension sous-jacente du texte.

L'idée que le double national est un potentiel étranger de fait par le lien qu'il conserve avec l'autre État dont il possède la nationalité, présente notamment dans la législation de 1917 précédemment étudiée, semble en effet ne pas avoir totalement disparu. Lors des débats parlementaires relatifs à la question, il est ainsi mis en avant le fait que « les situations internationales peuvent évoluer. Deux nations peuvent avoir des intérêts divergents ; la double nationalité peut alors se trouver en porte-à-faux. » et il est donc « souhaitable que la France, comme les autres pays, sache si quelqu'un est partagé entre un pays qui est en conflit avec la France, alors même qu'il a acquis la nationalité française. ». Il est également affirmé qu'il n'est pas « si abominable de devoir déclarer ses nationalités à moins d'avoir à dissimuler des faits répréhensibles ou une insincérité dans son désir d'obtenir la nationalité française »¹¹⁴. Le double national semble apparaître, dans cette perspective, comme un potentiel ennemi de l'intérieur dont il convient de connaître la situation avant un éventuel conflit. L'idée d'allégeance reste donc un élément clé de la nationalité.

Si ce dispositif, tout comme la jurisprudence de la cour de cassation en faveur d'une approche objective de la nationalité, ne bouleversent pas le droit de la nationalité

¹¹¹ Article 18 du Chapitre IV du Code de la nationalité algérienne.

¹¹² Article 19 du Code de la nationalité marocaine.

¹¹³ En ce sens v. H. FULCHIRON, "La nationalité française entre identité et appartenance (réflexions sur la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité)", *D.*, 2011, p. 1915.

¹¹⁴ Compte rendu des débats, deuxième séance du mercredi 29 septembre 2010, Assemblée nationale, XIIIe législature, Deuxième session extraordinaire de 2009-2010.

en ce qu'ils ne modifient pas les critères de son acquisition, leur cohabitation traduit la tension permanente qui existe en droit français entre la conception objective de la nationalité fondée sur le fait de rattachement identifié selon les critères de la loi et en-dehors de la volonté de l'individu, et la conception subjective qui place au cœur de la nationalité la volonté d'appartenance et l'adoption des éléments d'identité qu'elle représente.

Cette tension permanente est également présente dans les règles d'acquisition de la nationalité posées par le droit positif.

§ 2. Le régime de l'acquisition de la nationalité : des critères objectifs discutés

En 1803, la France met en place le droit moderne de la nationalité et institue la nationalité *iure sanguinis*, celle-ci se transmettant désormais par filiation paternelle comme un droit de la personne. Puis, en 1889, elle ajoute à la nationalité par filiation une nationalité par droit du sol qui devait permettre d'intégrer à la communauté nationale les enfants et petit-enfants d'immigrés. Cette réforme marque l'avènement de la conception républicaine de la nationalité française fondée non sur la seule hérédité mais également sur la socialisation¹¹⁵. Le droit positif de la nationalité est aujourd'hui fondé sur cette idée : le fait social de rattachement, la socialisation, est un élément central du droit de la nationalité. Ceci est perceptible tant dans les dispositions relatives au droit du sol que dans celles relatives au mariage et à la naturalisation (A). Cependant, s'ils sont au cœur du droit français de la nationalité, les critères objectifs de rattachement sont aujourd'hui contestés en ce qu'ils ne permettraient plus de faire coïncider nationaux *de fait* et nationaux *de droit* (B).

A. National par la naissance, par décision de l'autorité publique et par l'alliance : la spécificité française d'une nationalité fondée sur la socialisation

L'acquisition de la nationalité par la naissance (1), les critères objectifs de la naturalisation (2) ainsi que l'acquisition de la nationalité par le mariage (3) attestent

¹¹⁵ Sur ce point v. Titre 1, chapitre 1, section 1.

de la spécificité française d'un droit de la nationalité fondé avant tout sur la socialisation.

1. Français par la naissance : la spécificité française de combinaison de la filiation et du droit du sol

La naissance est le premier lien objectif entraînant l'attribution de la nationalité d'origine. Les deux modes principaux de son acquisition sont le lieu de naissance et la filiation. Le premier, qualifié de *jus soli*, accorde la nationalité à celui qui est né sur un territoire sur lequel l'État exerce sa souveraineté ; le second, qualifié de *jus sanguinis*, l'accorde en fonction de la nationalité d'un ou des parents, donc par filiation.

Si population et territoire correspondaient parfaitement, attribuer la nationalité sur le fondement du *jus sanguinis* ou du *jus soli* ne ferait aucune différence. Mais lorsqu'une scission s'opère entre ces deux éléments en raison des mouvements d'émigration et d'immigration, alors l'État doit adapter sa législation relative à l'attribution de la nationalité d'origine. En réalité, ces mouvements entraînent une dissociation entre la souveraineté personnelle et la souveraineté territoriale de l'État, c'est pourquoi ce dernier va devoir définir qui de ceux qui vivent sur son territoire ou sur un autre mais en conservant un lien avec lui peuvent être considérés comme nationaux de naissance et qui reste étranger. La détermination de la nationalité d'origine dépend donc directement de la volonté de l'État.

Le droit positif français ne choisit pas entre droit du sang et droit du sol¹¹⁶. L'attribution de la nationalité française d'origine concerne aussi bien les enfants dont « l'un des parents au moins est français »¹¹⁷ que l'enfant qui est né en France de parents étrangers qui eux-mêmes y sont nés¹¹⁸. De même, le droit du sol s'applique en matière d'acquisition de la nationalité française pour l'enfant qui, atteignant sa majorité, est né en France de parents étrangers et a en France sa

¹¹⁶ Pour des précisions quant à la mise en place de cette combinaison en droit français v. cette partie, Titre 1, chapitre 1, section 1.

¹¹⁷ Art. 18 du Code civil

¹¹⁸ Art 19-3 du Code civil : « est français l'enfant né en France lorsque l'un de ses parents au moins y est lui-même né. »

résidence habituelle depuis au moins cinq ans depuis l'âge de onze ans¹¹⁹. Dans ce dernier cas, aucune démarche spécifique n'est nécessaire, l'enfant devra simplement faire reconnaître sa nationalité française par un certificat de nationalité française délivré en application de l'article 31 du Code civil par le greffier en chef du tribunal d'instance. Le critère objectif de la naissance semble donc suffire à l'acquisition de la nationalité : il ne dépend d'aucune appréciation des services de l'État. Le greffier du tribunal d'instance, dans le cas d'une acquisition par droit du sol, ne fait que « constater » que l'individu concerné a bien la nationalité en vérifiant les conditions de lieu de naissance et, le cas échéant, de résidence. Celle-ci est donc indépendante de tout élément subjectif : l'État français reconnaît *a priori* comme Français tous les individus nés de parents français, nés sur le territoire lorsque l'un de ses parents au moins y est lui-même né, ou nés en France et y résidant.

Cependant, les régimes d'attribution et d'acquisition de la nationalité par la naissance révèlent une position nuancée du droit français quant au lien que doit représenter la nationalité. En effet, il ne repose pas que sur la constatation de la réalité du lien mais aussi sur son effectivité. Si cette proposition est particulièrement visible dans le régime de la naturalisation, elle est aussi perceptible dans le régime d'acquisition de la nationalité à raison de la naissance en France.

Le premier indice de cette position est le caractère déterminant du critère de la résidence. En effet, contrairement au droit américain qui établit une acquisition de la nationalité par droit du sol dès la naissance¹²⁰, appelée aussi « droit du sol intégral », le droit français ne prévoit l'acquisition de la nationalité par droit du sol qu'à la majorité et lorsque le concerné peut justifier avoir vécu sur le territoire national pendant cinq années depuis l'âge de onze ans. Depuis la loi du 26 juin 1889, le jeune né en France de parents étrangers nés à l'étranger était susceptible de devenir automatiquement français à sa majorité s'il avait à cette date sa résidence en France. L'Ordonnance de 1945¹²¹, tout en maintenant l'acquisition automatique,

¹¹⁹ Art. 21-7 du Code civil.

¹²⁰ Le XIV^e amendement de la Constitution américaine, datant de 1868, dispose ainsi dans sa Section 1 que : « Toute personne, née ou naturalisée aux États-Unis et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État où elle réside. [...] ». Pour des précisions quant à la politique américaine de la nationalité v. H. MOTOMURA, « Régulariser : le « DREAM Act », le droit du sol intégral et la régularisation à grande échelle », *La Revue des droits de l'homme*, n° 4, 2013.

¹²¹ Ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant Code de la nationalité française, *J.O.* du 20 octobre 1945 p. 6700.

introduisit une condition de résidence habituelle en France de cinq années avant la majorité en plus de la résidence actuelle. Ce mécanisme a été, depuis lors, sans cesse reconduit.

Par conséquent, le droit français semble considérer que « l'instantanéité de la naissance en soi » n'est pas un « élément de fixation significatif »¹²². Comme le précise la circulaire du 11 juin 2010¹²³, la résidence en France doit être effective et habituelle à la date ou au cours de la période prévue par la loi. Si la preuve de la résidence peut être apportée par tout moyen¹²⁴, celle-ci doit présenter un caractère stable et permanent, coïncidant avec le centre des attaches familiales et des activités de la personne concernée¹²⁵. La notion de résidence ne doit ainsi pas être confondue avec celle du domicile légal défini dans le Code civil¹²⁶ : elle doit révéler un lien effectif, un fait de rattachement entre l'État et l'individu.

La jurisprudence a posé un cadre strict d'interprétation de cette condition. Dans un arrêt du 26 septembre 2011¹²⁷, la Cour de cassation a par exemple considéré que ne remplissait pas cette condition l'intéressé qui était scolarisé dans un pays étranger quels que fussent les liens qu'il avait pu conserver pendant ce temps avec la France où résidait sa famille et où il revenait régulièrement. En outre, elle a estimé qu'une interruption du stage de cinq années entre 11 et 18 ans était possible, sous réserve qu'elle ne dépasse pas deux ans et qu'elle ne consiste pas en un véritable transfert de la résidence habituelle¹²⁸. Si la résidence peut être

¹²² Intervention de P. CATALA devant la Commission de la nationalité, in *Être français aujourd'hui et demain*, Rapport de la Commission de la nationalité, La documentation française, 1988, p. 118.

¹²³ Circulaire du 11 juin 2010 relative à la réception et enregistrement des déclarations de nationalité française par les greffiers en chef, NOR : JUSC1017281C, *Bulletin Officiel du Ministère de la justice et des libertés* n° 2010-04 du 30 juin 2010.

¹²⁴ La circulaire du 11 juin 2010 précitée estime « qu'en pratique la preuve de la résidence résultera de la production de justificatifs tels que certificats de scolarité, contrats d'apprentissage, attestation de stage, certificats de travail, etc. Compte tenu de la période de scolarisation obligatoire avant 16 ans, si l'enfant produit des certificats de scolarité depuis qu'il a onze ans, il justifie de cinq ans de résidence habituelle en France ».

¹²⁵ Définition donnée par la Cour de cassation, notamment dans un arrêt de principe de 1957 : Civ. 1^{re}, 9 janvier 1957, *Rev. crit. DIP* 1957, p. 447, note H. Batiffol ; *JCP* 1958, II, p. 10494, note P. Aymond.

¹²⁶ Articles 102 et suiv. du Code civil.

¹²⁷ Civ. 1^{re}, 26 septembre 2012, n° 11-22.351.

¹²⁸ CA Besançon, 22 mai 1997.

interrompue, cette interruption ne doit simplement pas révéler un acte d'allégeance envers un autre État¹²⁹.

Le droit français de la nationalité d'origine et de l'acquisition par la naissance en France repose donc avant tout sur la constatation d'un lien objectif entre l'individu et l'État : la filiation, la naissance sur le territoire, ou la résidence, combinaison classique de la souveraineté personnelle et de la souveraineté territoriale de l'État. Cette approche rejoint en partie celle du droit international en ce qu'elle est fondée sur la constatation d'un fait objectif. L'État ne fait que reconnaître comme national celui qui, même s'il est juridiquement étranger, a été soumis dès l'origine à sa souveraineté et donc à son autorité. Il vise ainsi à faire coïncider nationaux de droit et nationaux de fait, ce qui explique la prééminence du critère de la résidence et les possibilités de retrait de la nationalité. Le lien entre l'État et l'individu doit être, dans la ligne du droit international, effectif.

La combinaison du droit du sol et du droit du sang est ainsi fondée sur une double approche de la nationalité : une approche verticale, en ce que dans les deux cas l'attribution de la nationalité se fait par la volonté de l'État sur fondement d'un fait objectivement constatable et non par celle de l'individu concerné et une approche plus horizontale en ce qu'elle repose également sur la conviction que la naissance et la résidence sur le territoire, tout comme le fait de naître et de grandir avec des parents français, font « naturellement » correspondre la nationalité, statut juridique, avec les sentiments d'appartenance de l'individu. C'est pourquoi sa volonté n'a pas à être expressément manifestée : elle se dégage naturellement « de la tournure de ses actes » et de « l'orientation de sa vie »¹³⁰.

Le régime français du droit du sol et du droit du sang est donc fondé sur la conviction que sous l'action des influences éducatives, celle du milieu étroit de la famille ou celle du cadre plus large de l'école et de la société, la volonté de l'individu va s'orienter naturellement vers un sentiment d'appartenance à l'État dans lequel il réside ou duquel ses parents sont les ressortissants et donc d'une certaine

¹²⁹ Civ. 1^{re}, 29 mai 1974, *JDI* 1975, p. 327, obs. P. Aymond ; *Rev. crit. DIP* 1975, p. 46. En l'espèce, l'intéressé avait quitté le territoire national afin d'accomplir le service national dans un autre État.

¹³⁰ P. de LA PRADELLE, « De la nationalité d'origine », in B. AKZIN, H. LÉVY-ULLMANN, G. GIDEL, *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Recueil Sirey, 1933, p. 215.

façon les représentants. Le droit positif français reconnaît donc comme nationaux aussi bien les individus nés de parents français que ceux nés en France de parents étrangers, établissant comme nationaux de droit ceux qui le sont déjà nécessairement de fait en raison du processus de socialisation opéré par la vie au sein de la communauté et la scolarisation.

Dans cette perspective, le *jus sanguinis* ne peut avoir aucune connotation ethnique : il n'est considéré que comme un des vecteurs du processus de socialisation qui fonde le droit français de la nationalité. Il repose sur l'idée que les parents transmettent, par l'éducation et le modèle qu'ils incarnent, le sentiment d'appartenance à l'État qui exerce sur eux sa souveraineté, faisant ainsi correspondre nationalité de droit et nationalité de fait.

La combinaison des deux régimes suppose également la conviction qu'à mesure que le *jus sanguinis* tombe de génération en génération, le *jus soli* s'affirme : si une famille étrangère est sur le territoire français depuis deux ou trois générations, on peut raisonnablement supposer qu'elle est liée de fait à l'État en raison de l'influence locale. C'est pourquoi l'enfant qui grandit en son sein sera davantage influencé par le milieu scolaire et social de l'État dans lequel il réside à mesure que le cadre familial perd de sa capacité à transmettre le lien existant avec l'État d'origine. C'est en tenant compte de ces éléments que le droit positif élabore un régime équilibré d'attribution de la nationalité d'origine.

Cette position du droit de la nationalité, fondé sur le renforcement du lien objectif par la socialisation, est confirmée par le régime de la naturalisation. En effet, pour pouvoir acquérir la nationalité par décision de l'autorité publique, l'intéressé doit avoir sa résidence régulière en France¹³¹. Rappelée régulièrement par le Conseil d'État, cette condition est appréciée de façon stricte.

3. Français par naturalisation : les critères objectifs constants fondés sur la socialisation

Les critères objectifs de la naturalisation sont au nombre de trois : les ressources, la durée du séjour et la résidence, les deux derniers étant les plus révélateurs de la

¹³¹ Article 21-26 du Code civil.

conception française de la nationalité. La durée du séjour rejoint sur le fond celui de la résidence : il vise à établir que l'individu est effectivement soumis, de façon constante, à l'autorité de l'État dont il sollicite la nationalité et qu'il existe entre lui et l'État des liens suffisamment étroits. Le critère n'étant pas celui du simple domicile mais celui de la résidence, la nationalité se présente comme un lien matériel entre l'individu et l'État, lien qui doit être suffisamment étroit et objectivement constatable.

Tout d'abord, la loi du 16 octobre 2012 pose une présomption d'assimilation au bénéfice des jeunes de moins de 25 ans qui résident en France depuis au moins dix ans et qui y ont suivi une scolarité continue d'au moins cinq ans. On retrouve ainsi directement la conception de la nationalité défendue par le régime du droit du sol.

Pour les autres cas, la naturalisation ne peut être accordée qu'à l'étranger justifiant d'une résidence habituelle en France pendant les cinq années qui précèdent le dépôt de la demande, cette durée s'appréciant à compter de la date à laquelle la personne réside régulièrement en France¹³².

Conçue comme un critère de rattachement effectif à la France, la résidence est appréciée de façon objective et réaliste. Elle doit démontrer une présence effective en France, revêtant un caractère stable et permanent, coïncidant avec le centre des attaches familiales et des intérêts matériels de l'intéressé¹³³. Ne faisant l'objet

¹³² Les articles 21-16 et 21-17 du Code civil énoncent ainsi que « nul ne peut être naturalisé s'il n'a en France sa résidence au moment de la signature du décret de naturalisation » et « sous réserve des exceptions prévues aux articles 21-18, 21-19 et 21-20, la naturalisation ne peut être accordée qu'à l'étranger justifiant d'une résidence habituelle en France pendant les cinq années qui précèdent le dépôt de sa demande ».

¹³³ Cette définition ressort notamment d'un arrêt de principe de la Cour de cassation de 1955, dans lequel il est établi qu'un domicile en France « 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 », Civ. 1^{re}, 20 déc. 1955, *JCP* 1956.II, p. 9173. Le terme de "domicile" employé par le juge est celui de la législation alors en vigueur. Compte tenu des difficultés d'interprétation engendrées, notamment au regard de la définition du domicile adoptée par l'article 102 du Code civil selon lequel « Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement », le législateur l'a remplacé par le terme de « résidence » lors de l'établissement du Code de la nationalité en 1973. Le changement de terme n'a cependant rien changé à l'interprétation donnée par la Cour (v. en ce sens : 25 juin 1974, *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 231, note P. Lagarde ; Civ. 1^{re}, 29 juin 1983, *Khiari*, *Bull. civ. I*, n° 194 ; *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 77, note P. Lagarde ; 6 déc. 1989, *Bull. civ. I*, n° 381 ; *D.* 1990, p. 68). Cette interprétation est également celle du Conseil d'État qui estime la condition de résidence remplie lorsque l'intéressé a « fixé en France de manière stable le centre de ses intérêts », C.E., 25 juill. 1985, req. n° 54865, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ Benedetti*, *Rec. Lebon*, p. 229 confirmé par C.E., 28 févr. 1986, req. n° 50277, *Akhras*, *Rec. Lebon*,

d'aucune définition législative, l'appréciation de la stabilité de la résidence qui conditionne la recevabilité de la demande de naturalisation résulte d'un faisceau d'indices tirés à la fois de la situation de l'intéressé au regard des règles de séjour, de ses attaches affectives et de ses intérêts professionnels. Tous ces éléments, appréciés par l'administration sur le fondement de la circulaire du 12 mai 2000¹³⁴, sont encadrés de façon stricte par le juge.

La jurisprudence, tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation, n'a cessé d'affiner les contours de la condition de résidence habituelle. Afin d'établir l'effectivité du lien existant entre l'individu et l'État, le juge opère un contrôle au cas par cas fondé sur un faisceau d'indices plus que sur une position de principe. Les circonstances de l'espèce sont donc déterminantes.

Le Conseil d'État a ainsi estimé que ne remplit pas la condition de résidence stable le postulant fonctionnaire d'un ministère étranger, qui a effectué toute sa carrière dans cet autre État avant d'être mis à disposition de ce ministère à Paris, en continuant à être rémunéré par les autorités publiques étrangères. Au vu de ces éléments, le Conseil considère que, malgré le fait que sa famille réside en France, le postulant « ne justifie pas avoir fixé de manière stable, le centre de ses intérêts en France »¹³⁵. Le juge a en revanche adapté sa jurisprudence pour tenir compte de la conjoncture économique. Il a ainsi censuré le refus opposé à un étranger résidant en France de longue date avec ses enfants et son conjoint mais demeurant sans emploi.

p. 53; *D.* 1987. Somm. p. 226, obs. P. Waquet et F. Julien-Laferrière ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 457, concl. R. Denoix de Saint-Marc, note P. Lagarde. Si les formulations des juges diffèrent selon les ordres juridictionnels, les deux éléments principaux de la définition sont les mêmes sur le fond : les attaches familiales et les ressources.

¹³⁴ Circulaire DPM n° 2000-254 du 12 mai 2000 relative aux naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de la nationalité française, NOR : MESN0030272C, *Bulletin officiel du ministère chargé des affaires sociales*, n° 2000/27, p. 649-692. La circulaire énumère de façon précise différents éléments de nature à caractériser une résidence stable telle qu'elle est exigée par l'article 21-17 du Code civil. Elle évoque ainsi la nature du titre de séjour, la durée de résidence en France, la stabilité de la résidence notamment au regard des déplacements à l'étranger, les attaches familiales, le centre des intérêts matériels, à savoir l'origine et la nature des revenus du demandeur, ainsi que les pièces à fournir pour prouver chacun des éléments.

¹³⁵ C.E., 10 juillet 2013, req. n° 355899.

Là encore, le juge de l'excès de pouvoir s'attache aux faits de l'espèce et n'entend à aucun moment établir une position de principe¹³⁶.

La question des attaches familiales fait également l'objet d'un contentieux important. En effet, le juge administratif estime que l'ensemble de la famille proche, conjoint et enfants mineurs, doit résider en France avec le postulant au moment du dépôt de la demande comme au moment de la signature du décret de naturalisation. Il est ainsi de jurisprudence constante que les demandes de naturalisation ne sont pas recevables lorsque le conjoint ou les enfants mineurs, même s'il s'agit d'enfants naturels, résident à l'étranger¹³⁷. C'est pourquoi il est de jurisprudence constante que le juge accueille favorablement les demandes de rapport du décret de naturalisation en vertu de l'article 27-2 du Code civil pour dissimulation de la situation familiale de l'intéressé, notamment en cas de mariage avec des personnes étrangères résidant à l'étranger au moment du dépôt de la demande de naturalisation ou de la signature du décret¹³⁸. Cette solution de principe est justifiée par le fait que, s'ils avaient été connus, ces éléments dissimulés par l'intéressé auraient conduit l'administration à apprécier différemment la condition de résidence en ce que le centre des intérêts du candidat n'était pas fixé de façon stable sur le territoire national.

Cependant, là encore, le juge apprécie les faits d'espèce, nuanciant ce qui peut apparaître comme une jurisprudence de principe au regard de sa régularité. Même s'il s'agit d'un contrôle restreint et non d'un contrôle normal, les arrêts révèlent une position pragmatique et nuancée qui confirme l'approche objective de la nationalité sur laquelle se fonde le critère de résidence¹³⁹. Ainsi, le juge considère qu'une

¹³⁶ C.E., 25 mai 2010, req. n° 327922. Le Conseil d'État considère que « si la circonstance que la personne qui demande à être naturalisée ne peut justifier d'une occupation professionnelle en France peut constituer un élément conduisant à estimer qu'elle n'y a pas fixé sa résidence de manière stable, en particulier lorsqu'il n'est fait état d'aucune ressource provenant de France, l'absence d'activité professionnelle en France ne fait pas obstacle par principe à ce que la condition de résidence puisse être jugée remplie, compte tenu des autres circonstances de l'espèce [...] ».

¹³⁷ V. par exemple : C.A.A. Nantes, 4 mai 2007, req. n° 06NT01268

¹³⁸ V. par exemple : C.E., 6 juillet 2012, req. n° 352765 et n° 350765 ; C.E., 12 mars 2014, req. n° 372706 ; C.E., 21 mai 2014, req. n° 375108 ; ou encore C.E., 28 novembre 2014, req. n° 382774.

¹³⁹ Ceci est notamment perceptible dans les dispositions de l'article 21-26 du Code civil qui prévoit un certain nombre d'hypothèses où le séjour à l'étranger est assimilé à une résidence en France. C'est notamment le cas lorsque l'étranger exerce une activité « 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 ». Le conseil d'État a apprécié de façon souple cet « intérêt » : il a ainsi considéré, par

demande de naturalisation ne peut-être considérée comme irrecevable au motif que la postulante n'aurait pas le centre de ses intérêts en France du fait de la résidence à l'étranger de son époux. En effet, l'ensemble des autres critères permet de considérer qu'elle a avec l'État français le lien effectif nécessaire à l'acquisition de la nationalité : le juge relève ainsi qu'elle est entrée en France et y réside depuis l'âge de trois ans, que ses parents, frères et sœurs dont plusieurs ont la nationalité française ainsi que l'enfant mineur issu de son mariage, vivent également en France¹⁴⁰. De même, le juge considère que l'administration a commis une erreur manifeste d'appréciation en déclarant irrecevable une demande de naturalisation du fait de la résidence à l'étranger du conjoint de la postulante alors même que cette circonstance ne résulte pas d'un choix des époux et que l'intéressée est venue en France pour rejoindre son père par regroupement familial à l'âge d'un an, qu'elle y a toujours vécu, y a mené toute sa scolarité et a par son travail des revenus suffisants¹⁴¹.

Pour le juge, la résidence ne se résume donc pas à une question d'habitation. Elle est une mise en œuvre du principe d'effectivité, déjà rencontrée dans la coutume internationale¹⁴², et selon laquelle une nationalité ne doit pas être conférée arbitrairement mais révéler un fait de rattachement, c'est-à-dire s'appuyer sur l'existence de liens de fait entre l'intéressé et l'État qui la lui confère. Le juge vérifie ainsi que la naturalisation repose sur une résidence matérielle sur le territoire national de l'individu auquel elle est accordée mais aussi que celui-ci entend s'y fixer de façon définitive et donc conserver ce lien matériel avec l'État. La preuve de l'intention étant impossible, le juge, comme l'administration, s'attachent à apprécier tous les éléments qui pourraient constituer des indices objectifs de la réalité du lien entre l'individu et l'État afin de faire correspondre la nationalité à une situation effectivement vécue.

exemple, que le cas d'un étranger travaillant au Cameroun pour le compte de la Banque des États de l'Afrique centrale, laquelle régit la coopération monétaire entre la France et cinq États de l'Afrique centrale entrant dans le champ de cet article (C.E., 26 décembre 2012, *Maliko*, req. n° 350198).

¹⁴⁰ C.A.A. Nantes, 3 février 2006, req. n° 05NT00976.

¹⁴¹ C.A.A. Nantes, 21 avril 2006, req. n° 05NT01009.

¹⁴² V. ce chapitre, section 1.

Ainsi fondée sur l'effectivité, la définition de la résidence donnée tant par le juge judiciaire que par le juge administratif exprime le souhait d'éliminer toute notion qui tienne à un élément intentionnel pour disposer d'une notion qui se définisse par des éléments exclusivement matériels et faciles à constater.

4. Français par le mariage: l'alliance comme indice objectif de rattachement

Le mariage est un des éléments objectifs d'acquisition de la nationalité. Dans la mesure où il concerne avant tout le statut privé des individus, sa rencontre avec la question de la nationalité, qui touche à la sphère politique de l'État, n'est pas évidente, c'est pourquoi l'histoire du droit français en la matière est marquée par de nombreuses hésitations.

Le Code civil de 1804, influencé par les conceptions familiales qui lui sont contemporaines, dispose dans son article 12 que « l'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari ». Seule la nationalité de la femme est ainsi affectée par le mariage, dans le sens de l'unité de la nationalité dans le ménage. Celle-ci est alors conçue comme un symbole de l'unité et de la cohésion de la famille¹⁴³.

Ce régime prend fin avec la loi du 10 août 1927 qui abandonne le principe de l'unité de la nationalité dans le ménage pour mettre en place celui de l'autonomie. Le changement est alors davantage guidé par un souci démographique de conserver la nationalité française aux très nombreuses françaises ayant épousé un immigré en France et à travers elle à leurs enfants. La Française épousant un étranger conserve ainsi sa nationalité française et une étrangère épousant un Français n'acquiert la nationalité française que si elle en fait la demande expresse ou si sa propre loi nationale lui fait perdre sa nationalité du fait de son mariage avec un étranger¹⁴⁴. Le principe de l'indépendance des nationalités dans le ménage sera ensuite renforcé par le décret-loi du 12 novembre 1938 pour des raisons politiques liées à la volonté du gouvernement de mettre fin aux acquisitions automatiques permises par la législation de 1927 dans le cas où la loi nationale de l'épouse lui fait perdre sa nationalité du fait de son mariage avec un français. Le changement de nationalité ne

¹⁴³ Sur point v. P. LAGARDE, *La nationalité française*, 4^e éd., 2011, n° 51.11.

¹⁴⁴ Pour une étude précise du régime de la loi du 10 août 1927 v. P. LAGARDE, précité, n° 51.31.

pourra désormais se faire que sur demande expresse de l'intéressé et divers moyens sont donnés au gouvernement pour s'y opposer le cas échéant.

En 1945, les rédacteurs de l'Ordonnance relative à la nationalité prennent en compte le fait que la majorité des femmes étrangères épousant un Français optaient pour la nationalité française sous le régime de la loi de 1927¹⁴⁵ et posent le principe que « la femme étrangère qui épouse un Français acquiert la nationalité française au moment de la célébration du mariage ». Les seules conditions alors posées à cette acquisition sont la validité du mariage, l'absence d'arrêté d'expulsion et la possession d'un titre de séjour régulier¹⁴⁶.

Enfin, la loi de 1973, dans sa volonté d'harmoniser le droit de la nationalité avec les réformes du droit de la famille et particulièrement avec le principe d'égalité des sexes, consacre la solution selon laquelle le mariage ne doit exercer de plein droit aucun effet sur la nationalité. Celle-ci ne peut donc être acquise que sur demande expresse du conjoint étranger. Cette solution est toujours celle du droit positif¹⁴⁷.

La procédure d'acquisition de la nationalité par mariage apparaît donc comme une procédure par principe simplifiée : l'étranger peut obtenir la nationalité française de son conjoint par simple déclaration. Si l'acquisition n'est pas automatique, elle est fondée sur une présomption d'effectivité du rattachement entre l'individu concerné et l'État, du fait de son alliance avec un national. La loi de 1973 ne posait ainsi comme condition de l'acquisition de la nationalité que la justification du dépôt de l'acte de mariage auprès de l'autorité administrative compétente. A cette condition s'ajoute la nécessaire effectivité de la communauté de vie. Si dans le texte de la loi de 1973, celle-ci ne constituait qu'une condition appréhendée de façon négative, son défaut étant un motif d'opposition à la déclaration, la loi du 7 mai 1984¹⁴⁸ en fit une condition positive de recevabilité de la déclaration. C'est donc le rattachement objectif que constitue la vie commune résultant du mariage qui justifie l'acquisition de la nationalité.

¹⁴⁵ Dans son ouvrage relatif au droit de la nationalité, Raymond Boulbès estime ainsi cette majorité à 70% des cas, *in* R. BOULBÈS, *Droit français de la nationalité*, Sirey, 1957, n° 261.

¹⁴⁶ Cette condition sera supprimée par la loi du 22 décembre 1961.

¹⁴⁷ Article 21-1 du Code civil : « Le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité » et 21-2 : « l'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut [...] acquérir la nationalité française par déclaration [...] ».

¹⁴⁸ Loi n° 84-341 du 7 mai 1984 modifiant et complétant la loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 en matière d'acquisition de la nationalité française par mariage, *J.O.* du 10 mai 1984, p. 1355.

C'est en un sens objectif que la Cour de cassation apprécie la condition. Elle a ainsi admis qu'une interruption de la vie commune suivie de sa reprise ne faisait pas obstacle en elle-même à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger¹⁴⁹. De même, par un arrêt du 12 février 2014¹⁵⁰, elle a admis que ne portait pas atteinte à la communauté de vie le fait pour les époux d'avoir des domiciles distincts pour des raisons professionnelles. En visant, en plus de l'article 21-2, les articles 108¹⁵¹ et 125¹⁵² du Code civil, elle entend préciser que la notion de « communauté de vie » nécessaire à l'acquisition de la nationalité revêt la même définition que celle mentionnée dans les autres dispositions du Code civil. Cette jurisprudence est encore une fois un signe de l'approche objective de la nationalité adoptée par la Cour de cassation : la communauté de vie, notion unitaire au sein du Code civil, n'est qu'un indice objectif du rattachement de l'individu à l'État, sa constatation ne diffère donc pas lorsqu'il s'agit d'en faire application en matière de nationalité. Le Code civil suggérant que le domicile peut être distinct sans qu'il y ait rupture de la communauté de vie, il s'applique de la même façon en matière d'acquisition de la nationalité¹⁵³. Seule compte l'appréciation du fait de rattachement matérialisé par le mariage.

B. Des critères objectifs fondateurs mais régulièrement contestés

Si le droit positif adopte par principe une conception objective de la nationalité fondée sur un fait de rattachement à la fois à l'État et à la communauté

¹⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 18 septembre 2002, n° 00-17.863, *Bull. civ.* I, n° 205. 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 exigeant que la communauté de vie n'ait pas cessé entre les époux « depuis le mariage » a cependant mis fin à cette jurisprudence.

¹⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 12 févr. 2014, n° 13-13.873, *D.* 2014, p. 482 ; *AJ fam.* 2014, p. 192, obs. P. Hilt ; *RTD civ.* 2014, p. 340, obs. J. Hauser.

¹⁵¹ L'article dispose dans son alinéa 1^{er} que « le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de la vie ».

¹⁵² L'article dispose dans son alinéa 1^{er} que « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie ».

¹⁵³ Certains ont cependant considéré que l'on pouvait déduire de cette jurisprudence que le mariage pourrait, à terme, ne plus être un critère pertinent d'acquisition de la nationalité dans le mesure où le but des textes était ici ignoré par la Cour de cassation : les articles 108 et 215 n'entendraient ainsi donner aucun effet à leurs dispositions quant à la validité du mariage tandis que l'article 21-2 entend vérifier la réalité du lien matrimonial permettant l'acquisition de la nationalité. V. en ce sens J. HAUSER, « Mariages blancs ou gris : communauté de vie », *RTD Civ.* 2014, p. 340.

étatique (1), les critères objectifs de la nationalité font aujourd'hui l'objet de diverses contestations et modifications dans le sens d'une conception plus subjective de la nationalité (2).

1. Un droit positif défendant la nationalité comme lien objectif d'appartenance

Le régime d'acquisition de la nationalité ne traduit pas une conception élective de la nation. L'individu ne *choisit* donc pas son appartenance. La nationalité vise plutôt à matérialiser une communauté de vie construite dans les faits au travers de l'éducation et de la résidence au sein de la communauté étatique.

Dans ses *Principes de droit public*¹⁵⁴, Maurice Hauriou affirme ainsi que la nation est une « réalité très objective puisqu'elle est un corps social organisé »¹⁵⁵. Reprenant Jellinek pour le contredire, il entend nier l'idée d'une conscience collective, d'un *sentiment* subjectif d'appartenance qui fonderait la nation. Il conteste ainsi la position selon laquelle « la nation n'a pas une réalité extérieure et objective » et qu'elle serait donc « quelque chose d'essentiellement subjectif et comme la résultante d'un certain état de conscience »¹⁵⁶. Par là, il s'oppose également à la conception élective de la nation proposée par Ernest Renan.

Dans la pensée d'Hauriou, la nation ne saurait être un groupement qui ne prend que conscience de sa différence car il voit dans cette théorie fondée sur « la croyance en une conscience collective réelle » un danger : « divinatoire et dangereuse »¹⁵⁷, elle place au second plan l'élément objectif du caractère commun d'une population pour le supplanter par le sentiment d'appartenance, la *volonté de se concevoir* comme un groupement particulier, distinct des autres communautés.

Contestant la conception romantique d'Ernest Renan, il préfère à la « grande agrégation d'hommes, saine d'esprit et chaude de cœur » qui « crée une conscience morale qui s'appelle une nation »¹⁵⁸ une définition davantage centrée sur l'élément de civilisation, qui « l'emporte sur celui de la race, car sans cela une nation ne se distinguerait pas d'une tribu »¹⁵⁹. Il défend donc une définition de la nation qui se

¹⁵⁴ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1910, rééd., Dalloz, 2010.

¹⁵⁵ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 253.

¹⁵⁶ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, p. 207, cité par Maurice Hauriou, *op. cit.*, p. 253

¹⁵⁷ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 254.

¹⁵⁸ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵⁹ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 254.

détache, comme celle de Renan, de toute considération ethnique mais qui repose exclusivement sur le « caractère commun d'une population, sans aller jusqu'à la conscience collective ». À ce caractère s'ajoute ensuite le partage d'institutions communes et d'un destin commun, là encore entendu comme élément objectif.

Le partage d'une destinée commune n'est ainsi chez Hauriou que le fruit de l'intensité de la vie en commun, seule capable de générer une conception des intérêts communs¹⁶⁰ qui permettra ensuite de faire de la nation « l'individualité dans laquelle se dégage la personnalité juridique de l'État »¹⁶¹. Ainsi, le *fait* de partager un socle commun d'organisation sociale et une destinée commune suffit à constituer la nation¹⁶². Celle-ci se résume donc en « une certaine population qui, par suite d'une civilisation élevée et particulière, a acquis un caractère commun qui lui est propre ; ce caractère se transmet de génération en génération sur de vastes étendues de territoire »¹⁶³.

La « mentalité » qui caractérise selon lui la nationalité n'est donc pas un élément subjectif mais la résultante d'une vie sociale collective prolongée à laquelle s'ajoute une « aspiration à la vie commune », non pas conçue comme une volonté d'appartenance mais comme un ensemble d'inspirations individuelles dont les intérêts convergent au sein d'un même corps unifié.

Cette position semble se retrouver en partie dans le droit positif, particulièrement dans les dispositions relatives à l'acquisition par droit du sol : celle-ci est automatique si les parents de l'individu sont eux-mêmes nés sur le territoire, laissant supposer un écoulement du temps favorable au partage prolongé de la vie collective, ou si l'individu né en France y a vécu cinq années consécutives sur le territoire entre 11 et 18 ans. Cet âge est choisi parce qu'il correspond aux années de scolarisation obligatoire les plus proches de la majorité, l'âge auquel l'individu forge ses facultés de pensée et de raisonnement.

¹⁶⁰ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 257.

¹⁶¹ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 255.

¹⁶² L'auteur estime ainsi que « la nation gauloise comptait plusieurs confédérations de peuples [...]. Bien entendu, ces peuples avaient une organisation familiale, une organisation religieuse, une organisation économique. Ils possédaient tout ce qu'il faut pour une vie sociale complète et il y avait chez eux une aspiration à la vie commune, au moins dans les grandes occasions. Ils constituaient donc une nation », *in Principes de droit public, op. cit.*, p. 249.

¹⁶³ J. NEUMANN, *Volk und Nation*, 1888, cité par M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 254.

Devant la Commission de la nationalité réunie en 1987, il est ainsi rappelé que le plus important n'est pas le délai de résidence en lui-même mais la scolarisation car « il n'y a pas de facteur plus intégrationniste que la scolarité, surtout la scolarité primaire et secondaire », « l'idée » du législateur est donc « la présence en France pendant les années d'école »¹⁶⁴. De même, la notion de résidence en matière de naturalisation vise à établir un fait de rattachement, un lien matériel étroit entre l'État et l'individu. En ce sens, la nationalité découle d'une prise en compte par l'État d'une éducation commune, liée à la scolarisation, d'une vie collective, liée à l'écoulement du temps de résidence, qui rattachent progressivement l'individu à la communauté et à l'État dont elle est le fondement et établissent un lien de rattachement. Le législateur, dans cette conception, ne fonde les critères de la nationalité que sur des liens étroits reliant l'individu à l'État mais aussi à la communauté étatique. Ainsi, le fait de rattachement est double. Il est tout d'abord un lien direct avec l'État du fait d'une soumission prolongée et non ponctuelle à sa souveraineté territoriale : l'individu devient de fait le national de l'État en ce qu'il réside de façon continue sur son territoire, se soumettant de façon permanente à son autorité. Mais il est aussi, nécessairement, un lien avec la communauté étatique car la résidence s'apprécie au travers d'éléments qui matérialisent et révèlent l'existence d'un lien linguistique, social et culturel entre l'individu concerné et cette communauté. On retrouve ainsi la dimension à la fois verticale et horizontale de la nationalité qui est liée à cette construction juridique singulière qu'est l'État-nation¹⁶⁵. Dans la mesure où l'État incarne la nation, être rattaché au premier revient à appartenir à la seconde.

En revanche, le droit positif s'éloigne de la position du doyen de toulouse sur un point : il ne semble pas considérer que la nation est en-dehors de l'État, c'est-à-dire qu'elle le précède. En effet, celle-ci est appréhendée de façon objective, elle est donc à la fois indépendante d'une quelconque manifestation de volonté de l'individu et elle n'est constituée que par la volonté de l'autorité publique. Il n'existe donc pas, *juridiquement*, de national *de fait* : ne sont nationaux que ceux que l'État désigne comme tels. Déterminer la communauté nationale est ainsi un acte de souveraineté,

¹⁶⁴ P. LAGARDE, audition devant la Commission de la Nationalité, in *Être français aujourd'hui et demain*, Rapport de la Commission de la Nationalité, La documentation française, 1988, p. 118-119.

¹⁶⁵ V. J. CHAVALLIER, « L'État-nation », *RDJ*, 1980, p. 1271.

c'est pourquoi rien ne saurait le précéder. Cette conception explique en partie le refus d'un droit à « sa » nationalité parfois défendue en droit international car déclarer un tel droit reviendrait en effet à considérer que la nationalité préexiste à l'acte de son attribution ou de son acquisition, qu'elle est une qualité de l'individu davantage qu'un statut juridique.

Malgré cette position de principe ancrée dans le droit français de la nationalité, la crainte d'une rupture entre « nationaux de droit » et « nationaux de fait » a motivé des tentatives de modification des critères objectifs dans le sens d'une conception plus subjective de la nationalité.

2. La crainte d'une rupture entre nationaux de droit et nationaux de fait

De nombreux critères objectifs de la nationalité ont été modifiés au cours des dernières années. S'ils ont été conservés dans le droit positif, leur régime a parfois subi d'importantes modifications, les éloignant de leur objet premier qui était de manifester un fait de rattachement.

Progressivement influencée par la crainte des mariages de complaisance, l'acquisition de la nationalité par le conjoint à raison du mariage avec une personne de nationalité française a vu son régime entièrement modifié entre 1973 et 2009¹⁶⁶. La loi du 9 janvier 1973¹⁶⁷ prévoyait que cette acquisition se faisait sur simple déclaration, sans condition de délai, le fait d'épouser un Français et d'opérer la démarche de déclaration emportant la présomption de rattachement à l'État français. En 1993, si le principe d'acquisition par déclaration est maintenu, un délai de deux ans de mariage sans interruption de la vie commune est imposé afin de pouvoir déposer la déclaration et celle-ci peut être annulée en cas de cessation de la vie commune dans l'année qui suit son enregistrement. Puis, en 2003¹⁶⁸, le délai de deux ans est maintenu sauf en cas d'interruption de la résidence en France qui porte le délai à trois ans. Est également ajoutée la mention « tant affective que

¹⁶⁶ Aujourd'hui article 21-2 du Code civil.

¹⁶⁷ 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, *J.O.* du 10 janvier 1973, p. 467.

¹⁶⁸ 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, *J.O.* n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136.

matérielle » à la condition de communauté de vie, rendant chaque fois plus complexe et subjective l'appréciation du critère pourtant objectif du mariage.

En 2006¹⁶⁹, le délai de vie commune devant précéder l'acquisition de la nationalité par déclaration est porté à quatre ans. En 2009¹⁷⁰, il est porté à cinq ans en cas d'interruption de la résidence en France à compter du mariage.

Le droit du sol cristallise lui aussi les inquiétudes de voir la nationalité s'éloigner d'une concordance entre le fait et le droit. La réforme de 1993 en est la preuve la plus directe. En introduisant une condition de manifestation de volonté à la majorité de l'individu né en France pour l'acquisition de la nationalité par droit du sol, elle a cherché à rattacher la nationalité à sa conception volontariste portant peu présente dans le droit positif de la nationalité.

Le choix d'introduire la manifestation de volonté dans le droit positif de la nationalité a connu une double justification. Tout d'abord, il s'agissait de « donner une place accrue à l'expression de la volonté individuelle aux dépens du pouvoir de l'État » car « le véritable respect de l'autre consiste à lui laisser le droit de choisir » et « c'est singulièrement mépriser les populations étrangères récemment arrivées en France que de supposer *a priori* qu'elles ne sont pas capables, intellectuellement et moralement, de pouvoir choisir leur nationalité »¹⁷¹. Ensuite, il est souligné que la libre démarche proposée aux intéressés est une démarche « d'adhésion de l'intéressé aux valeurs de la société française, une démarche de reconnaissance par l'intéressé de son appartenance à la communauté française »¹⁷², le but étant d'instituer « une déclaration par laquelle l'étranger [né en France] manifesterait clairement la volonté d'acquérir la nationalité française »¹⁷³.

Il est d'ores et déjà intéressant de relever la différence entre ces deux justifications de la mise en place d'une manifestation de volonté nécessaire à l'acquisition de la nationalité. La première semble porter l'attention sur la protection

¹⁶⁹ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *J.O.* n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047.

¹⁷⁰ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *J.O.* n° 0110 du 13 mai 2009, p. 7920.

¹⁷¹ D. SCHNAPPER, « La Nation comme communauté de culture », *Revue française d'administration publique*, n° 47, juillet-septembre 1988, p. 436.

¹⁷² *Être français aujourd'hui et demain*, rap. préc., p. 89.

¹⁷³ Lettre de mission adressée par le Garde des Sceaux au président de la Commission le 19 juin 1987, in *Être français aujourd'hui et demain*, rap. préc., t. 2, p. 245.

d'une certaine autonomie de la volonté de l'individu. Elle part ainsi de l'idée que l'État ne doit pas en la matière exercer un pouvoir unilatéral mais bien fonder son action sur une demande de l'individu concerné. La démarche semble donc répondre à une volonté de ne pas imposer à autrui le rattachement à une communauté étatique. La seconde, complémentaire de la première, semble révéler la dimension plus sociologique de la manifestation de la volonté. D'une démarche protectrice de l'autonomie de la volonté l'on semble glisser vers une protection de l'identité commune elle-même à travers l'exclusion de ceux qui ne souhaitent pas activement y adhérer. De la question du choix général d'une appartenance juridique l'on arrive donc à un choix d'appartenance plus sociologique.

Basée sur la théorie volontariste de la nation telle qu'elle a été défendue par Renan¹⁷⁴, la remise en cause de l'acquisition automatique de la nationalité française par le jeune étranger né et résidant France visait à tirer les conséquences du doute qui existe alors sur l'intégration de cette « seconde génération ». La démarche personnelle demandée au jeune étranger est censée traduire la réalité de l'attachement de l'individu à la France, la réalité de son intégration, là où les seuls critères objectifs tels que le lieu de naissance et la résidence ne semblent plus suffire. Par cette proposition, reprise par le législateur de 1993, il est mis fin à la présomption de francité des enfants nés en France de parents étrangers et résidant en France. Outre le fait qu'elle crée des disparités entre deux individus qui sont nés et qui résident sur le même territoire, les enfants de parents français n'ayant pas à manifester cette volonté de conserver la nationalité acquise par le lien du sang, la procédure de manifestation de volonté ouvre une brèche dans la conception française de la nationalité fondée sur la socialisation et revient en partie à la conception plus spiritualiste de la nation. Il s'agit de manifester son adhésion à « l'héritage intellectuel et moral » qui fonde « la conscience identitaire française »¹⁷⁵ et de reconstruire une conception de la nationalité fondée sur le « plébiscite » conscient « de chaque jour ». Le droit du sol est donc largement amputé : fondé sur l'idée d'une socialisation liée à la résidence sur le territoire, le droit du sol entraînait une présomption de nationalité de fait que l'acquisition

¹⁷⁴ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, *op. cit.*

¹⁷⁵ D. SCHNAPPER, *op. cit.*, p. 437 et 438.

automatique ne faisait que consacrer juridiquement et que l'exigence d'une manifestation de volonté remet partiellement en cause.

En introduisant la nécessaire manifestation expresse d'une volonté, le droit opère une scission dans le lien autrefois supposé entre nationalité de droit et nationalité de fait lorsque l'individu concerné était né sur le territoire national. Il est alors fait obligation à l'intéressé de s'interroger sur la réalité et l'intérêt de son appartenance à la communauté nationale et « d'instituer un passage conscient et organisé d'un ensemble national vers un autre »¹⁷⁶. Cependant, cette dernière citation semble révéler la confusion qui règne dans l'appréhension de ce que doit être la nationalité. En effet, s'ils sont juridiquement étrangers parce que nés de parents étrangers, les individus concernés par cette procédure sont nécessairement nés en France et y résident : ils connaissent « l'ensemble national » français et y vivent comme y vivrait un individu français par filiation.

Par conséquent, la notion de « passage » semble relativisée car elle ne se fera en grande partie que d'un ensemble de fait à un ensemble de droit. Supposer que la seule naissance sur le territoire n'entraîne pas, autant que la filiation, un « passage » d'un « ensemble national » à un autre revient à refaire primer le droit du sang sur le droit du sol. Une telle conception est confirmée par le fait que les individus nés de parents français n'ont pas à manifester leur volonté de conserver la nationalité acquise automatiquement à la naissance. Si l'on pousse le raisonnement de la protection de l'autonomie de la volonté jusqu'à l'extrême : pourquoi imposer à un individu une nationalité sous prétexte qu'il peut y prétendre de part sa naissance ? La question n'a pas été posée dans les travaux de la Commission, ni dans les débats parlementaires de 1993 car dans cette conception la nationalité acquise par la filiation ne relève pas de la présomption à confirmer par la volonté mais du simple fait.

Si cette disposition du droit de la nationalité a été abandonnée par le législateur de 1998 sur proposition des travaux de la mission Weil portant sur « les conditions d'application du principe du droit du sol pour l'attribution de la nationalité française »¹⁷⁷, elle a néanmoins marqué un tournant dans le droit de la

¹⁷⁶ *Être Français aujourd'hui et demain*, rap. préc., p. 87.

¹⁷⁷ P. WEIL, *Rapport au Premier ministre sur les législations de la nationalité et de l'immigration*, Paris, La documentation française, 1997.

nationalité en donnant une traduction juridique au désir de voir la place positive de la volonté revalorisée dans le droit de la nationalité.

Il est ainsi intéressant de relever que si la manifestation de volonté n'est plus exigée pour l'acquisition de la nationalité par droit du sol à 18 ans sous condition d'au moins cinq ans de résidence en France entre 11 et 18 ans, dès l'âge de 13 ans et jusqu'à 18 ans, le jeune étranger peut devancer la reconnaissance par l'État de sa qualité de Français et manifester sa volonté d'être Français avec l'autorisation de ses parents s'il a entre 13 et 16 ans¹⁷⁸. De même, la loi prévoit la faculté de décliner la qualité de Français pour l'enfant né en France, dans les six mois qui précèdent la majorité ou dans les douze mois qui la suivent, s'il prouve qu'il a la nationalité d'un État étranger¹⁷⁹. Malgré le fait objectif de rattachement, l'individu peut donc renoncer à sa nationalité française: une place est donc bien laissée à la volonté de l'intéressé¹⁸⁰.

Le débat ne semble à ce jour pas abandonné. Si la manifestation formelle de volonté n'est plus exigée, les réformes successives du droit de la nationalité semblent tendre vers une vérification accrue de la volonté de l'étranger d'adhérer à la communauté nationale plus que de l'existence d'un lien effectif entre l'État et l'individu.

¹⁷⁸ Art 21-7 et 21-11 du Code civil

¹⁷⁹ Article 21-8 du Code civil.

¹⁸⁰ Sur ce point v. P. LAGARDE, « La loi du 16 mars 1998 sur la nationalité : une réforme incertaine », *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 379.

Chapitre 2

Un renforcement de la conception subjective de la nationalité

Le terme de « communauté nationale », employé désormais par la loi pour désigner cette entité à laquelle appartient le nouveau national, révèle le double sens de l'acquisition de la nationalité. Il ne s'agit pas d'entrer simplement dans une société, c'est-à-dire un ensemble d'individus vivant ensemble dans un même espace, mais bien dans une « communauté » c'est-à-dire une entité unifiée. Cette conception, centrée principalement sur le caractère objectif du lien existant entre les individus et cette communauté, tend aujourd'hui à se subjectiviser et à placer l'individu au centre du processus de rattachement. Fondée sur des notions aléatoires et fluctuantes, elle s'avère délicate à mettre en œuvre (section 1) et entraîne une confusion progressive entre la figure du national et celle de l'étranger (section 2).

Section 1. Une conception délicate à mettre en œuvre

Parce que la naturalisation est supposée marquer l'entrée dans une *communauté*, et non pas uniquement dans la *société*, les postulants à la nationalité française doivent justifier d'une « assimilation », selon les termes de la loi¹, à la communauté française. Cette condition, reprise par le Code civil actuellement en vigueur, n'est pas définie de façon générale par la loi qui ne donne que des indices permettant d'établir l'assimilation ou son défaut. N'étant pas précisément définie, l'assimilation apparaît comme un critère risqué, sujet à des appréciations très diverses et susceptibles de faire glisser le droit de la nationalité dans une conception identitaire contraire à sa tradition (§ 1).

Si l'acquisition de la nationalité est initiée par l'expression par l'étranger d'une volonté de devenir Français, seule l'autorité publique peut, par décision discrétionnaire, attribuer la nationalité. Ainsi, comme le rappelle le Conseil d'État

¹ Article 21-24 du Code civil.

dans une jurisprudence constante², le fait de remplir les diverses conditions exigées par le droit de la nationalité ne donne aucun « droit » à l'acquisition de la nationalité qui demeure une « faveur ». La naturalisation est donc le résultat de la rencontre entre une volonté initiale et une souveraineté. Poussée à son extrême, cette conception peut dévoyer la notion de nationalité et fonder celle-ci sur une vision contractuelle et subjective dont le régime de déchéance de nationalité actuel semble donner une illustration (§ 2).

§ 1. L'assimilation : un critère risqué.

Conformément à l'article 21-24 du Code civil, l'assimilation conditionne la naturalisation. Il dispose ainsi que « nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République. ». La mention de la connaissance « des droits et devoirs conférés par la nationalité » a été ajoutée par la réforme du 26 novembre 2003³ et celle aux « principes et valeurs essentiels de la République » par la réforme du 16 juin 2011⁴.

La condition d'assimilation est appréciée au travers d'un ensemble d'éléments qui renvoie à un contexte social marqué par la question de l'intégration des étrangers et qui traduit la réceptivité du droit de la nationalité aux évolutions des débats d'ordre politique sur le lien qui doit unir les futurs nationaux à l'État. Elle trouve son origine dans la réglementation administrative de l'entre-deux guerres, puis dans celle du régime de Vichy⁵. Cependant, déjà dans le droit colonial, l'accès des indigènes à la citoyenneté supposait une assimilation aux mœurs françaises, ce qui est probablement à l'origine de l'introduction de la condition d'assimilation dans le droit actuel de la nationalité⁶. Elle apparaît ensuite dans l'Ordonnance du 19 octobre 1945 portant

² Nous citerons par exemple : C.E., 30 mars 1984, *Abecassis*, req. n° 40735, concl. Denoix de Saint-Marc.

³ 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, *J.O.* n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136.

⁴ Loi n°2011-672 du 16 juin 2011, précité.

⁵ Voir en ce sens : P. WEIL, *Qu'est ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Folio, 2005, p. 81.

⁶ Sur ce point v. Titre 1, chapitre 1, section 2.

Code de la nationalité⁷ puis dans le Code civil, sans pour autant recevoir de définition précise.

Dès 1949, le Conseil d'État tente de donner une teneur à cette condition en estimant que l'assimilation à la communauté française « devrait être appréciée compte tenu non seulement de la connaissance de la langue française, mais également de l'ensemble des éléments portés à la connaissance de l'autorité compétente »⁸. Il existera donc en la matière une grande complémentarité entre la jurisprudence et les textes administratifs.

Selon une Circulaire du 24 août 2011⁹ venue préciser les critères de la loi, l'assimilation en matière de naturalisation doit être appréciée au regard de différents éléments qui impliquent une observation approfondie du mode de vie du postulant. L'enquête menée doit permettre ainsi « d'apprécier l'opportunité d'accorder ou non la nationalité française au candidat à la naturalisation ». La notion d'assimilation repose sur deux volets : l'assimilation linguistique (A) et l'assimilation aux us et coutumes françaises ou plutôt, selon le droit positif actuel, aux « valeurs de la République », second volet plus que vague et propice aux dérives identitaires (B).

A. Une assimilation basée sur la maîtrise de la langue

Dans le droit de la nationalité, les exigences linguistiques répondent à un objectif : encadrer plus strictement l'octroi de la nationalité française. La condition linguistique correspond à une figure assez ancienne du droit de la nationalité mais elle a été récemment remaniée.

Traditionnellement, la langue joue un rôle fondateur dans la définition d'une nation, c'est pourquoi elle trouve logiquement sa place en droit de la nationalité. Le langage étant la base de tout rapport social, il devient un des indices de l'assimilation de l'étranger. Cette observation ne se limite pas au cas français. Aux États-Unis par exemple, le débat sur l'inscription de l'anglais dans l'ordre juridique fédéral se

⁷ Ordonnance n° 45/2447 du 19 octobre 1945 portant Code de la nationalité française qui disposait : « à la condition d'âge – 18 ans – le Code ajoute quatre conditions de recevabilité qui servaient auparavant comme simples critères d'évaluation des dossiers : la résidence effective, la moralité, l'assimilation et le bon état de santé ». Le Code de la nationalité sera ensuite réintroduit dans le Code civil par la loi du 22 juillet 1993.

⁸ C.E., 23 février 1949, *Albonico*, *Rec.* p. 572.

⁹ Circulaire n° NOR IOCN1114306C du 24 août 2011 relative au contrôle de la condition d'assimilation dans les procédures d'acquisition de la nationalité française.

retrouve régulièrement à l'ordre du jour du Congrès¹⁰. Les exigences linguistiques correspondent ainsi à un critère classique du droit de la nationalité.

Dans son ouvrage consacré à l'histoire du droit de la nationalité¹¹, Patrick Weil date les premières considérations relatives à la langue française des années 1920. Elles s'inscrivent alors dans un contexte marqué par « une approche que l'on peut qualifier de « raciste » qui émerge dans le champ des politiques d'immigration et de la nationalité. Elle est fondée sur l'hypothèse de degrés d'assimilabilité des étrangers selon leur origine, nationale, religieuse ou raciale, et veut imposer ces critères pour la sélection des naturalisés »¹². Sous le gouvernement de Vichy, qui souhaitait la mise en place d'une nouvelle législation de la nationalité, les services du ministère de la Justice proposent « de transformer en critères de recevabilité des éléments qui servaient jusqu'à présent à juger de la qualité d'un dossier » parmi lesquels « savoir parler et comprendre la langue française ».

A la Libération, en octobre 1944, instruction est donnée aux préfets de département de transmettre les dossiers au ministère de la justice, en donnant « la *priorité* aux dossiers de ceux qui ont participé à l'effort de guerre de la France soit dans nos armées, soit dans la Résistance, par eux-mêmes ou par leurs ascendants ou descendants, et à condition qu'ils soient complètement assimilés à nos mœurs et à nos usages et *qu'ils parlent couramment notre langue* »¹³. L'article 21-24 du Code civil est en filiation directe avec ces dispositions du Code de la nationalité. Il dispose ainsi que « nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française ».

Le Conseil d'État a eu l'occasion à plusieurs reprises de préciser le contenu de cette exigence de maîtrise de la langue. Les modifications législatives de 2003, qui font passer celle-ci d'une condition d'opposition du gouvernement à une condition de

¹⁰ Nous citons par exemple l'amendement déposé par le sénateur Inhoffe qui visait à insérer au chapitre 8 de la proposition de loi S. 2611 un paragraphe 161 disposant que « l'anglais est la langue nationale des États-Unis ». Cet amendement était par ailleurs accompagné de dispositions visant à préserver et revaloriser le rôle de la langue nationale, en particulier dans le cadre de procédure de naturalisation.

¹¹ P. WEIL, *Qu'est ce qu'un français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Folio, 2005.

¹² *Idem*, p. 13.

¹³ Cité par P. WEIL, *op. cit.*, p. 142.

recevabilité du dossier, ont conduit le juge à passer d'un contrôle restreint à un contrôle normal. En effet, les décisions d'irrecevabilité correspondant à une compétence liée du ministère relèvent d'un contrôle normal du juge, tandis que les décisions de rejet ou d'ajournement renvoyant à une compétence discrétionnaire sont soumises à un contrôle restreint.

L'appréciation de la langue ne revêt pas un caractère secondaire. Il existe un important contentieux généré par l'appréciation du niveau de français en droit de la nationalité et les indices sur lesquels se fonde le ministre étant les mêmes malgré les réformes législatives, la jurisprudence du Conseil d'État antérieure à la réforme de 2003 reste encore valable¹⁴.

L'analyse de ce contentieux fait apparaître une certaine continuité dans les décisions. Le juge a ainsi estimé qu'une postulante, qui avait une compréhension insuffisante de la langue française, ne savait ni lire ni écrire le français et était incapable de soutenir une conversation normale, ne remplissait pas les conditions d'assimilation linguistique¹⁵. De même, ne remplissait pas la condition d'assimilation linguistique une ressortissante britannique qui ne comprenait, ni ne parlait le français, alors même que la majorité des habitants français de la partie française de l'Île Saint Martin utilise habituellement la langue anglaise¹⁶. Le juge refuse également d'annuler les décisions d'irrecevabilité ou d'ajournement lorsqu'il est constaté que l'intéressé « ne parlait, ni ne comprenait, ni n'écrivait » le français ou qu'il ne parlait que « très peu » ou avec difficulté¹⁷, ou encore « qu'il ne pouvait soutenir qu'avec beaucoup de difficulté une conversation courante »¹⁸.

Un problème particulier s'est posé pour les postulants habitant les collectivités d'outre-mer, principalement la Guyane, et demandant leur naturalisation. En effet, le créole peut être, dans ces collectivités, la langue la plus couramment utilisée au quotidien. Un étranger venu s'installer a donc, dans les faits, plus de chances

¹⁴ C'est ce qu'affirme B. LEPLAT dans son article « Intégration républicaine et assimilation à la communauté française : quels enseignements peut-on tirer de la jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Nantes en matière de naturalisations ? », *LPA*, n° 161, 12 août 2004, p. 13.

¹⁵ C.E., 05 février 1986, *Ministre des affaires sociales c/ Mme Koualdia*, n° 66.278, *Tables Lebon* p. 529.

¹⁶ C.E., 23 septembre 1988, *Ministre des affaires sociales et de la Santé nationale c/ Mme Fleming*.

¹⁷ C.E., 12 avril 1995, *Tran Van*, n° 145723 ; C.E., 9 septembre 1996, *Bagayoko*, n° 161206 ou encore C.E., 8 janvier 1997, *Souvandy*, n° 168494.

¹⁸ C.E., 19 septembre 1994, *Aidara*, n° 138253.

d'apprendre à parler le créole dans sa vie quotidienne pour communiquer dans la société qu'il côtoie, plutôt que le français. Cependant, seule la maîtrise du français est prise en considération pour établir l'assimilation ou son défaut. Ainsi, dans une jurisprudence constante, le Conseil d'État a jugé qu'un postulant qui ne parlait que le créole et ne faisait preuve que d'un degré de compréhension moyen de la langue française, ne la parlait pas de façon intelligible et ne savait ni lire ni écrire le français, ne justifiait pas d'une assimilation suffisante au sens des dispositions du Code civil et ce même si le créole est habituellement utilisé dans la collectivité où il vit¹⁹.

Cette jurisprudence, manifestement fondée sur le principe de l'indivisibilité de la République et d'unicité du peuple français, n'est pas sans rappeler la décision du Conseil constitutionnel censurant la Charte des langues régionales et minoritaires en tant qu'elle « confère des droits spécifiques à des "groupes" de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de "territoires" dans lesquels ces langues sont pratiquées »²⁰. Si la jurisprudence du Conseil d'État en la matière est antérieure à celle du Conseil constitutionnel, leur rencontre atteste néanmoins d'une unité de la jurisprudence sur cette question : seul le français peut être reconnu comme la langue pratiquée sur le territoire et donc manifester d'un rattachement de l'individu à l'État et à la communauté nationale. C'est en ce sens que le Conseil rappelle que la Charte est contraire à la Constitution notamment parce qu'elle tend à reconnaître « un droit à pratiquer une langue autre que le français non seulement dans la "vie privée" mais également dans la "vie publique" »²¹. C'est donc bien l'unité de la langue en tant que signe de rattachement à une entité collective qui doit être prise en compte.

Cet état du droit sera néanmoins peut-être appelé à être modifié. En effet, un communiqué de presse du Conseil des ministres du 31 juillet 2015 annonçait la présentation d'un projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte

¹⁹ C.E., 7 novembre 2001, *Mme Altagracia X.*, req. n° 212057, concl. De Silva.

²⁰ Cons. const., n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, *J.O.* du 18 juin 1999, p. 8964, *Recueil*, p. 71, cons. 10 : « Considérant qu'il résulte de ces dispositions combinées que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des "groupes" de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de "territoires" dans lesquels ces langues sont pratiquées, porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français ».

²¹ Cons. 11 : « Considérant que ces dispositions sont également contraires au premier alinéa de l'article 2 de la Constitution en ce qu'elles tendent à reconnaître un droit à pratiquer une langue autre que le français non seulement dans la "vie privée" mais également dans la "vie publique", à laquelle la Charte rattache la justice et les autorités administratives et services publics ».

européenne des langues régionales ou minoritaires. Le Conseil d'État, saisi pour avis le 24 juin de ce projet de loi constitutionnelle avait estimé, dans la continuité de sa jurisprudence, que « la faculté de ratifier la Charte donnée par la nouvelle disposition constitutionnelle aurait introduit dans la Constitution une incohérence entre, d'une part, les articles 1er, 2 et 3 qui affirment les principes constitutionnels mentionnés dans la décision du Conseil constitutionnel du 15 juin 1999 et sont *un fondement du pacte social dans notre pays* »²². La ratification de la Charte, si elle a lieu²³, pourrait donc avoir une conséquence directe sur l'appréciation de la condition de maîtrise de la langue telle qu'elle est actuellement appliquée en droit de la nationalité, conduisant le juge à admettre que la maîtrise du créole dans les territoires où est il couramment pratiqué tant dans la sphère privée que dans la sphère publique peut être comprise comme manifestant un rattachement effectif à la communauté nationale²⁴.

Mais le juge ne contrôle pas uniquement le critère lui-même. Il arrive également qu'il considère que l'appréciation faite par les services administratifs de la condition linguistique soit insuffisante et donc de nature à entraîner une annulation de la décision de refus. Ainsi, dans un arrêt du 27 octobre 2000, le Conseil d'État a pu juger que « la connaissance de la langue française » de la requérante « fait l'objet d'appréciations contradictoires ne permettant pas d'établir qu'elle avait une connaissance insuffisante du français » et, qu'en outre, « eu égard à ses activités professionnelles et aux stages d'alphabétisation auxquels elle a participé, dont la

²² Conseil d'État, Assemblée générale, Section de l'intérieur, Séance du jeudi 30 juillet 2015, Avis n° 390.268, point 4, nous soulignons.

²³ L'adoption du projet de loi constitutionnelle semble en effet compromise compte tenu de son rejet par le Sénat le 27 octobre 2015. Pour un exposé des raisons de ce rejet v. P. BAS, *Rapport n° 52 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, enregistré à la Présidence du Sénat le 14 octobre 2015.

²⁴ Il faut néanmoins souligner que, dans le projet de loi constitutionnelle, le constituant a envisagé d'insérer une réserve d'interprétation affirmant qu'elle n'interprétait pas la Charte comme conférant des droits collectifs aux locuteurs des langues régionales et minoritaires, n'allant ainsi pas à l'encontre du principe d'usage officiel du français énoncé par l'article 2 de la Constitution. Si elle était adoptée, cette réserve, qui été jugée contraire au droit international par le Conseil d'État en tant qu'elle « contredit l'objet de la Charte qui vise, dans des stipulations qui, en vertu de l'article 21 de ce traité, ne peuvent faire l'objet de réserves, à donner des droits aux groupes de locuteurs de langues régionales ou minoritaires et à permettre à ces locuteurs d'utiliser leur langue dans la sphère publique », constituerait un obstacle à la nouvelle appréciation envisagée de la condition de maîtrise de la langue en matière d'acquisition de la nationalité.

réalité est attestée », elle « ne pouvait, à la date du décret attaqué, être regardée comme insuffisamment assimilée »²⁵.

L'on remarque dans cette décision que le Conseil d'État, pour son appréciation, tient compte également des indices apportés par le milieu familial du postulant. Ainsi, le Conseil a déjà pu utiliser l'argument selon lequel une postulante avait peu de contacts avec le milieu français et s'exprimait en turc avec sa famille²⁶. L'assimilation linguistique, d'après cette jurisprudence, correspond principalement à une capacité à communiquer avec son entourage en français et à comprendre et suivre parfaitement une conversation courante.

Les évolutions du droit de la nationalité sont le plus souvent liées aux circonstances économiques, sociales et politiques : besoin d'hommes dans l'armée, déficit démographique, ou intégration des travailleurs immigrés après la seconde guerre mondiale. Le précédent gouvernement avait fixé pour objectif de lutter contre les mariages de complaisance en s'assurant de la volonté du postulant d'intégrer la communauté nationale²⁷.

Dans cette logique, les lois du 26 novembre 2003 et du 24 juillet 2006 ont apporté des modifications au droit de la nationalité concernant précisément la maîtrise de la langue française. La condition linguistique posée par la loi de 2006²⁸ à l'acquisition de la nationalité par le mariage et résultant d'un article additionnel déposé lors du passage du texte devant le Sénat, « tend explicitement à faciliter l'intégration des conjoints étrangers en confortant le respect de la condition d'assimilation qui est au cœur de la tradition française d'accès à la nationalité française »²⁹. Mais telle que présentée par le législateur, cette condition infléchit en réalité la direction générale de la politique migratoire dans le sens d'une relation contractuelle : au terme de ce « contrat social » passé entre l'étranger et la France, la

²⁵ C.E., 27 octobre 2000, n° 179411.

²⁶ C.E., 20 novembre 1991, *Mme Arici*, n°110377.

²⁷ Voir en ce sens : T. MARIANI, *Rapport sur le projet de loi relatif à l'immigration et à l'intégration*, n° 3058, Ass. nat., 26 avril 2006, p. 171.

²⁸ Article 79 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 précité : « Le conjoint étranger doit en outre justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française ».

²⁹ J.-P. COURTOIS, *Rapport sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France*, Sénat, n° 1, 1^{er} octobre 2003, p. 196.

nationalité est conférée en échange de l'assurance que les conditions de l'intégration, dont la maîtrise de la langue, sont remplies³⁰.

Désormais, en vertu de l'article 21-2 du Code civil tel qu'issu des lois de 2003 et 2006, le défaut d'assimilation linguistique, qui constituait une cause d'opposition du gouvernement à l'acquisition de la nationalité se transforme en condition de recevabilité du dossier. En matière de déclaration de nationalité, ce changement de statut de la langue française a tout d'abord une conséquence contentieuse. En effet, le contentieux de la recevabilité des déclarations de nationalité à raison du mariage relève du juge judiciaire, alors que les litiges portant sur les décrets d'opposition à l'acquisition de la nationalité française par un conjoint de Français sont de la compétence du Conseil d'État³¹. Ensuite, les conditions de mise en œuvre de cette exigence accrue de maîtrise de la langue française sont de nature à creuser les inégalités de traitement entre les différents dossiers de demande de naturalisation. En effet, le test de français, instauré le 1^{er} janvier 2012, n'est plus effectué par les Préfectures³². Désormais, « il appartient à l'étranger de justifier de son niveau de connaissance de la langue française par la production d'un diplôme ou d'une attestation »³³. L'évaluation du niveau de langue n'est donc plus assurée lors de l'entretien individuel avec un agent de la préfecture ou du consulat, qui n'est plus appelé qu'à détecter une fraude éventuelle.

La délégation du test de langue à des organismes privés ou publics semble fortement discutable. L'appréciation des critères que l'État fixe pour le choix de ses nationaux n'étant plus assurée par l'État lui-même mais par des organismes publics ou privés, elle est plus coûteuse pour le postulant, potentiellement inégalitaire et dissuasive³⁴.

³⁰ C'est ce que soutiennent F. BELLIVIER et J. ROCHFELD dans leur Chronique de législation française, *RTD civ.*, 2004, p. 149.

³¹ Il sera d'ailleurs nécessaire de revenir sur la pertinence d'une telle répartition des compétences juridictionnelles en matière de naturalisation, en la mettant en parallèle avec celle de la répartition juridictionnelle en matière d'entrée, de séjour et de sortie du territoire des étrangers.

³² C'est ce qui résulte de la circulaire NOR IOCN1132114C du 30 novembre 2011 relative au niveau de connaissance de la langue française requis des postulants à la nationalité française.

³³ Point 1.3 de la circulaire précitée.

³⁴ Lors de l'observation que nous avons menée au cours du mois de juillet 2015 à la Sous-Préfecture de Torcy, plateforme départementale de naturalisations depuis le 1^{er} avril 2015, les agents en charge du traitement des dossiers de naturalisation ont mis en avant les difficultés posées par cette délégation de l'évaluation de la langue à des organismes principalement privés. Ils relèvent notamment que certains organismes, sensés notamment avoir dispensé une formation linguistique, délivrent à prix

Le texte de la circulaire met en avant l'objectivité d'une telle évaluation face au caractère potentiellement subjectif de l'entretien individuel avec un agent de la préfecture. Mais la solution à cette question, qui effectivement se pose, ne devrait pas être la délégation de l'évaluation à des organismes tiers, mais sa prise en charge par les services de l'État à travers, par exemple, l'organisation d'épreuves communes à tous les postulants par la Préfecture en charge du traitement des dossiers.

Après le durcissement du test de français en janvier 2012, la circulaire du 16 octobre 2012³⁵ ainsi que le décret du 30 août 2013³⁶ tendent à assouplir les conditions. Mais leurs dispositions sont légères et semblent insuffisantes. Si elles précisent que le niveau exigé est toujours celui d'une classe de troisième et dispensent certaines catégories de postulants de la production d'un diplôme ou de l'attestation en remettant l'évaluation de leur niveau de langue à l'agent en charge du dossier³⁷, elles ne reviennent pas sur le principe d'une organisation de l'évaluation du niveau de langue par des organismes externes qui constitue pourtant un enjeu majeur de la politique de naturalisation dans la mesure où, nous l'avons vu, la maîtrise de la langue est désormais un critère de recevabilité du dossier.

coûteux pour les postulants des attestations sans lien avec leur niveau réel de maîtrise de la langue. Cette constatation a été confirmée par le rapport de l'Inspection générale de l'administration remis en novembre 2013 qui relève « des situations dans lesquelles le niveau linguistique constaté au cours de l'entretien d'assimilation n'est pas cohérent avec le diplôme ou l'attestation fourni ». Les agents font ainsi part de doutes quant à la qualité des tests linguistiques délivrés par des organismes certifiés, ce constat s'expliquant d'après le rapport de l'inspection générale « par une absence d'encadrement des quatre organismes certificateurs retenus en 2011 ».

³⁵ Circulaire INTK1207286C du 16 octobre 2012 relative aux procédures d'accès à la nationalité française.

³⁶ Décret n° 2013-794 du 30 août 2013 portant modification 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, *J.O.* n° 0202 du 31 août 2013, p. 14794.

³⁷ Le décret du 30 août 2013 « dispense de l'obligation de produire un diplôme ou une attestation les personnes titulaires d'un diplôme délivré dans un pays francophone à l'issue d'études suivies en français ainsi que celles souffrant d'un handicap, d'un état de santé déficient chronique ou âgées de plus de soixante ans. Il prévoit que le niveau linguistique de ces personnes ainsi que celui des personnes ayant produit une attestation justifiant d'un niveau inférieur au niveau B1 sera évalué à l'occasion de leur entretien individuel avec un agent de préfecture ».

B. Le respect des valeurs de la République : un critère fluctuant

Selon la Circulaire du 27 juillet 2010³⁸, le socle de l'assimilation est composé par ce que les pouvoirs publics ont défini comme étant des « valeurs de la République française ». Parmi ces valeurs figure l'égalité des hommes et des femmes, à laquelle portent atteinte les comportements dits d'autorité abusive consistant au confinement des épouses, au mariage forcé des filles ou à l'interdiction qui leur serait imposée de suivre des études ou de bénéficier d'une formation, jusqu'à désigner les attitudes quotidiennes tel le refus de la part d'un homme de serrer la main d'une femme³⁹. La Circulaire précise ensuite certains éléments à apprécier : tout d'abord, seront considérés comme révélatrices d'un défaut d'assimilation une attitude intolérante ou discriminatoire fondée notamment sur des critères de race, de religion, ou de nationalité tels que le dénigrement de certaines communautés ou l'appartenance à des mouvements radicaux prônant l'action violente. Ensuite, sont mises en avant les « pratiques radicales de la religion » ainsi que le « mode de vie non conforme aux us et coutumes ». Si ce second élément est classique depuis l'Ordonnance de 1945 et a fait l'objet d'une jurisprudence précise du Conseil d'État (1), le premier, lié aux circonstances politiques contemporaines et à la résurgence du débat sur la laïcité, a en revanche été ajouté récemment (2).

1. L'exigence d'un mode de vie conforme aux us et coutumes

Le mode de vie conforme aux us et coutumes renvoie essentiellement à deux éléments qui ont été précisés par le Conseil d'État : le refus de la situation de polygamie et les liens avec la communauté française.

Dans la Circulaire du 27 juillet 2010, et ce point n'est pas remis en cause par la récente Circulaire du 16 octobre 2012, il est explicitement affirmé que les comportements contraires à l'ordre public tels que la polygamie pourront fonder une décision d'irrecevabilité sur le fondement de l'article 21-24 du Code civil. Le Conseil d'État a d'abord admis sans difficulté le défaut d'assimilation lorsque le postulant avait opté pour le régime polygamique et était effectivement marié avec plusieurs

³⁸ Circulaire n° NOR IMIC1000113C du 27 juillet 2010 relative à la procédure de déconcentration de la procédure d'acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique.

³⁹ Circulaire n° NOR IMIC1000113C du 27 juillet 2010, précitée.

épouses⁴⁰. Mais pendant longtemps, l'administration avait considéré qu'une décision d'irrecevabilité pouvait être opposée au postulant à la nationalité marié sous le régime de la polygamie mais n'étant marié dans les faits qu'avec une seule femme. Cette position avait été suivie par les tribunaux administratifs de Paris et de Nantes qui avaient estimé que cette règle devait s'appliquer également dans les cas d'un postulant marié à une personne unique mais sous le régime de la polygamie⁴¹. Dans trois arrêts rendus le même jour, le Conseil d'État a censuré cette interprétation⁴². Il a considéré que l'administration ne pouvait pas opposer le défaut d'assimilation au sens de l'article 153 du Code de la nationalité⁴³ au postulant à la réintégration de la nationalité française, marié sous le régime polygamique de droit commun dans son pays d'origine et n'ayant pas ultérieurement opté pour un régime monogamique, car l'absence d'une telle option, alors qu'il n'était pas contesté que l'intéressé était monogame, n'établissait pas à elle seule le défaut d'assimilation.

Si l'article 153 sur lequel repose l'arrêt du Conseil d'État a été abrogé, cette jurisprudence de principe garde toute son importance, notamment dans la condition d'appréciation de l'assimilation dans le sens de l'article 21-24 du Code civil et de la circulaire s'y rapportant. En effet, « dès lors que l'argument tiré par l'administration du mariage potentiellement polygamique se greffait sur la notion d'assimilation de l'étranger à la communauté nationale, le rejet de cet argument par le Conseil d'État vaut pour toutes les situations où notre droit de la nationalité fait de l'assimilation une condition, positive ou négative, d'accès à la nationalité française »⁴⁴. Par conséquent, un décret d'opposition à l'acquisition de la nationalité fondé uniquement sur l'existence d'un mariage, qui *de fait* n'est pas polygamique, devrait être annulé.

À côté de cette question du mariage polygamique se pose la question des « liens avec la communauté française », second indice de l'assimilation aux us et coutumes. Cette condition renvoie tout d'abord à l'idée que le candidat à la

⁴⁰ V. par exemple : C.E., 11 mars 1988, *M. Diagne*, n° 79172 ou encore C.E., 28 juillet 1989, *M. Kaita*, n° 78544.

⁴¹ V. TA Paris, 01 février 1990, *Mme Webina-Orombia*, n° 69898/4 ou encore TA Nantes, 23 mai 1990, *M. Makan Kanoute*, n°98.2076, note P LAGARDE, *R.C.D.I.P.*, 1990, p. 975.

⁴² C.E. Sect., 11 février 1994, *M. Webina-Orombia*, n° 116722 ; *Mme Webina-Orombia*, n° 120902 ; *M. Kanoute*, n° 117969 ; concl. R. ABRAHAM, note P. LAGARDE, *R.C.D.I.P.*, n° 83, 1994, p. 320.

⁴³ Cet article a été ensuite abrogé par la loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité.

⁴⁴ P. LAGARDE, note précitée, p. 320-321.

nationalité française doit fixer en France « de manière stable le centre de ses intérêts ». Et dans ce domaine, l'exigence d'un lien avec la France, ici entendue comme *communauté* française, dépasse les simples considérations matérielles dont peut se prévaloir le candidat⁴⁵. Faute de remplir cette condition, certes pour le moins indéterminée et donc à l'origine d'un contentieux fourni, la demande de naturalisation ne peut qu'être rejetée. Comme le confirme le Conseil d'État dans un arrêt du 19 juillet 2010, l'intéressé doit démontrer qu'il entretient avec la France un lien autre que matériel, établi par un faisceau d'indices. Pour confirmer le rejet de la demande de naturalisation, le Conseil d'État met ainsi en avant deux manquements du requérant : tout d'abord il n'a pas fixé le centre de ses attaches familiales en France dans la mesure où son épouse suisse vit et travaille en Suisse ; ensuite il exerçait une activité professionnelle en Suisse, où se concentrait donc le centre de ses intérêts matériels.

Mais la vérification des liens avec la communauté française se fait également à travers l'appréciation des liens entretenus par l'étranger souhaitant acquérir la nationalité française avec son État d'origine. Si « une rupture totale des liens avec le pays d'origine ne saurait être exigée », « l'administration peut vérifier, sous le contrôle du juge, que le maintien de tels liens ne trahisse pas un attachement excessif à ce pays et ne révèle pas, symétriquement, une assimilation insuffisante à la communauté française »⁴⁶. Un tel critère paraît cependant difficile à évaluer et l'appréciation devra se faire nécessairement au cas par cas.

L'administration, et le cas échéant le juge, observera ainsi les relations personnelles et familiales de celui qui demande la nationalité, notamment la fréquentation régulière de ressortissants français ou le fait que la famille vive en France ou non. De tels éléments sont utilisés afin de faire une sorte « d'évaluation globale et multi-critères de l'assimilation de l'étranger, tant il est vrai qu'ils constituent une condition essentielle de l'insertion sociale de l'intéressé »⁴⁷. Cependant, ils pourraient être rattachés à la condition de résidence en France exigée

⁴⁵ V. en ce sens : V. TCHEN, « La condition d'intégration à la société française », *Droit administratif*, n° 11, novembre 2010, comm. 145.

⁴⁶ B. LEPLAT, « Intégration républicaine et assimilation à la communauté française : quels enseignements peut-on tirer de la jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Nantes en matière de naturalisations ? », *LPA*, n° 161, 12 août 2004, p. 13.

⁴⁷ B. LEPLAT, précité.

par l'article 21-16 du Code civil qui a déjà pour but de vérifier le rattachement effectif à la communauté nationale à travers la vie en son sein. En ajoutant à la condition de résidence la « vérification des liens avec la communauté française », le droit en fait une condition autonome dont l'appréciation, qui ne dépend plus que de la constatation objective de la résidence mais d'une évaluation générale de la situation personnelle et familiale, pose de sérieuses questions de preuve.

Le législateur ne définissant pas le contenu d'une telle exigence, il revient au juge de contrôler l'appréciation de l'administration. La Cour administrative d'appel de Nantes a ainsi jugé que la circonstance que « l'intéressé participait activement à des actions communautaristes ayant pour objet de maintenir les particularismes de la communauté chinoise de certains quartiers de Paris » était de nature à justifier le rejet de la demande de naturalisation. Elle a également jugé que le simple fait pour un étranger de choisir de faire célébrer son mariage par le consul de son pays plutôt que par le maire de sa commune de résidence pouvait justifier un ajournement ou un rejet de la demande de naturalisation. Il est donc évident que l'appréciation d'un tel critère étant discrétionnaire, elle peut s'attacher à des indices différents de liens avec la communauté, multipliant les interprétations et le risque d'arbitraire.

Il est ainsi perceptible qu'entre ces deux exemples de fondement du rejet de demande de naturalisation, il existe une nette différence de degré dans le manque de lien avec la communauté française. Pourtant ils ont tous deux justifié le refus de naturalisation. Un des problèmes les plus délicats est évidemment celui de la preuve. Dans les cas où la décision de rejet du ministre, aujourd'hui du préfet, repose sur l'appartenance ou le soutien de l'intéressé à des mouvements qui préconisent des actions violentes ou qui prônent le rejet de « valeurs essentielles de la société française », la question qui se pose est celle du crédit qu'il convient d'accorder aux éléments sur lesquels s'est fondée l'administration pour estimer que l'intéressé était membre ou sympathisant actif d'un tel mouvement⁴⁸. Dans certains cas, l'Administration peut faire état de faits précis mais dans d'autres elle ne fournit que des rapports de services de police qui souvent sont trop synthétiques pour des raisons de sécurité ou trop imprécis.

⁴⁸ En ce sens v. B. LEPLAT, précité.

2. La « pratique radicale de la religion » : nouvel indice d'un défaut d'assimilation.

Dans la Circulaire d'octobre 2012, il est fait allusion aux dérives de la pratique religieuse qui sont incompatibles avec certaines valeurs de la République et donc constitutives d'un défaut d'assimilation. Elle rappelle en cela la Circulaire du 24 février 2005⁴⁹ qui se référait déjà expressément à « l'appartenance à des mouvements prônant une pratique radicale de la religion ».

Ces deux Circulaires invitent à appréhender les comportements des candidats ayant leur source dans les convictions religieuses et qui constitueraient en eux-mêmes des indices du « non-respect des valeurs essentielles de la communauté française ». L'ajout de cette référence aux pratiques religieuses radicales est évidemment lié à la résurgence sur la scène politique de la question du port du voile par les femmes de confession musulmane. À partir de la fin des années 1980, le port du voile devient une préoccupation majeure pour l'administration chargée de l'acquisition de la nationalité. La question posée est alors la suivante : le port du voile constitue-t-il un défaut d'assimilation pouvant motiver un rejet ou un ajournement de la demande d'acquisition de la nationalité ? Pour répondre à cette question, l'administration a eu du mal à fixer une « doctrine claire et largement diffusée »⁵⁰. L'absence de directives claires sur l'application à faire des dispositions législatives conduit l'administration à fixer elle-même la doctrine à suivre. Ce n'est qu'avec l'intervention du Conseil d'État en la matière que la « doctrine » à suivre concernant le port du « foulard islamique » sera fixée.

La première décision majeure est rendue le 23 mars 1994⁵¹. Dans son considérant unique, le Conseil d'État affirme que le seul fait pour une femme de porter le « foulard islamique » ne peut fonder la décision de refus de naturalisation de son époux. Cette circonstance ne peut pas être invoquée par l'administration pour défaut d'assimilation car selon le Conseil d'État, le port du « foulard islamique » n'est pas de nature à établir un refus d'adhésion aux « valeurs de la République » et donc un refus d'assimilation.

⁴⁹ 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, *Bulletin officiel du ministère chargé des affaires sociales*, n° 2005/3 p. 272-276.

⁵⁰ A. HAJJAT, *Les frontières de l'« identité nationale » : l'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*, La découverte, 2011, p. 212.

⁵¹ C.E., 23 mars 1994, n° 116144, concl. R. ABRAHAM.

Malgré la clarté de la jurisprudence du Conseil d'État, une distinction reste opérée par l'administration entre « bon » et « mauvais » foulard. C'est dans cette logique que la Circulaire du 12 mai 2000 de la Direction population et migration⁵² commande aux agents d'interroger les candidates sur la « signification » de leur voile. Le but d'une telle démarche serait de différencier « le port du foulard traditionnel en usage notamment dans les pays du Maghreb, 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 ». Cette circulaire prend donc manifestement en compte la jurisprudence administrative alors en vigueur tout en essayant de la combiner avec d'autres principes à défendre tels que l'égalité homme-femmes ou la liberté individuelle.

L'équilibre est évidemment difficile à trouver et les choix politiques en la matière sont toujours délicats tant il est difficile, dans un État laïque, d'intervenir en matière de croyances et pratiques religieuses. Il s'agit en effet de ne pas basculer, en règlementant les conditions du défaut d'assimilation pour port visible d'un signe religieux, dans un ethnocentrisme ou une « ethnicisation » contraires aux principes de la naturalisation en France et une vision fermée de l'homogénéité de la communauté nationale. C'est principalement pour éviter cette dérive du critère de l'assimilation fondé sur le respect des « valeurs essentielles de la République » que le Conseil d'État a rendu le 27 juin 2008 une décision fondée non sur le port de signe religieux en lui-même mais sur le respect de l'égalité des sexes⁵³.

En l'espèce, le Conseil avait à connaître d'une décision de refus de naturalisation pour défaut d'assimilation sur la base de l'article 21-4 du Code civil. Dans son second considérant, le Conseil déclare que la requérante, même si elle remplit la condition de maîtrise du français, « a cependant 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 ; qu'ainsi, elle ne remplit pas la condition d'assimilation posée par l'article 21-4 précité du Code civil ». Deux remarques sont à tirer de ce considérant majeur du Conseil d'État.

⁵² Circulaire DPM n° 2000-254 du 12 mai 2000 relative aux naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de nationalité française, *Bulletin officiel du ministère chargé des affaires sociales* n° 2000/27 p. 649-692.

⁵³ C.E. Sect., 27 juin 2008, *Mme Faiza*, n° 286798, concl. E. PRADA BORDENAVE.

Tout d'abord, le terme de « foulard » ou « voile » n'est pas mentionné. Le Conseil choisit ainsi de ne pas fixer le considérant et donc la règle qu'il s'apprête à poser sur un seul type de signe religieux ou sur une communauté précise, évitant ainsi les possibles discriminations fondées sur la religion.

Ensuite, il choisit de fonder sa décision non pas sur le port du signe religieux en lui-même, ce qui aurait contredit partiellement sa décision de principe de 1994, mais sur la violation, par une pratique religieuse « radicale », du principe d'égalité des sexes qui fait partie, selon le Conseil, des « valeurs essentielles de la communauté française ». Ainsi, le juge administratif choisit l'argument de la pratique « radicale » de la religion et illustre dans le même temps ce qu'il faut entendre par « valeurs essentielles de la communauté française ». Il y a donc, dans cet arrêt, un apport majeur : une première définition de la notion de « valeurs essentielles de la communauté française », notion potentiellement dangereuse dans les dérives identitaires qu'elle peut engendrer et que le Conseil ramène ici à des principes plus palpables tels que le principe d'égalité des sexes. Nous pouvons *a priori* penser qu'il s'agit du principe d'égalité entre les sexes affirmé par l'alinéa 3 du Préambule de 1946, même si le Conseil ne fonde sa décision que sur les termes législatifs de « valeurs essentielles de la communauté française ». Il faut par ailleurs relever que la référence au principe d'égalité dans cet arrêt n'est pas sans rappeler la logique des rares cas d'utilisation du pouvoir de police administrative en vue de protéger les personnes contre elles-mêmes⁵⁴. En réalité, le juge apprécie ici, au prisme de la religion, le comportement de l'intéressé, ce qui donne un écho particulier à la décision.

Le juge administratif procède en l'espèce à une interprétation des dogmes religieux, « situation à laquelle le juge de la République laïque n'est pas accoutumé » et qui « l'expose à la contestation »⁵⁵. En se référant à une « pratique radicale de la religion », expression reprise dans la circulaire de 2011 déjà citée, le Conseil a

⁵⁴ Cet arrêt du 27 juin 2008 n'est ainsi pas sans rappeler les arrêts du 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n^{os} 136727 et 143578, concl. FRYDMAN relatifs à la dignité de la personne humaine dans lesquels le Conseil d'État avait jugé fondé un arrêté municipal visant à interdire la pratique du lancer de nains alors même que les individus en cause consentaient à cette pratique qui, selon le juge, portait atteinte « à la dignité de la personne humaine ». Le juge a donc accepté l'invocation d'un principe de protection en vue de protéger les personnes contre elles-mêmes et contre leurs pratiques « auto-discriminatoires ».

⁵⁵ FORNEROD A., « Religion et acquisition de la nationalité française », *RDP*, n^o 3, 2009, p. 715.

clairement rattaché la conception de l'égalité hommes-femmes aux convictions religieuses de l'intéressée. En principe, 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 »⁵⁶.

Or, en matière de nationalité, c'est précisément ce qui incombe à l'administration et le cas échéant au juge s'il est saisi : ils doivent mesurer l'adhésion de la personne souhaitant acquérir la nationalité française aux principes et valeurs de la communauté nationale à travers son comportement, ce qui les conduit à juger les valeurs que l'individu a faites siennes. Le fait de qualifier la pratique religieuse de « radicale » implique déjà une appréciation portée sur le contenu de la religion professée. La pratique radicale de l'Islam a été évoquée dans les travaux de la Commission de la nationalité⁵⁷ et l'expression elle-même figure déjà dans la Circulaire du 24 février 2005.

Comme le souligne M. Nicolas Chauvin à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, *Dahlab*, « une fois admis le principe de l'appréciation des dogmes au regard des valeurs de la Convention, le problème qui surgit est celui de l'appréciation correcte des signes et des comportements »⁵⁸. Le juge ayant emprunté la voie de l'interprétation des pratiques religieuses, va se trouver aux prises avec cette délicate distinction entre les comportements, plus difficile à apprécier que l'appartenance à des mouvements extrémistes ou violents.

3. Un critère facteur d'hétérogénéité dans l'appréciation des dossiers

Lors de notre observation au sein de la Sous-Préfecture de Torcy, plateforme départementale de naturalisation depuis le 1^{er} avril 2015, les agents préfectoraux en

⁵⁶ E. FOREY, *État et institutions religieuses, Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, PUS, 2007, notamment p. 56.

⁵⁷ M. LONG, *Être français aujourd'hui et demain*, t. 2, p. 49.

⁵⁸ N. CHAUVIN, « Le port du voile islamique par une enseignante : à propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, *Dahlab* », *RFDA*, 2003, p. 536.

charge des dossiers d'acquisition de la nationalité ont mis en avant les difficultés liées à l'appréciation du critère d'assimilation. Cette situation s'explique notamment par les évolutions législatives et réglementaires successives mais aussi par la difficulté inhérente à la définition même de la notion d'assimilation.

La conduite de « l'entretien d'assimilation » doit se faire, selon les textes⁵⁹, sur le mode d'une conversation visant à apprécier la condition d'assimilation à travers la connaissance de l'histoire, de la culture et de la société française. Pourtant, il est constitué le plus souvent d'une série de questions posées par l'agent qui suit les rubriques du formulaire pré-rempli mis en place par la Sous-direction de l'accès à la nationalité. Les questions posées lors de cet entretien portent alors sur les spécialités culinaires françaises, les monuments de Paris, une brève chronologie de l'histoire de France ou encore les chanteurs français⁶⁰.

Malgré les instruments délivrés par la sous-direction de l'accès à la nationalité française visant à uniformiser les pratiques préfectorales, il reste difficile de saisir précisément la différence entre ce critère de l'assimilation et celui du respect de l'ordre public, tant le sentiment est palpable qu'en-dehors des cas extrêmes de pratique radicale de la religion ou de polygamie les autres éléments ne peuvent fonder une décision défavorable.

À travers ces constatations, c'est donc la pertinence même du critère qui doit être questionnée. En dehors de la langue et du respect de l'ordre public, qui peuvent en réalité être des conditions juridiques autonomes de celle de « l'assimilation », il ne semble pas y avoir d'élément fixe et objectif sur lequel fonder l'appréciation. La notion même d'assimilation, tant elle est fuyante, ne peut être davantage précisée par

⁵⁹ Circulaire du 16 octobre 2012, précitée.

⁶⁰ Nous avons ainsi pu relever, à titre d'exemple, les questions suivantes : concernant l'intégration sociale, il est demandé à l'agent de porter une appréciation sur les liens entretenus par le postulant avec son pays d'origine, notamment au regard de la régularité avec laquelle il s'y rend. Sur la question des « connaissances de l'histoire, de la culture, de la société française et des droits et des devoirs du citoyen » il a pu être demandé au postulant : « Quel est le rapport de l'État à la religion ? », « Connaissez-vous l'histoire de France ? », « Qu'a fait en partie Louis XIV, quel monument ? », « Quels sont les monuments historiques à visiter à Paris ? », « Quel est la durée du mandat du Président ? », « Où se trouve le bureau du Premier ministre ? » ou encore « Quels sont les plats typiquement français ? », « Est-ce que vous en cuisinez chez vous ? ». Les agents rencontrés mettent par ailleurs en avant le fait que les postulants ne doivent pas être informés explicitement par les services préfectoraux de la tenue d'un tel entretien : afin que les réponses « soient les plus spontanées et les plus sincères possibles », il faut éviter qu'ils ne « travaillent leurs réponses, qu'ils potassent » avant l'entretien.

les textes, rendant impossible la rationalisation des appréciations rendues par les agents instructeurs.

La volonté politique de renforcer la vérification de l'adhésion de l'individu à la communauté nationale, de la transformation de son identité d'origine en une « identité nationale » a conduit à mettre en place un critère qui ne peut être vérifié et qui donne donc lieu à des pratiques disparates, parfois désuètes et peu à la hauteur de ce que devrait être une procédure d'acquisition de la nationalité. L'observation du devenir d'un tel critère au sein des services chargés de l'apprécier permet ainsi d'apprécier les dérives inhérentes à la subjectivisation d'un droit tel que celui de la nationalité.

§ 2. La procédure de déchéance de nationalité, révélateur de la vision contractuelle de la nationalité

L'article 1^{er} de la Constitution suppose qu'il n'existe pas de différence entre ceux qui possèdent la nationalité française, qu'ils l'aient acquise ou qu'ils l'aient de droit. L'application la plus remarquable de ce principe au statut des nationaux s'est faite à l'occasion de l'examen par le Conseil constitutionnel de la loi sur la répression du terrorisme de 1996 qui visait, notamment, à étendre les cas de déchéance de nationalité⁶¹. En rendant sa décision, le Conseil a non seulement approuvé la rédaction de l'article 25 en faisant une application « originale » du principe d'égalité entre les nationaux (A), mais il a également, par son interprétation, encouragé en filigrane une définition constitutionnelle de la nationalité qui semble favoriser une définition contractuelle, et donc subjective, de celle-ci (B).

A. Une application singulière du principe constitutionnel d'égalité entre les nationaux

L'article 25 du Code civil permet, par décret pris sur avis conforme du Conseil d'État, de retirer la nationalité française aux personnes qui ont acquis cette nationalité

⁶¹ Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 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.

et qui se sont rendues coupables des infractions limitativement énumérées par la loi⁶², à condition que les faits qui leur sont reprochés se soient produits dans un délai de dix ans à compter de la date d'acquisition de la nationalité française.

1. Une lecture établie par la décision du 16 juillet 1996

La déchéance de nationalité est une procédure issue de la loi de 1915 relative au rapport des décrets de naturalisation⁶³, et qui a par la suite été étendue et généralisée par la loi du 10 août 1927⁶⁴. Visant à priver un individu de sa nationalité à titre de sanction, elle ne peut être prise que sur avis conforme du Conseil d'État et est encourue lorsque l'intéressé a été condamné pour un certain nombre d'infractions énumérées à l'article 25 du Code civil et qui renvoient toutes à des actes préjudiciables aux intérêts de l'État.

⁶² Acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme, acte qualifié de crime ou délit prévu et réprimé par le chapitre II du titre III du livre IV du Code pénal, s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du Code du service national ou livré au profit d'un État étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France.

⁶³ Sur ce point v. ce titre, chapitre 1, section 2.

⁶⁴ Art. 9 et 10 de la loi du 10 août 1927, *J.O.* du 14 août 1927, p. 8697 : « Article 9. — Perdent la qualité de Français : 1° Le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert, sur sa demande, une nationalité étrangère par l'effet de la loi, après l'âge de 21 ans. Toutefois, jusqu'à l'expiration d'un délai de dix ans, à partir, soit de l'incorporation dans l'armée active soit de l'inscription sur les tableaux de recensement en cas de dispense du service actif, l'acquisition de la nationalité étrangère ne fait perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le Gouvernement français ; / 2° Le Français qui a répudié la nationalité française dans le cas prévu à l'article 2 ; / 3° Le Français, même mineur, qui, possédant par l'effet de la loi, sans manifestation de volonté de sa part, une nationalité étrangère, est autorisé, sur sa demande, par le Gouvernement français, à la conserver ; / 4° Le Français qui, remplissant à l'étranger un emploi dans un service public, le conserve, nonobstant l'injonction de le résigner dans un délai déterminé, qui lui aura été faite par le Gouvernement français. Cette mesure ne pourra être étendue à la femme et aux enfants mineurs que par décision des tribunaux civils rendue dans les formes prévues à l'article 10 ; / 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 ; / c) Pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui des lois de recrutement.

Article 10. — L'action en déchéance doit être exercée dans un délai de dix ans à partir de l'acquisition de la qualité de Français, délai qui court seulement à dater de la promulgation de la présente loi, si l'acquisition de cette qualité est antérieure à sa mise en vigueur. [...] »

L'article 12 de la loi du 22 juillet 1996⁶⁵ est le premier à avoir étendu le champ de la déchéance de nationalité en ajoutant aux infractions pouvant légitimer cette déchéance « un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ». Saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur cette procédure de déchéance de nationalité et plus précisément sur l'extension de son champ d'application dans sa décision du 16 juillet 1996⁶⁶. Le texte de loi soumis au Conseil ne parlant que des Français ayant « acquis » la nationalité française, il était contesté au regard de l'article 1^{er} de la Constitution en tant qu'il introduisait une distinction entre les nationaux, distinction « choquante »⁶⁷ consistant en une discrimination entre Français de naissance et Français par acquisition de la nationalité.

La loi contestée ne faisait que reprendre le Code civil sur ce point : l'article 25 relatif à la déchéance de nationalité ne concerne ainsi que les « Français ayant acquis la nationalité française ». Lors du transfert dans le Code civil du Code de la nationalité, la loi concernée avait été déférée au Conseil constitutionnel⁶⁸ mais lors de la saisine, l'article 25 n'avait fait l'objet d'aucune critique et le Conseil n'a soulevé d'office aucun grief d'inconstitutionnalité à son encontre. Cependant, il ne s'était pas prononcé non plus explicitement dans le sens de la conformité à la Constitution. Après avoir relevé certaines dispositions inconstitutionnelles, il n'a pas jugé souhaitable de déclarer explicitement que les autres, non examinées, étaient conformes à la Constitution.

Par conséquent, la difficulté en 1996 était grande car censurer sur ce point l'article 12 de la loi de 1996 aurait nécessairement conduit à la condamnation de

⁶⁵ Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 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, *J.O.* n°170 du 23 juillet 1996, p. 11104.

⁶⁶ Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *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*, *Rec.* p. 87 ; *J.O.* du 23 juillet 1996, p. 11108 ; *AJDA* 1997, p. 86 note C. Teitgen -Colly et F. Julien-Laferrière ; *ibid.* 1996, p. 693, note O. Schrameck ; *D.* 1997, p. 69, note B. Mercuzot ; *ibid.* 1998, p. 147, obs.T. S. Renoux ; *RFDA* 1997, p. 538, note P.-E. Spitz ; *RTD civ.* 1997, p. 787, obs. N. Molfessis.

⁶⁷ Le terme est utilisé par François Luchaire, dans son article : F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique », *RDP*, 1996, p.1255.

⁶⁸ Décision n° 93-321 DC, 20 juillet 1993, *Loi réformant le Code de la nationalité*, *Rec.* p. 196 ; *J.O.* du 23 juillet 1993, p. 10391.

l'article 25 du Code civil lui-même. C'est pourquoi le Conseil s'est montré « prudent »⁶⁹.

Il a commencé par rappeler que le principe d'égalité a toujours été interprété comme ne s'opposant 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 dans l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi⁷⁰. À partir de ce rappel, le Conseil avait le choix entre deux possibilités. Il pouvait, en effet, considérer que les Français de souche et les Français par acquisition de la nationalité étaient ou n'étaient pas dans la même situation ; s'il choisissait l'égalité de situation, il pouvait soit censurer la disposition soit l'admettre en considérant que le législateur pouvait déroger au principe pour des raisons d'intérêt général pourvu que la différence de traitement soit en rapport avec l'objet de la loi. S'il choisissait au contraire de considérer qu'il n'y avait pas égalité de situation, la constitutionnalité de la disposition pouvait être facilement admise.

Le Conseil a finalement affirmé « qu'au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation »⁷¹, ce qui signifie que le législateur ne peut, sauf exception, leur imposer un régime différent. Dans un premier temps, le Conseil semble donc faire une application classique du principe d'égalité et donc arriver logiquement à une condamnation indirecte de l'article 25 du Code civil⁷².

Mais le second temps de la décision introduit l'exception. Dans la définition classique du principe d'égalité, le Conseil admet deux exceptions : la différence de situation et l'intérêt général. Si elle est justifiée par un de ces deux cas, la différence de traitement ne peut être jugée contraire au principe d'égalité posé par la Constitution. Après avoir affirmé qu'il n'y avait pas de différence de situation entre

⁶⁹ Le terme est employé par Pierre-Eric SPITZ dans son article P.-E. SPITZ, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377 DC, 16 juillet 1996 sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme », *RFDA*, 1997, p. 538.

⁷⁰ Il s'agit là de l'interprétation classique du principe d'égalité mise en œuvre régulièrement par le Conseil. Nous citerons par exemple : décisions n° 87-232 DC, 7 janvier 1988 ; n° 89-266 DC, 9 janvier 1990 ; n° 90-280 du 6 décembre 1990 ou encore n° 90-283 DC, 8 janvier 1991.

⁷¹ N° 96-377 DC, cons. 23.

⁷² C'est ce que conclut François Luchaire dans son article précité.

les nationaux, le Conseil va donc se pencher sur la seconde exception, à savoir la protection de l'intérêt général.

Le caractère exceptionnel que revêtent les actes de terrorisme est, selon le Conseil, de nature à justifier le choix du législateur de déchoir de leur nationalité ceux qui l'ont acquise sans qu'il y ait rupture du principe d'égalité⁷³. Ainsi, il faut comprendre que si pour le Conseil tous les nationaux sont dans la même situation, la gravité exceptionnelle des actes de terrorisme, donc la poursuite de l'intérêt général que représente le fait de les sanctionner, justifie les différences de traitement entre eux.

Certes, le Conseil semble sous-entendre que l'exception ainsi admise de l'acte de terrorisme sera la seule, mais la rupture est prononcée. Les nationaux ayant acquis la nationalité et ceux à qui elle a été attribuée de droit, ne sont pas toujours soumis à une égalité de traitement devant la loi.

Si elle a été saluée par une partie de la doctrine qui considère que « tout se tient dans la décision du Conseil »⁷⁴, cette décision soulève quelques interrogations quant à la définition ou à la conception de la nationalité qu'elle semble proposer. Ces interrogations sont d'ailleurs les mêmes que celles qui ont été soulevées par le projet de loi⁷⁵, abandonné avant la saisine du Conseil, visant à étendre la déchéance de nationalité aux crimes contre les détenteurs de l'autorité publique, même si ce dernier semblait encore franchir une étape dans l'extension de la déchéance de nationalité puisqu'il la faisait entrer dans les sanctions des crimes de droit commun, franchissant donc l'exception acceptée par le Conseil constitutionnel dans la décision de 1996.

La question n'est pas de revenir sur la nécessité ou la légitimité de déchoir pour acte de terrorisme, mais de savoir pourquoi seuls sont déchus ceux qui ont « acquis » la nationalité, c'est-à-dire pourquoi la gravité n'est extrême et justificatrice de la déchéance que lorsque l'auteur de l'acte est un Français « d'acquisition ». Il faut en effet rappeler que la nationalité n'est pas un lien naturel entre l'individu et l'État. Parce qu'elle est le moyen de définir la substance humaine de l'État, par opposition à

⁷³ Il considère « 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 », n° 96-377 DC, cons. 23.

⁷⁴ F. LUCHAIRE, précité.

⁷⁵ Projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, n° 2400, déposé le 31 mars 2010.

sa substance inerte qu'est le territoire⁷⁶, la nationalité doit être la « chose » de l'État, déterminée et caractérisée souverainement par lui à travers la loi.

L'entrée dans la communauté nationale découle, en droit français, de l'existence d'un fait de rattachement⁷⁷. Le droit fixe qui a la nationalité et qui ne peut l'avoir, l'étendue de la communauté nationale dépendant des changements de ces critères. Ce n'est donc nullement la volonté de l'individu qui fait la nationalité⁷⁸. Comme l'écrivait Paul Louis-Lucas, lorsque la nation est « parvenue à ce stade définitif de son développement qui fait d'elle un État [...] alors la nationalité c'est uniquement le lien juridique qui unit l'individu à l'État dont il est le sujet »⁷⁹. Et selon le professeur Paul Lagarde, ce lien se définit en fonction des liens de proximité entre l'individu et l'État⁸⁰. Il y a un certain caractère artificiel de la nationalité lié au fait qu'elle constitue une émanation de la souveraineté de l'État qui suppose que le choix fait par l'État ne peut dépendre d'éléments qui la précèdent ou l'obligeraient, comme l'existence d'une appartenance ethnique ou religieuse. Par conséquent, celui qui se voit accorder la nationalité, que ce soit par la naissance ou le sol n'est pas plus lié à l'État que celui qui l'a acquise par la naturalisation ou le mariage.

Le lien entre un État et son national n'étant pas un lien naturel mais un lien juridique objectif, les modalités d'acquisition, tant qu'elles respectent la volonté de l'État traduite dans la loi, ne comptent plus lorsque le lien de nationalité est établi. Dans cette perspective, il semble difficile de défendre juridiquement l'existence d'une sanction spécifique à ceux qui ont acquis la nationalité, pour des actes dont la gravité ne dépend pas de ce même critère. La justification basée sur la protection de l'intérêt général avancée par le Conseil semble par conséquent peu fondée. En quoi l'intérêt général est-il davantage servi, en matière d'actes terroristes, par la déchéance de nationalité des seuls nationaux ayant acquis la nationalité ? L'intérêt général n'est-il pas atteint de la même façon lorsqu'un individu à qui la nationalité a été attribuée par la naissance se rend coupable de ces mêmes actes d'une « extrême gravité »⁸¹ ?

⁷⁶ P. LOUIS-LUCAS, *Les conflits de nationalités*, Rec. Cours La Haye, 1938, p. 16.

⁷⁷ Sur ce point v. ce titre, Chapitre 1, section 2.

⁷⁸ H. FULCHIRON, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. Com. Fr. dr. Int. Privé*, 1998-1999 1999-2000, éd. A. Pedone, 2001, p. 180.

⁷⁹ P. LOUIS-LUCAS, *La nationalité française. Droit positif et conflits de lois*, Sirey, 1929, p. 1.

⁸⁰ Cette idée est exposée dans son ouvrage de référence : P. LAGARDE, *La nationalité française*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2011.

⁸¹ Terme employé par le Conseil constitutionnel dans n° 96-377 DC, cons. 23.

La question était d'ailleurs la même pour le cas nouveau de déchéance de nationalité qui avait été proposé par le gouvernement en juillet 2010 : il n'est pas aisé de comprendre pourquoi « la nationalité française doit pouvoir être retirée à toute personne d'origine étrangère qui aurait volontairement porté atteinte à la vie...de toute personne dépositaire de l'autorité publique »⁸² et seulement à celle « d'origine étrangère », c'est-à-dire française par « acquisition ».

La question se pose donc de savoir pourquoi le Conseil constitutionnel n'a pas jugé bon d'affirmer que la déchéance est conforme à la Constitution dans le cas exceptionnel du terrorisme mais que les nationaux étant tous liés à l'État de la même façon, la gravité de l'acte est identique dans les deux cas et par conséquent que la déchéance de nationalité doit valoir pour tous les nationaux.

Malgré ces objections, cette position du Conseil a été confirmée par la décision du 23 janvier 2015 rendue sur question prioritaire de constitutionnalité⁸³.

2. Une position confirmée par la décision du 23 janvier 2015

Saisi de la constitutionnalité des termes « ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme » de l'article 25 du Code civil, le Conseil commence par reprendre l'énoncé de la règle générale relative au principe d'égalité et en fait application à la procédure de déchéance de nationalité en faisant référence à sa décision de 1996⁸⁴. Il y ajoute cependant deux considérations : la première concerne le délai relatif à la date de perpétration des actes de terrorisme et la seconde concernant le délai pendant lequel la mesure de déchéance de nationalité peut être

⁸² Extrait du Discours de Grenoble prononcé par le Président de la République le 30 juillet 2010.

⁸³ Cons. const., n° 2014-439 QPC du 23 janv. 2015, *AJDA* 2015, p. 134 ; *ibid.*, p. 1000, note B. Pauvert ; *D.* 2015. 208 ; *AJ pénal* 2015, p. 201, obs. C. Chassang ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 115, note P. LAGARDE.

⁸⁴ Avant d'opérer le contrôle sur le fond, le Conseil a tout d'abord traité de la recevabilité de la question. Afin de juger recevable la question prioritaire de constitutionnalité alors même qu'il s'était déjà prononcé sur ce même sujet en 1996, il s'est fondé sur son interprétation de l'article 23-2 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel qui dispose que, pour être transmise et renvoyée, une question prioritaire de constitutionnalité doit porter sur une disposition législative qui n'a pas été déclarée conforme à la Constitution « dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ». Ce dernier ayant fait une interprétation littérale de ce texte dans sa jurisprudence du 17 mars 2011 (Cons. const., n° 2010-104 QPC du 17 mars 2011, ; *Constitutions*, 2011, p. 377, obs. A. Barilari), il a estimé en l'espèce que rien de s'opposait à un examen de la disposition contestée dans la mesure où celle-ci, n'a pas été déclarée « conforme à la Constitution dans le dispositif de sa décision » de 1996 (cons. 5).

prise, ces deux délais ayant été allongés par la loi depuis sa précédente décision. Trois éléments ont ainsi été modifiés par combinaison des lois de 2003 et 2006 : le délai concernant la date à laquelle les actes doivent être commis⁸⁵, le délai dans lequel la mesure de déchéance peut être prise à compter de la Commission des actes⁸⁶ et enfin la possibilité de fonder la déchéance de nationalité sur des actes commis avant l'acquisition de la nationalité française⁸⁷.

Le délai imposé au gouvernement pour prendre la mesure de déchéance a été porté de dix à quinze ans à partir de la date des faits par la loi du 23 janvier 2006⁸⁸. Le Conseil, s'il signale cet allongement⁸⁹, considère qu'il ne porte pas une atteinte disproportionnée au principe d'égalité. En revanche, dans le même considérant, il estime que constituerait une telle atteinte le fait d'allonger davantage le délai à compter de l'acquisition de la nationalité française pendant lequel les faits de terrorisme reprochés à l'intéressé doivent s'être produits pour autoriser la mesure de déchéance⁹⁰. La combinaison de ces deux délais, validés par le Conseil, peut pourtant entraîner une déchéance de nationalité dans un délai très étendu : si les faits de terrorisme se produisent à la fin du délai de quinze ans après l'acquisition de la nationalité et que le gouvernement ne prend la mesure de déchéance qu'à la fin du délai de quinze ans à compter de la Commission des faits, alors la déchéance de nationalité pourra intervenir jusqu'à trente ans après l'acquisition de la nationalité.

Il est donc surprenant que le Conseil n'ait pas, tout d'abord, étendu au délai imposé au gouvernement pour prendre la mesure de déchéance l'interdiction faite au législateur d'allonger le délai concernant la date à laquelle les actes doivent avoir été commis. Il est étonnant, ensuite, qu'il n'ait pas censuré l'allongement même du délai, notamment en raison de leur possible combinaison. En effet, cet allongement rend plus incertaine la qualité de national dans les cas où la nationalité a été acquise. Il

⁸⁵ 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, *J.O.* n°0020 du 24 janvier 2006, p. 1129.

⁸⁶ Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, précitée.

⁸⁷ 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, *J.O.* n°274 du 27 novembre 2003, p. 20136.

⁸⁸ Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, précitée.

⁸⁹ Cons. 15 de la décision.

⁹⁰ Cons. 15 de la décision : « [...] 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 ».

révèle également une suspicion accrue à l'égard de ceux qui ont acquis la nationalité et qui, pendant quinze ans, restent potentiellement des « ennemis de l'intérieur » tels qu'ils pouvaient être appréhendés dans la législation de 1917.

A cette prolongation des délais s'ajoute également la prise en compte des actes commis avant l'acquisition de la nationalité. Là encore, par un considérant assez elliptique, le Conseil choisit de ne pas censurer la mesure, considérant qu'elle « ne conduit pas à un allongement du délai au cours duquel la nationalité française peut être remise en cause »⁹¹. Si l'argument choisi par le Conseil ne peut qu'être contesté dans la mesure où la disposition ne pose en effet aucun nouveau délai, l'on peut regretter que le Conseil n'ait pas complété cette argumentation en tenant compte non seulement du délai mais aussi de l'extension du champ des actes pris en compte.

Ainsi, prendre en compte les actes de terrorisme commis antérieurement à l'acquisition de la nationalité étend considérablement le champ de remise en cause de la nationalité, creusant donc davantage la rupture d'égalité entre nationaux par la naissance et nationaux par acquisition créée par ce régime.

Cette absence de remise en cause de l'article 25 du Code civil dans la décision de 1996 puis dans la décision de 2015, et alors même que le champ de son application a été étendu, peut donc susciter des interrogations quant à la définition constitutionnelle de la nationalité donnée en filigrane par le Code civil et approuvée par le Conseil constitutionnel.

B. La marche vers une définition contractuelle de la nationalité

Le régime actuel de la déchéance de nationalité, validé par le Conseil constitutionnel, favorise une conception contractuelle de la nationalité, conception dans laquelle la volonté individuelle joue une place majeure.

La réforme visant à prendre en compte les actes commis avant l'acquisition de la nationalité est à cet égard éclairante. Il est en effet nécessaire de rappeler que l'acquisition de la nationalité dépend de l'existence d'un fait social de rattachement : si celle-ci est attribuée, c'est que l'État a constaté l'existence de ce fait et lui a donné une portée juridique. Par conséquent, il ne semble pas évident de justifier une différence de traitement entre nationaux de naissance et nationaux par

⁹¹ Cons. 14 de la décision.

acquisition fondée sur des actes antérieurs à l'acquisition de la nationalité, c'est-à-dire antérieurs à la constatation du fait du rattachement. La déchéance de nationalité étant une sanction du national pour son manque de loyalisme, et non un retrait de la nationalité fondé sur une disparition du fait de rattachement, une erreur d'appréciation ou une fraude dans l'acquisition de la nationalité⁹², il semble peu logique de la fonder sur des actes commis antérieurement à l'acquisition du statut de national.

Contrairement à la législation de 1917 qui reposait sur des retraits de nationalité, par principe dépendants d'une erreur dans l'appréciation ayant mené à l'acquisition de la nationalité, le régime actuel fonde la perte de la nationalité sur la sanction d'un manque de loyalisme envers l'État qui pourtant, parce que l'individu n'était pas national, n'était pas constitué. L'absence de censure du Conseil est d'autant plus étonnante que la saisine était également fondée sur la violation du principe de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines. L'occasion était donc donnée au Conseil de mettre en avant le fait que la déchéance de nationalité ne semblait pas constituer, en-dehors de la question de la proportionnalité, une sanction adaptée dans le cas des actes commis avant l'acquisition de la nationalité. Permettre la déchéance de nationalité pour des actes de terrorisme commis avant l'acquisition de celle-ci semble donc répondre davantage à un souhait politique d'afficher la volonté de « faire tomber le masque »⁹³ et de sanctionner celui qui, devenu national, était en fait un ennemi de l'intérieur, un étranger qui a trahi l'État qui lui a accordé sa nationalité et s'est ainsi montré indigne de la faveur qui lui a été faite.

La défense de la déchéance de nationalité comme ne concernant que les Français ayant acquis la nationalité se base ainsi le plus souvent sur l'idée que celui qui a acquis la nationalité l'a choisie et souhaitée. Cette faveur lui ayant été accordée il doit, plus que les autres, respecter le contrat qui le lie désormais à son État. Mais cette argumentation semble ignorer la nature juridique de la nationalité en droit

⁹² Ces modalités de retrait de la nationalité donnent ainsi au gouvernement la possibilité de rapporter, dans le délai d'un an à compter de leur publication au Journal officiel et sur avis conforme du Conseil d'État, les décrets portant acquisition, naturalisation ou réintégration si le requérant ne satisfait pas aux conditions légales ; si la décision a été obtenue par mensonge ou fraude, ces décrets peuvent être rapportés dans le délai de deux ans à partir de la découverte de la fraude (art. 27-2 du Code civil).

⁹³ Terme utilisé lors des débats à l'Assemblée relatifs à la loi de 1917 permettant au gouvernement de rapporter les décrets de naturalisation des doubles nationaux rattachés aux puissances alors ennemies. Sur ce point v. ce chapitre, section 2.

français. Celle-ci n'est pas le fruit d'un accord mais un statut accordé par l'État à l'individu par une décision souveraine selon des critères fixés par la loi. Il peut y avoir une démarche volontaire à l'origine de la nationalité, mais celle-ci est finalement un statut concédé par l'État à l'individu. La volonté individuelle ne jouant pas un rôle décisif dans l'acquisition de la nationalité⁹⁴, pourquoi en jouerait-elle un, même implicite, dans la déchéance de nationalité ? La nationalité, lien juridique entre l'État et l'individu, n'admet pas que le droit lui attribue des effets différents entre les individus qui la possèdent.

La question de la volonté individuelle en la matière est liée, là encore, à la double conception française de la nationalité. Celle-ci est tout d'abord un lien juridique qui rattache un individu à un État déterminé, ou selon la formule d'Henri Batiffol « l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un État »⁹⁵. Elle permet de situer chaque individu au sein de l'ensemble des États en le rattachant à un État particulier par un lien de droit : c'est la dimension verticale de la nationalité. Mais elle peut représenter également un lien sociologique particulier entre les individus eux-mêmes, entre les membres d'un même groupe, la Nation, excluant tous ceux qui ne lui appartiennent pas : c'est la dimension horizontale de la nationalité. Alors que sociologiquement la dimension horizontale paraît primordiale, juridiquement c'est la dimension verticale qui prime : il n'existe pas de nationalité qui ne soit conférée par un État selon les critères fixés par la loi⁹⁶.

Même si elle peut être, d'après son histoire française et d'un point de vue sociologique, un lien de l'individu avec une communauté particulière et non pas seulement un lien objectif de rattachement à l'État⁹⁷, la nationalité reste un concept profondément unitaire. C'est pourquoi les nationaux « de souche » ne sauraient avoir moins d'obligations ou plus de droits que ceux qui ont acquis cette qualité⁹⁸. La nationalité ne semble pas pouvoir être conçue, en l'état actuel du droit, comme un lien nécessitant une vérification de la réalité de l'allégeance pendant la « période

⁹⁴ En ce sens v. P. LAGARDE, *La nationalité française*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2011 ; P. LOUIS-LUCAS, *La nationalité française – Droit positif et conflits de lois*, Sirey, 1929 ; H. FULCHIRON, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. Com. Fr. dr. Int. Privé*, 1998-1999 1999-2000, éd. A. Pedone, 2001, p. 175.

⁹⁵ H. BATTIFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 4^{ème} éd., 1967, n° 50.

⁹⁶ P. COURBE, *Droit international privé*, 2^{ème} éd., 2003, Armand Colin, p. 310.

⁹⁷ H. FULCHIRON, précité., p.180 et suiv.

⁹⁸ P. LOUIS LUCAS, *La nationalité française. Droit positif et conflits de lois*, Sirey, 1929.

d'essai » de dix ans après son acquisition. En définissant la déchéance de nationalité comme ne concernant que les Français ayant acquis la nationalité, le droit a implicitement accepté une conception de la nationalité comme lien contractuel particulier dans lequel la volonté de l'individu a un rôle prépondérant.

Ce régime s'inscrit en réalité dans un mouvement plus large tendant à réintroduire en droit français de la nationalité la dimension sociologique de celle-ci. Le droit de la nationalité ne change pas en lui-même dans les modalités directes d'acquisition mais il se dirige vers une conception de la nationalité davantage comme *choix* d'appartenance que comme appartenance objective telle que la concevait par principe le droit français.

Les récents débats sur « l'identité nationale » ont montré qu'il est surtout question depuis ving-cinq ans de la seconde dimension de la nationalité, c'est-à-dire celle selon laquelle, par la nationalité, un individu s'inscrit dans une culture et dans une histoire ; il partage des valeurs et des principes communs, participe à un destin collectif. Traditionnellement, cette appartenance est présumée dès lors que certains éléments objectifs sont présents : lieu de naissance, de résidence, mariage avec un Français par exemple⁹⁹. De la même façon, celui qui a acquis la nationalité est intégré à la communauté nationale et devient un « national » au même titre que les autres.

Mais au fil des lois, une attention croissante est accordée aux éléments subjectifs de l'appartenance, s'orientant vers une individualisation du processus d'acquisition de la nationalité française poussée jusqu'à l'idée de « contractualisation » qui suppose un échange de volontés et de devoirs.

La réforme du 16 juin 2011¹⁰⁰ illustre cette évolution, dans laquelle s'inscrit le Conseil constitutionnel par sa décision de 1996 puis par celle de 2015. Franchissant un pas, on demande à l'étranger, en plus de donner des preuves, des « gages » d'intégration, de manifester sa volonté d'appartenance, de témoigner de cette volonté, notamment par la signature de la nouvelle Charte des droits et devoirs du citoyen français. En plus de la connaissance de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société française exigée par le nouvel article 21-24 du Code civil, celui qui demande

⁹⁹ Sur ce point v. ce titre, chapitre 1 section 2.

¹⁰⁰ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *J.O.* n° 0139 du 17 juin 2011, p. 10290.

sa naturalisation doit manifester son adhésion personnelle aux principes et valeurs de la République.

Un changement de perspective s'opère donc : « au-delà d'une assimilation des règles régissant la société d'accueil, on attend du nouveau français un engagement personnel » et cette adhésion est vérifiée lors de l'entretien d'assimilation à l'issu duquel l'engagement prend forme avec la signature d'une Charte des droits et devoirs du citoyen français dont le contenu sera fixé par décret en Conseil d'État¹⁰¹. La logique est la même en matière de déchéance de nationalité : celui qui a acquis la nationalité, qui a donc bénéficié de la faveur de l'État, lui doit ensuite une allégeance presque plus ardente que les nationaux de naissance, d'où le fait que la déchéance de nationalité ne s'applique qu'aux premiers.

Certes, il pourrait être avancé que cette différence de traitement est liée à l'interdiction d'apatridie posée par le droit international. Les nationaux qui acquièrent la nationalité conservant également leur nationalité d'origine dans la plupart des cas, ils sont les seuls à pouvoir faire l'objet d'une déchéance de nationalité sans risquer l'apatridie comme les nationaux de naissance qui par hypothèse ne possèdent que la nationalité française.

Cependant, cet argument ne semble pas tout à fait fondé, tant juridiquement qu'au regard de l'intention du législateur manifestée à travers les débats parlementaires. Juridiquement, il est tout à fait possible que les nationaux de naissance possèdent également une autre nationalité du fait de la rencontre des différentes législations étatiques relatives à l'acquisition de la nationalité¹⁰². Il serait donc possible de leur appliquer la procédure de déchéance de nationalité. En ce qui concerne la volonté du législateur, ensuite, les travaux parlementaires révèlent le peu de préoccupations suscitées par le risque d'apatridie et l'intérêt porté *a contrario* à l'idée d'allégeance, de mérite et de reconnaissance envers l'État qui vous a accordé la nationalité.

Lors des débats relatifs à la loi du 23 janvier 2006, il a ainsi pu être affirmé que l'extension du délai de déchéance de nationalité « apparaît bienvenu[e] à l'égard de ceux qui, portant la violence sur notre territoire, auraient acquis la qualité de

¹⁰¹ Art 21-24 al. 2 du Code civil.

¹⁰² Sur ce point v. ce Titre, chapitre 1, section 2.

nationaux »¹⁰³. La formulation est intéressante en ce qu'elle suppose l'antériorité de la volonté de commettre l'acte par rapport à l'acquisition de la nationalité. Celle-ci entrerait donc dans un projet visant à accomplir l'acte de terrorisme. Mais seuls sont concernés, dans le discours, ceux qui ont « acquis » la nationalité et non ceux qui la possèdent de naissance, sans qu'il soit fait mention de l'interdiction de l'apatridie. L'obstacle que pourrait représenter l'interdiction de l'apatridie en droit international n'est ainsi à aucun moment présenté au cours des débats comme une difficulté à la mise en place de « cette forme de dégradation » pour l'ensemble des « ces citoyens qui auront trahi la nation », qu'ils soient nationaux par acquisition ou par attribution.

De même, il est affirmé que « la nationalité française doit pouvoir être retirée à toute personne d'origine étrangère¹⁰⁴ qui aurait volontairement porté atteinte à la vie d'un policier, d'un gendarme ou de toute personne dépositaire de l'autorité publique »¹⁰⁵ : si le motif n'a finalement pas été retenu par le législateur, l'intention du gouvernement était bien de concentrer la mesure sur les seuls français ayant acquis la nationalité en les présentant avant tout comme de potentiels étrangers au sein de la Nation.

L'objet du propos n'est pas ici de discuter du caractère fondé ou non de la sanction au regard des actes concernés mais de mettre en avant les incohérences de son régime et la conception de la nationalité qu'il défend au détriment du principe d'unité des nationaux. Il suppose en effet, tel qu'il est mis en place et défendu, que la Commission d'un acte contraire aux intérêts de l'État ne mérite la déchéance de nationalité que lorsqu'elle émane d'un français par acquisition de nationalité.

Le paradoxe réside notamment en ce que le Conseil constitutionnel affirme un principe d'égalité auquel il ne donne, en l'espèce, aucune contenance. Pourtant, si en 1996 il a jugé constitutionnelle la déchéance de nationalité pour les seuls Français ayant acquis la nationalité, il a, en 2007, rappelé que le principe d'égalité entre les citoyens s'opposait à ce que soient effectuées des statistiques visant à révéler l'origine ethnique des nationaux. Lors de l'examen de la loi relative à la maîtrise de

¹⁰³ *J.O.A.N.* du 24 novembre 2005, n° 96, Compte rendu intégral des séances du mercredi 23 novembre 2005, session ordinaire 2005-2006, p. 7425.

¹⁰⁴ Nous soulignons.

¹⁰⁵ N. SARKOZY, discours de Grenoble, 30 juillet 2010.

l'immigration, à l'intégration et à l'asile¹⁰⁶, le Conseil a déclaré inconstitutionnel son article 63 visant à modifier les articles 8 et 25 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et qui ajoutait une nouvelle exception à l'interdiction faite de collecter des « données sensibles ». Par cet article, il était possible, avec accord de la CNIL et d'un conseil scientifique, de procéder à des statistiques ethniques, notamment au sein des nationaux eux-mêmes car le texte visé ne spécifiait pas les catégories d'individus susceptibles de faire l'objet de ces études.

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord annulé la mesure pour une raison de procédure en indiquant qu'elle représentait un « cavalier législatif » sans lien suffisant avec l'objet de la loi. Mais cet argument du cavalier législatif n'a été utilisé que « de surcroît »¹⁰⁷. L'argument principal résidait dans le fait que « si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race »¹⁰⁸.

Cette affirmation parfaitement claire permet de montrer que le Conseil constitutionnel opère une distinction entre la notion d'origine et la notion d'origine ethnique. En effectuant cet *obiter dictum*, les juges de la rue de Montpensier vont dans le sens d'une définition constitutionnelle de la nationalité comme élément objectif et non sociologique. Une orientation similaire aurait été également souhaitable en matière de déchéance de nationalité. En effet, cette décision de 2007 révèle une conception de la nationalité comme donnée objective unitaire qui se place au-delà des origines ethniques ou religieuses.

Le droit de la nationalité se trouve donc à un croisement entre différentes conceptions : égalité immédiate ou égalité après « période d'essai », lien objectif, affectif ou d'allégeance. Cette tension entre la définition de la nationalité comme lien objectif et déterminé par l'État et celle comme lien « spirituel » entre les membres de la communauté nationale est plus que jamais au cœur du droit de la nationalité et tend à brouiller la distinction entre le national et l'étranger.

¹⁰⁶ Décision n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Rec. p. 360 ; JO du 21 novembre 2007, p. 19001.

¹⁰⁷ C. FAIVRE, « Constitutionnalité sous réserve des tests ADN et non-conformité des statistiques ethniques », *AJDA*, 2007, p. 2172.

¹⁰⁸ Décision n°2007-557 DC, cons. 29.

Section 2. Une conception facteur de confusion entre le national et l'étranger

La confusion entre le statut de national et d'étranger que peut provoquer un renforcement de la conception subjective de la nationalité remet en question la pertinence et le sens même d'un droit de la nationalité (§ 1). C'est pourquoi certaines clarifications au sein de la procédure devraient être apportées (§ 2).

§ 1. Une remise en cause de la pertinence et du sens d'un droit de la nationalité

L'assimilation conditionnant l'entrée dans la communauté nationale, son appréciation était menée par les services de la préfecture avant d'être contrôlée par un service central des naturalisations. Mais depuis 2010, la procédure de naturalisation a été déconcentrée et confiée aux seuls préfets de région, multipliant ainsi les régimes inégalitaires en matière de naturalisation et remettant en cause le sens même de celle-ci (A).

Par ailleurs, les changements récents de législation concernant la connaissance de la langue française et le respect des valeurs de la communauté française tendent à rapprocher le statut de national et le statut d'étranger, nuisant à l'autonomie nécessaire de ces deux régimes (B).

A. Une déconcentration néfaste des procédures de naturalisation

La déconcentration des procédures de naturalisation est intervenue à compter du 1^{er} juillet 2012 en application du décret du 29 juin 2010 relatif aux décisions de naturalisation et de réintégration dans la nationalité française¹⁰⁹.

Elle a été proposée à la suite des préconisations du Conseil de modernisation des politiques publiques du 17 novembre 2007 qui visaient à supprimer le double niveau d'instruction afin de « réduire les délais tout en préservant l'égalité de traitement ». Auparavant, les demandes de naturalisation et de réintégration étaient d'abord instruites par les préfectures ou les consulats, puis l'avis motivé, favorable ou

¹⁰⁹ Décret n° 2010-725 du 29 juin 2010 relatif aux décisions de naturalisation et de réintégration dans la nationalité française, *J.O.* n°0149 du 30 juin 2010, p. 11820.

défavorable, du préfet ou du consul était transmis au ministre chargé des naturalisations et, plus précisément, à la sous-direction de l'accès à la nationalité française. Longtemps rattachée au ministère des Affaires sociales, cette Sous-direction a été transférée en 2007 au ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Co-développement solidaire et fait partie, depuis novembre 2010, du Secrétariat général à l'immigration et à l'intégration du ministère de l'Intérieur. Le ministre chargé des naturalisations pouvait soit suivre l'avis des préfets ou consuls, soit l'infirmier. En cas d'avis favorable, le nom de l'intéressé était inscrit dans un projet de décret, soumis à la signature du Premier ministre.

Mais, depuis le 1^{er} juillet 2010, et à l'issue d'une expérimentation menée dans vingt-et-un départements à compter du 1^{er} janvier 2010, les décisions défavorables sont prises directement par le préfet. Seules les décisions favorables continuent d'être prises après une double instruction à l'échelon déconcentré puis au niveau central. Depuis le 1^{er} juillet 2010 également, les recours contre les décisions des préfets doivent être précédés d'un recours administratif préalable obligatoire, traité par l'administration centrale.

La mise en place d'une telle procédure déconcentrée en matière de naturalisations est inquiétante et regrettable à plusieurs égards. Tout d'abord, confier l'entière responsabilité de la naturalisation aux préfetures est susceptible de porter une atteinte grave au principe d'égalité. En effet, les décisions défavorables n'étant pas contrôlées au niveau central, il y a un risque majeur de rupture d'égalité entre les postulants à la nationalité dans l'appréciation des critères par les différentes préfetures. La conséquence d'un tel dispersement de l'attribution de la nationalité est susceptible de conduire à une hétérogénéité des décisions selon le lieu où elles sont prises, notamment parce qu'une telle procédure ne permet pas de garantir la neutralité et l'impartialité des agents de préfeture qui se trouvent nécessairement sous la pression d'un contexte local ainsi que des demandeurs.

Dans une question écrite au Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Co-développement solidaire, la sénatrice Eliane Assassi relevait que « ces vingt dernières années cette sous-direction a déjà fait l'objet de plusieurs tentatives de déconcentration de tout ou partie de ses prérogatives [...] Aujourd'hui, la mission RGPP tente de remettre en cause, une nouvelle fois, le bien-fondé de cette structure en projetant de déconcentrer les décisions de naturalisation

vers les préfetures déjà très encombrées laissant entendre que les préfetures et la sous-direction feraient le même travail. Ce qui est faux. En effet, ces différents services effectuent, en partenariat, des tâches complémentaires à des niveaux de responsabilités différents. Cette organisation partenariale comporte une structure de proximité (constitution de dossiers, recueil de renseignements, avis de synthèse...) et une structure centrale qui exerce la mission régaliennne d'accueillir ou non le demandeur étranger dans la nationalité française »¹¹⁰. Le Ministre de l'Immigration a répondu en mettant en avant une nécessité de réduire les délais de décision en matière de naturalisation ainsi que de rationaliser la procédure¹¹¹.

Le caractère régalien présent dans la dernière partie de la question est en réalité l'élément clé de la réflexion sur le sujet. Parce que l'acquisition de la nationalité marque l'entrée dans la communauté nationale et la soumission à la souveraineté d'un nouvel État, il semble difficile de la voir déterminer de façon uniquement locale, selon les besoins ou les impératifs d'une seule région et non de la nation dans son entier.

En effet, même si le préfet agit au nom de l'État, il n'en reste pas moins lié à des intérêts locaux auxquels il doit répondre. Il semble difficile d'admettre qu'un statut de national puisse être déterminé à un niveau local, sans contrôle préalable d'une autorité centrale spécialisée.

C'est en ce sens que, devant le ministre en charge de la réforme, Marc Bonnefis, délégué CGT de la Sous-direction de l'accès à la nationalité française, a déclaré « qu'au lieu d'un endroit unique où on peut harmoniser pour une égalité de traitement, il va y avoir un éclatement en 101 lieux de décisions » et donc « 101 façons d'attribuer la nationalité française »¹¹². L'historien Patrick WEIL dénonçait également « une arnaque absolue, une atteinte au principe d'égalité. Un tel pouvoir régalien délégué aux préfets comporte naturellement un risque d'abus et de

¹¹⁰ Question écrite n° 03269 de Mme Eliane Assassi (Seine-Saint-Denis – CRC), « Inquiétudes concernant le projet de déconcentration des décisions de naturalisation vers les préfetures », *JO Sénat* du 07 février 2008, p. 219. La même inquiétude apparaissait dans la question écrite n°03345 de la sénatrice Michèle André, « Déconcentration des décisions de naturalisation vers les préfetures », *JO Sénat* du 7 février 2008, p. 219.

¹¹¹ Réponse du Ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Co-développement solidaire, *JO Sénat* du 15 mai 2008, p. 964.

¹¹² Propos recueillis par *Le Nouvel Observateur*, le 20 avril 2009, <http://tempsreel.nouvelobs.com/politique/20090420.OBS3906/reforme-de-la-naturalisation-une-deconcentration.html>.

favoritisme politique. C'est pour cette raison que tous les pays démocratiques ont centralisé leurs procédures de naturalisation, qui sont des procédures très complexes »¹¹³.

Ce point de vue avait été confirmé par une étude de la Sous-direction de l'accès à la nationalité française réalisée à la demande du ministère de l'immigration et qui relevait par exemple que dans les Deux-Sèvres, le risque d'avoir un avis négatif s'élevait à 69% tandis qu'il ne dépassait pas les 15% dans les Côtes d'Armor¹¹⁴. La crainte était donc que ces disparités ne deviennent la norme. Par ailleurs, en confiant le pouvoir de décider qui devient Français à des agents préfectoraux dépourvus de compétence juridique précise en la matière et davantage spécialisés en droit des étrangers, le décret accentuait significativement les risques de dérive du pouvoir discrétionnaire et de disparités d'appréciation.

En réalité, le débat a vite cessé d'être technique ou juridique pour ne devenir que politique. Il est ainsi avancé que « les préfetures sont notoirement plus rétives à accorder la naturalisation que la Sous-direction des naturalisations. Cette dernière est passé outre 44% des avis négatifs issus de l'instruction préfectorale »¹¹⁵. Il semble donc que la rationalisation des politiques publiques ait en réalité pour effet de restreindre l'accès à la nationalité française plus que de réduire les délais de décision. Dans son rapport remis en novembre 2013, l'Inspection générale de l'administration mettait notamment en avant le fait que les préfetures étaient en charge, avant la réforme, de la mise en œuvre des dossiers relatifs au droit de séjour des étrangers. Leur confier la mission des naturalisations exige donc de former les agents à une procédure qui répond à un objet et à des exigences différents de ceux qui guident le service du séjour des étrangers. Cette question, qui ne se posait pas lorsque les naturalisations étaient confiée au niveau central à la Sous-direction des naturalisations, service central composé d'agents spécialisés et expérimentés en la matière, ne trouve que difficilement sa réponse.

¹¹³ Ces propos ont été retranscrits dans « Eric Besson va présenter une nouvelle procédure de naturalisation », *Le Monde*, 20 avril 2009.

¹¹⁴ Chiffres rapportés par L. Van Eeckhout dans son article « La nouvelle procédure de naturalisation suscite de fortes réserves », *Le Monde*, 20 avril 2009.

¹¹⁵ O. DUHAMEL, « La réforme de la procédure de naturalisation. Restrictions sous couvert de rationalisation », chronique sur France culture, 22 avril 2009.

Dans un rapport présenté le 31 octobre 2013 à l'Assemblée nationale¹¹⁶, le député Patrick Menucci revient sur la déconcentration des procédures de naturalisation. Si la circulaire du 16 octobre 2011 relative aux critères d'acquisition de la nationalité n'en fait pas mention, ce rapport, lui, préconise des changements dans la procédure. En effet, il considère que les effets du durcissement de la doctrine ministérielle ont vraisemblablement été amplifiés par cette déconcentration¹¹⁷. En vue de remédier aux inégalités induites par la procédure actuelle¹¹⁸, le rapport propose d'inverser la logique en imposant aux préfetures de transmettre les avis défavorables à une autorité centrale chargée des naturalisations et d'attribuer aux préfets seuls la possibilité d'émettre des décisions favorables, avec possibilité de les soumettre à l'administration centrale qui, si elle ne s'y opposait pas dans un délai de trois mois, serait considérée comme étant favorable à la décision du préfet. Une telle proposition s'inspire de la déconcentration proposée par la Commission de la nationalité présidée par Marceau Long en 1988.

En octobre 2012, l'Inspection générale de l'administration remettait un rapport relatif à la conduite des procédures de naturalisation en préfecture. Celui-ci préconisait deux réformes visant à remédier à l'incohérence juridique constatée dans l'instruction des demandes de naturalisation entre les départements : la constitution de plateformes interdépartementales d'instruction¹¹⁹ et la création d'une Commission citoyenne d'assimilation qui procéderait à l'entretien d'évaluation. Le ministre de l'intérieur ayant décidé d'expérimenter ces deux préconisations, il a mis en place ces plateformes dans trois régions test : la Lorraine, la Franche-Comté et la Picardie, seule la Lorraine expérimentant la Commission citoyenne. Cette organisation en

¹¹⁶ P. MENUCCI, *Immigration, asile et intégration. Immigration, intégration et accès à la nationalité française*, Rapport rendu au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi de finances pour 2013 (n° 235).

¹¹⁷ Rapport précité, p. 29.

¹¹⁸ Le rapport de novembre 2013 de l'Inspection générale de l'administration relatif à la mise en place des plateformes interdépartementales de naturalisation établissait ainsi, à partir des chiffres transmis par la Sous-direction de l'accès à la nationalité française, que certaines préfetures avaient pour l'année 2012 un taux de décisions défavorables de 39% tandis que pour d'autres ce pourcentage s'élevait à 63%, p. 65.

¹¹⁹ Cette recommandation fut également reprise dans le rapport de P. Menucci, précité.

plateformes interdépartementales a aujourd'hui été généralisée à l'ensemble du territoire par le décret du 25 mars 2015¹²⁰.

Si une telle proposition réduit en partie les risques de clientélisme et d'inégalités au sein de la procédure de naturalisation, elle n'en reste pas moins critiquable. En effet, elle ne résout pas pleinement la question centrale qui est celle de l'homogénéité des décisions d'attribution de la nationalité. Une partie encore des décisions prises au niveau interdépartemental par la préfecture désignée échappera à l'autorité centrale chargée des naturalisations.

Mais la déconcentration des procédures de naturalisation n'est pas le seul facteur d'incohérence et de remise en cause de la notion de « nationalité » et du sens de la naturalisation. En effet, le rapprochement rapide du droit des étrangers et du droit de la nationalité tend à poser la question du lien entre ces deux entités et de la pertinence de leur différenciation statutaire.

B. Un rapprochement des statuts de national et d'étranger

Le rapprochement des statuts de national et d'étranger, du à l'affirmation progressive de la conception subjective de la nationalité, se manifeste tant dans le discours politique qui fait des nationaux par acquisition de la nationalité des quasi étrangers (1) que dans le rapprochement rapide du droit de la nationalité et du droit des étrangers (2).

1. Un discours politique faisant du Français par acquisition un étranger permanent

Dans son ouvrage consacré aux rites de passage¹²¹, Arnold Van Gennep identifie un ensemble de « cérémonies dont l'objet est identique : faire passer l'individu d'une situation déterminée à une autre situation tout aussi déterminée », parmi lesquelles sont significativement inclus les « rites d'agrégation de l'étranger » dans la société qui

¹²⁰ Décret n° 2015-316 du 19 mars 2015 modifiant les modalités d'instruction des demandes de naturalisation et de réintégration dans la nationalité française ainsi que des déclarations de nationalité souscrites à raison du mariage, *J.O.* n°0068 du 21 mars 2015, p. 5211.

¹²¹ A. VAN GENNEP, *Les rites de passage, étude systématique des rites de la porte et du seuil, de l'hospitalité, de l'adoption, de la grossesse et de l'accouchement, de la naissance, de l'enfance, de la puberté, de l'initiation, de l'ordination, du couronnement, des fiançailles et du mariage, des funérailles, des saisons, etc.*, Paris, Librairie Critique Émile Nourry [réimp. Mouton et Maison des Sciences de l'homme], 1969, p. 4, p. 24 et p. 49.

l'accueille. Mais il ajoute aussitôt que ces « rites d'agrégation » sont précédés de « rites de séparation » qui marquent l'éloignement de son groupe d'origine. Un tel passage a été matérialisé en France par les cérémonies collectives, appelées « cérémonies d'accueil dans la citoyenneté française » mises en place pour accompagner les remises des décrets de naturalisation : par une circulaire interministérielle de 1993, les préfets ont été encouragés à organiser cette célébration. Son organisation est rendue obligatoire par l'article 21-28 du Code civil issu de la loi du 24 juillet 2006¹²² et modifié par loi du 16 juin 2011¹²³. La mise en scène de l'événement révèle un souci de tirer parti de ce moment de transition consacrant le changement de statut juridique de la personne pour en faire un « rituel de l'accueil républicain », selon la formule de M. Jean-Philippe Moinet dans son rapport remis en 2006 à la Ministre déléguée à la Cohésion sociale et à la Parité¹²⁴.

Dans le discours qu'il prononce lors de la cérémonie de naturalisation, le préfet des Hauts-de-Seine¹²⁵ déclare par exemple « qu'en sollicitant la nationalité française, vous avez exprimé le désir d'adhérer aux valeurs fondamentales de la République et aux règles de la démocratie. Certains d'entre vous viennent de pays où, par tradition, l'inégalité entre l'homme et la femme est de règle. Vous avez fait un choix de société. L'acceptation de votre demande montre que vous avez suffisamment adopté le mode de vie et les coutumes de notre pays, *non pas au point de ressembler complètement aux Français de souche* mais cependant assez pour que vous vous sentiez à l'aise parmi nous. Vous êtes le lien entre les communautés étrangères et les Français d'origine ». Ces quelques mots dessinent clairement la double ligne de partage que crée la naturalisation en tant que rite de passage : celle entre l'avant et l'après naturalisation qui distingue les « nouveaux français » des « communautés étrangères » qui par définition n'ont pas acquis cette nationalité, et celle entre « vous » et « nous » qui sépare les naturalisés des « Français de souche » auxquels ils ne « ressemblent pas complètement ».

¹²² Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, précitée, art. 85 et 86.

¹²³ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, précitée, art. 5.

¹²⁴ J.-P. MOINET, *Célébrer la bienvenue dans la République française. Rapport sur les cérémonies célébrant l'acquisition de la nationalité française*, remis à la Ministre déléguée à la Cohésion sociale et à la Parité, 2006, p. 7.

¹²⁵ *L'État dans les Hauts de Seine*, 2006, Intervention de Michel Bart, préfet des Hauts de Seine, devant les nouveaux Français, le 10 décembre 2006, cité par D. FASSIN, S. MAZOUZ, « Qu'est ce que devenir français ? La naturalisation comme rite d'institution républicain », *Revue française de sociologie*, n° 48-4, 2007, p. 725.

Se créent alors deux catégories. La première, composée des « naturalisés », distincts à la fois des étrangers qui n'accèdent pas à la communauté nationale et des Français qui n'ont pas eu à choisir leur nationalité puisqu'ils l'avaient de naissance, fait l'objet d'une « faveur » juridique et l'octroi de la nationalité à celles et ceux qui la demandent est donc un acte souverain. La seconde catégorie, quant à elle, est composée des personnes qui n'ont pas à acquérir la nationalité française parce qu'elles l'ont depuis qu'elles sont nées : non seulement elles n'ont pas à être naturalisées mais elles sont aussi celles qui, en se désignant comme « nous » par rapport à « vous », attribuent la naturalisation en tant que « Français de souche » qui incarnent la permanence de la nation.

2. Exigence d'assimilation et exigence d'intégration : un rapprochement rapide du droit de la nationalité et du droit des étrangers

L'innovation significative qu'a connu le droit des étrangers tient à l'exigence d'intégration, pendant de l'assimilation en droit de la nationalité, désormais imposée aux personnes prétendant à un séjour durable en France. L'intégration et l'assimilation traduisent chacune une forme d'entrée des étrangers dans la communauté française. Le discours commun voit une gradation entre l'intégration et l'assimilation, une échelle dans les attitudes de la société d'accueil. L'étymologie du terme « assimilation » recouvre une double acception : l'action de rendre semblable dans le sens d'égaliser et l'acte de l'esprit, une certaine fiction, qui considère comme semblable ce qui est différent. Mais un sens plus récent s'est ensuite imposé : l'assimilation est le processus par lequel un être vivant se transforme en un autre de façon substantielle. Assimiler devient alors synonyme d'absorber : « la fusion s'opère jusqu'à la disparition de l'élément étranger qui vit une conversion dans la substance de l'organisme assimilateur »¹²⁶.

La naturalisation en ce sens indique un processus, notamment juridique, par lequel s'opèrent une identification totale et une égalité matériellement réalisée : l'étranger sera identique au « naturel ». L'action d'intégration, quant à elle, « valorise l'unité recherchée. Elle est un processus qui, rapporté au phénomène migratoire, exprime une dynamique d'échange dans laquelle chaque élément compte à part

¹²⁶ J. COSTA-LASCOUX, *De l'immigré au citoyen*, coll. Notes et études documentaires, La documentation française, n°4886, 1989.11, p. 10.

entière. Le corollaire est que chacun accepte de se constituer partie du tout et s'engage à respecter l'intégrité de l'ensemble »¹²⁷. Une telle différence sémantique traduit donc la différence de logique sur le fond qui sous-tend le processus de naturalisation et celui de l'entrée et du séjour des étrangers.

L'article 314-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), tel qu'issu de la loi du 24 juillet 2006, dispose que « lorsque des dispositions législatives du présent Code le prévoient, la délivrance d'une première carte de résident est subordonnée à l'intégration républicaine de l'étranger dans la société française, appréciée en particulier au regard de son engagement personnel à respecter les principes qui régissent la République française, du respect effectif de ces principes et de sa connaissance suffisante de la langue française dans des conditions définies par décret en Conseil d'État ». La maîtrise de la langue française est donc immédiatement associée à l'intégration. La rédaction de l'article 314-2 a d'ailleurs été revue dans un sens plus contraignant entre 2003 et 2006.

L'évaluation du niveau de langue française ainsi que celle du respect des valeurs essentielles de la République s'inscrivent en droit de la nationalité dans un processus plus large d'appréciation de l'assimilation tandis qu'elles sont un critère de l'intégration en droit des étrangers pour ceux qui demandent un titre de séjour. La politique de l'immigration s'appuyant depuis la loi du 26 novembre 2003¹²⁸ sur le critère juridique de « l'intégration », il convient de se demander quelle est sa définition et, comme il se base en apparence sur des indices similaires, dans quelle mesure il se rapproche de la notion juridique « d'assimilation » en droit de la nationalité. Les éléments de définition en droit positif s'avèrent très succincts.

La combinaison des articles L. 311-9 et L. 314-2 du CESEDA nous permet de supposer que l'intégration repose actuellement, en droit positif, sur l'appréciation de deux critères principaux : la maîtrise de la langue française et le respect des « institutions françaises et des valeurs de la République, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes et la laïcité » ou encore des « principes qui régissent la République ». Cette définition traduit en des termes plus brefs celle donnée par le Haut Conseil à l'intégration selon lequel l'intégration consisterait à « susciter la

¹²⁷ J. COSTA-LASCOUX, *op. cit.* p. 10-11.

¹²⁸ Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, précitée.

participation active à la société toute entière de l'ensemble des hommes et des femmes appelés à vivre durablement sur notre sol en acceptant sans arrière-pensée que subsistent des spécificités, notamment culturelles, mais en mettant l'accent sur les ressemblances et les convergences dans l'égalité des droits et des devoirs, afin d'assurer la cohésion de notre tissu social »¹²⁹.

Cette condition d'intégration pour l'acquisition d'un titre de séjour, nouvelle en droit positif français, a fait l'objet d'appréciations diverses. Le professeur Olivier Lecucq, par exemple, admet que « le législateur est à même de décider du profil de la politique d'immigration et de fixer, ce faisant, des objectifs d'intérêt général en la matière ». Mais il ajoute que « le raisonnement paraît en revanche plus difficile à tenir s'agissant de la condition d'intégration dans la société française »¹³⁰. En effet, la mise en œuvre de cette condition est assez aléatoire car, s'il est aisé de savoir ce que recouvre l'exigence de maîtrise de la langue française, il semble plus délicat de définir précisément ce qu'il faut entendre par l'appréciation de l'intégration « au regard des principes qui régissent la République française ».

Le droit de l'immigration n'étant jamais détaché d'un contexte politique spécifique, une telle notion peut laisser prise à des exigences déplacées liées par exemple, pour prendre un point sensible du contexte politique actuel, au principe de laïcité. Appliquée à la délivrance du titre de séjour, cette condition d'intégration, proche de celle d'assimilation en droit de la nationalité, correspond à un durcissement radical du régime de ce titre. Les notions d'intégration et d'assimilation présentant de larges similitudes quant aux critères de leur appréciation, il n'est pas étonnant que des liens, voire des confusions entre les deux, soient régulièrement établies.

C'est ainsi que l'article L. 314-12 du CESEDA dispose que « la carte de résident est délivrée de plein droit à l'étranger qui remplit les conditions d'acquisition de la nationalité française prévues à l'article 21-7 du Code civil ». Une telle disposition conduit nécessairement à s'interroger sur la pertinence de créer deux

¹²⁹ Haut Comité à l'intégration, *L'intégration à la française, Rapport du Haut Comité à l'intégration*, 1993. Il faut souligner que cette définition, telle qu'elle est rédigée, est tout de même très proche de celle de l'assimilation que nous avons détaillée plus haut. Il faudrait donc peut-être y voir encore un indice d'un rapprochement presque conceptuel entre le droit de la nationalité et le droit des étrangers.

¹³⁰ O. LECUCQ, « Note sous Cons. const., 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des immigrés en France et à la nationalité* », *AJDA*, 2004, p. 601.

statuts juridiques différent si les conditions d'acquisition de ces statuts sont les mêmes.

En effet, l'accès à la nationalité et l'obtention d'une carte de résident sont deux actions qui ne devraient évidemment pas procéder de la même logique. La première vise à assurer l'entrée d'un individu dans la communauté nationale, l'autre à permettre à l'étranger de résider légalement sur le territoire de l'État et d'y travailler. Il semble donc étrange de donner à ces deux processus des formes quasi identiques.

Dans le même sens et depuis un décret de 2010¹³¹, l'exigence de maîtrise de la langue française est de même nature pour une demande de naturalisation que pour une demande de titre de séjour, le degré de connaissance de la langue française requis ayant été accentué en matière de titres de séjour. De façon générale, le droit de la nationalité trouve de nombreux échos en droit des étrangers. Les promoteurs du projet de loi de 2003 ont d'ailleurs souhaité favoriser ce rapprochement, comme le révèlent les termes du rapport Mariani selon lequel « en matière d'acquisition de la nationalité, le critère de l'assimilation, qui peut en partie recouper celui de l'intégration prévu pour la délivrance de la carte de résident, est utilisé »¹³².

Cette logique consistant à lier les deux droits apparaît également dans les travaux préparatoires de la loi d'octobre 2007. Lors de la discussion de l'article 1^{er} du projet de loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile du 23 octobre 2007, un amendement déposé par le député Claude Bodin proposait de substituer le terme « assimilation » au terme « intégration » dans les dispositions de l'article 411-8 du CESEDA relatif aux conditions du regroupement familial des ressortissants étrangers de plus de seize ans¹³³. Cet amendement a été rejeté en Commission des lois comme ne traitant pas directement de la naturalisation. Il correspondait en réalité à la conviction du député que « le regroupement familial est l'une des clés d'accès à la nationalité française ».

¹³¹ Décret n° 2010-725 du 29 juin 2010 relatif aux décisions de naturalisation et de réintégration dans la nationalité française, *J.O.* n° 0149 du 30 juin 2010, p. 11820. Ce décret a été accompagné d'une circulaire n° NOR IMIC1000113C du 27 juillet 2010.

¹³² T. MARIANI, précité., p. 23.

¹³³ Cet article dispose que « pour lui permettre de préparer son intégration républicaine dans la société française, le ressortissant étranger de plus de seize ans pour lequel le regroupement familial est sollicité bénéficie, dans son pays de résidence, d'une évaluation de son degré de connaissance de la langue et des valeurs de la République française ».

L'utilisation du terme « naturalité » en lieu et place de celui de « nationalité » est par ailleurs révélateur de la logique plus ethnique ou sociologique que juridique à laquelle répond l'amendement. Le Gouvernement et la Commission des lois ont ainsi choisi de ne pas s'affranchir de la terminologie précise associée d'un côté au droit des étrangers et de l'autre au droit de la nationalité. Le rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale avait ainsi mis en avant que « l'article 21-24 du Code civil fait de l'assimilation une condition de la naturalisation. Nous ne parlons pas ici du droit de la nationalité mais d'immigration. En la matière, seule la condition d'intégration peut-être prise en compte ». De même, le ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du co-développement d'alors avait précisé que « le Code de l'entrée et du séjour des étrangers emploie toujours le mot d'intégration, l'assimilation ne concernant que l'accès à la nationalité française. Il y a donc une gradation ».

Cependant, si la barrière terminologique n'a pas été franchie, les dispositifs concernant l'appréciation de chacun de ces deux critères sont très proches voire similaires, notamment en ce qui concerne la maîtrise de la langue ou le respect des us et coutumes ou « des valeurs essentielles de la République ». Le lien entre droit des étrangers et droit de la nationalité a été clairement affirmé. Sans que les deux dispositifs puissent être confondus dans leurs conséquences ou sur l'ensemble de la procédure, la proximité des dispositifs souligne le durcissement des conditions de séjour régulier et témoigne d'une volonté de faire de l'étranger non pas un simple résident légal au sein de l'État et soumis à la souveraineté de ce dernier mais un quasi-national du point de vue social et sociologique, sans lui attribuer le statut juridique qui correspond, c'est-à-dire les droits exclusivement liés à la nationalité.

C'est notamment pour remettre en cause cette logique que les soixante députés, dans leur saisine du Conseil constitutionnel relative à la loi de novembre 2003, avaient fait valoir que « l'indépendance entre la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers et celle concernant la nationalité avait été jusqu'à présent préservée. Cette distinction entre les deux corps de règles se justifie tant les droits et devoirs attachés à la nationalité française sont substantiellement différents de ceux liés au séjour même de longue durée. Pourtant, et pour la première fois, la frontière entre les deux régimes est franchie » et « en liant la délivrance de la carte de résident à des conditions qui jusqu'alors étaient davantage exigées pour l'obtention de la

nationalité, le législateur a commis une erreur manifeste d'appréciation au regard de la liberté individuelle et du principe d'égalité. ».

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 20 novembre 2003¹³⁴, a répondu par un considérant tout à fait classique en la matière depuis sa décision de 1993¹³⁵ : « Considérant, d'une part, qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; qu'eu égard à l'objectif d'intérêt général qu'il s'est assigné, tendant à instituer un statut de résident de longue durée, le législateur a pu exiger que l'obtention de la carte de résident délivrée en vertu de l'article 14 de l'Ordonnance soit soumise à la double condition d'une durée de résidence ininterrompue de deux ou cinq ans sur le territoire français et d'une intégration dans la société française »¹³⁶.

Il serait intéressant de revenir ici sur l'argumentation de la saisine concernant ce rapprochement entre les deux législations de la nationalité et des étrangers. La saisine se fondait sur la violation de la liberté individuelle et de l'égalité. Mais il semble que ces fondements ne correspondent pas au grief invoqué.

En effet, les saisissants ont cherché à remettre en cause la constitutionnalité du rapprochement entre la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers et celle relative à la nationalité, c'est-à-dire la similarité des critères posés par la nouvelle législation pour l'acquisition d'un titre de séjour et la l'acquisition de la nationalité. Selon eux, « l'indépendance » entre ces deux législations a « toujours été préservée », tendant par cette formulation à faire de cette indépendance une sorte de principe fondamental du droit, pour ne pas dire un principe fondamental de la République. Il ne s'agit donc pas réellement d'une rupture d'égalité puisque par définition les entités concernées ont un statut différent. Ce qui est critiqué serait même plutôt « une trop grande égalité », au sens de proximité, entre ces deux législations. La violation du principe d'égalité ne semble donc pas être un fondement recevable dans la contestation de cette disposition de la loi.

¹³⁴ Décision n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*.

¹³⁵ Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

¹³⁶ Décision n° 2003-484 DC, cons. 28.

Ensuite, la saisine mettait en avant la violation de la liberté individuelle : un durcissement de la législation des étrangers, pendant du rapprochement du droit des étrangers et du droit de la nationalité, conduisant à une difficulté accrue d'obtenir un titre de séjour et donc de travailler librement sur le territoire ou même de faire venir sa famille au titre du regroupement familial. La conséquence serait donc une atteinte à la liberté individuelle. Si ce fondement semble plus adéquat, il n'en reste pas moins incomplet face au problème que pose le rapprochement des législations contestées.

En effet, il nous apparaît que le principe violé relève également de la « tradition républicaine française », de « l'esprit de la République » tel que conçu dans ce que Benedict Anderson a appelé « l'imaginaire national »¹³⁷ que du droit constitutionnel *stricto sensu* c'est-à-dire tel que posé dans la Constitution ou les textes ayant valeur constitutionnelle et invocables devant le Conseil à l'appui d'une saisine. La seule possibilité de censure aurait donc peut-être consisté en la création par le Conseil d'un nouveau principe à valeur constitutionnelle ou d'un nouvel objectif à valeur constitutionnelle.

§ 2. De possibles clarifications à apporter

Face à la subjectivisation du droit de la nationalité, certaines clarifications pourraient être apportées en vue de renforcer la conception objective qui domine, par principe, le droit français. Afin de conserver l'autonomie du droit de la nationalité face au droit des étrangers, il paraît indispensable de réinstaurer une centralisation des décisions d'acquisition de la nationalité (A). Ensuite, la suppression de la déchéance de nationalité pourrait être envisagée en vue de préserver une égalité totale entre les nationaux (B). Enfin, il serait souhaitable de faire entrer dans la Constitution les grands principes du droit français de la nationalité afin de les protéger et de ramener juridiquement celle-ci dans le droit constitutionnel dont elle constitue l'un des fondements (C).

¹³⁷ B. ANDERSON, *L'imaginaire national : Réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, La Découverte, 2002.

A. La centralisation des décisions d'acquisition de la nationalité

Si en raison de la circulaire d'octobre 2012 visant à simplifier la procédure de naturalisation le nombre de décisions défavorables à l'acquisition de la nationalité a diminué, les disparités entre préfetures n'ont cependant pas diminué de façon significative¹³⁸. Si les disparités peuvent être en partie liées aux différences sociologiques qui peuvent exister entre les candidats en fonction des zones géographiques concernées, il n'en reste pas moins que le doute demeure quant aux motivations locales qui peuvent exister au sein des préfetures et influencer sur les décisions préfectorales d'acquisition de la nationalité par décret ou par mariage.

La mise ne place des plateformes interdépartementales répond à une volonté de rouvrir l'accès à la nationalité et de le rendre plus « juste » selon les termes du rapport remis à l'Assemblée en 2013¹³⁹, mais elle ne résout pas les difficultés plus juridiques d'appréciation des critères d'acquisition de la nationalité et d'égalité dans l'entrée dans la communauté nationale.

Il paraît ainsi souhaitable de revenir à ce que le général de Gaulle avait décidé à la Libération¹⁴⁰, c'est-à-dire un traitement centralisé et homogène de toutes les décisions de naturalisation. C'est bien la cohérence et le sens même de la notion de nationalité qui sont en effet remises en cause.

Le préfet, selon la loi du 6 février 1992¹⁴¹, est dépositaire de l'autorité de l'État dans le département et responsable de l'ordre public grâce aux pouvoirs de police qu'il détient. Représentant direct du Premier ministre et de chaque ministre dans le département, il est chargé de mettre en œuvre les politiques gouvernementales de développement et d'aménagement du territoire à l'échelle du département.

C'est à ce titre d'autorité de police que le préfet menait, sur demande de la sous-direction des naturalisations, les enquêtes relatives aux dossiers de

¹³⁸ Le rapport de suivi de l'Inspection générale de l'administration remis en novembre 2013 relève ainsi un taux de décisions défavorables en matière de naturalisations passé de 52,25% en 2012 à 38,27% au premier semestre 2013. Cependant, les taux par préfeture varient encore entre 32,02% et 50,49% sur le premier semestre 2013.

¹³⁹ Rapport remis par P. Menucci, précité.

¹⁴⁰ Ordonnance n° 45-2447 du 19 octobre 1945 portant Code de la nationalité française, précitée.

¹⁴¹ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *J.O.* n°33 du 8 février 1992 p. 2064, précisée par le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements, *J.O.* n°0102 du 30 avril 2004, p. 7755, modifié par le décret n° 2010-146 du 16 février 2010, *J.O.* n°0040 du 17 février 2010.

naturalisation. Mais en lui confiant la décision et en lui imposant de ne transmettre pour accord que les décisions favorables, on met en place un droit de la nationalité conçu comme une matière de police avant d'être un droit de l'accès à la communauté nationale. Le risque est ainsi de faire de l'accès à la communauté nationale une matière devant être guidée par des exigences de police, et notamment de police locale, prolongeant toujours davantage la confusion entre le droit des étrangers et le droit de la nationalité et donc entre les statuts qu'ils déterminent.

C'est donc bien le sens même du droit de la nationalité qui est ainsi remis en cause, la déconcentration de la procédure de naturalisation portant atteinte à l'autonomie nécessaire que le droit de la nationalité doit avoir face au droit des étrangers. Il semble donc nécessaire de rétablir un processus décisionnel national qui confierait aux préfetures la phase d'enquête nécessaire à la prise de décision finale par la sous-direction des naturalisations et à cette dernière le monopole de la décision de naturalisation.

Dans le même sens, la procédure d'acquisition de la nationalité par déclaration en raison du mariage devrait être réformée. Aujourd'hui confiée au préfet, cette procédure relevait auparavant des tribunaux judiciaires comme l'est celle de l'acquisition de la nationalité par la naissance à la majorité. Fondée sur un critère objectif directement constatable, il suffisait au greffier de vérifier la légalité du mariage et le respect du délai de vie commune pour déclarer l'acquisition de la nationalité par le conjoint étranger d'un Français. Ayant été largement complexifiée et faisant appel à des pouvoirs d'enquête élargis¹⁴², cette procédure ne pourrait, en l'état, être confiée au seul greffier du tribunal d'instance. Il est également difficile d'envisager de la confier à la sous-direction de l'accès à la nationalité, la charge représentée par l'addition de cette procédure avec celle de la naturalisation risquant d'engorger le service. Par conséquent, il serait souhaitable de simplifier la procédure d'acquisition par mariage en la fondant de nouveau sur la constatation d'un fait objectif constitué par la légalité du mariage et un délai minimum de vie commune fixé par la loi.

La raison de cette complexification du droit étant principalement la crainte des mariages de complaisance, la solution pourrait être trouvée dans l'amélioration de l'effectivité des pouvoirs d'opposition du préfet. En effet, l'article 146 du Code civil

¹⁴² V. ce Titre, chapitre 1, section 2.

fait du consentement une condition de validité du mariage. Sa rédaction, inchangée depuis le Code civil des Français, a servi de support à une construction prétorienne jusqu'alors inchangée selon laquelle « le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale »¹⁴³. C'est principalement en matière de mariages célébrés dans le but de permettre l'acquisition de la nationalité française ou l'obtention d'un visa ou d'un titre de séjour, que cette jurisprudence a connu le plus grand essor. Elle a ensuite été consacrée par le législateur à l'article 175-1¹⁴⁴ qui met en place une procédure préventive de sursis à la célébration du mariage en cas d'indices sérieux laissant présumer l'absence d'une réelle intention matrimoniale¹⁴⁵. Ainsi, le procureur de la République, saisi par l'officier de l'état civil, dispose d'un délai de quinze jours pour former une opposition à mariage¹⁴⁶.

Cette procédure, combinée à celle de l'article 184 du Code civil qui énumère les causes de nullité de fond du mariage (parmi lesquelles le consentement de l'article 146) permettant au procureur de la République, sur ces fondements, de poursuivre l'annulation du mariage, semble donc suffire à prévenir et à sanctionner les atteintes à l'ordre public que constituent les mariages de complaisance et à éviter que les conditions légales d'acquisition de la nationalité par mariage ne soient pas remplies. Il semble donc inutile, au regard des ces éléments, de conserver ce lourd dispositif encadrant l'acquisition de la nationalité par déclaration. Le simplifier permettrait ainsi de rendre plus cohérente la législation l'acquisition de la nationalité par mariage, de la confier de nouveau aux

¹⁴³ Civ. 1^{re}, 20 novembre 1963, Bull. n° 506. Cet arrêt de principe a posé une jurisprudence constante relative à l'interprétation de l'article 146 du Code civil.

¹⁴⁴ Cet article a été inséré dans le Code civil par la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. Il dispose que : « Le ministère public peut former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage ».

¹⁴⁵ Après avoir été censuré dans la n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, ce dispositif a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, sous réserve qu'il assure des garanties suffisantes à la protection de la liberté du mariage, de la liberté individuelle et du droit à la vie privée et familiale. Pour une étude détaillée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur cette question v. le commentaire de la n° 2012-261 QPC du 22 juin 2012, *M. Thierry B.* (Consentement au mariage et opposition à mariage) publié sur le site du Conseil constitutionnel.

¹⁴⁶ Article 175-2 du Code civil.

juridictions judiciaires et de la détacher du régime de police duquel elle s'est rapprochée au fil des dernières modifications législatives.

Ainsi, dans le régime actuel de l'acquisition de la nationalité par déclaration ou par décret, celui qui, depuis son arrivée sur le territoire, se rend en préfecture pour demander son titre de séjour, doit se rendre dans les mêmes lieux pour faire sa demande de naturalisation ou d'acquisition de la nationalité par déclaration et il reviendra à la même autorité de prononcer la décision. Une telle procédure ne peut que conduire à une confusion quant à l'objet même du droit de la nationalité.

En effet, ce droit n'est pas un prolongement du droit des étrangers en ce qu'il ne concerne pas la gestion, l'encadrement ou la protection par l'État de la population présente sur son territoire. En confiant les décisions de naturalisation au préfet, on mêle cette mission d'encadrement de la population présente sur le territoire, de gestion de l'ordre public, avec un enjeu tout autre qui est celui de la constitution de la communauté nationale.

En la matière, une simple intervention par décret ne semble pas suffire. Il serait sans doute préférable que la loi elle-même rétablisse l'égalité dans l'accès à la nationalité, comme elle est « habilitée » à le faire par l'article 34 de la Constitution, et remette en place une procédure nationale d'acquisition de la nationalité.

B. La suppression de la déchéance de nationalité

La procédure de déchéance de nationalité est présentée comme une sanction contre ceux qui « n'hésitent pas à prendre les armes contre le pays dont ils possèdent la nationalité »¹⁴⁷. Elle sanctionne donc un manque de loyalisme du national envers son État. Destinée à ne s'appliquer qu'aux nationaux ayant « acquis » la nationalité, elle crée au sein de la communauté nationale une distinction entre les français de naissance et les français par acquisition de la nationalité et défend une conception subjective de la nationalité.

Malgré sa forte présence au sein du débat médiatique et politique, la procédure de déchéance de nationalité est, au regard des chiffres officiels¹⁴⁸, très rarement mise

¹⁴⁷ B. PAUVERT, « Autour de la déchéance de la nationalité française », *AJDA*, 2015, p. 1000.

¹⁴⁸ Le rapport annuel de la sous-direction des naturalisations pour l'année 2006 en dénombrait entre 1 et 5 par an pour les années 2001-2006, *in* Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, *La Sous-Direction des Naturalisations en 2006 : Données chiffrées et commentaires*, Rapport annuel de la sous-direction des naturalisations, année 2006, p. 74.

en œuvre par le gouvernement. Cette discordance entre le discours et le fait permet de considérer que la mise en avant de cette procédure n'a pour but que de donner l'impression d'une action politique radicale contre des actes attentatoires à la sécurité et à l'intérêt de l'État.

Au regard de ces éléments, différentes possibilités de réforme peuvent être envisagées dont la première réside dans la suppression de la déchéance de nationalité et son remplacement par l'utilisation de la procédure de perte de celle-ci. Il a ainsi pu être affirmé que la procédure de perte de la nationalité était le corollaire de la déchéance en ce qu'elle s'applique au français par attribution¹⁴⁹. Cette procédure, organisée aux articles 23-7 et 23-8 du Code civil permet au gouvernement de retirer, par décret après avis conforme du Conseil d'État, sa nationalité à un Français qui se comporte en fait comme le national d'un pays étranger¹⁵⁰. En commettant des actes contraires aux intérêts de l'État à l'instar des actes terroristes, le national concerné entrerait ainsi dans le champ de ces dispositions. Ajoutée à la déchéance de nationalité, cette procédure permettrait donc de sanctionner l'ensemble des Français dont le comportement manifeste un manque de loyauté envers leur patrie. Ainsi, « la déchéance de la nationalité correspond à la perte de la nationalité acquise, quand le retrait de la nationalité traduit une perte de la nationalité attribuée ». S'il paraît cohérent, ce raisonnement n'en est pas moins erroné.

En effet, la perte de nationalité vise à tirer les conséquences d'un changement dans la nature et la réalité du lien qui existe entre l'État et son national. Fondé sur l'effectivité, il peut parfois disparaître en raison d'un changement de résidence prolongé ou de l'exercice d'une activité publique ou militaire au service d'un autre État. Dans de tels cas, ce n'est pas tant le défaut de loyalisme qui est pris en compte

¹⁴⁹ v. en ce sens B. PAUVERT, précité ou encore le rapport du député P. Meunier fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi de M. Philippe Meunier et plusieurs de ses collègues (n° 996) visant à déchoir de la nationalité française tout individu portant les armes contre les forces armées françaises et de police, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 novembre 2014, p. 13 et suiv.

¹⁵⁰ Articles 23-7 et 23-8 du Code civil : « 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 avis conforme du Conseil d'État, avoir perdu la qualité de Français. » (art 23-7) et « 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 » (art. 23-8).

que le manque d'effectivité du lien existant entre l'État et celui qui, de droit est son national mais qui, de fait, est devenu un étranger. Le retrait de la nationalité est donc fondé sur une conception tout à fait objective de celle-ci : il s'agit de pouvoir conserver une concordance entre nationalité de droit et nationalité de fait. Comme le soulignait Henri Batiffol, le régime du retrait de la nationalité est fondé sur une appréciation objective de celle-ci : « s'il est admis que la nationalité, au sens juridique du terme doit exprimer l'appartenance à une certaine collectivité, souvent dénommée nationalité de fait, il s'ensuit que la nationalité de droit doit être retirée à celui qui, ayant appartenu à cette collectivité de fait, ne lui appartient plus »¹⁵¹.

Or, dans cette conception, la perte de la nationalité dépend d'un comportement qui relie de fait l'individu à un autre État, et non d'un comportement qui porte atteinte aux intérêts fondamentaux de celui dont il est en droit, sinon en fait, le national. Le fait de commettre des actes de terrorisme ne lie pas en soi l'individu à un autre État, il ne fait que le placer dans une situation d'atteinte extraordinaire à l'ordre public et à la sécurité de l'État. Le fait de rattachement sur lequel est fondé sa nationalité n'est donc pas objectivement remis en cause dans la mesure où les critères objectifs de celle-ci sont toujours remplis.

La différence sur le fond entre les deux procédures est donc majeure. Si elles aboutissent toutes deux à une perte de la nationalité, la première est une sanction pour défaut de loyalisme et la seconde une conséquence de la rupture constatée entre le droit et le fait. La déchéance de nationalité ne suppose donc pas que l'individu a cessé, de fait, d'être le national de l'État. Elle est une mesure par laquelle l'État souverain décide de ne plus donner d'effet juridique au lien effectif qui existe entre lui et l'individu concerné : l'État décide de faire d'un national de fait, qu'il estime indigne de cette qualité, un étranger de droit.

Par conséquent, considérer que la procédure de perte de la nationalité est un équivalent de la déchéance de nationalité revient à défendre une conception subjective de celle-ci, selon laquelle se comporter comme un étranger de fait constitue un défaut de loyalisme qui transforme en « mauvais Français ». Dans cette perspective, c'est bien la volonté de l'individu qui est sanctionnée par la perte de la nationalité : il s'agit de faire coïncider la « nation de cœur et celle de droit » pour les

¹⁵¹ H. BATIFFOL, « Évolution du droit de la perte de la nationalité française », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. 1, Pédone, 1975, p. 244.

Français qui « se sentent plus proches d'autres allégeances »¹⁵² et de sanctionner ce comportement par le retrait de la nationalité. Mais cette approche n'est pas celle du Code civil, qui privilégie une conception de la perte de la nationalité comme conséquence d'une disparition progressive de la réalité du lien qui unit un individu à l'État. En ce sens, la décision du gouvernement constate la perte de nationalité, il ne la déclare pas¹⁵³. Cet état du droit semble donc empêcher juridiquement de substituer la procédure de retrait à celle de la déchéance de nationalité.

L'hypothèse d'une conservation de la déchéance de nationalité peut également être envisagée. Le texte de l'article 25-1 serait alors à refonder. Il s'agirait de supprimer la référence à la nationalité « acquise » pour ne conserver que la condition tenant à l'interdiction de l'apatridie, sous peine de voir la loi censurée pour inconventionalité. La procédure s'appliquerait ainsi à tous les nationaux, sous réserve qu'ils possèdent une autre nationalité. Cette solution apparaît néanmoins comme la moins souhaitable. En effet, elle ne résout pas pleinement la question de la rupture d'égalité entre les nationaux car elle introduit une nouvelle distinction fondée sur la différence objective de situation entre les Français qui ne possèdent que la nationalité française et ceux qui possèdent plusieurs nationalités. Si elle est envisagée comme une sanction du défaut de loyalisme, la déchéance de nationalité devrait s'appliquer de la même façon à l'ensemble des nationaux, de manière à conserver la vision unitaire et objective de la nationalité.

Le Conseil constitutionnel ayant accepté l'exception portée au principe d'égalité organisée par l'actuel article 25 du Code civil en raison de l'intérêt général qu'il défend, il est probable qu'il ne jugerait pas contraire à la Constitution une modification du texte dans le sens d'une extension de la procédure de déchéance de nationalité à l'ensemble des nationaux.

Cependant, les hypothèses précédemment évoquées sont susceptibles de se heurter tant au droit international qu'aux relations diplomatiques que la France entretient. En effet, la déchéance de nationalité, comme la perte de nationalité, sont assorties dans chacun des cas d'une expulsion du territoire, révélant un des buts de sa mise en œuvre : protéger le territoire national contre les actes de l'individu concerné.

¹⁵² B. PAUVERT, précité.

¹⁵³ R. BOULBES écrit ainsi que « le Français n'est pas déclaré perdre son allégeance mais l'avoir perdue », *in Droit français de la nationalité*, Sirey, 1956, p. 296.

Par conséquent, celui-ci est expulsé vers son autre État de rattachement, ce qui suppose que la France remet à un État étranger la charge d'un individu potentiellement dangereux. Ensuite, le droit international prohibant l'apatridie, toute procédure consistant en une perte de sa nationalité par un individu n'en possédant qu'une sera contraire à cette exigence. La France ayant signé et ratifié la Convention relative au statut des apatrides¹⁵⁴, elle ne pourra en aucun cas étendre à l'ensemble des nationaux une telle sanction. La potentielle rupture d'égalité, inhérente à ce type de sanction, semble ainsi faire obstacle à sa cohérence. Dans cette perspective, il faudrait supprimer la déchéance et envisager son remplacement par une sanction qui ne remette pas en cause la nationalité de l'individu. Une des possibilités serait de mettre en place une déchéance des droits civiques, assortie d'une éventuelle interdiction de quitter le territoire, privant ainsi l'individu des principaux droits attachés à la nationalité. Une telle réforme permettrait ainsi la suppression de la déchéance de nationalité en faveur d'une procédure de sanction unique s'adressant à tous les nationaux, conforme aux exigences du droit international et à la conception unitaire de la nationalité.

C. Une entrée dans le champ constitutionnel d'une définition du national

La Constitution française ne renferme aucune définition du national qui, pourtant, conditionne le champ de l'article 3 selon lequel « sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français [...] »¹⁵⁵. Ce n'est donc que sous l'angle de l'expression du suffrage que le texte constitutionnel aborde la détermination des nationaux. Pourtant, une entrée dans la Constitution d'une définition du national permettrait de fixer l'orientation du droit de la nationalité et de préserver les grands principes qui la régissent.

Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour modifier les conditions d'accès à la nationalité française. Pourtant, aucune des règles qu'il a posées, dont certaines sont restées inchangées depuis les lois de 1889, 1927 et 1973 n'a à ce jour été reconnue comme ayant valeur constitutionnelle. Il est vrai que le Conseil

¹⁵⁴ Convention de 1954 relative au statut des apatrides signée par la France le 12 janvier 1955 et ratifiée le 8 mars 1960.

¹⁵⁵ Article 3 de la Constitution : « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques. »

constitutionnel n'a été que peu saisi de la question de la nationalité, y compris depuis la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité. En-dehors des décisions relatives à la déchéance de nationalité, le Conseil n'a eu à examiner que quelques règles ponctuelles d'acquisition de la nationalité introduite dans les lois relatives à l'entrée et au séjour des étrangers.

Dans sa décision du 20 juillet 1993¹⁵⁶, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur n'avait donné valeur absolue à cette règle qu'à travers la loi du 26 juin 1889, votée pour répondre à des exigences de conscription et que donc le caractère absolu de cette règle n'avait pas en soi valeur constitutionnelle. Dans son considérant, le Conseil n'a ni dénié ni attribué valeur constitutionnelle à la règle du double *jus soli* mais il a considéré que le fait de mettre fin à cette règle pour les seuls enfants de parents nés dans un territoire d'outre-mer ou des colonies ayant acquis depuis l'indépendance ne méconnaissait aucun principe fondamental reconnu par les lois de République¹⁵⁷. De même, l'exigence d'une manifestation de volonté par la personne née en France de parents étrangers afin qu'elle puisse bénéficier du droit du sol, règle qui conditionne ce dernier mais n'y met pas fin, n'était contraire à aucun principe de valeur constitutionnelle.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est ainsi caractérisée par une certaine réserve en matière de nationalité, le conduisant à peu de censures ou interprétations constructives. Il a, par exemple, estimé que si le respect du principe d'indivisibilité de la République¹⁵⁸ et celui du principe de proportionnalité des peines de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁵⁹ contraignent le législateur, y compris en matière de nationalité, en revanche celui du droit à une vie familiale normale ne saurait constituer un principe opérant¹⁶⁰. De même, le droit au

¹⁵⁶ Cons. const., n° 93-321 DC, 20 juillet 1993, *Loi réformant le Code de la nationalité*, J.O. du 23 juillet 1993, p. 10391 ; *Rec*, p. 196.

¹⁵⁷ Cons. 20 à 24 de la décision.

¹⁵⁸ Cons. const., n° 93-321 DC, 20 juillet 1993, précitée, cons. 21.

¹⁵⁹ Cons. const., *idem*. Le Conseil a déclaré contraires à la Constitution les dispositions législatives relatives à la nationalité par lesquelles le législateur avait prévu qu'un arrêté de reconduite à la frontière ou un arrêté d'assignation à résidence non expressément rapporté ou abrogé fassent obstacle à l'acquisition de la nationalité française par simple manifestation de volonté du fait de la naissance sur le sol français, cons. 39.

¹⁶⁰ Décision n° 2012-264 QPC du 13 juillet 2012, *M. Saïd K.* Le Conseil constitutionnel, saisi de la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 21 2 du Code civil, dans sa rédaction résultant de 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*, et de l'article 26-4 du même

respect de la vie privée qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne saurait imposer au législateur que « le conjoint d'une personne de nationalité française puisse acquérir la nationalité française » et ne s'oppose donc pas à la subordination de l'acquisition de la nationalité française par mariage à une durée de mariage sans cessation de la communauté de vie¹⁶¹.

Il ressort donc de la jurisprudence que lorsqu'il doit établir la conformité à la Constitution des règles nouvelles adoptées par le législateur en la matière, le juge constitutionnel se fonde sur les principes constitutionnels les plus communs et non sur des principes propres à la matière. Pourtant, l'utilisation de tels principes permettrait de protéger davantage les règles essentielles en matière d'acquisition de la nationalité.

Ce manque d'innovation de la part du Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen des règles posées par le législateur en matière de nationalité a pu être expliqué par l'existence de limites que le législateur se serait lui-même posé en la matière¹⁶². Pourtant, malgré l'apparente stabilité des règles d'acquisition de la nationalité, celles-ci tendent aujourd'hui à être modifiées dans leur esprit. Le renforcement constaté de la condition d'assimilation tend ainsi à subjectiviser le droit de la nationalité et à l'amener vers un lien identitaire plus que d'appartenance. De même, si le droit du sang, fondement de l'acquisition de la nationalité depuis le Code civil, n'est jamais remis en cause, le droit du sol fait, quant à lui, régulièrement l'objet de débats visant à en modifier la portée. L'exemple le plus évident est évidemment celui de la loi de 1993 qui aujourd'hui encore trouve des échos dans le débat public. Le *jus soli* est pourtant une condition majeure d'acquisition de la nationalité depuis les lois républicaines de 1851 et 1874, complétées par la loi de 1889 selon laquelle est français l'enfant né en France lorsqu'au moins un de ses parents y est né et ces règles ont par la suite été constamment réaffirmées.

Code, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, a déclaré que ces interventions du législateur visant à modifier les conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage « n'empêchent pas un étranger de vivre dans les liens du mariage avec un ressortissant français et de constituer avec lui une famille ».

¹⁶¹ Cons. const., n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012, *M. Omar S.*

¹⁶² V. en ce sens R. SCHWARTZ, « Constitution et nationalité », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, 2013, p. 43.

Ces modifications successives impriment peu à peu l'idée que « c'est à l'individu qu'il appartiendrait de se déterminer et que « l'appartenance sociale à elle seule ne serait pas suffisante »¹⁶³, ce que le droit doit progressivement prendre en compte et traduire. À cette conception subjectiviste qui fait dépendre de l'individu la détermination de sa nationalité s'ajoute la difficulté que ce raisonnement s'applique le plus souvent aux enfants nés en France de parents étrangers, et non aux enfants de Français de « souche ».

C'est pourquoi il paraîtrait souhaitable de faire entrer dans le bloc de constitutionnalité les principes fondamentaux d'attribution de la nationalité. Il s'agirait tout d'abord de rappeler que la nationalité est appartenance et non identité, ce qui conditionne la prépondérance des critères objectifs dans sa détermination.

Ceux-ci pourraient être tout d'abord dégagés comme principes fondamentaux reconnus par les lois de République par le Conseil constitutionnel. En effet, chacun d'entre eux est issu de lois républicaines qui n'ont jusqu'alors jamais été directement remises en cause, répondant donc à la définition de ces principes telle qu'elle a été posée par le juge constitutionnel¹⁶⁴. Se fonder sur cette stabilité et sur l'auto-limitation du législateur ne semble ainsi pas suffisant, principalement au regard des dérives qu'a pu connaître le droit de la nationalité au cours de l'histoire. Il semblerait donc souhaitable, à défaut d'une intervention du constituant, que le Conseil dégage expressément du droit républicain des principes fondamentaux dont le législateur ne pourrait s'écarter. Seuls pourraient être reconnus comme principes fondamentaux la filiation, ainsi que le droit et double droit du sol.

Cette reconnaissance expresse pourrait être par la suite complétée par une définition constitutionnelle du national. La Constitution de 1791 avait intégré dans son texte une définition complète de la nationalité ainsi que les critères déterminant son attribution ou son acquisition. Une telle démarche présente un double avantage.

Tout d'abord, elle permet de stabiliser les règles d'acquisition de la nationalité et de les détacher des alternances ou des rapports de force politiques ainsi que des données conjoncturelles qui ne devraient pas présider à la détermination de la communauté nationale. La détermination constitutionnelle de la qualité de national

¹⁶³ C. BRUSHI, « La citoyenneté et la nationalité dans l'histoire », *Revue plurielles*, Ecart d'identité, n° 75, p. 8.

¹⁶⁴ Cons. const., n° 288-444 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie* et n°89-254 du 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*.

permettrait ainsi d'éviter la perte de sens du droit de la nationalité dont les fluctuations font « qu'une même personne qui était hier un national, peut devenir demain un étranger ; à l'inverse, celui qui était hier étranger pourra être demain national et celui qui avait vocation à devenir national hier ne le sera plus demain »¹⁶⁵. Le droit de la nationalité étant un fondement de la collectivité nationale en ce qu'il détermine qui lui appartient et qui lui est extérieur, il ne peut être dépendant d'appréciations et de critères subjectifs. Cette définition aurait pour but de rappeler le fondement de la nationalité : le fait de rattachement, né de la vie au sein de la communauté de l'État. La filiation, la naissance sur le territoire, la résidence et mariage constitueraient ainsi son socle, en-dehors de toute manifestation de volonté expresse des individus.

Si une définition constitutionnelle n'est pas un gage de stabilité définitive, notamment en raison des interprétations dont elle peut faire l'objet, elle permettrait néanmoins de garantir une conception unifiée et rigoureuse à laquelle le législateur devra se plier.

Ensuite, cette démarche permettrait à la nationalité d'entrer de nouveau juridiquement dans le champ constitutionnel, rappelant ainsi qu'elle est avant tout un rapport à l'État et un rapport collectif, et non un statut privé. Son régime ne devrait donc pas confiner au régime de police, comme l'attribution au préfet des décisions d'acquisition de la nationalité par décret ou déclaration le laisserait penser, mais révéler un droit centré sur la constitution de la communauté étatique. C'est ainsi la collectivité nationale et non l'individu qui doit être au cœur du droit de la nationalité. La définition du national et donc du droit de la nationalité conditionne le fondement même du lien collectif, d'où la nécessité de lui redonner expressément valeur constitutionnelle.

¹⁶⁵ F. JULIEN-LAFERRIERE, « Brève histoire du droit de la nationalité française. Où l'on constate que l'État utilise le droit pour choisir ses nationaux selon qu'il estime les besoins économiques, sociaux ou culturels de la Nation », in BASDEVANT-GAUDEMET B. et GOEDERT N., *Les univers du droit. Mélanges en hommage à Claude Bontems*, L'Harmattan, 2013, p. 312.

CONCLUSION DU TITRE 2

On assiste à un changement progressif de la conception de la nationalité. Si celle-ci est par principe un lien d'appartenance fondé sur un fait de rattachement à l'État, elle est peu à peu considérée comme un élément d'identité supposant une similarité accrue des membres de la communauté nationale. Par ce mouvement, la nationalité perd de son caractère objectif et entre 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. Cette idée de mérite, présente dans la législation relative à l'acquisition de la nationalité, se retrouve également dans le droit de la déchéance de nationalité qui, précisément, sanctionne l'absence de mérite. Cette sanction ne s'appliquant qu'à ceux qui ont « acquis » la nationalité, elle révèle une vision contractuelle sous-jacente de la nationalité, accentuée par les réformes législatives successives.

Si l'on considère ainsi qu'il existe une nationalité de fait qui peut être distincte de la nationalité de droit, le national par acquisition reste un étranger potentiel, qui doit encore, même après avoir été reconnu comme national de l'État, faire la preuve de son allégeance et de son appartenance réelle à la communauté nationale.

Un tel changement remet nécessairement en cause la cohérence et le sens du droit de la nationalité en déplaçant la frontière entre le national et l'étranger. Cette frontière, qui ne devrait être que juridique, devient ainsi subjective en continuant d'exister au sein même de la communauté nationale. En voulant faire correspondre le droit et le fait au point de « sonder les âmes », le droit risque progressivement de disparaître pour ne consacrer qu'une appréciation sensible de la nationalité.

CONCLUSION DE LA 1^{ÈRE} PARTIE

La construction de l'État nation a eu pour conséquence de fonder l'idée de nation sur la volonté, liée à l'établissement du pacte social. De ce fait, celui qui n'a pas fait acte de volonté reste étranger et donc exclu de la construction de l'État et de la communauté sur laquelle il repose. Par conséquent, appartenir à la nationalité dépendrait d'un acte de volonté.

Mais le droit positif n'adopte pas cette conception : la volonté, si elle permet d'initier la procédure d'acquisition, ne confère pas en elle-même la nationalité. La conception objective de celle-ci a ainsi pour premier objet d'écarter la volonté de l'individu de son attribution.

Mais le caractère objectif ne vise pas qu'à écarter la volonté de l'individu, il vise aussi à encadrer l'attribution de la nationalité par l'État. Cet ensemble de règles vise en droit français à fonder l'acquisition ou l'attribution de la nationalité sur un fait de rattachement, non sur des critères identitaires. Ici, il s'agit donc de déterminer la substance même de la nationalité, de définir le lien qu'elle doit matérialiser. Or, celui-ci n'est précisément pas fondé sur une identité commune mais plutôt sur le lien social effectif constaté à travers des critères objectifs tels que la résidence, la naissance ou le mariage. En revanche, si elle se fonde sur la constatation de ces éléments, la nationalité n'en découle pas de façon automatique : il faut une décision de l'autorité publique. Par conséquent, la nationalité n'existe que lorsque l'autorité publique a décidé de l'attribuer, elle ne précède pas cette attribution. C'est en cela que le droit de la nationalité s'oppose à un « droit à sa nationalité » ainsi qu'à l'idée d'une nationalité « de fait » car cela supposerait qu'elle est une qualité qui précède la décision de l'État et reste indépendante de sa volonté souveraine. Ainsi, dire qu'il n'y

pas de nationalité de fait ni de droit à « sa » nationalité revient à considérer que ne sont nationaux que ceux qui ont été qualifiés comme tel par l'État.

La tendance à insérer des critères subjectifs dans la détermination de la nationalité, fondés davantage sur l'identité et la volonté que sur le rattachement effectif, conduit à remettre en cause ce caractère objectif et à considérer que la qualité de national ne dépend pas de la seule volonté de l'État. Par là, elle induit une confusion entre le national et l'étranger dont la différenciation ne sera plus exclusivement juridique. Or, l'histoire du droit de la nationalité a pu montrer en quoi une telle approche peut conduire à des abus de souveraineté dans la détermination de l'un et de l'autre.

En subjectivisant le droit de la nationalité, celui-ci se trouve excessivement mêlés au droit des étrangers. Ce faisant, chacun de ces deux droits perd de son autonomie, et donc de son sens. Si l'on veut conserver la distinction entre nationaux et étrangers, distinction fondatrice, il faut rétablir l'équilibre entre ces deux statuts, notamment en rendant à la nationalité son fondement : constituer la communauté nationale sur un fait de rattachement.

Mais ceci suppose avant tout de refonder le droit des étrangers. La difficulté actuelle semble en effet découler du désir de faire de la nationalité le débouché obligatoire de la vie au sein de la société étatique, alors que pour refonder la distinction entre le national et l'étranger il faut au contraire faire de la cohabitation des statuts, en tant qu'ils sont soumis à la même souveraineté, un enjeu de l'équilibre entre eux.

L'État doit ainsi protéger l'étranger en tant qu'il est étranger, sans attendre qu'il souhaite devenir un national, tout en établissant un cadre cohérent de nature à permettre l'établissement d'un fait de rattachement sur lequel pourra se fonder une éventuelle acquisition de la nationalité. Le droit des étrangers ne serait plus ainsi l'antichambre du droit de la nationalité ni la nationalité un gage de sécurité dans la continuité du droit des étrangers, mais un lien de rattachement autonome.

SECONDE PARTIE.

LA SOUMISSION A UNE MÊME SOUVERAINETÉ, ENJEU DE L'ÉQUILIBRE ENTRE NATIONAUX ET ÉTRANGERS

Nationaux et étrangers sont liés par un élément primordial : la présence sur un même territoire. Par la souveraineté territoriale, l'État soumet à sa puissance tous ceux qui sont présents sur son territoire. Ainsi, l'étranger, s'il n'est pas attaché à l'État par la nationalité, est tout de même soumis au pouvoir étatique du fait de ce lien territorial.

Par principe, le droit de la nationalité et des étrangers est avant tout un droit d'exclusion et de restriction qui conduit à reconnaître à l'étranger moins de droits qu'au national et qui codifie cette différence. Mais ce droit est aussi, en parallèle, un droit d'intégration car il définit un statut de l'étranger dans l'État où il réside et en fait, aux côtés du national, un sujet du droit de cet État. Le statut de l'étranger sera ainsi le résultat de l'équilibre entre la prise en compte des intérêts de l'État dans le but de préserver son unité et l'ordre public, et celui de la protection des droits auxquels a droit l'étranger en tant qu'individu et en tant que membre de la société civile de l'État.

La coexistence des statuts de « national » et d' « étranger » est ainsi fondée sur une distinction de principe : le statut des étrangers est fondé sur un régime de police tandis que celui des nationaux est fondé sur un régime de liberté. Par conséquent, ils sont l'objet d'une soumission inégale au pouvoir de contrainte de l'État (Titre 1).

L'équilibre entre leurs deux statuts dépendra donc de la conciliation des deux expressions du pouvoir étatique : le pouvoir de commandement unilatéral fondé sur la contrainte et la conservation de l'autonomie et de la liberté reconnue à l'individu dans la société, mais aussi du statut politique de l'étranger, c'est-à-dire de son rapport avec la communauté nationale unifiée détentrice de la souveraineté. Par conséquent, le cadre de cohabitation du national et de l'étranger dépend d'une distinction entre l'espace social et l'espace proprement politique (Titre 2).

TITRE 1

UNE SOUMISSION INÉGALE AU POUVOIR DE CONTRAINTE DE L'ÉTAT

L'État est un « mode d'organisation de la domination politique qui permet la formation et le règne d'une volonté générale »¹ imputée au peuple ou à la Nation. Ce rapport de domination de la puissance étatique sur l'ensemble des individus qui lui sont soumis se retrouve tant dans le rapport entre le national et son État qu'entre ce dernier et l'étranger. Ce pouvoir de contrainte se retrouve dans deux éléments fondamentaux : la sauvegarde de l'ordre public qui nécessite parfois de restreindre l'exercice des libertés et l'édiction de la loi qui par principe garantit ces libertés en leur fournissant un cadre juridique d'exercice. La particularité du statut d'étranger peut être appréciée à travers la mise en oeuvre spécifique à son égard de chacun de ces deux éléments, faisant de lui un sujet spécifique du pouvoir de commandement de l'État (chapitre 1).

Soumis principalement au pouvoir de l'administration chargée du traitement des dossiers au cas par cas, le statut de l'étranger est dominé par l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est accordé à celle-ci par le législateur. Le contrôle du juge sera donc déterminant pour garantir la conformité des décisions prises parfois en série à la loi. Cependant, la relation de l'étranger avec l'État et l'autorisation de séjourner sur le territoire national dépendront le plus souvent d'appréciations de pur fait ou d'opportunité. Le cas par cas domine donc la prise de décision de l'administration et par la suite le contrôle du juge qui se trouve ainsi pris dans un contentieux de masse. Du fait de sa retenue face à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et malgré les extensions dans son contrôle qu'il a opérées, le contrôle des décisions administratives en la matière demeure perfectible (chapitre 2)

¹ O. JOUANJAN, « État de droit », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige Dicos Poche », 2003, p. 650.

Chapitre 1

Un statut d'étranger déterminé par un exercice spécifique du pouvoir de contrainte

Sans cesse tiraillé entre la sauvegarde de l'ordre public, qui contribue à construire un droit fondé sur la restriction, et la volonté de construire un droit d'intégration et d'insertion, le droit a mis en place, au rythme des aléas politiques, un statut de l'étranger d'une rare complexité. N'utilisant pas toujours toute l'étendue de sa compétence en la matière, le législateur a multiplié les réformes tout en laissant à la compétence réglementaire la *priorité* dans la construction de ce statut. Afin de pallier les insuffisances des textes, les instruments de régulation interne à l'administration se sont ensuite multipliés. Caractérisé par la prépondérance de la compétence réglementaire et administrative et par une succession effrénée de réformes, cet ensemble de sources forme aujourd'hui un corpus instable et difficile à manier (section 1).

Cette prépondérance de la compétence réglementaire dans le droit des étrangers repose en réalité sur un objet qui, à lui seul, permet de situer cette compétence : la sauvegarde de l'ordre public. L'ordre public doit être entendu comme l'ordre public de l'État, c'est-à-dire l'ordre voulu par la communauté politique au fondement de l'État et qui dispose des moyens de son effectivité grâce à ses éléments qualifiés précisément « d'ordre public ». Parce qu'il dispose du monopole de la production du droit, l'État permet l'ordre public. État et ordre public sont donc inextricablement liés dès lors que ce dernier « suppose un minimum de verticalité dans l'organisation du système juridique sans lequel il est, sinon inconcevable, du moins impraticable, faute des instruments normatifs et organiques »¹. La notion d'ordre public, vague, complexe, changeante, « quelque peu mystérieuse, en tout cas

¹ J. COMBACAU, « Conclusions générales » in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », n° 29, 2001, p.416.

difficile et même dangereuse à définir car elle est relative à la circonstance, à l'époque et au lieu où elle est invoquée »², semble avoir acquis en droit positif une définition spécifiquement applicable au rapport entre l'État et l'étranger. Il est ainsi devenu l'instrument privilégié de la maîtrise de ce statut par l'État (section 2).

Section 1. Des sources éparses et soumises aux aléas politiques

Ce fut avec l'Ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France et portant création de l'Office national d'immigration³ que s'ouvrit véritablement l'ère républicaine contemporaine du droit des étrangers, notamment à travers la définition juridique précise de ces derniers⁴. La seconde moitié du XX^e siècle ouvre à la fois une nouvelle période de l'immigration en France et un nouveau régime qui se veut une synthèse des expériences passées. Elle a ainsi été la période la plus riche en matière de droit des étrangers, même si l'on peut dater l'apparition d'un droit spécialisé en la matière au XIX^e siècle⁵. La France met en place à cette période une véritable politique migratoire s'appuyant sur un arsenal juridique initié par l'Ordonnance de 1945 et modifié ensuite par un nombre considérable de lois et surtout d'actes réglementaires qui, s'ajoutant les uns aux autres, se contredisant même parfois, ont rendu de plus en plus difficile l'appréhension du cadre juridique régissant le statut d'étranger et entraîné une confusion entre les compétences législatives et réglementaires (§ 1).

Afin de pallier les insuffisances des textes et de permettre à l'administration de poursuivre son action, les différents ministres concernés ont multiplié l'édition de circulaires. Ces dernières sont devenues au fil du temps les véritables supports de

² A. PLANTEY, « Définition et principes de l'ordre public », in R. POLIN (dir.) *L'ordre public*, PUF, coll. « Politiques d'aujourd'hui », 1996, p. 27.

³ Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et portant création de l'Office national d'immigration, *J.O.* du 4 novembre 1945, p. 7225.

⁴ L'article 1^{er} de la l'Ordonnance, aujourd'hui toujours en vigueur et repris à l'article L 111-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), dispose ainsi que « sont considérés comme étrangers au sens de la présente Ordonnance tous individus qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'ils aient une nationalité étrangère, soit qu'ils n'aient pas de nationalité ».

⁵ La Monarchie de Juillet entendit en effet mettre en place une réglementation spécifiquement consacrée aux étrangers et par conséquent encadrer le pouvoir de police des autorités administratives en la matière. Nous citerons ainsi la loi du 21 avril 1832 qui dans son article 1^{er} permettait au gouvernement de rassembler, éventuellement par la contrainte, dans les villes de son choix, les étrangers résidant en France tout en prévoyant dans son article 2 la possibilité d'expulser ceux qui ne s'y conformaient pas ou venaient à troubler l'ordre public.

l'action administrative et par conséquent la première source réelle du droit des étrangers, provoquant une multiplication des inégalités de traitement qui découle nécessairement d'un changement récurrent du cadre juridique à mettre en oeuvre (§ 2).

§ 1. La législation des étrangers : une frénésie législative facteur de confusion des compétences

Il ne semble pas inutile, compte tenu du caractère extrêmement mouvant du droit des étrangers, de revenir sur l'évolution pour le moins « chaotique »⁶ de cette législation soumise, depuis les années 1970 et les crises économiques successives, aux fluctuations des politiques gouvernementales d'immigration (A). Placée très tôt sous la seule responsabilité du gouvernement, cette législation est caractérisée par un déficit de la loi par rapport au domaine réglementaire, le décret étant lui étant plus souvent préféré afin de déterminer les critères et procédures applicables. La frénésie législative, conséquence d'une sorte d'obligation tacite par laquelle se sentent liés les gouvernements successifs, s'est ainsi faite au détriment de la valeur de la loi et donc de la prévisibilité des régimes qu'elle est censée déterminer (B).

A. Une succession effrénée de lois

L'Ordonnance de 1945 et le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile de 2004 sont les deux grands instruments juridiques qui ont mis en place une gestion des flux migratoires par le droit sous la Ve République.

Alors que l'Ordonnance de 1945 n'avait pas été modifiée jusqu'en 1955, elle fit l'objet de trente réformes entre 1955 et 2005. Au lendemain de la Seconde guerre mondiale jusqu'au début des années 1970, la France a ouvert ses frontières à la main d'œuvre étrangère afin de pallier le vide de main d'œuvre créée par les pertes démographiques liées à la Guerre. Mais la crise économique et l'avènement du chômage vont conduire les gouvernements à mettre en place une politique de « maîtrise de l'immigration », d'abord développée par voie de circulaires et débouchant en 1974 sur la suspension officielle de l'immigration des travailleurs.

⁶ Terme employé dans l'ouvrage : GISTI, *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, La découverte, 2011, p. 7.

La première modification de fond de l'Ordonnance de 1945 est opérée dans ce contexte par la loi *Bonnet* de 1980⁷, considérée par une partie de la doctrine comme la première d'une longue série de lois marquant le durcissement des règles d'entrée et de séjour des étrangers et une conception plus crispée de la législation des étrangers. Cette loi, qui a mis en place la possibilité concrète pour l'administration de renvoyer les étrangers en situation irrégulière dans leur pays d'origine et crée la rétention administrative, fait passer le droit de l'expulsion d'une logique préventive à une logique répressive et a été ainsi qualifiée par certains de « projet injuste, inopportun et dangereux »⁸ qui annonce « l'engrenage discret de l'arbitraire » par « la gravité extrême de [ses] dispositions, dont celle qui institue l'internement administratif »⁹. Lors des débats au Sénat, le sénateur Edgar Tailhades, afin de remettre en cause le projet de loi, reprend les propos du rapporteur de la Commission des lois à l'Assemblée nationale, M. About, qui écrit dans son rapport : « l'objectif essentiel du projet de loi n'est pas tant le statut des 4 500 000 personnes non françaises séjournant sur notre territoire que le renforcement des pouvoirs de l'administration à leur égard »¹⁰, marquant ainsi la nouvelle tendance de la législation relative au statut des étrangers, qui est de permettre l'accroissement du pouvoir discrétionnaire et du pouvoir de police de l'administration.

L'alternance politique de 1981 entraîne la mise en chantier d'une nouvelle réforme visant notamment à protéger contre les mesures d'éloignement les étrangers mineurs ou ayant des attaches personnelles ou familiales en France. Elle avait pour objectif de mettre en place les principes clairement établis d'une nouvelle politique migratoire. Cependant, si cette loi du 29 octobre 1981¹¹ prend le contre-pied de la loi *Bonnet* dans la plupart de ses dispositions et transforme ainsi sensiblement la situation des étrangers installés en France, elle en conserve la disposition la plus

⁷ Loi n° 80-9 du 10 janvier 1980 dite *Bonnet* relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'Ordonnance 452658 du 02-11-1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national de l'immigration, *J.O.* du 11 janvier 1980, p.71.

⁸ J. ROBERT, *Le Monde*, 28 mai 1979.

⁹ P. TEITGEN, *Le Monde*, 18 octobre 1979.

¹⁰ *J.O.*, Débats parlementaires Sénat, séance du jeudi 18 octobre, vendredi 19 octobre 1979, n° 76 S., année 1979-1980, p. 3338.

¹¹ Loi n°81-973 du 29 octobre 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *J.O.* du 30 octobre 1981, p. 2970.

contestée : l'exécution forcée des mesures d'expulsion et surtout la rétention des étrangers en instance d'expulsion.

Trois ans plus tard, la loi du 17 juillet 1984¹² crée un titre unique de séjour et de travail de dix ans renouvelable automatiquement, la carte de résident de plein droit, qui affiche la volonté politique d'établir, en plus du principe de fermeture des frontières aux nouveaux migrants, un principe d'intégration des étrangers séjournant régulièrement. Elle est ouverte à tous les étrangers résidant régulièrement en France depuis trois ans, ou qui ont des attaches en France en raison de l'ancienneté de leur séjour ou de leurs liens familiaux sur le territoire. Avec ces deux dernières lois, apparaît pour la première fois la prise en compte des conséquences d'un refus d'admission au séjour ou d'une mesure d'éloignement sur les droits et libertés fondamentales de l'étranger, en particulier sur le droit au respect de la vie privée et familiale garantie à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Une nouvelle étape est franchie, lors de l'alternance de 1986, avec la loi du 9 septembre 1986¹³, dite loi *Pasqua*, qui modifie encore la législation relative aux étrangers dans le sens d'une restriction de l'admission au séjour : tout étranger doit, outre les conditions déjà posées, pouvoir justifier de moyens d'existence pendant son séjour. De plus, le législateur maintient la carte de séjour de plein droit mais en redéfinit les catégories en y ajoutant des conditions restrictives.

Si le retour de la Gauche au pouvoir a conduit à l'adoption de la loi *Joxe* du 2 août 1989 au contenu plus libéral, la maîtrise de l'immigration continue néanmoins d'être renforcée avec l'adoption en 1991 et 1992 d'une série de mesures visant particulièrement l'entrée et l'éloignement des étrangers.

Ainsi, la loi du 6 juillet 1992 dite loi *Quilès*¹⁴, permet de maintenir dans des « zones d'attente » en milieu portuaire et aéroportuaire les étrangers non admis sur le territoire et les demandeurs d'asile pendant un délai pouvant aller jusqu'à vingt jours. À partir de 1993, la machine législative s'emballe et trois lois sont adoptées en moins

¹² Loi n° 84-622 du 17 juillet 1984 portant modification de l'Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 et du Code du travail et relative aux étrangers séjournant en France et aux titres uniques de séjour et de travail, *J.O.* du 19 juillet 1984, p. 2324.

¹³ Loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 dite *Pasqua* relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *J.O.* du 12 septembre 1986, p. 11035.

¹⁴ Loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *J.O.* du 9 juillet 1992, p. 9185.

d'un mois, dont les lois du 24 août 1993¹⁵ et du 30 décembre 1993¹⁶ modifiant les conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. Ces lois, qui devaient tendre vers une « immigration zéro »¹⁷, facilitent les contrôles d'identité aux abords des frontières intérieures de l'espace Schengen, fixent des conditions restrictives à la délivrance des certificats d'hébergement et prévoient des mesures visant à lutter contre les mariages blancs. Déférée au Conseil constitutionnel, la loi d'août 1993 fut censurée dans sept de ses dispositions, notamment sur le fondement de l'atteinte au principe de nécessité des peines, à la liberté individuelle et à la liberté de mariage composante de celle-ci¹⁸. Les conséquences de ce nouveau dispositif, qui malgré l'intervention du juge constitutionnel restait très restrictif, ont été mises en lumière par la multiplication des mouvements de « sans-papiers » à partir de 1996, mouvements qui ont trouvé un fort écho médiatique.

C'est pourquoi le législateur est de nouveau intervenu en 1997 afin d'ouvrir le bénéfice de la carte de séjour temporaire à de nouvelles catégories d'étrangers¹⁹. Un peu plus d'un an plus tard, à la suite de l'alternance politique, le nouveau Ministre de l'Intérieur Jean-Pierre Chevènement propose de nouveau de modifier la législation, annonçant ainsi la loi du 11 mai 1998 qui crée une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » pour les étrangers ayant des attaches en France mais qui ne remplissent pas les critères d'obtention de la carte de résident. Néanmoins, si elle apporte des assouplissements, cette loi ne rompt pas avec la logique qui prévalait antérieurement : elle crée certes un nouveau titre de séjour mais elle en fait un titre provisoire, consacrant ainsi une certaine précarité du statut de l'étranger. De même, elle porte la durée maximale de la rétention de dix à douze jours. Cette dernière loi est alors présentée lors de son adoption comme un modèle d'équilibre et de consensus dans une matière particulièrement sensible et soumise aux conflits. Si elle a été une des lois les plus durables depuis la première modification de

¹⁵ Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, *J.O.* n° 200 du 29 août 1993, p. 12196.

¹⁶ Loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le Code civil, *J.O.* n°1 du 1^{er} janvier 1994, p. 11.

¹⁷ Propos de C. Pasqua, alors ministre de l'Intérieur, dans *Le Monde* du 2 juin 1993.

¹⁸ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *J.O.* du 18 août 1993, p. 11722 ; *Rec.*, p. 224.

¹⁹ C'est ainsi que fut rédigée la loi dite *Debré* du 24 avril 1997 : Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, *J.O.* n°97 du 25 avril 1997, p. 6268.

l'Ordonnance de 1945 puisqu'elle est restée en vigueur pendant plus de cinq ans, elle n'a cependant pas pu résister à l'alternance politique de 2002.

Elle sera donc remplacée par la loi relative à l'immigration et au séjour des étrangers en France du 26 novembre 2003, première loi dite *Sarkozy*, organisée principalement autour de la thématique de l'intégration et qui renforce le dispositif répressif en faisant notamment passer la durée maximale de rétention de douze à trente-deux jours.

Comportant à l'origine trente-cinq articles, l'Ordonnance de 1945 en comprend soixante-six en 2004. Caractérisée alors par une redoutable complexité, la législation relative au statut des étrangers contrevient à l'exigence de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi révélée quelques années plus tard par le Conseil constitutionnel dans sa décision de janvier 2009²⁰. C'est pourquoi elle a fait l'objet d'une importante codification.

L'Ordonnance du 24 novembre 2004²¹ crée ainsi le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, codification à droit constant qui, si elle ne simplifie pas véritablement le droit en question, a néanmoins le mérite de faciliter l'accès aux normes pertinentes. Mais le changement législatif ne s'est pas rationalisé pour autant.

La loi du 24 juillet 2006²² consacre la dichotomie « immigration choisie » contre « immigration subie », cette dernière renvoyant principalement à l'immigration liée au regroupement familial. L'accès de plein droit à la carte de résident devient alors résiduel : après la loi de 2003 qui l'a exclu pour les membres de famille et les parents d'enfants français, la loi de 2006 le supprime pour les conjoints de Français ainsi que pour les étrangers résidant régulièrement en France depuis plus de dix ans. À ces dispositions correspond un certain nombre de nouveautés : la condition « d'intégration républicaine de l'étranger dans la société française » pour la délivrance de la carte de résident ou encore la conclusion du « contrat d'accueil et

²⁰ Cons. const., n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, *J.O.* du 31 décembre 2009, p. 22995 ; *Rec.*, p. 218.

²¹ Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *J.O.* n° 274 du 25 novembre 2004, p. 19924.

²² Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *J.O.* n°170 du 25 juillet 2006, p. 11047.

d'intégration » comme condition d'une résidence de longue durée sur le territoire français.

La loi *Hortefeux* du 20 novembre 2007²³ poursuivra dans le même sens avec la mise en place notamment des évaluations du « degré de connaissance de la langue et des valeurs de la République » auxquelles l'étranger doit se soumettre dans son pays d'origine afin de pouvoir obtenir une autorisation de séjour en France.

La loi adoptée le 11 mai 2011²⁴, validée dans sa quasi-totalité par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 juin 2011²⁵ et dont la médiatisation a été particulièrement importante, s'inscrit dans la ligne des législations précédentes tout en renforçant les dispositifs répressifs : la durée de la rétention est notamment portée à quarante-cinq jours et le juge des libertés et de la détention, garant des libertés individuelles, n'est saisi pour examiner l'opportunité de prolonger la rétention et contrôler la régularité de la procédure judiciaire qu'au bout de cinq jours au lieu de deux précédemment. Les dernières lois votées en la matière sont celles du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées²⁶ et celle du 23 juillet 2015 relative au séjour des étrangers, votée par l'Assemblée nationale. Si elles reviennent sur certaines dispositions précédemment mises en place, ces deux dernières lois n'opèrent cependant pas de réforme d'ampleur²⁷.

Force est de constater, à la suite de ce retour sur l'état de la législation relative aux ressortissants étrangers depuis les années 1980, que cette matière est régie par un droit extrêmement instable et changeant. Or, cette multiplication immaîtrisée de lois affaiblit leur normativité et les rend illisibles.

²³ Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *J.O.* n° 270 du 21 novembre 2007, p. 18993.

²⁴ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *J.O.* n° 0139 du 17 juin 2011, p. 10290.

²⁵ Cons. const., n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, *J.O.* du 17 juin 2011, p. 10306.

²⁶ Loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées' *J.O.* n° 0001 du 1^{er} janvier 2013 p. 48.

²⁷ Sur le dernier projet de loi de juillet 2014, voté à l'Assemblée en juillet 2015, v. ce paragraphe, *infra* B.

En réalité, elles ne sont que l'instrument des gouvernements successifs qui tous « se [croient] tenus de modifier l'Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, désormais reprise dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile [...] »²⁸, brouillant ainsi de façon inquiétante les compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire en la matière.

B. Une frénésie au détriment de la valeur de la loi

Si le débat concernant les compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire est une constante de la Ve République, il n'est que rarement posé en matière de droit des étrangers. Peut-être est ce dû à l'évidence démocratique qu'une telle matière, qui relève du domaine des préoccupations nationales, doit être confiée au Parlement représentant de la volonté nationale. Dans ce cadre, le rôle du pouvoir réglementaire devrait se limiter à la mise en œuvre de la loi (1).

Les doutes sur la frontière entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir législatif apparaissent déjà lors de l'élaboration de l'Ordonnance de 1945, et ils n'ont pas été réglés par la codification opérée en 2004. Néanmoins, la lecture des textes nous conduirait plutôt à constater une compétence réglementaire de plus grande ampleur (2).

La succession des lois et le déséquilibre entre le pouvoir législatif et réglementaire ont ainsi progressivement conduit à une dévalorisation de la loi et à un accroissement du pouvoir discrétionnaire de l'administration (3).

1. Les fondements constitutionnels de la compétence de principe du législateur

Il est étonnant que, lors du processus de codification, la doctrine ou l'autorité politique ne se soient pas emparées de la question du déficit de la loi qui, au-delà de l'intérêt technique qu'elle représente, pose la question des rôles respectifs du gouvernement et des représentants de la Nation dans des questions aussi fondamentales que celles de l'accès au territoire national, de la régulation des frontières ou de la détermination du statut de ceux qui vivent sur le territoire de l'État

²⁸ « C'est ce dont attestent pas moins de soixante-dix réformes subies par ce texte depuis 1945 » : constat du Conseil d'État dans son *Rapport public 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit*, précité, p. 260.

sans en posséder la nationalité. Les rédacteurs du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ne consacrent ainsi aucun développement à la question de la répartition des compétences dans leur rapport public d'activité : la Commission supérieure de codification ne revient que sur les étapes d'avancement de ses travaux, sans s'attacher à justifier la répartition qu'elle opère entre domaine de la loi et domaine du règlement dans le nouveau Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Le silence du texte constitutionnel sur la question du statut des ressortissants étrangers pourrait de prime abord justifier une absence d'intervention spécifique du législateur en la matière. Comme ses devancières, la Constitution de 1958 ignore la matière. Le rôle que doit jouer la loi en droit des étrangers se dégage donc indirectement de l'étude du « noyau dur » de cette discipline qui relève du domaine de la loi en se rattachant, sur le plan constitutionnel, aux matières mentionnées à l'article 34 de la Constitution. Nous citerons par exemple le cas des garanties « essentielles » liées à une procédure contentieuse dont la violation pourrait porter atteinte à une liberté publique, la détermination des délits et des peines qui leur sont applicables, ou encore les « garanties reconnues aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Ce dernier bloc de compétences entraîne d'ailleurs une interrogation.

En effet, le terme de « citoyen » semble sortir du champ d'application de l'article les ressortissants étrangers, ce qui pourrait justifier une absence d'intervention de la part du législateur. Mais les décisions rendues par le Conseil constitutionnel en 1990²⁹ puis en 1993³⁰ ont apporté une précision importante quant aux champs de ces droits et libertés garantis par la Constitution et donc à la compétence du législateur en ce domaine. Dans un considérant de principe, le Conseil affirme ainsi que les « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle sont reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »³¹. Par conséquent, si ces droits ne s'appliquent pas qu'aux seuls citoyens, mais à tous ceux

²⁹ Cons. const., n° 89-266 DC, 9 janvier 1990, *Loi modifiant l'Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *J.O.* du 11 janvier 1990, p. 464 ; *Rec.*, p. 15.

³⁰ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *J.O.* du 18 août 1993, p. 11722 ; *Rec.*, p. 224.

³¹ Cons. const., n° 93-325 DC, précitée, cons. 3.

qui résident sur le territoire, alors la compétence de celui qui est chargé de les garantir ne peut s'arrêter à la seule communauté des citoyens : elle doit s'étendre plus largement à la communauté des « résidents ».

Le contenu de ce bloc des « libertés publiques » mentionnées à l'article 34 de la Constitution a été également précisé par le Conseil constitutionnel dans sa décision fondatrice du 13 août 1993 : il regroupe le droit au respect de la vie privée, le droit au regroupement familial, les conditions d'obtention du statut de réfugié et, en application de l'article 66, les garanties inhérentes à la liberté individuelle. La compétence du législateur doit donc porter sur la définition des garanties liées à ces libertés mais également sur leurs limites, ces dernières devant être le fruit d'une « conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré »³². Cependant, ne figure pas parmi ces différents droits et libertés la liberté d'aller et venir. En effet, contrairement aux nationaux, les étrangers n'ont pas de « droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national »³³. Par conséquent, l'article 2 de la Déclaration de 1789 ne fonde pas nécessairement la compétence du législateur en matière d'entrée et de séjour des étrangers en France.

En plus de cette compétence déduite du texte constitutionnel lui-même et de son interprétation, l'on pourrait justifier la compétence législative par un autre critère : l'enjeu de certaines questions et de leurs conséquences sur les droits et libertés accordées aux étrangers ou sur les principes de valeur constitutionnelle. S'il n'est pas fondé au regard d'éléments constitutionnels explicites, ce critère s'appuie sur la nécessaire recherche d'une cohérence normative afin de justifier « une approche extensive du domaine de la loi pour garantir la bonne compréhension d'un principe [et] éviter le renvoi à un décret »³⁴. Pour ces raisons, il est possible d'admettre que la loi définisse les documents à fournir par l'étranger pour entrer en

³² Cons. const., n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, *J.O.* du 26 janvier 1986, p. 1137 ; *Rec.*, p. 43, cons. 3, confirmé par la n° 93-325 DC précitée, cons. 3.

³³ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, précitée, cons. 2.

³⁴ Position défendue par V. TCHEN dans sa contribution « Les sources du droit des étrangers à l'heure de la codification : réflexions sur une frontière oubliée », in *Mélanges François JULIEN-LAFERRIERE*, Bruylant, 2011, p. 512.

France et y séjourner dans la mesure où ces exigences commandent la délivrance d'un titre de séjour qui est elle-même prévue par la loi³⁵.

De même, il paraît cohérent qu'elle détermine les catégories d'étrangers bénéficiant d'un droit au séjour³⁶, les motifs de retrait d'un titre de séjour³⁷, les hypothèses autorisant l'administration à refuser un droit pourtant reconnu par la loi ou encore les motifs autorisant l'administration à provoquer le départ forcé d'un étranger³⁸.

Pourtant, s'il paraît nécessaire que ces questions soient encadrées par le législateur afin d'assurer une garantie efficace des droits et libertés et de rationaliser la pratique administrative, une délégalisation reste possible pour chacun de ces points car ils n'entrent explicitement ni dans le champ de l'article 34 de la Constitution ni dans celui de l'article 37 laissant ainsi l'attribution de compétence à la libre interprétation des pouvoirs intéressés et du Conseil constitutionnel. Ce constat est justifié par l'incertitude qui caractérise les champs aujourd'hui occupés par la loi mais qui pourraient, à terme, être délégalisés. Et il ne s'agit pas là d'une hypothèse d'école.

En 1996, le Conseil constitutionnel a par exemple décidé de délégaliser une disposition de la loi portant désignation des autorités administratives habilitées à prononcer l'expulsion d'un étranger³⁹. Par ailleurs, la décision de 2005, décision de principe quant aux règles constitutionnelles qui entourent le contenu de la loi, semble suggérer une forme d'inutilité de la procédure de délégalisation, faisant peser un risque supplémentaire sur la compétence du législateur. En effet, dans son considérant 23, le Conseil déclare que certaines dispositions de la loi qu'il pointe sont du domaine réglementaire en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution, alors même que le gouvernement n'avait pas engagé de procédure de délégalisation. Il semble ainsi

³⁵ Ainsi, l'article L. 211-1 du CESEDA prévoit les conditions d'entrée en France, l'article L. 312-2 prévoit l'obligation de visa pour certains demandeurs de carte de séjour et l'article L. 313-7 prévoit une carte de séjour délivrée aux étudiants.

³⁶ Comme elle le fait à l'article L. 313-11 du CESEDA dans lequel elle pose la liste des catégories d'étrangers bénéficiant d'un droit au séjour : droit au respect de la vie privée et familiale, l'apatride ou encore la personne dont l'état de santé requiert des soins en France.

³⁷ Particulièrement si le retrait du titre de séjour remet en cause un droit de séjour conféré par la loi.

³⁸ L'article L. 511-1 du CESEDA définit ainsi les motifs de reconduite à la frontière et les articles L. 521-1 et L. 521-2 définissent les motifs d'expulsion.

³⁹ Cons. const., n° 96-179 DC, 14 octobre 1996, *Nature juridique des dispositions de l'Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *J.O.* du 18 octobre 1996, p. 15301 ; *Rec.*, p. 115.

habiliter le gouvernement à en modifier le contenu sans avoir à en solliciter le déclassement⁴⁰. Dans une matière où les sphères d'intervention du législatif et du réglementaire sont si fluctuantes, parce que non précisées directement par le texte constitutionnel, une telle jurisprudence pourrait aggraver la confusion des compétences déjà existante en permettant, par simple interprétation, une intervention du gouvernement pour modifier le texte sans procédure préalable de déclassement.

2. Le rôle du gouvernement dans la formation du droit des étrangers

L'histoire du droit des étrangers a inexorablement conduit à un déséquilibre de la loi par rapport au règlement. La dimension policière de ce droit a historiquement permis aux prérogatives de l'exécutif de s'affirmer et de se développer, complétée par la compétence gouvernementale de négocier les premiers traités bilatéraux visant à déterminer le statut des ressortissants des États signataires émigrant dans l'un des autres États concernés. De plus, le droit des étrangers étant fortement lié à la notion d'ordre public, l'exécutif y trouve un terrain privilégié d'exercice de sa compétence en tant qu'autorité définissant le droit de l'administration et régulant cet ordre public. Ces éléments conduisent peu à peu à la conviction que le droit des étrangers est indissociable des compétences gouvernementales.

Pourtant, au moment où s'affirme ce sentiment, la France connaît un régime de toute puissance parlementaire car c'est sous la III^e République que se développe le droit relatif à l'entrée et au séjour des étrangers, droit dans lequel la compétence gouvernementale n'est alors ébréchée que par de très rares interventions du législateur. Ce constat n'est pas sans intérêt car dans un contexte constitutionnel aussi peu enclin à la détermination d'une compétence réglementaire autonome, le fait que le droit des étrangers soit confié quasi intégralement à la compétence du gouvernement en révèle la nature ramenée à une pure police administrative mise au service de l'action gouvernementale.

⁴⁰ Pour une analyse précise et générale de cette jurisprudence et de son rapport avec la décision n° 143-DC, 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus* qui pose le principe selon lequel les interventions du législateur en matière réglementaire n'entachent pas d'inconstitutionnalité la loi voir : J.-B. AUBY, « L'avenir de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19 : Dossier : Loi et règlements, janvier 2006, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-19/l-avenir-de-la-jurisprudence-iblocage-des-prix-et-des-revenus-i.51890.html>.

L'Ordonnance de 1945 ne fait pas plus entrer la matière dans le domaine du législateur. Même si elle est prise dans la forme législative, elle est très largement préparée par l'administration et confie au préfet et au ministre de l'Intérieur un large pouvoir d'appréciation, fondant ainsi le pouvoir de l'administration sans véritablement l'encadrer. Dans les trente-cinq années qui suivirent, le gouvernement administra donc seul le droit des étrangers en s'appuyant sur une réglementation parallèle constituée de décrets et de circulaires⁴¹.

Sous l'égide de cette seule Ordonnance de 1945, et particulièrement jusqu'aux années 1980, le droit des étrangers était perçu comme une matière se rapportant principalement à des compétences gouvernementales entendues comme compétences du pouvoir exécutif. C'est pourquoi il n'y a eu presque aucune intervention du législateur : la matière s'organisait autour de dispositions réglementaires et de circulaires. Ce n'est que pour une raison conjoncturelle que le législateur intervient en 1980 : il est le seul à pouvoir permettre à l'administration d'exécuter d'office des mesures de départ forcé.

Par la suite, la multiplication des réformes législatives que nous avons détaillées précédemment, tend à révéler une certaine inversion des rôles par rapport à la période 1945-1980. Cependant, cette « entrée en piste » du législateur ne semble pas conditionnée par un facteur juridique nouveau, c'est-à-dire par une redéfinition textuelle des domaines d'intervention de la loi qui aurait contraint le législateur à définir le détail du statut des étrangers, mais davantage par une nécessité conjoncturelle. En effet, si la succession des réformes législatives depuis les années 1980 semble mettre en lumière le rôle que doit jouer la loi dans la définition des normes applicables aux ressortissants étrangers, une analyse plus précise de cette législation nous permet de constater en réalité une mise en retrait du législateur.

Le rôle central du gouvernement dans la formation du droit des étrangers est révélé tout d'abord par la pratique constitutionnelle. En effet, toutes les lois votées

⁴¹ Il a ainsi, par exemple, organisé, par la circulaire du 20 janvier 1947 relative à l'introduction, l'accueil et l'implantation des immigrants et de leur famille, l'immigration familiale (*J.O.* du 5 février 1947, p. 1230), encouragé la régularisation d'étrangers en situation irrégulière en 1956 puis y a mis fin en 1972 par les circulaires *Marcellin-Fontanet* du 23 février et du 5 septembre et a finalement suspendu l'immigration en juillet 1974 par la circulaire n° 11-74 du 9 juillet 1974 relative à l'arrêt provisoire de l'introduction des familles étrangères.

entre 1980 et 2013 ont pour origine un projet gouvernemental. Cependant, cette statistique ne peut être pleinement considérée, en elle-même, comme révélatrice d'une particularité du droit des étrangers tant il est vrai qu'elle peut être rattachée à l'économie générale du système de la Ve République caractérisée par une prépondérance des projets sur les propositions de loi⁴².

Ainsi, il semble que la question des compétences en droit des étrangers porte en réalité davantage sur la répartition des domaines de la loi et du règlement que sur celle des compétences au sein de la matière législative entre le Parlement et le Gouvernement.

En effet, en adoptant une définition non plus seulement formelle mais aussi matérielle de la loi⁴³, et en permettant au Gouvernement de s'imposer dans le processus législatif, la Ve République a déplacé en partie le rapport entre le Parlement et le Gouvernement, ne le faisant plus nécessairement coïncider avec la répartition du domaine de la loi et de celui du règlement. L'analyse de cette dernière répartition au sein de la législation des étrangers doit donc tenir compte de ce changement majeur qui a permis au Gouvernement d'être à l'initiative et de maîtriser le contenu des réformes législatives dans toutes les matières qu'il juge fondamentales à l'action politique, sans pour autant favoriser nécessairement le règlement au détriment de la loi. C'est pourquoi le fait seul que le Gouvernement soit à l'origine de toutes les réformes législatives en matière d'entrée et de séjour des étrangers révèle aujourd'hui tant la prégnance du pouvoir exécutif dans le droit des étrangers que l'importance que revêt la matière au sein du projet politique. Il semble donc difficile de n'invoquer que ce fait pour fonder l'observation selon laquelle le statut des étrangers est avant tout un régime de police fondé sur une préservation du pouvoir réglementaire et donc de l'action de l'exécutif.

⁴² Cette tendance est confirmée par les statistiques publiées au terme de chaque législature par l'Assemblée nationale et n'a jusqu'alors pas subi de changement radical, y compris après la révision constitutionnelle de juillet 2008 visant à revaloriser le travail parlementaire. Le bulletin annuel publiant les statistiques de la session 2008-2009 faisait ainsi état de 73 projets de loi adoptés contre 11 propositions (v. le *Bilan de la législature* (20 juin 2007 - 19 juin 2012) publié sur le site de l'Assemblée nationale) tandis que celui de la session 2013-2014 établit un nombre de 73 projets de loi adoptés en 2013 contre 27 propositions, (v. *Bulletin annuel de l'Assemblée nationale*, bilan statistique 2013-2014, publié sur le site de l'Assemblée nationale, p. 16). Si le nombre de propositions est en augmentation manifeste, la proportion reste néanmoins très nettement en faveur des lois d'origine gouvernementale.

⁴³ L'article 34 de la Constitution dispose ainsi que la « loi fixe les règles concernant ».

Ainsi, c'est en réalité dans l'indétermination de la loi que l'on peut constater la volonté de monopole du pouvoir réglementaire sur le statut des étrangers. C'est en portant des réformes qui renforcent le pouvoir du préfet dans l'appréciation des critères de délivrance d'un titre de séjour ou de départ d'un étranger que le droit renforce les prérogatives de l'administration et permet, à travers l'indétermination des dispositions législatives, un élargissement du domaine du règlement, le décret ou la circulaire étant presque toujours nécessaires pour définir un cadre d'application et combler les lacunes de la loi. C'est pourquoi cette dernière ne semble jamais contraindre l'administration à se prononcer dans un sens déterminé : elle ne semble servir qu'à mettre l'accent sur l'orientation de la politique d'immigration que le gouvernement souhaite initier.

Les processus de codification de 1945 et 2004 ont permis de mettre en lumière cet attachement au rôle du pouvoir réglementaire dans la définition des sources du droit des étrangers. En procédant par ordonnance, par décret ou par circulaire, le Gouvernement élude le débat public et « la haute administration acquiert, au détriment de la représentation parlementaire, le monopole de l'édiction des règles régissant le statut des étrangers »⁴⁴. Comme nous l'avons constaté plus haut, la Constitution n'aborde pas de façon expresse les questions qui structurent le droit des étrangers et ne sont donc incluses dans le domaine de la loi, suite à l'intervention du Conseil constitutionnel, que les questions se rapportant aux « garanties reconnues aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

Les seules hypothèses pouvant être rangées dans le domaine de la loi sont donc celles des titres délivrés de plein droit. En dehors de ces cas, aujourd'hui peu nombreux⁴⁵, le rôle du pouvoir réglementaire dépasse la seule application de la loi. Il s'exprime par des mesures individuelles de police administrative édictées à partir de critères législatifs indéterminés qui ouvrent donc le champ à une définition par le pouvoir réglementaire : « l'ordre public », employé plus de trente fois dans la partie législative, n'est par exemple jamais défini par la loi, de même que la notion

⁴⁴ V. en ce sens A. SPIRE, *Etrangers à la carte, l'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Grasset, 2005, spéc. p. 26.

⁴⁵ Il en est ainsi pour les cas limitativement énumérés à l'article L. 313-11 du CESEDA organisant la délivrance de plein droit des cartes de séjour temporaires portant la mention « vie privée et familiale » ou pour les cas énumérés à l'article L. 314-11 et L. 314-12 organisant, sous réserve de la régularité du séjour, la délivrance de plein droit de la carte de résident.

« d'intégration républicaine de l'étranger »⁴⁶, de « demande d'asile manifestement infondée »⁴⁷ ou de « moyens d'existence suffisants »⁴⁸.

La loi renvoie ainsi le plus souvent à des mesures d'application, les conditions d'évaluation de ces critères étant définies par décret en Conseil d'État. Mais elle s'en remet surtout à des appréciations de l'administration qui « livrent l'étranger aux incertitudes de la législation par circulaire »⁴⁹, ou à l'éventuelle intervention du juge administratif qui pourra fixer, par sa jurisprudence, les critères et limites de cette appréciation. C'est ainsi que l'article L. 313-14 du CESEDA dispose qu'une carte temporaire de séjour peut être accordée à l'étranger « dont l'admission au séjour répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir », la loi n'énumérant pas les motifs pouvant être pris en compte⁵⁰. Il est d'ailleurs étonnant, au regard du caractère extrêmement imprécis de ces dispositions, que le Conseil constitutionnel, devant lequel la loi a été déférée⁵¹, ne les ait pas censurées pour incompétence négative du législateur.

La loi affiche ainsi une certaine « générosité politique » dans l'admission exceptionnelle au séjour, tout en s'en remettant indirectement aux critères fixés par le pouvoir réglementaire et aux appréciations des préfetures. Ces imprécisions créent donc une grande insécurité juridique, renforcée par la suppression progressive des titres de séjour délivrés de plein droit sur la base d'un critère objectif tel que l'âge, le lien de filiation ou l'ancienneté du séjour. En multipliant les cas de délivrance « à titre gracieux », dépendants de critères à apprécier par le biais de faisceaux d'indices, la loi renforce les cas d'appréciation discrétionnaire de l'administration et d'intervention de l'exécutif. Elle ne remplit donc pas son objectif de clarté et

⁴⁶ Article L. 314-2 du CESEDA.

⁴⁷ Article L. 221-2 du CESEDA.

⁴⁸ Article L. 313-7 du CESEDA.

⁴⁹ V. TCHEN, « Les sources du droit des étrangers à l'heure de la codification : réflexions sur une frontière oubliée », précité, p. 514. Pour une analyse détaillée de l'utilisation des circulaires en matière de droit des étrangers v. infra chapitre 1, section 1, § 2.

⁵⁰ Il s'agit là d'un exemple mais le Code contient de nombreuses dispositions aussi indéterminées : nous citerons par exemple l'article L. 314-15 du CESEDA qui pose le critère de « la contribution économique exceptionnelle à la France » ou encore l'article L. 314-8 qui pose comme critère à la délivrance de la carte de résident « les faits qu'il [l'étranger] peut invoquer à l'appui de son intention de s'établir en France, de ses moyens d'existence et des conditions de son activité professionnelle s'il en a une ».

⁵¹ Cette formulation date en effet de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration qui a fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel : Cons. const., n° 2006-539 DC, 20 juillet 2006, *J.O.* du 25 juillet 2006, p. 11066 ; *Rec.*, p. 79.

d'intelligibilité permettant la sécurité juridique, générant par là des cas d'étrangers déboutés de leur demande de titre de séjour au motif qu'ils ne satisfont pas à des critères qui ne sont pourtant pas définis par le texte.

Ainsi, la confusion législative ne semble être qu'un des facteurs d'amplification du pouvoir de l'administration en matière de séjour des étrangers. Le législateur lui-même, par les dispositifs législatifs successifs, semble souhaiter renforcer et donner une place prépondérante au pouvoir réglementaire en la matière : en se bornant à énoncer des principes généraux qui seront complétés par des mesures réglementaires qui leur donneront un sens, la loi permet directement l'intervention déterminante du pouvoir réglementaire. La compétence du législateur est ainsi affaiblie par des dispositions qui renvoient laconiquement à des décrets d'application et n'encadrent ainsi que peu l'exécutif⁵².

Si elle paraît assez classique, cette méthode peut avoir des conséquences inquiétantes lorsque la loi ne fait qu'énoncer des standards indéterminés qui conditionnent pourtant le droit au séjour sur le territoire français. Un tel champ de compétence ouvre au pouvoir réglementaire, au détriment du législateur et donc de la représentation nationale, la possibilité d'intervenir, de fait, dans des domaines réservés par principe à la loi tels que la liberté d'aller et venir ou la protection de sa vie familiale.

Cette large compétence est principalement fondée sur l'objet même du droit des étrangers qui suppose la sauvegarde préventive de l'ordre public et présente ainsi tous les attributs d'une police administrative dans la mesure où il se fonde sur un contrôle du séjour et une surveillance des activités des ressortissants étrangers. Quelques champs de ce droit, tels que la liberté de mariage ne sont pas directement

⁵² C'est ainsi que l'article L. 111-10 du CESEDA par exemple se borne à énoncer « qu'un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application des articles L. 111-7 et L. 111-8 et définit notamment les conditions dans lesquelles les interprètes traducteurs sont inscrits sur la liste prévue au dernier alinéa de l'article L. 111-8 et en sont radiés ». De même, l'article L. 211-4 dispose uniquement que l'attestation d'accueil est « signée par l'hébergeant et accompagnée des pièces justificatives déterminées par décret en Conseil d'État ».

liés à cette logique mais restent indirectement dépendants des prérogatives de l'administration⁵³.

Ce régime de police des étrangers semble fonder la compétence réglementaire car il s'accompagne d'un pouvoir discrétionnaire nécessaire à l'appréciation de chaque situation. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme justifie cet exercice de la compétence réglementaire et du pouvoir discrétionnaire qui l'accompagne en s'appuyant sur « un principe de droit international bien établi » selon lequel « sans préjudice des engagements internationaux découlant pour eux de traités internationaux y compris la Convention, les États [ont] le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non nationaux »⁵⁴. De même, le Conseil constitutionnel admet que les conditions d'entrée et de séjour des étrangers « peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques »⁵⁵. Le rapport entre la loi et le pouvoir réglementaire semble donc presque explicitement établi en défaveur de la première.

Dans un tel cadre, les interventions du législateur, semblent ne plus avoir pour mission d'encadrer le pouvoir normatif de l'autorité administrative, mais d'exprimer une ligne politique et des principes généraux, écartant, de fait la représentation nationale de la détermination du fond de la législation des étrangers.

3. L'illusion créée par la frénésie législative : dévalorisation de la loi et renforcement du pouvoir discrétionnaire de l'administration

Il semble que les lois en matière d'entrée et de séjour des étrangers découlent le plus souvent d'une volonté politique immédiate de réagir face à l'opinion publique ou à la forte pression médiatique de la matière, non d'une réflexion de fond sur les enjeux de cette législation et sur les orientations de principe à lui donner.

En France, la loi a une force symbolique majeure qui en fait l'instrument privilégié de résolution des maux sociaux. Cette force symbolique, caractéristique de

⁵³ Il faut ainsi songer par exemple au contrôle préalable qui permet à l'administration de s'assurer qu'un mariage entre un ressortissant étranger et un ressortissant français ne constitue pas un mariage de complaisance : Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, *J.O.* n°264 du 15 novembre 2006 p. 17113.

⁵⁴ Cour EDH, req. n° 22414/93, 15 novembre 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, *Rec.*, III, n° 22, §79.

⁵⁵ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, précitée, cons. 2.

la société française, induit une propension à « attendre des miracles de la loi »⁵⁶. L'annonce d'une réforme législative constitue donc la démonstration que l'État « agit et réagit rapidement »⁵⁷ et par conséquent son adoption est, en elle-même, et indépendamment de son contenu, perçue comme un gage d'efficacité de l'action politique. Ceci explique l'évolution quantitative de la loi qui devient l'outil privilégié et donc très médiatisé de l'action politique.

Mais cette multiplication des lois liée à leur médiatisation a directement affecté leur caractère normatif. Elles ont dû s'adapter au « temps médiatique » caractérisé par l'émotion rapide, la peur immédiate suite à un évènement choquant et non inscrit dans la durée. Ceci est un phénomène général qui touche l'ensemble de la production législative, et particulièrement la législation relative au statut des étrangers du fait de ses forts enjeux politiques et médiatiques.

C'est ainsi que depuis les trente dernières années, une loi sur l'entrée et le séjour des étrangers est adoptée tous les deux ans et demie en moyenne. La constatation selon laquelle « légiférer est devenu un réflexe, souvent conditionné par la télévision. Tout sujet d'un « vingt heures » est potentiellement une loi. Une émotion quelconque mais aussi un problème tangible provoque une démangeaison législative plus ou moins rapide »⁵⁸ se vérifie particulièrement en ce qui concerne la détermination du statut des étrangers⁵⁹. La loi est « une réponse avant d'être une solution »⁶⁰. L'important en la matière semble être le plus souvent la volonté affichée de lutter contre l'immigration clandestine et de maîtriser les flux migratoires tout en assurant l'intégration des étrangers déjà présents sur le territoire. La question est donc de savoir si, à la solution politique apportée par ces nombreuses lois, correspond une solution véritablement juridique. L'observation de l'état du droit permet d'en douter.

⁵⁶ Rapport public du Conseil d'État de 2006, précité, p. 231.

⁵⁷ Terme employé dans le rapport public du Conseil d'État de 2006, précité, p. 255.

⁵⁸ G. CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2006, p. 40.

⁵⁹ La décision de légiférer peut ainsi intervenir en réponse à un sentiment de l'opinion publique voire à un fait divers. Nous citerons par exemple la loi de juin 2011 dont la mesure essentielle concernait la déchéance de nationalité et qui a été directement initiée en réaction à l'affaire Lies Hebbadj, conjoint d'une jeune femme verbalisée alors qu'elle conduisait vêtue de son niqab, et accusé de polygamie de fait au mois d'avril 2010 par le ministre de l'Intérieur Brice Hortefeux. Cette mesure phare de déchéance de nationalité a finalement été abandonnée, entraînant une diminution de l'intérêt médiatique pour cette loi dont le contenu était pourtant beaucoup plus large.

⁶⁰ G. CARCASSONNE, « Penser la loi », précité, p. 40.

La modification régulière de la loi et de l'état du droit conduit à la dévalorisation de cette loi qui n'est plus en mesure de faire respecter d'éventuelles conditions légales encadrant le pouvoir de l'administration. De même, l'instabilité du droit qui leur est applicable rend très difficile sa connaissance par les administrés, en l'espèce les ressortissants étrangers. Le droit des étrangers, déjà complexe par sa technicité, devient illisible et surtout incompréhensible par ceux auxquels il s'adresse et devient un droit de pratique administrative qui a pour conséquence une disparité de traitement importante, renforcée par le traitement administratif déconcentré des dossiers. L'immigration étant un enjeu politique crucial, les changements législatifs sont toujours présentés comme une rupture ou une annulation des politiques précédentes, ce qui dans les faits n'a jamais été vraiment le cas. C'est pourquoi les « approches opposées - « plus de contrôles » d'un côté, « plus de droits » de l'autre – ne se sont pas annulées l'une par l'autre, mais se sont entrelacées, sans considération pour la paralysie qu'elles contribuaient à créer sur le terrain du contrôle et sur le terrain du droit »⁶¹. La multiplication des lois devient donc un aveu de leur inefficacité et de leur incapacité à lier la compétence de l'administration à laquelle revient l'étude concrète des dossiers en matière d'entrée et de séjour des ressortissants étrangers.

Le projet de loi relatif au droit des étrangers en France enregistré à l'Assemblée le 23 juillet 2015⁶² constitue le dernier exemple de cette tendance. Dans l'exposé des motifs, le Gouvernement manifeste sa volonté « de sécuriser le parcours d'intégration des ressortissants étrangers par l'adoption d'une législation mieux adaptée et une plus grande clarté des procédures applicables » et de « garantir, ensemble, une protection des libertés individuelles et l'efficacité des décisions administratives d'éloignement, dans le respect des directives européennes ». Le ministre de l'Intérieur a d'ailleurs soulevé le caractère instable du droit en la matière en rappelant que « nous soumettons les étrangers qui viennent en France à un véritable parcours administratif du combattant que l'on peut illustrer en chiffres : 2,5

⁶¹ *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, Coll. des rapports officiels, 1997, p. 47.

⁶² Projet de loi n° 2183 relatif au droit des étrangers en France, (renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une Commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.) présenté au nom de M. Manuel Valls, Premier ministre, par M. Bernard Cazeneuve, Ministre de l'Intérieur, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 juillet 2014.

millions d'étrangers extracommunautaires effectuent 5 millions de passages en préfecture alors même que 1,8 million d'entre eux sont titulaires d'une carte de séjour valable dix ans. Cela signifie que nous soumettons des centaines de milliers d'étrangers à environ une dizaine de passages en préfecture par an. Comment s'intégrer lorsqu'on court de titre précaire en titre précaire ? »⁶³.

Pourtant, les dispositions du projet de loi ne remanient pas en profondeur la matière concernée : une carte de séjour pluriannuelle est ainsi créée sans pour autant revoir le nombre de cartes de séjour auxquels elle s'ajoute déjà⁶⁴ et dont la multiplication accroît la complexité du droit du séjour des étrangers⁶⁵, la procédure d'éloignement du territoire est remaniée pour privilégier l'assignation à résidence sans réorganiser la procédure juridictionnelle de contrôle des mesures d'éloignement⁶⁶ partagée de façon complexe entre le juge administratif et le juge judiciaire⁶⁷.

Au vu de ces éléments, le rapport de la Cour nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a précisément émis des réserves quant à la clarté du projet de loi, constatant notamment que « la technique du renvoi législatif est employée de manière récurrente, rendant la lecture et la compréhension du projet de loi peu aisée, tant pour les juristes que pour les non-juristes, qui doivent se référer simultanément à plusieurs textes. L'accessibilité et la prévisibilité de la loi, c'est-à-dire sa qualité, sont mises à mal. Le travail des praticiens en est rendu d'autant plus difficile »⁶⁸.

⁶³ Ministre de l'Intérieur, audition du 1^{er} juillet 2015 devant la Commission des lois, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi n° 2183 relatif au droit des étrangers en France*, p. 63.

⁶⁴ Article 3 du chapitre II du projet de loi : « Le 1^o modifie l'intitulé du chapitre III afin de tenir compte de la création, par l'article 11 du projet de loi, de la carte de séjour pluriannuelle. Le nouveau titre devient ainsi : « La carte de séjour temporaire et la carte de séjour pluriannuelle ». Ce titre vient donc s'ajouter à la carte de résident de dix ans, aux cartes de séjour temporaires portant la mention « vie privée et familiale ».

⁶⁵ Le Code de l'entrée et du séjour des étrangers prévoit ainsi la délivrance de plus de vingt titres de séjours différents, répondant chacun à des critères d'attribution et des exceptions différentes. Il existe déjà ainsi, par exemple, la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale », portant la mention « étudiant » avec des dispositions spécifiques concernant les étrangers stagiaires, la mention « scientifique chercheur », la mention « profession artistique et culturelle », ainsi que celle autorisant l'exercice d'une activité professionnelle. S'ajoutent ensuite les cartes de résident, les cartes portant la mention « retraité » et celles portant la mention « compétence et talent », ces dernières faisant l'objet d'une réforme par le projet de loi de 2015.

⁶⁶ Articles 18 à 22 du projet de loi n° 2183, précité.

⁶⁷ Sur ce point v. *infra*, chapitre 2.

⁶⁸ CNCDH, *Avis sur la réforme du droit des étrangers*, Assemblée plénière, 21 mai 2015 (Adoption : unanimité), p. 5.

Elle regrette également la pauvreté de l'étude d'impact imposée depuis la révision constitutionnelle de 2008⁶⁹ à l'élaboration de tout projet de loi⁷⁰. L'absence d'étude d'impact détaillée tend ainsi à confirmer une élaboration trop rapide des projets de loi qui ne permet pas de mener une évaluation complète et rigoureuse du droit en vigueur, « de manière à ce que soit dressé un bilan de la pertinence et de l'efficacité des mesures existantes »⁷¹. Par conséquent, il est peu probable que la loi puisse pleinement remplir les objectifs de simplification et de clarification qu'elle s'est fixé.

Dans de nombreux cas, les dispositions de la loi conduisent à nous interroger sur l'utilité même de l'intervention du législateur, notamment lorsque la loi ne fait qu'envisager la possibilité pour le ressortissant étranger de déposer une demande de titre de séjour et confie *in fine* son octroi à une appréciation discrétionnaire.

Ces lois à répétition en viennent à n'avoir plus aucune véritable force contraignante et laissent l'administration maîtresse de la réalité du droit. Par conséquent, le but politique de la loi peut devenir la seule priorité de l'administration, en-dehors du respect de la législation qu'elle sait changeante et incertaine, renforçant ainsi son propre pouvoir discrétionnaire. Le législateur semble en réalité se mettre en retrait afin de répondre à la volonté du gouvernement de garder cette matière dans sa sphère de compétences. Les lacunes de la loi, voire ses malfaçons seront alors comblées par voie réglementaire ou par des appréciations individualisées, donnant ainsi tout son poids à l'exécutif dans la formation du droit des étrangers placé au cœur des prérogatives régaliennes du gouvernement. C'est ce que confirme le recours régulier aux circulaires en la matière.

⁶⁹ Article 8 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution : toute réforme législative doit être accompagné d'une étude dite « d'impact » « définiss[ant] les objectifs poursuivis par le projet de loi, recens[ant] les options possibles en-dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et expos[ant] les motifs du recours à une nouvelle législation ».

⁷⁰ CNCDH, Avis précité, p. 5 : « Ce document qui ne comprend que peu d'éléments chiffrés, n'aborde jamais les incidences des nouvelles mesures sur l'organisation et le fonctionnement des juridictions administratives et judiciaires, alors pourtant que le contentieux des étrangers est un contentieux de masse très sensible en matière de protection des libertés ».

⁷¹ CNCDH, 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, adopté par l'assemblée plénière du 15 avril 2010.

§ 2. *Un recours excessif aux directives facteur d'inégalités de traitement*

La première particularité d'un service préfectoral en charge de l'immigration réside dans la place prépondérante qu'y occupent les circulaires, au détriment d'autres références juridiques que sont les conventions internationales, les lois ou les décrets⁷².

Les circulaires ont pour but de rationaliser l'action administrative. Parce qu'elles mettent en place une interprétation et des critères d'application de la loi, elles sont présentées comme des outils indispensables à l'action administrative et à sa rationalisation (A). Cependant, leur multiplication et leur caractère approximatif en matière d'entrée et de séjour des étrangers n'ont pas permis l'harmonisation escomptée et ont donc conduit à leur inefficacité dans la rationalisation de l'action administrative (B).

A. Des circulaires indispensables à l'action administrative en matière d'immigration

À la fois « sécurité et moteur de l'action administrative »⁷³, les circulaires ont pour objet et devraient avoir pour effet d'uniformiser l'action administrative en donnant des éléments d'appréciation communs.

Dans les matières empreintes de pouvoir discrétionnaire, le recours aux circulaires permet de faire face aux éventuels effets pervers de la liberté d'appréciation dont jouit l'administration, notamment la dispersion et l'incohérence des décisions administratives. Les circulaires se présentent donc comme des « mesures d'orientation », c'est-à-dire des actes hiérarchiques qui entendent établir le comportement que suivra l'administration. Elles dégagent des critères préalables, invitent les administrateurs à fonder sur eux leurs décisions et permettent ainsi de dégager les grandes orientations de l'action administrative dans le domaine concerné. C'est pourquoi elles sont présentées comme s'inscrivant dans une logique de rationalisation de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Elles orientent ce dernier tout en préservant la règle d'examen cas par cas des dossiers.

⁷² Cette position est notamment affirmée par A. SPIRE, « L'application du droit des étrangers en préfecture », *Politix*, 2005/1 n° 69, p. 13.

⁷³ Y. GAUDEMET, « Remarques à propos des circulaires administratives », in *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 561.

En effet, ces mesures ne doivent en aucun cas méconnaître l'obligation qui incombe à l'administration, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, de se livrer à l'examen individuel des demandes qui lui sont soumises. Il doit donc toujours être possible, pour l'agent administratif, de déroger aux indications et interprétations de la circulaire.

Dans le cadre du pouvoir hiérarchique qu'ils ont sur leur service, les ministres peuvent édicter des circulaires. Ce principe a trouvé à s'appliquer dans de nombreux domaines, principalement ceux caractérisés par le silence du législateur ou l'absence d'autres textes. Les circulaires, dans ces circonstances, ont donc presque naturellement « fait florès »⁷⁴ en matière d'entrée et de séjour des étrangers.

Au regard de la législation souvent changeante et imprécise en matière d'entrée et de séjour des étrangers, il paraît indispensable d'encadrer davantage l'action de l'administration qui devra l'appliquer. Les circulaires sont, dans la pratique, une source majeure du droit des étrangers même si le phénomène de leur multiplication au sein des services administratifs n'est pas propre à ce droit. Elles guident ainsi les agents préfectoraux dans l'application de la loi et s'assurent de l'égalité application des textes sur l'ensemble du territoire national.

L'importance du pouvoir discrétionnaire de l'administration dégagé par la législation en matière d'entrée et de séjour des étrangers peut conduire à une application arbitraire et en manque d'uniformité, et ce d'autant plus que l'étude des dossiers en matière d'entrée et de séjour des étrangers est, comme en matière de naturalisation, confiée aux administrations déconcentrées de l'État. Malgré ces risques, le législateur n'a pas souhaité adopter une législation plus stricte, ni le pouvoir réglementaire un cadre plus précis. Face au risque d'arbitraire qu'un tel état du droit pourrait engendrer, l'administration édicte donc des instruments internes de régulation et d'orientation de son action. Ainsi, la souplesse des circulaires sera préférée au caractère rigide et contraignant des règles codifiées.

Malgré son caractère indispensable, le recours aux circulaires peut être parfois contesté.

⁷⁴ J.M. DELARUE, « Quelques réflexions sur les circulaires », in SAULNIER-CASSIA E. et TCHEN V., *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Dalloz, 2009, p. 278.

Censées être des actes d'interprétation de la loi ou du règlement, les circulaires sont parfois utilisées par l'administration pour ajouter au texte et non seulement pour en éclairer le sens. Une telle pratique met donc en danger la sécurité juridique des administrés.

Sortant de son champ, la circulaire sert parfois de véhicule non plus seulement à l'interprétation du droit auquel elle est soumise mais aussi à une doctrine administrative presque autonome. Le droit des étrangers n'étant pas toujours cohérent, il semble que ce soit finalement l'intention plus politique manifestée par les circulaires qui dirige l'activité des agents administratifs, ce qui pose alors la question de savoir si les circulaires ne sont pas issues d'un pouvoir usurpé de leurs auteurs qui ajouteraient à la loi et au règlement alors même qu'ils n'en ont pas la compétence. Par principe, la circulaire ne doit être qu'une consigne qui, sur le fond, ne diffère pas d'un ordre verbal qu'elle a l'avantage de formaliser.

La réalité normative de la circulaire purement interprétative est souvent niée par la doctrine administrativiste. Il est ainsi courant de dénier aux circulaires dites interprétatives, et donc par principe purement explicatives de l'état du droit, toute portée normative à l'égard de l'administré⁷⁵.

Cette position est confirmée par la jurisprudence constante du Conseil d'État qui exclut tout recours pour excès de pouvoir à leur encontre⁷⁶ et elle n'a pas changé malgré la loi du 17 juillet 1978 portant obligation de publication des circulaires⁷⁷ et le décret de 2008 portant obligation de mise en ligne des circulaires sur le site du

⁷⁵ Nous citons ainsi : M. HECQUART-THERON, « De la mesure d'ordre intérieur », *AJDA*, 1981, p. 237 qui écrit « ainsi la circulaire interprétative, en se bornant à interpréter le droit antérieur ne crée aucune règle juridique nouvelle à l'égard des tiers et ne modifie nullement un quelconque ordre intérieur » ; ou encore, plus récemment : C. CHAUVET, *Le pouvoir hiérarchique*, LGDJ, 2013 p. 671 : « la circulaire interprétative se borne à arrêter une position sur le *sens de l'Ordonnement juridique* mais sans pouvoir le modifier ».

⁷⁶ Telles est la position de l'arrêt de principe C.E. Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, Rec. p. 463, concl. P. Fombeur ; *AJDA* 2003, p. 487, chron. Donnat et Casas ; *RFDA* 2003, p. 280, concl. et p. 510, note J. Petit ; *J.C.P. A.* 2003, n° 1064, note J. Moreau ; *L.P.A.* 23 juin 2003, p. 19, note P. Combeau ; confirmé par C.E., 26 décembre 2012, req. n° 358226, *Rec.* 2013.

⁷⁷ Article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *J.O.* du 18 juillet 1978, p. 2851.

Premier ministre⁷⁸. Cette tendance à minimiser l'importance actuelle du phénomène des circulaires dans l'action administrative comporte pourtant des dangers.

En effet, la circulaire correspond à « l'émergence d'un pouvoir d'interprétation dans la vie administrative et elle inaugure un espace nouveau entre le pouvoir de réglementation générale – le pouvoir réglementaire et le pouvoir hiérarchique classique - et le pouvoir d'instruction individuelle en coordonnant l'action des subordonnés hiérarchiques, sans la contrainte, afin de privilégier l'uniformité et la cohérence à tous les stades de la décision administrative »⁷⁹. Les circulaires sont donc perçues comme des filtres nécessaires entre la loi ou le règlement et leur application, assurant aux administrés une égale application de la loi.

Dans un tel cadre, l'interprétation administrative s'impose à l'administré qui sera davantage confronté à la réactualisation du texte par l'administration qu'au texte lui-même. L'interprétation donnée par l'administration est d'autant plus créatrice de droit pour les administrés qu'elle peut changer à tout moment et être donc source d'instabilité. Celle-ci est par ailleurs renforcée par une interprétation souvent différenciée de la circulaire elle-même au sein de chaque service, créant ainsi des systèmes normatifs extra-juridiques qui ne permettent pas de garantir que le pouvoir discrétionnaire s'exerce de façon rationnelle.

B. Une portée limitée de la rationalisation par voie de circulaires

Il ressort en effet des travaux de science administrative⁸⁰ que l'application des circulaires ministérielles en matière de séjour des étrangers est assez disparate au sein du territoire.

Une telle différence dans les pratiques peut tout d'abord s'expliquer par le fait que les fonctionnaires qui dirigent les services de l'immigration au sein des différentes préfectures jouissent d'une autonomie hiérarchique importante. Selon Alexis Spire, une telle autonomie serait la conséquence d'une dévalorisation de

⁷⁸ Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, *J.O.* n°0287 du 10 décembre 2008 p. 18777.

⁷⁹ P. COMBEAU, « Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives », *AJDA*, 2000, p. 495.

⁸⁰ Nous citerons par exemple : A. SPIRE, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Grasset, 2005 ; A. SPIRE « L'application du droit des étrangers en préfecture », préc. cit.; du même, « L'asile au guichet. La dépolitisation du droit des étrangers par le travail bureaucratique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2007, p. 4-21.

l'administration de l'immigration qui se trouverait alors compensée par l'attribution d'une plus grande autonomie aux chefs de service⁸¹. Une telle explication peut évidemment s'avérer exacte mais elle est insuffisante. Une telle autonomie des agents semble en effet pouvoir également s'expliquer par le caractère intrinsèquement régalien de la matière en cause.

Il est de l'intérêt de l'État de laisser une autonomie importante à l'administration dans l'appréciation des dossiers relatifs à l'entrée et au séjour des étrangers et ce en raison de la nature de la mission rattachée à l'exercice d'un pouvoir régalien de l'État. C'est probablement pourquoi les différents agents des services de l'immigration disposent d'une assez grande latitude pour dégager le sens de la législation mais aussi celui des circulaires censées l'éclairer. Ainsi, si le pouvoir hiérarchique trouve à s'exercer, notamment dans le cas du recours hiérarchique préalable nécessaire à toute contestation d'une décision de refus de titre de séjour ou de naturalisation, c'est moins de la part du Ministre de l'Intérieur ou même du préfet qu'au sein des services eux-mêmes dont les agents sont investis, de fait, d'un pouvoir quasi-normatif.

Un tel fonctionnement permet une extension du pouvoir discrétionnaire à des échelons inférieurs du corps administratif auxquels les pouvoirs législatif et réglementaire confient l'appréciation de la validité de la requête. Le caractère flou prévalant dans la rédaction des textes de loi et des circulaires ministérielles laisse également une marge d'interprétation non négligeable aux fonctionnaires. Les circulaires reposent ainsi sur une faible précision juridique susceptible d'entraîner une interprétation différenciée au sein de chaque préfecture.

Nous pouvons prendre pour exemple la circulaire du 16 juin 2006 relative à la régularisation exceptionnelle de la situation des étrangers dont au moins un des enfants était scolarisé en France⁸². Ce texte invitait les services préfectoraux à prendre en compte six critères en vue de la régularisation exceptionnelle sans mention

⁸¹ « Les fonctionnaires qui dirigent des services chargés de contrôler les étrangers sont en position d'infériorité par rapport à leurs collègues ayant des responsabilités comparables dans d'autres secteurs. Mais en contrepartie, la hiérarchie leur laisse une grande autonomie », A. SPIRE, *Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration*, Raison d'Agir, 2008, p. 16.

⁸² Circulaire n° NOR INKT0600058C du 13 juin 2006 relative aux mesures à prendre à l'endroit des ressortissants étrangers dont le séjour en France est irrégulier et dont au moins un enfant est scolarisé depuis septembre 2005, *Bulletin officiel du ministère de l'intérieur* n° 2006/6 (consultable uniquement dans sa version numérisée mise en ligne sur le site internet du ministère).

du caractère cumulatif ou alternatif de ces différents critères⁸³, ce qui permet une large marge de manœuvre dans la détermination du fondement de la décision.

Or, si trois de ces critères revêtent un caractère objectif puisqu'ils portent sur le lieu de résidence, de naissance d'un des enfants ou de scolarisation de l'un d'entre eux, trois autres laissent une marge d'appréciation conséquente aux agents préfectoraux puisqu'il s'agissait pour eux d'évaluer notamment « la réelle volonté d'intégration des familles ». L'ancien directeur de la police générale à la préfecture de Paris témoigne de la difficulté d'application de cette circulaire. Il explique que celle-ci « a été rédigée très rapidement [...]. Du 13 juin, date d'arrivée de la circulaire sur la messagerie électronique au 7 juillet, date de la première réunion au ministère, il ne s'est rien passé. [...] La circulaire, qui était en réalité un message politique et non un outil administratif, ne s'est accompagnée d'aucune orientation »⁸⁴.

Certains commentaires de la circulaire ont par ailleurs perçu le critère de la « volonté d'intégration » comme une sorte de « variable d'ajustement »⁸⁵ permettant de refuser au-delà d'un certain quota les dossiers remplissant les critères objectifs⁸⁶, supposant donc qu'il s'agissait de régulariser les familles qui répondaient « le

⁸³ Aujourd'hui, la circulaire n° NOR INTK1229185C du 28 novembre 2012, relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, revient sur la régularisation des parents dont l'un des enfants est scolarisé en France et ne pose que deux critères qu'elle qualifie explicitement de cumulatifs : l'installation en France et la scolarisation effective ou en cours en France depuis 3 ans.

⁸⁴ Y. BLANC, « Des chiffres sous la contrainte du droit », in *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Dalloz, 2009, p. 256. Dans le même sens v. C. COURNIL. « La circulaire du 13 juin 2006, une régularisation sélective au service d'une politique. A propos de la régularisation des parents d'enfants scolarisés », *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2008, n° 3, p. 1495.

⁸⁵ D. CATTEAU, « Le contrôle des régularisations exceptionnelles, entre fait majoritaire et fait du Prince », *AJDA*, 26 février 2007, p. 403. L'auteur considère qu'on « peut imaginer qu'un certain objectif quantifié de régularisation ait été fixé et que ce critère subjectif ait servi de variable d'ajustement permettant de refuser, au-delà d'un certain « quota », les dossiers remplissant les critères objectifs », p. 404.

⁸⁶ Cette suspicion autour de la mise en place d'une logique de quotas par le ministère de l'intérieur s'appuie sur la proximité entre les chiffres estimés par le ministre de l'Intérieur lors de son intervention présentant la nouvelle loi sur l'immigration et l'intégration à la réunion des préfets du 24 juillet 2006 (20 000 demandes déposées et environ 6000 titres de séjour attribués) et le chiffres final d'octroi effectif de titres de séjour : 6 924 titre octroyés pour 33 538 dossiers traités. Pour les parlementaires de l'opposition, cette concordance laissait planer le doute sur la fixation d'un éventuel « pourcentage d'admission *a priori* » (J.-M. Ayrault et autres, Proposition de résolution tendant à la création d'une Commission, *D. AN*. n° 3360, 11 octobre 2006, p. 4). Une telle Commission ne vit malheureusement jamais le jour. Or, si une logique de quota a été mise en place, cela suppose que la procédure a été discriminatoire et les critères fixés par la directive inutiles.

mieux » aux critères de la circulaire, notamment dans l'hypothèse où les critères objectifs étaient remplis⁸⁷. Mais au-delà de la logique des quotas qui, en imposant une politique du chiffre, conduit nécessairement à des inégalités de traitement, il est possible de considérer que le texte de la circulaire lui-même peut induire ce résultat.

En effet, certains critères ont nécessité une certaine part d'interprétation qui s'est avérée souvent très divergente d'une préfecture à l'autre. Nous prendrons tout d'abord pour exemple le critère de la « contribution effective des parents à l'entretien et à la scolarisation de l'enfant ». Certaines préfectures se sont attachées davantage à l'aspect matériel de la contribution des parents, à l'entretien de l'enfant, qu'à la contribution éducative, c'est-à-dire sa scolarisation.

De même, le critère de « l'absence de lien de l'enfant avec le pays d'origine » peut-être pris, en l'absence de précisions dans la directive, dans un sens plus ou moins objectif. Certaines préfectures se sont attachées à la constatation de l'absence de liens familiaux dans le pays d'origine : la préfecture du Loiret a ainsi mis en place une obligation pour les étrangers déposant un dossier de prouver que les membres de la famille restés au pays n'ont pas d'adresse connue, ou qu'ils ont réellement disparus grâce à une attestation de la Croix Rouge sur le non aboutissement des recherches⁸⁸.

De manière plus subjective, d'autres ont fait porter l'appréciation sur d'éventuels liens « affectifs » avec des parents restés dans le pays d'origine ou plus généralement avec le pays d'origine. Pourtant, une telle différence dans l'interprétation ne devrait pas être possible compte tenu de l'existence d'une jurisprudence abondante relative à ce critère.

En effet, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le respect d'une vie familiale normale n'est invocable en matière d'expulsion ou de régularisation qu'en l'absence de liens familiaux à l'étranger. Le

⁸⁷ Une telle position est notamment confirmée par l'ancien directeur de la police générale à la préfecture de Paris Yannick Blanc dans sa contribution précitée, p. 256 : « Pour nous qui traitons des demandes de régularisation chaque jour [...] il était évident que le râteau était trop large par rapport à l'intention politique, c'est-à-dire qu'il permettait de régulariser des milliers et des milliers de gens. C'est alors que la logique du chiffre a repris le dessus, lorsque le ministre s'est rendu compte que la rédaction de la circulaire impliquait la régularisation de plusieurs dizaines de milliers de familles. Nous avons alors reçu des instructions verbales et chiffrées à l'unité près pour limiter le nombre de régularisations ».

⁸⁸ Réseau éducation sans frontières, *État des lieux de l'application de la circulaire relative aux familles d'enfants scolarisés*, 11 août 2006, p. 6. Dans le même sens v. CIMADE, *De la loterie à la tromperie. Enquête citoyenne sur la circulaire du 13 juin 2006 relative à la régularisation des familles étrangères d'enfants scolarisés*, 22 octobre 2007.

Conseil d'État a donc interprété à maintes reprises ce critère, se fondant davantage sur la perte « d'attaches familiales effectives »⁸⁹ que sur la seule existence de membres de la famille dans le pays d'origine⁹⁰. Il semble étonnant qu'une telle jurisprudence ne soit pas mentionnée dans la circulaire en vue de clarifier et de préciser les critères qu'elle propose.

Plus encore, c'est le critère de la volonté d'intégration qui apparaît comme objet d'interprétations différenciées. Selon la circulaire, cette volonté est caractérisée notamment par « la scolarisation des enfants, leur maîtrise du français, leur suivi éducatif, le sérieux de leurs études et l'absence de trouble à l'ordre public »⁹¹. Sur ces différents éléments l'interprétation s'est avérée encore une fois hétérogène sur l'ensemble du territoire.

Si la circulaire ne semble faire référence à la maîtrise de la langue française que pour les seuls enfants, certaines préfectures ont pris en compte également la maîtrise du français par les parents⁹². De même, le caractère sérieux des études, qui selon la circulaire dépasse la simple scolarisation puisqu'il est un indice de la « volonté d'intégration », peut se mesurer de différentes manières parmi lesquelles la circulaire ne choisit pas : il peut s'agir de vérifier l'assiduité, les progrès de l'enfant dans l'apprentissage de la langue ou encore ses résultats scolaires. Ainsi, les préfectures des Bouches-du-Rhône, de Rouen ou encore de Montpellier faisaient de la présentation des bulletins scolaires ou du carnet de notes une condition de recevabilité du dossier, en plus des certificats de scolarité permettant de remplir le critère de la scolarisation en France, tandis que la préfecture de Paris par exemple ne les demandaient qu'en l'absence de certificat de scolarité et que la préfecture de Gironde ne vérifiait que l'assiduité et non les résultats scolaires selon les indications du secrétaire général.

⁸⁹ C.E., 8 septembre 2006, *préfet de l'Ain c/ Mlle Samira A*, req. n° 273171.

⁹⁰ C.E., 21 octobre 1998, *préfets des Hauts de Seine c/ Mlle Ngo*, req. n° 187236 : « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et qu'il n'est pas contesté, que Mlle Ngo Mpeck est entrée en France en 1988 à l'âge de treize ans et réside depuis chez sa tante, titulaire d'une carte de résident, qui exerçait sur elle l'autorité parentale ; qu'elle y a suivi une scolarité régulière ; que, dans les circonstances de l'espèce, eu égard notamment à la durée de son séjour en France et bien que l'intéressée ne justifie pas être dépourvue de tous liens familiaux dans son pays d'origine, l'arrêté du préfet des hauts-de-seine décidant sa reconduite à la frontière a porté au droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée par rapport aux buts en vue desquels il a été pris ».

⁹¹ Circulaire du 16 juin 2006, précitée, p. 3.

⁹² Ce fut le cas de la préfecture de l'Isère par exemple, contrairement aux préfectures de Paris ou de Gironde. En ce sens v. l'état des lieux opéré par Réseau éducation sans frontières, précité, p. 5.

Au regard du caractère subjectif et imprécis de ces critères, chaque agent pourra réinterpréter les critères abstraits issues des différentes règles de droit selon ses propres convictions. Comme le note M. Louis Schweitzer, ancien président de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), les préfets « disposent d'un certain pouvoir d'appréciation dans l'application de la législation sur le territoire national » mais cette liberté ne saurait conduire à une atteinte à l'égalité devant la loi qui implique « un traitement égal des personnes placées dans une situation comparable »⁹³. Or le cas de la circulaire du 16 juin 2006 ne constitue pas l'unique exemple de circulaire trop approximative pour constituer une source fiable d'interprétation uniforme de la loi et de la doctrine administrative applicable aux administrés.

La circulaire du 28 novembre 2012⁹⁴, bien que plus claire, contient également des dispositions imprécises et donc sources d'inégalité : il en est ainsi de la poursuite d' « études supérieures de manière assidue et sérieuse », condition nécessaire à la délivrance d'un titre temporaire de séjour portant la mention « étudiant » et pour l'appréciation desquelles aucun indice précis n'est fourni alors même que le Conseil d'État s'est prononcé à maintes reprises en la matière⁹⁵, donnant un cadre minimum d'appréciation que la circulaire pourrait relayer. Il est également précisé que les agents ne pourront pas systématiquement « opposer le critère tiré de la nature des liens avec le pays d'origine mentionné aux articles L. 313-11 2° bis et L. 313-15 du CESEDA si ces liens sont inexistant, ténus ou profondément dégradés »⁹⁶, ces trois derniers termes ne faisant l'objet d'aucune définition ni précision quant aux modalités de leur appréciation concrète.

Les différentes circulaires se succèdent ainsi, comme se succèdent les lois, sans clarifier pour autant l'état du droit applicable et parfois sans préciser, comme

⁹³ L. SCHWEITZER, *Lettre du président de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, adressée à Nicolas Sarkozy, ministre d'État, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire, 4 septembre 2006, p. 1.

⁹⁴ Circulaire n° NOR INTK1229185C du 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁹⁵ v. par exemple : CAA Marseille, 20 décembre 2013, req. n° 12MA00298, *M. B.A.* (changements d'orientation incohérents) ; CAA Lyon, 19 décembre 2013, req. n° 13LY01664, *préfet du Puy de Dôme* (lenteur dans la progression des études et échecs répétés s'opposant au renouvellement du titre de séjour) ou encore CAA Bordeaux, 25 octobre 2011, req. n° 10BX02800, *Minh A.* (résultats ne caractérisant pas une progression, même lente, de l'intéressé dans ses études).

⁹⁶ Circulaire n° NOR INTK1229185C, précitée, p. 6.

cela est le cas dans la circulaire de juin 2006, la hiérarchie des différentes règles et critères applicables laissant aux différents agents le soin de choisir.

Dès lors, « l'abondance de règlements qui caractérise le traitement bureaucratique de l'immigration tend, non pas à restreindre le pouvoir de décision de ces agents intermédiaires de l'État, mais plutôt à augmenter leur marge de manœuvre : ils peuvent ignorer certaines dispositions, en invoquer d'autres de façon sélective, ou encore accorder une importance centrale à un texte qui n'est qu'un élément parmi d'autres. L'interprétation de la règle juridique consiste ainsi à mobiliser des critères de décisions qui varient sans cesse au cours du temps et dont la définition fait l'objet de constantes négociations entre agents intermédiaires et hauts fonctionnaires »⁹⁷. La norme qui s'applique aux étrangers n'est donc pas toujours issue de la loi ou du règlement mais également de la pratique variable et empreinte de subjectivité des agents préfectoraux.

Cette constatation a été confirmée par l'observation menée au cours de l'été 2015 à la sous-préfecture de Torcy.

Les agents du service des étrangers, qui délivrent chaque année plus de 22 000 titres de séjour en 2014, font en effet état de la difficulté que représente pour eux l'interprétation des critères fixés par la loi et que les circulaires ne viennent pas véritablement clarifier. La multiplication des titres de séjour pouvant être délivrés, la diversité et la subjectivisation des critères applicables à chacun d'entre eux ainsi que la succession de consignes variables émanant des services centraux rendent chaque fois plus difficile toute coordination de leur action. Malgré les classeurs entiers de consignes mis à leur disposition au guichet, les agents préfectoraux affirment ne pas maîtriser l'ensemble du cadre juridique qu'ils sont censés appliquer⁹⁸. Ils affirment ainsi constater régulièrement des disparités dans l'interprétation donnée à certains critères entre leur sous-préfecture et la préfecture dont ils dépendent, cette dernière étant seule compétente en matière de première demande de titre de séjour.

⁹⁷ A. SPIRE, *L'application du droit des étrangers en préfecture*, précité, p. 25.

⁹⁸ Nous faisons ainsi référence au cadre législatif et réglementaire mais nous avons posé à divers agents la question de la réception de la jurisprudence du juge administratif qui porte elle aussi des indications quant aux motivations à adopter, participant à l'élaboration du cadre juridique applicable. Ils ont tous affirmé ignorer le contenu de cette jurisprudence, les services centraux ne la relayant pas régulièrement auprès des services.

Répondant à cette question de la disparité des interprétations, les responsables du service ont fait valoir que les interprétations préfectorales ont été encadrées par la mise en place d'une plateforme interne de questions permettant une liaison permanente entre le ministère de l'intérieur et l'ensemble des services préfectoraux du territoire. Toutes les préfetures ayant accès à l'ensemble des questions posées et des réponses apportées, l'harmonisation des pratiques devrait être plus effective. Cependant, deux objections peuvent être émises à l'égard de cette position : tout d'abord aucune sanction de l'interprétation n'est prévue. Afin de conserver la marge d'appréciation des agents, les réponses du ministère sont considérées par les agents comme des indicateurs et non comme des consignes systématiquement contraignantes. Ensuite, cette clarification se fait en-dehors de toute règle de publicité, laissant les étrangers concernés dans l'ignorance quant à l'interprétation donnée aux critères qui vont leur être appliqués afin de permettre leur séjour en France. Si cette confidentialité est considérée comme « normale » par les agents du service⁹⁹, il semble néanmoins qu'elle contrevient à l'exigence de garantie de la sécurité juridique qui s'impose à l'Administration.

De plus, au caractère aléatoire de l'interprétation des critères vient s'ajouter une certaine conscience par les agents de leur autonomie dans l'appréciation au cas par cas. Usant du pouvoir de libre interprétation qu'ils estiment posséder, ils jugent parfois insuffisantes les consignes émises par le Ministère de l'Intérieur et prennent donc la liberté de les « aménager ».

Par exemple, afin de coordonner l'action au sein des préfetures et de réduire les disparités de traitement, le ministère de l'Intérieur a rappelé en 2014 la mise en place des listes nationales de pièces à fournir pour une grande partie des titres de séjour existants¹⁰⁰. Pourtant, les agents préfectoraux que nous avons rencontrés

⁹⁹ Ce rapport évident pour les agents au caractère confidentiel de l'action administrative a pu être constaté au cours de notre observation aussi bien au sein des services de l'immigration que dans ceux de l'accès à la nationalité, avec cependant une divergence de discours entre les différents niveaux hiérarchiques. Ainsi, les agents du guichet considèrent de manière générale cette confidentialité comme une évidence et un instrument nécessaire à leur action en tant qu'elle permet de conserver une marge autonome d'appréciation dans l'étude au cas par cas. En revanche, les hauts fonctionnaires rencontrés affichent une volonté de rompre avec ce mécanisme et d'imposer progressivement dans les services une meilleure coordination et donc une meilleure publicité de leur action.

¹⁰⁰ Circulaire du 3 janvier 2014 relative à l'amélioration de l'accueil des étrangers en préfecture et aux mesures de simplification et objectifs d'organisation, NOR : INT/K/14/00231/C, p. 8 : « Certains services des étrangers de préfecture exigent des usagers la production de pièces justificatives diverses

affirment que ces pièces sont parfois insuffisantes pour apprécier les critères requis, c'est pourquoi ils continuent de distribuer au guichet les anciennes listes de pièces établies par leurs services¹⁰¹. À la subjectivité des critères imposés à la délivrance des titres vient donc s'ajouter la subjectivité des agents quant aux moyens d'appréciation nécessaires et ce, malgré les tentatives centrales d'uniformiser leur action sur l'ensemble du territoire. Il ressort de cet exemple que la difficulté dans la coordination de l'action administrative est double : elle tient tant à l'irrégularité et à l'inconstance des critères fixés par le législateur et le pouvoir réglementaire qu'à l'autonomie d'appréciation qui a été concédée aux agents préfectoraux et que les services centraux, même lorsqu'ils le souhaitent, ne parviennent plus à encadrer.

Le risque de débordement du cadre juridique fixé à l'exercice du pouvoir discrétionnaire est donc susceptible d'entraîner un exercice de ce pouvoir détaché de toute rationalité juridique. En matière d'entrée et de séjour des étrangers, la marge laissée à une approche approximative des règles juridiques ainsi que la politique du chiffre peu à peu instaurée ont eu pour conséquence de permettre à l'administration de s'affranchir du cadre juridique dans lequel doit s'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui reconnaît la loi.

Parce que ces pratiques sont dictées de manière autonome à un niveau inférieur à la circulaire, rien ne garantit qu'elles respectent le cadre juridique légalement

non répertoriées dans le Guide de l'agent d'accueil des ressortissants étrangers en préfecture. [...]. Il s'agit des seules pièces sur la base desquelles une demande d'admission au séjour doit être considérée comme recevable. Le strict respect des exigences du CESEDA en matière de pièces justificatives répond à trois objectifs : garantir la sécurité juridique de vos procédures d'instruction des dossiers ; appliquer de manière homogène le droit en vigueur ; contribuer à l'amélioration de l'accueil des étrangers desquels ne doivent être exigés que des documents dument prévus par le CESEDA. Dans ce cadre, la direction de l'immigration a réalisé un vaste chantier de refonte des listes de pièces justificatives à fournir à l'appui des demandes de titres de séjour. Les nouvelles listes, limitées en nombre et simplifiées, devront impérativement être utilisées par l'ensemble des préfectures. Ces nouvelles listes vous seront transmises par circulaire dans le courant du mois de janvier 2014. Il vous revient de veiller très strictement à la bonne application de ces éléments de droit et de méthode ».

¹⁰¹ Cet état de fait donne lieu à des situations dans lesquelles les étrangers se rendent en préfecture avec un dossier qu'ils estiment complet au regard de la liste de pièces qui a pu leur être fournie par leur ancienne préfecture de résidence ou par la préfecture dans laquelle il ont effectué leur première demande qui n'est pas nécessairement la même que celle compétente pour le renouvellement, et se voient opposer un report de rendez-vous une fois au guichet pour dossier incomplet, ce caractère étant apprécié non pas au regard de la liste nationale mais sur le fondement de la liste établie en interne par la préfecture concernée.

imposé. Ainsi, l'on aboutit à la construction de normes extra-juridiques, c'est-à-dire issues de la pratique et très éloignées des règles posées par les autorités compétentes. Trop imprécises, les circulaires relatives à l'entrée et au séjour des étrangers ne remplissent pas leur rôle d'explicitation et d'uniformisation du droit au sein des services de l'administration. Elles ne permettent donc pas de compenser les insuffisances de la loi et du règlement déjà eux-mêmes trop changeants et approximatifs en la matière¹⁰².

Section 2. L'ordre public, instrument privilégié de la maîtrise du statut d'étranger par l'État

En tant que fondement du droit des étrangers, l'ordre public connaît des définitions différentes aussi bien dans les différentes étapes administratives et juridiques de la vie de l'étranger sur le territoire qu'en fonction des individus auquel il s'applique.

La législation française relative au droit des étrangers est fondée sur la volonté de protéger les intérêts nationaux. L'étranger doit respecter l'ordre public national ou il devient une menace pour cet ordre public et donc un « indésirable » sur le territoire de l'État. Parce qu'il se trouve dans un régime d'autorisation préalable, et non de libertés comme les nationaux, l'étranger se trouve d'emblée dans une catégorie « d'indésirables » qui devra régulièrement prouver qu'elle ne représente pas un danger pour les intérêts fondamentaux de l'État. Le motif de sauvegarde de l'ordre public est donc inséré dans la législation des étrangers à tous les niveaux du parcours juridique et administratif de l'étranger désireux d'entrer ou de séjourner légalement sur le territoire national. En cela, il est un élément structurant du droit des étrangers. Or, il est un concept juridique qui autorise à la fois le législateur à prendre des dispositifs spécifiques pour les étrangers et l'État à agir, c'est-à-dire à se donner les moyens de son intervention et à moduler le droit des étrangers en fonction des circonstances. L'ordre public est donc à la fois le fondement de la compétence du législateur en matière de droit des étrangers (§ 1) et celui de la police administrative des étrangers (§ 2).

¹⁰² Sur ce point v. supra § 1.

§ 1. L'ordre public fondement de la compétence du législateur

En faisant de l'ordre public le fondement de la compétence du législateur en matière de statut des étrangers, le Conseil constitutionnel a constitutionnalisé ce concept, lui donnant des contours spécifiques en la matière (A). Pourtant placé au cœur de ce droit comme justification des dérogations aux droits et libertés opérées par le législateur, l'ordre public ne fait l'objet que d'un contrôle variable de la part du juge constitutionnel (B).

A. La constitutionnalisation de l'ordre public

En affirmant que l'ordre public est le fondement du pouvoir du législateur en matière de police des étrangers, le Conseil constitutionnel a constitutionnalisé la question de l'ordre public en la matière.

En France, le concept s'est établi à partir de l'exercice de la puissance souveraine garante de l'ordre social. Au cours du XIX^{ème} siècle libéral, il s'est finalement concentré autour d'un « noyau conceptuel » : le règlement de la Cité. Pris dans cette acception, il a une nature à la fois juridique et politique, mettant en question « l'essence de la société et de son droit »¹⁰³. A sa singularité juridique s'ajoute donc un arrière plan politique. Toute étude de l'ordre public et de ses applications devra donc prendre en compte à la fois ses conditions juridiques, c'est-à-dire ce qui le différencie en tant que catégorie juridique particulière des autres champs du droit, et sa dimension politique en ce qu'il réfléchit nécessairement ce que l'on « considère comme nécessaire à la préservation de l'ordre social et/ou de l'ordre juridique »¹⁰⁴.

L'ordre public se présente ainsi comme une ressource spécifique de l'État qui lui permet de se maintenir en tant que collectivité, en tant qu'ordre social juridiquement institué, et d'intervenir dans la régulation des rapports entre les sujets et la collectivité elle-même. Par cette définition, l'on peut commencer à comprendre pourquoi l'ordre public est le moyen qui fonde les autorités publiques à limiter l'exercice de certaines de leurs libertés par les individus dans la sphère privée, avec

¹⁰³ O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 683.

¹⁰⁴ F. JULIEN-LAFFERRIERE « Ordre public et droit des étrangers », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, Actes du Colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Marie-Joëlle REDOR (dir.), Bruylant, 2001, p. 291.

pour but d'assurer la primauté de l'intérêt général sur les intérêts privés. Dans cette perspective, l'application de l'ordre public sera nécessairement dépendante d'un contexte qui conduira à mettre en balance les conditions d'exercice d'une liberté dans la sphère privée et la limitation de cette liberté au nom des exigences de protection de l'ordre public. Ce dernier est donc constant dans sa manière de s'appliquer : il est impératif, mais les conséquences de ce caractère impératif seront variables en fonction des atteintes au libre exercice d'une liberté qu'elles entraîneront. L'ordre public, dans son principe, ne devrait donc s'imposer que dans la limite du principe de proportionnalité qui encadre, finalement, la part de discrétionnarité qui existe nécessairement dans sa mise en œuvre.

Au-delà de cette fonction dans l'ordre juridique, l'ordre public présente également un arrière-plan politique. Il se présente en effet comme un instrument juridique de concrétisation des valeurs fondamentales qui fondent la communauté politique. Il est l'ordre voulu par l'État et imposé par lui, c'est-à-dire l'ordre dont les contours sont délimités par les autorités étatiques quelles qu'elles soient : le maire, le ministre, le juge ou encore les forces de police. L'État pouvant être défini à la fois comme structure juridique fondamentale et comme mode d'organisation de la domination politique, il se présente, avec le texte qui le fonde à savoir la Constitution, comme un ordre de valeurs fondant le pacte social à l'origine de l'État. Dans une telle perspective, les autorités étatiques seront donc l'expression même de cette volonté et de ces valeurs et donc les « mandataires de la communauté politique au fondement de l'État »¹⁰⁵. En protégeant l'ordre public, ces autorités protégeront donc à la fois l'ordre politique et l'ordre social qui le détermine.

Lorsqu'on parle de l'ordre public en tant que fondement de la compétence du législateur, on prend la notion d'ordre public telle qu'elle est conçue en droit constitutionnel, c'est-à-dire notamment telle qu'elle ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Il résulte de cette jurisprudence qu'il « appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et notamment des atteintes

¹⁰⁵ S. ROLAND, « L'ordre public et l'État. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », *précité*, p. 18.

à la sécurité des personnes et des biens »¹⁰⁶. Suivant ces termes, l'ordre public est donc, tout d'abord, une norme de conciliation mais aussi, et avant tout, une norme d'habilitation pour le législateur en ce qu'il l'autorise à déterminer les conditions d'exercice des libertés dans la ligne de l'article 34 de la Constitution¹⁰⁷ et justifie l'éventuelle limitation par la loi d'une de ces libertés. Notion juridique à contenu variable et non défini à l'avance par la Constitution, cet ordre public est en réalité défini par le législateur qui en dessine les contours à travers les conditions d'exercice des libertés qu'il met en place sous le contrôle du juge constitutionnel. A travers ce contrôle, le juge contribue lui aussi à déterminer le contenu de la notion d'ordre public, nous invitant à nous demander si cette notion, telle qu'utilisée par le Conseil constitutionnel, est différente de celle utilisée par le juge administratif et donc s'il existe un ordre public propre au droit constitutionnel différent de l'ordre public administratif compris comme « sécurité, tranquillité, salubrité ».

La question intéresse notre sujet car l'étranger, comme le national, est concerné par les différentes applications de la notion d'ordre public. Si l'article 34 ne mentionne que les droits des citoyens et donc écarterait *a priori* les droits reconnus aux étrangers, la jurisprudence du Conseil a posé que les droits sociaux reconnus par la Constitution aux citoyens français devaient s'appliquer également à tous les individus présents sur le territoire de la République¹⁰⁸, englobant ainsi les étrangers dans la protection des droits fondamentaux et étendant par là même la compétence « *intuitu personae* » du législateur en matière de protection des libertés publiques. Dans toutes les décisions relatives aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers, le Conseil rappelle de façon directe ou diffuse que la protection de l'ordre public est le fondement constitutionnel du pouvoir du législateur en matière de police des étrangers.

Dans sa décision du 11 juin 2011, il considère ainsi « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui

¹⁰⁶ Cette formule a été régulièrement reprise par le Conseil constitutionnel depuis sa n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*.

¹⁰⁷ L'article 34 de la Constitution pose le cadre de compétence du législateur qui inclut notamment la détermination des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

¹⁰⁸ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 3.

résident sur le territoire de la République »¹⁰⁹, de même qu'il avait déclaré en 1986 qu'il « appartient au législateur d'apprécier les conditions dans lesquelles les droits de la famille peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public ; que s'il peut permettre à l'autorité chargée de se prononcer sur l'expulsion d'un étranger de tenir compte des tous les éléments d'appréciation, y compris, si besoin est, de sa situation familiale, il ne transgresse aucune disposition constitutionnelle en faisant prévaloir les nécessités de l'ordre public »¹¹⁰, c'est-à-dire en étant libre de procéder à « l'expulsion d'étrangers dont la présence constitue une menace pour l'ordre public »¹¹¹.

Il ressort tout d'abord de cette jurisprudence que l'ordre public est le fondement de la police des étrangers. Mais le juge constitutionnel considère également que les nécessités d'ordre public doivent être conciliées avec les droits et libertés constitutionnellement reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire. Il est donc évident que les deux notions ont une valeur égale car il ne peut y avoir conciliation et donc prévalence momentanée d'une norme sur une autre que si les deux normes ont valeur égale. L'ordre public a donc acquis valeur constitutionnelle, valeur reconnue explicitement par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1982¹¹² et régulièrement rappelée depuis.

Par combinaison de ces différentes jurisprudences, il apparaît clairement que l'ordre public est le fondement constitutionnel de l'intervention du législateur en matière de police des étrangers. Le juge constitutionnel l'a d'ailleurs affirmé dans sa décision du 28 juillet 1989 en considérant que « si la sauvegarde de l'ordre public constitue un objectif de valeur constitutionnelle, le législateur peut, s'agissant des mesures applicables au séjour des étrangers en France, décider que les modalités de mise en œuvre de cet objectif reposeront, soit sur des règles de police spécifique aux étrangers, soit sur un régime de sanctions pénales, soit même sur une combinaison de

¹⁰⁹ Cons. const., n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, *J.O.* du 17 juin 2011, p. 10306 ; *Rec.* p. 252, cons. 78.

¹¹⁰ Cons. const., n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *J.O.* du 5 septembre 1986, p. 10790 ; *Rec.* p. 135, cons. 18.

¹¹¹ Cons. const., n°86-216 DC, précitée, cons. 14.

¹¹² Cons. const., n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*. Dans cette décision, le juge constitutionnel reconnaît l'ordre public comme étant un objectif à valeur constitutionnelle.

ces deux régimes ; que les diverses dispositions qu'il édicte doivent, en tout état de cause, se conformer aux règles et principes de valeur constitutionnelle »¹¹³.

Cette valeur de l'ordre public comme objectif de valeur constitutionnelle n'est évidemment pas propre au droit des étrangers. Mais le Conseil semble en faire une utilisation particulière en la matière.

En effet, cet objectif semble devenir le fondement premier de la compétence du législateur à travers une lecture en négatif de l'article 34. En croisant les lectures de l'article 34 de la Constitution et la décision du Conseil de 1993 reconnaissant aux étrangers un « statut constitutionnel », c'est-à-dire un ensemble de droits et libertés à l'origine reconnus aux seuls nationaux, l'on pourrait croire que la tâche qui incombe au législateur est avant tout de protéger ces droits et libertés accordés aux étrangers. Pourtant, il semble qu'une autre logique ressorte de l'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel. Si celui-ci n'est évidemment jamais revenu sur sa décision de principe, il semble qu'il fasse régulièrement primer l'objectif de protection de l'ordre public sur la protection des droits accordés à l'étranger.

En réalité, la lecture de l'article 34 de la Constitution ne semble se faire toujours que dans un sens : celui de la protection des droits et libertés des citoyens nationaux. Le législateur a d'abord pour fonction de protéger les nationaux contre la potentielle menace pour l'ordre public que représente l'étranger, c'est pourquoi l'ordre public est le fondement premier de la compétence du législateur en matière de police des étrangers. S'il est, dans sa conception générale, « à la fois une limite et une garantie de la liberté »¹¹⁴, l'ordre public semble ainsi être avant tout une limite pour l'étranger afin d'être une garantie pour le national.

Crée de toute pièce par le Conseil, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public n'a ni fondement textuel identifié, ni contenu déterminé. Il semble donc être « un outil déposé dans les mains du législateur : il lui permet de limiter l'exercice des droits et libertés en se prévalant des nécessités de l'ordre public

¹¹³ Cons. const., n°89-261 du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 12.

¹¹⁴ A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in C.- A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public : actes du colloque, 15 & 16 décembre 2011* organisé par le Centre Michel de l'Hospital. Clermont-Ferrand, Ed. Cujas, Collection « Actes & études », 2013, p. 310 ; G. DRAGO, « Ordre public et Constitution », *Archives de philosophie du droit*, n° 58, 2015, p. 253.

dont il fixe lui-même et discrétionnairement le contenu »¹¹⁵. En élevant au rang constitutionnel la notion d'ordre public, c'est-à-dire en laissant au Parlement, sous le contrôle du juge, une telle liberté d'interprétation, le Conseil a pris le risque de voir « s'étendre le pouvoir d'abrogation des lois en matière de droits fondamentaux »¹¹⁶. Le contrôle du juge sera donc déterminant dans la délimitation du champ de liberté du législateur.

Selon le raisonnement du Conseil, l'exigence de conciliation entre ordre public et libertés qu'il impose au législateur l'amène à effectuer un contrôle de proportionnalité *a priori* peu favorable dans son principe à la souveraineté du législateur. Cependant, un examen plus précis de la jurisprudence tend à dégager le caractère plutôt souple du juge constitutionnel dans certains cas.

B. Un contrôle variable

Les termes employés par le juge dans ses décisions laissent *a priori* penser qu'il réduit « l'ordre public du législateur à la portion congrue »¹¹⁷ et encadre de façon stricte le pouvoir du législateur en matière d'ordre public en général et de police des étrangers en particulier. Ainsi, dans sa décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel pose que la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et les exigences de la liberté individuelle et du droit à mener une vie familiale normale ne peut avoir lieu que « s'agissant d'étrangers entrés irrégulièrement sur le territoire français »¹¹⁸, que l'expulsion ne peut intervenir « qu'en cas de menace grave à l'ordre public »¹¹⁹ et qu'elle ne porte pas d'atteinte excessive à la liberté individuelle si les conditions qui l'ont justifiées « relèvent d'exigences impérieuses de l'ordre public »¹²⁰.

Dans le même sens, et malgré la volonté du législateur de 1993 de rendre expulsables pour menace à l'ordre public certaines catégories d'étrangers jusque là

¹¹⁵ A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité, p. 311.

¹¹⁶ B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *R.F.D.C.*, n° 21, 1995, p. 65.

¹¹⁷ J. KISSANGOULA, *La constitutionnalisation du droit des étrangers en France. Contribution à l'étude du développement du droit constitutionnel*, Presses universitaires du Septentrion, 1998, p. 1062.

¹¹⁸ Cons. const., n° 93-325 DC, précitée, cons. 21.

¹¹⁹ Cons. const., décision 93-325 DC, précitée, cons. 56.

¹²⁰ Cons. const., décision 93-325 DC, précitée, cons. 60.

protégés, le Conseil décide dorénavant que « d'une part, les étrangers mineurs ne peuvent faire l'objet de décisions de reconduire à la frontière ou d'expulsion et d'autre part que dès lors qu'il est né en France, l'enfant d'un réfugié a droit, en vertu du dernier alinéa de l'article contesté, à la carte de résident de plein droit dès lors qu'il remplit les conditions d'acquisition de la nationalité française prévues à l'article 21-7 du Code civil ; que l'application des dispositions de cet alinéa doit être regardée comme n'étant pas subordonnée à une absence de menace à l'ordre public »¹²¹. La conciliation opérée par le juge constitutionnel l'amène à opérer un arbitrage entre les intérêts en présence afin d'assurer un certain équilibre.

Nombre de décisions se réfèrent ainsi à ce raisonnement : le juge constate que les garanties sont « suffisantes » ou que la gêne apportée à telle ou telle liberté n'est pas « excessive ». Selon cette jurisprudence, la limitation apportée à une liberté ne sera constitutionnelle que si elle ne revêt pas un caractère « excessif », c'est-à-dire si elle est nécessaire et adaptée, donc proportionnée, à la sauvegarde de l'ordre public. En cela, le Conseil constitutionnel semble *a priori* suivre le raisonnement du juge administratif en matière de contrôle des mesures de police tel qu'il ressort de l'arrêt *Benjamin*¹²². Il examine ainsi la nécessité des mesures législatives, notamment en examinant le degré de contrainte imposé par la loi à telle ou telle liberté. D'une manière générale, la loi de police restera donc soumise à un ensemble de règles de fond et de forme.

Tout d'abord, sur la forme, c'est-à-dire en matière procédurale, le juge exige l'intervention ou la surveillance d'un magistrat indépendant¹²³ ainsi que le respect des « garanties juridictionnelles de droit commun » retenues par le Conseil constitutionnel pour admettre un élargissement du principe de l'expulsion¹²⁴.

Sur le fond, ensuite, la mesure restrictive instituée par la loi ne peut intervenir qu'en cas de circonstances particulières telles que « la prévention d'atteintes à l'ordre

¹²¹ Cons. const., décision 93-325 DC, précitée, cons. 28.

¹²² C.E., 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413 17520, *Rec.* p. 541.

¹²³ C'est ainsi que, dans sa décision n° n° 86-216 DC, 26 août 1986, le juge a considéré que « compte tenu en particulier du rôle confié à l'autorité judiciaire » la loi sur les contrôles d'identité n'est pas contraire à la Constitution. De même, la mesure d'assignation à résidence prévue pour les étrangers condamnés à une peine d'interdiction du territoire, parce qu'elle est « placée sous le contrôle du juge administratif qui en apprécie la nécessité, ne porte pas d'atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir » : n° 2011-631 DC, 09 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, précitée, cons. 79.

¹²⁴ Cons. const., n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, précitée, cons. 14.

public » ou la « menace pour l'ordre public », nécessaires pour légitimer les vérifications d'identité ou encore les mesures d'expulsion. En resserrant ainsi son contrôle et en exigeant une proportionnalité entre l'ordre public et les limitations à la liberté, le Conseil semble exercer un contrôle « normal » des appréciations du législateur, contrôle qui se rapproche d'ailleurs du contrôle d'opportunité¹²⁵.

Mais en réalité, l'analyse de la jurisprudence du Conseil dans son ensemble et des décisions relatives aux lois sur l'entrée et le séjour des étrangers en particulier, démontre que son contrôle revêt une intensité variable et plutôt favorable au pouvoir discrétionnaire du législateur en matière de sauvegarde de l'ordre public. Le contrôle de proportionnalité semble plutôt théorique et se change parfois, dans les faits, en contrôle restreint. Les expressions utilisées dans les différentes décisions introduisent en effet un doute sur l'étendue réelle du contrôle, notamment lorsque le Conseil connaît des lois relatives à l'entrée et au séjour des étrangers sur le territoire. Tout d'abord, il se réfère régulièrement à des principes indiquant qu'il entend laisser au Parlement une pleine liberté d'appréciation à laquelle il ne pense pas substituer la sienne : il déclare ainsi « qu'il appartient au législateur de concilier »¹²⁶, ou encore « qu'il incombe au législateur d'apprécier les conditions »¹²⁷ de la conciliation. Ces expressions incitent à penser que le Conseil ne désire pas remettre en cause l'opportunité des choix législatifs, ce qui implique une appréciation large du rapport de conformité entre la Constitution et la loi.

La décision du 9 juin 2011 relative à l'entrée et au séjour des étrangers tend à confirmer une telle approche : alors que le législateur a prévu que le juge judiciaire ne serait saisi, aux fins de prolongation de la rétention administrative d'un étranger, qu'après l'écoulement d'un délai de cinq jours à compter de la décision de placement en rétention et non plus à l'issue d'un délai de deux jours comme auparavant, le Conseil décide de ne pas censurer en jugeant que le législateur « a assuré entre la protection de la liberté individuelle et les objectifs à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de protection de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée »¹²⁸. Le juge constitutionnel n'exige de la loi que des

¹²⁵ En ce sens v. : F. LUCHAIRE, « La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », *RDP*, 1989, p. 632 ; ou encore P. WACHSMANN, note sous DC, 20 juillet 1988, *A.J.*, 1988, p. 757.

¹²⁶ Nous citerons par exemple : n° 2011-631 DC, précitée cons. 78.

¹²⁷ Décision n° 86-216 DC, précitée, cons. 17.

¹²⁸ Cons. constit., n° 2011-631 DC, précitée, cons. 71.

« garanties suffisantes », consistant en la simple intervention d'un juge, afin de considérer que le principe qui confie au juge judiciaire la protection de la liberté individuelle est respecté¹²⁹.

Or, « aucune règle objective ne permet de définir ce qu'est une garantie suffisante »¹³⁰. La question se pose alors : à partir de combien de jours de rétention d'un étranger par exemple cette intervention du juge cesserait d'être une garantie suffisante aux yeux du Conseil constitutionnel ? Le Conseil ne livre aucune réponse : sa jurisprudence ne pose aucun indice de l'origine de ces garanties ni aucun critère de leur caractère suffisant. Le législateur conserve donc une amplitude d'appréciation et de décision favorable à la réalisation de choix en réalité politiques.

Au regard de ces différentes jurisprudences, il semble que le Conseil exerce un contrôle variable sur les interventions du législateur en matière d'ordre public. Passant du contrôle poussé au contrôle diffus, le juge déplace constamment le point d'équilibre entre la sauvegarde de l'ordre public et la protection de la liberté concernée. Un tel changement semble résulter de deux causes : tout d'abord, il découle d'une certaine hiérarchisation des droits et libertés constitutionnellement garantis et ensuite d'une influence des circonstances, du contexte, dans lequel la décision est rendue.

Concernant la hiérarchisation, l'on peut constater que les mesures législatives qui, pour un motif d'ordre public, limitent la liberté d'entreprendre¹³¹, la liberté contractuelle¹³², le principe d'égalité¹³³ ou le droit à mener une vie familiale

¹²⁹ V. par ex. : Cons. const., n° 86-216, précitée, cons. 14 ou encore Cons. const., n° 2011-631, précitée, cons. 93.

¹³⁰ F. LUCHAIRE, « La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », précité, p. 632.

¹³¹ V. par exemple : Cons. const., n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, Rec. p. 145, cons. 21; Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. p. 49, cons. 50 ou encore Cons. const., n° 2004-497 DC, 1er juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec. p. 107, cons. 20.

¹³² V. par ex. : Cons. const., n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, Rec. p. 145, cons. 27; Cons. const., n° 2004-497 DC, 1er juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec. p. 107, cons. 20.

¹³³ Cons. const., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101, cons. 14.

normale¹³⁴ font le plus souvent l'objet d'un contrôle restreint se bornant à constater que le législateur a opéré une conciliation entre les normes constitutionnelles qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste. Les restrictions à ces droits et libertés peuvent être justifiées par un simple intérêt général : seules les atteintes manifestement excessives au regard de l'objectif poursuivi sont sanctionnées. La marge de manœuvre laissée au législateur est donc plus grande. En revanche, le contrôle s'est avéré plus poussé s'agissant d'autres libertés comme le révèle la jurisprudence sur les contrôles d'identité.

Dans ces décisions, le Conseil utilise largement les réserves d'interprétation afin d'encadrer les mesures restrictives mises en place par la loi et de les adapter aux circonstances¹³⁵. Par exemple, dans sa décision relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, le juge constitutionnel vérifie que le législateur ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir ou à la liberté de communication et que les mesures sont proportionnées à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public¹³⁶. Il ressort ainsi de ces quelques exemples que le juge est plus vigilant s'agissant de la liberté d'aller et venir et de la liberté de communication que s'agissant de la liberté d'entreprendre ou du droit à mener une vie familiale normale. L'intensité du contrôle qu'il exerce varie donc en fonction des libertés en cause et de l'importance qu'il leur reconnaît¹³⁷.

Or, le droit à mener une vie familiale normale concerne tout particulièrement les étrangers présents sur le territoire national. Lorsqu'ils font l'objet d'une mesure d'expulsion, fondée sur la menace à l'ordre public, les étrangers voient avant tout atteint leur droit à mener une vie familiale normale dans la mesure où l'expulsion les éloigne du territoire où ils résident et où ils ont potentiellement construit des liens. Par conséquent, si par sa jurisprudence le Conseil n'exerce pas un contrôle poussé de l'atteinte à ce droit pour cause de sauvegarde de l'ordre public, il crée de fait, en plus

¹³⁴ Cons. const., n° 2005-528 DC, 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, Rec. p. 157, cons. 16 ; Cons. const., n° 2006-539 DC, 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, J.O.R.F. du 25 juillet 2006, p. 11066, cons. 13 et 14.

¹³⁵ Nous citons ainsi la décision Cons. const., décision. n° 93-323 DC, 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, Rec. p. 213, cons. 9.

¹³⁶ Cons. const., 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, n° 2011-625 DC, J.O. du 15 mars 2011, p. 4630.

¹³⁷ En ce sens v. : C. VIMBERT, « Ordre public et Conseil constitutionnel », *RDP*, 1994, p. 739.

de la hiérarchisation des droits et libertés, une inégalité de protection des droits entre les nationaux et les étrangers présents sur le territoire¹³⁸.

On observe d'ailleurs que le juge exige souvent plus d'une loi de police ordinaire, par exemple en subordonnant la constitutionnalité des contrôles d'identité à la prévention de l'ordre public, que d'une loi de « police des étrangers » qu'il juge constitutionnelle alors même qu'elle prévoit d'exiger des étrangers le port et la détention de leur titre de séjour aux fins de contrôler leur identité et ce en-dehors de la prévention d'atteintes à l'ordre public¹³⁹. Dans ce cadre déjà, la nécessité de sauvegarde de l'ordre public sera donc, de fait, davantage une menace pour l'étranger que pour le national.

À cette première raison de la variabilité du contrôle du Conseil constitutionnel s'ajoute une seconde : la prise en compte des circonstances et plus encore des valeurs que le législateur entend promouvoir à travers la loi. Lorsque celle-ci prétend restreindre une liberté au nom de l'ordre public, elle détermine en filigrane le contenu de cet ordre public. Ce dernier étant sans fondement textuel et sans contenu déterminé, il revient au législateur, en théorie sous contrôle du juge, d'en préciser les composantes.

Or, le Conseil restreint peu le législateur dans la détermination des actions considérées comme nuisibles à l'ordre public. Par conséquent, les composantes de l'ordre public sont définies par le législateur et validées par le juge constitutionnel, au gré des circonstances, des évolutions de la société et de ce qui, à un instant donné, apparaît comme nécessaire à la protection de la société concernée. Le Conseil ne retient donc pas une définition autonome de l'ordre public mais retient ce que le législateur considère comme étant nécessaire à sa protection. Or, cet ordre public a pris récemment une nouvelle dimension qui engage le Conseil sur un terrain glissant.

Avec la décision sur la dissimulation du visage dans l'espace public¹⁴⁰, le juge a en effet considéré que le législateur a interdit le port du voile intégral dans l'espace public dans un but de protection de l'ordre public. Or, dans la mesure où le port de ce

¹³⁸ Nous pouvons citer par exemple la décision du 13 août 1993, qui est pourtant présentée comme une décision fondamentale du point de vue de la protection des droits des étrangers : les considérants 56 ou 116 illustrent comment les droits sociaux tels que le droit à mener une vie familiale normale ou le droit aux prestations sociales sont en réalité supplantés par les exigences de l'ordre public.

¹³⁹ Cons. const., n° 93-323 DC, précitée, cons. 14.

¹⁴⁰ Cons. const., déc. n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, *J.O.* du 12 octobre 2010, p. 18345, *Rec.*, p. 276

voile n'est susceptible de porter atteinte ni à la sécurité ni à la salubrité publique, il est évident que le Conseil fait implicitement référence à une nouvelle composante de l'ordre public qu'il n'avait encore jamais lui-même dégagée¹⁴¹. Dans une première approche, l'on pourrait penser que c'est la dignité humaine que le Conseil entend intégrer dans sa définition de l'ordre public, suivant ainsi la jurisprudence *Morsang-sur-Orge* du Conseil d'État¹⁴². Pourtant, une lecture plus précise de la décision conduit à une autre interprétation.

Tout d'abord, il est peu probable que le Conseil intègre la protection de la dignité humaine dans la notion d'ordre public car celle-ci repose sur un fondement constitutionnel qui lui est propre : l'article 1^{er} du Préambule de 1946 qui prône la sauvegarde de la dignité contre toute forme d'asservissement ou de dégradation. Ce principe a donc une existence autonome et indépendante de l'ordre public¹⁴³. Ensuite, le Conseil refuse de faire explicitement référence au principe de dignité en relevant que « les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec le principe de liberté et d'égalité ». Or, il s'avère délicat de considérer que le port du voile par une femme est en soi une atteinte à sa liberté de même que de considérer qu'il est en lui-même une atteinte à l'égalité entre les hommes et les femmes. A l'instar du Conseil d'État, le Conseil choisit de valider l'interdiction, cette fois au

¹⁴¹ Bien que les composantes de l'ordre public soient évolutives, l'on peut trouver certains indices de son contenu dans les décisions du Conseil. Il recouvre ainsi notamment « les atteintes à la sécurité des personnes » (Cons. const., n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 56), la « sûreté de l'État » (Cons. const., n° 89-261 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 13), la lutte contre la fraude (Cons. const., n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*), ou contre l'immigration irrégulière (Cons. const., n° 2003-484 du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, confirmée par Cons. const., n° 2011-631, précitée). Nous remarquons d'ailleurs, avec cette énumération, qu'une grande partie des éléments composant l'ordre public selon le Conseil a été dégagée à l'occasion de l'analyse des lois relatives à l'entrée et au séjour des étrangers.

¹⁴² C.E., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. p. 372.

¹⁴³ Une telle constatation est également valable par exemple pour le principe de protection de la santé publique : si le Conseil d'État l'inclut dans la notion d'ordre public, le Conseil constitutionnel en revanche ne la considère pas comme un élément de celui-ci puisqu'elle peut-être rattachée à une disposition constitutionnelle clairement identifiée, à savoir l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel la Nation garantit à tous la protection de la santé.

niveau législatif, d'une pratique qu'il estime contraire « aux exigences minimales de la vie en société »¹⁴⁴.

La question n'est pas de savoir si le port et l'interdiction du voile sont justifiés ou non, mais de revenir sur les fondements de la validation de la loi par le Conseil. En basant sa déclaration de constitutionnalité sur le respect du principe d'égalité et de liberté, ainsi que sur la protection des « exigences minimales de la vie en société », le Conseil semble signifier, comme l'a fait le Conseil d'État pour le lancer de nain, qu'il ne s'agit pas de protéger la liberté de l'individu, ni l'égalité entre les individus eux-mêmes, mais bien la « valeur liberté » et la « valeur égalité », c'est-à-dire les valeurs républicaines¹⁴⁵. Ainsi, « avec la complicité du Conseil constitutionnel, les valeurs de République priment sur la liberté de la personne »¹⁴⁶. Est par conséquent intégrée à l'ordre public la notion « d'exigences minimales de la vie en société », qui renvoie à la conception que le législateur se fait des exigences de la vie sociale à une époque donnée.

L'intégration de cet élément à la conception « constitutionnelle » de l'ordre public soulève des inquiétudes, notamment lorsqu'on analyse l'impact qu'elle pourrait avoir dans la relation entre nationaux et étrangers sur le territoire et sur la perception de l'étranger.

En effet, par son caractère extrêmement relatif et contingent, la notion « d'exigences minimales de la vie en société » peut recouvrir un ensemble d'éléments liés à ce que le législateur jugera acceptable ou non, en-dehors de tout fondement constitutionnel. Le Conseil permet ainsi au législateur de lier à la protection de l'ordre public des comportements qui seraient contraires à une certaine identité républicaine.

Par cette jurisprudence, il semble détacher l'ordre public d'une certaine dimension individuelle, suivant l'idée que l'ordre est la première garantie de la liberté de l'homme, pour le lier davantage à une dimension collective et à l'idée que la société, en tant que communauté sociale et politique, a un droit au respect de ses

¹⁴⁴ Décision n°2010-613, cons. 4 : « [...] que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société ».

¹⁴⁵ En ce sens v. A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité, p. 314-315.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 314.

valeurs. Dans un tel cadre, les libertés, dans leur dimension individuelle, peuvent être limitées au nom du droit à la sauvegarde des valeurs collectives. Le ver semble donc être dans le fruit : le Conseil a rendu plus incertaine la frontière du politique et du droit constitutionnel et déposé entre les mains du législateur la mission de protéger le droit de la collectivité à vivre dans un environnement respectueux des valeurs de la République, composante de l'ordre public. Toute la question va donc être de déterminer quelles sont ces valeurs et le législateur semble être désigné par le Conseil pour assurer cette détermination. Or, la notion d'ordre public a pour but de justifier, de légitimer, des interdictions législatives potentiellement attentatoires aux libertés reconnues par la Constitution aux individus.

De plus, l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a démontré que celui-ci avait plutôt tendance à s'appropriier les formules du législateur sans chercher à s'en démarquer et à constater simplement que la loi poursuit un objectif de sauvegarde de l'ordre public. La corrélation entre l'attitude plutôt permissive du Conseil, particulièrement en matière de limitation des droits des étrangers, et l'introduction dans la notion d'ordre public d'une dimension à la fois morale et politique, pourrait laisser place à des dérives identitaires inquiétantes dans un contexte de pression sociale en matière de statut des étrangers face aux nationaux. La crainte est donc de voir naître des valeurs républicaines qui seraient davantage des valeurs identitaires de nature à limiter discrétionnairement les droits de certains individus vivant sur le territoire national et notamment les étrangers. Une telle dérive est d'autant plus à craindre que la protection de l'ordre public est au cœur de la législation et de la police administrative des étrangers.

§ 2. L'ordre public fondement de la police administrative des étrangers

La protection de l'ordre public est omniprésente dans la législation relative aux étrangers, que ce soit lors de l'accès au territoire, du séjour ou encore comme justification en cas d'éloignement de l'étranger du territoire du pays d'accueil (A). Pourtant, son contenu matériel reste difficile à apprécier (B).

A. Une préoccupation de sauvegarde de l'ordre public omniprésente

Le souci de ne pas voir l'ordre public troublé par l'étranger s'impose avant même son entrée sur le territoire. L'obligation de port du visa, c'est-à-dire d'une autorisation de venir sur le territoire national, en est la preuve directe. Cette exigence de visa traduit le pouvoir de chaque État de décider qui entre sur son territoire et constitue la première manifestation de sa souveraineté territoriale. L'État ayant pour rôle d'assurer la sécurité sur son territoire, il contrôle les flux de population à destination de ce dernier. Cependant, tous les étrangers ne sont pas traités de la même façon en la matière.

Certains sont, en effet, dispensés de visas en raison de leur nationalité. La liste de ces nationalités est aujourd'hui établie dans la cadre de l'Union européenne et repose sur un classement des États les plus susceptibles de générer des migrants économiques, des demandeurs d'asile ou d'accroître la menace à l'ordre public en favorisant le terrorisme international ou en étant incapables de s'y opposer. Le visa d'entrée est accordé après que sont appréciées, de manière discrétionnaire, les raisons d'intérêt général qui peuvent s'opposer à la venue de l'étranger sur le territoire national. Le refus peut être fondé non seulement sur une possible menace à l'ordre public entendu de façon étroite mais aussi sur toute autre considération d'intérêt général. Lors de cette première étape, le concept d'ordre public a donc déjà une acception très large. Bien que le refus de visa constitue une mesure de police individuelle défavorable, il a pendant longtemps été dispensé de motivation¹⁴⁷ car considéré comme ne relevant pas de l'obligation de motivation posée par l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1978¹⁴⁸. Cette dérogation à la loi avait été validée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Ngako Jeuga* de 1986¹⁴⁹ puis confirmée par la loi du 9 septembre 1986 avant d'être jugée conforme à la Convention européenne des droits de l'homme

¹⁴⁷ Art. 5 de l'Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945.

¹⁴⁸ 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, *J.O.* du 12 juillet 1979, p.1711.

¹⁴⁹ C.E., 28 février 1986, *Ngako Jeuga*, *Rec.* p. 49 ; *D.* p. 220, obs. P. WAQUET et F. JULIEN-LAFERRIERE.

en 1996¹⁵⁰. Ce n'est qu'avec la loi du 20 novembre 2007 que l'exigence de motivation a été posée¹⁵¹.

Il n'y a pas à proprement parler de « droit à l'entrée sur le territoire français », c'est pourquoi la décision des autorités d'entrée s'avère décisive. Cette décision intervient en fin de procédure administrative d'admission et peut empêcher l'accès du territoire à un étranger qui a pourtant réuni tous les justificatifs nécessaires. Même muni d'un visa, l'étranger n'est donc pas pour autant assuré d'entrer sur le territoire : l'accès peut lui être refusé alors même qu'il présente tous les documents demandés si sa « présence constitue une menace pour l'ordre public »¹⁵² et les voies de recours sont, en la matière, très limitées. La décision de refus d'admission n'est en effet susceptible de recours que dans les deux mois qui suivent sa notification et sur le fondement de l'excès de pouvoir. L'appréciation de la menace à l'ordre public est très largement discrétionnaire et le juge n'opère qu'un contrôle restreint, se bornant à s'assurer que l'autorité administrative n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en refusant l'entrée sur le territoire¹⁵³ et qu'elle a motivé sa décision d'après les éléments de l'espèce¹⁵⁴. De plus, le recours n'est pas suspensif et le Conseil d'État considère qu'une demande de sursis à exécution est irrecevable si elle ne modifie en rien la situation de droit ou de fait de l'intéressé. Enfin, la décision de refus peut-être exécutée d'office, ce qui conduit à poser la question de la réelle effectivité du recours. L'étranger peut être contraint de quitter immédiatement le territoire¹⁵⁵ et, s'il ne peut regagner son pays d'origine, sera maintenu en zone d'attente. L'étranger pouvant ainsi être éloigné du territoire après l'expiration d'un délai d'un jour franc, le recours déposé s'avèrera nécessairement peu concluant.

¹⁵⁰ C.E., 13 novembre 1993, *Rholami*, req. n° 142003.

¹⁵¹ Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *J.O.R.F.* n° 270 du 21 novembre 2007, p. 18993.

¹⁵² Article L. 213-1 du CESEDA.

¹⁵³ V. par exemple : C.E., 14 décembre 2011, *M. Fiston A.*, req. n° 336146 ou encore C.E., 10 novembre 2011, *Mme Hasna A.*, req. n° 335638.

¹⁵⁴ Il s'agit là d'une exigence de l'article L. 213-2 du CESEDA. Sur ce fondement, le Conseil d'État a notamment jugé illégale une décision de refus d'entrée qui se bornait à invoquer « l'opposition du ministre de l'intérieur » : T.A. Besançon, 9 mai 1996, *Ramadan*, *Gaz. Pal.*, 1996, n° 2, p. 347, note F. MALLOL, ou encore une décision se contentant de mentionner la « menace pour l'ordre public » sans autres précisions : C.E., 18 octobre 1995, *Ministre de l'intérieur c/ Karboua*, *D.* 1996, p. 100, obs. F. JULIEN-LAFERRIERE.

¹⁵⁵ L'article L. 213-2 du CESEDA dispose que la décision prononçant le refus d'entrée peut être « exécutée d'office par l'administration » après l'expiration du jour franc (délai prévu pour permettre à l'étranger de prendre contact avec des personnes susceptibles de pouvoir lui apporter de l'aide).

Ces divers éléments traduisent d'ors et déjà la situation précaire dans laquelle se trouve l'étranger dès sa demande d'entrée sur le territoire français, dépendant d'une autorisation préalable pour laquelle l'administration dispose d'une assez large liberté d'appréciation.

En dehors du cas de l'accès au territoire, les préoccupations relatives à l'ordre public apparaissent également en matière de séjour des étrangers.

En effet, l'étranger qui souhaite séjourner en France plus de trois mois doit solliciter un titre de séjour pour résider sur le territoire national. La délivrance d'un titre de séjour, y compris lorsqu'il est délivré de plein droit, est systématiquement subordonnée à l'exigence que la présence de l'intéressé sur le territoire ne constitue pas une « menace pour l'ordre public ». Il en va ainsi notamment pour le renouvellement d'une carte de séjour temporaire qui est subordonné au respect par l'étranger des conditions requises pour une première délivrance, parmi lesquelles figure le respect de l'ordre public. Cette carte est délivrée aux étrangers qui ne souhaitent pas s'installer définitivement en France mais qui souhaitent y séjourner plus de trois mois, ou à ceux qui ne répondent pas aux conditions d'obtention d'une carte de résident. Elle est fonction de la nature du séjour et chaque type de carte va autoriser un séjour précis avec des droits afférents spécifiques. Les autorités compétentes pour la délivrance de ce titre disposent là encore d'un pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation de la situation de l'étranger au regard du type de titre demandé et des justificatifs présentés, la décision de refus pouvant notamment être fondée sur le constat d'une « menace à l'ordre public »¹⁵⁶.

En revanche, dans le cadre d'une demande de carte de résident, qui est renouvelée de plein droit¹⁵⁷, l'atteinte à l'ordre public ne peut plus être la seule justification en cas de décision de refus.

En effet, dans une décision du 22 avril 1997, le Conseil constitutionnel a posé que « les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale, [...], qu'au moment où il formule une demande de renouvellement de sa carte de résident, l'étranger peut se prévaloir d'une présence régulière d'une durée de dix ans au moins » et « en raison d'une telle stabilité, de nature à faire naître entre l'étranger et le pays d'accueil des

¹⁵⁶ Article L. 313-3 du CESEDA.

¹⁵⁷ Article L. 314-8 du CESEDA.

liens multiples, une simple menace pour l'ordre public ne saurait suffire à fonder un refus de renouvellement de ce titre de séjour sans atteintes excessives au droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale et privée ».

Par conséquent, dès que l'étranger a été admis à s'établir sur le territoire national et qu'il est alors perçu comme un élément de la communauté étatique, l'ordre public n'est plus conçu à son égard que comme le simple ordre « dans la rue »¹⁵⁸, celui que la police est chargée d'assurer en vue de préserver « la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques ». Les autorités étatiques compétentes vont vérifier que le séjour de l'étranger est toujours en conformité avec la protection de l'ordre public, faisant planer continuellement cette condition sur le séjour des étrangers soumis au régime général. Comme en matière d'accès au territoire, certaines catégories d'étrangers définies par l'État, notamment les ressortissants de l'Union européenne, pourront elles aussi subir des restrictions au droit au séjour mais le respect de l'ordre public ne pourra constituer une condition préalable posée à l'acquisition des droits sur le territoire puisqu'ils sont dispensés de titre de séjour. Dans un tel cas, la réserve d'ordre public est davantage une limitation possible à l'exercice d'un droit et non plus une condition d'exercice de celui-ci, même si elle n'est jamais absente des textes.

Dans les cas où l'étranger est considéré par l'État comme une menace, la loi a mis en place des procédures d'éloignement du territoire d'accueil. Si la distinction entre le régime général et le régime d'exception vaut aussi en la matière, l'État demeure toujours compétent pour définir de manière discrétionnaire le seuil à partir duquel un individu représente une menace pour l'ordre public et donc, pour les étrangers, le seuil à partir duquel cette menace justifie l'expulsion du territoire. Le motif de l'ordre public trouve alors à s'appliquer dans toutes ses conceptions pour justifier une mesure conduisant à l'éloignement du non-national du territoire. L'expulsion est la mesure d'éloignement qui peut n'avoir pour fondement que la menace grave à l'ordre public.

Le CESEDA prévoit différents cas d'expulsion en fonction du degré d'atteinte à l'ordre public et chaque procédure voit ses garanties « indexées » sur la gravité de

¹⁵⁸ Expression employée par F. JULIEN-LAFERRIERE dans son article « Ordre public et droit des étrangers » in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, Actes du Colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Marie-Joëlle REDOR (dir.), Bruylant, 2001, p. 291.

cette atteinte. Le régime de droit commun prévu par l'article L 521-1 du CESEDA dispose que l'expulsion doit être fondée sur « une menace grave pour l'ordre public » et prévoit un certain nombre de garanties telles que la consultation et le contradictoire. Cette mesure permet à l'autorité publique d'éloigner un étranger du territoire français, celui-ci ne pouvant y revenir sous peine de sanctions pénales. Elle est présentée par les autorités publiques comme une mesure de prévention visant à éloigner le danger que représente l'étranger pour l'ordre public.

Si ces mesures sont présentées comme nécessaires puisqu'elles permettent d'éloigner l'étranger qui fait peser une menace significative sur l'ordre public national, il n'en reste pas moins qu'elles placent l'étranger dans une situation particulière au regard de l'ordre public. En effet, le national ne peut faire l'objet d'une mesure administrative suite à une condamnation pénale : si ses agissements constituent des infractions pénales, il sera poursuivi et condamné pénalement. L'étranger, quant à lui, est également soumis au droit pénal mais il peut, en outre, si l'infraction qu'il a commise a troublé l'ordre public en raison de son degré de gravité ou si elle est le fruit d'un comportement récidiviste, faire l'objet d'une mesure d'expulsion au titre cette fois de la sauvegarde de l'ordre public et non de la répression pénale.

La menace que l'étranger est susceptible de représenter peut être appréciée de manière flexible, le plongeant dans une situation précaire que ne connaît pas le national, pourtant lui aussi concerné par les exigences de protection de l'ordre public.

B. Un contenu matériel difficile à apprécier

Cette situation précaire est notamment liée au contenu variable de l'ordre public dont il est extrêmement difficile de construire *in abstracto* et *a priori* une définition stricte de ce dernier. Multiple dans ses manifestations, il semble ne pas répondre à un concept unique¹⁵⁹. Il semble donc plus pertinent de l'aborder sous l'angle de la fonction qu'il remplit dans l'ordre juridique. Au-delà de ses multiples applications, l'ordre public peut-être ramené à une fonction générale qui consiste à « garantir, par

¹⁵⁹ Pour des exemples détaillés de ces multiples manifestations : v. S. ROLAND, « L'ordre public et l'État. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*. Actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne, éd. Cujas, coll. « Actes et études », p. 12 et suiv.

diverses techniques juridiques appropriées, mais non nécessairement spécifiées à l'avance, que toutes les exigences d'ordre matériel ou juridique qui, au sein de cet ordre juridique apparaissent essentielles, aux yeux des autorités qui ont compétence pour ce faire, seront en tout état de cause satisfaites »¹⁶⁰. Les composantes de l'ordre public matériel semblent *a priori* être les mêmes qu'elles concernent des faits provoqués par un étranger ou par un national. En revanche, il semble que l'appréciation de l'atteinte à l'ordre public soit, elle, différente tant lorsqu'elle opérée par l'administration que par le juge.

La notion d'ordre public, dans sa conception globale en droit administratif, a pour composantes la sauvegarde de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publique. Cette trilogie détermine « en trois points ce qu'est certainement l'ordre public en matière de police administrative générale, c'est « au moins cela »¹⁶¹. Certains auteurs, considérant que l'ordre public peut être appréhendé de façon plus souple, y ajoutent la moralité publique comme composante. Toutefois, ces composantes ne sont pas énumérées par le législateur lorsqu'il fait de la menace à l'ordre public un critère d'application de la loi qu'il met en place. La législation sur les étrangers ne parle en effet que de « menace pour l'ordre public » sans référence au contenu matériel de celui-ci, c'est pourquoi il est souvent malaisé de déterminer *a priori* « les motifs propres à la constituer »¹⁶².

Au sein de ces références à l'ordre public et plus précisément à la « menace pour l'ordre public », le législateur opère également des distinctions liées au degré de gravité de la menace ou de l'atteinte. D'une simple constatation de l'existence d'une menace à l'ordre public en matière d'entrée et de séjour, il passe à l'exigence d'une « menace grave » en matière d'expulsion. Le législateur a ainsi choisi d'instaurer des intensités variables d'atteintes ou de menace à l'ordre public en fonction des procédures concernées, sans pour autant accompagner cette modulation de caractéristiques précises qui permettraient de distinguer ces menaces en fonction de

¹⁶⁰ E. PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, précité, p. 56.

¹⁶¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2011, T. I, p. 702.

¹⁶² O. LECUCQ, « Quand l'étranger doit prouver qu'il n'est pas un danger pour l'ordre public », *AJDA*, 14 juillet 2003, p. 1343.

leur gravité. Il ne sera donc pas aisé pour l'administration ou pour le juge de distinguer menace simple, menace grave et menace d'une particulière gravité¹⁶³.

En inscrivant dans la loi ces distinctions, le législateur invite les autorités de police à la modulation afin d'éviter notamment des décisions qui auraient de graves conséquences sur les situations des étrangers présents sur le territoire depuis longtemps et ayant tissé des liens étroits qu'une expulsion hâtive anéantirait. En effet, en plus d'être fonction de la procédure concernée, la gradation est également fonction des droits et libertés auxquels peut prétendre l'étranger : lorsque ce dernier a peu de droits en raison de sa courte durée de séjour sur le territoire, la loi requiert la simple menace¹⁶⁴. En revanche, si l'étranger réside sur le territoire depuis une longue durée et qu'il y a tissé des liens, un simple comportement qui a occasionnellement porté ou menacé de porter atteinte à l'ordre public sans que cette atteinte ne soit d'une exceptionnelle gravité, ne pourra, à lui seul, entraîner le retrait de titre de séjour ou une mesure d'expulsion.

Toutefois, la portée de cette modulation semble être réduite à néant par l'imprécision même des textes. En effet, ces formules de « menace d'une exceptionnelle gravité » ou de « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État et la sécurité publique »¹⁶⁵ conduisent à une hiérarchisation floue et ambiguë¹⁶⁶, plaçant de nouveau les étrangers dans une situation de précarité juridique à chaque instant de leur séjour sur le territoire. Il est d'ailleurs aisé de constater qu'une telle hiérarchisation n'existe qu'en matière de droit des étrangers. Lorsque la menace pour l'ordre public est évoquée en matière de contrats ou de droit pénal, il ne connaît aucune spécificité liée à la gravité de l'atteinte à l'ordre public et le terme de

¹⁶³ Un tel degré de gravité est par exemple exigé pour motiver la prolongation du délai de rétention administrative.

¹⁶⁴ C'est le cas notamment pour le refus d'entrée sur le territoire ou bien pour la délivrance d'un titre de séjour en France. Ainsi, l'étranger qui réunit toutes les conditions d'obtention d'un titre de séjour peut par exemple se le voir refuser si sa présence constitue une simple menace pour l'ordre public

¹⁶⁵ Article L. 521-2 du CESEDA ou encore L. 523-3 du même Code.

¹⁶⁶ Ce caractère avait été relevé dès les débats parlementaires relatifs à la loi sur l'immigration et le séjour des étrangers de 2003 : v. Extraits des débats parlementaires, Assemblée Nationale, sur la loi relative à l'immigration et au séjour des étrangers, 1^{ère} séance du jeudi 28 novembre 2002, *J.O.* du vendredi 29 novembre 2002, Président M. R. SALLES.

« menace » d'ailleurs que rarement : l'on parle de comportement ou d'acte « contraire » ou « susceptible de troubler » l'ordre public¹⁶⁷.

La législation demeure ainsi marquée par l'idée que l'étranger est susceptible de troubler la cohésion sociale et donc de menacer la collectivité nationale. C'est pourquoi l'on se trouve le plus souvent à la limite entre les deux conceptions de l'ordre public : d'une part, ses composantes matérielles classiques seront avancées, par exemple la préservation du bien être économique et social, mais le plus souvent elles se mêleront à une invocation des valeurs exigées pour la cohésion sociale et nationale. L'ordre public matériel viendra ainsi servir un ordre public plus immanent fondé sur la préservation de la communauté nationale de tout trouble extérieur. L'omniprésence de la notion d'ordre public dans la législation relative aux étrangers est la preuve de cette volonté de protéger *a priori* la cohésion de la communauté des ressortissants. C'est dans ce but qu'est élaboré le régime juridique des étrangers empreint de souveraineté et visant une catégorie spécifique d'individus.

¹⁶⁷ Ex : article 686 du Code civil : « mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public » ; art. 1133 du Code civil : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » ou encore art. L. 322-11-1 du Code pénal : « lorsque leur détention ou leur transport ont été interdit par arrêté préfectoral en raison de l'urgence ou du risque de trouble à l'ordre public ».

Chapitre 2

Une contrôle perfectible du pouvoir discrétionnaire de l'administration par les juges

Analyser le contrôle juridictionnel des décisions de séjour ou d'éloignement des étrangers revient à poser le délicat problème du contrôle, par le juge, de l'appréciation de pur fait ou d'opportunité opérée par l'administration ainsi que celle de la distinction des fonctions de juger et d'administrer.

Ce contrôle, pourtant nécessaire, connaît aujourd'hui deux limites en matière de droit des étrangers. La première tient à ce que, en matière d'éloignement, les juges administratifs et judiciaires partagent leur compétence selon une répartition d'une rare complexité. Ainsi, la mesure de rétention administrative qui suit le plus souvent la décision portant obligation de quitter le territoire, est placée sous le contrôle juridictionnel du juge judiciaire en tant qu'elle est limitative de liberté et sous le contrôle du juge administratif en tant qu'elle résulte d'actes administratifs pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et exprimant le pouvoir de l'État de maîtriser la population présente sur son territoire et notamment les ressortissants étrangers. Or, la combinaison des compétences de ces deux ordres est aujourd'hui « si mal ajustée »¹ qu'elle freine aussi bien la compétence du juge judiciaire que celle du juge administratif, le premier n'ayant plus qu'un rôle formel et le second exerçant son contrôle dans des conditions qui ne permettent pas son effectivité. Cette dualité juridictionnelle paralysant aujourd'hui toute protection effective des droits garantis, elle est à résoudre en priorité (section 1).

La seconde limite tient à l'étendue du contrôle du juge administratif en matière de séjour et d'éloignement des étrangers, au-delà du contentieux de la rétention. Juge

¹ F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « La délimitation des compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire en matière de rétention administrative et de maintien en zone d'attente », *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 255.

naturel de la légalité des mesures prises par l'autorité administrative, sa compétence est au cœur de tout le contentieux des étrangers dont la réalité du statut dépend de ces décisions. La question de savoir si le recours au juge administratif constitue un contrepoids effectif aux incohérences de l'action administrative mise précédemment en lumière en la matière touche à l'une des fonctions les plus sensibles du juge : le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Face à la libre appréciation conférée à l'administration par les textes, le juge administratif semble adopter une conception prudente de son rôle et de son contrôle (section 2).

Section 1. Une dualité juridictionnelle à résoudre

La dualité juridictionnelle en matière de droit des étrangers découle de la conciliation à opérer en la matière entre la nature du régime des étrangers, qui est principalement un régime de police, et les atteintes à la liberté individuelle que les décisions prises en vertu de cette activité de police peuvent engendrer. C'est pourquoi elle s'opère principalement en matière d'éloignement, le juge judiciaire intervenant dans le contentieux de la rétention administrative qui suit le plus souvent l'obligation de quitter le territoire français.

Le partage des compétences entre juge judiciaire et juge administratif en la matière semble en théorie clairement défini : le juge administratif, seul compétent pour prononcer, en vertu de la « conception française de la séparation des pouvoirs », « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif ou leurs agents »², connaît de la légalité de la mesure d'éloignement ainsi que de celle de placement en rétention administrative, tandis que le juge judiciaire, « gardien de la liberté individuelle », contrôle la durée et les conditions de mise en oeuvre de cette rétention.

Pourtant, cette construction juridique abstraite par laquelle le juge administratif connaît de recours contre des décisions à l'origine de privations de liberté entraîne des difficultés quant à la combinaison des compétences des deux

² Cons. const., n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *J.O.* du 25 janvier 1987, p. 924.

ordres de juridiction et donc une complexification du contentieux qui prive l'étranger d'une protection effective de sa liberté individuelle (§ 1).

En raison de ces difficultés, la dualité juridictionnelle gagnerait à être réformée, mais les différentes solutions proposées restent souvent controversées, notamment en raison de la rigidité affichée en la matière, du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (§ 2).

§ 1. Une dualité juridictionnelle source d'incertitudes

La construction de la dualité juridictionnelle en matière d'éloignement des étrangers, caractérisée par une introduction puis une limitation progressive du contrôle opéré par le juge judiciaire sur la rétention administrative, reste sans cesse tiraillée entre les exigences constitutionnelles de protection de la liberté individuelle et le souhait de renforcer l'exécution des mesures d'éloignement et l'efficacité de l'action administrative (A). Ce processus empêche de trouver un équilibre entre ces deux enjeux, alimentant ainsi un dispositif contentieux d'une rare complexité (B).

A. Une complexification contentieuse guidée par la volonté d'évincer le juge judiciaire

L'organisation contentieuse de l'éloignement a pour objectif affiché de concilier « d'une part l'efficacité administrative qui doit conduire à l'éloignement le plus rapide possible de l'étranger en situation irrégulière » ou ayant fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français et « d'autre part l'idée de droits de cet étranger à protéger »³. En réalité, elle est davantage tiraillée entre ces deux objectifs qu'elle ne souhaite les concilier, l'intervention du juge judiciaire étant perçue comme un frein à l'exécution effective des mesures d'éloignement. La manifestation la plus claire de cette tension est la succession de législations visant continuellement à augmenter la durée légale de rétention administrative tout en retardant l'intervention du juge judiciaire en cas de prolongation de cette rétention.

³ S. TRASSOUDAINÉ, *L'intervention judiciaire dans le maintien des étrangers en rétention administrative et en zone d'attente : articles 35 bis et 35 quater de l'Ordonnance du 2 novembre 1945*, Bordeaux : École nationale de la magistrature, 2003, p. 8.

Jusqu'à la loi du 2 février 1981, la détention administrative n'était organisée que par voie d'actes réglementaires ou de circulaires administratives prises sur le fondement de l'article 120 du Code pénal relatif à la détention sur ordre du gouvernement⁴. C'est ainsi qu'une circulaire du ministre de l'Intérieur du 11 juillet 1967 confirmait que l'article 120 était un fondement juridique suffisant à la détention des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'expulsion, la seule limite étant celle du lieu de détention qui ne pouvait être un local pénitentiaire.

Par la suite, la circulaire des ministères de la Justice et de l'Intérieur du 21 novembre 1977 précisa que le ministère de l'Intérieur détenait seul le pouvoir d'incarcérer dans des maisons d'arrêt les étrangers pour une durée maximale de sept jours. Ce texte fut rapidement remplacé par le décret du 9 décembre 1978⁵ pris pour l'application de l'article 120 du Code pénal aux étrangers faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion qui reprenait les dispositions de la circulaire de 1967.

Ces mesures ne constituant pas un fondement stable au régime de la rétention, le législateur est intervenu par le 10 janvier 1980 afin d'instaurer la possibilité pour l'autorité administrative de détenir l'étranger en instance d'expulsion pendant une durée de sept jours⁶. Au-delà de sept jours, la prolongation devait être décidée par le juge judiciaire, consacrant ainsi l'entrée du judiciaire dans les procédures d'éloignement des étrangers.

Censurée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 66 de la Constitution en tant qu'elle établissait un délai trop important entre le placement en détention et l'intervention du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle⁷, cette

⁴ Ancien article 120 du Code pénal, codifié par la loi du 16 février 1810 et abrogé par la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992, *J.O. du 23 décembre 1992* en vigueur le 1er mars 1994 : « Les gardiens et concierges des maisons de dépôt, d'arrêt, de justice ou de peine, qui auront reçu un prisonnier sans mandat ou jugement, ou, quand il s'agira d'une extradition, sans ordre provisoire du Gouvernement, ceux qui l'auront retenu, ou auront refusé de le représenter à l'officier de police ou au porteur de ses ordres, sans justifier de la défense du procureur de la République ou du juge, ceux qui auront refusé d'exhiber leurs registres à l'officier de police, seront, comme coupables de détention arbitraire, punis [...] ».

⁵ Décret n° 78-1154 du 9 décembre 1978, *J.O. du 13 décembre 1978*, p. 4141.

⁶ Loi n°80-9 du 10 janvier 1980 relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration, *J.O. du 11 janvier 1980*, p. 71.

⁷ Cons. const., n° 79-109 DC, 9 janvier 1980, *J.O. du 11 janvier 1980*, p. 84. Dans son 4^e considérant, le juge constitutionnel estime que « la liberté individuelle ne peut être sauvegardée que si le juge

loi fut remplacée par celle du 2 février 1981 qui disposait que les étrangers pouvaient rester détenus dans des locaux pénitentiaires sur décision du préfet mais que la prolongation de la détention au-delà de quarante-huit heures ne pouvait être autorisée que par le juge judiciaire.

La loi du 29 octobre 1981 vint par la suite préciser le régime de cette forme de détention en lui attribuant un véritable statut juridique autonome, supprimant de l'article 120 du Code pénal la référence aux ordres provisoires du gouvernement : qualifiée désormais de « rétention administrative », la procédure est organisée par l'article 35 *bis* inséré, par cette nouvelle loi, au sein de l'Ordonnance du 2 novembre 1945. Sur son fondement, le placement en rétention administrative des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement était entouré par de strictes garanties. Le placement initial ne pouvait être décidé par le préfet que pour une durée de vingt-quatre heures et était ensuite éventuellement prolongé par l'autorité judiciaire pendant six jours, auxquels pouvaient encore s'ajouter trois jours mais uniquement en cas « d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité ». La rétention ne pouvait donc dépasser dix jours au total et le juge judiciaire était le seul à pouvoir prolonger le délai.

Par les lois de 1997⁸ et 1998⁹, l'intervention de celui-ci est repoussée à quarante-huit heures et le délai de rétention à douze jours, soit deux jours sur décision du préfet puis deux fois cinq jours par l'autorité judiciaire.

Mais la réforme majeure en la matière intervient avec la loi du 26 novembre 2003¹⁰ qui réécrit intégralement l'article 35 *bis* de l'Ordonnance de 1945. Désormais, le placement en rétention administrative, toujours décidé par le préfet pour une durée de quarante-huit heures, peut être prolongé par l'autorité judiciaire pour une durée de quinze jours, durée à l'issue de laquelle une nouvelle prolongation est possible soit

intervient dans le plus court délai possible ». En l'espèce, le délai de sept jours ne répondait pas à cette exigence et était donc contraire à la Constitution.

⁸ Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, *J.O.* n° 97 du 25 avril 1997, p. 6268.

⁹ Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, *J.O.* n° 109 du 12 mai 1998 page 7087.

¹⁰ 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, *J.O.* n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136.

pour quinze¹¹ soit pour cinq¹² jours. La durée de la rétention peut alors aller jusqu'à trente deux jours. Confirmant l'intervention du juge judiciaire au seul stade de la prolongation de la détention, le législateur confirme le caractère principalement administratif de la procédure. Alors que par cette loi le législateur a souhaité modifier largement le régime de la rétention administrative, notamment en créant un nouveau motif de prolongation¹³ et en allongeant la durée maximale de la mesure, il n'a à aucun moment prévu explicitement que le juge des libertés et de la détention saisi pour prolongation de la rétention puisse remettre en liberté l'étranger lorsque ses droits n'ont pas été respectés. Le choix du magistrat se réduisait donc à la prolongation de la rétention ou à l'assignation à résidence de l'étranger.

De fait, cet état du droit poussait le magistrat à choisir la prolongation, notamment en raison de la complexité des formalités imposées à l'assignation à résidence¹⁴. En ne prévoyant pas la possibilité pour le juge de prononcer la mise en

¹¹ Article 49 de la loi, II. : « Quand un délai de quinze jours s'est écoulé depuis l'expiration du délai de quarante-huit heures mentionné au neuvième alinéa du I et en cas d'urgence absolue ou de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement, le juge des libertés et de la détention est à nouveau saisi. [...] Si le juge ordonne la prolongation du maintien, l'Ordonnance de prolongation court à compter de l'expiration du délai de quinze jours mentionné à l'alinéa précédent, et pour une nouvelle période d'une durée maximale de quinze jours ».

¹² Article 49 de la loi, III. : « Le juge peut également être saisi lorsque, malgré les diligences de l'administration, la mesure d'éloignement n'a pu être exécutée [...] Si le juge ordonne la prolongation du maintien, l'Ordonnance de prolongation court à compter de l'expiration du délai de quinze jours fixé au premier alinéa du II. La prolongation ne peut excéder une durée de cinq jours ».

¹³ Lors de saisine du juge pour une seconde prolongation, l'Administration devait justifier cette dernière au regard du contexte « d'urgence absolue » ou de « menace d'une particulière gravité » (art. L. 552-7 du CESEDA). A ce motif est alors venu s'ajouter celui de l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement en raison du défaut ou du retard dans la délivrance du laissez-passer consulaire ou de l'absence de moyens de transport et ce malgré les diligences accomplies par l'autorité administrative. (art. L. 552-8 du CESEDA). Il faut par ailleurs noter que ces motifs sont totalement extérieurs à la volonté de l'étranger et font donc peser sur lui les contraintes liées à la prolongation d'une mesure d'enferment alors même qu'il n'est pas responsable des difficultés dans l'exécution de la mesure d'éloignement dont il fait l'objet et qui justifient cette prolongation.

¹⁴ Article 49 de la loi du 26 novembre 2003, précité, « À titre exceptionnel, le juge peut ordonner l'assignation à résidence de l'étranger lorsque celui-ci dispose de garanties de représentation effectives, après remise à un service de police ou à une unité de gendarmerie de l'original du passeport et de tout document justificatif de son identité, en échange d'un récépissé valant justification de l'identité, et sur lequel est portée la mention de la mesure d'éloignement en instance d'exécution. L'assignation à résidence concernant un étranger qui s'est préalablement soustrait à l'exécution d'une mesure de reconduite à la frontière en vigueur, d'une interdiction du territoire dont il n'a pas été relevé, ou d'une mesure d'expulsion en vigueur doit faire l'objet d'une motivation spéciale.

liberté de l'étranger, et ce malgré les rappels de la Cour de cassation¹⁵, le législateur révèle, de façon à peine déguisée, sa volonté de limiter le champ d'intervention du juge judiciaire en l'empêchant de tirer les conséquences d'une nullité frappant la procédure, même si celles-ci n'ont de toute façon pas pour effet de régulariser la situation administrative de l'étranger.

La solution fut imposée par le Conseil constitutionnel qui estima que la conservation de la possibilité pour l'autorité judiciaire de « la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient » est une condition de la conformité à la Constitution de la durée exceptionnelle de la rétention¹⁶. Afin de tirer les conséquences de cette réserve constitutionnelle, le pouvoir réglementaire s'est vu contraint de libérer le juge judiciaire du cadre étroit de son intervention et lui octroya un pouvoir de remise en liberté par le décret du 14 novembre 2006¹⁷.

La loi du 16 juin 2011 est venue par la suite accroître de nouveau la durée légale de rétention mais aussi différer le délai d'intervention du juge judiciaire. Désormais, la décision de placement en rétention est prise par le préfet pour une durée de cinq jours aux termes desquels seulement peut intervenir le juge des libertés et de la détention.

L'étranger est astreint à résider dans les lieux qui lui sont fixés par le juge et doit se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement ».

¹⁵ Dans un arrêt du 23 octobre 2003, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi estimé que les irrégularités susceptibles d'être constatées par le juge ne doivent pas nécessairement caractériser un grief pour qu'il soit possible d'annuler la procédure et de remettre l'étranger en liberté : Civ. 2^{ème}, 23 octobre 2003, *Bull. II.*, n° 321 ou, dans le même sens, Civ. 1^{ère}, 31 janvier 2006, *Bull. I.* n°45.

¹⁶ Cons. const., n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, *J.O.* du 27 novembre 2003, p. 20154 ; *JCP G* 2003, II. 10199, note J.-C. Zarka, cons. n° 66.

¹⁷ Décret n° 2006-1378 du 14 novembre 2006 *relatif à la partie réglementaire du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, *J.O.* du 15 novembre 2006, p. 17153, dispositions reproduites à l'article R. 552-17 à R. 552-19 du CESEDA. L'article R. 552-18 dispose ainsi que « le juge des libertés et de la détention peut à tout moment après avoir mis l'autorité administrative en mesure de présenter ses observations, de sa propre initiative, ou à la demande du ministère public, décider la mise en liberté de l'étranger lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient ».

Malgré les doutes quant à la constitutionnalité de la loi évoqués par certains parlementaires¹⁸, le Conseil constitutionnel a jugé ces modifications conformes à la Constitution¹⁹. Tout d'abord, il a estimé que ce délai n'était pas manifestement incompatible avec l'objectif de la directive qui visait une « détention aussi brève que possible ». Le doute portait principalement sur la constitutionnalité du délai de cinq jours sans intervention du juge judiciaire. Dans sa décision du 9 janvier 1980²⁰, le juge constitutionnel avait indiqué que le respect de la liberté individuelle ne pouvait être considéré comme garanti dans le cas d'un délai de rétention de sept jours sans intervention du juge judiciaire. C'est au regard de ce « couperet »²¹ que devait être appréciée la loi du 16 juin 2011.

Le Conseil a alors jugé qu'au regard des finalités poursuivies par le législateur, le délai de cinq jours s'écoulant entre la décision de placement en rétention et la saisine du juge judiciaire assure « entre la protection de la liberté individuelle et les objectifs à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de protection de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas

¹⁸ V. par exemple : la discussion en Commission à l'Assemblée nationale de l'amendement, tendant à supprimer cette disposition, de Mme S. Mazetier, députée, qui estime que « selon une décision du Conseil constitutionnel de 1980 sur une loi de prévention de l'immigration clandestine, avec un délai de détention de sept jours avant l'intervention du juge judiciaire, la liberté individuelle ne peut être sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible. Or le plus court délai possible est le délai actuel. Comment le Conseil constitutionnel pourrait-il infirmer sa décision de 1980, alors que vous allongez la durée de saisine du JLD ? », in *Rapport n° 2400 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, précité, p. 275 ; ou encore lors de l'examen de la loi au Sénat : « Si un délai de 48 heures peut apparaître comme le délai « le plus court possible » compte tenu des difficultés matérielles liées à la présentation de chaque étranger retenu au JLD, il n'en irait pas nécessairement ainsi d'un délai de cinq jours. [...] Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, votre Commission a estimé que le report à 5 jours de l'intervention du JLD présentait un risque d'inconstitutionnalité », in *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, par M. François-Noël BUFFET, Sénateur, enregistré à la présidence du Sénat le 19 janvier 2011, p. 150-151.

¹⁹ Décision n° 2011-631 DC, 09 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, J.O. du 17 juin 2011, p. 10306.

²⁰ Décision n° 79-109 DC, 09 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, J.O. du 11 janvier 1980, p. 84.

²¹ H. LABAYLE, « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers. Le fruit de l'arbre empoisonné », *RFDA*, 2011, p. 934.

déséquilibrée »²². La décision juge donc conforme à la Constitution, et notamment à son article 66, la saisine retardée du juge judiciaire.

En revanche, il ajoute une réserve à cette constitutionnalité pour les cas où la rétention administrative suit une mise en garde à vue : la durée de la garde à vue pouvant être de quarante-huit heures, il serait contraire à l'article 66 de la Constitution de « permettre que l'étranger privé de sa liberté soit effectivement présenté à un magistrat du siège après l'expiration du délai de sept jours à compter du début de la garde à vue »²³. Dans la ligne de sa jurisprudence antérieure²⁴, le Conseil, opérant une conciliation entre la protection de l'ordre public et la garantie de la liberté individuelle dans un considérant très bref, juge encore une fois conforme à une garantie effective de la liberté individuelle le retardement de l'intervention du juge judiciaire.

Pourtant, les dispositifs de cette loi témoignent encore une fois de la prudence, pour ne pas dire la « méfiance »²⁵ dont fait preuve le législateur à l'égard de l'intervention du juge judiciaire dans les procédures administratives d'éloignement. Le rapport fait au nom de la Commission des lois et remis à l'Assemblée en septembre 2010²⁶ estime ainsi qu'il est regrettable que les juges des libertés et de la détention n'aient pas « tous la même vision de leur rôle : alors que beaucoup concentrent leur intervention sur ce qui la justifie, c'est-à-dire la nécessité ou non de priver une personne de sa liberté, certains autres ont une vision maximaliste de leur rôle »²⁷ et qu'il n'est « pas acceptable que des procédures d'éloignement parfaitement légales et validées par le juge administratif soient annihilées par les pratiques erratiques de certains juges des libertés et de la détention²⁸ ».

²² Cons. 72 de la décision n° 2011-631 précitée.

²³ Cons. 73 de la décision.

²⁴ V. notamment : Cons. const., n° 92-307 du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'Ordonnance n°2658 du 2 novembre 1945*, Rec. p. 48 ; ou encore Cons. const., n°97-389 du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, Rec. p. 45 ; ou encore Cons. const., déc. n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *J.O.* du 12 mai 1998, p. 7092.

²⁵ Terme employé par O. LECUCQ dans son article « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *AJDA*, 2011, p. 1936.

²⁶ *Rapport n° 2814 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité par M. Thierry Mariani*, XIIIe législature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 septembre 2010.

²⁷ Rapport précité, p. 47.

²⁸ Rapport précité, p. 48.

Au-delà des interrogations que peut susciter la notion de « vision maximaliste de [son] rôle » lorsqu'il s'agit pour le juge d'assurer la protection d'une liberté fondamentale, le propos entend explicitement fonder une limitation de l'intervention du juge judiciaire, la loi ayant ainsi vocation à mieux « encadrer leur intervention »²⁹. Pour ce faire, la loi limite notamment les nullités et irrégularités susceptibles d'être utilement sanctionnées par le juge judiciaire³⁰. Dans le même sens, le législateur a réordonné l'agencement du dispositif en donnant priorité au juge de la mesure d'éloignement sur le juge des libertés. Les dysfonctionnements de la procédure étant imputables à l'intervention du juge judiciaire, décaler celle-ci dans le temps devient l'axe prioritaire de la nouvelle loi qui avance ainsi le contrôle de la mesure administrative d'éloignement : le juge administratif statue prioritairement sur les mesures administratives qui accompagnent celle de l'éloignement.

Cette réforme, si elle paraît en elle-même cohérente dans la mesure où elle évite les hypothèses dans lesquelles le juge judiciaire prononce la prolongation d'une détention qualifiée d'illégale par le juge administratif ou que le juge administratif estime légale une mesure d'éloignement alors que le juge judiciaire a conclu à la remise en liberté de l'étranger, a en réalité pour conséquence d'écarter toute intervention du juge judiciaire avant que l'étranger ne soit éloigné, ceci d'autant plus que le recours contre la décision de placement en rétention ne suspend pas l'exécution de la mesure d'éloignement. Ainsi, si un étranger est placé en rétention alors qu'il a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire plusieurs mois auparavant, qu'il l'a contestée et que le juge administratif ne l'a pas annulée, le recours qu'il fera devant le juge judiciaire à l'encontre de ce placement en rétention pourra ne pas aboutir à la

²⁹ Rapport précité, p. 47.

³⁰ Article L. 552-13 du CESEDA : « En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger ». Certains auteurs ont néanmoins remarqué que cette disposition avait davantage une portée symbolique que pratique dans la mesure où la Cour de cassation veille à ce que les nullités relevées par les juridictions soient désormais en lien avec un grief de façon à pouvoir entraîner la nullité de la mesure.

sanction des éventuelles irrégularités commises par l'administration au moment de la rétention, l'éloignement rendant ce contrôle sans objet³¹.

De plus, l'objectif d'efficacité n'est pas servi par un dispositif idoine car le juge administratif, désormais saisi en urgence, n'a que soixante douze heures pour vérifier la légalité de la décision de placement, de l'obligation de quitter le territoire français, de l'arrêté fixant le pays de renvoi et éventuellement du refus de fixer un délai de départ volontaire, chacune de ces décisions devant faire l'objet d'une motivation distincte de la part de l'autorité administrative. Au contentieux de ces affaires complexes pourra également venir s'ajouter un accroissement des procédures de référé-liberté, le report de l'intervention du juge judiciaire au terme d'un délai de cinq jours incitant les étrangers placés en rétention à saisir le juge administratif d'une telle procédure s'ils estiment que la privation de liberté qu'ils subissent est injustifiée. La modification de l'intervention des juges a donc conféré au juge administratif une place prépondérante dans le contentieux de la rétention en plus de celui qu'il avait dans celui du refus de séjour, car « c'est devant le premier juge auquel l'étranger est présenté que se noue l'essentiel du débat juridictionnel »³².

Ces difficultés auxquelles la réforme expose la juridiction administrative ont été mises en avant par ses représentants syndicaux lors de la discussion du projet de loi en Commission. Ils ont ainsi rappelé que « dans la mesure où le juge administratif interviendra en premier et que le recours administratif portera désormais également sur l'arrêté de rétention lui-même dans tous les cas, les étrangers placés en rétention seront incités bien plus qu'aujourd'hui à saisir le juge administratif lorsqu'ils sont placés en rétention »³³. Or, la juridiction judiciaire rendait jusqu'alors 40 000 Ordonnances de prolongation de rétention tandis que la juridiction administrative n'était saisie que de 10 000 recours portant sur la situation d'étrangers se trouvant en rétention. En laissant au juge administratif la *priorité* dans le contentieux, le législateur entraîne nécessairement le transfert d'une grande partie des recours vers lui.

³¹ Cette attente s'est d'ailleurs concrétisée dans les faits, le nombre d'étrangers éloignés sans avoir pu avoir eu recours au juge judiciaire étant passé de 30% en 2011 à 62 % en 2012, (Rapport de M. FEKL, « Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France », remis au Premier ministre le 14 mai 2013).

³² *Rapport fait au nom de la Commission des lois*, précité, p. 45.

³³ *Ibid*, précité, p. 46.

Cette poursuite par la loi de l'objectif de réduction des obstacles à l'efficacité de la procédure d'éloignement issue de l'intervention du juge judiciaire entraîne deux conséquences sur le contentieux de l'éloignement : tout d'abord, elle restreint la protection de la liberté individuelle de l'étranger, même si une telle restriction a été jugée proportionnée aux exigences de protection de l'ordre public par le juge constitutionnel. Mais elle entraîne également une complexification de la répartition des compétences et de l'exercice de leur contrôle par chacun des deux juges : lorsqu'il cherche à encadrer les pouvoirs du juge judiciaire, le législateur n'œuvre pas à une simplification du contentieux, qui implique une refondation des compétences de ce juge en relation avec celles du juge administratif. Au contraire, les deux intervenants voient leurs conditions d'intervention complexifiées.

En ne souhaitant pas changer l'esprit des premiers textes relatifs à la rétention administrative, et en oeuvrant pour la conservation du caractère purement administratif de la procédure, le législateur ne résout pas la tension entre les exigences de l'article 66 de la Constitution qui fait du juge judiciaire le gardien de la liberté individuelle, à laquelle la mesure de rétention porte nécessairement atteinte, et son désir réel de modification du contentieux dans le sens d'une efficacité accrue de l'éloignement des étrangers. Cette attitude entraîne un enchaînement de réformes législatives qui ne font qu'accroître l'incohérence du contentieux.

B. Un contentieux en manque de cohérence

Fondée à la fois sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, énoncé à l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et repris par le décret du 16 Fructidor an III³⁴, et sur l'article 66 de la Constitution disposant que l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle, la dualité juridictionnelle suppose que le juge judiciaire ne doit ni interpréter, ni contrôler, les actes de l'administration mais doit s'assurer qu'ils ne portent pas atteinte à la liberté individuelle.

³⁴ Décret du 2 septembre 1795 du 16 fructidor an III (2 septembre 1795) qui défend aux tribunaux de connaître des actes d'administration et annule toutes procédures et jugements intervenus à cet égard, *J.O.* du 21 août 1795, p. 315.

Si l'application de ces deux principes soulève des difficultés dans différents domaines de l'action administrative³⁵, elle pose avant tout la question de leur combinaison, notamment au regard de la nature initiale de l'acte. Certes, la rétention administrative est un acte administratif, mais elle constitue aussi une atteinte à la liberté individuelle. Dès lors, la question se pose de savoir si elle doit être considérée avant tout comme un acte administratif ou comme une atteinte à la liberté individuelle. Dans le premier cas, en vertu de la jurisprudence « Conseil de concurrence »³⁶, le contentieux reviendra au juge administratif, dans le second il reviendra au juge judiciaire.

L'article L. 551-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui dispose qu'une mesure de placement en rétention administrative peut être contestée devant le juge administratif dans un délai de quarante huit heures à compter de la notification de la décision. Ce recours peut porter à la fois sur la décision de placement, l'obligation de quitter le territoire français, le refus de fixer un délai de départ volontaire et l'arrêté fixant le pays de renvoi. Le juge administratif a alors soixante-douze heures pour statuer sur l'ensemble de ces décisions, chacune devant faire l'objet d'une motivation distincte de la part de l'autorité administrative. L'exercice de ce recours n'a pas d'effet suspensif sur la rétention mais uniquement sur l'exécution de la décision d'éloignement. À défaut de disposition dérogatoire, le recours de droit commun ainsi ouvert contre ces décisions est le recours pour excès de pouvoir. En cas d'annulation de la décision, l'étranger doit être immédiatement remis en liberté et le juge administratif ne dispose que de peu de temps pour statuer durant le délai initial de placement. Pourtant, c'est à condition qu'il statue dans ce délai que les hypothèses de conflit de décisions avec le juge judiciaire seront écartées.

³⁵ Nous citerons par exemple le contentieux relatif à l'hospitalisation d'office dans un établissement psychiatrique d'une personne dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes, contentieux dans lequel l'autorité administrative fait usage de son pouvoir de contrainte pour imposer une restriction ou même une privation de liberté individuelle. V. par exemple sur ce point : A. PENA, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *RFDA*, 2011, p. 951 ou encore A. FARINETTI, « L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011 », *RDSS* 2012, p. 111.

³⁶ Cons. const., n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *J.O.* du 25 janvier 1987, p. 924. Pour une étude de cette décision et de ses conséquences sur le contentieux étudié v. *infra* § 2.

Le but de la réforme de 2011, non dénuée de cohérence sur ce point, était de « d'épuiser d'abord la contestation de la légalité de la mesure d'éloignement »³⁷ avant que n'intervienne le juge judiciaire. Pour ce faire, la loi fixait un délai de placement initial de cinq jours, contre quarante-huit heures jusqu'alors, afin « d'inverser l'intervention du juge judiciaire et du juge administratif »³⁸. Cependant, si la loi fixe un délai de soixante-douze heures au juge administratif pour statuer, le recours pouvant porter sur cinq mesures au total si elles ont été notifiées simultanément, elle ne prévoit pas de conséquences lorsque cette obligation n'est pas respectée. Or, il paraît évident que respecter ce délai peut s'avérer difficile pour le juge administratif compte tenu du volume que peut recouvrir le recours concerné. Si le juge ne respecte pas le délai, le contentieux administratif de la rétention est ainsi mis en échec dans la première phase de la rétention : la prolongation étant décidée au terme de ce délai par le juge des libertés et de la détention, le contentieux devient alors judiciaire.

La mise en place de la procédure de référé administratif par la loi du 30 juin 2000³⁹ a trouvé de nouvelles applications dans le contentieux de la rétention, permettant de « compenser » l'absence d'intervention du juge judiciaire dans le délai initial de placement. Le juge administratif peut ainsi être saisi d'un référé-suspension ou d'un référé-liberté pour suspendre l'arrêté de placement en rétention, la jurisprudence ayant néanmoins considéré que les pouvoirs du juge des référés cessent à l'expiration du délai de quarante-huit heures à l'issue duquel seul le juge judiciaire est compétent⁴⁰. La réforme de 2011 n'a pas conduit à une remise en cause de cette jurisprudence car si elle repousse l'intervention du juge judiciaire à cinq jours, elle n'a pas pour autant modifié le délai de recours devant le juge administratif : celui-ci

³⁷ D. BOTTEGHI, conclusions sur l'arrêt C.E., 4 mars 2013, n° 359428, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration c/ Mehrzi*, *JurisData* n° 2013-003785 ; *JCP A* 2013, act. 251, veille L. Erstein ; *JCP A* 2013, p. 2232, note G Marti. Le rapport du député T. MARIANI datant de 2010, précité, évoquait ainsi la nécessité de « purger au préalable le contentieux sur la décision de rétention par l'administration avant que n'intervienne le juge judiciaire », p. 45.

³⁸ Rapport du député T. MARIANI, précité, p. 248.

³⁹ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *J.O.* n°151 du 1^{er} juillet 2000 p. 9948.

⁴⁰ Pour le référé-suspension : C.E., 27 juin 2011, n° 350207, *min. Int* ou encore C.E., 18 juin 2010, n° 332916, *M. Kamel A.* Pour le référé-liberté : C.E., 13 mars 2009, n° 325855, *M. Léon A.* ou encore C.E., 15 mars 2002, n° 236539, *min de l'Int. c/ Benkhira.*

reste de quarante-huit heures afin de permettre au juge de se prononcer dans les soixante-douze heures restantes avant l'intervention du juge judiciaire.

En revanche, à l'épuisement des délais de placement initial, le juge administratif reste compétent pour statuer sur la légalité de l'arrêté de placement en rétention et lui préférer une mesure d'assignation à résidence, même si cette décision est considérée comme n'ayant pas vocation à s'imposer au juge des libertés et de la détention⁴¹. Le juge administratif estime ainsi qu'en se prononçant sur la légalité de la décision de placement il n'empiète pas sur la compétence du juge des libertés et de la détention. Si cette position est issue d'une interprétation stricte du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, elle contribue néanmoins à rendre peu intelligibles les règles contentieuses qui en découlent. Cette complexité se prolonge dans les mesures concernant l'intervention du juge judiciaire.

L'article L. 552-1 prévoit qu'à l'issue d'un délai de cinq jours après la décision de placement en rétention et si la mesure d'éloignement n'a pas été exécutée, le juge judiciaire peut-être saisi par le préfet aux fins de prolongation de cette rétention. Le juge judiciaire doit être saisi par le préfet d'une demande de prolongation du délai de rétention administrative au cours de la première phase d'exécution de cette mesure⁴², mais il ne peut cependant se prononcer sur cette demande qu'à l'expiration du délai de placement initial de cinq jours. En parallèle de cette saisine du préfet, l'étranger peut, à l'issue de ce même délai de placement initial, saisir le juge judiciaire afin qu'il soit mis fin à sa détention : il ne peut donc pas saisir le juge judiciaire avant que le préfet ne l'ait lui-même saisi d'une demande de prolongation⁴³.

Le juge des libertés et de la détention statue alors sur la demande de prolongation dans le cadre d'une procédure d'urgence. Il a ainsi vingt-quatre heures pour vérifier tout d'abord la justification du maintien en rétention : il ressort ainsi de

⁴¹ En ce sens : C.A.A. Marseille, 31 mai 2011, n° 10MA001128, *préfet du Languedoc*. Le juge estime que « la décision attaquée est une décision administrative ; il appartient au juge administratif de statuer sur sa légalité, alors même que la prolongation de la rétention administrative a été autorisée par le juge judiciaire » ; ou encore : C.E., 17 novembre 2004, n° 259119, *préfet des Pyrénées-Orientales*.

⁴² Civ. 1^{re}, 8 octobre 2008, n° 07-12.151, *X. c/ préfet du Nord*.

⁴³ Civ. 1^{re}, 5 décembre 2012, n° 11-30.548.

l'article 15 de la Directive dite « retour »⁴⁴, directement applicable⁴⁵ que la rétention ne peut pas être prolongée s'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement⁴⁶ ou si les conditions ayant justifié le placement initial en rétention ne sont plus réunies⁴⁷. Il doit ensuite établir que la prolongation est nécessaire malgré le fait que l'opération d'éloignement soit susceptible de se prolonger dans le temps soit en raison du manque de coopération de l'étranger⁴⁸, soit du fait des retards subis pour obtenir du pays tiers les documents nécessaires.

Cependant, au regard du principe de séparation des autorités judiciaires et administratives, le juge judiciaire ne peut se prononcer, même par voie d'exception, sur la légalité de la décision initiale de placement en rétention qui relève du juge administratif. Il est ainsi impossible pour le juge judiciaire de statuer sur le choix du lieu de rétention⁴⁹, sur l'appréciation de la nature de la mesure de départ forcé⁵⁰, ou encore sur les conditions matérielles de la détention car ces pouvoirs de l'administration en matière d'exécution des mesures de départ forcé reposent sur une

⁴⁴ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *J.O.U.E.* du 24 décembre 2008, L 348/98.

⁴⁵ CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11 PPU.

⁴⁶ CJUE, 30 novembre 2009, *Kadzoev*, aff. C-357/09 PPU. Le juge européen estime ainsi qu'une perspective raisonnable d'éloignement n'est constituée que s'il existe une réelle chance que l'éloignement soit mené à bien. Cette perspective n'est donc pas réalisée s'il paraît peu probable que l'intéressé soit accueilli dans un pays tiers à l'intérieur du délai maximal de la rétention.

⁴⁷ CJUE, 5 juin 2014, *Mahdi*, aff. C-146/14 PPU. La Cour estime que le juge saisi d'une demande de prolongation doit se livrer à un réexamen des conditions de fond ayant servi de fondement à la décision initiale de placement en rétention. Il doit ainsi déterminer, tout d'abord, si d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives qu'une rétention, peuvent être appliquées efficacement, ensuite s'il existe un risque de fuite et enfin si l'étranger évite ou empêche la préparation de son retour ou l'exécution de l'éloignement.

⁴⁸ La Cour de justice impose dans ce cas que le lien de causalité entre le comportement de l'étranger et la probabilité de prolongement dans le temps de l'exécution de la mesure soit strictement établi : CJUE, 5 juin 2014, *Mahdi*, précité.

⁴⁹ C. cass. Civ 1^{re}, 26 janvier 2011, n°09-12.665, *Louise X... épouse Y...* ; *DA*, avril 2011, p. 34, note V. TCHEN. La cour de cassation refuse l'argumentation de la Cour d'appel de Toulouse qui contestait le comportement de l'Administration consistant à choisir de façon systématique le centre de rétention afin de placer l'étranger dans le ressort d'une juridiction qui statue dans le sens qu'elle jugeait opportun, dénonçant ainsi le fait d'avoir privé l'étranger d'une jurisprudence locale plus favorable. Le juge de cassation se fonde en l'espèce sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires car le juge judiciaire, en statuant ainsi, s'est prononcé sur la légalité de la décision de placement en rétention qui ne relève que du juge administratif.

⁵⁰ C. cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2012, n° 11-30.372. La Cour estime qu'en déduisant de l'absence de délai de départ spontané l'irrégularité de la mesure de placement, le juge a méconnu le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire car il s'est prononcé sur la légalité de la décision.

habilitation législative et ne sauraient donc constituer une voie de fait entraînant la compétence du juge judiciaire⁵¹.

En revanche, il peut connaître d'une demande de constat présentée par un étranger, tendant à établir les conditions de sa rétention⁵², celui-ci pouvant « être produit devant le juge judiciaire à l'occasion d'une éventuelle prolongation du maintien dans les locaux décidée sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 ». Si cette possibilité tend à renforcer les moyens de contrôle direct du juge judiciaire dans la mesure où la décision de prolongation ou de fin de la rétention est susceptible de dépendre en particulier de l'appréciation des conditions matérielles de la rétention, elle ne revient pas sur l'impossibilité pour le juge judiciaire de caractériser, le cas échéant, ces conditions de voie de fait. Par conséquent, la mesure de rétention ne pourra être annulée pour irrégularité sur ce motif qui, pourtant, est susceptible d'entraîner des atteintes majeures aux libertés de l'étranger⁵³.

Le juge judiciaire a également pour mission de sanctionner les éventuelles irrégularités commises durant le processus d'éloignement qui ne relève par principe que de son chef de compétence et non de celui du juge administratif : il lui revient ainsi de contrôler les conditions de la rétention mais aussi les conditions d'interpellation et de garde à vue qui l'ont précédée.

Depuis 1995, les conditions d'interpellation d'un étranger peuvent ainsi être discutées à l'occasion d'un recours contre un maintien en rétention administrative. Sur ce fondement, l'étranger placé en rétention suite à un contrôle d'identité irrégulier doit être libéré, l'irrégularité de cette procédure étant en revanche sans

⁵¹ T.C., 25 avril 1994, *Dulangi et a. c/ préfet de police de Paris*, Bull. civ., 1994 T. confl., n° 5, p. 5. ; repris notamment par C.A. Paris, 1^{er} avril 2009, n° 09/01232, *préfet du Val de Marne*. Par cette décision, le tribunal des conflits visait à empêcher la prétention du requérant d'obtenir auprès du juge judiciaire les moyens d'engager la responsabilité de l'administration en raison des conditions de sa rétention.

⁵² T.C., 29 décembre 2004, n° 04-03429, *préfet des Deux-Sèvres c/ Tribunal de grande instance de Niort*, Bull. civ. 2004 T. confl. n° 33 p. 43; *AJDA* 2005, p. 1011.

⁵³ En effet, plusieurs rapports officiels font état des conditions alarmantes dans lesquelles sont retenus les étrangers faisant l'objet d'une mesure de départ forcé. Le rapport pour avis sur le projet de loi de finances pour 2001, les qualifie ainsi d'« horreurs de notre République » : *Rapport pour avis sur le projet de loi de finances pour 2001*, A.N., n° 2628, tome II.

conséquence sur les mesures administratives intervenues à la suite de cette procédure telles que l'obligation de quitter le territoire français⁵⁴.

De même, le juge judiciaire peut demander à ce que soit remis en liberté un étranger placé en rétention suite à une interpellation déloyale de la part de l'administration⁵⁵. Or, le contrôle de ces conditions d'interpellation soulève précisément des difficultés liées à la répartition actuelle des compétences entre les deux ordres juridictionnels.

Dans une décision du 23 février 1990, le juge administratif avait ainsi refusé de contrôler les conditions d'interpellation dans le cadre des recours exercés contre des arrêtés ordonnant des reconduites à la frontière⁵⁶, l'irrégularité commise n'ayant aucun impact sur la légalité de la mesure attaquée. Cette jurisprudence, qui concerne l'ensemble des contentieux impliquant des mesures de police, et notamment celui de l'éloignement, conduit le juge administratif à se prononcer dans le sens de l'inopérance d'un moyen tiré de l'irrégularité des conditions d'interpellation et d'audition⁵⁷. Cette jurisprudence s'applique également dans le cadre de mesures d'éloignement d'étrangers en situation irrégulière⁵⁸, le juge estimant que l'appréciation de la légalité de ces conditions par les services de police relève de la compétence de l'autorité judiciaire et notamment de celle du juge des libertés et de la détention.

Dans le cadre du fonctionnement contentieux mis en place par la loi de 2011 concernant la rétention administrative, cette jurisprudence conduisait à placer l'étranger dans une situation de déni de justice contraire à l'exigence de recours

⁵⁴ C. cass. 2^{ème} civ., 28 juin 1995, n° 94-50.002, *préfet région Midi-Pyrénées et préfet de Garonne c/ Bechta*, Bull. civ. II, n° 22 ; JCP G 1995, II, 22504, concl. J. SAINTE-ROSE ; AJDA 1996, p. 72, note LEGRAND ; D. 1996, somm. p.102, note F. JULIEN-LAFERRIERE.

⁵⁵ C. cass. civ. 1^{re}, 6 février 2007, n° 05-10.880, *préfet de la Seine-Saint-Denis*. Le juge estime que l'administration ne peut pas utiliser la convocation à la préfecture d'un étranger faisant l'objet d'une mesure de départ forcé qui sollicite l'examen de sa situation pour procéder à son interpellation en vue de son placement en rétention. Ces conditions d'interpellation « déloyales » sont en effet contraires à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (en ce sens : Cour EDH, 5 février 2002, n° 51564/99, *Conka c/ Belgique*).

⁵⁶ C.E., 23 février 1990, n° 92973, *Sioui*, T. Rec., p. 776. Le juge estime que « le moyen tiré de la prétendue illégalité du contrôle d'identité, puis de la rétention administrative dont M. Sioui a été l'objet est inopérant à l'encontre de l'acte litigieux ».

⁵⁷ V. en ce sens : C.A.A., Paris, 7 juillet 2011, n° 09PA05467 ou encore C.A.A. Nancy, 17 juin 2013, n° 12NC01972.

⁵⁸ C.E., 25 juillet 2001, n° 187767, *Osei Prempeh*.

effectif. Si le contrôle du placement en rétention au regard de la procédure qui l'a précédé ne s'opère qu'au-delà du délai de rétention de cinq jours, l'étranger peut être éloigné sans qu'aucun juge n'ait opéré le contrôle sur la légalité de l'interpellation ayant conduit au placement alors qu'il est possible que cette mesure soit illégale⁵⁹. C'est pourquoi le juge administratif a modulé en partie sa jurisprudence et accepte désormais de contrôler, notamment au regard du principe de loyauté, la régularité de l'interpellation de l'étranger revêtant le caractère d'une mesure de police administrative lorsqu'elle est opérée en préfecture sur ordre du préfet sans intervention du Parquet⁶⁰. Afin d'encourager cette position, le commissaire du gouvernement avait estimé dans ses conclusions que « si l'examen de la légalité d'une mesure privative de liberté a été confiée, presque bizarrement, au juge administratif, ce juge doit exercer pleinement son office »⁶¹.

Cependant, si elle permet un meilleur contrôle en matière de rétention administrative, cette décision n'en a pas moins une portée limitée. En effet, elle ne concerne que l'interpellation et le placement en rétention administrative d'un étranger en situation irrégulière opérés sur ordre de la préfecture, sans intervention du Parquet

⁵⁹ En ce sens v. F. ROUSSEL, « Le contentieux des nouvelles mesures d'éloignement, premières réponses de la CAA de Paris », *AJDA*, 2012, n° 21, p. 1161. L'auteur rappelle que « le juge des libertés et de la détention statue désormais après le tribunal administratif. En outre, sa saisine ne suspend pas l'exécution de la mesure d'éloignement et une fois l'étranger reconduit, la question de son maintien en rétention devient logiquement sans objet. Il existe donc un risque évident qu'aucune juridiction ne soit en mesure de sanctionner une éventuelle violation, même flagrante, de règles aussi fondamentales que l'interdiction des contrôles d'identité arbitraires, des « convocations pièges » en préfecture ou encore des expulsions collectives ».

⁶⁰ C.A.A. Marseille, 20 décembre 2013, n° 12MA03416, *préfet des Bouches du Rhône c/ Mohammed T.* Dans son 6^{ème} cons., le juge estime que « ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, que la loi du 16 juin 2011 a prévu que le juge administratif statue rapidement sur la légalité de la décision de placement en rétention d'un étranger, le juge judiciaire n'intervenant désormais qu'au terme d'un délai de cinq jours ; que les dispositions de l'article L. 551-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans sa rédaction issue de cette loi, prévoient que la décision de placement en rétention est prise par l'autorité administrative après l'interpellation de l'étranger ; que cette interpellation, décidée par le préfet sans intervention du parquet, a, dès lors, la nature d'une décision de police administrative ; que le moyen tiré de l'irrégularité des conditions dans lesquelles l'étranger a été interpellé, qui est relatif à la régularité de la procédure administrative préalable à la décision contestée, peut être utilement invoqué à l'encontre de la décision le plaçant en rétention ». Le juge tire ainsi toutes les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2012 dans lequel elle estime qu'une interpellation décidée par le préfet sans intervention du Parquet aux fins de placement en rétention administrative d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement ressortit à la police administrative : C. cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2012, n° 11-30.454, *Bull. civ.* 2012, I, n° 79.

⁶¹ E. FELMY, concl. sur C.A.A. Marseille, précité., *JCP A*, n° 13, 2014, p. 2092.

dont dépendent les services de police. Il en ressort que l'incompétence du juge administratif sur la régularité de l'interpellation consacrée par l'arrêt *Sioui* de 1990 est conservée.

Par conséquent, toutes les rétentions faisant suite à des contrôles d'identité et vérifications de la régularité du séjour effectuées par les autorités de police et requis par le Parquet restent de la compétence exclusive du juge judiciaire qui n'intervient qu'après cinq jours de rétention. Les lacunes du dispositif mis en place par la loi du 16 juin 2011 ne sont donc pas pleinement comblées, certains actes privatifs de liberté échappant à tout contrôle juridictionnel pendant cinq jours. Il en résulte un dispositif d'une rare complexité et une distorsion évidente entre les deux ordres juridictionnels car le juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle, ne peut exercer son contrôle sur les conditions d'interpellation avec la même diligence que le juge administratif lorsque ces conditions relèvent finalement de sa compétence.

Avant la réforme de 2011, l'incohérence était présentée comme découlant de la rencontre entre les décisions du juge administratif et celles du juge judiciaire, l'hypothèse étant celle d'une décision de remise en liberté par le juge judiciaire tandis que le juge administratif venait ensuite confirmer la légalité de la mesure de rétention⁶². Cette incohérence a pu alors être présentée comme un conflit de jurisprudence⁶³ : pourtant elle n'en est pas un et ce n'est donc pas comme tel qu'elle doit être résolue. Le juge administratif statuant sur la légalité de la mesure de rétention, c'est-à-dire sur ses motifs et le juge judiciaire statuant sur la régularité de la privation de liberté qu'elle constitue, il est tout à fait possible que leurs décisions divergent, car il est tout à fait possible que l'administration décide en toute légalité de placer en rétention administrative un étranger mais n'exécute pas loyalement la

⁶² Rapport T. MARIANI, 2010, précité, p. 45 : « une décision d'éloignement peut être validée par le juge administratif selon la procédure d'urgence sans pouvoir être exécutée en raison de la libération de l'étranger par le JLD ».

⁶³ v. par exemple : N. SARKOZY, *Déclaration et conférence de presse du Président de la République sur les réformes nécessaires à la mise en oeuvre d'une "politique de civilisation", annonçant notamment un nouveau chapitre au Préambule de la Constitution, un nouveau mode de calcul de la croissance ainsi qu'une réforme du financement de l'audiovisuel public, et décrivant sa politique étrangère comme une « diplomatie de la réconciliation »*, à Paris le 8 janvier 2008 : « Et puis, je lui ai demandé une deuxième chose en accord avec le Premier ministre, c'est de supprimer cette bizarrerie française, que, s'agissant du droit des étrangers, il y a deux ordres de juridiction, un public, un judiciaire, et, excusez du peu, avec des jurisprudences contradictoires ».

mesure ou n'emploie pas toute la diligence nécessaire à une privation de liberté la plus courte possible. La conséquence de tout cela est une inefficacité et un manque d'intelligibilité du contentieux, non un véritable conflit de jurisprudence entre ordres juridictionnels.

Ainsi, la solution consistant à écarter le juge judiciaire, et donc à placer la protection de la liberté individuelle dans un « second temps » du contrôle, ne semble pas résoudre la difficulté de fond. Au contraire, elle permet à l'administration d'échapper à la sanction des irrégularités commises dans la mise en œuvre du processus d'éloignement. Si elle a permis une plus grande efficacité dans l'action administrative⁶⁴, cette réforme du contentieux ne peut donc, dans cette perspective, être considérée comme ayant rétabli la cohérence juridique.

La question de l'efficacité du contrôle contentieux et de l'intelligibilité de la procédure d'éloignement, qui ne doit pas être confondue avec celle de l'efficacité de l'action administrative, reste ainsi entière : le juge administratif ne peut ordonner, suite au retrait d'un arrêté de reconduite à la frontière ou une obligation de quitter le territoire, qu'il soit mis fin à la mesure de rétention antérieurement décidée par le préfet et dont l'autorité judiciaire avait décidé la prolongation⁶⁵, et le juge judiciaire ne peut déclarer contraire à la légalité une mesure de rétention à laquelle il a pourtant mis fin en libérant l'étranger. La coordination du contrôle de légalité avec celui de la protection de liberté individuelle est donc rendue impossible. Il en résulte un contentieux d'une rare complexité qui nuit tant à la protection des droits de l'étranger qu'au travail des juges et à la « bonne administration de la justice » dont le Conseil constitutionnel a rappelé la valeur constitutionnelle⁶⁶.

⁶⁴ Les chiffres mentionnés *supra* le prouvent : 62% des éloignements réalisés en 2012 l'ont été dans les cinq premiers jours de la rétention, c'est-à-dire en-dehors du délai d'intervention du juge judiciaire. Ce chiffre s'élevait à 30% en 2011, avant la réforme législative.

⁶⁵ T.C., 05 juin 2000, n° 3187.

⁶⁶ Cons. Const., n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, J.O. du 31 décembre 2006, p. 20320, cons. 24 ; déc. n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, J.O. du 11 décembre 2009, p. 21381, texte n° 2, cons. 4 ou encore déc. n° 2013-356 QPC du 29 novembre 2013, *M. Christophe D. [Prorogation de compétence de la cour d'assises des mineurs en cas de connexité ou d'indivisibilité]*, J.O. du 1 décembre 2013, p. 19602, texte n° 29, cons. 3.

§ 2. *Des solutions controversées*

La question n'est pas celle de la volonté ou de l'inclination de tel ou tel juge à entériner ou à empêcher l'action administrative qui découle d'une volonté gouvernementale mais celui de la coordination de deux contrôles, celui de la garantie de la liberté individuelle, c'est-à-dire de la portée de la décision de placement en rétention et celui de la légalité de la mesure de rétention, qui servent tous deux l'État de droit mais qui n'ont manifestement pas le même objet.

Toute réforme contentieuse doit donc tenir compte de cette dualité, sans donner « priorité » à l'une ou l'autre. Seule leur coordination et leur simultanéité peut garantir une protection effective de l'ensemble des droits de l'étranger.

Bien que la solution ait été adoptée par certains pays, notamment la Belgique avec le Conseil du contentieux des étrangers, l'institution d'une juridiction spécialisée semble devoir être d'emblée écartée. En effet, outre la méfiance dont fait parfois preuve le droit français à l'égard des juridictions administratives spécialisées⁶⁷, elle supposerait une révision de la Constitution⁶⁸ ainsi que de nombreux inconvénients pratiques⁶⁹. Enfin, elle conduirait à faire du droit des étrangers un droit d'exception, un contentieux en marge du droit commun, ce qui ne paraît pas souhaitable⁷⁰. Dans cette perspective, il semble que la cohérence du

⁶⁷ V. en ce sens : M. DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, L.G.D.J., 1996, p. 2 : l'auteur évoque notamment la crainte d'une « justice ordre, voire d'une justice aux ordres » qui profile les juridictions d'exception qui ont pu être mises en place en des temps troublés, notamment au moment de l'épuration entre 1944 et 1949.

⁶⁸ La rétention administrative par exemple portant atteinte à la liberté individuelle, l'article 66 de la Constitution devrait être modifié afin de permettre à un juge *ad hoc*, et non uniquement au juge judiciaire, d'intervenir lorsqu'elle est concernée.

⁶⁹ Le rapport *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire* remis au Premier ministre en juillet 2008 par la Commission présidée par P. Mazeaud met ainsi en avant l'ampleur et la complexité de la réorganisation juridictionnelle, le coût important de l'entreprise, la difficulté des magistrats affectés à traiter des pans de contentieux auxquels ils ne sont pas habitués et formés, la composition des nouvelles juridictions qui imposerait un transfert important de magistrats déjà en place et l'affectation de la plupart des nouveaux magistrats vers les nouvelles juridictions. V. spéc. p. 81-84.

⁷⁰ Bien que la doctrine et les syndicats de juridiction soient divisés sur les solutions à apporter en matière de contentieux des étrangers, il existe un consensus visible sur le refus d'une juridiction spécialisée. En ce sens v. *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, Rapport de la Commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration présidée par Pierre MAZEAUD remis au Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire en juillet 2008, La documentation française, 2008, p. 81-84 ;

contentieux doit être retrouvée davantage dans une simplification radicale des procédures que dans la constitution d'une juridiction spécialisée.

Il semble donc qu'il faille davantage se concentrer sur une refonte de la répartition des compétences entre les juges judiciaire et administratif. Si les contraintes constitutionnelles à cette modification sont importantes (A), certaines solutions restent envisageables (B).

A. Les contraintes constitutionnelles à la modification des compétences administrative et judiciaire

L'unification du contentieux de l'éloignement au profit de l'un des deux ordres juridictionnels soulève deux questions constitutionnelles : celle du respect de l'article 66 de la Constitution et celle du respect du bloc constitutionnel de compétence du juge administratif.

Dans sa décision du 23 janvier 1987⁷¹, le Conseil constitutionnel a cherché à rationaliser le système de séparation des autorités administrative et judiciaire. Ayant à se prononcer sur le transfert du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris, la juridiction suprême a fondé sa décision sur un raisonnement en trois temps. Tout d'abord, elle affirme que le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle. Cependant, en vertu d'un principe fondamental reconnu par les lois

Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France, Rapport remis au Premier ministre le 14 mai 2013 par Matthias FEKL, Parlementaire en mission auprès du Ministre de l'intérieur, p. 47 ; « Le droit des étrangers - Table ronde avec Jean-Marie DELARUE, François JULIEN-LAFFERRIERE, Vincent TCHEN et Célia VÉROT », *D.A.* n° 2, 2008 : le président-adjoint de la Section du contentieux du Conseil d'État se déclare ainsi « hostile à l'idée d'une juridiction spécialisée », craignant « d'une part les juges qui ne s'occupent que d'une matière » et estimant d'autre part qu' « on est au cœur du droit des gens et [...] c'est bien là la mission du juge administratif de droit commun. Et pour apprécier cette matière il faut la confronter avec d'autres ». La même opinion est exprimée par l'ensemble des participants à la table ronde qui « partagent les réticences de M. Delarue à l'égard d'une juridiction spécialisée » car on peut « craindre le juge qui ne connaît que d'un seul type d'affaires » ; v. également en ce sens O. LECUCQ, « Le contentieux des étrangers : un contentieux de masse auquel il faut faire face », *AJDA*, 2012, p. 1210 ; ou encore S. SLAMA, « L'autre révision constitutionnelle (seconde partie) – Plaidoyer contre la juridiction administrative spécialisée », Blog droit administratif, 22 janvier 2008.

⁷¹ Cons. const., n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *J.O.* du 25 janvier 1987, p. 924.

de la République, la juridiction administrative bénéficie d'une compétence réservée en matière d'annulation et de réformation des actes pris en vertu de prérogatives de puissance publique⁷².

Selon le Doyen Vedel, si en matière de plein contentieux le principe de séparation n'a pas valeur constitutionnelle, le contentieux de la légalité a, quant à lui, été préservé par les lois de la République, « le législateur n'ayant jamais donné au juge judiciaire la possibilité d'annuler un décision exécutoire ou de la réformer »⁷³. C'est pourquoi cette décision consacre le contentieux de la légalité comme un domaine de compétence administrative constitutionnellement garanti. Le contenu de cette compétence est ainsi déterminé par des éléments à la fois matériels et organiques : il ne s'agit que du contentieux de l'annulation et de la réformation et ne sont concernés que les actes administratifs pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Par cette position, le juge constitutionnel affirme en réalité que « l'existence même d'une juridiction administrative compétente pour censurer les actes illégaux de la puissance publique constitue une garantie pour la défense des droits et libertés »⁷⁴, c'est pourquoi elle trouve sa place au sein des principes constitutionnels.

Ce noyau de compétence attribué à la juridiction administrative ne peut néanmoins s'étendre aux « matières réservées par nature à l'autorité judiciaire » et il peut être limité, dans « l'intérêt d'une bonne administration de la justice » par le législateur, permettant à ce dernier « d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »⁷⁵. Par cette dernière limite, le juge constitutionnel mesure les inconvénients pratiques de la dualité de juridiction qui résident notamment en l'éclatement d'un contentieux unique. Sur ce fondement, il acceptera « cet aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle » qui confie, dans un objectif de bonne administration de la justice, l'ensemble du contentieux de la concurrence au juge judiciaire.

⁷² Cons. 15 de la décision n° 86-224 précitée.

⁷³ G. VEDEL, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1989, p. 11.

⁷⁴ B. GENEVOIS, « La compétence constitutionnelle du juge administratif et la police des étrangers (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 89-261 DC du 28 juillet 1989) », *RFDA*, 1989, p. 694.

⁷⁵ Cons. const., n° 86-224 DC, précitée, cons 16.

La question qui se posait alors était celle de l'étendue du nouveau principe dégagé par le Conseil, notamment au regard du contentieux des étrangers qui est une des premières cibles de la dualité juridictionnelle. Deux questions étaient alors posées : le contentieux de l'éloignement, qui fait l'objet d'une répartition entre juge judiciaire et juge administratif, entre-t-il dans le bloc de compétence constitutionnel du juge administratif tel que défini par la jurisprudence de 1987 ? Si tel est le cas, est-il possible d'y déroger au motif que certaines des questions qu'il pose relèvent des « matières réservées par nature à la juridiction judiciaire », notamment la protection de la liberté individuelle inscrite à l'article 66 de la Constitution, ou dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ? Les réponses à ces questions furent en partie apportées par la décision du 28 juillet 1989⁷⁶.

La loi soumise au Conseil donnait compétence au tribunal de grande instance pour annuler en référé les arrêtés par lesquels le préfet ordonne la reconduite à la frontière d'un étranger en situation irrégulière, créant ainsi un bloc de compétences au profit du juge judiciaire en matière d'éloignement. Le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions à l'issue d'un raisonnement en trois temps.

Tout d'abord, il a confirmé les principes dégagés dans sa décision de 1987 consacrant une compétence de fondement constitutionnel à la juridiction administrative, tout en rappelant la faculté pour le législateur d'unifier les règles de compétence juridictionnelle « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice »⁷⁷.

À l'issue de ce rappel, le Conseil commence par démontrer que les décisions relatives à l'entrée ou au séjour des étrangers en France, qui sont alors prises sur le fondement de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 par l'autorité exerçant le pouvoir exécutif ou un de ses agents, constituent des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Par conséquent, les recours tendant à l'annulation de ces actes relèvent par principe de la compétence du juge administratif. L'énumération opérée par le Conseil des mesures susceptibles d'être prises par l'autorité administrative, parmi lesquelles se trouvent les refus d'entrée sur le

⁷⁶ Cons. const., n° 89-261 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, *J.O.* du 1er août 1989, p. 9679; *RFDA*, 1989, p. 621, note B. GENEVOIS ; *AJDA*, 1989, p. 619, note J. CHEVALLIER ; *D.* 1990, p. 161, note X. PRETOT.

⁷⁷ Cons. const., n° 86-224 DC, précitée, cons 16

territoire national, les décisions d'octroi ou de refus de titres de séjour, les arrêtés de reconduite à la frontière ou d'expulsion ainsi que les arrêtés d'assignation à résidence, suggère ainsi qu'il existe un bloc de compétence d'ordre administratif en matière de police des étrangers. La liste établie par le juge dans sa décision n'est cependant pas exhaustive, le considérant ne mentionnant que « notamment » ces actes. Le Conseil semble donc avoir voulu réserver une marge de manœuvre dans l'application de sa jurisprudence afin de pouvoir éventuellement contrôler toute autre intention d'unification législative du contentieux en la matière. Les décisions de placement en rétention administrative notamment ne sont pas mentionnées.

Après avoir rappelé la nature des actes en cause et la compétence juridictionnelle de principe pour en connaître, le juge recherche une des dérogations posées dans sa décision de principe de 1987 qui trouve à s'appliquer dans le cas particulier des arrêtés de reconduite à la frontière.

Le premier argument analysé est celui de l'application de l'article 66 de la Constitution en vertu duquel l'autorité judiciaire est « gardienne de la liberté individuelle ». Après avoir rappelé la portée de ces dispositions constitutionnelles, le juge énonce, dans un considérant assez expéditif, que la loi analysée satisfait à ces exigences en soumettant au contrôle judiciaire toute prolongation au-delà de vingt-quatre heures de la rétention administrative d'un étranger qui n'est pas en mesure de déférer à une mesure d'éloignement.

Par cette position, le juge semble adopter une définition étroite de la liberté individuelle entendue comme « la seule certitude pour les citoyens qu'ils ne feront pas l'objet, notamment de la part du pouvoir, de mesures arbitraires les privant de leur liberté matérielle, telles qu'arrestations ou détentions »⁷⁸. Pourtant, dans ses premières décisions impliquant l'article 66, le Conseil s'était davantage orienté vers une conception large de la liberté individuelle. Il avait ainsi rattaché à ce fondement le droit au respect de la vie privée⁷⁹, la liberté d'aller et venir⁸⁰ qui en l'espèce aurait

⁷⁸ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 2, 7^{ème} éd. mise à jour 1977, rééd. 2003, PUF, p. 45.

⁷⁹ Cons. const., n° 76-75 DC, 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, *J.O.* du 13 janvier 1976, p. 344, considérants 2-4.

⁸⁰ Cons. const., n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, *J.O.* du 22 janvier 1981, p. 308, cons. 54.

pu servir de fondement à la création d'un bloc de compétence en faveur du juge judiciaire, l'inviolabilité du domicile⁸¹ ou encore la liberté du mariage⁸². La décision de 1989 semble donc marquer un premier cran d'arrêt à cette jurisprudence en réorientant davantage l'article 66 de la Constitution sur la protection de la « sûreté » *stricto sensu* que sur une vision étendue de la liberté individuelle qui ne pourrait se détacher de la liberté d'aller et venir, et encore du droit au respect de la vie privée⁸³. Dans cette perspective, la disposition contestée était donc conforme au principe dans la mesure où elle prévoyait l'intervention du juge judiciaire dans la procédure de placement en rétention.

La seconde dérogation possible tenait à la « bonne administration de la justice ». L'exposé des motifs de la loi mettait tout d'abord en avant que la compétence du juge judiciaire devait s'étendre au contrôle de la légalité de la mesure de reconduite à la frontière et prévoyait à cet effet d'établir un lien entre la contestation en référé de l'arrêté de reconduite et la possibilité du placement en rétention. Ensuite, il mettait en avant des considérations d'ordre pratique tenant à la plus grande proximité géographique des tribunaux de grande instance permettant de « limiter au maximum les déplacements et les escortes qui résulteront de la présentation de l'étranger devant le juge », ainsi qu'à la charge des juridictions administratives qui ne pourraient supporter un volume si important ne serait-ce qu'en raison du caractère suspensif du recours mis en place par le législateur. Ces deux approches ne semblent pas avoir emporté la conviction du Conseil dans la mesure où il a considéré que « si la bonne administration de la justice commande que l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés,

⁸¹ Cons. const., n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, J.O. du 30 décembre 1983, p. 3871, cons. 28.

⁸² Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, J.O. du 18 août 1993, p. 11722

⁸³ Cette tendance se confirmera dans la jurisprudence postérieure du Conseil constitutionnel, notamment dans les décisions du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, J.O. du 10 mars 2004 page 4637, texte n° 4 et du 6 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, précitée, dans laquelle il estime que l'assignation à résidence prononcée dans l'attente de l'exécution d'une obligation de quitter le territoire ne comporte « aucune privation de la liberté individuelle » et qu'ainsi le « grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 est inopérant » (cons. 68). Pour une étude précise de cette jurisprudence dans son ensemble v. P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, 2014, p. 336 et suiv.

cette exigence peut être satisfaite aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative »⁸⁴.

Quant à la position du Conseil face au premier argument, il a pu être mis en avant qu'il n'y avait pas de lien nécessaire entre l'arrêté de reconduite à la frontière et le placement en rétention administrative, cette procédure « n'ayant qu'une portée très réduite », les mesures de surveillance ne pouvant intervenir « que s'il y a nécessité absolue », par conséquent « en raison même de leur caractère exceptionnel, les mesures de surveillance prises au titre de l'article 35 bis sont très inférieures en nombre aux arrêtés de reconduite à la frontière »⁸⁵. Ceci explique que le Conseil constitutionnel n'ait pas jugé nécessaire de modifier la répartition des compétences, la bonne administration de la justice ne pouvant être menacée par des décisions aussi exceptionnelles.

Le second argument quant à lui semble avoir été repoussé en raison de la conception même de la « bonne administration de la justice » que le juge entendait défendre. En invoquant des éléments pratiques, l'exposé des motifs de la loi envisageait une appréciation du principe au regard notamment du fonctionnement concret du service public de la justice. Or, le Conseil, dans cette décision, semble choisir une approche avant tout fondée sur répartition même des compétences et non sur des éléments matériels d'organisation pratique. Cette dérogation à un principe de valeur constitutionnelle que constitue la « bonne administration de la justice » ne peut donc renvoyer qu'à des considérations touchant à un meilleur aménagement des règles de compétences afin de rendre intelligible et effectif le contentieux concerné, opérant par là une distinction subtile et presque insaisissable entre l'idée de « bonne administration de la justice » et celle de bonne justice.

Si elle peut être expliquée par ces considérations, la décision de 1989 n'en reste pas moins surprenante. En effet, même si l'interprétation restrictive de l'article 66 de la Constitution, centrée sur la seule privation de liberté, pouvait éventuellement exclure le contrôle de légalité des arrêtés de reconduite à la frontière, l'argument tiré de la cohérence du contentieux semblait en revanche pouvoir trouver une

⁸⁴ Cons. 29 de la décision n° 89-261 DC précitée.

⁸⁵ B. GENEVOIS, « La compétence juridictionnelle du juge administratif et la police des étrangers », précité, p. 696.

justification. La coexistence de plusieurs procédures juridictionnelles, devant le juge administratif compétent pour annuler l'arrêté de reconduite, devant le juge civil qui seul pouvait prononcer la prolongation de la rétention au-delà de vingt-quatre heures ou encore devant le juge pénal lorsque l'entrée et le séjour constituaient une infraction pénale, aurait justifié, déjà à l'époque, une unification du contentieux au nom d'une bonne administration de la justice. Il ne s'agissait pas là que d'améliorer la rapidité ou la qualité du recours, mais bien de lui assurer sa qualité première, à savoir l'effectivité dont la garantie dépend avant tout de la cohérence du contentieux.

Ainsi, il apparaît clairement que « les critères apparemment simples et logiques retenus en 1987 ne permettent pas de tracer avec précision les frontières entre les compétences administrative et judiciaire », le Conseil demeurant « libre d'apprécier au cas par cas la constitutionnalité des réajustements éventuels décidés par le législateur ; il se donne ainsi les moyens d'une politique jurisprudentielle dont les orientations restent pour le moment bien vagues »⁸⁶.

Cette interprétation se vérifie de façon particulièrement claire dans la décision de 1989. Loin de permettre une simplification de procédure, le juge constitutionnel va jusqu'à affirmer que la compétence du juge judiciaire « pour contrôler une mesure de surveillance qui met en cause la liberté individuelle, s'exerce indépendamment du contrôle de la légalité des décisions administratives »⁸⁷. Interprétant de façon stricte la séparation des autorités administratives et judiciaires, principe auquel il ne confère pourtant qu'une valeur législative, le juge détache le contrôle de légalité de l'acte privatif de liberté de celui de la privation de liberté elle-même, alimentant ainsi la complexité du contentieux qui répartit entre deux ordres juridictionnels le contrôle de la légalité de la mesure et le contrôle des conséquences qu'elle emporte. Une telle position semble être motivée par la volonté du juge de définir un noyau de compétence de la juridiction administrative sur la protection des « actes de l'administration puissance publique », c'est-à-dire des actes qui sont l'émanation directe des prérogatives de

⁸⁶ J. CHEVALLIER, note sur Cons. const., n° 89-261 DC, 28 juillet 1989, *AJDA*, 1989, p. 619.

⁸⁷ Déc. n° 89-261 DC, cons. 25.

puissance publique des autorités exerçant le pouvoir exécutif⁸⁸, et ce même si cette définition nuit à la cohérence du contentieux.

C'est donc au regard de cette décision, jusqu'alors jamais remise en cause, que doit se faire toute proposition de réformation du contentieux de l'éloignement partagé entre les juges judiciaires et le juge administratif. Si les obstacles constitutionnels qui ressortent de la décision de 1989 sont souvent présentés comme clairs et définitifs⁸⁹, les évolutions que le contentieux a connu depuis plus de vingt ans semblent pouvoir induire une nouvelle approche.

B. Les solutions à envisager

Afin de proposer des solutions claires, il faut tout d'abord distinguer trois actes : l'obligation de quitter le territoire, l'arrêté de placement en rétention et la prolongation de la rétention. Si elles sont chacune la conséquence de la précédente, ces trois décisions font néanmoins l'objet de motivations, et donc de contrôles distincts.

Tout d'abord, la conception restrictive de l'article 66 de la Constitution n'empêche pas en lui-même le contrôle de la légalité de la mesure de placement en rétention. En effet, la mesure de rétention est un acte distinct de la mesure d'éloignement, aujourd'hui le plus souvent établie sous la forme d'une obligation de quitter le territoire français. Ces deux mesures étant distinctes, le contrôle de légalité de la mesure de rétention, en tant qu'elle constitue un acte privatif de liberté, ne contrevient pas à la définition stricte de la liberté individuelle de l'article 66 entendu comme une garantie de la « sûreté » individuelle. Par conséquent, ce fondement ne semble pas s'opposer à un contrôle de légalité de la mesure opéré par le juge judiciaire. Il pourrait même, pris en ce sens, le justifier car il est la cause directe du placement en rétention, donc de la privation de liberté et potentiellement d'une privation arbitraire. Certes, le Conseil, dans son considérant relatif au contrôle de

⁸⁸ Pour une étude détaillée de cet enjeu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de dualité de juridiction v. A. VAN LANG, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, 1996, p. 285 et suiv.

⁸⁹ V. par exemple le Rapport remis au Premier ministre en 2013 : *Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France*, précité, p. 46.

légalité, ne souhaite pas établir de lien automatique entre le contrôle de légalité de l'acte administratif et la surveillance de la privation de liberté, mais il ne s'y oppose pas non plus de façon explicite. Il paraît donc envisageable de confier au juge judiciaire le contrôle de la légalité de l'arrêté de placement en rétention, à la condition évidente de réduire le délai de placement initial en vigueur, les cinq jours actuels empêchant l'effectivité de tout contrôle du juge judiciaire.

Une telle mesure viendrait en réalité seulement tirer les conséquences de l'état actuel du droit en faisant aboutir le raisonnement selon lequel le juge judiciaire est le juge de la rétention, indépendamment de l'éloignement lui-même. En effet, depuis le décret du 14 novembre 2006⁹⁰, le juge des libertés et de la détention peut demander la remise en liberté de l'étranger placé en rétention si les conditions de droit ou de fait le justifient : s'il ne peut prononcer l'illégalité de la mesure de placement en rétention, il peut l'écarter pour irrégularité, c'est-à-dire la priver d'effet, ce qui lui donne la maîtrise de fait de l'acte administratif concerné. Lui confier le contrôle de légalité de la mesure permettrait donc de clarifier les compétences en attribuant explicitement l'ensemble du contentieux de la rétention au juge judiciaire sans pour autant modifier en profondeur la répartition des compétences telle qu'elle résulte du droit applicable. Le juge judiciaire continuerait de connaître d'une décision de placement sans avoir prise sur la décision qui l'a motivée. Néanmoins, une telle modification, opérée dans un but évident de cohérence du contentieux, ne semble pas être contraire au cadre constitutionnel établi par le Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences.

En revanche, l'attribution de l'ensemble du contentieux de l'éloignement à l'un des deux juges pose davantage de questions car la situation serait proche de celle ayant donné lieu à la décision de 1989.

Si la mesure de reconduite à la frontière a aujourd'hui pratiquement disparu⁹¹, elle a été remplacée par l'obligation de quitter le territoire français qui constitue, elle

⁹⁰ Décret n° 2006-1378 du 14 novembre 2006 *relatif à la partie réglementaire du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, *J.O.* du 15 novembre 2006, p. 17153, précité.

⁹¹ Ce constat s'impose au regard de la proposition n° 22 du rapport remis en 2013 au Premier ministre, précité, qui suggère de « fusionner la procédure des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière avec celle relative aux obligations de quitter le territoire français » car « la réforme opérée par la loi du 24 juillet 2006, qui a fait de l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) le

aussi, une mesure de départ forcé. Afin de constituer un bloc de compétences en matière d'éloignement, il faudrait attribuer au juge judiciaire la compétence pour connaître de la légalité de la mesure d'éloignement elle-même. En l'état actuel du droit, cette solution apparaît comme la plus simplificatrice : elle permettrait de laisser au contentieux du séjour se déroulant devant le juge administratif le temps de s'opérer tout en garantissant une cohérence dans le rendu des décisions. Si elle semble contraire aux exigences posées en 1989 par le Conseil, elle pourrait aujourd'hui faire l'objet d'une nouvelle argumentation devant le juge.

Tout d'abord, si le placement en rétention était relativement rare à l'époque, il est aujourd'hui fréquent dans les cas de départ forcé. Le lien entre ces deux mesures est donc devenu nécessaire. Ce caractère quasi systématique pourrait convaincre le juge constitutionnel de modifier sa jurisprudence : la multiplication des décisions en la matière ayant entraîné un accroissement exponentiel du contentieux⁹², la répartition des compétences s'en est trouvée complexifiée à l'excès, ce qui pourrait justifier la création d'un bloc de compétences au profit d'un des deux juges.

Envisageable, l'attribution de l'ensemble du contentieux au juge administratif ne semble pas souhaitable. Tout d'abord, ce transfert ajouterait l'ensemble du contrôle des mesures d'éloignement à la masse contentieuse incombant déjà à la juridiction administrative en matière d'entrée et de séjour des étrangers, ce qui pourrait engorger rapidement la juridiction. Ensuite, le contrôle du placement en rétention demande des pouvoirs d'enquête dont ne dispose pas le juge administratif. Enfin, et cet argument est le plus déterminant, le Conseil constitutionnel serait

vecteur principal de mise en œuvre des mesures d'éloignement a curieusement laissé perdurer les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF) » alors que « ceux-ci ne peuvent [...] plus intervenir que dans deux situations précisément délimitées », p. 54.

⁹² Le rapport du Ministère de la Justice de 2009 relatif au contentieux judiciaire des étrangers faisait ainsi état de 40 000 décisions du juge des libertés et de la détention en 2007 contre 30 000 en 1996, de 46 480 saisines du juge administratif en 2007 contre 30 000 en 2003 (v. Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, *Le contentieux judiciaire des étrangers. Enquête statistique*, janvier 2008). De même, le onzième rapport sur les étrangers en France fait état d'un nombre de placements en rétention administrative fluctuant entre 30 270 et 24 176 de 2008 à 2013, pour un nombre de mesures d'éloignement prononcées allant de 77 697 à 80 006 (v. *Les étrangers en France. Onzième rapport établi en application de l'article L.111-10 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, Rapport au Parlement sur les données de l'année 2013, Direction de l'information légale et administrative, 2014, p. 84).

susceptible de s'y opposer sur le fondement de l'article 66 : s'il a accepté régulièrement les prolongations de délai de rétention et le déplacement du délai d'intervention du juge judiciaire, il a néanmoins rappelé à chaque reprise que la liberté individuelle ne pouvait être garantie, en matière de rétention administrative, que si l'intervention de l'autorité judiciaire était effective⁹³. Or, transférer l'ensemble du contentieux de l'éloignement suppose de transférer le contrôle de la nécessité de la mesure de rétention et de sa prolongation, mesures privatives de liberté qui relèvent de toute évidence de la compétence naturelle du juge judiciaire sur le fondement de l'article 66. Il semble donc que le bloc de compétence ne puisse être constitué qu'à la faveur du juge judiciaire.

En l'état actuel du droit, la constitution d'un bloc contentieux en matière d'éloignement se heurterait au fait que le recours contre l'obligation de quitter le territoire français peut être rattaché à celui du refus de séjour. Un transfert du contentieux de l'éloignement au juge judiciaire nécessiterait donc également une modification de l'article L. 512-1 du CESEDA afin de supprimer le contrôle en urgence de l'obligation de quitter le territoire par le juge administratif et de le confier au juge judiciaire, détachant ainsi le contentieux de l'éloignement de celui du refus de séjour. Le juge administratif conserverait ainsi le contrôle de légalité en matière de séjour, tandis que le juge judiciaire se verrait attribuer l'ensemble du contentieux de l'éloignement. Une telle répartition mettrait fin aux risques de décisions contradictoires tout en préservant la protection de la liberté individuelle de l'étranger.

En raison de l'interprétation restrictive de la liberté individuelle aujourd'hui adoptée par le Conseil, ce transfert ne pourrait cependant être justifié en lui-même par la conservation des « matières relevant par nature de la juridiction judiciaire » car la mesure d'éloignement, prise dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, ne porte pas en elle-même privation de liberté. Sur ce point, la jurisprudence de 1989 trouve toujours à s'appliquer. Ainsi, si l'article 66 de la Constitution semble exclure

⁹³ V. notamment : Cons. const., n° 80-109 DC, 9 janvier 1980, *Rec.* p. 29, précitée ; Cons. const., n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Rec.* p. 135, précitée ; Cons. const., n° 92-307 du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'Ordonnance n°2658 du 2 novembre 1945*, *Rec.* p. 48 ; ou encore Cons. const., n°97-389 du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, *Rec.* p. 45.

la constitution d'un bloc de compétences au profit du juge administratif, il ne constitue pas un fondement suffisant à la compétence du juge judiciaire.

En revanche, le transfert pourrait être justifié au regard de la « bonne administration de la justice », telle qu'elle a pu être appréhendée dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel.

Le contentieux relatif aux soins psychiatriques sans consentement semble en effet révéler une appréhension plus favorable du juge constitutionnel vis-à-vis d'un contrôle par le juge judiciaire de mesures édictées par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. Les enjeux en la matière sont proches de ceux qui prévalent en matière d'éloignement : le dualisme juridictionnel y exprime la volonté de garantir « une protection satisfaisante à des personnes d'une particulière vulnérabilité » et « le respect des prérogatives de puissance publique reconnues à l'autorité de police »⁹⁴ chargée, dans le cas de l'hospitalisation d'office, de préserver l'ordre public auquel ces personnes sont susceptibles de porter atteinte.

Les revendications d'exclusivité du juge judiciaire en la matière, comme dans celle de l'éloignement des étrangers, se renouvelèrent longtemps sans succès, le Tribunal des conflits réitérant de manière constante sa jurisprudence selon laquelle « il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision qui ordonne le placement »⁹⁵. Le contentieux des décisions d'internement, « exemples-types de prérogatives de puissance publique »⁹⁶, ne pouvait donc être exclusivement attribué au juge judiciaire sous peine de contrevenir à la réserve de compétence administrative dont la valeur constitutionnelle a été reconnue par le Conseil constitutionnel en 1987.

Malgré cette jurisprudence constante, ce dernier, dans une décision du 26 novembre 2010 rendue sur question prioritaire de constitutionnalité⁹⁷, a implicitement reconnu la possibilité pour le juge judiciaire de se voir confier l'ensemble du contentieux relatif à ces mesures, et non uniquement celui de la prolongation de

⁹⁴ A. FARINETTI, « L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011 », précité, p. 111.

⁹⁵ T.C., 27 novembre 1995, *préfet de Paris c/ Mlle Boucheras*, JCP G, 1996. IV. 637.

⁹⁶ A. FARINETTI, « L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011 », précité, p. 111.

⁹⁷ Cons. const., n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*, J.O. du 27 novembre 2010, p. 21119.

l'hospitalisation sans consentement. Il a en effet considéré que « si, en l'état du droit applicable, les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas compétentes pour apprécier la régularité de la procédure et de la décision administratives qui ont conduit à une mesure d'hospitalisation sans consentement, la dualité des ordres de juridiction ne limite pas leur compétence pour apprécier la nécessité de la privation de liberté en cause »⁹⁸. Cette référence à « l'état du droit applicable » pour justifier l'articulation des compétences juridictionnelles appréciées a été comprise par la doctrine⁹⁹, comme l'acceptation implicite de la constitutionnalité d'une éventuelle modification. Une telle analyse a d'ailleurs été confirmée par le commentaire de la décision publié par le Conseil constitutionnel et dans lequel il affirme que « l'unification du contentieux, [...] en matière d'hospitalisation sans consentement, paraît répondre aux conditions posées par le considérant 16 de la décision du 23 janvier 1987 »¹⁰⁰. Cette position a par la suite encouragé le législateur à transférer au juge judiciaire le contrôle de la régularité des décisions administratives fondant la mesure de soins psychiatriques sans consentement¹⁰¹.

La position du Conseil constitutionnel, motivée manifestement par la volonté de permettre au législateur d'adopter les mesures nécessaires à la clarification de l'articulation des compétences juridictionnelles, pourrait être réitérée au profit des décisions de placement en rétention et d'obligation de quitter le territoire qui leur sont attachées, en tenant compte du lien désormais nécessaire entre ces deux décisions. La réforme législative peut donc, dans ce cadre, être désormais envisagée.

Une telle modification semble d'ailleurs encouragée par la jurisprudence *SCEA du Chêneau*¹⁰² du Tribunal des conflits datant de 2011. Tout en réaffirmant la

⁹⁸ Cons. const., n° 2010-71 QPC, cons. 37.

⁹⁹ En ce sens v. O. RENAUDIE, « L'hospitalisation sans consentement devant le juge constitutionnel », note sous Cons. const., n° 2010-71 QPC, 26 nov. 2010, *AJDA* 2011. 174, note X. Bioy; *ibid.* 2010. 2284 ; *Constitutions* 2011. 108, obs. X. Bioy; *RTD civ.* 2011. 101, obs. J. Hauser, *RDSS*, 2011, p. 304.

¹⁰⁰ Commentaire de la décision n° 2010-71 QPC, *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, 2011, p. 19.

¹⁰¹ Cette loi n'a pas été déferée au Conseil constitutionnel. Il n'existe par conséquent aucune position explicite de sa part sur le transfert de compétence tel qu'il a été opéré par le législateur par la loi du 5 juillet 2011.

¹⁰² TC, 17 octobre 2011, *préfet de la Région Bretagne, préfet d'Ille-et-Vilaine, SCEA du Chêneau contre Interprofession nationale porcine, M. C et autres contre Centre national interprofessionnel de*

compétence de principe du juge administratif pour connaître de toute contestation de légalité d'un acte administratif soulevée à titre incident à l'occasion d'un litige devant le juge judiciaire¹⁰³, le tribunal reconnaît la compétence de ce dernier pour apprécier la légalité des décisions administratives « lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal ». L'arrêt consacre donc, au profit du juge judiciaire non répressif, une « compétence concurrente de celle du juge administratif »¹⁰⁴ pour apprécier l'illégalité manifeste d'un acte administratif. Semblant être guidé par le souhait de conserver l'unité du procès¹⁰⁵, le Tribunal des conflits reconnaît une plénitude de compétence au profit du juge de l'action en se fondant « implicitement mais principalement » sur « le critère constitutionnel de la bonne administration de la justice »¹⁰⁶ qui l'a conduit à faire du juge de l'action le juge de l'exception en matière de légalité des actes administratifs.

Une telle jurisprudence, si elle est encore empreinte d'incertitudes, notamment au regard du critère de la « jurisprudence établie » du juge administratif¹⁰⁷, témoigne néanmoins d'une volonté d'assouplir les positions relatives aux questions de répartition des compétences qui pourrait être favorable à une refonte de la répartition des compétences en matière d'éloignement des étrangers ou, dans une moindre mesure, à l'extension prétorienne du contrôle du juge judiciaire à la légalité de l'obligation de quitter le territoire lorsqu'il est saisi à titre principal du maintien en rétention. Cette seconde hypothèse ne semble néanmoins pas des plus souhaitables car elle entraînerait une extension purement jurisprudentielle du contrôle à trois mesures au lieu d'une en l'état actuel du droit, ce qui contribuerait à complexifier

l'économie laitière, n° 3828 et 3829, publié au *Recueil Lebon* ; concl. J.-D. Sarcelet, *RFDA*, 2011, p. 1122.

¹⁰³ T.C., 16 juin 1923, n° 0732, *Septfonds c/ Compagnie des Chemins de fer du Midi*, *Rec. p.* 498.

¹⁰⁴ B. SEILLER, « Note sous T.C., 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau* (n° 3828 et 3829) », *RFDA*, 2011, p. 1133.

¹⁰⁵ V. en ce sens M. GUYOMAR et X. DOMINO, « Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice », *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, *AJDA*, 2012, p. 30.

¹⁰⁶ B. PLESSIX, « Compétence incidente du juge judiciaire en matière d'appréciation de la légalité des actes administratifs », *JCP G*, 2011, p. 2523.

¹⁰⁷ En ce sens v. A. MINET, « La jurisprudence établie : les ambiguïtés d'une notion », *AJDA*, 2015, p. 279.

davantage la répartition des compétences qui, pour être pleinement cohérente, doit être issue de la loi.

Dans ce cadre, le législateur pourrait élever au rang législatif le principe selon lequel le juge de l'action est juge de l'exception en matière d'éloignement. Afin d'éviter la radicalité d'une unification du contentieux au profit de l'un des deux juges tout en créant un cadre contentieux cohérent, un mécanisme de contrôle par exception de la légalité de la mesure de rétention et de l'obligation de quitter le territoire pourrait être mise en place. La première mesure nécessaire serait alors de réduire le délai de placement initial, voire de le supprimer au profit d'une saisine immédiate du juge judiciaire¹⁰⁸. Saisi alors du maintien en rétention, le juge judiciaire pourrait se prononcer sur un moyen tiré de l'illégalité des deux mesures sur lesquelles ce maintien est fondé : l'arrêté de placement en rétention et l'obligation de quitter le territoire dont il est la conséquence. Le juge administratif ne conserverait alors que le contrôle du refus de séjour, opéré de nouveau dans un délai de droit commun et non plus en urgence, et ce, même s'il a été saisi d'un recours contre l'obligation de quitter le territoire à l'occasion du recours contre le refus de séjour. Le recours par la voie de l'exception devant le juge judiciaire éteindrait l'action administrative. Si cette solution est moins définitive et radicale que la mise en place d'un bloc de compétence, elle améliore néanmoins la protection de la liberté individuelle de l'étranger.

Certes, cette jurisprudence du Tribunal des conflits ne s'impose évidemment pas au juge constitutionnel, mais elle pourrait influencer la position de celui-ci dans le cadre d'un dialogue des juges et donc encourager la témérité du législateur dans un souci de clarification du contentieux de l'éloignement. Tel ne semble pourtant pas avoir été sa conséquence dans la mesure où le projet de loi déposé à l'Assemblée nationale en juillet 2014 ne revient pas sur cette répartition malgré les recommandations du rapport remis en 2013¹⁰⁹. Le ministre de l'Intérieur, lors de son

¹⁰⁸ Rapport de M. FEKL, *Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France*, remis au Premier ministre le 14 mai 2013, p. 49-50.

¹⁰⁹ Le rapport remis par M. FEKL proposait ainsi trois hypothèses de réforme : une extension des pouvoirs du juge administratif, jugée néanmoins difficile à mettre en pratique, un contrôle *a priori* du juge judiciaire permettant au juge des libertés et de la détention d'intervenir dès le début de la période de rétention, hypothèse la plus séduisante d'après le rapport car permettant une pleine garantie des

audition devant la Commission des lois, a fait mention des difficultés soulevées par les modalités actuelles d'intervention des juges administratif et judiciaire ainsi que de la nécessité de coordonner « avec la plus grande minutie » leur intervention. Le délai de cinq jours ne sera néanmoins pas modifié, pas plus que la répartition contentieuse, et il ressort implicitement de sa justification que les étrangers éloignés sans avoir pu avoir recours au juge judiciaire étant principalement des ressortissants européens, les préoccupations ne sont en réalité pas justifiées, ce qui expliquerait en partie le silence du projet de loi sur la question¹¹⁰.

Section 2. Un encadrement encore incertain par le juge administratif

L'administration disposant le plus souvent d'un pouvoir discrétionnaire en matière de séjour et d'éloignement des étrangers, le contrôle du juge connaît nécessairement une intensité graduée.

La rationalisation de l'action administrative doit passer en premier lieu par une uniformisation des fondements des décisions, donc par une application unifiée des règles législatives et réglementaires. Si l'étranger n'a pas de droit au séjour, il reste néanmoins un administré et doit bénéficier à ce titre d'une égalité de traitement. C'est pourquoi le juge administratif contribue à la rationalisation des sources du statut des étrangers en opérant les interprétations nécessaires à leur clarification. Cette

droits de l'étranger et enfin, en cas d'impossibilité matérielle de mise en oeuvre de cette seconde proposition, un retour à l'organisation antérieure à la loi du 16 juin 2011 afin de permettre de réintroduire *a minima* dans la procédure des garanties indispensables. v. *Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France*, rapport remis au Premier ministre le 14 mai 2013, p. 46-53.

¹¹⁰ Ministre de l'Intérieur, audition du 1^{er} juillet 2015 devant la Commission des lois, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi n° 2183 relatif au droit des étrangers en France* : « Certains d'entre vous s'en inquiètent car une part non négligeable des étrangers est éloignée avant même que le juge ait pu examiner les conditions de leur interpellation. Ces éloignements ont lieu exclusivement vers des pays de l'Union européenne puisqu'il est impossible, dans les autres cas, d'obtenir un laissez-passer consulaire dans des délais si courts. Toutefois, du point de vue des principes, un tel angle mort n'est pas satisfaisant. Pour remédier à cette situation, il faut prendre en compte l'ensemble des aspects du sujet : dans la chaîne contentieuse en rétention, particulièrement complexe, l'action des deux juges qui se prononcent en l'espace de cinq jours doit être coordonnée avec la plus grande minutie ; du point de vue des forces de l'ordre et de la Chancellerie, il faut garder à l'esprit que la procédure implique des escortes et des audiences alors que les services sont très mobilisés par ailleurs », p. 67.

rationalisation reste néanmoins limitée, certaines sources échappant encore au contrôle du juge (§ 1).

La fonction prudente « d'aiguillon » adoptée par le juge ne l'a néanmoins pas empêché d'étendre également son contrôle à l'appréciation que porte au cas par cas l'administration sur la base de ces éléments. S'il la laisse libre dans l'exercice de sa compétence discrétionnaire, il s'assure tout de même qu'elle ne commette pas d'erreur qui confinerait à l'arbitraire. Ainsi, « la liberté d'appréciation de l'administration subsiste, mais elle doit en user de façon raisonnable »¹¹¹. C'est notamment l'exercice de ce contrôle par le juge qui soulève parfois la question de la portée réelle de sa jurisprudence et de la rationalisation du pouvoir discrétionnaire en matière de statut des étrangers qu'elle est censée apporter (§ 2).

§ 1. Le contrôle limité du juge sur les sources administratives du statut des étrangers

En opérant les interprétations nécessaires à la clarification des fondements textuels du droit du séjour des étrangers, le juge les rend plus intelligibles et oriente l'administration dans la motivation de ses décisions en la matière. Ce faisant, il permet une action administrative rationalisée et cohérente (A). Cette rationalisation reste néanmoins limitée, le juge refusant de reconnaître l'invocabilité des circulaires, instruments pourtant fondamentaux en la matière qui ont pour but de déterminer et de coordonner l'action administrative (B).

A. Une orientation fréquente de l'administration quant à la motivation à adopter

Si la clarification des dispositions est nécessaire (1), elle est toujours opérée de façon à conserver la liberté d'appréciation laissée à l'autorité administrative par la loi (2).

1. La nécessaire clarification des dispositions textuelles

S'il rejette une demande, le préfet doit faire connaître les motifs pour lesquels celle-ci a été rejetée, en indiquant les faits qu'il retient ou qu'il écarte. Le refus doit

¹¹¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., 2001, n° 1256, p. 1066.

comporter une mention des textes qui justifient la décision et faire référence à leur contenu de façon précise afin de permettre notamment à l'intéressé de contester utilement le fondement de la décision qui lui est opposée, cette exigence découlant de la loi du 11 juillet 1979¹¹². S'il ne fait par exemple qu'indiquer au demandeur qui a présenté un contrat de travail que sa demande ne répond ni à des considérations humanitaires, ni à des motifs exceptionnels au sens de l'article L. 313-14 du Code, le préfet ne satisfait aux exigences de la loi de 1979 relative à l'obligation de motivation des décisions administratives¹¹³.

Il résulte de cette obligation que l'administration ne peut s'en tenir à des motifs, factuels ou juridiques, trop généraux. Cette obligation de motivation est d'autant plus importante qu'elle conditionne la légalité d'une éventuelle obligation de quitter le territoire dont est le plus souvent assorti le refus de délivrance du titre de séjour. En effet, si la loi prévoit que la décision énonçant l'obligation de quitter le territoire n'a pas à faire l'objet d'une motivation distincte de celle du refus de séjour dans les cas où la mesure d'éloignement fait suite à un refus de titre de séjour ou d'un retrait¹¹⁴, cette exception à l'obligation de motivation s'applique seulement si la mesure d'éloignement assortit une décision relative au séjour elle-même explicite et motivée¹¹⁵ car une obligation de quitter le territoire non motivée serait incompatible avec les objectifs de l'article 12 paragraphe 1 de la Directive 2008/115 du 16 décembre 2008 qui prévoit que « *les décisions de retour (...) indiquent leurs motifs de fait et de droit* »¹¹⁶. Or, les critères tant légaux que réglementaires étant le

¹¹² 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, *J.O.* du 12 juillet 1979, p. 1711, article 3 : « la motivation doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision ».

¹¹³ V. par exemple : CAA Paris, 17 juin 2010, n° 10PA00241, *AJDA*, 2010, p. 2097 ou encore CAA Versailles, 5 novembre 2010, n° 08VEO3922, *Sakho*.

¹¹⁴ Article L. 511-1 I du CESEDA.

¹¹⁵ *C.E., avis, 13 févr. 2013, n° 363533* : dans le cas où il prononce une obligation de quitter le territoire à la suite d'un refus implicite de délivrance ou de renouvellement de titre de séjour, le préfet doit motiver sa décision en indiquant les circonstances de fait et les considérations de droit qui la justifient. Il ne peut pas ici se borner à motiver sa décision par référence à un refus implicite de titre de séjour.

¹¹⁶ Le Conseil d'État a ainsi considéré que ces dispositions « *précises et inconditionnelles* » de la directive « retour » peuvent être invoquées à l'appui d'un recours contre une obligation de quitter le territoire non motivée. Toutefois, si cette obligation est assortie d'un refus de séjour, sa motivation se confond avec celle de ce refus puisqu'elle en découle. L'obligation de quitter le territoire n'a dès lors

plus souvent imprécis et incomplets en la matière¹¹⁷, il revient au juge d'en préciser, voire d'en « dévoiler » la teneur, sans pour autant se substituer au législateur sur la volonté duquel il affirme se fonder.

Nous pouvons ainsi citer l'exemple de la jurisprudence relative à l'admission exceptionnelle au séjour par le travail ainsi que celle relative à l'admission au séjour temporaire de l'étranger malade.

Dans un avis contentieux du 8 juin 2010¹¹⁸, le Conseil d'État revient ainsi sur les conditions posées par la loi à la délivrance d'un titre de séjour temporaire portant la mention « salarié » sur le fondement de l'article L. 313-14 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Cet article, introduit par la loi du 20 novembre 2007, avait pour but de régulariser la situation d'étrangers travaillant en France et y résidant depuis plus de dix ans mais ne pouvant bénéficier des dispositions relatives à l'admission au séjour par le travail du fait du caractère irrégulier de leur séjour. Les dispositions du nouvel article étaient à clarifier à plusieurs égards : tout d'abord, en tant qu'elles visent à attribuer un fondement textuel au pouvoir gracieux de régularisation du préfet, elles mettent en jeu les notions de « considérations humanitaires » et de « motifs exceptionnels ». Ensuite, elles renvoient à l'article L. 313-10 1°, dont l'objet est d'attribuer à l'étranger, en fonction d'une liste nationale des zones géographiques caractérisées par des difficultés de recrutement, une carte de séjour temporaire « salarié » sans que puisse lui être opposable la situation de l'emploi¹¹⁹.

pas à être motivée sans que cette omission soit pour autant contraire aux exigences de l'article 12 de la directive (*C.E., 10 oct. 2013, req. n° 359221, Kiri c/ préfet Bouches-du-Rhône*).

¹¹⁷ Sur ce point v. ce titre, chapitre 1, section 2.

¹¹⁸ C.E., 8 juin 2010, req. n° 334793, *MM. Ibrahima S., Aboubacar B. et A., J.O. n° 0167 du 22 juillet 2010, p. 13537, texte n° 75; AJDA, 2010. 1123.*

¹¹⁹ L'article L. 313-10 1° dispose ainsi que la carte de séjour temporaire autorisant l'exercice d'une activité professionnelle est délivrée à « l'étranger titulaire d'un contrat de travail visé conformément aux dispositions de l'article L. 341-2 du Code du travail. / Pour l'exercice d'une activité professionnelle salariée dans un métier et une zone géographique caractérisés par des difficultés de recrutement et figurant sur une liste établie au plan national par l'autorité administrative, après consultation des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives, l'étranger se voit délivrer cette carte sans que lui soit opposable la situation de l'emploi sur le fondement du même article L. 341-2 ».

Lors des discussions parlementaires, la nature des éléments susceptibles de constituer un « motif exceptionnel » et donc de permettre de bénéficier de ces nouvelles dispositions avait été débattue sans pour autant que le législateur se décide à trancher. Le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale avait indiqué qu'une promesse d'embauche suffirait à considérer que l'intéressé satisfaisait aux conditions¹²⁰ tandis que le rapporteur du projet pour la Commission des lois du Sénat considérait au contraire « que les étrangers en situation irrégulière qui se prévaudraient d'une promesse d'embauche ne seraient pas régularisés automatiquement, même si leur demande devait être prise en compte plus favorablement »¹²¹. La portée incertaine des dispositions ainsi mises en place était évidente et il est revenu au juge d'en préciser la teneur.

Le Conseil d'État va donc procéder à une véritable étude du texte et préciser les éléments susceptibles d'être retenus dans les motifs de la décision administrative. Il relève tout d'abord « qu'il ressort des travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 20 novembre 2007 » que le législateur a entendu « limiter le champ de l'admission exceptionnelle à la carte de séjour temporaire portant la mention salarié » et qu'ainsi « un demandeur qui justifierait d'une promesse d'embauche ou d'un contrat lui permettant d'exercer une activité figurant dans la liste [...] ne saurait être regardé, par principe, comme attestant, par là-même, des motifs exceptionnels exigés par la loi ». Il appartient donc à l'autorité administrative « sous le contrôle du juge, d'examiner, notamment, si la qualification, l'expérience et le diplômes de l'étranger ainsi que les caractéristiques de l'emploi auquel il postule [...] de même que tout élément de sa situation personnelle [...] tel que par exemple l'ancienneté de son séjour en France » qui « peuvent constituer, en l'espèce, des motifs exceptionnels d'admission au séjour ».

¹²⁰ Rapport n° 160 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 57) relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (urgence déclarée), par M. Thierry Mariani, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 12 septembre 2007, p. 183.

¹²¹ Rapport n° 470 rectifié fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, par M. François-Noël BUFFET, Sénateur, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, Annexe au procès-verbal de la séance du 26 septembre 2007, p. 84.

Se fondant sur la référence toujours délicate à l'intention du législateur qui, nous l'avons vu en l'espèce, n'est pas toujours aisée à identifier, le juge délivre un guide « pédagogique »¹²² de l'admission exceptionnelle au séjour. S'il se veut précis, il ne remet cependant pas en cause la marge d'appréciation de l'administration. Le juge, en l'espèce, indique simplement à l'administration qu'elle doit examiner globalement les éléments relatifs à la situation professionnelle mais aussi personnelle du demandeur, la présentation d'un contrat de travail n'étant pas un élément suffisant d'appréciation des motifs exceptionnels. Par là, il complète le texte, orientant les décisions prises sur son fondement, mais il conforte également l'exercice du pouvoir discrétionnaire car il établit une liste indicative et non exhaustive d'indices dont il ne précise pas s'ils sont cumulatifs ou alternatifs et qui, sur le fond, dépendent d'une appréciation de l'administration. Son orientation permet ainsi de rationaliser cette appréciation et d'éviter les motivations trop disparates de décisions pourtant fondées sur un même texte.

2. La portée de la clarification jurisprudentielle : un aiguillon respectueux du pouvoir discrétionnaire accordé par la loi

Traditionnellement, la doctrine estime, s'agissant des notions indéterminées, qu'elles ouvrent la voie à un pouvoir discrétionnaire de l'administration¹²³. Dans de tels cas, soit le juge décide de ne pas opérer de contrôle, soit il intervient dans la marge d'appréciation laissée à l'administration et dans ce cas il peut être considéré comme exerçant lui-même le pouvoir discrétionnaire de l'administration qui se transfère de cette dernière à lui-même¹²⁴. Cette dernière hypothèse semble néanmoins ne pas pouvoir être retenue ici. En effet, l'interprétation du juge présente un caractère général et non individuel : il vise à systématiser les décisions, il n'en détermine pas à l'avance le contenu propre. Or, « la norme dégagée dans le cadre d'un pouvoir

¹²² M. SIRINELLI, « Refus d'admission exceptionnelle au séjour et motivation », *AJDA*, 2010, p. 2097.

¹²³ En ce sens v. D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Thèse, Bruylant, 1986, p. 243.

¹²⁴ V. L. GOLDENBERG, [Léo Hamon], *Le Conseil d'État, juge du fait, étude sur l'administration des juges*, thèse, Dalloz, 1932, p. 217.

discrétionnaire a vocation à épuiser ses effets dans la décision discrétionnaire »¹²⁵, ce qui ne s'applique pas aux clarifications que le juge opère ici. Celui-ci dégage le sens de la législation plus qu'il ne l'applique au cas d'espèce. C'est donc davantage la question du pouvoir normatif du juge que celle d'un exercice par lui du pouvoir discrétionnaire qui peut se poser ici.

En effet, si certains estiment que « l'action d'interpréter se rapporte au fait de découvrir un sens dans une proposition »¹²⁶, d'autres soulignent que « l'interprétation peut se déployer dans un vaste espace séparant deux pôles », le premier consistant à « révéler le sens que possède intrinsèquement une proposition » tandis que le second « tend davantage à conférer un sens à une proposition qui n'en a pas »¹²⁷. Ainsi, avec des notions aussi indéterminées que celles des « circonstances d'une exceptionnelle gravité » ou des « motifs exceptionnels », on peut être amené à considérer que le juge fait en réalité œuvre d'une certaine liberté créatrice au cas par cas. Aucune définition unique n'étant donnée par le législateur, le juge possède une marge de manœuvre, une relative liberté dans la détermination des indices permettant de la caractériser.

Il est également possible de considérer qu'en orientant et en éclairant ainsi les conditions légales de l'exercice d'une compétence de l'administration le juge ne fait que révéler une compétence liée là où on croyait que s'exerçait un pouvoir discrétionnaire. Selon cette analyse, le juge « découvre » des conditions légales, des motifs, déduits d'une intention suffisamment claire du législateur et qui selon lui peuvent légalement fonder la décision. On peut donc déduire de cette démarche que « la loi n'est pas seule source du pouvoir lié, une autre source étant la jurisprudence elle-même »¹²⁸ et qu'il n'a jamais existé dans ces hypothèses de pouvoir discrétionnaire de l'administration. Fondée à la fois sur une volonté de réduire le champ du pouvoir discrétionnaire et de maintenir les cas restants hors de la portée du contrôle du juge, cette position semble pourtant contredite par l'observation de la réalité jurisprudentielle.

¹²⁵ S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 49.

¹²⁶ F. RIGAUX, « Le juge, ministre du sens », in *Justice et argumentation : essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986.

¹²⁷ J.-J. BIENVENU, « Les idées de Charles Eisenmann en matière d'interprétation juridique », in *La pensée de Charles Eisenmann*, journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 72.

¹²⁸ A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, T.I, LGDJ, 2^{ème} éd., 1957.

En effet, lorsqu'il oriente l'administration en précisant les critères posés par la loi, le juge ne met pas fin au pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'administration. Les précisions apportées par le juge quant aux éléments de fait à prendre en compte ne sont donc pas de nature à faire disparaître le pouvoir discrétionnaire mais plutôt à le guider et à lui donner la possibilité de motiver de façon cohérente ses décisions. Ainsi, si le juge crée incontestablement du droit en faisant œuvre d'interprétation¹²⁹, il ne fait pas disparaître le pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'administration¹³⁰.

On ne peut donc véritablement soutenir que lorsque le juge précise les conditions législatives ou réglementaires il révèle une compétence liée de l'administration là où on pensait qu'elle détenait un pouvoir discrétionnaire. En effet, si tel avait été son raisonnement, le juge aurait pu décider que l'admission exceptionnelle au séjour étant fondée sur le travail, la simple présentation d'un contrat de travail ou d'une promesse d'embauche, qui selon la loi vaut contrat de travail, suffisait à autoriser la délivrance d'un titre temporaire de séjour comme cela avait été suggéré par le rapporteur à l'Assemblée nationale. Dans ce cas, l'administration n'aurait plus eu aucune marge d'appréciation de la situation de l'intéressé : elle n'aurait eu qu'à constater l'existence de l'acte.

Ces exemples permettent de considérer que le juge influe sur la marge d'appréciation qui était laissée à l'administration par l'imprécision initiale des textes, mais ne « découvre » aucune compétence liée de celle-ci. Il précise au contraire que l'article examiné « ne fait pas obstacle à l'exercice, par l'autorité administrative, du pouvoir discrétionnaire qui lui appartient »¹³¹. Des termes même du juge il ressort

¹²⁹ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », in *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 133.

¹³⁰ En ce sens v. : C. J. HAMSON, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, LGDJ, 1958 ; A. BOECKEL, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, 1978, p. 355 ; R. BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, p. 363 ; A. de LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », in *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 536 ; M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 197 ; M. WALINE, « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, p. 25.

¹³¹ V. par exemple : CAA Lyon, 15 mai 2014, req. n° 13LY21123, point 2 ou encore CAA Marseille, 15 février 2013, req. n° 11MA01523, point 5.

donc que l'autorité administrative conserve son pouvoir d'appréciation de la situation de l'intéressé au regard des éléments qu'il a précédemment définis. Le but semble donc davantage d'unifier les motivations des décisions que d'imposer une orientation déterminée en enserrant l'administration dans un cadre plus strict que celui mis en place par la loi. Face à l'indétermination des critères législatifs et réglementaires, le juge administratif doit ainsi exprimer la norme de référence nécessaire à la décision administrative.

Cette approche prudente du juge, respectueuse du pouvoir discrétionnaire de l'administration, peut-être confirmée par l'étude du contentieux des circulaires en matière de séjour des étrangers. En effet, ces instruments internes de coordination de l'action administrative contiennent par principe des éléments visant à orienter celle-ci, à l'uniformiser et donc, dans une certaine mesure, à la contraindre par l'exercice du pouvoir hiérarchique. S'il avait pour objectif de limiter davantage l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière de séjour des étrangers, le juge attribuerait à ces instruments une certaine valeur contraignante. Pourtant, il conclut dans la majeure partie des cas en la matière à l'inopposabilité des mesures d'orientation de l'action administrative.

B. L'inopposabilité des mesures d'orientation administratives en matière de droit des étrangers

Le juge administratif refuse selon une jurisprudence constante de reconnaître un caractère réglementaire aux circulaires relatives au séjour des étrangers (1). Si la jurisprudence *Crédit Foncier de France* aurait pu servir de fondement à une nouvelle hypothèse d'opposabilité en la matière, le juge considère, de façon tout aussi constante, que ces circulaires ne revêtent pas le caractère de directives, pas plus qu'elles ne contiennent de « lignes directrices » (2).

1. Le refus du caractère réglementaire des circulaires relatives au séjour des étrangers

Les circulaires de régularisation, telles que celle de 2006¹³² ou celle du 28 novembre 2012¹³³, ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant le juge administratif, notamment concernant l'application des critères qu'elle définit. Il est en effet de jurisprudence constante que les dispositions contenues dans ce type de circulaire ne revêtent pas un caractère réglementaire et, en application de la jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker*¹³⁴, qu'elles ne peuvent donc être invoquées à l'encontre d'une décision administrative. Cette jurisprudence suppose que les étrangers déboutés ne pourront donc pas invoquer à l'encontre d'une décision telle que le refus de délivrance d'un titre de séjour les critères fixés par la circulaire¹³⁵. Une telle position du juge est fondée sur la qualification de la régularisation : il s'agit d'une décision prise à titre gracieux et non d'un droit.

Dans un avis du 22 août 1996, le Conseil d'État énonçait ainsi que « la régularisation, par définition, est accordée dans l'hypothèse où le demandeur d'un titre de séjour ne bénéficie pas d'un droit, sinon il suffirait qu'il le fasse valoir. Au contraire, l'autorité administrative a le pouvoir d'y procéder, sauf lorsque les textes le lui interdisent expressément »¹³⁶. Par conséquent, ayant affirmé qu'il n'y avait pas de

¹³² Circulaire n° NOR INKT0600058C du 13 juin 2006 relative aux mesures à prendre à l'endroit des ressortissants étrangers dont le séjour en France est irrégulier et dont au moins un enfant est scolarisé depuis septembre 2005, précitée.

¹³³ Circulaire n° NOR INTK1229185C du 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, précité.

¹³⁴ C.E. Ass. 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, req. n° 07134, *Rec.* p. 64 ; *A.J. Travaux* 1954, II *bis*, p. 5, chron. F. Gazier et M. Long ; *RDP* 1955, p. 175, note M. Waline ; *R.P.D.A.* 1954, p. 50, concl. B. Tricot.

¹³⁵ Nous citerons par exemple : s'agissant de la circulaire du 17 mai 1985, C.E., Ass. 13 décembre 1991, *préfet de l'Hérault c/ Dakoury*, *Rec.* p. 441 ; *AJDA* 1992, p. 166, chron. C. Maugué et R. Schwartz et *Nkodia*, *Rec.* p. 439 ; *AJDA* 1992, p. 166, préc. ; C.E., 9 octobre 1996, *M. Moyo*, *Rec.* tables p. 666 ; Concernant la circulaire du 18 janvier 1989 : C.E., 21 février 1996, *M. Jlassi*, req. n° 143271. Concernant la circulaire du 23 juillet 1991 : C.E., Sect. 31 juillet 1992, *préfet de Seine-et-Marne c/ Kizil*, *Rec.* tables p. 662 ; C.E., 21 novembre 1994, *M. Alihan Albayrak*, *RFDA* 1995, p. 100, note P. Gonod ; C.E., 4 janvier 1995, *M. Kondal*, req. n° 143284 ; C.E., 15 janvier 1996, *M. Matondo*, req. n° 142051 ; concernant la circulaire du 24 juin 1997 : C.E., 31 mars 1999, *M. Fofana*, req. n° 199055 ; C.E., 19 mai 2000, *M. Azzouni*, *Rec.* p. 179 ou C.E., 24 juin 2002, *préfet de la Haute-Garonne c/ M. Terzout-Yettou*, *Rec.* tables p. 728.

¹³⁶ C.E. Ass., Section de l'intérieur, 22 août 1996, n° 359622, Avis "Etrangers non ressortissants de l'UE", n° 359622, *Grand avis du Conseil d'État*, 3ème éd., Dalloz, 2008, n° 29, comm. D. MANDELKERN et M. GUYOMAR.

droit à la régularisation¹³⁷, le Conseil d'État ne pouvait que se dégager du contrôle des critères et ce d'autant plus qu'il n'est jamais interdit à l'administration de procéder à des examens au cas par cas et d'adapter les critères aux situations individuelles. Le juge a même précisé que le moyen tiré de ce que le requérant remplissait les critères de régularisation posés par la circulaire était inopérant¹³⁸ et que celui-ci n'était donc pas fondé à « soutenir que l'arrêté de reconduite à la frontière aurait été pris sur le fondement d'une décision de refus de régularisation illégale »¹³⁹.

Malgré cette position de principe, le juge a tout de même, à de rares occasions, annulé certaines dispositions de circulaires en raison de leur caractère réglementaire. Ce fut le cas par exemple pour la circulaire dite « *Chevènement* » qui limitait le champ d'application de l'asile territorial aux seuls étrangers faisant état de persécutions émanant de personnes ou de groupes non étatiques, ce que la loi ne précisait pas, et qui mettait à la charge du demandeur d'asile les frais éventuels d'interprétariat¹⁴⁰. Il censurera également, dans une autre circulaire *Chevènement*, la disposition qui subordonnait la reconnaissance de la vie commune entre concubins à la présence d'enfants issus du couple, une telle condition n'étant pas prévue par la loi et portant atteinte au droit au respect de la vie familiale, et celle qui exigeait que, pour obtenir une carte de séjour, l'étranger né en France et y ayant effectué la majeure partie de ses études justifie son séjour en France mois par mois, exigence également non prévue par la loi¹⁴¹.

L'avis du Conseil d'État d'août 1996 précise par ailleurs que le préfet a toujours le droit d'accorder un titre de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » à un étranger en situation irrégulière qui ne rentrerait pas dans une catégorie ouvrant droit à ce titre, dès lors que le refus porterait « à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs

¹³⁷ Le Conseil d'État l'a également rappelé au contentieux: « la circulaire n'ouvre aucun droit au bénéfice des mesures gracieuses qu'elle prévoit » (C.E., 28 juillet 2000, *préfet de l'Aveyron*, req. n°210847, non publié).

¹³⁸ C.E., 19 avril 2000, *M. Sarr*, req. n° 213195 ou encore C.E., 6 novembre 2000, *M. Gomes*, req. n°214767.

¹³⁹ C.E., 28 juillet 1999, *préfet de l'Essonne c/ M. Tug*, req. 203997, *Rec. tables*, p. 594 et 824.

¹⁴⁰ C.E., 26 janvier 2000, *France Terre d'Asile, Amnesty internationale et GISTI*, *Rec. Tables*, p. 1046.

¹⁴¹ C.E., 30 juin 2000, *GISTI*, *Rec. p.* 260.

du refus »¹⁴². Cependant, dans cette hypothèse, « les mesures de régularisation éventuelles cessent alors de relever de l'opportunité pour se situer sur le terrain de la légalité »¹⁴³ et le juge opérera alors un contrôle de proportionnalité entre le refus du titre de séjour et le nécessaire respect de la vie privée et familiale. En dehors de ces rares hypothèses, les circulaires ne sont généralement soumises à aucun contrôle du juge sur le fondement du caractère réglementaire de leurs dispositions.

La question se pose alors de l'incidence de la jurisprudence *Duvignères*¹⁴⁴ sur l'opposabilité des circulaires. Par cet arrêt, le Conseil d'État a ouvert le recours pour excès de pouvoir aux circulaires interprétatives dès lors que leurs dispositions présentent un caractère impératif. En revanche, en-dehors du recours pour excès de pouvoir, la distinction entre circulaires interprétatives et circulaires réglementaires est maintenue : « même impératives, les circulaires interprétatives, n'étant pas des règlements, ne sont ni invocables ni opposables »¹⁴⁵.

De nombreux arrêts postérieurs à l'arrêt *Duvignères* sont venus confirmer le caractère purement interprétatif des circulaires en matière d'entrée et de séjour des étrangers et principalement de régularisation¹⁴⁶. Il s'avère en effet que le Conseil garde de la notion de circulaire interprétative une conception assez extensive. Dans certains cas, le juge administratif a eu tendance à admettre que l'administration et, plus spécifiquement, les ministres, pouvaient disposer d'une certaine marge de manœuvre dans l'application des textes, ce qui l'a conduit à neutraliser, voire à déformer parfois, le sens de la circulaire afin de ne pas avoir à prononcer son annulation¹⁴⁷.

¹⁴² Article L. 313-11 7° du CESEDA.

¹⁴³ C.E., avis du 22 août 1996, précité.

¹⁴⁴ C.E. Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, *Rec.* p. 463, concl. P. Fombeur ; *AJDA* 2003, p. 487, chron. Donnat et Casas ; *RFDA*, 2003, p. 280, concl. et p. 510, note J. Petit ; *J.C.P. A.*, 2003, n° 1064, note J. Moreau ; *L.P.A.* 23 juin 2003, p. 19, note P. Combeau.

¹⁴⁵ J. PETIT, « Les circulaires impératives sont des actes faisant grief », note sous C.E., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, *RFDA*, 2003, p. 510.

¹⁴⁶ Par exemple : C.E., 5 mai 2003, M. Mamadou X., req. n°245424 ou encore C.E., 7 juillet 2004, M. Lassana X., req. n°263023.

¹⁴⁷ Cette position est notamment défendue par F. JULIEN-LAFERRIERE dans sa contribution « L'impact des « arrêts Gisti » sur le(s) droit(s) des étrangers », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz, 2009, p. 283. Dans l'arrêt *Mme Gbamou et GISTI* du 13 février 2002, le Conseil d'État estime par exemple que se bornent à définir des orientations générales et n'ont donc pas de portée générale les dispositions de la circulaire du 11 octobre 1999 relatives à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, qui concernaient les modalités d'interpellation des étrangers et dont

Cependant, les positions récentes du juge permettent de penser que la jurisprudence *Duvignères* a permis peu à peu une ouverture du contentieux des circulaires. En effet, plusieurs arrêts récents du Conseil d'État admettent le caractère impératif de dispositions des circulaires relatives au droit d'asile ou à l'entrée et au séjour des étrangers en France, ouvrant ainsi la voie au recours pour excès de pouvoir ou au recours en annulation contre ces circulaires¹⁴⁸. Dans ces différents arrêts, ce ne sont pas des décisions prises sur fondement de la circulaire qui sont attaquées, comme cela a pu être le cas dans le cadre de la jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker*, mais bien les circulaires elles-mêmes. C'est pourquoi ce sont dans la plupart des cas les associations de protection des droits des étrangers qui sont à l'origine du recours. Dès lors que le Conseil reconnaît le caractère impératif des dispositions de la circulaire, toute personne est fondée à en demander l'annulation. La jurisprudence *Duvignères* a donc de toute évidence eu un certain impact sur la question de l'invocabilité des circulaires relatives à l'entrée et au séjour des étrangers.

Pourtant, cette nouvelle ouverture contentieuse ne paraît pas suffisante. En effet, elle ne permet pas de remédier aux inégalités de traitement engendrées par le caractère lacunaire des dispositions contenues dans les circulaires, censées compenser les dispositions vagues de la loi elle-même.

Dès lors que la pratique des régularisations, notamment les régularisations exceptionnelles, par voie de circulaire, est devenue un « levier usuel de la politique d'immigration et du droit des étrangers »¹⁴⁹, et dès lors que ces textes touchent aux droits et libertés fondamentaux, il semble difficile de les écarter du contrôle du juge sur le fondement de leur caractère gracieux. En matière fiscale, par exemple, les remises gracieuses peuvent aujourd'hui faire l'objet d'un recours et le juge

le GISTI soutenait qu'elles n'étaient pas conformes aux dispositions légales régissant les contrôles d'identité et qu'elles incitaient à des contrôles sélectifs. Pourtant, à la lecture de la circulaire, le ministre adressait bien des instructions au préfet afin de leur indiquer comment effectuer les contrôles et les interpellations : C.E., 13 février 2002, *Mme Gbamou et GISTI*, req. n° 215216 et n° 220905.

¹⁴⁸ Nous citerons par exemple : C.E., 11 janvier 2012, req. n°354907 ; C.E., 26 mars 2012, req. n° 349174 ; ou encore C.E., 7 novembre 2012, req. n° 353624.

¹⁴⁹ F. ROLIN, « La régularisation des étrangers en situation irrégulière : une mesure de faveur ou un véritable droit ? », billet publié sur le « Blog de Frédéric Rolin, 28 août 2006, <http://frederic-rolin.blogspot.com/archive/2006/08/28/la-regularisation-des-etrangers-en-situation-irreguliere-une.html>.

administratif accepte alors d'opérer un contrôle minimum de l'erreur manifeste d'appréciation au regard des dispositions d'un acte interne de l'administration¹⁵⁰.

Or, à l'heure actuelle, même si à quelques rares reprises le juge a pu opérer un tel contrôle¹⁵¹, il considère le plus souvent le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation de la situation de l'intéressé comme inopérant en matière de régularisation par circulaire¹⁵². Dans d'autres cas, en revanche, la jurisprudence a admis le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le fondement des critères posés par voie de circulaires : ce fut le cas par exemple en matière d'expulsion¹⁵³ ou en matière de retrait de titre de séjour¹⁵⁴. La jurisprudence du Conseil en la matière semble donc assez fluctuante et gagnerait à se stabiliser autour d'un principe de contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur l'ensemble des circulaires ministérielles en matière de séjour des étrangers, y compris celles relatives aux régularisations exceptionnelles relevant tout particulièrement du domaine gracieux.

Face à cette hésitation jurisprudentielle, force est de constater que les circulaires restent encore peu soumises au contrôle du juge. Non invocables par les intéressés à l'appui de leurs recours contre des décisions individuelles, elles restent pourtant une source majeure du droit des étrangers. Une solution serait alors à envisager : faire entrer les circulaires relatives à l'entrée et au séjour des étrangers dans le cadre de la jurisprudence *Crédit Foncier de France*.

¹⁵⁰ Par exemple : C.E., 28 décembre 2012, *Mme Fernande A.*, req. n°327456 ou encore C.E., 16 novembre 2011, *Mme Lucie A.*, req. n°324176.

¹⁵¹ C.E., 10 novembre 2000, *Mme Fofana*, req. n° 217582 ; C.E., 5 mai 2000, *M. Ba*, req. n° 214005. Il faut préciser que ces deux arrêts ont finalement été conclus par un rejet de la demande des intéressés.

¹⁵² C.E., 7 juillet 2004, *M. Lassana X.*, préc. cit.

¹⁵³ Un tel contrôle est opéré depuis 1975 : C.E., 3 février 1975, *Pardov*, req. n° 94108 ; *AJDA*, 1975, p. 143.

¹⁵⁴ Dans ses conclusions sur une affaire ayant amené le Conseil d'État à écarter le moyen invoqué par la requérante relatif à l'existence de violences conjugales, le commissaire du gouvernement Sénors avait proposé aux juges du Palais Royal d'exercer ce contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (C.E., 29 juin 2005, *Mme Atmane*, req. n°269125, *AJDA* 2006, p. 155, note Lecucq. Depuis un arrêt de 2006, le Conseil d'État accepte d'exercer dans certains cas un tel contrôle sur l'appréciation portée par le préfet sur la situation personnelle de l'intéressé tout en rappelant le principe du caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation préfet (C.E., 24 mai 2006, *Mme E. épouse M.*, req. n°275087).

2. Le refus de caractériser les circulaires de directives opposables à l'appui d'un recours

Dans un arrêt de section *Crédit Foncier de France* du 11 décembre 1970¹⁵⁵, le Conseil d'État a reconnu que dans les matières où l'administration disposait d'un pouvoir discrétionnaire, les autorités dépourvues de pouvoir réglementaire pouvaient prendre des directives fixant à l'avance une ligne de conduite destinée à les guider dans les décisions individuelles qu'elles devront prendre « en série ».

Aujourd'hui rebaptisées « lignes directrices »¹⁵⁶, ces directives peuvent ainsi édicter de véritables règles concernant les motifs des décisions prises discrétionnairement, l'administration pouvant « sans renoncer à exercer son pouvoir d'appréciation [...] et sans édicter aucune condition nouvelle [...] définir les orientations générales en vue de diriger [ses] interventions »¹⁵⁷. Ces directives ne doivent ni comporter de conditions nouvelles par rapport aux dispositions législatives applicables¹⁵⁸, ni méconnaître les buts définis par celles-ci¹⁵⁹, violer d'autres dispositions applicables¹⁶⁰ ou encore lier le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative qui doit toujours reposer sur un examen individuel de chaque dossier. Selon le commissaire du gouvernement Bertrand, la directive est une sorte de « codification des motifs susceptibles d'être invoqués par l'autorité administrative » et la valeur des normes qu'elle énonce « ne serait reconnue qu'au plan de la motivation des décisions individuelles »¹⁶¹.

La directive apparaît ainsi comme un acte intermédiaire entre la circulaire réglementaire et la circulaire interprétative, ou « entre la circulaire normatrice et la

¹⁵⁵ C.E. Sect. 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, Rec. p. 750, concl. L. Bertrand ; *AJDA* 1971, p. 196, chron. H. T. C. ; *D.* 1971, J., p. 674, note D. Lochak ; *J.C.P.* 1972, II, 17232, note M. Fromont ; *RDP* 1971, p. 1224, note M. Waline. La notion a par la suite été précisée par C.E. Sect. 29 juin 1973, *Soc. Géa*, Rec. p. 453 ; *AJDA* 1973, p. 587, chron. M. Franc et M. Boyon, et p. 590, note C.-L. Vier ; *D.* 1974, p. 141, note M. Durupty ; *RDP* 1974, p. 547, note M. Waline.

¹⁵⁶ C.E., 19 septembre 2014, n° 264385, *Jousselin*, Rec. p. 272 ; *AJDA* 2014, p. 2262, concl. G. DUMORTIER ; *DA*, 2014, comm. 70, note J.-B. AUBY ; *JCP A*, 2014, act. 759, obs. F. TESSON ; *JCP A*, 2014, act. 821, tribune P. CASSIA.

¹⁵⁷ C.E., 11 décembre 1970, précité.

¹⁵⁸ C.E., 14 décembre 1988, *SA « Gilbert Marine »*, Rec. p. 444 ; *AJ* 1989, p. 266, note AUBY.

¹⁵⁹ C.E., 20 janvier 1971, *Union départementale des sociétés mutualistes du Jura*, Rec. p.45 ; *D.* 1971, p. 673, note D. LOCHAK.

¹⁶⁰ C.E., 29 juin 1973, *Société Géa*, Rec. p. 453 ; *RDP* 1974, p. 547, note WALINE

¹⁶¹ Conclusions Bertrand sous l'arrêt *Crédit Foncier de France*, précité.

circulaire non normatrice. »¹⁶². Selon les termes de Pierre Delvolvé, l'autorité de la directive est « inférieure à celle d'un ordre, mais supérieure à celle d'un souhait »¹⁶³. Elle ne modifie par l'Ordonnement juridique parce qu'elle n'est pas impérative mais elle édicte, à la différence de la circulaire interprétative classique, des conditions nouvelles auxquelles sont en principe soumises les décisions à prendre et qui sont opposables aux administrés.

Dénuées de caractère impératif, ces directives ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En revanche, le juge leur attache un régime d'opposabilité dans le cadre d'un recours contre une décision individuelle que la directive a pour objectif d'orienter. L'administration peut donc invoquer de telles directives dans les motifs de sa décision. Les administrés, quant à eux, peuvent demander au juge administratif l'application de ladite directive si leur situation entre dans les critères de celle-ci, souhaiter qu'il y soit dérogé, ou même la contester par la voie de l'exception d'illégalité. L'application des directives peut cependant être écartée au regard de la particularité d'une situation ou pour un motif d'intérêt général¹⁶⁴.

L'application d'une telle jurisprudence en matière d'entrée et de séjour des étrangers serait de nature à encadrer et rationaliser plus efficacement l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Elle permettrait de vérifier la cohérence de l'action administrative et l'égalité de traitement des dossiers. Constituant un rempart contre « des manifestations regrettables d'arbitraire ou de légèreté dans l'application »¹⁶⁵ de la législation et de la réglementation relative aux étrangers, leur contrôle permettrait une certaine garantie de l'usage rationel du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

La question est donc de savoir si une telle jurisprudence pourrait trouver à s'appliquer en matière d'entrée et de séjour des étrangers, autrement dit si les circulaires ministérielles émises en la matière s'inscrivent dans la définition des directives donnée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Crédit Foncier de France*.

¹⁶² P.-L. FIER et J. PETIT, *Droit administratif*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2012, p. 317.

¹⁶³ P. Delvolvé, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983, p. 113.

¹⁶⁴ C.E., 12 décembre 1997, *OHNIFLOR*, *Rec. Tables* p. 676, *D.A.* 1998, Chr. 4.

¹⁶⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général* T. 1, 15^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2001, p. 519.

Tout d'abord, il faut rappeler que les qualifications administratives ne déterminent pas le régime contentieux des actes concernés : « la réalité l'emport[ant] sur l'apparence »¹⁶⁶, un document intitulé circulaire peut être, en tout ou partie, une directive. La définition de la directive étant matérielle et non formelle, le juge peut donc classer une circulaire dans la catégorie des directives. Or, en matière d'entrée et de séjour des étrangers, un tel changement de qualification des circulaires serait tout à fait envisageable. En effet, ces circulaires, émises par une autorité dénuée de pouvoir réglementaire, ne sont pas toujours impératives et peuvent se contenter de proposer une ligne de conduite, une orientation générale à l'action administrative, en définissant les critères au regard desquels l'administration pourra se prononcer.

Ce caractère incitatif apparaît très clairement dans les formules utilisées dans les circulaires¹⁶⁷. Ainsi, en posant une ligne de conduite en vue du traitement d'une série d'affaires dans une même matière, à laquelle l'administration peut déroger au regard de la situation personnelle de l'intéressé, elles s'inscrivent directement dans une logique de directive administrative. Dans ce cadre, il serait alors possible de leur appliquer le régime juridique de la jurisprudence *Crédit Foncier de France* et donc de conclure à leur opposabilité dans le cadre d'un recours contre une décision individuelle prise en leur application. Ainsi, les administrés pourraient faire valoir devant le juge les critères qui leur ont été opposés par l'administration comme fondement de la décision individuelle les concernant. Loin d'empêcher l'administration d'exercer son pouvoir discrétionnaire, une telle démarche permettrait d'assurer plus efficacement l'égalité de traitement ainsi que la cohérence de l'exercice de ce pouvoir.

Pourtant, le juge refuse en principe d'admettre la qualification de directive aux circulaires ministérielles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers¹⁶⁸. Une seule

¹⁶⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, précité, p. 522.

¹⁶⁷ Nous noterons par exemple, dans la circulaire du 28 novembre 2012 : « sur lesquels vous pourrez fonder vos décisions » p. 2, « vous veillerez à... », p. 2, ou encore « il conviendra de prendre en considération les critères suivants » p. 4. ; dans la circulaire du 24 novembre 2009, n° ° NOR IMIK0900092C : « il est possible de prendre en compte » p. 3, « vous pouvez retenir » p. 5.

¹⁶⁸ S'agissant de la circulaire du ministre de l'intérieur du 5 août 1987 relative à la régularisation des demandeurs d'asile déboutés : C.E., 26 octobre 1990, *Ntrikwa* ; s'agissant de la circulaire des ministres de l'intérieur et des affaires sociales du 23 juillet 1991, également relative à la régularisation des demandeurs d'asile déboutés : C.E., 29 décembre 1993, *Banzuzi*, aux conclusions Vigouroux ; s'agissant de la circulaire du ministre de l'intérieur du 24 juin 1997 organisant un

exception peut-être relevée dans un jugement rendu par le Tribunal administratif de Toulouse le 4 juillet 2007¹⁶⁹. Il a été alors considéré que la circulaire du 13 juin 2006 relative à la régularisation des parents en situation irrégulière d'enfants scolarisés en France revêtait le caractère d'une directive au sens de la jurisprudence *Crédit Foncier de France*. Le juge a par conséquent annulé la décision de refus de titre de séjour sur le fondement de la méconnaissance de cette directive par le préfet qui y avait dérogé en l'espèce sans se prévaloir d'un motif d'intérêt général ni de la situation particulière de l'intéressé. Toutefois, cette jurisprudence est restée isolée et le tribunal administratif de Toulouse l'a lui-même abandonnée dans un jugement du 18 septembre 2007¹⁷⁰.

Il est possible de s'interroger sur les raisons d'un tel refus. Tout d'abord, le commissaire du gouvernement Truilhé soutient dans ses conclusions sous le jugement du 18 septembre 2007, que le Conseil d'État a toujours fait application de cette jurisprudence dans des hypothèses où le pouvoir discrétionnaire de l'administration avait un fondement législatif ou réglementaire, excluant donc, malgré les recommandations des commissaires du gouvernement, les cas où il s'agissait d'un pouvoir issu d'un principe jurisprudentiel¹⁷¹.

Or, le pouvoir discrétionnaire que détient l'administration en matière d'entrée et de séjour des étrangers, principalement en matière de régularisation, relèverait d'un principe jurisprudentiel¹⁷². Cependant, si un tel argument était fondé jusqu'en 1998, il ne l'est désormais plus avec la création de l'article L. 313-11 7° par la loi dite Chevènement de 1998¹⁷³ et celle de l'article L. 313-14 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile par la loi de 2006¹⁷⁴. Ces articles sont en effet

réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière, dite circulaire Chevènement, C.E., 22 février 1999, *Epoux Useyin*, confirmé par C.E., 28 décembre 2001, *Doucouré*.

¹⁶⁹ TA Toulouse, 4 juillet 2007, *Dursun*, req. n° 0604798 et n° 0702104.

¹⁷⁰ TA Toulouse, 18 septembre 2007, *M.A.*, req. n° 072676.

¹⁷¹ Il cite à l'appui de son hypothèse : concl. Abraham sous C.E., 13 décembre 1991, *préfet de l'Hérault c. Dakoury et Nkodia* ; aussi, concl. Maugüé sous C.E., 5 octobre 1998, *Djossou, Dr. adm.* 1999, n° 2.

¹⁷² C.E., 6 décembre 1985, *Bakhti*, req. n° 57596, *Rec.* p. 352.

¹⁷³ Loi n°98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, *J.O.* n°109 du 12 mai 1998 p. 7087.

¹⁷⁴ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *J.O.* n°170 du 25 juillet 2006 p. 11047.

venus codifier et apporter un fondement légal à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière de régularisation exceptionnelle des étrangers. Par conséquent, un tel fondement semble désormais impossible à invoquer en la matière.

Ensuite, le commissaire du gouvernement fait valoir une jurisprudence constante du Conseil d'État refusant la qualification de directive au sens de la jurisprudence *Crédit Foncier de France* lorsque le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative en cause se rattache au domaine régalién de l'État¹⁷⁵. Le champ d'application de cette jurisprudence ne s'étendrait donc pas à l'ensemble de l'activité administrative mais ne serait réservé qu'à l'intervention économique de l'État¹⁷⁶ et à d'autres rares domaines ne se rattachant pas aux missions régaliennes de l'État. Or, s'il est vrai que cette jurisprudence ne s'est pas étendue, de fait, à tous les domaines d'intervention de l'administration, elle ne pose pas de critères permettant d'en exclure certains de son bénéfice. Par conséquent, rien ne semble réellement justifier l'exclusion de la matière relative à l'entrée et au séjour des étrangers du champ de la jurisprudence *Crédit Foncier de France*.

Malgré ces objections et la résistance de certains juges du fond qui semblaient engager « un mouvement [...] qui tendait à remettre en cause cette solution traditionnelle »¹⁷⁷, la jurisprudence reste à ce jour constante.

¹⁷⁵ Conclusions Truilhé sous le jugement du TA de Toulouse du 18 septembre 2007 : « Sous réserve de cette exception, le Conseil d'État se montre d'une manière générale réticent à faire une application positive de la théorie des directives dans les cas où le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative se rattache à une mission régaliénne : voyez à cet égard, s'agissant de l'absence de caractère de directive du rapport public annuel 2001 du Conseil supérieur de la magistrature mentionnant certains critères pour les propositions d'élévation hors hiérarchie des magistrats du siège, l'arrêt *Moussa* précité du 27 février 2004, aux conclusions Lamy [...]. Le pouvoir discrétionnaire de régularisation des étrangers en situation irrégulière correspond à la fois à un pouvoir discrétionnaire issu d'un principe jurisprudentiel et à l'exercice d'une mission régaliénne. Dans cette double hypothèse, le C.E. a, de manière réitérée, exclu de reconnaître dans les circulaires du ministre chargé de l'intérieur guidant le pouvoir de régularisation des préfets l'existence d'orientations générales au sens de la jurisprudence *Crédit Foncier de France*. »

¹⁷⁶ Il écrit ainsi : « Depuis l'arrêt *Crédit foncier de France*, cette théorie, si elle n'est pas restée cantonnée aux interventions économiques de l'État, n'a été étendue qu'à un nombre très limité d'autres domaines, parmi lesquels nous n'avons trouvé qu'un seul cas se rattachant à une mission régaliénne, à savoir l'avancement au choix des officiers [...]. »

¹⁷⁷ G. EVEILLARD, « Sur la distinction des lignes directrices et des circulaires », *DA* n°6, 2015, comm. 38.

Ainsi, plusieurs arrêts récents de Cours administratives d'appel¹⁷⁸ avaient estimé que la circulaire du 28 novembre 2012 définissait des lignes directrices suffisamment précises pour pouvoir être invoquées par les intéressés¹⁷⁹, consacrant une rupture évidente avec la jurisprudence antérieure. Pourtant, cette jurisprudence s'est vue « subir les foudres du Conseil d'État »¹⁸⁰ qui est venu mettre fin à cette tentative de revirement par un arrêt du 4 février 2015¹⁸¹. Par une précision apportée à la distinction entre circulaire et directive, le Conseil d'État a définitivement mis fin à toute possibilité d'invoquer les circulaires de régularisation à l'appui d'un recours contre une décision de refus de séjour. Le juge établit ainsi une distinction fondée sur l'étendue du pouvoir d'appréciation que le texte laisse à l'administration : si le texte prévoit que l'administré a un droit à obtenir un avantage de la part de l'administration dès lors qu'il remplit certaines conditions, alors les lignes directrices définies par le chef de service en vue de préciser le sens de ces conditions pourront être utilement invoquées devant le juge administratif. La ligne directrice servant dans ce cas à harmoniser l'action administrative afin d'éviter les divergences d'interprétation qui pourraient priver d'un droit les administrés, elle est « étroitement liée au principe d'égalité dont elle constitue un moyen de garantie »¹⁸². En revanche, lorsque l'administration est en situation d'exercer pleinement son pouvoir discrétionnaire, les textes ne conférant à l'administré aucun droit à obtenir un avantage mais laissant

¹⁷⁸ V. notamment : CAA Paris, plén., 4 juin 2014, *préfet de police*, req. n° 14PA00226, *B.A.* ; CAA Bordeaux, 30 juin 2014, req. n° 13BX03418 ; CAA Bordeaux, 9 juillet 2014, n° 14BX00347. Les juridictions n'étaient cependant pas unanimes, certaines ayant continué d'appliquer la jurisprudence constante, sans pour autant se prononcer sur la nature exacte des dispositions de la circulaire : CAA Douai, 1^{er} octobre 2014, req. n° 13MA03038 ; CAA Nancy, 25 septembre 2014, n° 14NC00800 ou encore CAA Versailles, 23 septembre 2014, req. n° 14VE00612.

¹⁷⁹ CAA Paris, plén. 4 juin 2014, précité : « considérant que, par ces énonciations, le ministre de l'Intérieur a, sans limiter le pouvoir d'appréciation des préfets dans l'application des dispositions législatives [...] défini des orientations générales applicables à la délivrance d'une carte de séjour temporaire [...] ; que les énonciations citées au point 5 ci-dessus de la circulaire du ministre de l'Intérieur du 28 novembre 2012 constituent des lignes directrices dont les intéressés peuvent utilement se prévaloir », point 6.

¹⁸⁰ V. TCHEN, « Les circulaires de régularisation des étrangers en situation irrégulière devant le juge administratif », *DA* n° 10, 2014, comm. 61. Dans son commentaire de l'arrêt de la cour d'appel de Paris, l'auteur avait soulevé précisément que la seule reconnaissance du caractère opposable des orientations de la circulaire du 28 novembre 2012 « pourrait subir les foudres du Conseil d'État » tout en affirmant « Pourtant, sur le fond, comment ne pas suivre les juges d'appel ? ».

¹⁸¹ C.E., 4 février 2015, req. n° 383267, *Min. Intérieur c/ Cortes Ortiz*, *Rec. C.E.* 2015 à paraître.

¹⁸² G. EVEILLARD, « Sur la distinction des lignes directrices et des circulaires », précité.

l'administration en situation d'accorder une faveur, le chef de service pourra encadrer l'exercice de ce pouvoir d'appréciation en définissant des orientations générales sans pour autant que l'intéressé puisse s'en prévaloir devant le juge¹⁸³.

Par cette distinction, le Conseil met définitivement un terme aux débats concernant l'invocabilité des circulaires de régularisation car le Code de l'entrée et du séjour des étrangers distingue nettement les cas dans lesquels la carte de séjour temporaire peut-être délivrée de plein droit¹⁸⁴, plaçant l'administration en situation de compétence liée, de ceux dans lesquels sa délivrance dépend d'un pouvoir gracieux de l'autorité administrative¹⁸⁵. Si cette décision ne met pas fin à l'invocabilité de toutes les circulaires en matière de droit des étrangers, certaines pouvant potentiellement porter sur les rares cas de délivrance de plein droit d'une carte de séjour, le juge semble avoir orienté son argumentation pour consacrer la non-invocabilité de la majorité des circulaires venant encadrer l'action administrative en matière de régularisation des étrangers¹⁸⁶. Ne pouvant être efficacement invoquées devant le juge, les circulaires ministérielles ne peuvent plus constituer aujourd'hui un instrument efficace de rationalisation du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Il apparaît donc que le juge, dans un souci de préservation du pouvoir discrétionnaire, se refuse à utiliser un outil efficace permettant de rendre en partie à l'activité administrative en matière d'entrée et de séjour des étrangers sa cohérence, sa stabilité et une relative prévisibilité indispensables à la sécurité juridique des administrés.

En revanche, s'il se montre respectueux du pouvoir discrétionnaire conféré par les textes à l'administration, le juge s'assure qu'il ne confine pas à l'arbitraire en opérant un contrôle prudent de l'appréciation opérée au cas par cas par l'administration.

¹⁸³ C.E., 4 février 2015, req. n° 383267, précité, cons 4.

¹⁸⁴ Art. L. 313-11 du CESEDA.

¹⁸⁵ Art. L. 313-14 du CESEDA.

¹⁸⁶ Si « on n'ira pas jusqu'à prétendre que toute l'argumentation de l'arrêt est uniquement finaliste, et ne viserait qu'à consacrer la non-invocabilité des circulaires de régularisation des « sans-papiers ». » (G. EVEILLARD, « Sur la distinction des lignes directrices et des circulaires » précité), il semble impossible que cette préoccupation ait été totalement absente de l'intention du juge : en ce sens v. J. LESSI et L. DUTHEILLET de LAMOTHE, chron. sur l'arrêt C.E., 4 juin 2014, précité, *AJDA*, 2015, p. 443.

§ 2. *Un contrôle prudent de l'appréciation opérée par l'administration*

La qualification des faits pouvant rapidement confiner au contrôle d'opportunité et porter atteinte au pouvoir d'appréciation de l'administration, le juge choisit de n'opérer sur elle qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (A). Cependant, soucieux de renforcer son contrôle et sous l'influence du juge européen, il a développé une jurisprudence plus protectrice concernant l'appréciation des conséquences des décisions prises par l'autorité administrative, notamment au regard de l'atteinte qu'elles peuvent porter à la vie personnelle, privée ou familiale de l'étranger (B).

A. Un contrôle de la seule erreur manifeste d'appréciation dans la qualification des faits

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est considéré par principe comme la technique permettant de concilier la conservation du pouvoir discrétionnaire de l'administration avec l'introduction d'un contrôle juridictionnel nécessaire à une protection effective des droits des administrés. Le juge administratif a longtemps refusé tout contrôle sur les motifs de fait des décisions administratives, autre que celui de l'exactitude des faits ou de l'erreur de droit, dans les cas où l'administration bénéficiait d'un pouvoir discrétionnaire. Il se bornait à indiquer que les motifs des décisions de l'administration « ne peuvent être discutés par la voie contentieuse »¹⁸⁷.

Dans cette perspective, qui n'était pas propre aux mesures prises au titre de la police des étrangers, le juge se bornait à vérifier que l'acte n'était pas entaché d'erreur de fait ou de droit, ou de détournement de pouvoir, considérant que l'interprétation de l'administration relevait d'une question d'opportunité ne pouvant faire l'objet d'une discussion devant le juge¹⁸⁸. En effet, les motifs de fait d'une décision en constituant « le noyau générateur »¹⁸⁹, l'élément initial déterminant

¹⁸⁷ C.E., 31 janvier 1902, *Grazietti*, Sirey, 1903, III, p. 113, note M. HAURIOU.

¹⁸⁸ V. par ex : C.E., 29 juillet 1953, *Lingois*, *Rec.* p. 413, *D.* 1954, p. 99, note G. Morange ; C.E., 21 décembre 1960, *Serra*, *D.* 1961, p. 421, note R. Chapus encore C.E., 6 avril 1973, *Jacques*, *Rec.* p. 288

¹⁸⁹ D. ROUSSEAU, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, thèse de l'Université de Poitiers, 1979, p. 387.

l'ensemble du processus décisionnel, contrôler la qualification juridique des faits au cas par cas conduirait à apprécier l'opportunité de la décision administrative. Le juge deviendrait alors un administrateur actif, substituant son appréciation à celle de l'administration¹⁹⁰.

Cette position a été en partie abandonnée par l'arrêt de Section du 15 février 1961¹⁹¹ dans lequel le Conseil d'État a admis l'exercice d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation venant s'ajouter, dans le cadre d'un contrôle restreint, à celui de l'erreur de fait, de l'erreur de droit et du détournement de pouvoir. Cette technique nouvelle du contrôle juridictionnel, qui vise à ne sanctionner que « l'erreur évidente invoquée par les parties, reconnue par le juge et qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé »¹⁹², s'est progressivement étendue, jusqu'à concerner la haute police à partir de 1973¹⁹³ et particulièrement la police des étrangers à partir de 1975¹⁹⁴.

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, contrairement au contrôle dit « normal », concerne les domaines dans lesquels les décisions de l'administration découlent de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire d'appréciations non juridiques, fondées sur l'opportunité et un jugement de valeur porté sur des faits concrets. Il a donc la spécificité, par principe, d'être d'une intensité minimale, le critère utilisé étant celui du « manifeste », c'est-à-dire de l'évidence.

La plupart des auteurs y ont vu un progrès de la jurisprudence en ce qu'elle donne le moyen au juge administratif d'éviter les conséquences trop « choquantes » du régime contentieux classique qui aboutissait à des lacunes dans le contrôle de légalité : le contrôle de l'erreur manifeste devient par conséquent « un mécanisme de secours en cas d'iniquité patente »¹⁹⁵ que le juge a forgé parce qu'il « ne peut rester

¹⁹⁰ Cette théorie du « juge administrateur » est aujourd'hui abandonnée mais elle a fondé la doctrine du début du XXe siècle qui affirmait que juger l'administration revient moins à faire œuvre de juge que d'administrateur. En ce sens : M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1927 ; L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait*, Paris, 1932 ; P. LAMPUÉ, « La notion d'acte juridictionnel », *RDPA*, 1946, p. 8. Pour une étude approfondie sur cette question v. D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, *op. cit.*, spéc. p. 21-34.

¹⁹¹ C.E., 15 février 1961, *Lagrange*, *Rec.* p. 121, *AJ* 1961, p. 200, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot.

¹⁹² G. BRAIBANT, concl. sur C.E., 13 novembre 1970, *Lambert*, *AJDA* 1971, II, p. 33.

¹⁹³ C.E., Ass., 2 novembre 1973, *SA Librairie François Maspero*, *Rec.* p. 161 ; *JCP* 1974 n° 17642, concl. BRAIBANT, note R. DRAGO.

¹⁹⁴ C.E., 3 février 1975, *Pardov*, *Rec.* p. 83.

¹⁹⁵ D. LABETOULLE et P. CABANES, « Chronique de jurisprudence administrative », *AJDA*, 1971, p. 33.

insensible aux menaces sans cesse plus lourdes qui pèsent sur les droits individuels »¹⁹⁶.

Comparant le contrôle restreint et le contrôle normal, M. Jean-François Lachaume précise que par ce dernier « le juge vérifie en profondeur cette qualification juridique des faits dans la mesure notamment où elle conditionne la mise en œuvre légale du pouvoir de l'administration dans des domaines où l'on s'éloigne du pouvoir discrétionnaire pour se rapprocher de la compétence liée ». Ainsi, si les textes fournissent des conditions légales précises, le juge opérera un contrôle normal, c'est-à-dire un contrôle entier de la qualification juridique des faits. Le concept d'erreur manifeste est donc directement lié à celui de pouvoir discrétionnaire, d'où sa prégnance en matière de police des étrangers.

Compte tenu de « l'indéterminabilité »¹⁹⁷ de la majorité des normes applicables en matière de séjour des étrangers, et donc de l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'administration, le juge ne peut exercer, *a priori*, qu'un contrôle restreint. C'est ainsi qu'il n'opère qu'un contrôle de l'erreur manifeste sur l'appréciation d'une situation pouvant ouvrir un droit de séjour au parent étranger d'un enfant malade ou de tout autre proche qui apporte une aide indispensable à un membre de sa famille¹⁹⁸, sur la détermination de la nature du titre de séjour octroyé¹⁹⁹, sur la condition tenant à la stabilité et au sérieux des études dans la délivrance d'un titre de séjour temporaire portant la mention « étudiant »²⁰⁰ ou encore sur un refus de régularisation opposé par le préfet²⁰¹.

¹⁹⁶ M. LETOURNEUR, « Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'État de France », in *Miscellanea W. J. Ganshof Van Der Meersch : studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, Bruylant, 1972, t. 3, p. 576

¹⁹⁷ Expression employée par S. RIALS, entrée « pouvoir discrétionnaire » du *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, p. 3.

¹⁹⁸ Nous citerons par exemple : CAA Bordeaux, 20 déc. 2011, req. n° 11BX01405, *M. Saliha* ; CAA Marseille, 13 octobre 2011, req. n° 10MA4080, *préfet des Alpes-Maritimes* ou encore CAA Paris, 6 juillet 2011, req. n° 10PA04053, *préfet de police*.

¹⁹⁹ CAA Paris, 11 juillet 2001, req. n° 98PA02278, *Bedda*.

²⁰⁰ CAA Marseille, 20 décembre 2013, req. n° 12MA00298, *M. B.A.* (changements d'orientation incohérents) ; CAA Lyon, 19 décembre 2013, req. n° 13LY01664, *préfet du Puy de Dôme* (lenteur dans la progression des études et échecs répétés s'opposant au renouvellement du titre de séjour) ou encore CAA Bordeaux, 25 octobre 2011, req. n° 10BX02800, *Minh A.* (résultats ne caractérisant pas une progression, même lente, de l'intéressé dans ses études).

²⁰¹ C.E., 10 juillet 2006, req. n° 270944, *préfet de la Seine-Saint-Denis* (le juge s'assure que le préfet ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation dans l'évaluation d'une situation pouvant conduire à une mesure de régularisation).

En choisissant de n'opérer qu'un contrôle restreint sur ces mesures, le juge choisit manifestement de laisser subsister le pouvoir discrétionnaire de l'administration, tout en l'orientant vers une utilisation raisonnable afin qu'il n'y ait pas « de disproportion excessive ou déraisonnable entre une décision et les faits qui l'ont provoquée »²⁰² : l'erreur manifeste d'appréciation n'apparaîtrait donc que lorsque « l'administration est allée au-delà des limites du raisonnable dans le jugement qu'elle a porté sur des éléments d'opportunité »²⁰³. Cette position semble pouvoir être confirmée par certaines décisions dans lesquelles le juge sanctionne des erreurs « grossières » d'appréciation dont la réalité ne fait aucun doute, sans ajouter à l'appréciation de l'administration une appréciation prétorienne détaillée. Il en est ainsi lorsqu'il sanctionne un refus de séjour fondé sur un manque d'attaches familiales de l'intéressée alors même que celle-ci vit en France depuis 18 ans²⁰⁴ ou encore un refus de séjour à un parent étranger d'une enfant malade²⁰⁵.

Une première critique a été adressée au juge quant à la motivation réelle de la mise en place du contrôle de l'erreur manifeste. Tel qu'il a été pensé, ce contrôle devait être considéré comme étant de même nature que le contrôle de la qualification juridique des faits, mais s'exerçant à un degré différent. Ainsi, il a pu être affirmé que « l'erreur manifeste d'appréciation est à la fausse qualification des faits ce que, dans le domaine de la responsabilité, la faute lourde est à la faute simple »²⁰⁶. Et, précisément, ce parallèle est révélateur de la difficulté posée par l'exercice affiché d'un contrôle fondé sur l'erreur « manifeste » : celle du seuil de distinction. Au regard de la jurisprudence, il semble n'exister qu'un principe unique de contrôle de la qualification des faits, l'utilisation du terme d'erreur « manifeste » n'ayant ainsi aucune incidence réelle sur l'intensité du contrôle²⁰⁷.

En effet, le caractère manifeste est censé renvoyer aux erreurs qui « heurtent la raison et le bon sens », au « flagrant délit administratif »²⁰⁸ et donc à une erreur

²⁰² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., 2001, n° 1256, p. 1066.

²⁰³ G. BRAIBANT, concl. sur C.E., 13 novembre 1970, précité.

²⁰⁴ TA Cergy-Pontoise, 1^{er} avril 2010, req. n° 0907173.

²⁰⁵ T.A. Melun, 11 décembre 2008, n° 0805633/4.

²⁰⁶ J. KAHN, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif » in *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, colloque IFSA, éd. Cujas, 1978, p. 15.

²⁰⁷ Cette constatation a d'ailleurs pu inspirer parfois « quelques inquiétudes sur la valeur de l'institution » : J. BAUDOUIN, concl. sur C.E., 6 novembre 1970, *Guyé*, RDP 1971, p. 517.

²⁰⁸ J. BAUDOUIN, concl. sur C.E., 6 novembre 1970, précité, p. 517.

d'appréciation « éclatante, au point qu'elle soit visible même pour le non-juriste »²⁰⁹. Or, la plupart des arrêts portant sur le séjour ou l'éloignement des étrangers détaillent avec précision voire multiplient les éléments de faits sur lesquels ils se fondent, indiquant par là le caractère peu « manifeste » tant de l'erreur que de son absence, et donc la nécessité d'opérer une appréciation détaillée et non restreinte afin de statuer. En consacrant ainsi de longs passages pour démontrer l'existence ou non d'une erreur censée être grave et flagrante, le juge opère en réalité un contrôle normal de la qualification juridique des faits²¹⁰. Ceci est d'autant plus nécessaire que, si elle est « une erreur évidente qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé », il arrive que « parfois, des esprits également éclairés se partageront sur le point de savoir si une question est douteuse ou si une erreur est manifeste »²¹¹. Si le caractère indéfini de la notion traverse l'ensemble des contentieux et contribue au sentiment d'aléatoire dans le contrôle du juge, les motivations de ce dernier conduisant à son utilisation paraissent ne pas être toujours identiques et le contentieux des étrangers semble en apporter la preuve.

Cette dissociation entre les termes employés pour qualifier le contrôle et la réalité du contrôle lui-même a pu en effet être qualifiée de « faux semblant qui permet au juge, à la fois de ménager les susceptibilités de l'administration tout en exerçant comme il l'entend le contrôle de ses appréciations »²¹². Le contrôle de l'erreur manifeste conduirait donc à substituer à l'appréciation subjective de l'administration celle tout aussi subjective du juge. Si elle peut s'avérer juste dans certains cas, cette interprétation ne semble pas pouvoir pleinement expliquer la position adoptée par le juge administratif en matière de contentieux du séjour et de l'éloignement des étrangers.

²⁰⁹ R. DRAGO, note sous C.E., Ass., 2 novembre 1973, *SA Librairie François Maspero*, JCP 1974. II. 17642, précité.

²¹⁰ Pour une appréciation en ce sens v. R. DRAGO dans sa note précitée : « en l'espèce, d'ailleurs, le fait que le commissaire du gouvernement ait consacré de longs passages de ses conclusions pour démontrer l'erreur manifeste qu'aurait commise le ministre de l'Intérieur est la preuve qu'elle n'était pas manifeste et que le contrôle devenait celui de la qualification juridique des faits ».

²¹¹ G. BRAIBANT, concl. sur l'arrêt C.E., 16 novembre 1970, *Lambert*, précité, p. 33.

²¹² D. ROUSSEAU, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, op. cit. L'auteur ajoute ainsi que « similaire à une formule diplomatique, c'est un moyen élégant de ne rien dire qui puisse révéler la réalité de leur action », p. 413.

En effet, si cette proposition était vérifiée en la matière, le juge aboutirait dans la plupart des cas à la censure de la décision administrative de refus de séjour ou d'obligation de quitter le territoire français. Or, il est très rare en la matière que le juge conclue à l'erreur manifeste d'appréciation dans la qualification des faits ou confirme un arrêt ayant constaté l'erreur manifeste²¹³. Par conséquent, le choix du juge de qualifier son contrôle de restreint semble répondre à une autre exigence.

Comme lorsqu'il précise les critères de la loi, le juge semble ici vouloir au contraire préserver l'exercice du pouvoir discrétionnaire et non l'exercer à sa place. Ainsi, en-dehors des cas que nous avons cités précédemment où l'erreur d'appréciation est telle qu'on ne pourrait raisonnablement conclure à son inexistence, le juge contraint peu le choix de l'administration en matière de séjour des étrangers. La jurisprudence en la matière semble donc, sur ce point, quelque peu à rebours de la tendance actuelle de la juridiction administrative qui étend progressivement son contrôle sur des mesures qui autrefois échappaient à sa censure.

Paradoxalement, la théorie de l'erreur manifeste est donc ici utilisée conformément à son but premier : assurer un contrôle minimum de la qualification juridique des faits sans pour autant intervenir dans le choix discrétionnaire laissé par le législateur à l'administration²¹⁴. Dans cette perspective, la question du caractère flagrant ou non de l'erreur induit une autre difficulté : celle de la protection réelle des administrés. Si le juge qualifie son contrôle de restreint mais qu'il opère dans les faits, de façon récurrente et parce qu'il y est contraint par l'état du droit, un contrôle poussé, c'est qu'il qualifie de restreint un contrôle qui ne peut pas l'être. La difficulté

²¹³ V. par exemple : CAA Bordeaux, 14 avril 2015, req. n° 14BX03440, *inédit au Rec.* ; CAA Bordeaux, 14 avril 2015, req. n° 14BX03461, *inédit au Rec.* ; ou encore CAA Marseille., 3 avril 2015, req. n° 14MA01071, *inédit au Rec.* pour une décision contra v. CAA Nantes, 9 avril 2015, req. n° 14NT01753.

²¹⁴ Cette appréciation duale du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en matière de droit des étrangers est confirmée par l'analyse de R. ABRAHAM dans sa communication « La jurisprudence du Conseil d'État relative à la condition des étrangers », séance du 15 novembre 1995, *Droit international privé année 1995-1996*, éd. A. Pédone, 1999, p. 43. L'auteur affirma ainsi que l'ingérence dans le pouvoir discrétionnaire que représente le contrôle de l'erreur manifeste « ne le fait cependant pas disparaître[...]. Ce contrôle peut être vu comme une bouteille à moitié pleine ou à moitié vide : on l'a souvent analysé et on le présente parfois comme une marque d'audace de la part du juge qui s'ingère sans le cœur même du pouvoir discrétionnaire, mais à l'inverse si le contrôle est limité à l'erreur manifeste, c'est que le juge veut tout de même laisser à l'administration un certain pouvoir d'appréciation. Il ne veut pas aller au-delà de ce contrôle. Dans ces domaines [...] jusqu'à présent, le Conseil d'État s'en tient à ce contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ».

ici est donc davantage la possibilité de réaliser un contrôle restreint que celle de la volonté du juge d'en réaliser un.

En effet, les faits d'espèce étant d'une particulière complexité et les bases légales et réglementaires revêtant un caractère incomplet, le juge ne peut opérer un contrôle efficace permettant de révéler une erreur « flagrante ». Ce qui était donc parfois redouté, à savoir le contrôle normal dans le domaine du pouvoir discrétionnaire de l'administration, semble presque devenir une nécessité en matière de droit du séjour et de l'éloignement des étrangers, tant la qualification des faits est rendue difficile par l'état du droit. Ainsi, l'annulation dépend du caractère substantiel ou non des critères à respecter. Or, s'il n'existe aucun cadre légal stable, aucune définition objective, c'est-à-dire légale, de ces critères, la vérification du fait et sa définition se font en même temps et dépendent d'une appréciation nécessairement approfondie au cas par cas. S'il a parfois tenu compte de cette difficulté et renforcé son contrôle en passant de l'erreur manifeste d'appréciation au contrôle normal²¹⁵, le juge n'a pas pleinement tiré profit de la maîtrise qu'il exerce sur l'étendue de son propre contrôle²¹⁶ en refusant d'étendre explicitement le contrôle normal à l'ensemble du contentieux concerné.

S'il peut certes être admis qu'« entre les types de contrôle il n'y a pas de solution de continuité : on passe insensiblement de l'un à l'autre par toute une gamme subtile et nuancée de contrôles adaptés aux possibilités du juge et à ce que lui paraissent être les besoins du moment »²¹⁷, le juge devrait néanmoins, afin de clarifier

²¹⁵ En matière de droit au séjour par exemple, le juge, dans le cadre de l'article L. 313-3 relatif au refus de carte de séjour temporaire pour menace à l'ordre public, limitait son contrôle de la réalité des faits reprochés à l'erreur manifeste commise dans l'appréciation de la menace : C.E., 9 décembre 1998, n° 189110, *Karami Mollaei*. Il opère désormais, depuis 2003, un contrôle normal sur cette condition : C.E., 17 octobre 2003, req. n° 249183, *Bouhsane*, *JCP A* 2003, p. 1471, note V. TCHEN. De même en matière d'éloignement : le juge limitait son contrôle à l'erreur manifeste lorsque l'étranger constitue une « menace pour l'ordre public » (C.E., 3 février 1975, *min. de l'Intérieur c/ Pardov*, Rec. p. 83 ; *AJDA* 1975, p. 131, chron. FRANC et BOYON). Rompant avec cette jurisprudence, le tribunal administratif de Paris avait accepté d'opérer un contrôle normal sur cette qualification (TA Paris, 28 mai 2004, req. n° 0302028/4, *Merhom*), prolongeant l'arrêt du Conseil d'État de 2003 relatif au refus de titre de séjour fondés sur une « menace à l'ordre public ». L'apparente extension de ce contrôle a finalement été confirmée par le Conseil d'État dans un arrêt du 12 février 2014, req. n° 365644, *M. B. A.*

²¹⁶ En ce sens v. P. DELVOLVÉ, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, LGDJ, 1988, p. 300.

²¹⁷ C. ODENT, *Contentieux administratif*, éd. Les cours de droit, 1966, p. 1959.

sa position jurisprudentielle, assumer pleinement cette nécessité du contrôle normal, « adopter une attitude plus franche et décider le contrôle de la qualification dans toutes les hypothèses où il semble possible »²¹⁸.

Cependant, si une simplification de la jurisprudence par la généralisation du contrôle normal est souhaitable, elle ne semble pas répondre à toutes les difficultés liées à la nécessaire rationalisation du pouvoir discrétionnaire de l'administration. En effet, la qualification juridique des faits est importante en droit du séjour et de l'éloignement des étrangers, mais elle semble devoir être dépassée pour s'attacher davantage aux conséquences des décisions prises par l'administration dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire. Bien sûr, le contrôle de la qualification juridique est de nature à limiter ces conséquences en assurant la légalité des décisions, mais l'insuffisance des critères législatifs et réglementaires sur lesquels elle doit se fonder et que le juge ne peut sans cesse combler, sont de nature à réduire son efficacité.

C'est donc probablement en raison du caractère délicat du contrôle de la qualification juridique des faits que le juge lui préfère désormais le contrôle des conséquences des décisions de l'administration sur les individus concernés.

B. La préférence du juge pour un contrôle des conséquences de la décision

Le refus d'un titre de séjour à un ressortissant étranger est susceptible d'avoir des conséquences importantes sur sa situation personnelle, professionnelle, ou familiale, d'autant plus que depuis la loi du 24 juillet 2006, ces décisions sont le plus souvent accompagnées d'une obligation de quitter le territoire français et d'une décision désignant le pays de renvoi. Ainsi, des personnes ayant fondé une famille en France, y ayant fixé l'ensemble de leurs intérêts personnels et professionnels, peuvent se voir dans l'obligation de retourner dans un pays qu'ils ont quitté depuis plusieurs années.

Conscient de l'importance de ces conséquences et sous l'influence du juge européen, le juge administratif a introduit puis développé un contrôle visant les conséquences des décisions administratives en matière d'entrée et de séjour des étrangers, vérifiant notamment l'adéquation entre le contenu de la décision et la condition légale qui la justifie. En raison de l'atteinte aux libertés fondamentales

²¹⁸ R. DRAGO, note précitée.

qu'elles peuvent constituer, le juge prend en compte, au-delà de la qualification des faits qu'elles opèrent, les inconvénients de ces mesures et l'atteinte qu'elles portent à une liberté protégée afin de s'assurer de leur exacte proportionnalité. Il va donc étendre son contrôle jusqu'à l'application d'un contrôle de proportionnalité par lequel les raisons qui ont mené au refus de délivrer le titre de séjour sont « mises en balance » avec l'ensemble des intérêts en cause.

Le premier contrôle opéré dans cette perspective par le juge est celui de l'erreur manifeste d'appréciation des « conséquences d'une exceptionnelle gravité » que la décision administrative est susceptible d'emporter pour la situation personnelle de l'intéressé. Initialement développée en matière de reconduite à la frontière²¹⁹, cette technique de contrôle, pendant direct en droit des étrangers de la théorie du bilan développée dans l'arrêt *Ville Nouvelle Est* de 1971²²⁰, a par la suite été étendue par le Conseil d'État au contentieux des refus de titres de séjour dans les cas où ce refus entraîne une mesure d'éloignement²²¹. Le juge estime ainsi que « dans la généralité des cas évoqués, l'autorité administrative prend sa décision en opportunité. Mais elle ne peut refuser le séjour et, par voie de conséquence, prendre une mesure autoritaire d'éloignement à l'égard des demandeurs, lorsque la décision peut avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle de ceux-ci : le juge administratif annule alors de telles mesures comme entachées d'une erreur manifeste dans l'appréciation de ces conséquences »²²².

Ainsi, lorsqu'elle prend une décision sur le fondement de son pouvoir discrétionnaire, notamment en matière d'éloignement des étrangers, l'administration doit mettre en balance, sous le contrôle du juge, l'intérêt que peut comporter pour l'État le refus du titre de séjour ou la reconduite à la frontière avec l'intérêt que peut représenter pour l'étranger le fait de pouvoir se maintenir sur le territoire français et donc les conséquences qu'un refus à ce maintien pourrait entraîner sur sa situation.

²¹⁹ C.E. Ass., 29 juin 1990, *Imanbaccus* et le même jour *préfet du Doubs*, *Rec.* p. 192.

²²⁰ C.E., Ass., 28 mai 1971, req. n° 78825, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est"*, *Rec.* p. 409. *AJ*, 1975. 404, chr. LABETOUILLE et CABANES ; idem p. 463, concl. G. BRAIBANT ; *RA*, 1971. 422, concl. G. BRAIBANT ; *CJEG*, 1972.J.38, note VIROLE ; *D.*, 1972.194, note LEMASURIER ; *JCP*, 1971.II.6873, note HOMONT ; *RDP*, 1972.454, note M. WALINE.

²²¹ C.E. Assemblée générale, avis du 22 août 1996, n° 359622.

²²² C.E., avis précité.

Cette exigence imposée par le juge reste néanmoins limitée à plusieurs titres. Tout d'abord, la notion même de conséquences d'une « exceptionnelle » gravité n'est à aucun moment définie par le juge : le terme suppose qu'il doit s'agir d'une situation particulièrement attentatoire, excessivement déséquilibrée mais sans en préciser les indices ni les critères. Ensuite, le juge ne sanctionne que les erreurs « manifestes » dans l'appréciation de ces conséquences. Le contrôle de l'erreur manifeste, dont nous avons montré plus haut les limites, est donc transposé de l'appréciation des motifs au contrôle de proportionnalité de la mesure. Par cette double limite, le juge signifie donc qu'il ne contrôlera que l'erreur exceptionnelle et flagrante dans l'appréciation d'une situation qui, elle aussi, doit être exceptionnelle et flagrante pour pouvoir entraîner l'annulation²²³. Ce faisant, le juge n'entend pas vérifier pleinement l'appréciation opérée par l'administration sur les conséquences que pourraient entraîner les mesures mais simplement censurer les décisions les plus excessives, les plus déraisonnables, autrement dit celles qui confinaient à l'arbitraire²²⁴. Ce qui « importe », c'est que le contrôle « permette de censurer les décisions arbitraires, déraisonnables ou mal étudiées et qu'il oblige les collectivités à présenter aux

²²³ Dans sa note sous l'arrêt *Immanbacus* de 1990, M. Rémy Schwartz insiste d'ailleurs sur l'extrême fermeté avec laquelle le juge administratif utilise cette notion, ne censurant que les plus disproportionnées. V. E. HONORAT et R. SCHWARTZ, « L'étendue du contrôle du juge administratif sur les décisions de reconduite à la frontière », *AJDA*, 1990, p. 709.

²²⁴ Nous citerons par exemple : CAA Douai, 10 décembre 2009, req. n° 09DA00847 (erreur manifeste dans l'appréciation des conséquences d'une mesure d'éloignement sur la situation personnelle d'un ressortissant étranger vivant avec une ressortissante française qui, après avoir donné naissance à un enfant sans vie, s'est trouvée profondément fragilisée et qui, à l'annonce de la mesure de l'éloignement, a tenté de mettre fin à ses jours démontrant l'importance que revêtait la présence de son compagnon à ses côtés) ; CAA Lyon, 17 février 2010, req. n° 09LY01035 (erreur manifeste dans l'appréciation des conséquences d'un refus de séjour sur la situation personnelle d'un ressortissant étranger arrivé en France à l'âge de seize ans, orphelin, confié aux services de l'aide sociale à l'enfance puis placé sous la tutelle du président du conseil général du Rhône qui l'a pris en charge dans le cadre d'un contrat d'aide aux jeunes majeurs en parallèle duquel il a suivi un parcours de professionnalisation) ; ou encore TA Paris, 17 juillet 2009, req. n° 0900431/6-1 (erreur manifeste dans l'appréciation des conséquences d'un refus de séjour sur la situation personnelle d'une ressortissante étrangère entrée en France en 1997 à l'âge de quinze ans pour rejoindre ses parents diplomates, scolarisée en France depuis cette date et ayant obtenu un brevet de technicien supérieur, vivant avec un ressortissant français et liée à lui par un pacte civil de solidarité).

administrés d'abord, et ensuite, le cas échéant, au juge, des justifications sérieuses et plausibles de leurs projets »²²⁵.

On peut s'interroger, à ce stade, sur la pertinence d'un contrôle aussi mesuré et aussi restreint de la part du juge administratif sur les conséquences de ces décisions. Si le caractère discrétionnaire du pouvoir de l'administration explique cette position, cette dernière paraît néanmoins insuffisante. Il s'agit en effet d'assurer la protection d'une des libertés fondamentales reconnue à l'étranger par le juge lui-même : celle d'un droit à mener une vie familiale au même titre que les nationaux lorsqu'il réside régulièrement sur le territoire²²⁶. Pourtant, en ne contrôlant que les erreurs manifestes dans l'appréciation de conséquences qui, elles aussi, doivent être particulièrement graves, le juge ne semble pas permettre la garantie effective d'un principe général qu'il a lui-même dégagé et qui concerne des personnes qui, si elles ne sont pas des nationaux, résident et établissent de fait leur vie personnelle et professionnelle sur le territoire national et devraient donc bénéficier à ce titre d'une protection effective des droits qui leur sont reconnus de la part de l'État dans lequel elles vivent.

S'il a été mis en place par le juge administratif à travers le contrôle minimum des « conséquences d'une exceptionnelle gravité », le contrôle des conséquences des décisions administratives relatives au séjour des étrangers a également été développé sous l'influence du droit européen. Ce dernier semble ainsi avoir joué un rôle dans l'abandon par le Conseil d'État de l'exercice d'un contrôle restreint au profit d'un contrôle plus poussé de certaines décisions de l'administration²²⁷, dont le droit des étrangers a directement bénéficié.

Le premier exemple de cette influence peut être trouvé dans le contrôle des mesures d'expulsion. Dans son arrêt d'Assemblée *Buayi* de 1987²²⁸, le juge

²²⁵ Conclusions BRAIBANT sur C.E., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est"*, précité, *Rec.* p. 410.

²²⁶ C.E., Ass., 8 décembre 1978, *Gisti, CFDT, CGT*, req. n° 10097, n°10677, et n°10679, *Rec.* p. 493. Dans cet arrêt, le Conseil d'État annule le décret du 10 novembre 1977, estimant qu'il contredit un principe général du droit selon lequel « les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ».

²²⁷ Pour une étude approfondie sur ce point v. L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, LGDJ, 1999, spé. p. 576 et suiv.

²²⁸ C.E., Ass., 6 novembre 1987, *Buayi*, *Rec.* p. 348 ; *RFDA* 1988, concl. C. VIGOUROUX. Cet arrêt fait directement suite à la condamnation prononcée par la Cour européenne des droits de l'homme contre la France dans son arrêt du 18 décembre 1986 *Bozano*, Série A, n° 111 ; *RFDA*, 1989, p. 16.

administratif a ainsi considéré la décision de mettre à exécution un arrêté d'expulsion en direction d'un pays déterminé comme étant détachable de l'arrêté d'expulsion lui-même et donc susceptible de faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif. Cette décision de mise à exécution pourra être jugée illégale notamment si l'intéressé risque de subir de mauvais traitements dans le pays de destination. Ce motif d'illégalité, lié aux conséquences de la décision sur la vie de l'intéressé, semble être lié aux exigences de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'arrêt du 7 juillet 1989 par lequel la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le renvoi d'un étranger vers un État où il risque de se voir infliger des traitements contraires à cet article constitue une violation de ses dispositions²²⁹.

Par cet arrêt de 1986, le juge administratif accepte ainsi de contrôler les conditions matérielles d'exécution d'une décision d'expulsion et en particulier du choix opéré par l'administration de la destination de l'expulsé, afin, notamment, de sanctionner les éventuelles extraditions déguisées prises sous couvert d'expulsions dites « dirigées »²³⁰. Comme l'observe M. Henri Labayle, « la juridiction européenne et la juridiction administrative ont fait accomplir un progrès décisif au contrôle contentieux des mesures d'exécution d'une expulsion »²³¹. L'influence de la jurisprudence européenne sur le juge administratif est d'ailleurs particulièrement visible dans les conclusions du commissaire du gouvernement qui estime que le contrôle des mesures d'expulsion devra être « particulièrement appuyé » lorsque seront invoqués le respect par la décision administrative de l'article 33 de la Convention de Genève ou des faits révélant une intention de procéder à une extradition déguisée²³².

Invité à cela par le droit européen, le Conseil d'État a également tiré parti de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui reconnaît le droit pour chacun au respect de sa vie

²²⁹ CourEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, série A, n° 161.

²³⁰ Ces décisions, dans la jurisprudence antérieure, étaient considérées par le juge comme ne faisant pas grief : C.E., 27 novembre 1985, *Ministre de l'intérieur c/ Sadok Hamza*, Rec. p. 346.

²³¹ H. LABAYLE, « Le contrôle contentieux des « expulsions dirigées » ou les prolongements de la jurisprudence *Bozano* au Palais Royal », *RFDA*, 1989, p. 3.

²³² C. VIGOUROUX, concl. sur C.E., Ass., 6 novembre 1987, *Buagi*, précité, p.89.

familiale. Autrefois considéré par le juge comme un moyen inopérant²³³, cet article peut désormais être invoqué contre un refus de titre de séjour²³⁴, un refus de certificat de résidence²³⁵ mais également à l'encontre des mesures d'éloignement du territoire national²³⁶.

Le respect de l'article 8 de la Convention européenne est assuré par un contrôle entier de la conventionalité des décisions de refus de titre de séjour ou d'éloignement, ajoutant ainsi à un droit nouveau un contrôle juridictionnel plus étendu, notamment au regard de la jurisprudence de 1990²³⁷. Par son arrêt de principe *Beldjoudi*²³⁸, le Conseil d'État considère en ce sens que « la mesure attaquée fondée sur la défense de l'ordre, était, eu égard au comportement du requérant et à la gravité des actes commis par lui, nécessaire pour la défense de cet ordre », acceptant par là de substituer au contrôle traditionnel de l'erreur manifeste d'appréciation un contrôle entier de proportionnalité en prenant en compte « à l'instar de la jurisprudence européenne, la balance à opérer entre l'intérêt général de l'ordre public et l'intérêt particulier qui s'attache à la protection de la vie familiale »²³⁹.

Si elle marque une réelle évolution dans la jurisprudence relative au séjour des étrangers et un accroissement manifeste de la protection de leurs droits, cette jurisprudence n'en reste pas moins incomplète du point de vue de ses effets.

Tout d'abord, il faut rappeler la portée exacte du contrôle de proportionnalité en la matière. Alors que par principe le juge pourrait exiger une adéquation des mesures aux nécessités publiques de façon à ce que la liberté fondamentale concernée ne subisse que peu de restrictions, le juge ne censure que les atteintes « excessives ».

²³³ C.E., 25 juillet 1980, *Touami ben Abdeslem*, Rec. p. 820, JCP 1981, II. 19613, note B. Pacteau ; C.E., 6 février 1981, *Bahi* ou encore C.E., 6 décembre 1985, *Chrouki*. Dans ces arrêts, le juge considère que le requérant « ne pouvait utilement se prévaloir [...] des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes duquel toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance [...] ».

²³⁴ C.E., Sect., 10 avril 1992, *Aykan et Marzini*, req. n°120573, Rec. p. 154 ; AJDA 1992, p. 332, chron. C. MAUGE et R. SCHWARTZ ; RFDA 1993, p. 541, concl. M. DENIS-LINTON.

²³⁵ C.E., 22 mai 1992, *Dlle Zine El Khalma*, DA 1992, n° 287.

²³⁶ C.E., Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, n°107470, p. 152 et *Mme Babas*, n°117680, p. 162.

²³⁷ En ce sens v. R. ERRERA, « La juridiction administrative française et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rapport du Conseil d'État*, EDCE, 1992, n° 44, p. 328-329.

²³⁸ C.E., 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, Rec. p. 18.

²³⁹ R. ABRAHAM, concl. sur C.E., 19 avril 1991, *Belgacem* et *Mme Babas*, précité.

Ce terme, employé par le juge lui-même²⁴⁰, exprime directement que le contrôle est en réalité minimal, tout comme le terme « manifeste » l'exprimait dans le contrôle de l'erreur d'appréciation des motifs. Cette jurisprudence met donc bien en place un contrôle de l'intérêt public en effectuant « la mise en balance des avantages et des inconvénients, au regard de l'intérêt général, de la décision administrative critiquée »²⁴¹. Si ce caractère n'est pas propre au contentieux des étrangers et à l'appréciation de l'atteinte à leurs droits et libertés²⁴², il emporte tout de même des conséquences importantes sur l'ampleur de la garantie qui leur est offerte par l'invocabilité de l'article 8.

Ensuite, le non-respect de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est en pratique le moyen le plus invoqué à l'appui des recours contre les refus de séjour et les décisions d'éloignement. Or, il ressort de cette abondante jurisprudence que le juge continue d'opérer un contrôle plus proche du contrôle restreint que du contrôle entier. En effet, la juridiction administrative n'annule que les décisions ayant porté atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de l'intéressé de façon déraisonnable et disproportionnée, reprenant ainsi une jurisprudence fondée sur l'erreur manifeste plus que sur la simple erreur d'appréciation. Ceci explique, conformément aux prévisions de Rony Abraham²⁴³, que les décisions d'annulation sur ce fondement soient peu nombreuses²⁴⁴.

De plus, l'extension du contrôle n'est pas totale et il reste des hypothèses dans lesquelles l'article 8 ne pourra être utilement invoqué, manifestant la part

²⁴⁰ nous citerons par exemple : C.E., 14 avril 2015, M. A...E..., inédit au recueil Lebon (« en l'obligeant à quitter le territoire français, le préfet n'a pas porté une atteinte excessive à son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ») ou encore C.E., 14 avril 2015, M. C...B..., inédit au Recueil Lebon (« le refus de séjour n'a pas porté une atteinte excessive à son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti [...] »)

²⁴¹ A. de LAUBADERE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence du Conseil d'État » in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, p. 550.

²⁴² V. en ce sens : M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, p. 156.

²⁴³ Il affirmait ainsi que ce n'est que « très exceptionnellement » qu'une mesure de reconduite pourra être jugée contraire à l'article 8 Conv. EDH : concl. sur C.E. Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, précité, *RFDA*, 1991, p. 497.

²⁴⁴ En 1995, seuls 10 à 20% des requêtes introduites contre des mesures d'éloignement du territoire sur le fondement de l'article 8 conv.EDH aboutissaient à une annulation. V. R. d'Haëm, « Le contrôle du juge administratif et le contentieux de la reconduite à la frontière – Bilan de jurisprudence », *LPA*, 17 novembre 1995, p. 10.

d'autonomie que le juge administratif conserve vis-à-vis de la jurisprudence européenne²⁴⁵. Le Conseil d'État a ainsi considéré dans un arrêt *Aggad*²⁴⁶ que le moyen tiré de cet article est inopérant dans le cadre d'un recours dirigé contre une décision de refus d'autorisation de travail. Cette décision, si elle peut s'expliquer par le fait que le refus d'autorisation de travail n'emporte pas lui-même obligation de quitter le territoire, néglige le fait que ce refus sera probablement suivi d'un refus de titre de séjour fondé sur le manque de ressources du concerné et donc d'une obligation de quitter le territoire français dont le prononcé est rendu automatique suite à un refus de séjour par la loi de 2006²⁴⁷. Le contentieux reviendra donc probablement devant le juge qui devra alors, à ce nouveau stade de la procédure, opérer le contrôle de proportionnalité. Élargir le contrôle fondé sur l'article 8 permettrait donc à la fois une meilleure garantie des droits fondamentaux de l'étranger, une simplification du contentieux et un déchargement des juridictions administratives.

Par ailleurs, il est fréquent que le juge opère le contrôle de l'atteinte manifeste à une situation personnelle cumulativement avec le contrôle de l'atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8. Considéré comme subsidiaire, le contrôle de l'atteinte à une situation personnelle n'est opéré que si l'étranger n'a pas pu établir une atteinte au droit au respect de sa vie privée et familiale et se rapporte en théorie à des éléments que le juge ne fait pas entrer dans ce cadre tel que la vie professionnelle, le lien avec une personne malade ou le suivi d'un traitement léger.

Pourtant, la distinction entre ces deux notions ne semble pas évidente. Ainsi, après avoir écarté le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la Convention, le juge administratif conclue le plus souvent à une absence « d'atteinte à la situation personnelle » sans justification distincte de celle visant à écarter le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 8. Cette construction fréquente des considérants atteste

²⁴⁵ En ce sens v. L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, LGDJ, 1999, p. 628.

²⁴⁶ C.E., 12 juillet 1993, req. n° 117478, *Ministre de la solidarité, de la Santé et de la Protection sociale c./Aggad ; D.A.*, 1993, n° 516.

²⁴⁷ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, précitée.

que les deux moyens renvoient en réalité aux mêmes moyens et à la même construction juridique²⁴⁸.

Bien que limitée au contrôle de l'erreur manifeste, la jurisprudence dite « *Quintero* » a l'avantage d'appréhender l'ensemble des conséquences d'une mesure de départ forcé ou de refus de séjour. Sa distinction d'avec la notion de « droit à sa privée et familiale » aurait donc pu constituer un instrument supplémentaire de limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration et un complément bénéfique à la protection de la situation de l'étranger. Mais en ne motivant pas de manière distincte les considérants relatifs à chacun des deux moyens, le juge entretient une confusion entre le contrôle restreint dans l'appréciation de la situation personnelle et le contrôle de proportionnalité fondé sur l'article 8 de la Convention. Il semblerait donc préférable que le juge procède à une clarification, soit en adoptant une motivation différenciée en fonction du moyen envisagé, ce qui paraît difficile à mettre en œuvre en l'état actuel de la jurisprudence, soit en renonçant formellement au contrôle de l'atteinte à une situation personnelle lorsqu'il se confond, au regard des éléments invoqués et analysés, avec les composantes du droit au respect de la vie privée et familiale²⁴⁹.

Les dernières limites à la portée de l'article 8 tiennent enfin aux pouvoirs même du juge. En l'absence de dérogation explicite, le contrôle exercé est celui de l'excès de pouvoir, ce qui implique nécessairement que le juge contrôle la légalité de la décision au jour où elle a été prise et non au jour où il statue. Cette limite du contrôle peut avoir des conséquences fondamentales sur l'appréciation d'une atteinte à une vie familiale normale.

²⁴⁸ Nous citerons pour exemple : CAA Douai, 14 avril 2015, req. n° 14DA01184, *M. C...A...* ; CAA Marseille., 3 avril 2015, req. n° 14MA01071 ; CAA Marseille, 14 janvier 2013, req. n° 10MA02930, *Mme B.* ; ou encore CAA Douai, 13 août 2012, req. n° 12DA00456, *N'Dome c/ préfet de région de Haute Normandie*. Dans tous ces arrêts, le juge estime que « dans les circonstances d'espèce [...] le préfet n'a pas porté une atteinte excessive à son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ne s'est pas livré à une appréciation manifestement erronée des conséquences de cette décision sur sa situation personnelle » ou que « le moyen tiré d'une méconnaissance des stipulations de l'article 8 de la Convention [...] doit, par suite, être écarté ; pour les mêmes motifs, le préfet de police n'a pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation de la situation personnelle de [...] ».

²⁴⁹ V. en ce sens : V. TCHEN, commentaires sous l'article L. 511-4 du CESEDA, Code Lexisnexis, 2015, p. 310.

En effet, les délais contentieux peuvent amener le juge à statuer sur la légalité d'une décision plusieurs mois, voire plusieurs années après son édicition²⁵⁰. Or, la vie privée et familiale peut, dans ce délai, connaître des bouleversements importants et finalement constituer un élément déterminant au droit au séjour. Ainsi, un étranger ne pouvant établir aucun lien familial à la date de la décision peut, dans ce délai avoir un enfant qui sera né en France²⁵¹, épouser un ressortissant français²⁵², trouver un emploi ou débiter une formation professionnelle²⁵³, répondant ainsi aux critères de délivrance d'une carte de séjour. En privant le juge des pouvoirs du plein contentieux, on prive nécessairement le contrôle des conséquences d'une décision sur le fondement de l'article 8 de son effectivité et de sa cohérence. Faire du juge de l'excès de pouvoir un juge de plein contentieux en la matière apparaît donc désormais comme une condition indispensable au contrôle complet des conséquences d'une décision de refus de séjour ou d'obligation de quitter le territoire.

²⁵⁰ V. par exemple : CAA Marseille, 03 avril 2015, req. n° 14MA01071, précité (le juge statue sur une décision de refus de titre de séjour assortie d'une obligation de quitter le territoire français du 10 juillet 2013) ; CAA Nantes, 7 avril 2015, req. n° 14NT01749 (le juge statue sur une décision de refus de titre de séjour assortie d'une obligation de quitter le territoire français du 29 octobre 2013) ou encore CAA Marseille, 7 avril 2015, req. n° 14MA05136 (le juge statue sur une décision de refus de titre de séjour assortie d'une obligation de quitter le territoire français du 24 juillet 2014).

²⁵¹ V. par exemple CAA Douai, 14 avril 2015, req. n° 14DA01184 : le juge estime ainsi que le requérant « ne peut se prévaloir de la circonstance qu'il soit le père d'un enfant qu'il a reconnu, né [...] postérieurement à l'arrêt attaqué », cons. 5.

²⁵² v. par exemple CAA Bordeaux, 14 avril 2015, req. n° 14BX03461

²⁵³ v. par exemple : CAA Lyon, 7 avril 2015, req. n° 14LY01653. Le juge, statuant sur une décision de refus de titre de séjour du 22 mai 2012, considère que « la circonstance que l'époux de la requérante a de nouveau travaillé en octobre et décembre 2013 et entrepris une formation professionnelle en février 2014 est sans incidence sur la légalité de la décision attaquée qui s'apprécie à la date à laquelle elle a été prise », cons. 3.

CONCLUSION DU TITRE 1

En plaçant l'ordre public au cœur du statut d'étranger et en l'appréhendant d'une façon distincte selon qu'il s'applique à celui-ci ou aux nationaux, le droit français en a fait un statut d'exception. Le régime de police ainsi institué a conduit progressivement à creuser la frontière entre des individus qui pourtant résident au sein d'un même territoire et sont donc soumis aux mêmes lois.

En ajoutant à ce renforcement du régime de police une législation déstructurée et menée par les difficultés conjoncturelles plus que par le souci d'une cohérence juridique et politique, les institutions ont établi un système aléatoire, fondé en grande partie sur des sources infra-législatives imprécises et auquel le juge peine à remédier.

Dans ce contexte, attendre de ce dernier qu'il résolve les imprécisions de la loi et du règlement, qu'il s'assure que les atteintes aux libertés sont évitées, qu'il empêche des exécutions d'obligations de quitter le territoire ou des refus de séjour manifestement inopportuns compte tenu de la situation de l'étranger, revient à exiger de lui qu'il fasse œuvre de législateur. Si le contrôle apparaît parfois trop prudent, trop retenu au vu des enjeux concernés et qu'il serait souhaitable qu'il soit aménagé dans un sens plus favorable, la solution de fond, pourtant, ne pourra être trouvée uniquement dans un renforcement des prérogatives juridictionnelles ou dans la reconnaissance d'une opposabilité des instruments internes de coordination de l'action administrative : elle doit se faire par une évolution des sources elles-mêmes.

L'amélioration des sources du droit des étrangers et de leur statut semble devoir passer avant tout par la loi, qui par principe bénéficie d'un meilleur contrôle et d'une

plus grande autorité juridique. Améliorer la jurisprudence relative au statut des étrangers représenterait une solution pragmatique efficace, tirée de l'observation selon laquelle les textes sont de fait insuffisants. Mais cela ne permettrait pas de palier, sur le fond, les insuffisances et les fluctuations régulières de la loi. L'attente d'une rationalisation de l'action administrative et d'une protection effective des droits de l'étranger présent et vivant sur le territoire national ne peut pas se tourner vers le juge : elle doit se tourner vers la loi, instrument contraignant d'unification.

En cédant devant les nécessités pratiques de gestion des flux migratoires, celle-ci a négligé sa fonction première qui est d'établir un cadre cohérent et unitaire de détermination du statut de ceux qui se trouvent soumis à son autorité et n'a fait que renforcer un statut exceptionnel d'étranger qui semble être arrivé au bout de ses potentialités

Par ce mouvement, la cohabitation du national et de l'étranger s'est trouvée fondée sur une conception exclusive de la nationalité qui fait de la nation le seul destinataire naturel de la protection de l'État. C'est précisément cette conception qui semble devoir être repensée pour envisager un nouvel équilibre en la matière entre différenciation des statuts et respect des libertés au sein de l'État.

TITRE 2

UN ÉQUILIBRE TRIBUTAIRE D'UNE DISTINCTION

DE LA SPHÈRE SOCIALE ET DE LA SPHÈRE POLITIQUE

Le processus de nationalisation des droits a conduit à considérer que leur protection était liée au statut de national ou plus précisément à celui de citoyen.

Une telle conception est le fruit des théories contractuelles libérales qui ont fondé le pouvoir de l'État sur le pacte politique en lui donnant pour finalité la protection des droits naturels de l'homme. Dans ce cadre, si tous les individus restent titulaires de ces droits universels, seuls ceux qui ont contribué au pacte social pourront en assurer la garantie effective.

L'avènement de l'État-nation va par la suite figer le concept de pacte social en faisant de la communauté nationale, communauté des citoyens, le destinataire non plus effectif mais *légitime* des droits garantis : en tant que détentrice de la souveraineté, la nation n'exerce son autorité que pour se protéger elle-même. Cette fusion de l'espace social et de l'espace politique a ainsi rendu impossible la reconnaissance de l'étranger comme sujet de droit constitutionnel et donc comme titulaire de droits, tant politique qu'individuels.

Refonder l'équilibre entre le statut de national et celui d'étranger suppose donc d'abord de dissocier l'exercice des droits du citoyen de la protection des droits de l'homme afin d'assurer un retour à la conception universaliste des droits individuels (Chapitre 1) puis de poser la question de la cohabitation du national et de l'étranger au sein de l'espace politique (Chapitre 2).

Chapitre 1

Une dissociation imparfaite entre nationalité, citoyenneté et protection des droits

Le rapport de l'État aux droits des individus repose sur une double obligation de celui-ci : l'abstention, pour ne pas porter atteinte à un droit protégé et l'obligation positive de traduire sur le plan juridique les effets d'une affirmation de principe¹. Ces deux obligations visent à garantir l'effectivité d'un droit fondamental qui, par nature, limite l'exercice du pouvoir de l'État sur l'individu.

L'affirmation d'un principe d'égalité entre nationaux et étrangers ne peut que résulter d'un dépassement de ces deux statuts pour ne s'intéresser qu'à l'individu, indépendamment du statut juridique particulier que lui a attribué l'État dans lequel il réside. La question est donc bien celle des « droits de l'homme » indépendamment de celle des droits du citoyen et de l'étranger en lui-même. C'est ainsi directement le rapport de l'État à l'individu indifférencié qui est concerné.

Si cette distinction est aujourd'hui opérée en droit français par la réaffirmation d'une lecture plus universaliste des textes constitutionnels (section 1), elle reste encore imparfaite, faisant de l'étranger un titulaire encore singulier des droits de l'homme (section 2).

Section 1. Une dissociation renouvelée

Malgré l'affirmation de principe selon laquelle l'homme est le destinataire de la Loi naturelle considérée comme universelle, le droit français va établir un lien nécessaire entre nationalité et protection des droits, faisant de la communauté nationale le destinataire privilégié de ces derniers. C'est à ce processus que s'oppose en partie le droit international qui réaffirme l'universalité des droits de l'homme tout en lui donnant un fondement juridique nouveau : la non discrimination (§ 1). Cette

¹ Sur ces obligations de l'État v. P. BRAUD, *La notion de liberté publique et ses implications en droit public français*, LGDJ, 1968.

influence sera déterminante et peut expliquer que les juges administratif et constitutionnel aient, par leur jurisprudence, étendu le bénéfice des droits proclamés par la Constitution aux étrangers présents sur le territoire (§ 2).

§ 1. L'influence déterminante du droit international

Issue de l'idéal universaliste révolutionnaire, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 manifeste sa filiation avec le droit naturel. Dans son esprit, le Préambule de 1946 reprendra cet idéal. Le principe affirmé est alors que la jouissance des droits proclamés, en tant qu'ils sont universels, doit être reconnue à l'étranger comme au national. Cette affirmation de principe va néanmoins être contredite par le mouvement de nationalisation des droits de l'homme (A) avant de retrouver sa traduction dans le droit international général et européen, notamment à travers le principe juridique de non discrimination en raison de la nationalité (B).

A. L'abandon de la conception universaliste par le processus de nationalisation des droits

Les écrits d'Hannah Arendt reviennent précisément sur le lent processus de nationalisation des droits de l'homme débuté durant la période révolutionnaire de 1789. Elle écrit ainsi qu'« au nom de la volonté du peuple, l'État fut contraint de ne reconnaître pour citoyens que les "nationaux", de ne garantir la pleine jouissance des droits civiques et politiques qu'à ceux qui appartenaient à la communauté nationale par droit d'origine et fait de naissance ». C'est ainsi que « le duel secret entre l'État et la nation vint au grand jour dès la naissance de l'État nation moderne au moment où la révolution française lia la Déclaration des droits de l'homme à la revendication de la souveraineté nationale » faisant que « les droits de l'homme ne furent plus protégés et consolidés qu'en tant que droit des nationaux »².

En associant l'homme et le citoyen puis le citoyen et le national, le mouvement révolutionnaire a constitué le corps politique mais aussi social autour de la Nation et de sa souveraineté, et l'action continue de socialisation mise en place par

² H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme : l'impérialisme*, Fayard, 2002, p. 288-289.

la suite a eu pour but de consolider ce rapport³. L'exercice du pouvoir de l'État sur les individus va donc sans cesse osciller entre un principe universaliste d'égalité et un principe de souveraineté étatique reposant sur un « protectionnisme »⁴ à destination de ceux qui en constituent juridiquement le substrat humain. Ce rapport presque conflictuel entre souveraineté et universalité aboutit à faire des nationaux les seuls destinataires naturels de ces droits.

En se fondant sur le contrat social, le rapport de l'État à l'individu se déplace d'un rapport de la puissance à une communauté humaine indistincte vers un rapport de la puissance à une communauté identifiée et unifiée⁵. La conséquence de ce déplacement est double : elle fait reposer la garantie des droits sur leur inscription dans la loi civile de l'État et elle fait indirectement de l'exercice des droits du citoyen la condition de garantie des droits de l'homme. Par conséquent, puisque « les droits juridiques [...] n'existent que dans l'État et ne sont ceux que du citoyen », les « droits civils ne sauraient être universels puisqu'ils résultent d'une volonté générale [...] particulière »⁶.

En réalité, c'est bien l'interprétation des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme »⁷ comme émanant d'un ordre naturel rationnel prohibant les « variantes significatives selon les latitudes » qui ne s'est alors pas imposée. Si pour les jusnaturalistes les droits du citoyen ne sont que l'affirmation circonstanciée des droits naturels universels et sont destinés en tant que tels à être inscrits à l'identique dans l'ensemble des ordres juridiques, le fondement des libertés est le seul droit interne de l'État. Il appartient donc à ce dernier de traduire les droits universels qu'il entend garantir à ses nationaux, la situation de l'individu relevant alors de la législation de son État.

Dans son *Précis de droit constitutionnel*, Maurice Hauriou revient précisément sur la question du rapport entre les droits individuels et la loi. S'il considère que la « Constitution politique de l'État est essentiellement pour les libertés individuelles,

³ Sur ce point v. Partie 1, Titre 1, chapitre 2.

⁴ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 197.

⁵ Sur cet apport paradoxal du mouvement révolutionnaire v. Partie 1, titre 1.

⁶ S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p. 353.

⁷ Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

bases de la constitution sociale », il rappelle que cette dernière « malgré qu'elle soit plus importante que la constitution politique et que le pouvoir politique, dépend de celui-ci par le moyen de la loi » : l'État est donc « maître de consacrer ou de ne pas consacrer juridiquement les droits individuels »⁸. De ce fait, les droits individuels sont à la fois des « droits subjectifs » et des « institutions juridiques objectives »⁹ organisées par la loi de l'État. C'est donc la forme de l'État elle-même, l'équilibre de ses institutions, qui permet de faire des droits individuels de véritables droits juridiquement existant.

La portée universelle des droits n'est donc pas niée, elle est même proclamée¹⁰ : leur nature juridique profonde est pré-étatique, mais elle n'est pas considérée comme s'opposant à « un traitement local des droits fondamentaux même si cela doit aboutir à des libertés publiques variables »¹¹. Du fait de leur caractère naturel, les droits individuels en tant qu' « institutions juridiques » ne trouvent pas leur source dans la volonté de l'État, mais ils se réalisent à travers la loi qu'il édicte.

La conséquence de cette distinction est que les droits individuels pourront s'appliquer d'une façon différente selon les « diverses espèces de sujet français » car bien que « les droits individuels sont appelés droits de l'homme », « par le force des choses, de nombreuses distinctions sont nécessaires, lesquelles entraînent des restrictions »¹², notamment quant à la qualité des personnes : si les étrangers sont par principe assimilés aux nationaux, un ensemble de restrictions peut être apporté à l'exercice de ces droits. Ce qu'il est intéressant de remarquer, c'est que l'auteur ne donne alors aucun fondement à cette distinction opérée par la loi. Il en expose le contenu en listant sommairement les différentes limites pouvant être apportées à ces droits lorsqu'ils concernent l'étranger, mais ne fournit aucune justification spécifique

⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd. 1929, Dalloz, rééd. 2015, p. 612.

⁹ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 613.

¹⁰ Hauriou écrit ainsi : « Le Droit notamment devra être rattaché quant à son objet et à sa source, non pas à l'État puissance publique, mais à l'ensemble des situations d'état. Dès lors, si l'État puissance publique est législateur et juge, ce n'est point qu'il soit source des droits, les droits ainsi que la loi sortent du milieu social où se créent les situations d'état. - C'est à titre de garant, c'est-à-dire que fournissant la sanction des règles de droit, il s'est chargé d'en rédiger la formule », in *Leçons sur le mouvement social*, Paris, Larose, 1899, repris dans *Écrits sociologiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 139 ou encore « Les Français du XVIII^e siècle jouissaient d'avance à peu près de toutes les libertés qui furent inscrites dans la Déclaration des droits ; elles étaient peut-être restreintes par des abus, mais elles existaient. », in *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 624.

¹¹ V. TCHEN, « Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger », *LPA*, 1995, n° 61, p. 4.

¹² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 644.

à cette distinction autre que celle de la nécessité¹³. Celle-ci semble au contraire relever de l'évidence : les droits individuels constituent avant tout le « statut du citoyen français »¹⁴ car la « Constitution sociale, qui a pour base les droits individuels, n'est pas autre chose que la constitution de la communauté nationale »¹⁵. Dans cette perspective, les droits individuels, ou droits de l'homme, définissent avant tout la sphère d'autonomie des nationaux vis-à-vis de leur État. Par conséquent, l'étranger, s'il est titulaire de ces droits en tant qu'il est un homme et que ces droits sont universels, ne peut être considéré comme un destinataire de principe de la loi de l'État qui leur donne corps.

Cette approche peut-être confirmée par une observation du régime des droits mis en place sous la IIIe République. La notion de « modèle républicain d'intégration » que l'on rattache à cette période renvoie à la manière dont l'État républicain définitivement installé a mis en œuvre les principes fondamentaux qui devaient selon lui régir les sociétés démocratiques. Tout le projet politique de la IIIe République se concentre en effet sur l'intégration des classes populaires dans l'État-nation.

D'une part, l'on crée un cadre de participation des milieux populaires à la vie politique et l'on encourage cette participation par des réformes électorales qui permettent à des citoyens issus de ces milieux d'exercer des charges publiques. Les lois relatives à la liberté de la presse ainsi qu'au droit de réunion s'inscrivent également dans ce projet. Les ouvriers et les paysans acquièrent ainsi un pouvoir collectif d'intervention dans la vie publique.

¹³ Une exception doit cependant être notée : l'expulsion. Cette restriction à la liberté individuelle de l'étranger est ainsi fondée sur la nécessaire protection de la « sûreté de l'État », *op. cit.*, p. 647.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 613. Nous noterons que l'auteur n'oppose pas uniquement le national et l'étranger mais il distingue quatre catégories de sujets dans la jouissance des droits individuels : le Français et la femme française en France, le Français et la femme française aux colonies françaises, l'étranger en France et les indigènes des colonies, pays de protectorat et de mandat, lesquels se subdivisent eux-mêmes en différentes catégories.

¹⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 622 : « On peut envisager la question du caractère naturel des droits individuels dans l'État et hors de l'État. Envisageons la d'abord dans l'État, [...]. Dans le chapitre que nous avons consacré à l'État, nous avons eu à régler la condition de la communauté nationale et de la souveraineté de sujétion qui lui appartient. Ce faisant, nous réglions par là même la condition des droits individuels, car cette constitution sociale, qui a pour base les droits individuels, n'est pas autre chose que la Constitution de la communauté nationale ».

D'autre part, la Troisième République favorise l'intégration du peuple en développant une politique de « protection sociale »¹⁶. Dans le cadre de cette politique, le simple fait d'être membre de la communauté nationale permet d'obtenir des droits sociaux. Ces derniers sont donc liés explicitement à la détention de la nationalité. Le développement de l'immigration appréhendé comme phénomène social, dont la désignation date de cette époque¹⁷ est directement lié à cette politique.

En effet, jusqu'à la fin du Second Empire, la ligne de fracture fondamentale est davantage d'ordre social : les classes de notables s'opposent aux classes des travailleurs, ces derniers ne bénéficiant que de peu de droits dits « sociaux ». Le fait que les membres de cette classe soient « Français » ou « étrangers » importaient alors peu, d'où l'absence de « l'immigration » dans le discours politique et juridique. En revanche, lorsque le peuple s'est vu reconnaître des droits politiques et sociaux en raison de sa nature, c'est-à-dire en raison de son rattachement à l'État-nation, une frontière radicale s'est mise en place entre ceux qui, nationaux, bénéficient de ces droits et ceux qui, parce qu'étrangers, c'est-à-dire ressortissants d'un autre État-nation, ne peuvent y prétendre. Le statut d'étranger acquiert alors une nouvelle dimension : il est celui qui ne possède pas les droits sociaux accordés par l'État, qui ne peut bénéficier de la protection de ce dernier en raison de l'absence de rattachement qu'il a avec lui.

Cette frontière désormais établie entre nationaux et étrangers est directement liée à la volonté révolutionnaire de supprimer les organisations visant à revendiquer des intérêts particuliers en tant qu'elles empêchent l'expression de la volonté générale dans son acception rousseauiste.

Par conséquent, et à l'inverse d'autres États, les divisions régionales, religieuses, corporatistes n'ont pu être mobilisés par les citoyens pour défendre leurs intérêts particuliers, « nommer leurs différences et nourrir leur sentiment d'appartenance »¹⁸. L'appartenance collective ne va donc progressivement s'exprimer qu'à travers deux clivages : la lutte des classes et le rapport national/étranger.

¹⁶ C'est ce que développe G. NOIRIEL dans son article « Petite histoire de l'intégration à la française », *Le Monde diplomatique*, janvier 2002.

¹⁷ C'est ce que rappelle G. NOIRIEL dans son ouvrage *Le Creuset français. Histoire de l'immigration XIXe-XXe siècle*, éd. du Seuil, p. 78.

¹⁸ G. NOIRIEL, art. précité.

L'intégration des classes populaires et l'exclusion de l'étranger sont donc intimement liées dans la construction de « l'idée nationale » qu'opère la Troisième République.

C'est dans cette perspective que les juristes et le législateur tentent dès les années 1880 de réglementer l'accès des étrangers à certains emplois dans des domaines particulièrement sensibles d'un point de vue « politique et moral » de l'époque : la loi du 29 juillet 1881¹⁹ en est l'exemple le plus significatif puisqu'elle impose que les gérants de journaux soient de nationalité française²⁰. La place centrale occupée alors par le clivage national/étranger dans le système républicain de préférence nationale fait de la question de la nationalité un enjeu majeur puisqu'elle est le seul vecteur d'acquisition des droits sociaux et politiques dans une société qui s'industrialise. C'est également en ce sens que sera d'abord interprété le Préambule de 1946, même s'il affirme que ces droits sont ceux de « tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés »²¹.

B. Une refondation de la conception universaliste des droits par le droit international et européen

L'expérience de l'hitlerisme et du fascisme provoque après la Seconde Guerre Mondiale « une sorte de retour aux sources du droit naturel »²² entraînant la réaffirmation des droits inaliénables et sacrés de l'homme. Le premier support de cette réaffirmation est alors le droit international. En faisant des hommes les destinataires des prescriptions qu'ils renferment, les traités semblent introduire une rupture propre à faire entrer les étrangers parmi les destinataires des droits fondamentaux. Trois instruments déterminants sont alors mis en place : la Déclaration universelle des droits de l'homme (1), la Convention européenne des droits de l'homme (2) et la mise en place par l'Union européenne d'un statut de citoyen

¹⁹ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, *J.O.* du 30 juillet 1881, p. 4201.

²⁰ Pour une analyse détaillée de cette politique de protection du marché du travail v. C. ZALC, « Cherchez le petit entrepreneur étranger dans la France du début des années 1920 », in M.-C. BLANC-CHALEARD, S. DUFOIX et P. WEIL (dir.), *L'Étranger en questions du Moyen-Âge à l'an 2000*, éd. Le Manuscrit, 2005, p. 171-206.

²¹ Alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

²² D. LOCHAK, « L'étranger et les droits de l'homme », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier*, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 623.

européen qui a progressivement influencé le statut du « ressortissant d'un pays tiers » en droit interne (3).

1. La Déclaration universelle des droits de l'homme

Malgré son caractère non contraignant d'un point de vue juridique, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est le premier instrument emblématique de ce changement, sa dénomination elle-même ayant été choisie afin de signifier le dépassement du caractère simplement interétatique du texte et la volonté de faire de l'individu le destinataire des normes internationales ou plus précisément un sujet du droit international²³. Ce changement terminologique traduit le glissement qui s'est progressivement opéré lors de la construction du texte. Envisagés au départ dans une conception interétatique de la société universelle, les droits proclamés deviennent ceux de l'homme. Le texte ne lie donc pas les seuls gouvernements des États mais place l'individu au centre de la Déclaration qui devait par là promouvoir une conception unique de l'individu.

La volonté initiale des rédacteurs était que ce texte nouveau ne relève d'aucune idéologie spécifique. Ainsi, « la Déclaration n'étant inféodée à aucune doctrine particulière – ni celle des droits naturels et absolus, ni l'individualisme du XVIII^e siècle, ni la dialectique marxiste – est imprégnée de ce qui leur est commun à toutes, à savoir l'affirmation de l'unité de la famille humaine »²⁴. La Déclaration est donc universelle quant à ses destinataires, renvoyant « à chaque être humain membre d'une société mondiale, et pas seulement sujet de son État et, indirectement, sujet des Nations-Unies »²⁵.

²³ Dans son cours à l'Académie internationale de La Haye, René Cassin précise que « l'Assemblée générale des Nations Unies a accepté la proposition française tendant à changer l'intitulé de la Déclaration. Elle lui a conféré l'appellation de « Déclaration universelle », car elle émane de la communauté juridiquement organisée de tous les peuples du monde du genre humain et elle exprime les aspirations communes à tous les hommes », in R. CASSIN, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *Rec. cours la Haye*, 1951, II. T. 79, p. 279.

²⁴ R. CASSIN, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », précité, p. 291. Certains soutiennent néanmoins que cette affirmation ne correspond pas tout à fait à la réalité. M. Frédéric Sudre estime ainsi que le droit international des droits de l'homme est par nature idéologique, puisqu'il « aspire à exprimer une idéologie commune à l'humanité toute entière, dont le principe premier est celui de l'égalité des tous les hommes », in F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 12^e éd., PUF, 2015, p. 38.

²⁵ R. CASSIN, « Variations autour du concept d'universalité », extrait de l'entretien de René Cassin avec Marc Agi du 9 janvier 1969, in M. AGI, *De l'Idée d'universalité comme fondatrice du concept*

Les premières dispositions du texte énoncent ainsi que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit »²⁶. Cette disposition revêt un caractère particulièrement intéressant en ce qu'elle semble renouveler le fondement de l'universalité des droits. En effet, l'universalité de la Déclaration de 1789 était fondée sur le droit naturel, sur l'énonciation des droits attachés à la nature humaine et garantissant la liberté de l'individu. En 1948, ce fondement est renouvelé et l'universalité trouve désormais son origine dans le concept de « dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine », enjoignant à une reconnaissance de droits égaux et inaliénables, « fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

Tout d'abord, la notion de « famille humaine » révèle une volonté de rompre avec l'individualisme du XVIII^e et de présenter l'homme comme partie d'une entité collective : l'humanité. Celle-ci n'est donc plus une somme d'individus particuliers mais une totalité, inscrivant l'homme dans un ensemble à protéger, à la fois en tant que composé d'individus et en tant que collectif.

Ensuite, la Déclaration introduit la « dignité » comme fondement de la proclamation des droits et de leur universalité, remplaçant ainsi à cette place la liberté. Jusqu'alors, le principe de liberté était considéré comme assurant le principe de dignité. Ce concept est donc apparu dans un contexte idéologique jugeant que les droits de l'homme tels que ceux de la Déclaration de 1789, centrés sur l'individu, sa liberté, son autonomie, ne suffisaient plus à sa garantie. Du XVIII^e au début du XX^e siècles, les Déclarations étaient destinées à combattre l'oppression et la perte de liberté, mais « l'expérience nazie a dévoilé un autre ennemi : la barbarie étatique. Ainsi, l'État démoniaque a-t-il pris la place du despote, vieux concept qui date de l'Ancien Régime. La résistance change de visage : il ne s'agira plus d'opposer la liberté au despote mais la dignité à la barbarie »²⁷.

des droits de l'homme, d'après la vie et l'œuvre de René Cassin. Thèse pour le doctorat d'État, présentée et soutenue devant l'université de Nice, le 10 décembre 1979, éd. Alp'Azur, 1980.

²⁶ Article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

²⁷ B. EDELMANN, « L'ennemi dans les Déclarations sur les droits de l'homme », *Droits*, 1992, n°16, p. 125.

Cette nouvelle formulation entraîne une conséquence majeure sur la conception idéologique des droits proclamés. La « dignité inhérente » à la personne constitue désormais, en droit, une qualité consubstantielle à l'être humain : elle est un attribut inné, fondateur de ses droits, y compris du droit à la liberté qui dès lors n'est plus un « attribut naturel initial », comme il l'était dans la Déclaration de 1789, mais « un dérivé juridique parmi d'autres de la naturelle dignité humaine »²⁸, la dignité étant alors « la condition même de la liberté »²⁹. Si elle se comprend dans son contexte historique, cette approche n'en soulève pas moins quelques interrogations.

En plaçant la liberté en tant que garante de l'autonomie individuelle derrière la dignité humaine, le texte donne certes un fondement juridique à la protection des droits mais n'en donne et ne peut en donner aucune définition car « son contenu relève d'une interprétation casuistique et évolutive »³⁰. Le concept de dignité découle directement de la volonté exposée plus haut de reconnaître des droits nouveaux qui ne soient plus centrés sur l'individu mais sur la prise en compte de notions nouvelles telles que « l'humanité » ou « l'espèce humaine ». L'inconvénient de cette démarche est donc de rendre plus évanescent le fondement des droits à protéger et d'entraîner ainsi paradoxalement l'affaiblissement de leur garantie³¹.

Le détachement vis-à-vis des fondements du droit naturel est enfin également perceptible dans le contenu de la Déclaration qui prétend définir « l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations ». Par cette stipulation, la Déclaration universelle se distingue encore de la Déclaration de 1789 en ce qu'elle est davantage prescriptive que reconnaitive. La Déclaration de 1789 entend en effet rappeler les « droits

²⁸ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2003, p. 59.

²⁹ M. FABRE-MAGNAN, v° « Dignité humaine » in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, p. 291.

³⁰ M. FABRE-MAGNAN, précité, p. 287.

³¹ J. MOURGEON critique précisément cette introduction : « en évinçant la liberté au profit de la dignité, ne substitue-t-on pas au personnalisme d'antan un holisme nouveau, périlleux non seulement pour la liberté déjà perdue, mais pour l'ensemble des droits auxquels il prétend aider ? [...]. Sans contexte, « l'homme est né libre », dans une liberté évicente, identifiable comme naturelle puisque se manifestant dès le premier geste, dès le premier son signifiant oui ou non. Il n'est pas né digne, porteur d'une dignité aussi « inhérente » à son organisme que sa circulation sanguine [...]. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'homme s'est arrogé cette qualité pour tenter de compenser ses ignominies récentes, il s'en drape aujourd'hui en en faisant une catégorie juridique pour tenter d'occulter ses abjections présentes. », in *Les droits de l'homme*, précité, p. 61-62.

naturels » de l'homme, les déclarer en une énonciation qui prétend à la vérité³² tandis que la Déclaration universelle établit la direction vers laquelle doivent tendre les États, sans prétendre que les droits qu'elle proclame préexistent à leur énonciation³³. Ce faisant, elle remet expressément aux États la responsabilité de la garantie des droits, rompant avec la tradition d'une contrainte des États fondée sur une qualité pré-étatique des droits.

Ce principe d'universalité, rompant avec la tendance de nationalisation des droits qu'ont connu les États entre le XVIIIe et le XIXe siècle, se retrouve également dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée en 1950.

2. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La Convention du Conseil de l'Europe est mise en place en 1950 afin d'« assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés »³⁴. Cette approche universaliste des droits est d'abord confirmée par les modalités de saisine des juridictions internes sur le fondement de la convention. Celle-ci stipule ainsi que « *toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui se prétend victime d'une violation [...] des droits reconnus* » peut saisir les juridictions d'un État qui n'est pas le sien lorsqu'il estime que celui-ci, partie à la Convention, a méconnu à son égard un droit reconnu par la convention et qu'il s'était engagé « à n'entraver par aucune mesure ».

La portée de la Convention laissait également supposer une rupture dans la conception des obligations de l'État en matière de protection des droits fondamentaux. Par référence expresse à la Déclaration universelle des droits de l'homme, elle définit des droits opposables par « toute personne » et « nul » ne peut être soustrait à la convention qui

³² En ce sens : M. TROPER, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 13.

³³ En ce sens v. D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 171.

³⁴ Préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

prévaut « sans distinction aucune, fondée notamment sur [...] l'origine nationale »³⁵. Le rapport entre nationaux et étrangers semble donc explicitement dépassé par la l'interdiction de toute distinction dans la protection des droits fondée sur la nationalité : la distinction entre nationalité et protection des droits trouve ainsi un fondement proprement juridique, le principe de non discrimination, sur lequel repose l'obligation des États. Ces derniers ne peuvent donc en principe établir, en matière de droits fondamentaux, des traitements différenciés défavorables aux étrangers fondés uniquement sur l'absence de nationalité, les différences de traitement fondées sur ce critère étant perçues comme potentiellement arbitraires et discriminatoires. Cependant, la portée de cet article restera incertaine au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, l'article 14 de la Convention portant obligation de non discrimination n'a d'après la Cour qu'une valeur subsidiaire, il « complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'emprise de l'une au moins desdites clauses »³⁶. De fait, cette interprétation excluait les droits à la protection sociale qui ne sont pas concernés par la Convention. Malgré cette restriction de la portée du principe de non discrimination proclamé, la Cour a par la suite procédé à des interprétations plus audacieuses afin de lier précisément les faits au cas par cas à une des clauses de la Convention.

Dans l'affaire *Gayguzuz* portant sur le droit à des allocations équivalentes aux allocations chômage refusées aux ressortissants étrangers en Autriche au seul motif du défaut de nationalité, la Cour a considéré de façon inattendue que le droit à ces allocations

³⁵ Article 14 de la Convention : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction 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.

³⁶ V. not. Cour EDH, 11 septembre 1996, *Gayguzuz c. Autriche*, point 36. Sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour EDH relative au caractère autonome et subsidiaire de l'article 14, v. F. SUDRE, « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'Assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gayguzuz c. Autriche* », RFDA, 1997, p. 966 ; et P. LAMBERT, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », RTDH, 1998, p. 497.

devait être intégré dans le droit de propriété protégé par l'article 1^{er} du Premier protocole. Le combinant ensuite avec l'article 14 de la Convention, la Cour juge que « la différence de traitement entre Autrichiens et étrangers quant à l'attribution de l'allocation d'urgence, [...] ne repose sur aucune "justification objective et raisonnable" »³⁷. C'est donc par une interprétation constructive du droit de propriété que la Cour garantit le principe de non discrimination fondé sur la nationalité.

Dans un considérant de principe, elle rappelle la définition d'une discrimination au sens de l'article 14 et expose les modalités de son contrôle. Elle commence ainsi par affirmer que selon sa jurisprudence « une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14, si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" ». Le raisonnement de la Cour mérite attention car il mêle au contrôle classique de proportionnalité en matière d'atteinte aux droits une « présomption d'illicéité »³⁸ à l'encontre de toute distinction fondée sur la nationalité. Reprenant la justification adoptée en matière de discrimination fondée sur le sexe, la Cour affirme ainsi que, même si les « États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement », toute différence de traitement fondée sur la nationalité est discriminatoire sauf preuves contraires fondées sur des « considérations très fortes » qui peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité.

Cette méthode permet à la Cour d'affirmer plus explicitement que les discriminations fondées sur la nationalité doivent faire l'objet d'un contrôle renforcé. Tout en ménageant sa propre marge d'appréciation ainsi que celle de l'État, elle classe ainsi la nationalité parmi les « critères de distinction *a priori* illégitimes »³⁹, permettant que celle-ci cède la *priorité* à la protection de l'égalité des droits. Dans cette perspective, la nationalité n'est conçue que comme un valeur relative en matière de protection des droits.

³⁷ Cour EDH, 11 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, point 50 de la décision du 11 septembre 1996.

³⁸ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 7^e éd, 2013.

³⁹ M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, 2002, p. 562.

C'est ce même rapport à la condition de nationalité qui a constitué le fondement du statut du citoyen européen qui progressivement a influencé la relation interne du national et de l'étranger extra communautaire dans le sens d'une protection accrue de celui-ci.

3. L'influence du statut hybride des citoyens européens sur la relation interne entre les statuts de national et d'étranger

La création de la citoyenneté de l'Union européenne marque une nouvelle étape dans le dépassement de la nationalité comme critère de protection des droits par l'État. Si « l'individu personne physique s'effaçait le plus souvent derrière l'entreprise ou au mieux l'agent économique, progressivement le citoyen a rompu la chrysalide »⁴⁰, puis la protection accordée au citoyen a conduit à une « solidarité entre résidents, ce qui conduit à inclure les ressortissants des États tiers »⁴¹. Trois arrêts récents de la Cour de justice de l'Union européenne, les arrêts *Zhu et Chen*⁴², *Metock*⁴³ et *Zambrano*⁴⁴, nous permettent ainsi d'apprécier l'influence du statut de citoyen européen sur les étrangers ressortissants des États tiers à l'Union présents sur le territoire d'un État membre. Ces affaires montrent que c'est en questionnant la notion de « situation interne » que la Cour de justice a étendu le champ d'application du droit de l'Union et permis cette influence.

Traditionnellement, le droit de l'Union européenne ne s'applique qu'aux situations qui supposent le mouvement d'un État membre vers un autre État membre. Cette logique de circulation intra-européenne, qui sous-tend tout le droit du marché intérieur et qui favorise le « citoyen-voyageur » que nous avons déjà évoqué, est notamment celle de la Directive 2004/38 sur la libre circulation des citoyens. L'article 3 de cette Directive affirme qu'elle s'applique « à tout citoyen de l'Union

⁴⁰ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, T. 2, Litec, 5^e éd., 2013, p. 87.

⁴¹ C. MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Presses universitaires de Marseille, 2011, p. 31.

⁴² CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, C-200/02, *AJDA*, 2004, p. 2237 ; *D.*, 2004, p. 3036.

⁴³ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, C-127/08, *AJDA*, 2009, note H. ALCARAZ, p. 321 ; *RSC*, 2009, obs. L. IDOT, p. 197 ; *RTD eur.*, 2009, note S. Ph. D. HAMMAMOUN et N. Ph. D. NEUWAHL, p. 91.

⁴⁴ CJUE 8 mars 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, *AJDA*, 2011, p. 479 ; *ibid.*, p. 1082 ; *ibid.*, p. 1007, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, note M. Houser ; *D.*, 2011, note S. Corneloup, p. 1325 ; *RDSS*, 2011, note C. Boutayeb et A. Raccach, p. 449 ; *Europe*, 2011, obs. A. Rigaux, p. 149.

qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, ainsi qu'aux membres de sa famille, tels que définis par l'article 2, point 2, qui l'accompagnent ou le rejoignent ».

Or, par une interprétation du contenu de la citoyenneté européenne, la Cour de justice a remis en cause cette logique. Dans sa volonté de construire un régime juridique global et spécifique au droit de l'Union des citoyens européens, et non plus seulement de bâtir un régime particulier de circulation des personnes d'un État membre à un autre, la Cour de justice a remis en cause la pertinence du principe selon lequel l'applicabilité du droit européen doit être subordonnée au mouvement d'un État membre vers un autre.

Ce mouvement jurisprudentiel a commencé avec les affaires *Chen*⁴⁵ et *Metock*⁴⁶ à l'issue desquelles la Cour a créé un véritable droit au séjour dérivé pour les membres de la famille du ressortissant d'un État membre. Dans un cas comme dans l'autre, le caractère intra-européen pouvait être discuté. Dans l'affaire *Chen*, une chinoise, enceinte et dénuée de titre de séjour sur le territoire britannique, choisit d'accoucher à Belfast, donc sur le territoire du Royaume-Uni. Du fait du droit de la nationalité irlandais alors en vigueur, l'enfant acquit la nationalité irlandaise. En sa qualité de citoyen européen, il devait donc être admis à résider sur le territoire britannique. La mère, sans titre de séjour et donc juridiquement sujette à l'expulsion, a ensuite bénéficié d'un droit au séjour dérivé, en sa qualité de représentant légal. Le mouvement interne au Royaume-Uni a donc suffi d'après la Cour pour créer une situation relevant du droit européen.

Dans l'arrêt *Metock*, rendu en Grande chambre, il s'agissait de trancher la situation de plusieurs ressortissants de pays tiers mariés à des ressortissants européens et vivant en Irlande. L'Irlande s'était opposée à l'octroi de titres de séjour à ces conjoints car la loi irlandaise en vigueur subordonnait la délivrance de ces titres à la régularité du séjour dans un autre État membre, soit ceux dont les ressortissants européens concernés avaient la nationalité.

La Cour de justice, saisie de l'affaire, constate alors que « si les citoyens de l'Union n'étaient pas autorisés à mener une vie familiale normale dans l'État membre

⁴⁵ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, précité.

⁴⁶ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, précité.

d'accueil, l'exercice des libertés qui leur sont garanties par le traité seraient sérieusement entravé» et juge donc que la condition imposée par la loi irlandaise était excessive et violait la directive 2004/38 interprétée au regard des exigences de la citoyenneté européenne.

Cette décision a constitué un revirement de jurisprudence important et fait se rejoindre liberté de circulation, citoyenneté et droits fondamentaux pour renforcer non seulement les droits dont bénéficient les ressortissants extra-européens mais aussi l'emprise du droit de l'Union sur les législations internes relatives au statut des étrangers. Ces deux décisions montrent clairement comment la Cour de justice entend utiliser la citoyenneté européenne comme vecteur d'extension du droit de l'Union et de protection des étrangers « stricto-sensu », c'est-à-dire non ressortissants européens.

Cette jurisprudence a franchi encore un cap important dans un arrêt rendu le 8 mars 2011. Dans cet arrêt *Zambrano*⁴⁷, rendu contre l'avis de la Commission et de tous les États membres intervenus à l'instance, la Cour a affirmé le droit au séjour et à un permis de travail pour les parents non ressortissants européens d'un enfant citoyen de l'Union par acquisition de la nationalité d'un État membre⁴⁸. La Cour étend donc la protection du droit au séjour au droit au travail. Son raisonnement, basé sur la citoyenneté européenne de l'enfant, suppose que ce dernier, en tant qu'il est mineur, ne pourra jouir pleinement de ces droits de citoyen européen que si ses parents restent près de lui et ont la possibilité de subvenir à ses besoins en exerçant une activité sur le territoire de l'État membre concerné.

⁴⁷ CJUE 8 mars 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, *AJDA*, 2011, p. 479 ; *ibid.*, p. 1082 ; *ibid.*, p. 1007, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, note M. Houser ; *D.*, 2011, note S. Corneloup, p. 1325 ; *RDSS*, 2011, note C. Boutayeb et A. Raccah, p. 449 ; *Europe*, 2011, obs. A. Rigaux, p. 149.

⁴⁸ Elle affirme ainsi que « la citoyenneté européenne s'oppose à ce qu'un État membre, d'une part, refuse à un ressortissant d'un État tiers, qui assume la charge de ses enfants en bas-âge, citoyens de l'Union, le séjour dans l'État membre de résidence de ces derniers et dont ils ont la nationalité, et, d'autre part, refuse audit ressortissant d'un État tiers un permis de travail, dans la mesure où les décisions priveraient lesdits enfants de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union », point 43.

Cet arrêt, dont le raisonnement a été parfois qualifié de peu rigoureux juridiquement⁴⁹, marque donc une reconnaissance d'un droit au séjour autonome pour les parents étrangers d'un enfant citoyen de l'Union européenne. Par là, la Cour « dépossède les États d'une (petite) partie de leur compétence en matière d'immigration »⁵⁰. Dès qu'un ressortissant extra-européen peut justifier d'un lien de famille étroit avec un citoyen européen, le régime juridique découlant des articles 20 et suivants du traité peut bénéficier à cet étranger.

Par conséquent, la dimension d'intégration de la citoyenneté européenne, originellement conçue comme un vecteur d'intégration intra-européen, tend à s'étendre au résident extra-européen, ce qui montre tout l'enjeu pour la relation, entre le statut de national et celui d'étranger, de ce statut juridiquement hybride qu'est la citoyenneté européenne. En permettant l'intégration sociale des étrangers ressortissants de l'Union européenne et en changeant le lien entre l'État et « l'étranger », elle encourage par ricochet les États membres à faire preuve de la même reconnaissance envers les étrangers extra-européens, à condition pour l'instant qu'ils aient un lien assez étroit avec un citoyen européen, c'est-à-dire avec le droit de l'Union européenne pris dans une vision extensive.

Ce mouvement du droit international, fondé sur un renouvellement de la conception universaliste des droits, a très certainement influencé le droit français en lui permettant de réaffirmer une garantie des droits en-dehors de la seule communauté nationale qui, si elle avait été proclamée par les déclarations de 1789 puis de 1946, ne revêtait que peu d'effectivité.

⁴⁹ V. par exemple : S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci* », *RTD eur.*, 2012, p. 23. L'auteur écrit que l'arrêt *Zambrano* notamment soulève « un certain nombre de réserves du point de vue de la logique juridique », p. 39.

⁵⁰ E. PATAUT, « Citoyenneté européenne, ressortissants des États tiers et situations purement internes », *RTD eur.*, 2011, p. 567.

§ 2. Une dissociation entre nationalité et protection des droits en partie reconnue par les juge

Le droit international et européen, en affirmant un principe de non discrimination ou en établissant un statut hybride d'intégration tel que celui de citoyen européen, s'étendant au statut d'étranger *stricto sensu*, a créé un contexte juridique dans lequel la nationalité ne saurait seule fonder l'exercice par l'État de son pouvoir de protection. Les droits constitutionnels se trouvant exclus de ces différents instruments, le juge national va dans un même mouvement affirmer l'applicabilité de ces droits au statut des étrangers. Ceux-ci, déjà sujets du droit international et européen, deviennent par l'action des juges administratif et constitutionnel, des sujets du droit constitutionnel (A) en tant qu'ils résident sur le territoire (B).

A. La reconnaissance de l'étranger comme sujet du droit constitutionnel

Le juge administratif comme le juge constitutionnel ont fait de l'étranger un titulaire des droits constitutionnels, rompant en partie avec le lien traditionnellement établi entre nationalité, citoyenneté et droits.

L'arrêt *GISTI* du Conseil d'État rendu en 1978⁵¹ marque les prémices de cette reconnaissance. Dans son considérant de principe, le juge administratif affirme qu'il « résulte des principes généraux du droit et, notamment, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale », le juge précisant ensuite la substance de ce droit reconnu⁵². Bien qu'il n'affirme le principe d'égalité qu'en matière de droit à une vie familiale normale, cet arrêt marque un tournant dans le fondement du principe d'égalité entre nationaux et étrangers et

⁵¹ C.E. Ass., 8 déc. 1978, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI), CFDT et CGT*, Rec. p. 493 ; *Droit social*. 1979.57, concl. Dondoux ; *AJ*, 1979.661, chr. O. Dutheillet de Lamothe et Robineau ; *D.* 1979.661, note L. Hamon ; *D.* 1979.IR.94, obs. P. Delvolvé ; *Droit ouvrier* 1979.1, note Bonnechère.

⁵² Cons. 3 « Considérant qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte, en particulier, la faculté pour ces étrangers, de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs ».

c'est à travers le renouvellement de sa technique jurisprudentielle que le juge administratif va lui donner sa portée.

En effet, les principes généraux du droit n'étaient jusqu'alors rattachés à aucune disposition textuelle : « le juge administratif se bornait [...] à affirmer l'existence des principes généraux du droit, que celui-ci soit susceptible ou non de se rattacher à un texte écrit »⁵³. De cette jurisprudence découlèrent les interrogations quant à la valeur législative ou constitutionnelle des principes généraux du droit⁵⁴, notamment à partir de l'arrêt du 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils*, dans lequel le juge rappelle l'obligation pour le pouvoir réglementaire de respecter « les principes généraux du droit qui, résultant notamment du Préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire ». Le lien entre les principes généraux du droit et les normes de valeur constitutionnelle n'est donc pas nouveau en 1978. En revanche, le fait de lier explicitement un principe général du droit identifié à une norme de valeur constitutionnelle proclamant un principe proche de celui ainsi découvert répond à une démarche inédite. Dans l'arrêt de 1978, le juge lie ainsi directement le nouveau principe général du droit qu'il dégage au 10^e alinéa du Préambule de 1946⁵⁵. De cette association, certains tirèrent la certitude de la valeur constitutionnelle des principes généraux du droit⁵⁶.

Selon le président Bruno Genevois, « le débat ainsi ouvert était largement théorique, au moins en ce qui concerne l'intervention du Conseil d'État statuant au contentieux [...]. Dans la mesure où le juge administratif se refuse à exercer un contrôle de constitutionnalité de la loi, il ne peut de toute façon prétendre faire prévaloir les principes généraux du droit sur la volonté expresse du législateur »⁵⁷. Cette argumentation, qui peut difficilement subir la contradiction, permet alors de mieux saisir l'enjeu du lien opéré par

⁵³ Commentaire de l'arrêt aux *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^e éd., 2013, p. 614.

⁵⁴ Pour une étude exhaustive des enjeux de cette question v. R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles en droit administratif », *in D.*, 1960, Chr. p. 119.

⁵⁵ « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

⁵⁶ J.-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris, Dalloz, p. 77 : « lorsqu'un principe général puise sa source dans l'interprétation d'un texte, sa valeur juridique est similaire à celle du texte interprété ».

⁵⁷ B. GENEVOIS, « Les principes généraux du droit », *in Encyclopédie Dalloz. Contentieux administratif*, n° 548.

le juge entre le principe d'égalité en matière de protection de la vie familiale et la Constitution.

En dehors de sa possible volonté de s'affirmer comme juge constitutionnel face à un Conseil constitutionnel plus influent depuis 1971, le juge administratif semble avoir saisi l'occasion contentieuse de faire de l'étranger un sujet constitutionnel et non uniquement un administré bénéficiant d'un éventuel principe d'égalité devant l'autorité administrative. En liant explicitement le principe dégagé au Préambule de la Constitution de 1946, le juge place l'étranger dans un rapport constitutionnel général entre l'individu à l'État qui exerce sur lui son autorité, faisant de lui un *sujet* du droit constitutionnel.

L'enjeu n'est donc pas de limiter le législateur en dégageant un principe constitutionnel contraignant pour lui, cela ne pouvant entrer dans l'office du juge administratif, mais bien d'établir l'existence d'un « principe » constitutionnel au sens structurel. Cette interprétation semble pouvoir être confirmée par les conclusions du commissaire du gouvernement qui invitait le Conseil à reconnaître que le principe dégagé ne saurait s'appliquer qu'aux nationaux car « pour l'essentiel le Préambule a une portée beaucoup plus large. Fidèle à une tradition qui conduisait en son temps à déclarer solennellement les droits de l'homme et pas seulement ceux du citoyen, il proclame des principes, qui, quant à leurs bénéficiaires, dépassent en général le cadre de nos frontières »⁵⁸. Suivant ces conclusions, l'ambition est bien de rendre effective la dimension universelle des droits proclamés par le Préambule.

Dans une décision du 30 juin 1989⁵⁹, le Conseil d'État confirmera explicitement cette approche en estimant que le fait de ne pas avoir la nationalité ne saurait induire une différence de situation de nature à justifier une différence de traitement dans l'attribution d'une prestation sociale d'assistance. La particularité de l'arrêt tient à ce que la formulation du juge semble se fonder sur l'évidence, et l'application classique du principe d'égalité plus que sur le changement d'orientation, aucun principe de portée générale n'étant formulé. Le juge se contente de rappeler que les différences de traitement en la matière ne

⁵⁸ Conclusions DONDOUX sur C.E. Ass., 8 déc. 1978, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI), CFDT et CGT*, précité, *Dr. soc.*, 1979.57. Il est intéressant de relever ici que l'argument avancé par le commissaire du gouvernement fait référence aux principes du Préambule comme « dépassant largement le cadre de nos frontières », laissant paraître implicitement le caractère polysémique du terme de « frontières ». En effet, il s'agissait ici de reconnaître un droit aux étrangers présents sur le territoire et se trouvant donc précisément à l'intérieur de nos frontières. La frontière à dépasser semble donc bien être davantage celle du peuple que celle du territoire.

⁵⁹ C.E., 30 juin 1989, *Ville de Paris c/ M. Levy*, req. n° 78113.

peuvent être fondées que sur une différence de situation ou des nécessités d'intérêt général en lien avec l'objet de l'allocation concernée, la nationalité ne pouvant en l'espèce être considérée comme constituant une de ces exceptions en matière de prestation sociale facultative⁶⁰.

Dans cette perspective, il a pu être affirmé que « la solution ainsi retenue ne saurait surprendre eu égard aux implications du principe d'égalité en droit administratif. Suivant une jurisprudence désormais bien établie, la discrimination des usagers d'un même service public n'est légale que dans trois cas : lorsqu'elle est la conséquence nécessaire d'une loi, lorsqu'elle repose sur une distinction objective dans la situation des destinataires, enfin lorsqu'elle répond à une nécessité d'intérêt général, en rapport avec les conditions d'exploitation ou l'objet du service »⁶¹.

Pourtant, c'est bien sur un certain renouveau de ces conditions que se fonde l'arrêt concerné : les étrangers n'étant jusqu'alors pas considérés comme des usagers du service public, ils ne pouvaient même pas bénéficier de l'application du principe d'égalité ainsi défini⁶². C'est donc bien « de façon audacieuse », que par « l'application du principe général d'égalité », « les étrangers ne pouvaient pas du seul fait de leur nationalité être écartés du bénéfice d'une prestation sociale d'assistance »⁶³.

⁶⁰ « Considérant que l'institution de différences de traitement entre les attributaires potentiels de l'allocation de congé parental d'éducation, laquelle n'était pas la conséquence nécessaire d'une loi, impliquait l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement, ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet de ladite allocation qui auraient commandé de telles discriminations ; Considérant, d'une part, que la VILLE DE PARIS ne soutient pas qu'il existerait, au regard des charges occasionnées par l'éducation des enfants, une différence de situation tenant à la nationalité des parents ; Considérant, d'autre part, qu'eu égard à l'objet de l'allocation de congé parental d'éducation, qui est d'encourager le développement démographique de la population parisienne et de permettre à cette fin aux parents de se consacrer plus aisément au soin de leurs jeunes enfants, les préoccupations invoquées par la ville, et relatives à la préservation de l'équilibre démographique de la cité et au désir de remédier à l'insuffisance de familles nombreuses françaises ne peuvent être regardées comme des nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet de l'allocation susmentionnée ; qu'elles n'étaient, dès lors, pas de nature à permettre l'instauration de différences de traitement entre résidents parisiens, selon la nationalité de ceux-ci », C.E., 30 juin 1989, précité, cons. 4 à 7.

⁶¹ X. PRETOT, « L'illégalité de la subordination à condition de nationalité de l'attribution des prestations d'aide sociale facultative, note sous C.E., 30 juin 1989, Ville de Paris et autres c/ M. Levy », *Droit social*, n° 11, 1989, p. 767.

⁶² L. RICHER, note sous TA Paris, 19 mars 1986, *Mairie de Paris et autres c/ M. Levy*, *AJDA*, 1986, p. 389. Ce jugement du tribunal administratif est celui qui a été confirmé par l'arrêt du Conseil d'État du 30 juin 1989 cité.

⁶³ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19ème éd., 2013, n° 86, p. 619.

Ces deux jurisprudences, si elles marquent un changement considérable dans l'appréhension du statut d'étranger vis-à-vis du national, restent néanmoins circonscrites à la protection d'un droit particulier et sont donc dépourvues de tout caractère systématique explicite. C'est précisément ce caractère qu'apportera la jurisprudence constitutionnelle.

Dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel doit veiller à « dessiner le périmètre du permis et de l'interdit en matière d'égalité et de nationalité »⁶⁴. Cette délimitation commença avec la consécration de l'étranger comme titulaire des droits protégés par la constitution par les décisions de 1990 et 1993.

La décision du 22 janvier 1990⁶⁵, rendue relativement à l'attribution aux étrangers de l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité⁶⁶ est venue à la fois constitutionnaliser et étendre l'arrêt du Conseil d'État de 1978⁶⁷ en considérant que « le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »⁶⁸. Faisant application de ce principe en l'espèce, il estime que « l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de l'allocation supplémentaire, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlements pris sur leur fondement, méconnaît le principe constitutionnel d'égalité »⁶⁹.

Le Conseil constitutionnel avait déjà eu l'occasion de juger qu'étaient applicables aux étrangers certains droits fondamentaux⁷⁰ et que certains droits pouvaient être accordés

⁶⁴ P.-Y. GAHDOUN et D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RDP*, n° 1, 2012, p. 217.

⁶⁵ Décision n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, *J.O.* du 24 janvier 1990, p. 972.

⁶⁶ Cette prestation non contributive était attribuée aux personnes âgées de nationalité française résidant sur le territoire métropolitain ou dans un département d'outre-mer et sans ressources.

⁶⁷ B. GENEVOIS, « Du dédoublement de la Convention nationale des médecins aux droits des étrangers. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 89-269 DC, 22 janvier 1990 », *RFDA*, 1990, p. 406.

⁶⁸ Cons. 33 de la décision.

⁶⁹ Cons. 35 de la décision.

⁷⁰ Nous citerons par exemple : Cons. const., n° 79-109 DC, 9 janv. 1980, *Rec. Cons. constit.*, p. 29 dans laquelle le Conseil reconnaît que les étrangers peuvent bénéficier de la protection de la liberté individuelle ou encore la n° 86-216 DC, 3 sept. 1986, *J.O.* du 5 septembre 1986, p. 10790.

à des ressortissants étrangers sans condition de réciprocité⁷¹. Mais par le caractère systématique de son considérant, la décision de 1990 apporte un fondement général aux droits accordés aux étrangers et se montre ainsi plus audacieuse que les précédentes qui ne procédaient que par concessions au cas par cas. C'est ainsi que « jusqu'à cette décision du Conseil constitutionnel [...], la question de savoir si et jusqu'à quel point les étrangers pouvaient revendiquer, en France, le bénéfice des droits et libertés consacrés par les textes constitutionnels, n'avait jamais été posée explicitement, du moins de façon globale et comme question de principe »⁷²

Ce caractère audacieux se déduit tant de la formulation du considérant que de la démarche même du Conseil. En effet, ce dernier s'est saisi d'office de la constitutionnalité de la disposition, celle-ci se trouvant au sein d'une loi qui n'était pas propre au droit des étrangers, pour ensuite édicter un considérant de principe qui, en lui-même, n'était pas nécessaire à l'examen de constitutionnalité comme tendent à le montrer ses décisions précédentes relatives aux droits des étrangers. Ainsi, comme le juge administratif, le juge constitutionnel semble avoir saisi l'occasion de ce contrôle pour faire de l'étranger un sujet du droit constitutionnel.

Une telle interprétation a néanmoins été contestée par une partie de la doctrine. En effet, si le considérant de principe semble clair, sa coordination avec le considérant censurant la disposition semble remettre en question la portée du principe d'égalité proclamé. En effet, la décision a pu être interprétée comme établissant l'égalité des étrangers entre eux et non comme faisant de l'étranger le titulaire des droits proclamés par la Constitution et donc comme établissant l'égalité entre nationaux et étrangers⁷³. Le premier argument tient au fait que le terme même de « Français » ou de « nationaux » n'apparaît pas dans la décision. Le second s'attache à relever que le considérant censurant la disposition opère la distinction entre étrangers pouvant se réclamer des engagements internationaux et ceux qui ne le peuvent pas : ce serait alors en raison de cette différence de traitement, en tant qu'elle viole le principe d'égalité, que la disposition législative a été

qui reconnaît dans ses cons. n° 17 et 18 le droit pour un étranger à la vie familiale.

⁷¹ Cons. const., n° 81-130 DC, 30 oct. 1981, *J.O.* du 1er novembre 1981, p. 2998, cons. n° 8.

⁷² D. LOCHAK, « Condition des étrangers en France. Libertés publiques et droits politiques », in *Encyclopédie Dalloz. Droit international privé*, 1990, n° 9.

⁷³ M. SIMON-DEPITRE, note sous Conseil constitutionnel n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 499

jugée inconstitutionnelle⁷⁴. Au terme de cette décision, il apparaît donc que les doutes persistaient encore quant à la portée de la décision.

C'est précisément parce qu'elle apporte un certain nombre de précisions en ce domaine, qu'elle fixe le cadre de reconnaissance de certains droits aux étrangers, que la décision de 1993 a été déterminante. Cette décision, considérée comme ayant établi un « statut constitutionnel des étrangers »⁷⁵, définit ainsi dans un considérant de principe les droits dont ces derniers sont titulaires ainsi que les limites pouvant leur être apportées. Si l'étranger peut être soumis à des mesures de police spécifiques réglementant son entrée et son séjour, notamment dans un but de protection de l'ordre public⁷⁶ car il se trouve « placé dans une situation différente de celle des nationaux »⁷⁷, il bénéficie néanmoins des droits que la constitution reconnaît « à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ». Le juge fait ainsi explicitement de l'étranger un titulaire des droits proclamés par la constitution. Ce faisant, le juge fait de celui-ci un sujet du droit constitutionnel.

Pour cette raison, il semble erroné de parler de « constitutionnalisation des droits des étrangers »⁷⁸. En effet, dire que les juges administratif et constitutionnel procèdent à une constitutionalisation des droits des étrangers reviendrait à considérer qu'ils ont conféré valeur constitutionnelle à des droits conférés en propre à l'étranger. Or, la démarche prétorienne n'est pas celle-ci. Il s'agit de faire de l'étranger un titulaire singulier des droits constitutionnels existant. Le juge ne procède donc pas à une extension du champ des droits et libertés mais bien plutôt à une extension de leurs titulaires ou destinataires en ce qui concerne les droits sociaux.

Ainsi, il semble qu'ils aient davantage « constitutionnalisé » l'étranger comme titulaire de droits que les droits eux-mêmes. C'est en ce sens que l'on peut affirmer que les juges adoptent une lecture universaliste des textes constitutionnels garantissant ces libertés. L'étranger devient titulaire de certains de ces droits en tant que sujet autonome, d'où la

⁷⁴ En ce sens : M. SIMON-DEPITRE, note sous Conseil constitutionnel n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 499.

⁷⁵ B. GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC, 13 août 1993 », *RFDA*, 1993, p. 871.

⁷⁶ Sur la notion d'ordre public comme fondement de la compétence du législateur et de l'autorité administrative en la matière v. cette partie, Titre 1, Chapitre 1.

⁷⁷ Considérant 2 de la n° 93-325 DC, 13 août 1993 précitée.

⁷⁸ J. KISSANGOULA, *La Constitution française et les étrangers. Recherches sur les titulaires des droits et libertés de la constitution sociale*, LGDJ, 2001, notamment p. 252

particularité de son « statut constitutionnel » : les droits concernés ne lui sont pas reconnus en tant qu'il est dans une situation d'égalité avec le national qui lui aussi en est titulaire, mais en tant que les textes constitutionnels s'adressent aussi à lui.

B. Une protection des droits dissociée de la citoyenneté et fondée sur une double acception de la résidence

Le schéma mis en place par le processus de nationalisation des droits, qui fait du rattachement à l'État et au peuple la condition d'une pleine garantie des droits, a pu être interprété comme faisant dépendre cette garantie de l'exercice de la citoyenneté. La participation au souverain, constitutive de la liberté politique, est alors perçue comme une condition de la liberté individuelle et de la garantie des droits. Cette position se fonde notamment sur la Déclaration de 1789 qui proclame simultanément les droits politiques et les droits civils, faisant des droits du citoyen à la fois le corollaire et la garantie des droits de l'homme. Là serait notamment le sens de l'article 2 de la Déclaration de 1789 qui dispose que « le but de toute association politique est la préservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » : la loi étant seule en mesure de restreindre les libertés et les citoyens étant à l'origine de la confection de cette loi, ils ont l'assurance que leurs droits seront respectés.

Cette construction, fondée principalement sur la distinction systématisée par Benjamin Constant entre la liberté autonomie et la liberté participation⁷⁹, semble néanmoins devoir être en partie dépassée. S'il est évident que la citoyenneté, c'est-à-dire la participation au souverain et à la chose publique⁸⁰, permet la liberté politique, elle ne semble pas avoir été toujours considérée comme la condition d'une garantie des droits de l'homme. Loin de s'engendrer mutuellement, les deux ensembles de libertés coexistent au contraire. L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme, dont la formulation est certes équivoque, peut également être compris comme enjoignant à la construction d'un système politique garant des libertés, non comme fondant nécessairement la liberté individuelle sur la qualité de membre de cette association politique.

⁷⁹ B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, Poche, coll. « Mille et une nuits », 2010.

⁸⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd. 1929, rééd. Dalloz, 2015, p. 654.

Cette dissociation peut trouver appui dans la distinction opérée par Maurice Hauriou entre la Constitution politique et la Constitution sociale de l'État⁸¹. Si la première est la condition de garantie de la seconde, c'est en tant qu'elle met en place une organisation étatique équilibrée, permettant aux institutions à la fois de ne pas porter atteinte aux droits et libertés individuels des sujets et d'avoir pour but de les garantir. Il ne s'agit pas ici de dire que par cette distinction le doyen de Toulouse fonde une constitution sociale autonome, détachée de la volonté du peuple et s'adressant tant aux nationaux qu'aux étrangers : la Constitution, tant sociale que politique, étant un acte national, elle ne peut être conçue que comme émanant des nationaux, détenteurs de la souveraineté. En revanche, en tant que les deux sont distinctes, elles peuvent ne pas avoir les mêmes destinataires, la Constitution sociale ne s'adressant pas nécessairement aux nationaux. Par ce détachement, il est possible de rompre avec les tendances « nationalisantes » auxquelles ont donné lieu les théories contractualistes libérales.

On peut prendre appui sur cette distinction pour affirmer que le fait pour certains sujets d'être citoyens, c'est-à-dire de participer à l'exercice du pouvoir souverain ne semble pas remettre en cause le fait qu'ils soient destinataires de la constitution sociale. La première conséquence de ce raisonnement est de faire de la nationalité un statut autonome vis-à-vis de la citoyenneté : tous les nationaux ne sont pas citoyens⁸² et pourtant ils bénéficient tous de la protection de leurs droits par l'État dont ils sont les ressortissants. Sa seconde conséquence est de permettre ensuite une distinction entre cette fois la nationalité et le bénéfice du pouvoir de protection l'État.

Ainsi, le texte même de l'article 2 de la Déclaration de 1789 ne dit pas que le but de toute association politique est la préservation des droits naturels et imprescriptibles de ses membres, mais bien la préservation des droits de « l'homme ». De même, le Préambule de la Constitution de 1946 affirme que « la Nation » assure

⁸¹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*

⁸² L'article 3 de la Constitution dispose ainsi que « sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques. ». Si la citoyenneté ne se résume pas au droit de suffrage, il semble que, par cet article relatif à la « souveraineté nationale », la Constitution ait entendu définir les conditions de la citoyenneté, dont ne jouissent selon cette définition ni les mineurs ni les nationaux frappés d'incapacités.

« à *l'individu* », et non à ses nationaux, « les conditions nécessaires à [son] développement »⁸³ ou « l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture »⁸⁴. Il est donc possible de considérer que les premières fondent l'État en tant qu'institution équilibrée et que les secondes constitueront le but de cette institution.

Dans le système décrit plus haut, dans lequel nous avons démontré que la communauté nationale est le destinataire inconditionnel des droits, l'individu est protégé parce qu'il est un membre de la communauté nationale, et donc potentiellement un citoyen. Le statut de citoyen a donc bien un lien avec la protection des droits de l'homme. Mais ce lien ne peut être considéré comme nécessaire, le texte même de la Constitution pouvant être interprété comme les dissociant. Dans cette perspective, le fait de participer au souverain, d'être citoyen, ne constitue donc pas la seule garantie des droits de l'homme.

Cette précision semble importante à deux égards : tout d'abord parce qu'elle permet de revaloriser les droits du citoyen, qui ne seront plus perçus comme n'étant que des conditions de la liberté individuelle mais bien un statut permettant de participer à la chose publique pour elle-même et à l'exercice du pouvoir souverain. Ensuite parce qu'elle permet de penser les droits en-dehors de la citoyenneté et de donner son plein effet à la distinction opérée entre le sujet et le citoyen en considérant que les droits de l'homme peuvent vivre et se déployer en parallèle et non pas grâce aux droits du citoyen. La garantie des droits de l'homme peut donc ainsi passer à la fois par une distinction de ceux-ci et de la citoyenneté, mais également de la nationalité. Afin de donner une réalité à la notion d'universalité des droits, il faut ainsi établir une distinction juridique entre la sphère sociale et la sphère politique. C'est précisément cette distinction que les juges administratifs et judiciaires ont opéré dans leurs décisions relatives au « statut constitutionnel de l'étranger ».

Dans sa décision, le juge constitutionnel établit également une distinction systématique entre les droits fondamentaux qui sont reconnus « à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » et les droits à la protection sociale dont peuvent bénéficier

⁸³ Alinéa 10 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

⁸⁴ Alinéa 13 du Préambule.

ceux qui attestent non pas d'une simple résidence mais d'un « séjour stable et régulier » sur le territoire. Cette condition de résidence, minimale dans le premier cas, plus précise dans le second, semble répondre à la nature des droits en cause. En effet, là où les premiers sont accordés à l'individu afin de protéger sa liberté et son autonomie, les autres ne sont consacrés que dans le cadre d'une société déterminée⁸⁵.

Dans ce cadre, le critère de simple résidence imposé à la protection des « droits et libertés fondamentaux » entendus comme « pouvoirs de libre action »⁸⁶ renvoie à la l'existence nécessaire d'un lien territorial entre l'État et l'individu sur lequel s'exerce son pouvoir. Ce lien territorial ne fait que matérialiser le lien de domination entre l'État et l'individu, impliquant, parce que celui-ci est titulaire de droits, que l'État s'abstienne d'entraver de façon illégitime cette autonomie. Dans une perspective classique de définition des droits et libertés dits « fondamentaux », l'État n'a qu'une « obligation négative »⁸⁷. Sur ce fondement, étrangers et nationaux se trouvent ainsi dans un même rapport au pouvoir de l'État, le critère de résidence n'étant explicité pour les étrangers que parce qu'il ne relève pas de l'évidence comme c'est le cas pour les nationaux. Cependant, le caractère territorial des droits ainsi affirmés n'est pas spécifique aux étrangers car les nationaux ne sont dans un rapport de pouvoir avec leur État en matière de protection des droits fondamentaux que lorsqu'ils sont présents sur son territoire et soumis ainsi à ses lois⁸⁸.

Le renforcement du critère de résidence en matière de droit à la protection sociale peut également trouver son fondement dans une application classique de la définition des droits dit « sociaux », c'est-à-dire des droits qui supposent une obligation positive de

⁸⁵ Pour une étude précise de l'ampleur et des conséquences de cette distinction ainsi que des controverses doctrinales qu'elle suscite v. D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme*, n° 1, 2012 ou encore D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ?* : recherches sur la justiciabilité des droits sociaux, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux, Nanterre, Mission de recherche Droit et justice, 2010.

⁸⁶ J. Rivero, *Les libertés publiques*, Paris, P.U.F., collection « Thémis », 1987, t. 1, p. 25.

⁸⁷ P. Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 85 et s.

⁸⁸ Il faut ici préciser que si la protection diplomatique est caractérisée par une protection du national par son État en-dehors de l'exercice d'une souveraineté territoriale, il s'exerce dans le cadre d'un conflit de souverainetés entre deux États, l'État étranger menaçant les droits du national et à travers lui les intérêts de l'État dont il est le ressortissant. Il ne s'agit donc plus d'une question de protection de l'individu contre l'exercice du pouvoir de son propre État. C'est pourquoi il ne remet pas en cause le caractère territorial de la protection des droits des nationaux.

l'État. Ces droits supposent en effet que celui qui en bénéficie est « l'homme situé », l'individu qui en tant que membre d'une société déterminée, d'où la qualification de « protection *sociale* ». Dans une acception horizontale, ces droits supposent que la société à laquelle appartient l'individu devient débitrice et poursuit en protégeant ces droits un objectif de solidarité⁸⁹ ou de fraternité⁹⁰. Dans une conception verticale du rapport entre l'État et l'individu, la protection de ces droits nécessite l'intervention active des pouvoirs publics⁹¹ en vue d'assurer le « bien-être » des membres de la société⁹² et de protéger tant les travailleurs que les plus démunis⁹³.

Par conséquent, l'exigence d'une résidence stable et régulière vise à attester d'un lien effectif entre l'individu et l'État, matérialisant non plus uniquement sa présence sur le territoire mais véritablement son appartenance à la communauté sociale sur laquelle s'exerce le pouvoir de l'État. Seule la qualité de membre de la société est de nature à justifier l'obligation de l'État d'assurer la protection sociale de l'étranger. Là encore, comme dans le cas précédent, la condition de résidence stable n'est pas propre à l'étranger. Nous ne prendrons qu'un exemple : les français expatriés, hors les cas où ils vivent à l'étranger sur demande de leur employeur et pour les nécessités de cet emploi, cessent de percevoir les différentes prestations sociales auxquelles ils ont droit lorsqu'ils vivent sur le territoire. Les droits à la protection sociale reposent donc, pour les nationaux comme pour les étrangers, sur la qualité de membre effectif d'une société déterminée.

Ainsi, en eux-mêmes, ces critères ne fondent pas des limitations spécifiques à leurs titulaires en tant qu'ils sont étrangers. En revanche, c'est dans les conditions de leur établissement que se situe la distinction fondamentale entre nationaux et étrangers. En effet, les étrangers n'étant titulaires d'aucuns « des droits de caractère général et absolu

⁸⁹ A. HEYMANN-DOAT, G. CALVES, *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ, 9^e éd., 2008.

⁹⁰ En ce sens v. M.-P. DESWARTE, « Les droits sociaux et l'État de droit », *RDP*, 1995, p. 979.

⁹¹ Cette distinction trouve néanmoins sa limite dans la nature même des droits qui, pour être effectifs, nécessitent toujours une traduction juridique qui ne peut être opérée que par l'État. C'est ainsi que Jacques MOURGEON estime que la distinction des « droits de » et des « droits à » ignore le fait que les droits ne peuvent que dériver du Pouvoir, in J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1998.

⁹² N. ALIPRANTIS, « Les droits sociaux sont justiciables », *Dr. Soc.*, 2006, p. 158.

⁹³ J.-F. AKANDJI-KOMBE, v^o « Droits économiques, sociaux et culturels », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.

d'accès et de séjour sur le territoire national », la réunion des conditions nécessaires à l'établissement de la résidence ainsi que de la « résidence stable et régulière » dépend de la volonté et des intérêts de l'État : tout droit dont l'étranger est titulaire a ainsi pour origine une faveur de l'État sur l'accès ou le droit au séjour sur le territoire.

Or, ces conditions reposant sur des critères encore aléatoires et fortement emprunts de discrétionnarité⁹⁴, la conception universaliste des droits reconnus est nécessairement limitée, d'où la formulation du Conseil constitutionnel qui établit d'abord la différence de situation entre le national et l'étranger pour ensuite étendre les droits protégés par la Constitution aux étrangers. Contrairement à la décision du Conseil d'État de 1978 qui déclarait que « les étrangers ont [...] comme les nationaux » le doit de revendiquer l'application du Préambule de la Constitution de 1946, l'extension opérée par le juge constitutionnel ne semble donc pas véritablement découler d'une application du principe d'égalité entre nationaux et étrangers mais plutôt d'une interprétation des droits cités comme s'appliquant à « l'homme » en général et non uniquement aux nationaux.

La différence est d'importance car elle va indirectement justifier le traitement différencié en matière de limitation des droits opérée entre nationaux et étrangers sur le fondement de la protection de l'ordre public, dont le législateur détermine les conditions⁹⁵ et empêcher une dissociation effective entre nationalité et protection des droits.

Section 2. L'imperfection persistante de la dissociation entre nationalité et protection des droits

La protection des droits du national est fondée sur son statut : il est protégé par l'État en tant qu'il est national et du fait de ce statut, ses droits sont inconditionnels. Son statut lui confère des droits mais fonde également le caractère certain de ceux-ci, le plaçant dans un régime de liberté.

⁹⁴ Sur ce point v. cette partie, Titre 1.

⁹⁵ Le Conseil rappelle ainsi, dans une jurisprudence constante, que Considérant « le législateur peut, s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers, prendre des dispositions spécifiques destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle » et qu'il « lui appartient de concilier cet objectif avec le respect des libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République », déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, J.O. du 25 avril 1997, p. 6271.

La démarche semble avoir été la même pour l'étranger : son statut d'étranger résident lui permettant de bénéficier des droits et de la protection sociale constitutionnellement garantis, il est protégé en tant qu'étranger membre de la communauté sociale de l'État.

Cependant, en affirmant leur « différence de situation » et la possibilité pour le législateur et l'autorité publique d'user de « pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques »⁹⁶, le juge a permis de sortir du caractère fixe et prévisible du statut pour entrer dans une sphère de subjectivité qui peut conduire l'État à moduler de façon exceptionnelle la garantie des droits accordés en fonction du comportement de l'étranger et non plus uniquement de son statut. Ses droits deviennent ainsi que des faveurs, permettant à la force publique de considérer l'étranger comme une menace à l'ordre public avant de le considérer comme un résident (§ 1) ou au législateur et au Constituant de le considérer comme ayant la volonté de détourner ses droits pour pouvoir bénéficier de la protection de l'État, logique qui détermine désormais l'ensemble de la procédure d'asile ainsi dévoyée (§ 2).

§ 1. L'étranger comme menace aux intérêts de l'État : une limite à l'universalisation des droits

Les étrangers et les nationaux, de même que les étrangers entre eux, font l'objet d'une appréciation différenciée de la notion de menace à l'ordre public (A). Cette différenciation conduit à faire peser sur l'étranger une présomption de menace avant d'en faire un destinataire des droits constitutionnels et donc à utiliser l'ordre public comme principe et non comme limite d'exception, entraînant une limitation singulière des droits conférés à l'étranger (B).

A. L'appréciation différenciée de la notion de menace à l'ordre public

La notion d'ordre public s'organise autour des intérêts fondamentaux de l'État. Son rapport avec les libertés est par principe fondé sur la conciliation : les mesures de police résultent d'un « arbitrage entre la valeur de la liberté considérée et la légitimité

⁹⁶ Cons. 2 de la décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, précitée. Ce considérant de principe est désormais repris dans une jurisprudence constante.

d'une exigence d'ordre public »⁹⁷. L'ordre public n'est ainsi utilisé, par principe, que de façon exceptionnelle et temporaire. Mais il semble qu'en matière de police des étrangers il ne soit pas toujours entendu comme une « soupape de sûreté » destinée à une utilisation temporaire. En effet, l'idée d'ordre public semble y devenir une justification permanente de la restriction des règles protectrices.

Si le critère du degré de gravité de l'atteinte à l'ordre public est fréquemment utilisé par le législateur, il n'entre en jeu que lorsque la menace est avérée et, parce qu'il ne s'applique qu'en droit des étrangers⁹⁸, il ne permet pas d'étudier pleinement le statut des nationaux et des étrangers vis-à-vis de l'ordre public. Afin d'apprécier ce statut dans son ensemble, il faut étudier l'appréciation différenciée qui est faite de l'existence même de la menace. C'est précisément sur cette menace que se fonde la restrictions aux droits dont l'étranger est reconnu titulaire.

Parce qu'il est difficile et délicat de prévoir tous les comportements susceptibles de constituer une « menace », le législateur n'apporte pas de critères appropriés à sa définition. Dès lors, la question de l'appréciation par l'administration ainsi que celle du type de contrôle exercé par le juge sur cette appréciation est fondamentale et révèle les disparités d'application de la notion d'ordre public selon que le comportement apprécié est celui d'un national ou d'un étranger, ou selon que l'acte est celui d'un étranger ayant un lien particulièrement étroit avec l'État.

Un exemple de cette disparité peut être trouvé dans le traitement et l'appréciation des situations d'atteinte à l'ordre public pour risque de récidive à la suite d'une condamnation pénale, situations qui sont liées directement à la procédure d'expulsion prévue par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile⁹⁹. L'automaticité du lien entre condamnation pénale et expulsion met en avant une appréciation différenciée entre étrangers et nationaux de l'atteinte à l'ordre public, en réalité fondée sur l'auteur de l'acte et non sur l'acte lui-même et qui marque la limite inhérente à l'ensemble des droits reconnus à l'étranger.

⁹⁷ E. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, t. II, p. 537.

⁹⁸ En ce sens v. cette Partie, Titre 1, chapitre 1, section 2.

⁹⁹ Articles L. 521-1 à L. 521-5 du CESEDA.

La question de l'expulsion d'un étranger pénalement sanctionné revient régulièrement dans le débat relatif à « la double peine ». La pratique qui consiste à prononcer l'expulsion d'un étranger à sa sortie de prison s'avère extrêmement fréquente et tend à dénier tout droit de réinsertion au délinquant non national.

En principe, l'existence d'une infraction pénale est indépendante des motifs pour lesquels une expulsion peut être prononcée¹⁰⁰, attestant du caractère préventif du trouble à l'ordre public ou à la sécurité publique qu'elle revêt. Là où une condamnation pénale est censée sanctionner une faute, l'expulsion est censée en prévenir la Commission, c'est pourquoi elle peut être prononcée même si elle porte atteinte à une liberté fondamentale de l'étranger, notamment son droit à une vie familiale normale.

Le juge administratif pose précisément les principes nécessaires pour éviter que l'administration ne prenne des décisions tirant, pour des motifs d'ordre public, des conséquences systématiques des condamnations pénales frappant les étrangers. C'est ainsi qu'il rappelle dans une jurisprudence constante depuis l'arrêt *Dridi* de 1977¹⁰¹ que l'existence d'infractions pénales « ne saurait à elle seule justifier légalement une mesure d'expulsion et ne dispense en aucun cas l'autorité compétente d'examiner, d'après l'ensemble des circonstances de l'affaire, si la présence de l'intéressé sur le territoire est de nature à constituer une menace » pour l'ordre public¹⁰². En matière de légalité externe, le Conseil d'État a donc considéré que la motivation d'une décision opposant l'ordre public était insuffisante si elle ne faisait état que d'une condamnation pénale et non des autres faits qui l'ont justifiée et de l'ensemble du comportement de l'intéressé¹⁰³. Malgré ces indications, il est fréquent que l'administration ne retienne pour seul motif de l'expulsion que la condamnation

¹⁰⁰ Trois motifs généraux sont en effet prévus par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : la « menace grave pour l'ordre public » (article L. 521-1 du CESEDA), « l'urgence absolue » (article L. 522-1 du CESEDA) ou « la nécessité impérieuse pour la sécurité de l'État ou la sécurité publique » (article L. 521-2 du CESEDA).

¹⁰¹ C.E., 21 juillet 1977, *Ministre de l'intérieur c/ Dridi*, *Rec.* p. 38.

¹⁰² Une telle position a notamment été rappelée dans C.E., 24 janvier 1994, *M'Barki*, req. n° 127546, *Rec.* p. 28 ; C.E., 8 juillet 1998, *M. Omer X*, req. n° 179064 ; CAA Paris, 31 juillet 2012, n° 11PA03204, *Mme Akono A.*

¹⁰³ Une telle exigence de motivation est par ailleurs fondée sur la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, précitée, qui fait obligation à l'administration de motiver ses décisions individuelles en matière de police et donc d'indiquer tous les motifs de fait et de droit qui ont motivé sa décision.

pénale de l'étranger concerné. L'éventuel trouble à l'ordre public est donc constitué par l'existence d'une précédente infraction ayant donné lieu à une condamnation pénale.

Alors qu'un délinquant national sera censé avoir acquitté sa dette envers la société après avoir purgé sa peine, pour les étrangers cette dette « ne sera intégralement éteinte que lorsqu'ils auront disparu du territoire national sur lequel leur présence est jugée indésirable »¹⁰⁴. Une telle décision d'expulsion repose ainsi sur « l'axiome que tout étranger délinquant primaire est un récidiviste inévitable »¹⁰⁵ et donc une menace pour l'ordre public. Un tel lien quasi automatique entre la condamnation pénale d'un étranger à une peine d'emprisonnement et son expulsion du territoire national révèle l'inégalité de traitement entre nationaux et étrangers au regard de la protection de l'ordre public. Les seconds verront en effet leurs droits, et notamment le droit à une vie privée et familiale, plus profondément bouleversée que les nationaux à la suite d'une infraction et d'une condamnation pénale.

Ainsi, malgré les différentes exigences posées par la loi et rappelées par le juge administratif, l'infraction pénale constitue dans la majorité des décisions d'expulsion le seul motif « objectif » invoqué, auquel l'administration ajoute ensuite la référence générique au « comportement de l'intéressé » jugée suffisante par le juge administratif. Ce dernier se trouve en effet dans une situation qui rend difficile l'appréciation concrète de la réalité de la menace à l'ordre public, ce qui explique peut-être le caractère souvent superficiel de son contrôle. Le juge ne peut souvent que se fier à la décision de l'autorité administrative dont l'« appréciation risque en réalité d'être empreinte soit d'un certain artifice difficile à censurer, soit d'un systématisme difficile à déceler à moins qu'il n'ait été imprudemment avoué par le ministre »¹⁰⁶ lui-même.

La formule du Conseil d'État selon laquelle « il ne ressort pas des pièces du dossier que l'administration n'ait pas examiné l'ensemble des éléments relatifs au

¹⁰⁴ A. NASRI, « Brèves réflexions sur le fondement de l'interdiction du territoire français », *Droit pénal*, février 2002, p. 4. Cette remarque de l'auteur, portant sur l'interdiction de territoire, peut s'appliquer également selon nous à la décision d'expulsion.

¹⁰⁵ F. JULIEN-LAFERRIERE, note sous C.E. Ass., 21 janvier 1977, *Ministre de l'Intérieur c/ Dridi*, D. 1977 jur., p. 529.

¹⁰⁶ B. PACTEAU, Observations sous C.E., 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, J.C.P., 1981, I.19613.

comportement de l'intéressé [...] afin de déterminer si, après les infractions commises par [celui-ci], sa présence sur la territoire constituait ou non une menace pour l'ordre public »¹⁰⁷ est à cet égard significative car elle révèle à la fois le caractère simplement formel de l'exigence du Conseil relative à la motivation de la décision d'expulsion mais également que le débat contentieux est dominé par une lourde présomption en faveur de l'administration et que revient donc au requérant la dure tâche de prouver que l'administration n'a tenu compte d'aucun autre élément que la condamnation pénale. L'exigence du Conseil d'État est ainsi simplement formelle : il suffit que la référence au « comportement de l'intéressé » soit indiquée dans les motifs de l'arrêté d'expulsion pour que le juge en admette la légalité.

Le caractère minimum du contrôle opéré s'explique notamment par les conditions dans lesquelles le juge est contraint d'exercer son contrôle, conditions qui par ailleurs révèlent le caractère automatique du lien entre condamnation pénale de l'étranger et expulsion. Le juge apprécie en effet la légalité de l'arrêté d'expulsion au jour où il été pris. Or, l'arrêté est souvent pris quelques mois après la sortie de prison, de sorte qu'il est difficile d'apprécier sur un tel délai le comportement d'un individu. La jurisprudence administrative fournit même des exemples dans lesquels la légalité de l'arrêté a été admise alors que la décision avait été prise au moment où l'étranger était encore en prison¹⁰⁸ ou quelques mois après qu'il ait bénéficié d'une liberté conditionnelle¹⁰⁹. L'on peut donc s'interroger sur la pertinence de l'appréciation du « comportement général » de l'étranger alors que celui-ci était en prison.

L'article L. 524-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose qu'il ne peut « être fait droit à une demande d'abrogation d'un arrêté d'expulsion présentée plus de deux mois après la notification de cet arrêté que si le ressortissant étranger réside hors de France ». La persistance de la menace à l'ordre public semble alors difficile à apprécier alors que l'intéressé se trouve hors du territoire : comment juger de l'existence d'une menace à l'ordre public que constitue la présence d'un étranger sur le territoire alors même qu'il ne s'y trouve plus ? Seule

¹⁰⁷ C.E., 24 janvier 1994, *M'Barki*, req. n° 127546, *Rec.* p. 28.

¹⁰⁸ V. C.E., 25 juillet 1980, *Touami ben Abdeslem*, *Rec.* p. 820 ; C.E., 16 mars 1984, *Ministre de l'intérieur c/ Djaballah*, *RDP*, 1984, p. 1415.

¹⁰⁹ V. C.E., 21 janvier 1977, *Dridi*, précité.

la condamnation pénale sera, dans ce cadre, de nature à justifier l'éventuel refus d'abrogation et dans la mesure où les faits en débat sont ceux qui ont justifié la sanction pénale, « le débat devant le juge administratif va apparaître comme une résurgence du procès pénal »¹¹⁰.

Refusé par l'administration dans les cas où elle prend une décision d'expulsion, « le droit à la réinsertion » pourrait être défendu par le juge à travers un contrôle plus poussé des décisions d'expulsion, mais la réalité du comportement de l'étranger semble devoir céder devant la présomption de menace à l'ordre public impliquée par la condamnation pénale, présomption que le juge administratif ne semble pas vouloir renverser. Le juge entretient ainsi une certaine ambiguïté entre les principes qu'il énonce et la réalité de son contrôle dans la mesure où l'appréciation de la menace pour l'avenir ne découle pas d'une attitude postérieure à la condamnation mais uniquement du comportement pénal de l'étranger. Son comportement ne sera ainsi apprécié qu'en fonction de la gravité des faits qui lui ont été, et qui finalement lui sont encore, reprochés¹¹¹.

B. La présomption de menace à l'ordre public, limite du statut constitutionnel de l'étranger

Dans un tel cadre, il est à craindre que l'ordre public ne soit non plus un moyen exceptionnel pour écarter la norme protectrice d'une liberté comme c'est le cas dans les autres branches du droit, mais la « justification permanente »¹¹² d'un régime spécial faisant invariablement primer les intérêts de l'État sur ceux des étrangers. La logique inhérente à la mise en place d'une réserve d'ordre public est donc en la matière inversée : il ne s'agit plus d'une simple réserve exceptionnelle mais d'une constante fondée sur le présupposé que la présence de l'étranger est susceptible de poser des problèmes d'ordre public d'un type particulier qui justifient qu'on ne lui

¹¹⁰ J.-L. GUERRIVE, « « Double peine » et police des étrangers », *D.* 2002, p. 833.

¹¹¹ Notons par ailleurs qu'en procédant ainsi, l'administration condamne l'étranger à quitter le territoire après une condamnation pénale alors même que le juge pénal, qui dispose de la procédure d'interdiction du territoire, prévue par l'article 131-30 du Code pénal et L541-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour les étrangers jugés coupables d'un crime ou d'un délit, n'a pas jugé nécessaire de la mettre en œuvre au moment du prononcé de la condamnation.

¹¹² Expression employée par G. LYON-CAEN, « La réserve d'ordre public en matière d'établissement et de libre circulation », *R.T.D.E.*, 1966, p. 694.

applique pas seulement les règles qui concernent les nationaux mais également des règles spéciales.

L'étranger n'est pas uniquement soumis à des mesures restrictives s'il trouble l'ordre public¹¹³ : il pèse aussi sur lui une présomption de menace à l'ordre public. Fondé sur son statut particulier, ce régime spécifique de l'ordre public ne serait plus uniquement destiné à résoudre ou prévenir les troubles mais interviendrait comme motif permanent de limitation voire de suppression des droits pourtant reconnus par l'État d'accueil aux étrangers. Dans une telle perspective, l'étranger n'est donc pas confronté au même ordre public que le national. Pour le national, sa garantie est un motif exceptionnel d'atteinte aux droits et libertés dont il jouit. Pour l'étranger, en revanche, elle est un motif quasi-permanent de suspension de ses droits. L'existence d'un tel ordre public spécial suppose donc que la protection d'un même droit sur le territoire national connaît des variations.

La marge d'appréciation laissée aux autorités compétentes pour apprécier la menace et son auteur est importante et le fondement de leur décision demeure imprécis. En effet, il n'existe pas de définition législative ou jurisprudentielle précise et *in abstracto* de la menace pour l'ordre public¹¹⁴. Quel que soit le terme employé par la loi, que ce soit « menace », « atteinte », « trouble » ou encore « danger », il ne permet pas de saisir quelle doit être la réalité du dommage causé à l'ordre public. Une telle appréciation ne pourra donc se faire qu'au cas par cas, chaque comportement « suspect » devant être apprécié afin d'être qualifié ou non de menace ou d'atteinte à l'ordre public. L'atteinte ne doit pas être nécessairement avérée : le comportement de

¹¹³ Sur ce point v. cette partie, Titre 1, chapitre 1.

¹¹⁴ Si les autorités ont parfois apporté par voie de circulaires des éléments indiquant comment apprécier l'existence d'une menace, elles ne font en réalité qu'énumérer certains critères pouvant être pris en compte¹¹⁴. Ainsi, la circulaire NOR : INTD9400050C du 8 février 1994 (*BO min. Int.* n° 1/94) énonçait que la menace à l'ordre public devait être appréciée « au regard de l'ensemble des éléments de fait et de droit caractérisant le comportement personnel de l'étranger en cause » et précisait qu'« il n'est donc ni nécessaire, ni suffisant que l'étranger ait fait l'objet de condamnations pénales. Celles-ci constituent cependant un élément d'appréciation au même titre que d'autres éléments tels que la nature, l'ancienneté ou la gravité des faits reprochés à la personne ou encore de son comportement habituel ». Aucune précision n'est donc apportée pour distinguer l'appréciation de la menace simple de celle de la menace grave, degrés pourtant différenciés par la loi. Le texte ne vise qu'à faire porter l'attention sur le comportement de l'individu, apprécié sur la base plutôt vague de son « comportement habituel ».

l'intéressé peut n'être que « suspect », c'est-à-dire « susceptible de menacer l'ordre public ».

La question qui se pose lorsque l'on veut comparer cette appréciation selon qu'elle concerne un national ou un étranger est donc celle de savoir en quoi une même infraction peut dans un cas justifier une expulsion pour atteinte à l'ordre public et pas dans un autre. La menace ne devrait, compte tenu de la définition générale de l'ordre public, dépendre que de la nature de l'infraction elle-même, non de la personne qui la commet. Dans le cas d'une infraction qualifiée par l'administration et le juge de « menace simple à l'ordre public », certains individus étrangers risquent l'expulsion, d'autres jugés dignes d'être protégés ne seront expulsés que s'ils commettent une infraction beaucoup plus grave et les nationaux, eux, ne risqueront que la première étape, à savoir la peine d'emprisonnement.

Depuis 1975, le juge limite ainsi son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation lorsque l'étranger constitue une « menace grave pour l'ordre public »¹¹⁵. En revanche, il opère un contrôle normal lorsque l'arrêté est fondé sur « la nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique »¹¹⁶, cette condition plus restrictive ayant pour objet de protéger des étrangers qui ont un lien de proximité considéré comme plus étroit avec l'État.

La lecture de la jurisprudence relative à l'erreur manifeste d'appréciation dans le contrôle de la « menace grave à l'ordre public » montre que cette menace est traditionnellement reconnue pour les actes très violents, les délits sexuels et le proxénétisme ou encore le trafic de stupéfiants. Le Conseil a ainsi jugé que l'administration avait commis une erreur d'appréciation en qualifiant de menace grave à l'ordre public des pratiques de racolage ou d'incitation à la débauche¹¹⁷, une condamnation pour non présentation d'enfant¹¹⁸ ou encore une condamnation pour

¹¹⁵ C.E., 3 février 1975, *min. de l'intérieur c/ Pardov*, *Rec.* p. 83 ; *AJDA* 1975, chron. Franc et Boyon, p. 131. Confirmé par CAA Paris, 5 décembre 2000, n° 98PA02393, *Demiragnac* ; *RFDA*, 2001, p. 504.

¹¹⁶ C.E., 13 novembre 1985, *Ministre de l'intérieur c/ Barrutiabengoa Zabarte*, *Rec.* p. 321.

¹¹⁷ C.E., 20 juin 1980, req. n° 11653, *Madji*.

¹¹⁸ C.E., 21 mars 1980, *Ifrah*, *Rec.* p. 820.

escroquerie et détention de faux documents¹¹⁹. Ces quelques exemples montrent clairement que le juge prend en compte la gravité des faits et leur nature. Ainsi, même si l'arrêté n'est pas juridiquement la conséquence directe d'une condamnation pénale, le fondement de l'atteinte à l'ordre public est principalement apprécié à la lumière d'un comportement passé sanctionné par une peine d'emprisonnement, le seuil de « dangerosité » justifiant une expulsion demeurant fluctuant et défini de façon incertaine.

L'appréciation de la « nécessité impérieuse », quant à elle, révèle également une application différenciée de la protection de l'ordre public, non seulement entre nationaux et étrangers mais également entre les ressortissants étrangers eux-mêmes. En effet, la notion de nécessité impérieuse ne doit pas être confondue avec la menace grave car elle ne s'applique pas à la même catégorie d'individus, elle ne s'applique qu'aux étrangers dits « protégés », c'est-à-dire les étrangers résidant régulièrement sur le territoire depuis plus de dix ans, parents d'un enfant français mineur résidant en France ou encore marié depuis au moins trois ans avec un conjoint de nationalité française, et suppose donc un degré supérieur d'atteinte à l'ordre public pouvant justifier l'expulsion. Cette différence d'appréciation, fondée sur les liens de proximité entre l'État et celui qu'il considère comme faisant partie de fait de la communauté étatique, révèle que le critère de résidence n'est donc pas apprécié selon des critères constants. La protection des « droits et libertés fondamentaux » dont le Conseil d'État a fait de l'étranger un titulaire singulier pourra ainsi dépendre de la qualité de la résidence et non de son seul établissement.

Il est ainsi évident que la mesure d'expulsion faisant suite à une condamnation pénale est en relation non seulement avec « l'axiome que tout étranger délinquant primaire est un récidiviste inévitable »¹²⁰, mais également avec l'appréciation des garanties de réinsertion des étrangers concernés et qui est considérée comme dépendant de leur proximité avec l'État dans lequel ils résident. L'État considère ainsi qu'un étranger présent sur le territoire depuis peu ne peut se voir accorder une

¹¹⁹ CAA Marseille, 29 octobre 2012, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, req. n° 11MA03431.

¹²⁰ F. JULIEN-LAFERRIERE, note sous C.E. Ass., 21 janvier 1977, *ministre de l'Intérieur c/ Dridi*, précité.

chance de réinsertion, la simple menace à l'ordre public pouvant conduire à son expulsion, tandis que le « quasi-Français », bien que soumis à l'épreuve, peut avoir la chance de prouver sa volonté de réinsertion si les faits qui lui sont reprochés ne sont pas le signe d'un comportement incompatible avec la protection de la sécurité publique, comportement qui, s'il est adopté par un national, ne donnera lieu pour lui qu'à une condamnation pénale. Il semble ainsi évident que la mesure d'expulsion, en plus d'être préventive, revêt au fond un caractère de sanction¹²¹.

Cette relation automatique entre certaines infractions et la justification d'une mesure d'expulsion, telle qu'admise par le juge administratif, aboutit à une occultation totale des difficultés que peut représenter son exécution, notamment dans le cas d'étrangers de la seconde génération qui, pour la plupart, n'ont jamais eu de contact réel avec leur pays d'origine¹²². Lorsque ces difficultés sont particulièrement prégnantes, il est d'ailleurs fréquent que l'administration suspende l'exécution de la mesure ou même y renonce de fait en assignant l'intéressé à résidence¹²³. Un tel exemple nous conduit à poser la question de l'existence d'une fonction spéciale de l'ordre public en droit des étrangers qui viendrait s'ajouter à sa fonction traditionnelle. Cette reconnaissance d'une intervention fonctionnelle spécifique de la notion d'ordre public en droit des étrangers supposerait que ceux-ci ne sont pas, contrairement aux nationaux, soumis uniquement à l'ordre public général.

L'étranger doit ainsi se plier à une obligation « d'innocuité, d'être inoffensif, ce qui fait facilement de lui une « menace » contre l'ordre public »¹²⁴. Par conséquent, il ne s'agit plus de prévenir une menace ponctuelle à l'ordre public mais de prévenir de façon générale les menaces à l'ordre public que l'étranger constitue en tant qu'il est un étranger. Il s'agit donc d'un ordre public « *rationae personae* » découlant du

¹²¹ La décision d'expulsion, si elle est fondée selon nous sur une intention de fait de sanctionner l'étranger pour son comportement, n'est cependant pas qualifiée de sanction par le juge administratif qui, de jurisprudence constante, la qualifie de mesure de police administrative à caractère préventif : C.E., 20 janvier 1988, *Elfenzi, Rec.*, p. 17.

¹²² A cet égard, v. M. FAURE, « Dans les rouages de la machine à expulser. Des immigrés, bannis de la double peine », *Le Monde diplomatique*, novembre 1999.

¹²³ Tel est le constat de J.-L. GUERRIVE, président assesseur à la Cour administrative d'appel de Marseille, dans son article « « Double peine » et police des étrangers », *précité*.

¹²⁴ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme, op. cit.*, p. 96.

postulat selon lequel la présence de l'étranger n'est tolérée « que si les États d'accueil tirent un avantage de cette présence »¹²⁵. L'ordre public s'adressant aux étrangers prend donc une dimension plus étendue que celui qui s'adresse aux nationaux puisqu'elle conditionne leur statut en fonction de leur comportement et non en fonction d'un ensemble d'éléments objectifs.

Le pouvoir de contrainte de l'État s'exprime ainsi davantage dans la notion d'ordre public telle qu'elle s'applique en droit des étrangers que dans celle qui s'applique de façon classique à l'ensemble de la communauté nationale car « le souci de protéger la communauté nationale des apports de l'extérieur – les « pièces rapportées » - susceptibles de la fragiliser ou de la déstabiliser conduit à appliquer aux étrangers une conception de l'ordre public plus large et plus contraignante que celle appliquée aux nationaux »¹²⁶.

Dans cette conception, l'ordre public appliqué à l'étranger semble s'inscrire dans une tendance à faire de la sécurité de la communauté nationale et de chaque individu qui la compose une exigence de nature à contraindre la liberté de l'étranger. Si la Déclaration est centrée sur la liberté, elle n'en ignore pas moins que la garantie des droits « nécessite la force publique »¹²⁷. Mais cette exigence de sécurité a pris ces dernières années une ampleur considérable¹²⁸ qui affecte les droits en étendant la définition de l'ordre public¹²⁹ qui « s'en trouve grandi, plus envahissant et plus

¹²⁵ J. DE CEUSTER, « L'interprétation de la notion d'ordre public dans la réglementation sur le séjour : la pratique actuelle », *R.T.D.E.*, 1982, p. 92.

¹²⁶ F. JULIEN-LAFERRIERE, « Ordre public et droit des étrangers », précité, p. 297.

¹²⁷ Article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La garantie des droits de l'homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ».

¹²⁸ Plusieurs déclarations publiques tendent à confirmer cette idée. C'est ainsi qu'Alain Peyrefitte, a affirmé lors de l'examen de sa loi « Sécurité et Liberté » du 2 février 1981 que « la sécurité est la première des libertés », qu'un député a pu déclarer : « Je suis un héritier de la Révolution de 1789, celle des droits de l'homme et du citoyen, qui consacre la sécurité comme la première des libertés » (*Libération*, 24 septembre 2013). Voir également la déclaration du Premier ministre devant l'Assemblée nationale lors de la première séance du 13 avril 2015 qui, défendant le projet de loi relatif au renseignement, affirme « nous pouvons nous retrouver aussi sur le lien entre sécurité et liberté, bien évidemment. La sécurité est la première des libertés » *JOAN* du 14 avril 2015, p. 3989 ou encore le 9 février 2015, lors d'un déplacement à Marseille : « La sécurité, c'est la base de tout, c'est la première des libertés » (déclaration retranscrite sur le site du Gouvernement : <http://www.gouvernement.fr/partage/3338-discours-pm-marseille>).

¹²⁹ Pour une étude générale et actuelle de la limitation des droits par l'ordre public v. P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, 2014.

dominant car plus désiré »¹³⁰, les étrangers étant les premiers destinataires de ce remplacement progressif de la liberté par la sécurité¹³¹. Cette dernière ne renvoie ainsi plus en priorité aux individus mais à la communauté nationale.

Dans cette perspective, le respect de l'ordre matériel, c'est-à-dire l'ordre « dans la rue » conditionne la protection des droits de l'étranger au nom de la cohésion sociale et donc des intérêts fondamentaux de l'État. Pour cette raison, il se trouve toujours quant au contenu et à l'exercice des droits reconnus par l'État dans lequel il réside, dans une situation aléatoire et d'infériorité qui empêche une protection effective des droits.

Une telle attitude de l'État comporte un risque de focalisation sur l'aspect sécuritaire de l'ordre public au détriment de la cohésion de l'ensemble des individus présents sur le territoire qu'il suppose aussi, en principe. En instaurant une conception restrictive de l'ordre public visant l'étranger et donc portant limitation exceptionnelle de ses droits, l'État risque de s'éloigner de sa mission de protection de ce même ordre public, de même que de celle de protection des libertés, et de mettre ainsi en péril la cohésion de son territoire et de sa population en édifiant des différences aléatoires entre les individus soumis à sa souveraineté.

§ 2. *L'asile, une protection exceptionnelle dévoyée*

Le droit d'asile est aujourd'hui au cœur des politiques nationales et européennes d'accueil des étrangers. L'asile, « lieu inviolable et sacré et par extension protection offerte à celui qui s'y trouve »¹³², démontre que le statut des étrangers n'est pas uniquement un régime de « sujétion exceptionnelle »¹³³ mais peut

¹³⁰ J. MOURGEON, *op. cit.*, p. 58.

¹³¹ En ce sens v. C. TEITGEN-COLLY et F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « Acte de terrorisme et droit des étrangers », *AJDA*, 1997, p. 86. Les auteurs mettent particulièrement en avant que les exigences d'ordre public ont entraîné la moindre protection de la vie familiale dont bénéficie l'étranger par rapport au national en conduisant à une définition jurisprudentielle restrictive de la « famille ». Dans le même sens v. E. MILLARD, *Famille et droit public*, LGDJ, 1995, dans lequel l'auteur affirme que le juge a ainsi mis en place une « conception arrêtée de la normalité familiale, celle construite autour de la seule famille légitime, strictement entendue » en droit des étrangers et qui confirme que « l'appréhension par l'État de la famille est très variable, en fonction de ce qu'il attend », p. 184.

¹³² C. TEITGEN-COLLY, V° « Asile », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, précité.

¹³³ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, précité, p. 115

aussi constituer un statut privilégié. Il est ainsi le seul droit constitutionnellement proclamé qui ne s'adresse qu'aux étrangers et qui vise à leur assurer une protection d'exception contre leur État d'appartenance. Malgré ce principe, l'histoire du droit d'asile est davantage celle de la protection des intérêts de l'État d'accueil qui craint de voir ce droit utilisé pour obtenir un droit au séjour, que celle d'une protection accrue de l'étranger persécuté au sein d'un État hôte. Dans ce cadre, le droit français de l'asile adopte davantage le caractère d'une prérogative régaliennne que d'un droit subjectif à l'asile (A). Ce caractère est principalement lié à la confusion progressivement opérée entre le droit d'asile et le droit de l'entrée et du séjour des étrangers et à la crainte de voir le premier utilisé par l'étranger pour se voir reconnaître un droit au séjour (B).

A. Du droit subjectif de l'individu au droit de l'État

La France se veut traditionnellement une « terre d'asile pour les persécutés politiques »¹³⁴. Souvent proclamé comme faisant « partie des valeurs fondamentales de la République »¹³⁵, des droits sacrés qu'elle proclame, le droit d'asile n'est pourtant pas l'un des droits proclamés par la Déclaration de 1789 comme « inaliénable et sacré ». En revanche, il fait l'objet d'une proclamation très solennelle dans le Préambule de 1946 qui dispose que « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République »¹³⁶. Cette place s'explique avant tout par le contexte de l'époque qui, suite aux persécutions fascistes, nazies et franquistes, souhaite réaffirmer son attachement aux principes de liberté.

Malgré cette affirmation vigoureuse, les débats autour du texte révèlent déjà les réticences de l'État à reconnaître sa propre obligation d'accueillir les « combattants de la liberté »¹³⁷. Le projet de Constitution rejeté en mai 1946

¹³⁴ *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, Rapport remis au Premier ministre, La documentation française, décembre 1997, p. 51.

¹³⁵ B. CAZENEUVE, « Le droit d'asile, c'est la République », *Libération*, 1^{er} décembre 2014.

¹³⁶ Alinéa 2 du Préambule de la Constitution de 1946.

¹³⁷ L'expression est liée à l'article 120 de la Constitution de 1793 qui dispose que le « peuple français, allié et ami des peuples libres » (article 118) « donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. - Il le refuse aux tyrans ». La proclamation de l'asile constitutionnel en France apparaît en effet dès la fin du XVIII^e siècle mais elle ne sera traduite dans les textes que par les Constitutions de 1793 et de 1946. Au lendemain de la Révolution, l'asile constitutionnel est considéré comme un moyen

introduisait ainsi au sein de la Déclaration des droits qui précédait les règles de dévolution et d'exercice du pouvoir un article 6 disposant que « tout homme persécuté en violation des libertés et droits garantis [...] a droit d'asile sur les territoires de la République ». Cette disposition fut modifiée par le second projet de Constitution adopté le 27 octobre 1946 et devint le 4^e alinéa de son Préambule. Le changement de formulation opéré entre le premier et le second projet n'est bien sûr pas anodin et révèle à lui seul les difficultés d'une consécration constitutionnelle du droit d'asile : si la première formulation permet une acception large de ce dernier en ce qu'elle permet de l'accorder en raison de toute forme de persécution, la seconde recentre cette faculté sur la seule persécution pour des motifs politiques, restreignant par là l'obligation faite à l'État d'accorder l'asile aux individus qui le demandent.

Ce débat met ainsi en avant les deux difficultés principales posées par le droit d'asile. Tout d'abord il suppose qu'un État accorde sa protection au ressortissant d'un autre État sur le fondement d'une désapprobation de son action. Le droit d'asile, dans cette perspective, se trouve au cœur d'un conflit de souverainetés provoqué par le jugement indirect qu'un État souverain porte sur les modalités d'exercice de sa souveraineté par l'autre¹³⁸. Pour cette première raison, il ne pourra que faire l'objet d'une utilisation prudente et mesurée par l'État.

La seconde difficulté se situe dans le rapport individuel institué entre l'État et l'étranger demandeur d'asile. Elle renvoie à la question de savoir si le droit d'asile est un droit de l'État ou un droit de l'individu persécuté qui demande sa protection. En

nécessaire de protection de ceux qui se battent pour la liberté, seuls concernés par la protection constitutionnelle mise en place. Il est alors conçu comme le complément des droits proclamés par la Déclaration placée à la tête du texte constitutionnel : il assure sur le territoire national la protection des étrangers qui ont mis en œuvre la résistance à l'oppression ou leur droit et leur devoir d'insurrection. La Constitution Montagnarde proclamant le droit de s'opposer à tout gouvernement qui « viole les droits du peuple », elle offre à ceux qui s'en sont saisis sa protection en leur accordant l'asile territorial. Achievant le processus de laïcisation de l'asile engagé au XII^e siècle en Europe, la première constitution républicaine fait ainsi entrer le droit d'asile dans le texte constitutionnel. Cependant, cette constitution ayant été suspendue par le décret Conventionnel du 10 octobre 1793 puis abrogée par la Constitution de 1795, le droit d'asile ainsi proclamé restera un objectif irréalisable puis disparaîtra avec la nouvelle constitution qui ne le mentionne plus. Pour une étude précise de ces éléments v. notamment A. MATHIEZ, *La Révolution française et les étrangers*, Paris, 1918.

¹³⁸ V. O. BEAUD, « Propos inactuels sur le droit d'asile : asile et théorie générale de l'État », *LPA*, 13 octobre 1993, p. 16.

tant qu'il s'inscrit dans un conflit de souverainetés, il pourrait relever davantage de la faveur que du droit opposable car l'État ne saurait se voir contraint de s'opposer à un autre Souverain pour protéger l'un des ressortissants de ce dernier.

Pourtant, l'alinéa 4 du Préambule, fondement constitutionnel du droit d'asile, adopte de ce point de vue une formulation qui tendrait à imposer une obligation d'accorder l'asile à tout individu persécuté pour des raisons politiques, faisant du droit d'asile un « droit à » l'asile. Malgré cela, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont longtemps considéré que le principe ainsi posé ne constituait qu'une déclaration d'intention trop vague pour lier le pouvoir réglementaire ou le législateur.

Ainsi, dans son arrêt *France Terre d'Asile*, le Conseil d'État affirma que « le principe posé par les dispositions du Préambule de 1946 [...] au terme desquelles « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur le territoire de la République » ne s'impose au pouvoir réglementaire en l'absence de précisions suffisantes, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français »¹³⁹. Il fut suivi dans cette voie par le Conseil constitutionnel¹⁴⁰ qui considéra que le droit d'asile reconnu par le Préambule n'était pas d'applicabilité directe mais nécessite une « médiation »¹⁴¹ par les lois et les conventions internationales ratifiées et entrées en vigueur en droit interne.

En avançant le caractère trop général des dispositions invoquées, cette jurisprudence freine toute reconnaissance d'un droit à l'asile pour ne reconnaître qu'une faculté de l'État d'organiser les modalités d'octroi de l'asile sur son territoire. La motivation adoptée semble ainsi être principalement guidée par la volonté de ne pas contraindre celui-ci à octroyer un droit de séjour sur son territoire. En effet, si le droit d'asile est avant tout une question de souveraineté c'est parce qu'il conduit un État à juger l'action d'un autre, mais aussi parce qu'il conduit à une obligation d'accueil sur le territoire étatique. L'enjeu territorial de l'asile est ainsi au cœur de la

¹³⁹ C.E., 27 septembre 1983, *France Terre d'Asile*, Rec. p. 263 ; *JDI* 1986, p. 347, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *D.* 1986, p. 278, obs. P. WAQUET et F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

¹⁴⁰ Cons. const., n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *J.O.* du 5 septembre 1986, p. 10790.

¹⁴¹ H. FULCHIRON, « La réforme du droit des étrangers. Commentaire de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, dite loi « Chevènement » ou loi « RESEDA », 2^e partie, *JDI*, 1999, p. 340.

jurisprudence tant administrative que constitutionnelle. Cette interprétation se vérifie notamment au regard de la jurisprudence du Conseil d'État qui avait reconnu l'applicabilité directe de certaines dispositions du Préambule, notamment de son alinéa 10¹⁴², qui pourtant ne revêtaient pas un caractère visiblement plus précis que l'alinéa 4¹⁴³.

La position des juges ainsi énoncée entraîne une confusion entre le droit conventionnel et le droit constitutionnel de l'asile. En effet, ces deux décisions se rejoignent en ce qu'elles font de la loi mais aussi de la convention le support de l'applicabilité directe de l'alinéa 4 du Préambule. En l'état du droit positif, cette position conduisait à renvoyer automatiquement la protection au droit conventionnel tel qu'il était organisé par le droit interne, entraînant donc « une certaine confusion au point que l'on pouvait douter de l'existence même d'un droit constitutionnel à l'asile »¹⁴⁴. La première motivation du juge peut être ici d'unifier le droit de l'asile autour d'une source unique plus large que le fondement constitutionnel centré sur l'activisme politique¹⁴⁵.

Mais ce renvoi rejoint également dans ses motivations la première remarque : le juge semble vouloir contourner l'obligation d'accorder l'asile. En effet, la Convention de Genève de 1951, qui constitue le support principal du droit conventionnel en la matière¹⁴⁶, ne contraint à aucun moment les États dans leur décision. Elle ne fait que poser un cadre de protection du statut de *réfugié*, c'est-à-dire de celui qui se voit reconnaître le droit à une protection spécifique du fait des persécutions dont ils font l'objet. La jurisprudence rapprochait donc le statut du demandeur d'asile de celle du réfugié alors que ces deux notions sont juridiquement

¹⁴² L'exemple le plus cité est celui de l'arrêt C.E., 8 décembre 1978, *GISTI*, précité. Il convient néanmoins de nuancer cet exemple. En effet, le juge y fait bien mention de l'alinéa 10 du Préambule et ne l'enserme dans aucune condition restrictive d'applicabilité, mais il ne fonde finalement pas sa décision sur cette disposition, lui préférant un principe général du droit dont il maîtrisera la teneur.

¹⁴³ En ce sens v. F. JULIEN-LAFERRIERE, « Le droit d'asile enterré à peine découvert », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 209.

¹⁴⁴ H. FULCHIRON, précité, p. 340.

¹⁴⁵ En ce sens v. V. TCHEN, « La rupture du droit d'asile : entre rupture et tradition », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 58.

¹⁴⁶ Cette Convention a été mise en place en 1951 pour apporter une protection aux déplacés de la Seconde guerre mondiale. Elle fut par la suite universalisée par le Protocole additionnel de New-York de 1967 qui établit une définition du réfugié et lève les restrictions géographiques et temporelles du texte de 1951. Pour une étude complète V. D. ALLAND et C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit d'asile*, PUF, 2002.

distinctes. Moins audacieuse dans sa formulation que le Préambule, la Convention n'impose à l'État dans le cadre de la protection du statut de réfugié qu'une obligation de non-refoulement de celui-ci¹⁴⁷. Par conséquent, l'étranger qui formulera une demande sur le fondement de ce texte, ne pourra prétendre qu'à l'octroi du statut de réfugié, non à ce que lui soit accordé l'asile. La Convention opère ainsi une distinction juridique majeure en ne reprenant à aucun moment la dimension territoriale de l'asile, c'est-à-dire le droit d'entrer puis de se maintenir sur le territoire pour les étrangers qui demandent à l'État sa protection. En faisant de ce texte le fondement du droit de l'asile, les juges l'ont donc vidé de la portée que lui conférait sa formulation constitutionnelle¹⁴⁸ : il se trouve « pris dans le champ d'attraction international et compris comme un droit à l'octroi du statut de réfugié » plutôt que comme un droit subjectif¹⁴⁹. Cette tendance sera d'ailleurs confirmée par les Conventions de Schengen et Dublin qui définissent la demande d'asile comme une « demande en vue d'obtenir la reconnaissance de la qualité de réfugié conformément à la Convention de Genève ».

Le caractère exclusivement régalien du droit d'asile ainsi consacré a néanmoins été atténué par la suite. Dans deux arrêts du 13 décembre 1991¹⁵⁰, le juge administratif a déduit de l'article 31 § 1 de la Convention de Genève¹⁵¹ un droit pour les demandeurs d'être admis à séjourner en France jusqu'à ce qu'il soit définitivement statué sur leur demande. Au terme d'une interprétation constructive de la Convention par laquelle le juge déduit de l'absence de sanction pour entrée et séjour irrégulier l'obligation d'accorder un droit provisoire au séjour, le droit d'asile retrouve son fondement territorial ainsi qu'une partie de son caractère opposable à

¹⁴⁷ L'article 33 § 1 de la Convention de Genève dispose ainsi qu' « aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

¹⁴⁸ B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd. STH, 1988, p. 235, cité par F. JULIEN-LAFERRIERE, « Le droit d'asile enterré à peine découvert », précité.

¹⁴⁹ C. TEITGEN-COLLY, « L'asile ou le dévoiement d'un droit », in *Étrangers, quels droits ? Billets d'humeur en l'honneur de Danièle LOCHAK*, LGDJ, 2007, p. 145.

¹⁵⁰ C.E. Ass., 13 décembre 1991, req. n° 120560, *préfet de l'Hérault c. Dakoury* et req. n° 119996, *Nkodia*, Rec. p. 439.

¹⁵¹ Cet article dispose que « Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières ».

l'État. En lui assignant un caractère contraignant, le juge lui redonne une certaine assise. Celle-ci sera ensuite renforcée par la reconnaissance d'un droit de solliciter l'asile¹⁵², de bénéficier d'une procédure d'examen de la demande d'asile conforme aux garanties qui doivent s'y attacher¹⁵³ ou encore de bénéficier des conditions matérielles prévues par la loi¹⁵⁴.

Un tournant majeur fut ensuite opéré par la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993¹⁵⁵. Appelé à examiner la constitutionnalité des dispositions législatives tirant les conséquences de la ratification par la France des Conventions de Schengen et de Dublin, le Conseil considère que le droit d'asile est un « droit fondamental » dont la reconnaissance « détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution ».

Par ce considérant, le juge constitutionnel vise à limiter la portée de la Convention de Dublin qui prévoyait qu'un État partie pouvait refuser d'examiner une demande d'asile dans le cas où celle-ci aurait été déjà formulée dans un autre État partie, le premier ayant reçu la demande étant le seul tenu de l'examiner. C'est pourquoi le juge a estimé, comme il l'avait fait deux années auparavant¹⁵⁶, que « la détermination d'un autre État responsable du traitement d'une demande d'asile en vertu d'une convention internationale n'est admissible que si cette convention réserve le droit de la France d'assurer, même dans ce cas, le traitement d'une demande d'asile en application des dispositions propres à son droit national » : la protection de ce droit étant un « principe de valeur constitutionnelle », la loi ne peut en « réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »¹⁵⁷.

¹⁵² C.E., 12 janvier 2001, req. n° 229039, *Hyacinthe* ; C.E., 25 mars 2003, req. n° 255237, *Soulaimanov*.

¹⁵³ C.E., 25 novembre 2003, req. n° 261913, *Nikogosyan*. Parmi ces garanties figurent, selon la jurisprudence, la confidentialité du dossier OFPRA (C.E., 28 septembre 2007, req. n° 299732, *Oladipo*), le caractère suspensif du recours (C.E., 6 mars 2008, req. n° 313915, *Dociev*.) ou encore le droit à l'information sur la procédure mise en œuvre (C.E., 30 juillet 2008, req. n° 313767, *Khizir*).

¹⁵⁴ C.E., 23 mars 2009, req. n° 325884, *Gaghief*.

¹⁵⁵ Cons. const., n° 93-325 DC, précitée.

¹⁵⁶ Cons. cont., n° 91-294 DC, *Loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, J.O. du 27 juillet 1991, p. 10001.

¹⁵⁷ Cons. 81 de la décision.

S'il consacre ainsi la valeur contraignante du droit d'asile en lui rendant sa portée constitutionnelle, le Conseil reste équivoque sur son autonomie vis-à-vis de la Convention de Genève. Le juge semble viser, à travers ce droit fondamental d'asile, la demande de protection conventionnelle. En effet, la compétence non contestée de l'Office de protection des réfugiés et apatrides en matière d'asile constitutionnel emporte application corrélative de la Convention sur laquelle est fondée par principe sa compétence. En protégeant le droit fondamental d'asile, le Conseil semble ainsi chercher principalement à protéger les conditions d'une demande fondée sur la Convention. Par conséquent, si le juge renforce la protection de l'asile en lui assignant un caractère plus contraignant pour l'État, il n'en établit pas pour autant l'autonomie de l'alinéa 4 vis-à-vis de la Convention.

En raison du renforcement qu'elle opère, le constituant est intervenu pour la priver de l'essentiel de sa portée en neutralisant l'obligation absolue d'asile territorial reconnue sur le fondement de l'alinéa 4 par un nouvel article 53-1 de la Constitution qui dispose que « les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ». Ainsi, si le droit d'asile reste un droit subjectif, il n'est plus qu'un droit de solliciter une protection qui peut être celle de la Convention de Genève, mais aussi celles instituées depuis dans le cadre de l'Union européenne telle que la protection dite subsidiaire. Cette conception d'un droit d'asile subjectif mais dont la définition et les conditions d'applicabilité dépendent de l'État est également celle adoptée par l'Union européenne à travers l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux¹⁵⁸.

Ces contradictions successives dans la reconnaissance de la valeur du droit d'asile tendent à démontrer la difficulté pour l'État de faire de l'étranger un sujet du droit constitutionnel et plus encore un destinataire de l'obligation de l'État d'assurer les conditions de protection des droits fondamentaux. Le droit d'asile cristallise ainsi « la contradiction entre le principe intangible de la souveraineté nationale et les idéaux des droits de l'homme »¹⁵⁹. En effet, il est par principe un droit accordé en

¹⁵⁸ Cet article dispose que « le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du Protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne ».

¹⁵⁹ G. NOIRIEL, *La tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe. 1793-1993*, Calmann-Lévy, 1991, p. 19.

propre à l'étranger pour assurer sa protection. Pourtant, il est davantage conçu comme un droit de l'État parce qu'il dispose du fait de sa souveraineté sur son territoire d'une compétence exclusive et inhérente à celle-ci pour déterminer les conditions d'entrée sur son territoire. Il y a donc en la matière une tension permanente entre les intérêts de l'État et la protection à conférée à l'étranger victime de persécutions qui, par définition, n'est pas dans la même situation qu'un étranger demandant un droit de séjour. C'est précisément cette distinction qui tend aujourd'hui à disparaître et à faire du droit d'asile une composante du droit de l'entrée et du séjour des étrangers.

B. La confusion du droit d'asile et des politiques d'immigration : le droit d'asile dévoyé

Le droit de l'asile vise à protéger une catégorie spécifique d'étrangers. Ainsi, l'alinéa 4 du Préambule de 1946 accorde sa protection à l'acteur d'un combat politique qui, en raison de ce combat, est persécuté par l'autorité publique dont il dépend. Il revêt donc directement un caractère « militant ». La Convention de Genève, quant à elle, vise à protéger « des victimes passives persécutées le plus souvent pour des raisons extérieures à leur volonté »¹⁶⁰ tenant à leur religion, leur appartenance ethnique ou leurs opinions politiques. Ces deux sources ne visent donc pas les mêmes individus, notamment parce que l'une exige une persécution effective tandis que l'autre prend également en compte les craintes légitimes de persécution¹⁶¹, mais elles se retrouvent et se complètent dans un but commun et singulier : celui de leur permettre d'être protégé par un État tiers en raison des persécution qu'ils subissent dans leur État d'appartenance. Il s'agit donc directement de protéger, dans une perspective universelle, les droits fondamentaux. Le droit d'asile constitue donc, par essence, un dépassement de la condition de nationalité pour la protection des droits, y compris le droit au séjour.

En raison de cette spécificité, le droit de l'asile devrait faire l'objet de procédures particulières, conduites pas l'exigence de répondre de manière adéquate aux enjeux concernés et d'assurer une protection effective de ceux auxquels elle s'adresse. Pourtant, c'est un mouvement inverse qu'a connu la législation en la matière : si

¹⁶⁰ H. LABAYLE, « Le droit d'asile en France : normalisation ou neutralisation ? », *RFDA*, 1997, p. 242.

¹⁶¹ Article 1^{er} de la Convention de Genève de 1951.

l'asile est régi par des règles spécifiques, celles-ci s'inscrivent davantage dans une logique de maîtrise de l'immigration que de protection d'un droit.

Déjà dans son rapport de 1997 la Commission Weil mettait en avant la nécessité de « redonner son statut d'exception au droit d'asile », s'inquiétant d'une « indistinction croissante entre réfugiés politiques et immigrés »¹⁶². Ainsi, si la spécificité de l'asile est sans cesse réaffirmée en vertu d'un « mythe indéterminable »¹⁶³ selon lequel la France est une « terre d'asile pour les persécutés politiques », les législations successives n'ont fait que renforcer son rapprochement avec les politiques d'immigration. Si les demandeurs d'asile et les réfugiés occupent une place particulière dans la gestion étatique des migrations, cette place reste perméable au contexte migratoire dans lequel elle évolue¹⁶⁴. Le premier signe de cette confusion est d'ailleurs l'introduction, dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers, de la législation relative à l'asile. En effet, en tant que protection exceptionnelle, le droit d'asile devrait être formellement distingué des règles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France. Le second est la formulation de l'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui mentionne la politique commune « en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures ».

La confusion ainsi entretenue entre asile et immigration a conduit à multiplier les obstacles à l'entrée sur le territoire et à instaurer des procédures similaires entre la gestion des demandes d'asile et celle relative au séjour. Le recours à la rétention est par exemple désormais possible pour les demandeurs d'asile, y compris les personnes vulnérables et les mineurs isolés¹⁶⁵. De même, un système européen de comparaison

¹⁶² Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration, Rapport remis au Premier ministre, La documentation française, décembre 1997, p. 51.

¹⁶³ V. TCHEN, « La réforme du droit d'asile du 29 juillet 2015 : un séisme procédural comme remède à la crise de l'asile », *DA*, n° 8-9, août 2015, comm. 53.

¹⁶⁴ Pour une étude détaillée des enjeux sur ce point v. C. LANTERO, *Le droit des réfugiés entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruylant, 2010.

¹⁶⁵ Cette possibilité concerne différents cas de figure : procéder à des transferts vers l'État membre au sein duquel a été formulée la première demande d'asile (dits "transferts Dublin), vérifier l'identité ou la nationalité du demandeur, statuer sur le droit d'entrer sur le territoire, répondre à des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, lutter contre les demandes d'asile visant à retarder ou empêcher l'exécution d'une décision de retour, faire face à un risque de fuite. V. par exemple : C.E., 16 décembre 2010, req. n° 344864; C.E., 7 novembre 2012, req. n° 35336; C.E., 4 décembre 2013, req. n° 373528.

d'empreintes (EURODAC) a été mis en place en 2003 afin de permettre de détecter les demandes d'asile multiples. La loi du 29 juillet 2015 relative à l'asile¹⁶⁶ va également dans ce sens en renforçant les procédures de refus d'entrée à la frontière¹⁶⁷, l'obligation de coopération du candidat à l'asile qui doit désormais présenter « aussi rapidement que possible » une demande sur la base de déclaration « cohérentes et crédibles » sans s'abstenir de « fournir des informations essentielles » sous peine de s'exposer à une décision de clôture¹⁶⁸. Si ces éléments semblent répondre à une exigence minimale de preuve d'une persécution, les procédures complexes auxquelles elles donnent lieu enferment « l'examen des demandes dans un carcan pour garantir un objectif presque obsédant : écarter rapidement les demandes jugées abusives pour assurer l'éloignement des candidats déboutés »¹⁶⁹.

Cette tendance répond ainsi à la préoccupation d'éviter les détournements de procédure. Le statut du demandeur d'asile puis du réfugié constituant des statuts privilégiés, ils sont considérés comme exerçant « un certain pouvoir d'attraction sur les personnes à la recherche d'un séjour et de ressources temporaires »¹⁷⁰. La législation va ainsi se trouver constamment tiraillée entre une volonté affichée de renforcer la garantie des droits et celle de contrôler les flux migratoires qui entraînent la « suspicion »¹⁷¹ à l'égard des demandeurs.

L'approche européenne de l'asile, qui conditionne aujourd'hui en grande partie les procédures en droit interne¹⁷², est particulièrement éclairante à cet égard.

¹⁶⁶ Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile, *J.O.* n°0174 du 30 juillet 2015 p. 12977

¹⁶⁷ Art. L. 213-8-1 du CESEDA.

¹⁶⁸ Article L. 723-4 du CESEDA.

¹⁶⁹ V. TCHEN, art précité.

¹⁷⁰ Rapport WEIL, précité. Cette préoccupation est énoncée dans la plupart des projets de loi relatifs à l'asile. La réforme du 29 juillet 2015 était ainsi en partie motivée par la volonté de réduire le « détournement de la procédure d'asile à des fins migratoires (Projet de loi n° 2182 relatif à la réforme de l'asile, p. 6 : le projet de loi « s'efforce ainsi de respecter un équilibre entre l'extension des protections et la création d'instruments diversifiés permettant d'accélérer les délais et de lutter contre les détournements de procédures ».

¹⁷¹ C. TEITGEN-COLLY, « L'asile ou le dévoiement d'un droit », précité, p. 145.

¹⁷² V. V. TCHEN, « La réforme du droit d'asile du 29 juillet 2015: un séisme procédural comme remède à la crise de l'asile », précité. ; N. GUIMEZANES, « Réforme du droit d'asile – A propos de la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 », *JCP G*, août 2015, p. 903 ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Regard critique sur le régime d'asile européen commun. La persistance d'une conception restrictive de la protection », *Europe*, Février 2014, étude 1.

Dans la Directive d'avril 2004 dite de « qualification »¹⁷³, les États sont ainsi invités à « évaluer la demande » en cherchant notamment si depuis qu'il a quitté son pays d'origine, le demandeur a « exercé des activités dont le seul but ou le but principal était de créer les conditions nécessaires pour présenter une demande de protection internationale »¹⁷⁴ ou encore si « le risque de persécution est fondé sur des circonstances que le demandeur a créées de son propre fait ». De telles formulations mettent en lumière la volonté des États de sonder les motivations des demandeurs à partir d'éléments qui manifestement ne peuvent trouver de preuves matérielles. Il sera ainsi difficile de distinguer un comportement ayant entraîné un risque de persécution adopté pour de se voir octroyer le statut de réfugié, d'un comportement identique mais cette fois non motivé par l'octroi d'un tel statut.

De même, la notion de « circonstances que le demandeur a créées de son propre fait » est difficile à entendre car elle semble suggérer que le demandeur aurait peut-être pu, ou même du, s'abstenir d'adopter certains comportements qui ont entraîné des persécutions. Or, certains cas prévus par la Convention de Genève qu'il s'agit d'appliquer ici sont précisément déterminés par le comportement de l'individu, notamment son comportement politique. Cette disposition entraîne donc la confusion en signifiant indirectement que pourront éventuellement être seules prises en compte les persécutions qui ne sont dues qu'à l'état ou à l'identité de l'individu, non à son comportement ou à ses choix militants qui pourraient n'être motivés que par la volonté de se voir attribuer le statut de réfugié.

De telles formulations laissent ainsi « planer sur les demandeurs d'asile une suspicion de fraude » qui accorde peu d'égards au principe de protection que ce droit est censé apporter.

Le droit d'asile se révèle ainsi être le signe le plus éclatant de la difficulté de reconnaître l'étranger comme titulaire de droits. Il suppose en effet que dès lors qu'un besoin de protection est concerné, il devrait y être satisfait indépendamment du statut d'étranger ou de national reconnu par l'État. Pourtant, malgré les quelques protections qu'il octroie, le droit positif s'inscrit invariablement dans la dichotomie

¹⁷³ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts.

¹⁷⁴ Article 4, 3d de la Directive.

national-étranger, y compris dans le cadre d'un droit qui par essence a vocation à la dépasser.

Chapitre 2

Un cadre de cohabitation politique dépendant du lien entre nationalité et citoyenneté

La citoyenneté est une composante essentielle de la nationalité car ensemble elles sont l'expression des deux fondements de la vie en collectivité dans le cadre de l'État-nation : l'appartenance et la participation politique. La nationalité est ainsi le lien juridique qui rattache l'individu à la société politique, définissant le groupe social spécifique qui est la substance humaine de l'État. Mais elle aussi le fondement de son unité. En tant que lien objectif et transcendant, elle réalise l'unité de la communauté des citoyens à travers celle de la communauté nationale.

Si ce principe connaît aujourd'hui des aménagements, notamment à travers l'institution d'une citoyenneté européenne (section 1), ce n'est qu'à travers lui que pourra être pensée la relation du national et de l'étranger au sein de l'espace politique (section 2).

Section 1. L'unité de la nation comme fondement de l'unité des citoyens

La nation est historiquement le creuset ayant vu naître le corps des citoyens et c'est là la puissante justification théorique de l'octroi aux seuls nationaux de droits de nature politique. C'est là l'enjeu de la nationalité : lorsque l'État choisit ses nationaux, il choisit par la même occasion qui va constituer la force politique, la volonté de la Nation. De cette construction naît une figure du citoyen fondée sur l'égalité et l'uniformisation de la condition politique (§ 1).

La création d'une citoyenneté « européenne » a constitué *a priori* un bouleversement dans le lien constitutionnel entre l'appartenance nationale et la participation politique. Il semble cependant que le choix des termes ait conduit à une appréciation erronée de la nature du statut de citoyen européen, rendant trompeuse l'apparente dissociation opérée entre nationalité et citoyenneté (§ 2).

§1. La communauté des citoyens comme communauté nationale

La construction de la communauté des citoyens comme communauté nationale entraîne un lien inextricable et nécessaire entre trois concepts : la souveraineté, la nationalité et la citoyenneté. Ce tryptique fondateur opère une construction singulière dans laquelle la nation est le seul titulaire de la souveraineté mais aussi le seul cadre d'expression de celle-ci, autrement dit de la citoyenneté. Nationalité et citoyenneté, malgré leur distinction de principe, sont ainsi liées par leur rapport à la souveraineté : la première en détermine les titulaires, la seconde constitue le vecteur de son expression (A). En fondant ainsi la souveraineté sur la nation, entité abstraite et unitaire comme la puissance qu'elle incarne, le droit constitutionnel ne conçoit le peuple que comme un corps unifié et homogène, interdisant toute distinction en son sein (B).

A. La nation, cadre d'expression souveraine de la communauté des citoyens

Définie comme une « puissance »¹, la souveraineté est indissociable de la notion d'État. Elle est « son principe constitutif » et le « facteur déterminant de son unité »². Dans ce domaine la Révolution française a été la source de transformations profondes car elle a établi ce lien « magique ou encore mystique liant les individus formant nation aux destinées de l'État auquel ils participent par la reconnaissance de leur qualité de souverain collectif »³. Ainsi, en plaçant le siège de la souveraineté non plus dans la personne d'un Prince mais dans la masse des citoyens, la Révolution crée un nouveau titulaire de la souveraineté : la nation et elle fait des citoyens en corps qui la constituent les participants directs du pouvoir politique⁴. Ils sont donc le corps politique souverain de l'État. Mais ils ne le sont qu'en tant qu'ils forment une nation : « La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à

¹ O. BEAUD, v° « Souveraineté », in P. RAYNAUD et S. RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit.

² O. BEAUD, *État et souveraineté*, Thèse de l'Université Paris II, 1989, T. I, p. 4.

³ A.-S. MICHON-TRAVERSAC, *La citoyenneté en droit public français*, LGDJ, 2009, p. 246

⁴ M. LACHAZE, *Du statut juridique de l'étranger au regard du droit public français*, Dalloz, 1928, p.6. Cette thèse, ancienne, est cependant intéressante, principalement dans son introduction.

la Nation »⁵. La constitution de 1958 s'inscrit dans ce principe puisqu'elle fait référence dès son préambule aux « principes de la souveraineté nationale ». La véritable justification du lien entre nationalité et citoyenneté est ainsi le principe de « la démocratie comme communauté nationale »⁶.

Dans ce cadre, la rupture avec le cadre monarchique est opérée en remplaçant l'allégeance à la Couronne par l'appartenance à la nation d'un corps unique de citoyens. Ainsi s'opère le lien entre nation et souveraineté, duquel découle la « dualité de l'État contemporain qui est à la fois un État de citoyens et État de sujets » qui « correspond à la dualité de la souveraineté moderne qui est partagée entre la puissance publique (monopole de commandement/sujétion des individus) et la légitimation démo-libérale (monopole de la Constitution) »⁷. La souveraineté ne change donc pas de définition, elle reste ce caractère d'une « entité [...] qui ne connaît pas d'instance supérieure pour lui dicter sa volonté »⁸, mais elle est désormais constitutive d'un principe selon lequel seul le corps des citoyens est reconnu comme détenteur du pouvoir de s'exprimer quant au devenir de la nation. De même, l'État conserve son caractère souverain, mais il est lié au consentement de la nation dont il incarne la volonté⁹.

Cette construction est caractéristique d'un système stato-centré qui fait de l'État le centre du pouvoir et du peuple le fondement de l'exercice de la domination politique. Ce principe démocratique a ainsi pour fondement le consentement à la loi¹⁰, c'est-à-dire le consentement par le sujet de se voir contraint par le pouvoir étatique. L'idée de la souveraineté nationale est donc liée au principe de « souveraineté

⁵ Constitution du 3 septembre 1791, Titre III, article 1^{er} : « La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice ».

⁶ O. BEAUD, « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, p.412.

⁷ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 24-25.

⁸ G. DRAGO, V^o « Article 3 », in F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRETOT (dir.), *La constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Economica, 3^e éd., 2009.

⁹ Sur ce point v. J. CHEVALLIER, « L'État-nation », *RDP*, 1980, p. 1271.

¹⁰ Pour une étude critique de l'omniprésence de ce principe dans le système politique actuel : v. B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, 2012.

légitimante »¹¹, c'est-à-dire d'un peuple investi constitutionnellement du pouvoir de légitimer le pouvoir de contrainte de l'Etat en consentant, par le vote, aux lois. La question du lien entre la citoyenneté et la nationalité renvoie donc à un mode de détermination des titulaires de la souveraineté, de ce peuple qui détient le pouvoir de légitimation du pouvoir de l'État.

En droit constitutionnel français, le rapport de ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés est précisément fondé sur la souveraineté nationale : elle constitue le fondement de la légitimité de la puissance étatique dans l'Etat moderne démocratique car elle la source des droits « par lesquels la société se forme » et qui « contribuent à l'établissement public »¹². Il semble donc évident que cette conception de la citoyenneté, fondée sur la souveraineté de cette entité abstraite qu'est la nation, est une construction politique singulière et non nécessaire à l'exercice de la citoyenneté définie comme le vecteur de légitimation du pouvoir par la participation au politique.

Le droit anglais révèle précisément le caractère construit de la communauté nationale comme communauté de citoyens en droit français. Ayant conservé intacte l'institution féodale de l'allégeance jusqu'au XIXème siècle, et conformément à la tradition antique, le droit de la Common Law ignore la conception de l'Etat personne morale¹³. Les sujets britanniques n'étaient alors liés qu'à un supérieur commun, le Roi et non reliés entre eux par un lien « horizontal » de nationalité. La Couronne est une « corporation » légale, une personne morale, mais l'ensemble des sujets de la Couronne n'a pas de personnalité légale reconnue¹⁴. Ainsi, « la nature instinctive du droit anglais est révélée par l'absence d'un mot autochtone et exact pour désigner ce que la langue française connaît comme « patrie » et la langue allemande comme *Vaterland* [...]. C'est comme si, incapable de s'éloigner du concret, l'Anglais prenait

¹¹ O. BEAUD, op. cit.

¹² E. SIEYES, « Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen », discours des 20 et 21 juillet 1789, texte reproduit in F. FURET et R. HALÉVY, *Orateurs de la Révolution française*, T. I. Les constituants, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1989, p. 1013.

¹³R. KIEFE., « L'allégeance », *La nationalité dans les sciences sociales et dans le droit contemporain*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Sirey, 1933, p.48.

¹⁴ Pour une analyse plus approfondie de la notion de la Couronne en droit anglais cf : D. BARANGER, *Ecrire la Constitution non écrite*, PUF, 2008, spé. p.197 et suiv.

dans les choses qui l'entourent deux choses tangibles, le Roi et le Pays, et en faisait respectivement les symboles de deux éléments de l'idée à exprimer : le Roi, c'est-à-dire l'âme ; le Pays, c'est-à-dire le corps de l'Être collectif »¹⁵. Le lien entre les citoyens ne repose donc à aucun moment sur l'idée d'appartenance à un corps abstrait.

Dans son article sur la notion de *citizenship*, John Salmond analyse la différence qui existe entre *civis romanus* et le *subject* britannique et conclut qu'il n'y a pas en droit de la Common Law de « *populus britannicus* » comme il y a eu un *populus romanus*. Il n'y avait donc pas d'idée de « peuple anglais » : le terme de « *subject* » transcrit l'idée d'une sujétion commune à un seul Roi, un *Lord and King* tandis que le terme de *citizen* renvoie à l'idée d'un lien particulier entre chacun des individus d'un même corps. Cette différenciation des termes s'explique par la différence de structure politique, le premier cas renvoyant à une forme monarchique et le second à une forme républicaine, au sens étymologique de *res publica*.

Ce n'est qu'au XX^{ème} siècle que l'idée d'allégeance disparut du droit de la Common Law. Le terme de *subject* fut peu à peu remplacé par celui de *citizen*. C'est par le *British nationality Act* de 1981 que le terme de *citizenship* fut choisi pour désigner le statut que le droit français qualifie de « nationalité ». S'il parle de *nationality law*¹⁶, le droit de la *Common Law* ne connaît pas le statut de « national », il ne connaît que la notion de *citizenship* qui désigne le statut particulier conféré par cette *nationality law*. N'étant pas un système « stato-centré », c'est-à-dire plaçant l'État au cœur de la pensée juridique constitutionnelle, le système de la *Common Law* ne pouvait créer un concept fondé sur le rattachement d'un individu à l'État, différent de celui qui lie l'individu à une communauté politique.

Ce lien spécifique entre l'État et l'individu, appelé en droit français la nationalité, ne peut donc être conçu en droit de la *Common Law* puisque précisément l'institution de l'État n'existe pas en tant que notion centrale, en tant

¹⁵ J.W. SALMOND, « *Citizenship and allegiance* », *Law Quarterly Review*, vol.18, 1902, p.49.

¹⁶ V. par exemple A.W. BRADLEY and K.D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, 12^e éd, Longman 1997. Les auteurs détaillent les règles de la *nationality law* mais celles-ci ne confèrent pas la nationalité, elles déterminent le statut de *citizenship*.

qu'institutionnalisation du pouvoir¹⁷. La Couronne, contrairement à l'État, n'a pas cette personnalité juridique lui permettant d'incorporer à la fois les « nationaux » et le corps politique. C'est pourquoi le peuple politique est détaché de l'entité de la Couronne. Il n'existe pas de communauté étatique au sens strict, mais il existe une unité politique à travers la possession commune de la *citizenship*. C'est ainsi que l'on peut dire que le droit anglais ne connaît pas de communauté « étatique », il ne connaît que la communauté « citoyenne ».

Le principe de la souveraineté nationale constitue donc une construction singulière¹⁸, dans laquelle « l'homme appartient à un corps étatique dont il forme en quelque sorte la substance même »¹⁹. Ainsi, la nationalité et la citoyenneté sont « l'expression d'une conception globale, d'une idéologie de l'homme et de la société, donc de la politique comme forme spécifique de la vie des groupes humains, conscients d'eux-mêmes en tant qu'entité collective propre et dotés d'organes capables d'exprimer et de mettre en œuvre une volonté collective »²⁰. La citoyenneté est ainsi une composante essentielle de la nationalité car les deux concepts sont l'expression des deux fondements de la vie en collectivité : l'appartenance et la participation politique. La véritable justification du lien entre nationalité et citoyenneté est donc le principe de « la démocratie comme communauté nationale »²¹ : les deux concepts de nationalité et de citoyenneté, bien que distincts

¹⁷ V. en ce sens notamment : E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2006.

¹⁸ Le principe a ainsi fait l'objet de critiques en raison de son caractère dénué de « valeur scientifique ». Dans leur traité de droit constitutionnel, Paul Duez et Joseph Barthélémy affirment ainsi que « le principe de souveraineté nationale, mode d'expression particulier du principe démocratique, affirme que la souveraineté est un droit propre appartenant à la Nation, qui exprimerait sa volonté souveraine dans la loi » est une « construction qui s'explique parfaitement du point de vue historique » mais elle est « critiquable du point de vue scientifique ; elle constitue un dogme indémontré et indémontrable », in J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 1926, p. 94. Cette position est partagée par Léon Duguit qui considère que « la volonté nationale, et par là-même la souveraineté nationale, est donc une fiction, sans valeur scientifique » car « la nation est tout simplement le milieu dans lequel se produit le phénomène qu'est l'État, c'est-à-dire la différenciation entre gouvernants et gouvernés », in L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., éd. De Boccard, 1924, t. II, p. 14.

¹⁹ DELESSERT, *L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique*. Lausanne, 1924, cité par M. LACHAZE, op. cit.

²⁰ F. BORELLA, « Nationalité et citoyenneté en droit français », in *Etat de droit*, COLAS D. (dir.), PUF, 1987, p. 28.

²¹ O. BEAUD, « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, p. 412.

dans le concept et dans leur objectif, sont considérés comme interdépendants. Le principe de souveraineté renvoie ainsi au lien entre les individus formant la nation et la volonté de l'État, à laquelle ils participent par la reconnaissance de leur qualité de souverain collectif. La nation est donc à elle seule le cadre d'expression de la souveraineté des citoyens.

De ce lien naîtra la conception volontariste de la nationalité, selon laquelle la nation repose sur un vouloir vivre ensemble²². C'est alors sur ce vouloir-vivre ensemble, sur ces « aspirations communes »²³, que reposera l'exercice de la citoyenneté. Il est alors évident que nationalité et citoyenneté, selon cette approche, ne sont que deux vecteurs d'expression du sentiment d'appartenance : la première permet d'établir ce lien et la seconde de l'exprimer par la participation à la chose publique. Cependant, le droit ne pouvant traduire le *sentiment* d'appartenance, cette conception ne peut que rester symbolique et sans traduction dans le texte constitutionnel.

Par ailleurs, cette conception confond en réalité la citoyenneté et la nationalité car elle ne pense cette dernière qu'en tant qu'elle est l'expression volontaire d'une appartenance. Or, seule la citoyenneté peut être considérée comme une forme d'expression politique, la nationalité n'étant qu'un lien avec l'État et à travers lui avec sa communauté nationale. En droit français, le lien politique n'est constitué que par la citoyenneté mais celle-ci ne pouvant s'exercer que dans le cadre de la nation, les deux notions ont tendance à être confondues, comme elles le furent dans les textes constitutionnels révolutionnaires. Pourtant, elles sont distinctes dans leur enjeu : la nationalité renvoie tout d'abord au lien de l'individu avec l'État, puis c'est en tant qu'elle permet la citoyenneté qu'elle établit également le lien des individus entre eux afin de la faire reposer sur un entité abstraite et unifiée. La citoyenneté renvoie ainsi à la participation active au politique, à la « chose publique », par le vote mais aussi par l'ensemble des droits civiques²⁴ qui permettent au citoyen de participer activement à la sphère politique. C'est ainsi que s'opère la

²² Sur ce point v. Partie 1, Titre 1.

²³ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, op. cit.

²⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 654.

distinction entre nationalité et citoyenneté : les deux statuts se superposent sans se résumer l'un à l'autre, ce qui justifie le fait que tous les nationaux ne soient pas citoyens²⁵.

Le Code civil des Français marqua à cet égard un tournant décisif en distinguant l'acquisition de la qualité de Français déterminée par la loi et la qualité de citoyen définie et encadrée par la Constitution. Son article 7 est très explicite à cet égard : il dispose 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 ». Inspirée par Portalis, cette dissociation des concepts par les sources de leur définition émane d'une volonté de distinguer « les rapports de ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés, et de chaque citoyen avec tous », qui sont « la matière des lois constitutionnelles et politiques », et des « rapports naturels ou conventionnels, forcés ou volontaires, de la rigueur ou de la simple convenance, qui lient tout individu à un autre individu ou plusieurs » qui relèvent des « lois civiles »²⁶. Déjà dans ses écrits, l'abbé Sieyès exposait la nécessité de distinguer les droits civils des droits politiques, ces derniers étant les droits « par lesquels la société se forme »²⁷.

En réalité, il semble que la motivation des rédacteurs du Code civil soit davantage de stabiliser le droit de la nationalité en le dissociant des aléas politiques déterminant la condition de citoyen²⁸. Ce faisant, ils réaffirment indirectement une définition de la nationalité centrée sur le lien entre l'individu et l'État, permettant à ce dernier de définir la communauté sur laquelle il exerce son autorité personnelle.

²⁵ Pour être citoyen, le national doit être majeur et non déchu de ses droits politiques pour cause d'aliénation mentale ou de condamnation pénale. Bien qu'ils ne soient pas titulaires de la citoyenneté, les individus concernés demeurent des nationaux. Pour une étude de ces différentes exclusions du droit de vote v. A.-S. MICHON-TRAVERSAC, *La citoyenneté en droit public français, op. cit.*, p. 311 ou encore J.-L. HÉRIN, « Les exclus du droit de vote », *Pouvoirs*, n° 120, 2007, p. 208.

²⁶ J.-E. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse An IX, par la commission nommée par le gouvernement consulaire, in *Écrits et discours politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 31-32.

²⁷ E. SIEYÈS, « Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen », discours des 20 et 21 juillet 1789, texte reproduit in F. FURET et R. HALÉVY, *Orateurs de la Révolution française*, T. I. *Les constituants*, Gallimard, 1989, p. 1013.

²⁸ François Borella affirme ainsi que « Napoléon Bonaparte veut faire échapper la définition de « qualité de français » aux incertitudes et aux changements constitutionnels », c'est pourquoi il l'introduit dans le code, la loi étant alors considérée comme un meilleur garant de stabilité juridique. V. F. BORELLA, « Nationalité et citoyenneté », in D. COLAS, C. EMERI et J. ZYLBERBERG (dir.), *Nationalité et citoyenneté, Perspectives en France et au Québec*, PUF, 1991, p. 214

Malgré cette dissociation, le principe de souveraineté nationale - et non *citoyenne* - domine le droit constitutionnel français. Nationalité et citoyenneté, malgré leur séparation conceptuelle et leur traduction dans des sources distinctes, restent intrinsèquement liées à travers le principe fondateur de la souveraineté. En confiant à la nation la souveraineté et en faisant de la nationalité la condition de la citoyenneté, le droit alimente l'imbrication théorique totale des trois concepts.

L'article 3 de la Constitution énonce ainsi que « la souveraineté nationale appartient au peuple », qu' « aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice » et que « sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». Par ces dispositions, la Constitution relie tout d'abord directement la souveraineté nationale à l'exercice du suffrage, faisant ainsi des nationaux les seuls titulaires du droit de vote²⁹. Cette perspective semble être confirmée par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 30 décembre 1976, affirme que « la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale »³⁰. Par là, le juge confirme la dimension du concept la souveraineté nationale : son fondement étant la souveraineté de la nation en tant qu'entité unifiée, seule celle-ci peut l'exercer. Cette position du juge conduit également à réaffirmer le principe de souveraineté nationale qui, s'il demeure une fiction contestée et une

²⁹ Cette interprétation a néanmoins été contestée. Ainsi, François Luchaire estime que même « si on lui attribue généralement cette portée aujourd'hui, soit au terme d'une lecture rapide [...] soit en tirant argument de ce que ces dispositions sur le droit de suffrage figurent dans le titre consacré à la souveraineté, « telle n'était pas l'intention de ces rédacteurs » et par conséquent l'expression de l'alinéa 4 de la Constitution « n'a rien d'exclusif et d'autres catégories d'électeurs peuvent être ajoutées », in F. LUCHAIRE, « L'Union européenne et la Constitution », *RDP*, p. 597. D'autres ont cependant affirmé que « si ceux qui participèrent à l'élaboration de la Constitution avaient soupçonné que l'article 3 pourrait un jour servir à admettre – ou refuser – l'attribution d'un droit de vote à des étrangers, ils eurent été plus nombreux à en débattre », v. O. DUHAMEL, « L'écriture de la République, La Souveraineté », in D. MAUS, L. FAVOREU, J.-L. PARODI (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Actes du colloque d'Aix-Marseille des 8, 9 et 10 septembre 1988, Economica, 1992, p. 663.

³⁰ Cons. const., n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Assemblée des communautés européennes*, *J.O.* du 31 décembre 1976, p. 7651.

« reconstruction » du concept révolutionnaire³¹, n'en acquiert pas moins une valeur juridique à travers le texte constitutionnel.

C'est ainsi le modèle de la « nationalité civique » qui a été choisi en France par la Constitution, signifiant que le lien politique détermine le lien national dans sa teneur. Les deux notions de nationalité et de citoyenneté sont ainsi « l'expression d'une conception globale, d'une idéologie de l'homme et de la société, donc de la politique comme forme spécifique de la vie des groupes humains, conscients d'eux-mêmes en tant qu'entité collective propre et dotés d'organes capables d'exprimer et de mettre en œuvre une volonté collective »³². Le principe de la souveraineté nationale suppose donc une construction singulière qui ne pense l'unité des citoyens qu'à travers l'unité de la nation à laquelle ils appartiennent.

B. La nation en tant qu'entité abstraite, fondement de l'unité des citoyens

L'article 3 de la Constitution ignore, ou plutôt « évacue »³³ le débat opposant la souveraineté nationale à la souveraineté du peuple³⁴ pour lier les deux notions dans une même conception de la souveraineté légitimante. Par là, le texte ne fait que réaffirmer que la nation incarnant un peuple unifié et abstrait, la communauté des citoyens, elle s'oppose à l'expression des volontés individuelles ou à la division du peuple, fondant ainsi l'unité des citoyens. C'est donc bien la nation qui est souveraine : le peuple, en tant que souverain, s'exprime et est « toujours représenté en tant qu'il forme une nation »³⁵.

La citoyenneté, en tant qu'elle est l'expression de la souveraineté nationale, témoigne ainsi de l'appartenance à une communauté politique qui suppose un principe fondamental de dissociation de l'homme et du citoyen : dans la Nation, ce n'est pas l'homme avec ses « préoccupations égoïstes ou ses ressources inégales qui est présent, mais le citoyen, dépouillé de ses attaches, éclairé par la Raison et capable

³¹ V. G. DRAGO, V° « Article 3 », précité, p. 188-189.

³² F. BORELLA, « Nationalité et citoyenneté en droit français », in D. COLAS, *L'État de droit*, PUF, 1987, p. 28.

³³ G. CARCASSONNE, *La Constitution*, 9^e éd., 2009, p. 50.

³⁴ Sur ce point v. G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, éd. CNRS, 1985.

³⁵ E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2013, p. 173.

de ce fait de concourir librement et également à la volonté générale »³⁶. Cette entité unique qu'est la nation ne peut alors s'incarner que dans « l'universalité indivisible de ses membres individuels, les citoyens »³⁷. La nation, être abstrait et collectif, s'oppose ainsi à l'expression des volontés individuelles ou à la division du peuple. C'est pourquoi la citoyenneté constitue la substance même du principe égalitaire qui « réunit en même nation tous les individus, sans distinguer leur communauté d'origine, où chacun est une part irréductible du devenir commun »³⁸.

Confirmant cette construction constitutionnelle, le Conseil constitutionnel s'est tout d'abord opposé à toute distinction par le législateur afin de favoriser la parité entre les hommes et les femmes pour l'accès aux mandats électifs³⁹. Puis il a opposé dans sa décision du 9 mai 1991⁴⁰ le « concept juridique de peuple français » à la reconnaissance législative d'un « peuple corse », même défini comme « composante du peuple français ». Rappelant le principe de la nouvelle légitimité politique née avec la Révolution, le juge refuse de faire du peuple une unité composée et rappelle que cette unité est indivisible dans la mesure où elle participe de l'unité de l'État et de la souveraineté nationale. Dans sa décision du 15 juin 1999, il renforcera sa position en attribuant valeur constitutionnelle au « principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale »⁴¹. Le corps politique ne peut être qu'unique, il est composé de citoyens « dont l'interchangeabilité garantit, avec la parfaite homogénéité du corps,

³⁶ J. CHEVALLIER, « Les transformations de la citoyenneté », *Regards sur l'actualité*, n° 250, avril 1999, p. 3.

³⁷ E. PICARD, « La notion de citoyenneté », in *Qu'est-ce que la Société ?*, éd. O. Jacob, 2000, p. 722.

³⁸ S. PIERRE-CAPS, *Nation et peuples dans les Constitutions modernes*, Presses universitaires de Nancy, 1987, p. 329.

³⁹ Cons. const., n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, *J.O.* du 19 novembre 1982, p. 3475. Cette décision a été neutralisée par la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 qui a ajouté à l'article 3 de la Constitution de 1958 la disposition suivante: « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives » et prévoit que les partis doivent « contribuer à la mise en oeuvre » de ce principe (art. 4).

⁴⁰ Cons. const., n° 91-290 DC du 09 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, *J.O.* du 14 mai 1991, p. 6350.

⁴¹ Cons. const., n° 99-412 DC, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, *J.O.* du 18 juin 1999, p. 8964.

l'indivisibilité de la souveraineté dont il est titulaire »⁴². Cela suppose que la Constitution ne « reconnaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion »⁴³. En attribuant ainsi une réalité juridique au « peuple français », le juge s'attache à affirmer l'homogénéité de la nation et à travers elle celle du corps des citoyens composé ainsi d'individus « dépourvus d'individualité »⁴⁴

Ce caractère unitaire du corps des citoyens, fondé sur le principe d'égalité, est tout d'abord la raison pour laquelle la nationalité ne peut être conçue que comme un lien transcendant les différences subjectives entre individus, permettant de précéder la citoyenneté dans le processus d'uniformisation qu'elle suppose. Elle est ainsi le « creuset de toutes les appartenances duquel émerge[ait] la figure raisonnable et rationnelle du citoyen »⁴⁵. Cette définition constitutionnelle du citoyen permet de considérer que le droit constitutionnel français en exclut tout élément identitaire, de même qu'il l'exclut de la nationalité qui en est la première condition.

Le lien identitaire suppose en effet une reconnaissance des individus entre eux par des caractères subjectifs communs, notamment ethniques ou religieux. En tant que fondement du lien politique, la nationalité doit au contraire objectiver le rapport des individus entre eux afin que celui-ci ne repose que sur un projet commun de participation politique, non sur la défense d'une identité ou d'intérêts particuliers. C'est ainsi le modèle de la « nationalité civique » qui a été choisi en France par la Constitution, signifiant que le lien politique détermine le lien national dans sa définition horizontale. La nationalité ne peut donc être qu'un élément objectif d'appartenance, sous peine d'être dénaturée et de dénaturer avec elle le concept de citoyen⁴⁶. La nation n'est pas une communauté identitaire mais une communauté

⁴² L. FAVOREU, L. PHILIP, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^e éd., 2013, p. 834.

⁴³ Cons. const., n° 91-290 DC, précitée.

⁴⁴ E. PICARD, « La notion de citoyenneté », précité, p. 718.

⁴⁵ S. PIERRÉ-CAPS, « Le conseil constitutionnel et la question du *démos* », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 387.

⁴⁶ La distinction opérée par Otto Pfersmann entre les « discriminations primaires » et les « discriminations secondaires » est éclairante à cet égard. Dans son *Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux*, il écrit ainsi que la « citoyenneté est une discrimination secondaire », les discriminations secondaires étant « les différences introduites entre les éléments de cet ensemble à

politique issue d'un « processus d'unification et d'uniformisation des statuts »⁴⁷ par l'égalité devant la loi de tous les citoyens. Le droit constitutionnel adopte donc une conception politique du fait national.

Cette définition constitutionnelle du citoyen entraîne une constatation : la citoyenneté n'est pas un *privilège* au sens strict car elle ne consiste pas en une différenciation au sein d'une même communauté juridique fondée sur des caractères naturels, donc indépassables, de l'individu. Au contraire, elle s'exerce au sein d'une communauté fondée sur le principe d'égalité et elle dépend d'éléments de différenciation purement juridiques qui peuvent être dépassés par un changement de statut. En cela, elle s'oppose donc au privilège. En revanche, parce qu'elle est un « statut différentiel »⁴⁸, elle constitue un privilège face à ceux qui, n'étant pas membre de la nation, ne peuvent l'exercer. En ce sens, elle est alors un « privilège du national »⁴⁹.

Poser la question de la citoyenneté comme privilège revient en réalité à questionner la nature même du droit du citoyen, c'est à dire du droit d'être titulaire des droits démocratiques. Léon Duguit affirme ainsi que le droit du citoyen est « un droit intangible que le législateur ne fait que constater et qu'il ne peut pas ne pas constater » car il est « supérieur à la loi » et s'impose à elle⁵⁰. Au regard de cette citation, il est possible d'affirmer que le juriste considère le droit du citoyen comme

partir de critères qui ne tiennent pas à des discriminations primaires, c'est à dire qui ne sont pas fondées sur des propriétés naturelles, dont la modification est objectivement hors de portée des intéressés ». La discrimination entre « citoyens » et « non citoyens » ne sera « une distinction primaire que si la qualité de citoyen résulte elle-même de données primaires » telles que « la couleur de peau, le lignage ou le sexe », dans les autres cas elle ne sera qu'une distinction secondaire. La différence est importante dans cette logique car un système qui n'est fondé que sur des discriminations primaires ne peut être « considéré comme comprenant des droits fondamentaux », ce qui signifie que si elle n'est pas fondée sur les critères d'une discrimination primaire, la citoyenneté n'est qu'un statut juridique objectif qui n'empêche pas par ailleurs une protection des droits fondamentaux au sein du système juridique, indépendamment de la citoyenneté, *in* L. FAVOREU *et alii*, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 6^e éd., 2012, p. 94 et suiv.

⁴⁷ J. LECA, V^o « Citoyen », *in* O. DUHAMEL et Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

⁴⁸ J.-M. DENQUIN, V^o « Citoyenneté », *in* D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

⁴⁹ Expression reprise de la thèse de S. SLAMA, *Le privilège du national : étude historique de la condition civique des étrangers en France*, Thèse de l'Université Paris X, 2003.

⁵⁰ L. DUGUIT, *Etudes de droit public*, T. II. *L'État, les gouvernants et les agents*, Ancienne librairie Thorin et Fils, éd. Albert Fontemoing, 1903, p. 91

un droit naturel⁵¹. Cependant, ce droit est à distinguer des droits naturels classiques, au sens de droits de *l'homme naturel*.

En effet, Duguit précise tout d'abord la pensée de Rousseau en rappelant que si « le droit positif issu de la Révolution paraît bien reconnaître à l'individu un droit politique naturel antérieur à toute constitution politique », « dans la pensée de Rousseau ces droits politiques appartiennent [...] à l'individu comme membre de la collectivité, de la nation, à l'individu comme citoyen et non comme homme »⁵². Puis il affirme que cette conception est celle qui fut adoptée par la Déclaration de 1789 qui distingue dans son titre même les droits de l'homme et ceux du citoyen : « les uns et les autres s'imposent au respect du législateur positif ; mais les premiers sont antérieurs à la société, les second naissent du pacte social »⁵³. C'est pourquoi il conclut enfin que « tout individu *vivant en société*, on reconnaît un droit individuel, supérieur à toute loi positive », le droit de citoyen qui « appartient par définition, antérieurement à la loi, à tout Français, comme membre de la nation »⁵⁴. Il semble donc évident que « l'homme en société » n'est pas l'homme vivant au sein de la société civile et soumis à l'autorité de l'État en tant que résident sur son territoire, mais bien celui qui est *entré en société*, c'est à dire celui qui est inscrit dans le « pacte social ». Dans la détermination des droits naturels de l'homme sont ainsi distingués ceux de l'homme naturel et ceux de l'homme social⁵⁵. Ainsi, dans un cadre constitutionnel qui fonde le politique sur le principe de souveraineté nationale, la citoyenneté, parce qu'elle repose sur une communauté unifiée et déterminée, est attribuée à un individu *parce qu'il est membre* de cette communauté politique.

⁵¹ Il s'oppose directement en cela à Raymond Carré de Malberg. En ce sens v. O. BEAUD, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg ou Comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie », *Jus politicum*, n° 8 : La théorie de l'État entre passé et avenir, septembre 2012, spé. p. 16 et suiv.

⁵² L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 83.

⁵³ *Ibid.* p. 84.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 91.

⁵⁵ La position de Duguit sur ce point est d'autant plus claire qu'il s'oppose explicitement au propos d'Adhémar Esmein qui écrit à propos de Rousseau que « le droit politique est attaché à la qualité de membre de la société, à la qualité d'être humain » (in *Droit constitutionnel*, 2^e éd. 1899, p. 187). Duguit conteste alors en opposant que « le savant auteur assimile deux choses, absolument distinctes dans la théorie de Rousseau : l'homme naturel et l'homme social », in L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 84.

En ce sens, la citoyenneté ne saurait être considérée comme un droit naturel de l'homme, précisément parce qu'elle exprime son passage d'un statut d'individu à celui de membre indifférencié d'une communauté politique. Par conséquent, si « l'homme a par essence vocation à être citoyen » car en tant qu'ils sont libres et égaux les hommes « doivent pouvoir déterminer ensemble, souverainement et également les conditions de leur vie commune », il ne peut exercer ce droit qu'au sein d'une « entité particulière »⁵⁶. En ce sens, les citoyens ne sont pas atomisés mais considérés comme membres d'une communauté de citoyens, comme *concitoyens*, exerçant en corps la souveraineté. À la différence des droits de l'homme, les droits du citoyen sont donc ancrés dans un système politique déterminé à la construction duquel ils participent. Parce qu'il n'est pas un individu « situé » mais un membre de l'entité titulaire de la souveraineté, le *citoyen* n'existe qu'au sein de cette communauté et ses droits n'existent que parce qu'il en est membre. En dehors de cette entité, il est homme et non citoyen⁵⁷.

C'est précisément ce lien constitutionnellement fondateur entre nationalité et citoyenneté, en tant qu'il fonde les droits du citoyen sur sa qualité de membre d'une communauté politique unifiée, que le statut de citoyen européen semble avoir remis en cause.

§ 2. La figure du citoyen européen, une hybridation d'intégration trompeuse

La citoyenneté européenne est par essence distincte de la citoyenneté nationale des Etats membres⁵⁸ : elle est une citoyenneté « additionnelle »⁵⁹ qui a pour but

⁵⁶ E. PICARD, « La notion de citoyenneté », précité, p. 718.

⁵⁷ Cette construction du statut de citoyen a pu être présentée comme un « paradoxe » de l'idéologie révolutionnaire car « en transférant la souveraineté de la tête du roi à la nation, en faisant de chaque citoyen, en tant que membre de la nation, le titulaire d'une parcelle de la souveraineté nationale, la Révolution a créé les conditions de développement de la démocratie ; mais elle a simultanément verrouillé l'État-nation en instituant une frontière plus étanche que jamais entre le national-citoyen et l'étranger non citoyen, en réservant aux nationaux la jouissance et l'exercice des droits civiques », in D. LOCHAK, « La citoyenneté, un concept juridique flou », in D. COLAS, C. EMERI et J. ZYLBERBERG (dir.), *Nationalité et citoyenneté, Perspectives en France et au Québec*, op. cit., p. 181.

⁵⁸ L'article 17 du traité instituant la Communauté européenne disposait que « est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre ». L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne n'a

d'ouvrir à ses titulaires l'accès à des droits nouveaux ainsi que de rendre « transfrontalier » l'exercice de certains droits initialement conscrits dans le seul cadre juridique interne des États membres⁶⁰. Ainsi, en permettant aux ressortissants de l'Union d'exercer, en-dehors de leur État national, un certain nombre de droits, notamment politiques, identiques à ceux attribués aux seuls détenteurs de la nationalité d'un État, elle crée une nouvelle catégorie d'étrangers.

La création d'une citoyenneté européenne a fait craindre une remise en cause de la notion même de nationalité par la dissociation qu'elle semble opérer entre nationalité et citoyenneté. En réalité, elle a davantage renouvelé ce lien qu'elle ne l'a rompu (A).

Cependant, si l'acquisition du droit de vote aux élections locales a marqué le débat public et provoqué un changement constitutionnel, il n'a pas réellement influé sur la question du droit de vote des étrangers « *stricto sensu* » en France. Cette avancée n'est en réalité qu'une forme de trompe l'œil car l'Union la conçoit davantage comme une citoyenneté sociale que comme une véritable citoyenneté au sens politique (B)

A. Le contenu de la citoyenneté européenne et la crainte d'une remise en cause de la notion même de nationalité

La citoyenneté européenne a été conçue à l'origine comme un moyen de poursuivre le processus d'intégration européenne en superposant à la citoyenneté nationale une nouvelle forme de citoyenneté. Initialement, le ressortissant de l'Union européenne était considéré comme un agent économique, un acteur du marché susceptible de bénéficier du droit, à l'époque communautaire et aujourd'hui européen, et non comme un citoyen dans un sens plus politique. Mais peu à peu, le désir de voir se développer le sentiment d'appartenance à cette nouvelle entité qu'est l'Union

rien changé puisque le nouvel art 20 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne affirme que « la citoyenneté européenne s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ».

⁵⁹ Terme employé in L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2012, p. 21.

⁶⁰ Le citoyen européen se voit ainsi accorder notamment le droit de circulation et de séjour sur le territoire de l'Union, le droit à la protection des autorités diplomatiques et consulaires des pays tiers, le droit de pétition devant le Parlement européen, le droit de saisie du médiateur européen et, enfin, le droit de vote et d'éligibilité aux élections locales et européennes dans l'État membre de résidence.

européenne notamment dans le but de construire une Europe politique, a conduit à se poser la question de la création d'une « citoyenneté européenne »⁶¹.

Le traité de Maastricht a marqué le premier pas dans la construction de cette nouvelle citoyenneté⁶² mais les textes restaient imprécis quant à son contenu. S'il introduit la citoyenneté de l'Union européenne afin de renforcer le lien entre l'Union et les citoyens des États membres, le traité ne la définit pas. Il y est déclaré simplement qu'« est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre » et que « les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité »⁶³. Cette rédaction, qualifiée par une partie de la doctrine « d'embrouillée et hâtive »⁶⁴, n'a pas été modifiée depuis, le traité de Lisbonne divisant lui aussi les dispositions relatives à la citoyenneté européenne entre traité sur l'Union européenne (TUE)⁶⁵ et traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)⁶⁶. Afin de préciser ce nouveau statut, la Cour de justice des communautés européennes a estimé dans son arrêt *Grzelczyk*⁶⁷ que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres » dans le domaine d'application du droit communautaire.

Les droits de ce citoyen européen sont énoncés aux articles 21 à 24 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁶⁸. Si la majorité de ces droits sont accordés à la condition d'un déplacement d'un État membre vers un autre, certains

⁶¹ Se référer, pour une idée plus précise, aux articles antérieurs au Traité de Maastricht, notamment : C.A. STEPHANOU, « identité et citoyenneté européennes » *Rev. du marché commun et de l'UE*, 1991, p.30 ; P. SOLBES MIRA, « La citoyenneté européenne », *Rev. du marché commun et de l'UE*, 1991, p.168 ; C. BLUMANN, « L'Europe des citoyens », *Rev. du marché commun et de l'UE*, 1991, p.283.

⁶² Le Préambule du traité sur l'Union européenne affirme, lui aussi, la volonté qu'ont les États membres de l'Union « d'établir une citoyenneté commune aux ressortissants de leur pays », l'article 8 du traité sur les communautés européennes institue une « citoyenneté de l'Union » et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, aujourd'hui intégrée au traité sur l'Union européenne, consacre dans son chapitre V « citoyenneté » le droit à une bonne administration et le droit d'accès aux documents.

⁶³ Traité CE, art. 17.

⁶⁴ Expression employée par J.-H.-H. WEILER, « Les droits des citoyens européens », *RMUE*, 1996, n°3, p. 36.

⁶⁵ Article 9 du traité sur l'Union européenne (TUE).

⁶⁶ Art. 20 à 24 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

⁶⁷ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C 184/99, *Rec. I-6193*, point 31. Cette position a été confirmée par l'arrêt CJCE, 11 juillet 2002, *Hoop*, C 224/98, *Rec. I-6191*.

⁶⁸ Anciens articles 18 à 21 du traité sur les communautés européennes (TCE).

droits attribués aux droits ont été accordés afin de protéger le citoyen contre l'arbitraire. Ainsi, il s'est vu accorder un droit de pétition⁶⁹ devant le Parlement européen et de saisir le médiateur⁷⁰. Dans la même perspective, un droit d'initiative citoyenne a été mis en place par le traité de Lisbonne et est applicable depuis le 1er avril 2012⁷¹. Mais l'attribut principal du citoyen européen est la liberté de circulation et de séjour⁷². Cette liberté, corollaire de libre circulation des marchandises et des biens, existe depuis le début de la construction européenne et évolue avec elle. La déclarer en tant que droit du citoyen européen est donc une sorte de consécration solennelle d'un principe fondateur de l'Union. Dans ce cadre, les citoyens de l'Union qui décident de se déplacer et de résider dans un État tiers où l'État dont ils sont les nationaux n'est pas représenté bénéficient tout d'abord de la protection diplomatique et consulaire de tout autre État membre, dans les mêmes conditions que les nationaux de ce dernier⁷³. Cependant, l'importance de la liberté de circulation est principalement liée au fait que son exercice entraîne l'attribution de deux droits politiques au citoyen européen : le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales dans l'État membre d'accueil⁷⁴.

L'introduction des droits d'électeur dans la citoyenneté européenne a été perçue comme un apport majeur dans la mesure où elle semble avoir dissocié le lien traditionnel entre nationalité et citoyenneté politique. Dans notre ordre juridique interne, la citoyenneté est perçue comme un symbole, ou du moins un corollaire indissociable de la nationalité. La relation juridique entre ces deux notions est directement à l'origine des inquiétudes manifestées par les opinions publiques des

⁶⁹ Art 227 TFUE. Le droit de pétition couvre des sujets qui relèvent des domaines d'activité de l'Union et qui concernent la personne directement.

⁷⁰ Art 228 TFUE. Le droit de faire appel au Médiateur est invocable dans des cas de mauvaise administration dans l'action des institutions ou organes européens, à l'exclusion des institutions judiciaires dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles.

⁷¹ Art. 11 TUE : un comité de citoyens (ONG, association, parti politique, etc.), composé d'au moins sept ressortissants de sept États membres différents, a la possibilité de présenter une initiative citoyenne européenne (ICE), invitant la Commission à exercer son droit d'initiative, en vue de l'adoption d'un texte qu'ils estimeraient nécessaire. Cette initiative doit être soutenue par un million de citoyens ressortissants d'au moins un quart des États membres et représentant une proportion significative de la population de chacun des États concernés.

⁷² Article 21 TFUE.

⁷³ Article 23 TFUE. Cette protection diplomatique n'est pas exercée par l'Union elle-même, il s'agit en réalité d'une extension de la protection diplomatique des États aux ressortissants des autres États membres.

⁷⁴ Article 22 TFUE.

États membres, réfractaires à l'idée même d'une « citoyenneté » conçue en-dehors du cadre étatique. Malgré l'importante distinction conceptuelle qui existe entre nationalité et citoyenneté, les deux ont été, au terme d'un long processus historique, progressivement confondues. Le citoyen, en tant que membre de la Nation, est le titulaire de la souveraineté dans l'ordre juridique démocratique. Le concept de citoyenneté, lorsqu'il a fait irruption dans le système communautaire, ne pouvait pas exister sans porter la marque de cette conception interne de la citoyenneté commune à la plupart des États membres de l'Union. Dans cette conception, la citoyenneté peut revêtir plusieurs formes.

Dans le système français cohabitent une forme de citoyenneté comme expression sociale et une forme de citoyenneté comme expression politique. Certains ont affirmé que ce système français était par principe basé sur le clivage élections politiques - élections professionnelles ou corporatistes. Alors que les premières « étaient l'apanage du citoyen », les secondes relevaient, pour reprendre la terminologie de Georges Burdeau, de « l'homme situé », c'est-à-dire l'individu « caractérisé par son appartenance à telle ou telle catégorie économique, sociale, familiale ou autres. »⁷⁵. Or, avec la prise en compte de la citoyenneté européenne, c'est aujourd'hui cette césure qui se « brouille »⁷⁶ : la collectivité dont les intérêts sont pris en compte n'est plus celle des Français unis par un lien d'allégeance à l'État, mais celle des personnes vivant effectivement en France. Par conséquent, « la société remplace la Nation comme sujet collectif ». Plus que l'ampleur même des domaines touchés par les différents droits du citoyen européen, c'est la dissociation partielle entre appartenance nationale et citoyenneté inaugurée par ces nouveaux acquis qui fait craindre quant à l'utilité de la nationalité et quant à la permanence du lien nationalité – citoyenneté et de la relation national/étranger.

Le vote, dans sa conception classique, est en effet à la fois la première expression de la citoyenneté et un symbole fort d'appartenance nationale⁷⁷. La citoyenneté exige de ceux qui l'exercent la prise en compte non seulement de leurs

⁷⁵ Y. LEQUETTE, « La nationalité française dévaluée », *Mélanges offerts à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 388.

⁷⁶ Le terme est employé par Sophie Duchesne dans son article « Citoyenneté, nationalité et vote : une association perturbée », *Pouvoirs*, n° 120, 2006, p. 73.

⁷⁷ C'est ce que démontre Sophie Duchesne dans son article « Citoyenneté, nationalité et vote : une association perturbée », précité, p. 74.

intérêts propres mais aussi de ceux de leurs concitoyens. La citoyenneté exige donc certains « sacrifices » des uns envers les autres. Par conséquent, « comment penser une citoyenneté active et généreuse si rien ne lie spécifiquement les citoyens entre eux ? »⁷⁸ Or la citoyenneté européenne ne se rattache pas à une nationalité européenne, la construction européenne n'a pas donné naissance à la nationalité européenne et, ce faisant, l'Union n'a pas les moyens de contrôler sa propre citoyenneté. Les « citoyens européens » n'ont pas entre eux ce premier lien d'appartenance qu'est la nationalité et qui fonde la cohésion de la communauté politique au sein d'un État. En cela une distorsion existe entre les deux notions de nationalité et de citoyenneté⁷⁹.

Cependant, cette théorie de la remise en cause de la nationalité par la citoyenneté européenne doit être nuancée. Contrairement à ce qui est parfois affirmé, le lien nationalité – citoyenneté ne semble tout de même pas, dans ce cadre, totalement rompu. La citoyenneté européenne se définit en effet à partir des nationalités des États membres de l'Union européenne. C'est en cela que l'on peut affirmer que le lien consubstantiel entre citoyenneté et nationalité est malgré tout maintenu⁸⁰.

La première condition d'application des droits du citoyen ou du ressortissant est toujours la nationalité. C'est la qualité de ressortissant d'un État membre qui confère la qualité de citoyen ou de ressortissant communautaire⁸¹. Lorsqu'un État membre reconnaît à un individu la nationalité d'un autre État membre, il lui reconnaît la qualité de citoyen européen et lui doit donc un certain nombre de droits. Certes, du point de vue du droit français, ce n'est plus la nationalité française qui permet l'accession à ces droits, c'est la nationalité d'un État membre. Mais c'est tout de même le critère de la nationalité qui est utilisé pour déterminer les titulaires de ces droits civils et politiques. Il ne semble donc pas y avoir en ce sens de dévaluation du critère de la nationalité comme élément d'accès à une communauté de citoyens. Simplement ici cette communauté a changé d'ampleur : il ne s'agit plus seulement

⁷⁸ S. DUCHESNE, précité, p. 74.

⁷⁹ F. CHALTIEL, « La citoyenneté européenne », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 23, 2007, p. 64.

⁸⁰ A. DIONISI-PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois-Lextenso éd., DL 2008, p.116 ; F. CHALTIEL, précité, p. 64.

⁸¹ art. 20 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

d'une communauté nationale de citoyens mais d'une communauté européenne de citoyens.

Le cadre de la communauté, qui de nationale tend à devenir européenne, est certes élargi⁸² mais la notion même de nationalité ne semble pas être modifiée. Ce qui est remis en cause, c'est le cadre de la nationalité. C'est l'entité avec laquelle la personne est liée qui est aujourd'hui au cœur de la citoyenneté européenne⁸³. De la nationalité française condition de l'octroi de certains droits on s'achemine vers la nationalité d'un État membre de l'Union européenne comme critère de droit. La nationalité étant toujours un lien entre un individu et un État ouvrant à des droits politiques, et l'Union européenne n'étant pas un État, l'individu reste Français et non européen par principe. La question de la citoyenneté européenne apparaît donc davantage comme celle de son lien avec la souveraineté et non la nationalité.

Le lien entre citoyenneté européenne et nationalité est finalement clair. Contrairement aux apparences, il n'est pas rompu. Tout national d'un État membre est citoyen européen, sans qu'il existe de nationalité européenne. Il s'agit donc d'une « identité juridique par transivité »⁸⁴. C'est parce que l'on est national d'un État membre que l'on est citoyen européen. Il n'y a pas de nationalité européenne donc les États restent les seuls compétents en matière de nationalité et donc « d'attribution » de la citoyenneté. Le dédoublement de citoyenneté ne s'accompagne pas d'un dédoublement de nationalité ni d'une véritable rupture entre nationalité et citoyenneté. En revanche, l'acte étatique d'octroi de la nationalité devient nécessairement à la fois un acte national et européen⁸⁵. C'est en cela que la notion de nationalité est remise en cause.

⁸² V. TCHEN, *Le droit des étrangers*, Flammarion, coll. « Dominos », 1998, p. 27 : « le groupe n'est plus défini par le seul lien de la nationalité, l'« étranger » étant compris comme « toute personne autre que les ressortissants des États membres ».

⁸³ DIONISI-PEYRUSSE A., *op. cit.* p. 117.

⁸⁴ F. CHALTIEL, *op. cit.*, p. 67.

⁸⁵ C'est ce que rappelle F. CHALTIEL dans son article « La citoyenneté européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, (Dossier : La citoyenneté), p. 64, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-23/la-citoyennete-europeenne.51807.html>, février 2008.

B. La citoyenneté européenne : du contenu autonome à la protection des droits fondamentaux

Le statut du citoyen européen est en réalité plus proche de la notion de nationalité que de celle de citoyenneté au sens politique car en se rapprochant d'un statut de protection des droits fondamentaux (1), elle met davantage en place un statut de protection des droits que de participation politique (2).

1. Citoyenneté européenne et droits fondamentaux : une fusion progressive

Initialement, les détenteurs de la citoyenneté européenne avaient la volonté de distinguer citoyenneté européenne et droits fondamentaux. Les droits de l'homme, ou droits fondamentaux, peuvent être conçus comme des « libertés » et s'opposent donc conceptuellement aux droits du citoyen qui renvoient davantage à des « pouvoirs »⁸⁶. Pourtant, les deux semblent liés. C'est ainsi que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reste ambiguë en énonçant à la fois des droits naturels, imprescriptibles et sacrés tel que la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression »⁸⁷ et des droits fondant la citoyenneté politique tel que celui de participer à l'élaboration de la loi, sans en préciser les titulaires afin d'affirmer avant tout le caractère central de l'homme dans le nouveau système politique. Se dessine donc une première opposition théorique entre l'homme et le citoyen.

Puis le développement du concept de Nation et le lien progressivement établi entre citoyenneté et nationalité est venu ajouter sur la dichotomie homme/citoyen celle de l'étranger et du national, le national étant le seul à pouvoir bénéficier des droits du citoyen. Chaque ordre interne va donc déterminer quel corps de règles s'applique aux étrangers et quel corps de règles s'applique aux nationaux. La citoyenneté européenne reprend ce schéma mais elle en change les frontières : elle place à un niveau strictement européen la distinction entre les personnes dotées du statut de « citoyen européen » et les autres, et elle n'est pas fondée sur la nationalité mais sur les nationalités, engendrant de ce fait une logique totalement différente de celle de la citoyenneté-nationalité interne.

⁸⁶ Cette distinction a été opérée par J. RIVERO dans son ouvrage *Libertés publiques*, t. 2, PUF, 1995, p. 54.

⁸⁷ Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC).

Dans le cadre de l'Union européenne, la citoyenneté a émergé d'une volonté très nette des institutions de passer d'une Europe purement économique à une Europe plus politique. Elle s'est concrétisée rapidement dans des actes juridiques et des déclarations à partir des années 1990. Mais la prise en compte des droits fondamentaux dans le système juridique de l'Union, elle, s'est faite très progressivement et nous en prendrons pour preuve les lacunes des traités originaires sur la question⁸⁸. Ce désintérêt pour la matière s'est ensuite peu à peu comblé et aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg a conduit à l'élaboration d'un ensemble de droits fondamentaux désormais inscrit formellement dans le droit primaire⁸⁹.

Distincts dans leur finalité affichée et dans leurs processus d'élaboration, de par « l'objectif de singularisation du citoyen européen »⁹⁰, les deux processus sont cependant complémentaires. Tout d'abord parce que si la citoyenneté européenne a été affirmée dès son origine dans les textes, son contenu restait très restreint et sa dimension politique freinée par les réticences des États membres et le désintérêt des ressortissants, ce qui a poussé les acteurs de l'Union à chercher d'autres pistes susceptibles d'enrichir le statut de citoyen européen. Ensuite parce que la citoyenneté européenne est aussi le fruit d'un élargissement progressif du droit de séjour et du principe d'égalité de traitement opéré par la Cour de Luxembourg et repris dans des actes communautaires. Les deux notions vont donc progressivement se rapprocher et parfois se confondre.

L'élaboration de la Charte des droits fondamentaux décidée lors du Sommet européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, révèle ce rapprochement. Elle vise en effet à introduire dans un seul texte des droits au départ distincts dans l'ordre juridique communautaire : les « droits fondamentaux » au sens des droits de l'homme et libertés tels que garantis dans la Convention européenne des droits de l'homme par exemple, les droits économiques et sociaux dégagés par la jurisprudence communautaire pour

⁸⁸ Ces lacunes sont une conséquence directe de la finalité initiale, principalement économique, de la construction européenne.

⁸⁹ Cet ensemble de droits fondamentaux a été créé de façon prétorienne. C'est par son arrêt du 12 novembre 1969 que la Cour de justice des communautés européennes a débuté sa jurisprudence en la matière en affirmant que « les droits fondamentaux de la personne [sont] compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la cour assure le respect » : CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ ville d'Ulm-Sozialmt*, aff. 29/69, *Rec.* p. 425, point 7.

⁹⁰ M. BENLOLO-CARABOT, *op. cit.*, p. 601.

achever la construction du marché intérieur et enfin les droits du citoyen européen consacrés dans la perspective de voir se réaliser en plus de l'union économique une union politique dont les membres sont singularisés. Dans le chapitre « Citoyenneté », certains des droits énoncés renvoient ainsi à des droits traditionnellement considérés comme des droits de l'homme : l'article 41 de la Charte, par exemple, mentionne le droit à une bonne administration et la protection contre l'arbitraire.

Par conséquent, en reconnaissant des droits universels sur le fondement de la citoyenneté, la Charte aboutit nécessairement à une certaine fusion des deux notions. Cette connexion entre citoyenneté européenne et droits fondamentaux se trouve également reconnue dans le texte final du Traité de Lisbonne, notamment dans l'énumération des objectifs de l'Union. Le deuxième objectif énonce que celle-ci « offre à ses citoyennes et à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice, sans frontières intérieures, et un marché unique où la concurrence est libre et non faussée ». Ce lien direct entre le citoyen et l'espace de liberté révèle un double enjeu : une volonté d'uniformisation de l'espace de l'Union européenne mais aussi la reconnaissance d'une vision de la citoyenneté européenne à travers le prisme des droits fondamentaux.

Cette vision est corroborée par les différentes approches de cette citoyenneté adoptées la Cour de justice de l'Union européenne.

La première approche consiste à faire découler de l'exercice du droit à la libre circulation sur le territoire des États membres un droit de séjour et un droit à l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre d'accueil. L'intervention du juge ne concerne dans une telle approche que l'appréciation et l'encadrement strict des limites que les législations internes pourront apporter à ce droit de séjour sur le fondement de la Directive 2004/38⁹¹, assurant ainsi l'effectivité de la citoyenneté européenne. Une telle approche est assez classique mais elle n'est pas la première à s'être imposée.

Dans un arrêt *Martinez Sala*, la Cour avait suivi un raisonnement différent : elle admit au profit de Mme Martinez Sala le bénéfice du droit à l'égalité de

⁹¹ 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, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *Journal officiel de l'Union européenne* n° L 158 du 30 avril 2004.

traitement social alors même que les conditions du droit de séjour du citoyen n'étaient pas remplies. La Cour a simplement considéré qu'elle résidait légalement sur le territoire de l'État concerné sans exiger d'autres conditions tirées du droit de l'Union. La qualité de citoyen permet ainsi l'accès direct à des avantages sociaux et donc à l'égalité de traitement sans soumission au respect préalable des conditions d'obtention du droit de séjour posées par le traité. Le résultat est donc une extension du droit à l'égalité de traitement au profit des citoyens de l'Union au-delà du champ défini par les règles sur la libre circulation des travailleurs. Là naît de façon claire le contenu social de la citoyenneté européenne. Et la Cour est même allée plus loin : elle a conclu dans cette même décision que le bénéfice de l'égalité de traitement emporte la légalité du séjour de l'intéressé⁹².

Ces deux approches révèlent une démarche consistant à faire de la citoyenneté un support alternatif de droits personnels : si la qualité de travailleur ou autre statut protecteur conféré par le droit de l'Union ne peut être appliqué, il est fait appel au « statut de citoyen de l'Union » qui « a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres »⁹³.

Enfin, dans une troisième approche, la Cour utilise la citoyenneté afin d'élargir, dans le cadre des dispositions du traité sur la libre circulation des travailleurs, le champ matériel des bénéficiaires auxquels ceux-ci peuvent prétendre dans leur État d'accueil.

Le statut de citoyen européen, bien que fondamental, revêt un caractère somme toute résiduel. Il n'est utilisé qu'aux côtés d'autres droits et libertés reconnus par le droit européen, soit afin d'en assurer l'effectivité en-dehors de conditions posées à leur application par le traité soit afin d'en étendre la portée. Dans une telle perspective, la citoyenneté n'est qu'un élément d'interprétation des dispositions du traité, une sorte de prisme à travers lequel peuvent être interprétées et appliquées ces dispositions et servant de justification à l'extension des droits du travailleur migrant.

L'essor de cette citoyenneté à partir de l'intégration des territoires nationaux et non à partir du développement du principe démocratique, a amené l'ensemble des acteurs de l'ordre juridique communautaire puis européen à chercher de nouvelles

⁹² Cette décision a été confirmée par les arrêts CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02 et CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03 puis la solution codifiée à l'article 14§3 de la directive n° 2004/38.

⁹³ Arrêt *Grzelczuck*, précité.

pistes, éloignées de la conception classique de la citoyenneté et de son lien avec la nationalité, pour étoffer les droits du citoyen. Le critère de résidence devient donc le critère fondamental de l'application des droits du citoyen européen : c'est parce qu'il réside sur le territoire d'un État membre et qu'il est amené à circuler au sein des États de l'Union qu'il se voit attribuer un certain nombre de droits qui lui donneront le même statut et le protégeront, en théorie de la même façon, dans chacun des États membres où il sera amené à séjourner.

2. Un rôle d'intégration plus que de participation : le détachement de la citoyenneté politique et de la citoyenneté sociale

La notion de citoyenneté renvoie d'abord au droit de participer à l'exercice du pouvoir politique. Ce droit est le fondement du régime démocratique qui repose sur la capacité à prendre part à l'élaboration de la loi commune afin de légitimer le consentement à s'y soumettre. Une telle notion de citoyenneté ne peut prospérer, selon le modèle classique, qu'au sein d'une instance d'intégration politique et sociale qui, dans la tradition républicain, est l'État national. En lisant les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'on pourrait croire que le régime de la citoyenneté européenne correspond au modèle classique de la citoyenneté : les ressortissants de l'Union se voient reconnaître la jouissance des droits politiques ainsi que la garantie de la liberté de circuler et la protection diplomatique à l'étranger. Cependant, s'il existe, dans le cadre de l'Union européenne, un processus d'intégration qui donne lieu à des statuts d'intégration tels que la citoyenneté européenne, il n'existe en revanche aucune instance qui ait une force intégratrice et fédératrice identique à celle de l'État national.

En ce sens, la citoyenneté de l'Union tend à se rapprocher de la définition de la citoyenneté qui a prévalu lors de la période révolutionnaire, qui considérait comme citoyen « tout homme jouissant des droits civils, quelle que soit sa nationalité », simplement « en tant qu'homme vivant dans la société »⁹⁴. Les objectifs que l'on fixe à la citoyenneté européenne sont alors bien éloignés de la conception classique de la citoyenneté. Le Traité sur l'Union européenne les place autour d'un objectif : « renforcer la protection des droits et des intérêts des ressortissants des

⁹⁴ Pour une explication détaillée : M. TROPER, « La notion de citoyen sous la Révolution française », in *Etudes en l'honneur de G. Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 301.

États membres par l'instauration d'une citoyenneté de l'Union »⁹⁵. Ainsi, le but de ce nouveau statut n'est pas de pallier le « déficit démocratique »⁹⁶ de l'Union mais simplement de rapprocher l'Europe des citoyens.

Fondée sur une pluralité de nationalités, la citoyenneté européenne montre la volonté de l'Union de préserver la compétence étatique en matière de nationalité, renforçant par là même sa pluralité constitutive. Une telle priorité rend donc impossible la conceptualisation d'un peuple européen porteur de la légitimité démocratique de l'Union. Dans cette perspective, la citoyenneté semble ne répondre qu'à une logique fonctionnelle : elle est une protection accordée à tout sujet des pouvoirs publics dans l'État et n'est donc pas liée à l'existence d'une communauté politique. Il semblerait donc que le droit européen tente de se placer davantage dans cette dernière perspective et de faire en sorte que les États membres se placent eux aussi dans une telle logique puisqu'il leur incombera d'assurer la protection des droits civils de ceux qui pourtant ne sont pas leurs ressortissants. La mise en place de la citoyenneté européenne suppose donc la rencontre et la cohabitation de deux modèles de citoyenneté : l'une liée à l'État national, donc à la nationalité, et l'autre à la qualité de « résident » dans le cadre de l'Union.

La citoyenneté européenne est ainsi octroyée à des individus d'appartenance différente et elle leur accorde une sorte de privilège : celui d'être pris en considération par les organes représentant des communautés nationales auxquelles ils n'appartiennent pas et de recevoir la protection des autorités étrangères à l'égard desquelles ils n'ont aucune obligation particulière. Ces deux privilèges sont donnés en vue de « créer une même réalité : une forme d'intégration sociale élargie »⁹⁷. La citoyenneté européenne répond ainsi à une exigence d'intégration dans les sociétés nationales composant l'Union et peut être considérée comme génératrice de complémentarité »⁹⁸. Tout d'abord, le ressortissant européen pourra faire valoir sa

⁹⁵ Article 2 TUE.

⁹⁶ Pour une analyse détaillée de cette notion v. M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements de la citoyenneté européenne*, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne. Thèses », 2006, p. 242 et suiv.

⁹⁷ L'expression est employée par L. AZOULAI dans sa contribution « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 2.

⁹⁸ Expression utilisée J.-L. QUERMONNE dans sa contribution « Citoyenneté et nationalité dans l'Union européenne. Problèmes et perspectives », in P. MAGNETTE (dir.), *De l'étranger au citoyen. Construire la citoyenneté européenne*, De Boeck Université, 1997, p. 28.

citoyenneté européenne en résidant sur le territoire de l'État dont il possède la nationalité, notamment en vue d'une meilleure protection de ses droits fondamentaux. Mais il est évident que la complémentarité apportée par la citoyenneté européenne doit pouvoir être d'un plus effet au profit des ressortissants européens qui vivent sur le territoire d'un autre État membre dont ils ne possèdent pas la nationalité.

A travers des ces constatations, il apparaît que les droits de la citoyenneté européenne sont principalement institués au profit du « citoyen-voyageur »⁹⁹ que l'on encourage à user de son droit de libre circulation à l'intérieur de l'Union. En effet, le droit de participation à l'élection du Parlement européen connaît de nombreux obstacles, tout comme l'accès au droit de pétition et la saisine du médiateur européen. Par conséquent, les seuls droits susceptibles d'être utilisés efficacement par les citoyens européens sont le droit de vote aux élections municipales de l'État membre dans lequel ils résident mais dont ils n'ont pas la nationalité et la liberté de circulation et de séjour. Le but est donc d'intégrer le mieux possible, au sein des territoires de l'Union, ce citoyen européen amené à circuler dans le territoire de l'Union.

C'est principalement par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que s'est développé le contenu de la citoyenneté européenne. Pour que naisse la citoyenneté de l'Union, sa seule inscription dans le traité n'eut pas suffi. L'intervention d'un juge était nécessaire. Or, l'utilisation de cette citoyenneté par le juge, nous éclaire davantage sur sa forme essentielle qui n'est finalement pas celle de la reconnaissance d'un statut supranational avec un ensemble de « droits publics subjectifs »¹⁰⁰ mais plutôt de celle d'un statut personnel à portée transnationale. Le but n'est donc pas de créer une citoyenneté transnationale rattachée à un hypothétique peuple européen, mais bien d'assurer un statut individuel applicable dans l'ensemble de l'Union. Cette interprétation est corroborée par les approches de la citoyenneté qu'a eu la Cour.

⁹⁹ Terme employé par M.-J. GAROT, *La citoyenneté de l'Union européenne*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 194.

¹⁰⁰ L'expression est utilisée par L. AZOULAI dans sa contribution « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », précité, p. 8. Il précise que cette notion de « droits publics subjectifs », empruntés à la doctrine allemande, a été appliquée par l'avocat général Trensak aux libertés économiques dans ses conclusions sous l'arrêt *Danske Slagterier* du 24 mars 2009.

Ainsi, le droit de la citoyenneté européenne n'aurait pour but premier que de mettre en place un modèle statutaire afin d'assurer une intégration sociale européenne. Il convient de voir en elle « un processus d'extension du statut social et civil des ressortissants nationaux à de nouveaux titulaires » qui dissocie donc l'intégration sociale et l'intégration politique. Là est le paradoxe de la citoyenneté européenne. Elle emprunte à la fois à la logique de la protection des droits fondamentaux attribués à tout individu en raison de sa qualité et à la logique du statut constitué en vertu d'un lien de rattachement d'un individu à un État. Elle confère ainsi, à celui qui peut en jouir, la possibilité de faire valoir plus que ses droits fondamentaux : elle lui permet de faire valoir un droit à l'intégration la plus complète possible dans la société de l'État où il réside mais auquel il n'est pas rattaché et donc pour lequel il reste fondamentalement un étranger. Elle change la relation entre l'État qui passe d'un lien de sujétion à une obligation de reconnaissance : l'État membre doit reconnaître tout citoyen de l'Union en provenance d'un autre État membre¹⁰¹. C'est parce qu'elle s'inscrit dans une telle perspective que la citoyenneté européenne peut influencer plus généralement, à travers cette hybridation qu'elle incarne, le statut des étrangers, c'est-à-dire, du point de vue de l'Union, des ressortissants des pays tiers.

Section 2. Nationaux et des étrangers au sein de l'espace politique

La relation des nationaux et des étrangers au sein de la communauté politique est essentiellement pensée aujourd'hui à travers la question du droit de vote aux élections locales et donc de la dissociation entre nationalité et droit de suffrage à l'échelle des collectivités territoriales. La difficulté est évidemment directement constitutionnelle car si l'octroi d'un tel droit de vote a été opéré au profit des ressortissants de l'Union européenne, il ne constitue qu'une exception explicitement liée à l'intégration de la France dans l'Union européenne. Sa place dans le texte constitutionnel révèle clairement cet état du droit : le vote des ressortissants de l'Union européenne n'a pas entraîné de modification de l'article 3 de la Constitution mais simplement l'ajout d'un article 88-3 dans le titre relatif à l'Union européenne. Par conséquent, la question constitutionnelle du vote local sans condition de nationalité reste entière.

¹⁰¹ Position défendue par L. AZOULAI dans sa contribution, précitée, p.28.

La première difficulté est celle de la qualification du vote local, qui révèle en réalité l'impossible distinction entre la souveraineté nationale et les élections locales (§ 1). Cette impossible distinction permettra alors de revenir sur le fondement même du refus d'octroyer la citoyenneté aux étrangers : le lien entre citoyenneté et pouvoir (§ 2).

§ 1. La qualification du vote local : l'impossible distinction entre souveraineté nationale et élections locales

Accorder le droit de vote aux étrangers au niveau local repose sur un premier argument qui est celui de la nature administrative et non politique des élections locales (A). Si cette interprétation est difficile à maintenir en l'état actuel du droit, elle a néanmoins fondé l'idée que, même si elles revêtent un caractère politique au sens large, les élections locales sont d'une nature différente de celle des élections nationales, ce qui permettrait de considérer qu'elles ne mettent pas en jeu la souveraineté (B).

A. La théorie de l'élection locale comme processus administratif défendant une communauté d'intérêts

La première implication de cette position est que l'ensemble des électeurs locaux forment une communauté administrative d'intérêts et non une communauté politique. De ce caractère procéderait la nature administrative et non politique de l'élection locale.

Le premier argument invoqué est celui de la nature du lien des individus entre eux au sein des collectivités locales. Il s'appuierait ainsi sur la distinction classique opérée par Georges Burdeau entre le citoyen, « être de raison détaché des égoïsmes et libre de tout engagement passionnel » et l'« homme situé », c'est-à-dire « l'homme réel défini non par son essence éternelle ou pas son appartenance à un type abstrait, mais par les particularités qu'il doit à la situation contingente dans laquelle il se trouve placé »¹⁰². L'électeur local relèverait ainsi de cette seconde catégorie¹⁰³,

¹⁰² G. BURDEAU, « Destin de l'idée démocratique », in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 391-392.

¹⁰³ La question posée serait ainsi celle de savoir « de qui exactement veut-on que la démocratie locale soit la plus proche : des citoyens ? des administrés ? des usagers ? des habitants de la collectivité ?

l'éloignant de l'exercice d'un vote politique pour en faire une participation à la collectivité locale d'intérêts dans laquelle il réside.

Cette proposition découle en réalité d'une transposition du clivage entre élections politiques et élections professionnelles ou corporatistes¹⁰⁴. Alors que les premières sont l'apanage du citoyen, les seconds relèvent précisément de « l'homme situé », c'est-à-dire l'individu caractérisé par son appartenance à une catégorie économique, sociale, familiale ou autres¹⁰⁵. Faire de la collectivité territoriale une communauté administrative d'intérêts revient à considérer que la collectivité dont les intérêts sont pris en compte lors de ces élections n'est pas celle des Français unis par un lien d'appartenance à l'État, mais celle des personnes vivant effectivement au sein de la collectivité, estimant alors que dans le cadre des élections locales, la société locale remplace la Nation comme sujet collectif.

Dans cette perspective, le droit de vote aux élections locales serait un facteur d'intégration pour l'étranger, et donc une « reconnaissance » tant « politique » que « sociale »¹⁰⁶ de celui-ci, car « vouloir priver des étrangers qui travaillent, vivent, font vivre, et payent leurs impôts, de toute forme de citoyenneté et de toute participation à notre vie démocratique, n'a d'autre sens qu'une ségrégation »¹⁰⁷. Il ressort directement de ces propos que c'est bien à une communauté d'intérêts qu'est assimilée la collectivité territoriale et c'est d'une telle communauté que procéderait l'exercice du suffrage conduisant à la désignation des élus locaux.

Les cercles de personnes que tracent ces critères se recoupent mais ne se superposent pas », J.-Y. VINCENT, « Les étrangers et la démocratie locale », in *Perspectives du droit public. Mélanges offerts à Jean-Claude Hélin*, 2004, p. 523.

¹⁰⁴ Il s'agit là d'une *summa divisio* classique en droit français qui distingue les élections politiques des élections destinées à désigner les représentants d'un groupe socioprofessionnel, ces derniers devant se faire avec la participation de tous les membres du groupe concerné sans condition de nationalité. Cette distinction est notamment énoncée par Macel Waline dans sa note sous C.E., 12 mai 1978, *Élection des membres au conseil d'administration du CROUS de Metz-Nancy*, RDP, 1978, p. 1148.

¹⁰⁵ Cette distinction est notamment reprise par Y. LEQUETTE, « La nationalité française dévaluée », *Mélanges offerts à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 388.

¹⁰⁶ Proposition de loi constitutionnelle visant à accorder le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales aux étrangers non ressortissants de l'Union européenne résidant en France, n° 2223, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 janvier 2010, exposé des motifs, p. 4.

¹⁰⁷ *ibid*, précité, p. 4.

Dans cette construction, l'exclusion des étrangers apparaît donc comme une discrimination, une « ségrégation » car ils participent matériellement, notamment par l'impôt, à la collectivité. Par conséquent, lui refuser le droit de vote revient à l'exclure des choix qui auront un impact direct et immédiat sur ses conditions de vie en tant que résident-administré. L'élection locale procéderait ainsi d'une *citoyenneté de résidence* dont les critères reposeraient sur le lien de proximité. Au niveau local, le critère de résidence l'emporterait donc sur celui de nationalité et conduirait à distinguer les élections locales par leur caractère administratif.

La nature administrative de l'élection locale se déduirait ensuite de la qualité des élus procédant de cette élection. En effet, « un président de conseil régional ou un maire ou un conseiller municipal ne sont pas, au sens strict, représentants du peuple mais « élus locaux » »¹⁰⁸ dans le cadre d'une collectivité administrative autonome.

Ainsi qu'il ressort de la décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1976 relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés européennes au suffrage universel direct, « seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de la souveraineté nationale les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République »¹⁰⁹. Si l'on interprète cette formule comme désignant les institutions nationales *par opposition aux institutions locales*, alors les élus locaux ne sont pas des représentants au sens de l'article 3 de la Constitution. On tirera alors de cette interprétation que leur élection ne procède pas d'une élection de nature politique. Ainsi, les collectivités locales étant des autorités administratives et non des « collectivités politiques »¹¹⁰, les élections ne sont destinées à élire que des « administrateurs » des collectivités territoriales, puisque celles-ci ne font qu'administrer au sens de l'article 72 de la Constitution »¹¹¹. L'élection locale se distinguerait donc de l'élection locale en ce qu'elle est une élection administrative et non politique.

¹⁰⁸ J. ROBERT, « Pour une toilette de la Constitution », *Le Monde*, 4 novembre 1981, p. 1.

¹⁰⁹ Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, *J.O.* du 31 décembre 1976, p. 7651.

¹¹⁰ F. DELPERÉE, *Les droits politiques des étrangers*, PUF, coll. « Que sais-je », 1995, p. 16.

¹¹¹ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et l'Europe. A propos de la décision du n° 92-208 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne* », *LPA*, n° 77, 1992, p. 8.

Plusieurs éléments tenant à l'organisation même de ces élections viendraient ainsi corroborer cette interprétation.

Tout d'abord, les élections locales relèvent de la compétence du juge administratif et non du Conseil constitutionnel comme c'est le cas pour les élections nationales, aussi bien présidentielles¹¹² que législatives ou sénatoriales¹¹³ ou encore pour le référendum¹¹⁴. L'existence d'une telle dualité de juridiction exprimerait la différence même de nature entre les élections nationales et les élections locales.

De même, l'éligibilité au niveau local « est conditionnée par des exigences de domicile et/ou de paiement de l'impôt à la collectivité locale concernée » ce qui « n'existe pas pour les élections nationales » et qui peut être justifié par le « caractère non politique de ces élections qui ne sont que des élections administratives »¹¹⁵. Les éléments de rattachement matériel à la collectivité seraient ainsi de nature à mettre en lumière le caractère spécifique de ces élections qui consisteraient en une simple participation à la vie locale et à ses intérêts. Il a ainsi pu être affirmé que l'instauration du droit de vote des ressortissants européen pouvait être « distingué de la citoyenneté politique » précisément parce qu'il est le fruit d'une « conception civile de l'administration municipale qui prévaut dans l'Europe anglo-saxonne » où le vote municipal revêt un caractère « prépolitique »¹¹⁶.

Malgré le silence du texte constitutionnel qui reconnaît les collectivités territoriales comme des collectivités autonomes sans pour autant qualifier l'élection des conseillers de politique, il semble que l'hypothèse du caractère purement administratif des élections locales doive être aujourd'hui abandonnée¹¹⁷.

¹¹² Article 58 de la Constitution.

¹¹³ Article 59 de la Constitution.

¹¹⁴ Article 60 de la Constitution.

¹¹⁵ F. BORELLA, « Souveraineté nationale et pluralité des citoyens », in *Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Dalloz, 2001, p. 16.

¹¹⁶ P. ROSENVALLON, *Le sacre du citoyen : Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, 1992, p. 441.

¹¹⁷ Pour certains auteurs, elle n'a même jamais été envisagée, estimant que déjà « le droit de la III^e République ne faisait pas de distinction entre l'électorat politique (élections au Parlement) et l'électorat administratif (élections pour les corps administratif déconcentrés », E. PEUCHOT, « Droit de vote et condition de nationalité », *RDP*, 1991, p. 513. Les tenants de la thèse de l'élection locale

En effet, par sa décision du 18 novembre 1982, le Conseil constitutionnel a explicitement reconnu le caractère politique de l'élection des conseillers des collectivités territoriales en affirmant que « la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et d'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, de capacité, de nationalité [...] ; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégorie d'électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux »¹¹⁸.

Cette décision est considérée comme ayant fondé le caractère politique des élections municipales et de toutes les élections locales par extension, le principe énoncé concernant « notamment » et non pas exclusivement les élections municipales. Cependant, le Conseil n'affirme pas explicitement ce caractère : il procède par affirmation sans véritablement démontrer le lien qui pouvait être établi entre élections politiques et élections locales¹¹⁹. Ce n'est ainsi qu'à travers la définition qu'il donne des citoyens, en tant qu'elle s'applique également aux élections locales, que le Conseil établit ce lien.

Ainsi, sa décision a pour conséquence de faire du corps des citoyens un ensemble unique et unifié, rompant par là avec la distinction entre le citoyen et « l'homme situé » que supposait la nature administrative des élections locales. Considérant que les principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division des électeurs et éligibles par catégorie, le conseil met fin à la possibilité de concevoir une distinction entre élections locales et nationales fondée sur le caractère administratif des premières et donc sur l'existence d'un corps d'électeurs composé. Le Conseil suppose ainsi que « le citoyen ne change pas de nature » et que le corps politique est le même qu'il s'agisse d'élire des représentants au niveau national ou au

comme élection locale objecteraient cependant que la IIIe République ne connaissait pas le principe de la libre administration des collectivités territoriales.

¹¹⁸ Cons. const., n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, J.O. du 19 novembre 1982, p. 3475 rectificatif J.O. du 20 novembre 1982.

¹¹⁹ V. M. VERPEAUX, « La souveraineté nationale et les élections locales », *LPA*, 28 août 1996, p. 4.

niveau local, « censurant ainsi son homogénéité »¹²⁰. Par là, il suggère également que le postulat d'une communauté d'intérêts sur laquelle se fonderaient les élections locales ne peut être vérifiée. Si le corps politique est unique, ses intérêts le sont nécessairement aussi. Par là, le Conseil établit que la « notion d'élection politique est associée à celle de citoyenneté »¹²¹.

Par conséquent, si l'élection politique est liée à la qualité de citoyen, l'étranger en semble d'emblée exclu car ne sont électeurs que les nationaux français.

B. Un lien nécessaire avec la souveraineté nationale

Le caractère politique de l'élection locale tendrait à estimer qu'elle est liée à la souveraineté nationale. Pourtant, une seconde argumentation tend précisément à opérer une distinction entre les élections locales et nationales du point de vue de leur rapport avec la souveraineté nationale. Il existerait à côté de l'exercice de cette souveraineté un exercice local de la citoyenneté permettant de participer à ces élections particulières que sont les élections locales. Celles-ci ne mettraient pas en jeu la souveraineté dans la mesure où elles ne concernent qu'une collectivité locale d'intérêts déterminée¹²². Cette interprétation était notamment possible au regard de la décision du Conseil de 1982 qui ne liait pas explicitement les élections locales à l'exercice de la souveraineté nationale, se contentant uniquement de restituer l'article 3 de la Constitution¹²³

Ceci implique de considérer que le vote local n'est pas un exercice de souveraineté car il ne saurait exister un peuple local et un peuple national. La souveraineté étant indivisible, il ne saurait y avoir une « souveraineté locale » s'exerçant en superposition de la souveraineté nationale car « aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice »¹²⁴. Par conséquent, s'il « ne fait aucun doute que la Constitution dans les termes où elle est rédigée, s'oppose

¹²⁰ L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 10e éd., 1999, p. 834.

¹²¹ J.-C. MASCLET, *Le droit des élections politiques*, PUF, coll. « Que sais-je », 1992, p. 5.

¹²² M. VERPEAUX a ainsi pu considérer que dans sa décision de 1982 le Conseil rompait avec l'idée selon laquelle le critère de distinction entre les élections locales et nationales « résidait dans la participation ou non à l'exercice de la souveraineté nationale, ce qui ne pouvait être le cas pour les élections locales », in « La souveraineté nationale et les élections locales », précité.

¹²³ En ce sens v. A.-S. MICHON-TRAVERSAC, *La citoyenneté en droit public français*, Fondation Varenne, coll. des thèses, 2009, p. 202 et suiv.

¹²⁴ Article 3 al 2 de la Constitution.

à ce que les étrangers participent à l'élection des parlementaires ou du président de la République ainsi qu'aux référendum »¹²⁵, il serait en revanche possible d'envisager leur droit de vote au niveau local.

Cette conception se déduirait tout d'abord de la construction même de la Constitution dont le titre I relatif à la souveraineté est « totalement et logiquement séparé du titre XII consacré aux collectivités territoriales »¹²⁶. Les principes découlant du titre I, et notamment de l'article 3 selon lequel seuls sont citoyens les nationaux français ne devraient concerner que les élections liées à l'exercice de la souveraineté nationale, postulant que rien n'indique que cet article soit applicable aux autres élections que celle des représentants nationaux, c'est-à-dire les députés et les sénateurs, ou au référendum.

Une telle position serait ensuite confortée par la rédaction sommaire de l'article 72 alinéa 2 selon lequel les collectivités locales « s'administrent librement par des conseils élus », sans indiquer les modalités ni les titulaires du droit de suffrage dans le cadre de cette élection, ni opérer de renvoi exprès ou implicite à l'article 3. Elle permettrait donc une dissociation du vote local et national et ouvrirait la possibilité de supprimer des conditions du droit de suffrage local la condition de nationalité pour la remplacer par une condition de résidence. Dans le même sens, on pourrait déduire de la décision du 30 décembre 1976¹²⁷ précitée que les administrateurs locaux n'étant pas des représentants du peuple au sens de l'article 3, le suffrage qui les a élus ne procède pas de la souveraineté nationale.

Cette position a été en partie remise en cause puis renouvelée par la décision du Conseil constitutionnel de 1992 relative au Traité sur l'Union européenne¹²⁸.

En effet, en posant le caractère politique des élections locales, et en affirmant leur lien avec l'élection des représentants au Sénat, le Conseil a « verrouillé ainsi le système » en ne concluant pas à la nécessité d'une modification de l'article 3 de la Constitution. Ce faisant, il a considéré le vote des ressortissants de l'Union européenne comme un « exception » basée sur « la réciprocité et au seul profit des

¹²⁵ « Le droit de vote, les étrangers et la Constitution », *Plein Droit*, n° 7, avril 1989, p. 32.

¹²⁶ M. VERPEAUX, « La souveraineté nationale et les élections locales », *LPA*, 28 août 1996, p. 4.

¹²⁷ Cons. const., n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, précitée.

¹²⁸ Cons. const., n° 92-308 DC, 09 avril 1992, précitée.

citoyens de l'Union européenne »¹²⁹. Par ailleurs, cette décision, comme celle du 2 septembre 1992¹³⁰, semble procéder d'une volonté, certes formulée de façon peu audacieuse, de considérer que l'élection locale est une expression de la souveraineté nationale.

Cependant, par son raisonnement approximatif de la décision du 9 avril 1992, qui finalement aboutira dans la décision du 2 septembre 1992 à reconnaître le droit de vote des ressortissants européens aux élections locales en raison de la réserve constitutionnelle qui leur ferme les élections sénatoriales¹³¹, le juge constitutionnel a également permis de renouveler la position selon laquelle il existerait une différence de nature entre les élections locales et les élections nationales.

En effet, en estimant que l'interdiction du vote des étrangers résultait du lien entre élections municipales et élections sénatoriales et non d'une simple violation directe de l'article 3 de la Constitution, le juge constitutionnel suppose que la souveraineté nationale n'est qu'indirectement en jeu dans les élections locales, du fait de l'existence et du rôle de représentant des collectivités territoriales du Sénat. Ceci suppose que si les modalités d'élection ou le rôle du Sénat venaient à être modifiées, le vote aux élections locales des étrangers pourrait être envisagé sans autre révision de la Constitution.

Ce faisant, par le caractère indirect de sa conclusion, le juge constitutionnel ne permet pas de mettre véritablement un terme à l'idée selon laquelle les élections locales sont à distinguer des élections nationales¹³². En effet, les conseils municipaux

¹²⁹ D. LOCHAK, « Le droit de vote des résidents étrangers aux élections locales. Quelques données constitutionnelles », in Dossier de presse du MRAP, *Même sol, même droits, mêmes voix*, mars 2000.

¹³⁰ Décision n° 92-312 DC, 02 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne, *J.O.* du 3 septembre 1992, p. 12095.

¹³¹ Cons. 23 : « Mais considérant que, comme il a été dit ci-dessus, la première phrase de l'article 88-3 de la Constitution prévoit la reconnaissance, pour les élections municipales, du droit de vote et d'éligibilité aux citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les nationaux français, selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne ; qu'il est nécessairement dérogé aux dispositions combinées des articles 3, 24 et 72 de la Constitution [...]; que les prescriptions de la deuxième phrase de l'article 88-3, en vertu desquelles les citoyens de l'Union européenne ne peuvent "participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs", impliquent que les ressortissants de l'Union autres que les nationaux français ne puissent pas, en leur qualité d'élus municipaux, participer aux phases ultérieures éventuelles du processus conduisant à l'élection des sénateurs au sens donné à cette dernière expression par l'article 59 de la Constitution ».

¹³² En raison de ce raisonnement, la décision du Conseil a été jugée comme ne reposant pas « sur des bases solides et [remettant] en cause sans véritable justification l'unité d'expression du corps

ne désignent les grands électeurs sénatoriaux qu'en vertu de dispositions législatives, la Constitution n'exigeant que le « suffrage universel indirect »¹³³. Par conséquent, il pourrait être envisageable de mettre en place une élection des électeurs sénatoriaux « non pas par les conseillers municipaux mais par le suffrage universel, soit dans le cadre de chaque commune soit dans celui d'un regroupement de communes »¹³⁴.

Dans ce cadre, il est toujours possible de considérer au fond que « la souveraineté nationale n'est pas ici en jeu »¹³⁵ car l'obstacle qu'elle représente n'est presque que conjoncturel : il n'est lié qu'au caractère médiat des élections locales.

En réalité, l'approche dissociant ainsi le vote local du vote national afin de considérer que la souveraineté nationale n'est pas en jeu dans le premier cas semble procéder d'une confusion quant à la notion de souveraineté. En effet, supposer que l'élection locale ne met pas en jeu la souveraineté nationale parce qu'elle ne vise qu'à élire des administrateurs locaux en fonction d'intérêts locaux particuliers et n'a donc pour objet que des enjeux locaux revient à adopter une définition spatiale de la souveraineté. La souveraineté serait donc nationale parce que la nation en est titulaire, qu'elle ne peut la concerner qu'en son entier et donc qu'elle ne s'exerce que

politique ». Ce faisant, il « ouvre une brèche par laquelle pourraient parfaitement se glisser le droit de vote des étrangers au niveau local », in L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 10e éd., 1999, p. 839. Cette position peut être confirmée par les interprétations erronées dont elle fait par conséquent parfois l'objet : « Il convient, par ailleurs, de distinguer les notions de citoyenneté et de souveraineté comme l'a réalisé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 avril 1992 relative au traité sur l'Union européenne de Maastricht. Il est établi une différence entre les élections nationales et les élections municipales, ces dernières ne participant pas à l'exercice de la souveraineté nationale » in Proposition de loi n° 2223, précitée, exposé des motifs, p. 5-6.

¹³³ Article 24 de la Constitution.

¹³⁴ F. LUCHAIRE, « L'Union européenne et la Constitution (I) » *RDP*, 1992, p. 598. Dans son article, l'auteur estime que le Conseil constitutionnel aurait pu se fonder dans sa décision sur une combinaison de l'article 72 et de la loi du 5 avril 1884 selon laquelle « les conseils municipaux ont pour électeurs tous les Français majeurs » afin d'en tirer un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel seuls les nationaux peuvent exercer le droit de vote local. Si cette proposition peut apparaître juridiquement fondée, elle ne semble néanmoins pas répondre directement à la question principale qui est celle de la nature des élections locales. En effet, elle ferait de la condition de nationalité un critère autonome du droit de suffrage local, sans lien direct avec le principe de souveraineté nationale.

¹³⁵ D. LOCHAK, *Etrangers, de quel droit ?*, PUF, 1985, p. 135-136.

lorsque son expression a lieu à une *échelle* nationale¹³⁶. Cette souveraineté nationale ne s'exprimerait donc que dans l'élection des représentants nationaux, c'est-à-dire les députés et les sénateurs.

Cette définition semble tout d'abord entrer en contradiction avec le principe même d'organisation des collectivités territoriales au sein de l'État unitaire qui suppose réalité une identité entre le pouvoir central et le pouvoir local. Ceci se manifeste en premier lieu par le caractère unitaire du centre d'impulsion politique : les collectivités territoriales ne peuvent prendre des mesures que de nature administrative dans les domaines qui leur ont été explicitement conférés par la loi¹³⁷. Si cet argument semble rejoindre les tenants de la nature administrative de l'élection locale, en réalité elle la contredit car si les collectivités n'ont qu'un pouvoir réglementaire, la notion de décentralisation dont elles procèdent « apparaît comme un principe gouvernant l'organisation administrative de l'État et repose sur une délégation de puissance publique que celui-ci consent aux collectivités locales »¹³⁸. Par conséquent, les collectivités ne sont établies que dans le cadre d'un exercice local de l'action étatique¹³⁹, ce qui signifie qu'elles procèdent nécessairement de la même légitimité démocratique, c'est-à-dire de la souveraineté nationale.

Ensuite, cette interprétation semble contredite par les textes constitutionnels au regard de la définition de la souveraineté nationale qu'ils établissent. C'est par la combinaison de l'article 3 de la Constitution et de l'article 3 de la Déclaration de 1789 que ce sens peut-être retrouvé. En effet, si « le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément » et que cette souveraineté nationale s'exerce

¹³⁶ On remarquera ici que la question posée cristallise la polysémie du terme « nationale » qui renvoie dans le même temps à une échelle d'exercice, à un espace territorial et à un corps politique.

¹³⁷ Article 72 de la Constitution : « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ».

¹³⁸ L. FAVOREU et A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002.

¹³⁹ C'est ainsi que « le pouvoir local détient [...] en tant qu'instrument de puissance publique, les deux qualités cumulatives et déterminantes par rapport aux autres collectivités que sont d'une part la compétence générale et d'autre part les droits de puissance publique » : O. BEAUD, « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, p. 409.

« par ses représentants », alors la souveraineté est un principe indivisible et cyclique qui fait de chaque détenteur d'une autorité publique une émanation de cette souveraineté. Or, les élus locaux, en raison du caractère unitaire de l'État et du caractère unique du centre d'impulsion politique, reçoivent leurs compétences de la loi, elle-même votée par les représentants de la souveraineté nationale. Par conséquent, lorsqu'elle s'exprime au niveau local, la souveraineté nationale ne fait que choisir celui qui exercera le pouvoir qu'elle a contribué à déterminer à travers ses représentants nationaux.

Ceci conduit à estimer que la nature d'une élection ne procède ni des intérêts immédiats qui semblent être en cause, ni du cadre d'exercice du suffrage, ni de la qualité de celui qui est élu (l'élu local restant dans cette conception un administrateur) mais plutôt de la nature de l'expression en cause. C'est pourquoi l'on peut affirmer que la différence entre les élections locales et les élections nationales n'est qu'une « différence de degré et non de nature »¹⁴⁰. La nature du vote local peut ainsi être trouvée, encore une fois, chez Maurice Hauriou qui écrit que « la pleine réalisation du pouvoir de suffrage, expression de la souveraineté nationale, est la raison majeure de la décentralisation communale et départementale [...]. Tout conspire à ce que la souveraineté se localise »¹⁴¹.

Afin de fonder cette proposition, le juriste commence par rappeler que la décentralisation, entendue comme « gouvernement local »¹⁴², est issue de causes diverses et notamment de la résurrection des particularismes locaux d'Ancien Régime. Cependant, il ne faut pas s'y tromper, « si les démocraties se décentralisent, c'est pour donner plus d'efficacité d'action au corps électoral, c'est-à-dire au pouvoir majoritaire de la souveraineté nationale » qui répond au « pouvoir minoritaire du gouvernement central ». Par conséquent, « le mouvement de décentralisation s'affirme comme une reprise exercée par la souveraineté nationale, avec son pouvoir majoritaire, sur le pouvoir minoritaire du gouvernement central »¹⁴³. Ainsi, la

¹⁴⁰ O. BEAUD, « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », précité.

¹⁴¹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, p.189.

¹⁴² M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 189.

¹⁴³ *ibid.*, p. 190.

décentralisation n'est fondée que sur l'idée que la souveraineté nationale est un « pouvoir décentralisateur pour cela même que c'est un pouvoir qui est retourné à la nation »¹⁴⁴ et le signe infaillible de cette décentralisation est qu' « à la place ou à côté des fonctionnaires nommés par le pouvoir central, il y est constitué des corps élus par le suffrage des populations »¹⁴⁵.

Il ressort de cette construction que les élections au niveau local, quel que soit le statut de la collectivité territoriale, autonome ou non d'après la Constitution, ne sont que l'expression localisée de la souveraineté nationale. Elles ne peuvent être considérées comme détachées de l'expression de cette souveraineté en raison de leur simple caractère territorial. Tous les autres éléments, conditions de suffrage, compétence juridictionnelle pour le contrôle de ces élections, ne doivent être considérés que comme des éléments accidentels qui ne relèvent que de l'organisation administrative locale. Dans cette perspective, le vote local n'est qu'une modalité de l'expression de la souveraineté nationale destinée à rapprocher celui qui l'exerce de sa plénitude, elle n'est pas une nouvelle expression de la liberté politique centrée sur la communauté d'intérêts. Elle n'est que le résultat « d'un fleuve [qui] suit sa pente, parce qu'un pouvoir suit toujours son penchant qui est de s'exercer avec plus de plénitude, fût-ce sur un théâtre plus restreint »¹⁴⁶.

C'est donc bien la souveraineté, et non l'intérêt de proximité qui est au cœur de la question du vote des étrangers. Deux conséquences doivent être déduites de cette proposition : tout d'abord, dans la mesure où il n'y a pas de distinction possible entre les souverainetés, c'est-à-dire que l'idée d'une souveraineté locale est impensable, penser l'exercice du droit de suffrage revient à le penser à toutes les échelles de vote : ne poser la question que pour le niveau local relèvera donc, en l'état actuel du droit, davantage de l'opportunité politique que de la cohérence constitutionnelle.

Ensuite, poser la question de ce vote n'est pas autre chose que poser la question de l'exercice du pouvoir en ce sens que la souveraineté, qu'elle soit celle de

¹⁴⁴ *ibid.*, p. 189.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 190.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 190.

l'État ou celle du peuple reste « un pouvoir de commander [...] un pouvoir suprême à l'intérieur de son ressort »¹⁴⁷. Par conséquent, poser la question du droit de vote des étrangers revient avant tout à poser la question de leur pouvoir, par la voie d'une expression de volonté, au sein de la communauté politique.

§ 2. La question du pouvoir au cœur de la participation politique des étrangers

Le rapport du national et de l'étranger à la communauté politique dépend à la fois de la participation à la sphère publique et politique, dans le cadre de la défense d'intérêts collectifs ou d'expression politique, et de la participation par l'expression souveraine d'une volonté. Dans cette perspective, la citoyenneté est à la fois une liberté et un pouvoir. Or, il apparaît que l'étranger soit exclu du droit de vote non pas en raison du premier enjeu (A) mais plutôt du second, c'est-à-dire en raison de l'exercice de pouvoir que suppose la qualité de citoyen et qui est le cœur même de sa définition (B).

A. La participation au politique par l'exercice de droits considérés comme des renforts de la citoyenneté

Alors que l'on a pu constater une certaine limitation, par les politiques sélectives et répressives, des droits et libertés fondamentaux des étrangers attachés à la personne, la période récente a connu un développement remarquable dans l'admission des étrangers aux différents droits et libertés considérés comme « soutien des droits de citoyenneté »¹⁴⁸. Ce processus marque ainsi l'entrée effective de l'étranger dans l'espace politique entendu comme espace collectif d'expression et de pouvoir. Ce processus concerne tant la liberté d'expression politique individuelle que collective, à travers les « libertés sociales »¹⁴⁹, c'est-à-dire la liberté « de participer *collectivement* à la société ». Celles-ci sont particulièrement intéressantes en la

¹⁴⁷ O. BEAUD, v° « Souveraineté », P. RAYNAUD et S. RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 2003.

¹⁴⁸ A.-S. MICHON-TRAVERSAC, *op. cit.*, p. 96.

¹⁴⁹ T. BRANTHOME, *La genèse des libertés sociales et le droit de s'associer face à l'impératif d'ordre*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas Paris II, École doctorale d'histoire du droit, philosophie du droit, sociologie du droit et droit processuel, 2013, p. 7.

matière car elles sont susceptibles de matérialiser l'entrée de l'étranger dans l'espace public par l'exercice de droits qui ne prennent précisément corps que dans leur réalisation collective.

Ces « libertés sociales », sont considérées comme des attributs de la citoyenneté, un « dépassement de l'alternative entre libertés individuelles et politiques »¹⁵⁰ permettant à la liberté du *citoyen* de se déployer hors de la seule expression du suffrage et de lui permettre d'avoir un rôle actif dans la sphère collective¹⁵¹. Conçues comme telles, elles étaient fermées aux étrangers de la même façon que leur est refusé le droit de vote. Ainsi, si elles ne sont pas des droits politiques au sens strict, elles sont assimilées à eux en tant qu'elles participent de la construction de l'espace démocratique, entendu comme espace d'expression de la citoyenneté, réservée par la constitution aux nationaux.

Cette conception apparaît également à l'article 16 de la Convention européenne des droits de l'homme qui reconnaît aux États le droit d'« imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers », en la liant explicitement aux articles 10 et 11 relatifs à la liberté d'expression et à la liberté d'association¹⁵² dont la formulation générale ne fait donc obstacle à ce qu'ils fassent l'objet de limitations lorsqu'ils s'appliquent aux étrangers. La convention semble donc laisser une large marge d'appréciation aux États parties.

De même, le droit français considérait que l'étranger devait observer un devoir de réserve impliquant qu'ils n'affichent publiquement aucune opinion politique. En effet, la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés,

¹⁵⁰ F. SAINT-BONNET, « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire. Les « libertés sociales » comme dépassement de l'alternative entre libertés individuelles et libertés politiques », *Jus Politicum*, n° 5 « Mutation ou crépuscule des libertés publiques ? », <http://juspoliticum.com/Le-combat-pour-les-libertes.html>, décembre 2010.

¹⁵¹ Dans son article, François Sant-Bonnet affirme ainsi que par ces libertés, le citoyen « peut avoir un rôle actif dans la société : il n'est plus réduit au rôle de citoyen passif mais sa citoyenneté active ne s'exprime pas uniquement pour s'emparer d'un État omnipotent », *in* « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire », précité, p. 4.

¹⁵² Convention européenne des droits de l'homme : « Article 16. Restrictions à l'activité politique des étrangers. / Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers ».

stipule en son article 2 que « tout réfugié a, à l'égard du pays où il se trouve, des devoirs qui comportent, notamment, l'obligation de se conformer aux lois et règlements ainsi qu'aux mesures prises pour le maintien de l'ordre ». Bien que cet article ne fasse nullement mention d'éventuelles restrictions aux droits politiques, le droit français en avait déduit que « parmi ces devoirs figure celui de la réserve que doit observer sur le plan politique un étranger dans le pays qui l'accueille »¹⁵³. Le manquement au devoir de réserve pouvait ainsi justifier certaines mesures d'expulsion sur le fondement de la menace à l'ordre public que constituerait la présence de l'étranger sur le territoire.

Dans l'arrêt *Perrégaux*¹⁵⁴, le Conseil d'État estima ainsi que n'était pas contraire à la légalité l'arrêté d'expulsion prononcé par le ministre de l'Intérieur sur le fondement des « atteintes graves à la neutralité politique à laquelle est tenu un étranger durant son séjour sur le territoire français »¹⁵⁵, mais qu'« un comportement politique n'[était] pas à lui seul de nature à justifier légalement l'expulsion d'un étranger dont la présence sur le territoire français ne constituerait pas une menace pour l'ordre public ». La liberté d'expression politique des étrangers était donc soumise à une exigence strictement entendue de ne pas troubler l'ordre public. S'il n'y avait pas, selon cette jurisprudence, corrélation automatique entre un « comportement politique » adopté par un étranger et son expulsion, les manquements à une « obligation de neutralité politique », instituée par voie de circulaire pouvaient néanmoins être considérés comme étant de nature à troubler l'ordre public et à justifier son expulsion.

Cette position a été par la suite abandonnée sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, opérant une interprétation restrictive de l'article 16 de la Convention, a mis fin à cette

¹⁵³ Circulaire n° 74-378 du 12 juill. 1974 du ministre de l'Intérieur français adressée aux préfets, citée in *Rapport de la Commission de la population et des réfugiés sur les droits et le statut politiques des étrangers*, Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 8 sept. 1976, doc. 3834, p. 20. Sur ce point v. également F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « La prétendue obligation de réserve », *Le Monde*, 26 juin 1991, p. 2.

¹⁵⁴ C.E., Ass., 13 mai 1977, *Perrégaux*, *Rec.* p. 216.

¹⁵⁵ Il était ainsi reproché à un pasteur suisse, représentant une association d'aide aux réfugiés et aux travailleurs migrants d'avoir prêté les locaux de son association à des organisations de défenses des étrangers en situation irrégulière et animé des manifestations tendant à obtenir leur régularisation.

jurisprudence¹⁵⁶. Elle fut ensuite complétée par l'abandon en 2008 du régime des publications étrangères organisé par la loi du 28 juillet 1881 relative à la liberté de la presse qui permettait, par décret délibéré en conseil des ministres, d'interdire la circulation en France de périodiques « publiés à l'étranger » sous peine de sanction pénale¹⁵⁷. Cet abandon ne se fit cependant qu'au terme d'une longue succession contentieuse qui n'a fait que révéler la difficulté de faire entrer l'étranger dans l'espace public.

En plus de ces droits individuels d'expression, l'étranger s'est vu reconnaître un droit de participation dans des structures collectives, considérées comme des prolongements de l'exercice de la citoyenneté. Il lui a ainsi été octroyé le droit d'exercer des fonctions de direction au sein d'un syndicat¹⁵⁸, le droit d'électorat et d'éligibilité dans les conseils d'administration des établissements publics, notamment ceux gérant les logements sociaux, dans les conseils d'administration des caisses de Sécurité sociale et sont également électeurs aux conseils des prud'hommes. De même, le régime dérogatoire d'associations étrangères établi par le décret du 9 octobre 1981, issu de la loi du 1^{er} juillet 1901, a été supprimé¹⁵⁹.

S'ils sont le fruit d'une évolution progressive, ces différents droits et libertés reflètent néanmoins une reconnaissance de l'étranger au sein de la sphère publique de

¹⁵⁶ CEDH, 27 avril 1997, *Piermont*, RTDH, 1996, p. 364, obs. J.-F. FLAUSS.

¹⁵⁷ La France fut ainsi condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour son interprétation trop large des restrictions apportées aux publications étrangères (CEDH, 17 juillet 2001, *Ekin c. France* ; RTDH, 2002, p. 685, note P. de FONTBRESSIN ; AJDA, 2002, p. 52, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE. En effet, le Conseil avait validé le renforcement de l'interdiction par le décret-loi du 6 mai 1939 qui étendait aux journaux ou autres publications « rédigés en langue étrangère » mais aussi « de provenance étrangère rédigés en langue française ». suite à la décision de la Cour européenne, le Conseil d'État estima, dans un arrêt du 7 février 2003, GISTI (*Rec.* p. 30) que ce décret était contraire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Malgré cette injonction, il faudra attendre le 4 octobre 2004 pour que soit publié le décret d'abrogation. Cependant, ce décret ne faisait qu'opérer un retour à l'état du droit antérieur. Ce n'est donc qu'après saisine de la Halde que le ministre de l'Intérieur demanda au Conseil d'État un avis (avis de la section de l'intérieur, n° 380.902 du 10 janvier 2008) pour que le constat de l'abrogation soit définitivement opéré. Sur ces différents points v. S. SLAMA, « Immigration et libertés », *Pouvoirs*, n° 130, 2009, p. 31.

¹⁵⁸ Article L 2131-5 du Code du travail : « tout membre français d'un syndicat professionnel chargé de l'administration ou de la direction de ce syndicat doit jouir de ses droits civiques et n'être l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à ses droits civiques./ Sous les mêmes conditions, tout ressortissant étranger âgé de dix-huit ans accomplis adhérent à un syndicat peut accéder aux fonctions d'administration ou de direction de ce syndicat.

¹⁵⁹ En ce sens v. C.E. Ass., 16 juillet 1956, *Amicale des annamites de Paris*, *Rec.* p. 317.

participation. Liées au cadre démocratique, les libertés d'association et de réunion dont il est désormais titulaire sont des libertés proprement politiques car « par leur intermédiaire, les citoyens peuvent collectivement se grouper et défendre les intérêts politiques communs »¹⁶⁰. Ainsi, l'étranger est bien un acteur de la société démocratique, car ces libertés, dont il est désormais titulaire, constituent des « conditions pour que l'homme, tout en demeurant libre, ne soit ni « coupé » des autres ni atomisé », elles sont « rattachée(s) à la démocratie » et en sont « une manifestation »¹⁶¹. En réalité, l'octroi de ces libertés procède du lien qui existe entre citoyenneté et droits de l'homme et qui repose sur l'idée de « pouvoir participer à la prise de décisions démocratiques » par la protection d'un certain nombre de droits et libertés qui se mettent à son service. L'ensemble de ces droits forme ainsi le cadre d'exercice de la démocratie car « comment se prononcer, élire ou voter démocratiquement »¹⁶² si l'on ne détient pas la liberté d'expression ou de participation à des groupes collectifs d'information et de défense des droits acquis ?

Cependant, « la condition des choses ne fait pas leur essence », or l'essence de la citoyenneté est bien le pouvoir « consacré en droit, de déterminer les règles fondamentales de vie de la Cité »¹⁶³ et la structure politique qui les sert. C'est pourquoi si l'étranger s'insère dans un cadre démocratique, le droit ne l'envisage pas comme citoyen. C'est donc bien vis-à-vis de l'exercice de la citoyenneté et non de l'entier espace démocratique que l'étranger est posé juridiquement comme extérieur, ce qui conduit à estimer que c'est bien la participation à l'exercice de la chose publique comme *domination* politique, qui est refusée à l'étranger.

B. L'accès des étrangers à l'exercice de la souveraineté par le droit de vote

Dans la mesure où il a été démontré qu'il n'existait pas de différence de nature entre les élections locales et les élections nationales, envisager le seul vote aux élections locales de l'étranger ne permet pas de faire l'économie d'une étude générale

¹⁶⁰ A.-S. MICHON-TRAVERSAC, *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁶¹ T. BRANTHOME, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶² E. PICARD, « La notion de citoyenneté », in *Qu'est-ce que la Société ?*, éd. Odile Jacob, 2000, p. 720.

¹⁶³ *Ibid*, p. 720.

des questions constitutionnelles soulevées par l'entrée de l'étranger dans la citoyenneté.

Parce qu'elle est le vecteur d'expression de la souveraineté nationale, la citoyenneté relève avant tout de l'exercice d'un « pouvoir de domination politique »¹⁶⁴. Fondamentalement, « la citoyenneté est ce rapport par lequel les hommes, au lieu de recevoir l'ordre du monde tel qu'il est pourrait leur être imposé sur ce plan, entendent au contraire le constituer à leur convenance : en ce sens, la citoyenneté constitue un rapport des hommes à la Cité. [...] La Cité constitue l'institutionnalisation de leur lien politique, social et juridique, celui-là dont ils ont eux-mêmes, par leur citoyenneté, fixé les modalités »¹⁶⁵. La citoyenneté est ainsi le fondement de l'organisation étatique et de l'expression de son pouvoir, c'est pourquoi elle ne se résume pas au vote : elle est certes une puissance légitimante par le suffrage mais elle est aussi une participation à « l'autorité publique ». C'est ainsi que le citoyen est le seul à exercer le droit de vote aux élections politiques, mais qu'il est également le seul à pouvoir accéder à la fonction publique, aux fonctions militaires ou aux fonctions juridictionnelles, les juges rendant la justice « au nom du peuple français ».

En ce sens, le fondement même de la citoyenneté est de prendre part à l'exercice même de la souveraineté, laquelle est un pouvoir principal¹⁶⁶ et donc de n'être soumis qu'aux règles fixées par la communauté des citoyens elle-même. C'est ainsi « qu'en se conformant à la loi », les citoyens « observent leur propre volonté » car « étant donné qu'ils sont les composantes de la nation, on peut dire d'eux tous qu'ils se donnent, par les organes législatifs de la nation, les règles qui constituent la législation nationale »¹⁶⁷.

Cette définition éclaire directement la difficulté que soulève la citoyenneté de l'étranger, tiraillée entre les deux aspects de celle-ci : le pouvoir d'autodétermination

¹⁶⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, p. 654.

¹⁶⁵ E. PICARD, *op. cit.*, p. 715.

¹⁶⁶ C'est en ce sens que l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme dispose que « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation », la communauté nationale étant la communauté des citoyens.

¹⁶⁷ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, T. I, 2003, p. 245 et 247.

politique qu'elle suppose et la libération du statut de sujétion qu'elle constitue¹⁶⁸. Cette tension est exposée de manière particulièrement éclairante chez Carré de Malberg, bien qu'elle ne revête qu'un caractère d'exemple dans sa démonstration¹⁶⁹ : il estime ainsi à la fois que « l'individu qui veut pour le groupe, partage comme membre du groupe, les vues essentielles de celui-ci. *Un étranger, dont la volonté serait imposée au groupe par une force venant du dehors, ne serait plus un organe de la collectivité, mais un maître* »¹⁷⁰ et « en ce qui concerne l'individu qui n'est pas membre de la collectivité française [c'est-à-dire « l'étranger se trouvant sur le sol français »], la notion de puissance se dégage pleinement ; cet étranger est vraiment soumis à une puissance extérieure de domination ». La combinaison de ces deux propositions nous permet ainsi d'exposer la tension inhérente à l'attribution de la citoyenneté à l'étranger : s'il l'exerce dans un système fondé sur la souveraineté nationale, il impose de fait une volonté extérieure et parce qu'il n'en est pas détenteur, il est contraint de demeurer dans un statut de sujétion permanente.

Tout d'abord, si l'étranger exerce la souveraineté, qui d'après la constitution ne peut être que « nationale », il serait un « maître » exerçant sa domination illégitime sur celle-ci et non pas un « concitoyen » car il n'est pas membre de la nation. Ceci se vérifierait tant dans l'exercice du droit de suffrage que dans l'exercice des fonctions que seul peut exercer le citoyen et qui constituent autant d'expression de l'autorité de l'État : la fonction de juger, d'administrer ou de mettre en œuvre le

¹⁶⁸ Sur ce point, Raymond Carré de Malberg s'oppose à Maurice Hauriou. En effet, si pour le premier ce principe fait disparaître le rapport entre domination et sujétion pour le second la « nation est alternativement gouvernante et sujette » (cité in *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 245). Si cela ne change guère la situation de l'étranger qui demeure dans les deux cas simple sujet, cela modifie en revanche le rapport entre la nation et l'État car dans un cas elle exerce à tout instant et en tout organe le pouvoir tandis que dans l'autre est à l'origine du pouvoir sans pour autant en être en tous points maîtresse.

¹⁶⁹ V. O. BEAUD, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg ou Comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie », *Jus politicum*, n° 8 : La théorie de l'État entre passé et avenir, septembre 2012, p. 10.

¹⁷⁰ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 294. Il convient de relever, pour ne pas dénaturer le propos de l'auteur, que le juriste strasbourgeois évoque ici l'organe délibérant et non l'étranger en tant qu'individu étranger résidant sur le territoire. Il pense ainsi à « l'individu qui remplit la fonction d'organe », c'est-à-dire à l'organe délibérant qui viendrait imposer sa volonté aux ressortissants d'une autre communauté nationale. Cependant, compte tenu du système français fondé sur la souveraineté nationale, c'est-à-dire sur l'idée que la volonté nationale est à l'origine de tout pouvoir, il semble que ce raisonnement puisse s'appliquer également à l'exercice de la citoyenneté par l'étranger.

pouvoir de contrainte. C'est donc bien parce qu'il n'est pas concitoyen au sens constitutionnel, c'est-à-dire, dans le cadre d'un système fondé sur la corrélation entre nationalité et souveraineté, qu'il ne possède pas la nationalité, que la participation au souverain de l'étranger ne peut être constitutionnellement conçue que comme une volonté imposée de l'extérieur et donc contraire à la notion même de souveraineté entendue comme « pouvoir suprême à l'intérieur de son ressort »¹⁷¹.

Le droit de vote accordé aux ressortissants de l'Union européenne ne semble pas contredire cette approche. En effet, l'introduction de ce droit de vote au sein du texte constitutionnel n'est que la conséquence d'une participation déjà existante de ses titulaires à l'exercice de la domination politique. En effet, en participant aux élections du Parlement européen, et en élisant leurs représentant qui ensuite les représentent au sein de l'ensemble des institutions de l'Union, les ressortissants européens participent à la détermination de règles établies qui s'imposent à eux, parfois directement lorsqu'il s'agit de règlements. Ainsi, ils ne sont plus tout à fait politiquement étrangers à l'exercice proprement national de la domination politique. L'introduction d'un titre qui leur est spécifiquement consacré au sein du texte constitutionnel ne semble pas signifier autre chose. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle n'a pas entraîné d'extension de ce droit de vote aux étrangers non européens.

Ce lien entre l'étranger et l'exercice de la souveraineté nationale est ainsi le seul de nature à fonder l'exclusion de l'étranger de la citoyenneté. Ceci revient à considérer que tout argument fondé sur l'atteinte à « l'identité nationale » que constituerait le droit de vote des étrangers ne peut être retenu¹⁷². En effet, parce qu'il est l'expression de la volonté générale exprimée par une nation souveraine et unifiée, transcendant les caractères individuels, le vote n'est pas un acte identitaire mais l'expression d'une volonté politique. Ceci est d'ailleurs conditionné par le droit de la nationalité qui ne doit précisément pas fonder une identité mais une appartenance¹⁷³. Par conséquent, l'expression d'une volonté étrangère n'est pas autre chose que

¹⁷¹ O. BEAUD, v° « Souveraineté », in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit.

¹⁷² Sur ce point v. F. JULIEN-LAFERRIERE, « Le droit de vote des étrangers ne mettrait pas la France en danger », *Le Monde*, 4 mai 2012.

¹⁷³ En ce sens v. Partie 1, Titre 2.

l'expression d'une volonté émanant d'une autre souveraineté. Supposer qu'un tel vote porterait atteinte à l'identité de la nation procède en réalité d'une confusion entre l'étranger comme figure de l'altérité individuelle et l'étranger comme statut juridique déterminé par la volonté de l'État. Le fondement constitutionnel de la souveraineté nationale conduit donc à penser l'étranger *politiquement* et non ethniquement ou culturellement.

Mais parce que dans l'ordre constitutionnel actuel il ne peut exercer la souveraineté, l'étranger n'est que sujet de la domination étatique et à travers elle de la souveraineté nationale en tant qu'elle est à l'origine des règles de conduite imposées. Par conséquent, il est dans une situation de sujétion qui, dans le cadre d'un État de droit, est contraire au principe démocratique qui suppose que celui sur lequel s'exerce le pouvoir y ait donné son consentement. Le principe de légitimation du pouvoir repose ainsi sur le consentement par le sujet à la loi qui l'oblige et que l'État édicte en vertu de ce pouvoir. Par conséquent, les étrangers seraient victimes d'une discrimination politique contraire au principe démocratique¹⁷⁴ : ils sont de simples sujets, contraints d'obéir à des lois qui ne procèdent pas de l'expression de leur volonté.

Ce dernier argument est en réalité le plus fort en faveur du droit de vote des étrangers. Cependant, l'énoncer doit conduire à en tirer toutes les conséquences. En effet, dans un cadre politique déterminé en son entier par l'exercice de la souveraineté nationale, en ce sens que « nul n'exerce un pouvoir qui n'en émane expressément », n'octroyer le droit de vote qu'aux élections locales ne semble pas apporter une réponse satisfaisante à l'enjeu concerné. Tout d'abord parce que les collectivités locales n'exercent, selon le texte constitutionnel, qu'un pouvoir réglementaire dans les domaines qui leurs sont expressément conférés par la loi. Par conséquent, octroyer un droit de vote aux élections au résident étranger ne lui permettra pas de consentir à la loi, cela lui permettra tout au plus de consentir au règlement : ils fonderaient donc la légalité des actes qui s'imposeraient à eux, non leur légitimité. Si l'on considère que le fondement du droit de vote des étrangers est l'exigence démocratique de consentir à la « règle de conduite », alors il faut octroyer

¹⁷⁴ O. BEAUD, « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, p.409.

la plénitude du droit de vote, c'est-à-dire la participation à toutes les élections politiques.

Affirmer ainsi que l'élection politique relève nécessairement de la souveraineté nationale, quelle que soit l'échelle de son exercice, et que si on octroie la citoyenneté il faut alors l'octroyer sans distinction d'échelle ne revient pas nécessairement à exclure définitivement les étrangers du droit de vote ou du seul droit de vote local.

Tout d'abord parce que le constituant peut procéder librement à la révision constitutionnelle et qu'il en détermine souverainement la teneur. Il peut par conséquent décider d'insérer dans le corps de la Constitution, sur le modèle de l'article 88-3 relatif au droit de suffrage des ressortissants européens, une disposition spécifique accordant aux ressortissants étrangers résident en France le droit de vote aux élections locales¹⁷⁵. Un tel changement revêtira néanmoins un caractère approximatif et inabouti, tel qu'il a pu être révélé par l'introduction du droit de vote local des ressortissants européens.

Ensuite parce que le constituant, dans une perspective plus audacieuse, reste libre de modifier l'ordre constitutionnel afin de faire de l'étranger un citoyen comme l'est le national, écartant donc la condition de nationalité et mettant fin à la souveraineté « nationale » pour la remplacer par la souveraineté des *citoyens* en tant que corps unifié autour des seuls droits politiques. Il n'y aurait pas juridiquement atteinte à l'identité de la nation mais uniquement mutation du fondement de la citoyenneté. On retrouve ici l'approche de Kelsen selon laquelle l'unité la communauté étatique repose sur la loi et non sur une éventuelle attribution par l'État d'une qualité de national. Les citoyens ne sont donc réunis que par leur respect commun des lois et distingués des sujets par leurs droits de citoyenneté¹⁷⁶. Rien n'empêche donc le constituant, qui n'est liée que par sa propre volonté, d'adopter cette forme constitutionnelle.

¹⁷⁵ Pour une proposition des modalités éventuelles de rédaction d'une telle disposition afin qu'elle s'insère de façon cohérente dans le texte constitutionnel v. A.-S. MICHON-TRAVERSAC, *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 583 et suiv.

¹⁷⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 283 : « on ne peut pas trouver le principe d'unité des hommes qui forment le peuple d'un État ailleurs que dans le fait qu'un seul et même ordre juridique est en vigueur pour tous ces hommes, et règle leur conduite. Le peuple de l'État, c'est le domaine de validité personnel de l'ordre juridique étatique »

Dans un tel cadre, le sens de la nationalité serait nécessairement amené à changer. Si elle ne serait pas privée entièrement de sa substance car elle est une condition de la citoyenneté mais ne se résume pas à elle, sa conception horizontale perdrait néanmoins tout son sens. La nationalité ne deviendrait ainsi qu'un élément de rattachement à l'État, permettant notamment un accès inconditionnel au territoire, la protection de l'État à l'étranger ou encore la protection inconditionnelle contre l'extradition. Au contraire, si elle était conservée, cette dimension horizontale risquerait de se replier sur une conception identitaire du lien collectif désormais non politique. En effet, il a pu être affirmé que dans la mesure où il ne relèvera plus de la nécessité politique qu'elle recouvre un caractère objectif, dans la mesure où elle ne fondera plus l'unité d'un corps national destiné à exercer le pouvoir de domination politique, la nationalité courra le risque de ne se fonder que sur l'affectivité et la volonté¹⁷⁷ d'appartenance.

¹⁷⁷ Un tel changement conduirait non pas à un risque d'atteinte à l'identité de la nation mais à la notion même de nationalité en tant que lien objectif d'appartenance à l'État et à la communauté nationale. Dans cette conception, si ce lien juridique ne constituait plus le fondement de la citoyenneté, elle risquerait de se replier en un simple lien identitaire entre ses membres, de constituer une forme de lien « tribal ». Ainsi, ne devant plus transcender les individualités pour constituer une communauté des citoyens égaux, la nationalité risquerait de se dénaturer et donc de priver tout étranger d'un droit que la citoyenneté ne saura lui conférer pour cela même qu'elle en découle sans pouvoir le précéder : le libre accès au territoire de l'État. La nationalité en viendrait ainsi à matérialiser une nation encline « à se replier sur une identité aussi indiscutable que restrictive fortement différenciatrice, ethniquement ou culturellement ». Il conviendrait donc de ne penser l'intégration de l'étranger résidant dans une société que de deux façons : « l'assimilation politique dans la nation, par le biais de la naturalisation » et « l'insertion économique et sociale dans la société civile » in P. ROSENVALLON, *Le sacre du citoyen*, éd. Gallimard, 1992, p. 581.

CONCLUSION DU TITRE 2

Le déséquilibre dans la protection des droits entre nationaux et étrangers découle essentiellement du lien encore déterminant entre nationalité et obligation de l'État envers l'individu. Si le national est le destinataire légitime des droits, l'étranger en reste un destinataire conditionnel. Dans son rapport à l'État en tant que garant, que protecteur, il est encore celui dont on doit s'assurer qu'il ne contrevient pas à l'ordre public ou celui qui demande, parfois en la détournant, une protection exceptionnelle qui lui donnera un droit au séjour sur le territoire. Ce n'est donc qu'après avoir jugé de son comportement qu'une protection des droits équivalente est envisagée.

Cette logique empêche nécessairement de penser la participation politique dans tous ses enjeux, c'est pourquoi les propositions politiques de droit de vote des étrangers n'aboutissent pas ou n'envisagent que l'attribution partielle d'un droit de vote local sans revenir de manière approfondie sur les enjeux constitutionnels de la citoyenneté en tant que statut unitaire.

CONCLUSION DE LA 2^{ÈME} PARTIE

Le cadre de cohabitation entre nationaux et étrangers, en tant qu'ils sont soumis à une même souveraineté, devrait entraîner un exercice du pouvoir de protection identique entre les deux statuts. Dès lors qu'ils résident au sein d'un même territoire et constituent ensemble la société civile, entendue comme l'ensemble d'individus sur laquelle s'exerce la domination de l'État, il ne semble pas y avoir de justification à la différence de protection accordée. En effet, il est évident que le contrôle des frontières demeure un attribut de la souveraineté de l'État et que ce dernier doit rester maître de la circulation des personnes sur son territoire, mais pour ce faire il ne semble pas nécessaire de mettre en place un exercice spécifique du pouvoir de contrainte et une protection aléatoire des droits consacrés.

Dans ce contexte juridique déséquilibré, où l'étranger est soumis à une protection des droits différenciée par rapport au national, accorder un statut à l'étranger puis un droit de vote, considéré comme l'aboutissement du processus de reconnaissance de ce dernier, ne peut revêtir du point de vue de l'État que le caractère d'une faveur de plus, destinée à afficher un rapprochement du national et de l'étranger qui ne lui impose finalement qu'une obligation minimale vis-à-vis de ce dernier. Dire cela ne revient pas à considérer que l'octroi d'un droit de vote aux étrangers est inutile, cela relève du choix politique, mais enjoint à une réflexion de fond sur leur statut général, car la citoyenneté ne peut être pensée de façon cohérente qu'en-dehors d'une démarche de récompense de la loyauté ou du bon comportement.

Or, le droit des étrangers, leur statut, leur séjour, la protection de leurs droits, est principalement fondée sur cette récompense, sur l'appréciation d'un comportement jugé compatible avec la vie de la communauté nationale et sur l'exercice d'un pouvoir de domination particulier. Par conséquent, la démarche politique d'accorder le droit de vote sans revenir sur cet état du droit semble relever davantage de la compensation que de la véritable reconnaissance d'une légitimité à la participation politique.

Par conséquent, le cadre de cohabitation entre nationaux et étrangers ne dépend pas uniquement des droits accordés à l'un et à l'autre, mais aussi de la signification que leur donne l'État à travers leur protection et leur coordination au sein des status qu'il définit.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'étude du droit de la nationalité laisse entrevoir à tout instant l'ambiguïté de sa signification politique. Le lien de l'État-nation et de la nationalité ne peut qu'entraîner la politisation d'une notion pourtant constitutionnellement objective, c'est-à-dire voulue comme *juridiquement* neutre. Mais avant d'être constitutionnelle, la nationalité est considérée comme une notion idéologique. Émanant pourtant d'une prérogative de l'État souverain, elle tend à être confondue avec une nationalité déterminée selon des critères identitaires, ce qui conduit aussi à compromettre la nationalité dans son sens juridique, c'est-à-dire un statut conféré par l'État selon des critères objectifs déterminés par le droit qu'il a mis en place

Le rôle d'une étude proprement juridique de la relation entre l'État et l'individu est ainsi de rappeler le caractère presque décevant de la définition par le droit de chacune de ses composantes : le national est celui que l'État dit être tel à travers la loi, le citoyen est celui que la Constitution désigne comme tel, et dont la loi donne les éléments constitutifs, l'étranger est celui qui n'a pas la nationalité mais qui en tant que résident bénéficie des droits constitutionnellement protégés et qui en tant qu'individu présent sur le territoire a droit à une protection effective de l'ensemble des droits conférés à ce caractère par le droit tant international qu'interne et européen. La difficulté réside en ce que le juridique connaît ensuite des difficultés dans l'affrontement avec la charge émotionnelle et sentimentale de certains termes qui ont historiquement fondé le rapport à l'État et à la collectivité qui en est considérée comme le fondement. Ces définitions simples, juridiquement établies, entrent ainsi en collision avec la volonté de leur faire dire le sentiment.

Le désir de voir naître en chacun un sentiment d'appartenance, d'affirmer une *identité* collective autour de la nationalité, une communauté de « valeurs républicaines » a progressivement déséquilibré une relation juridique entre le national et l'étranger qui exige de ce dernier qu'il éprouve ce sentiment dont le droit cherche vainement à assurer la traduction. La relation national-étranger risque ainsi de se

rebâtir progressivement sur l'exigence d'adhérer activement à la communauté plutôt que de simplement respecter les lois qu'elle fixe et qui devraient être l'unique expression de son unité.

A cette tendance vient s'ajouter la nécessaire prise en compte de l'intérêt de l'État. En effet, la charge affective des termes sert aussi souvent de prétexte à une gestion dans l'urgence de questions qui touchent directement à la capacité pour l'institution étatique d'organiser l'accueil sur son territoire puis la vie collective. Dans ce que l'on pourrait presque qualifier parfois d'abus de souveraineté, l'État joue de son pouvoir souverain de contrainte pour tenter de maîtriser ce « flux migratoire », instaurant progressivement un cadre législatif et surtout réglementaire constitué de normes surabondantes et mal agencées. Contraint par la volonté de ne pas se voir reprocher la légitimité de tels actes, il alimente alors les conceptions idéologiques de concepts pourtant juridiques afin de conserver une certaine « marge de manœuvre ».

C'est pourquoi dans l'appréhension du rapport entre le national et l'étranger il n'y a en réalité pas seulement dialogue entre l'intérêt public et la défense des droits de l'homme ou l'internationalisation du droit, mais aussi entre le droit et l'idéologie.

Dans ce contexte, le rôle de l'étude juridique est de rappeler le sens des mots, la rigueur des définitions et les limites de l'exercice du pouvoir de contrainte de l'État. Il s'agit ainsi de resituer la question et d'en donner les déterminants.

Le rapport du national et de l'étranger ne renvoie juridiquement qu'au rapport entre l'État et l'individu : s'il s'agit de son caractère politique, la relation de l'État à l'individu s'inscrit dans la légitimation du pouvoir de ce dernier et dans la détermination de sa volonté. S'il s'agit de penser le rapport de l'individu à la puissance de l'État, la relation s'inscrit dans la rencontre entre le pouvoir de contrainte et le pouvoir de protection exercés par l'État.

Le premier principe de ce rapport est que l'État détermine souverainement, à travers des critères législatifs objectifs, ceux qui constituent la communauté de ses ressortissants, que les dispositions constitutionnelles qualifient de peuple légitimant son pouvoir. Ces deux déterminants ne sont ni immanents ni nécessaires l'un à

l'autre : ils ne sont que l'état actuel de l'ordre constitutionnel.

Son second principe est ensuite qu'il doit reposer sur un exercice rationalisé du pouvoir nécessaire de contrainte et sur un principe équivalent de protection des droits entre ressortissants et non ressortissants, en tant qu'ils résident ensemble sur le territoire de l'État ou qu'ils y demandent sa protection. Les intérêts de l'État ne peuvent être assurés que dans le cadre de cet équilibre, reposant notamment sur un cadre législatif et une action administrative cohérents et posant des critères stricts, notamment dans la délivrance des titres permettant de séjourner sur le territoire.

Les deux principes ainsi énoncés, détachés de connotations idéologiques ou utilitaristes, doivent guider l'ensemble de la définition juridique du national et de l'étranger afin de la sortir de la confusion dans laquelle elle se trouve plongée. Ils rappellent notamment que la souveraineté de l'État n'a pas uniquement pour rôle de fonder l'unité d'une communauté étatique mais aussi d'assurer celle de la société civile autour des lois qui sont « les mêmes pour tous ».

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX :

DICTIONNAIRES :

ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J-P., SUDRE F., *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.

DUHAMEL O., MENY Y. (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

RAYNAUD P., RIALS S., *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 2003.

CHAGNOLLAUD D., DRAGO G., BENZIMRA-HAZAN J., *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010.

OUVRAGES, MONOGRAPHIES :

ARENDT H., *L'Impérialisme. Les origines du totalitarisme*, Seuil, 2002.

BARANGER D., *Écrire la Constitution non écrite*, PUF, 2008.

BARTHÉLÉMY J. et DUEZ P., *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 1926.

BODIN J., *Les six livres de la République*, Fayard, 1986.

BRADLEY A.W, EWING K.D, *Constitutional and Administrative Law*, 12th éd., Longman, 1997.

CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M-A., REVET T. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 17^{ème} éd., Dalloz, 2011.

CARCASSONNE G. et M. GUILLAUME, *La Constitution*, 12^{ème} éd., Seuil, 2014.

CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2003.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2011, t. I.

CONSTANT B., *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, [1819], rééd. Poche, 2010.

CONSTANTINESCO V., PIERRE-CAPS S., *Droit constitutionnel*, PUF, 2009.

COURBE P., *Droit international privé*, 2^{ème} éd., Armand Colin, 2003.

DUGUIT L., *Études de droit public*, T. II. *L'État, les gouvernants et les agents*, Ancienne librairie Thorin et Fils, éd. Albert Fontemoing, 1903.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., éd. De Boccard, 1924, t. II.

ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 1^{re} éd. 1921, (rééd. Panthéon-Assas, 2001).

FAVOREU L. *et alii*, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 6^e éd., 2012.

FAVOREU L., PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^{ème} éd., Dalloz, 2011.

FIER P.-L., PETIT J., *Droit administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2012.

GOYARD-FABRE S., *Philosophie politique XVI^e-XX^e siècle*, PUF, 1987.

HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^{ème} éd. 1929, (rééd. Dalloz, 2015).

HAURIOU M., *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie du recueil Sirey, 2^{ème} éd. 1930.

HAURIOU M., *Principes de droit public*, [1910], Dalloz, rééd. Dalloz, 2010.

HEYMANN-DOAT A., CALVES G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2008.

KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant ; LGDJ, 1997.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd. 1962, rééd. Bruylant, LGDJ, 1999.

LAUBADÈRE (de) A., *Traité de droit administratif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1957. t. I.

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^{ème} éd., Dalloz, 2013.

MAURY J., *Nationalité (Théorie générale et droit français)*, Sirey, 1931.

MOURGEON J., *Les droits de l'homme*, PUF, 2003.

NIBOYET M.-L. et GEOUFFRE DE LA PRADELLE G. (de), *Droit international privé*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2011.

NORA P. (dir.), *Les lieux de mémoire, vol. I : La République*, Gallimard, 1991.

ODENT C., *Contentieux administratif*, éd. Les cours de droit, 1966, p.

PICARD E., *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, t. II.

PRÉLOT M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1987.

RIVERO J., MOUTOUH H., *Libertés publiques*, PUF, 7^{ème} éd. Mise à jour 1977, rééd. 2003, t. II.

SUDRE F. *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd. mise à jour, PUF, 2011.

WACHSMANN P., *Libertés publiques*, 7^{ème} éd, 2013.

WEISS A., *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2^{ème} éd., éd. Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, 1907.

ZOLLER E., *Introduction au droit public*, Dalloz, 2013.

OUVRAGES SPÉCIAUX :

ALBERTINI M. *et alii*, *L'idée de Nation*, PUF, Annales de philosophie politique / Institut international de philosophie politique, 1969.

ALLAND D., TEITGEN-COLLY C., *Traité du droit d'asile*, PUF, 2002.

BACOT G., *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Éditions du CNRS, 1987.

BEAUNE C., *Naissance de la nation France*, Gallimard, 1985.

BENLOLO-CARABOT M., PARROT K., *Actualité du droit des étrangers*, Bruylant, 2011.

BLANC-CHALEARD M.-C, DUFOIX S., WEIL P. (dir.), *L'étranger en question : du Moyen Age à l'an 2000*, Le Manuscrit, 2005.

BLUMANN C., DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Litec, 2013, t. II.

BOULBÈS R., *Droit français de la nationalité*, Sirey, 1957.

CARLIER J.-Y. (dir.), *L'étranger face au droit*, XX^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, 13 et 14 novembre 2008 organisées par la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, 2010.

CARLIER J.-Y., SAROLEA S. (dir.), *Droit des étrangers et nationalité*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2005, Vol. 77.

CARON J.-C., *La nation, l'État et la démocratie en France de 1789 à 1914*, Armand Colin, 1995.

CHAUVET C., *Le pouvoir hiérarchique*, LGDJ, 2013.

COSTA-LASCOUX J. (dir.), *République et particularismes*, La Documentation française, Problèmes politiques et sociaux, n° 909, février 2005.

DARESTE R., *De la propriété en Algérie, Loi du 16 juin 1851 – Sénatus-consulte du 22 avril 1863*, Bibliothèque algérienne et coloniale, 2^e éd., 1864.

DELPÉRÉE F., *Les droits politiques des étrangers*, PUF, coll. « Que sais-je », 1995.

DELVOLVÉ P., *L'acte administratif*, Sirey, 1983.

DESMONS É. (dir.), *Figures de la citoyenneté. Colloque du 29 octobre 2004*, L'Harmattan, 2006.

DIECKOFF A., *La nation dans tous ses États*, Flammarion, 2000.

DUMMETT A., NICOL A., *Subjects, Citizens, Aliens and others*, Weidenfeld and Nicolson, 1990.

FOREY E., *État et institutions religieuses, Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, PUS, 2007.

FULCHIRON H. (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Actes de la journée de travail organisée à Lyon le vendredi 14 et le samedi 15 novembre 1997*, LGDJ.

GAILLE M., *Le citoyen (Textes choisis et commentés)*, GF Flammarion, 1998.

GENEVOIS B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd. STH, 1988, p. 235.

HABERMAS J., *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000.

HAJJAT A., *Les frontières de l' « identité nationale » : l'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*, La découverte, 2011.

JULIEN-LAFERRIERE F., *Droit des étrangers*, PUF, 2000.

Institut de droit comparé de l'Université de Paris, *La nationalité dans les sciences sociales et dans le droit contemporain*, Sirey, 1933.

LACHAZE M., *Du statut de juridique de l'étranger au regard du droit public français*, Dalloz, 1928.

LAGARDE P., *La nationalité française*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2011.

LANTERO C., *Le droit des réfugiés entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruylant, 2010.

LE COUR GRANDMAISON O., *De l'indigénat. Anatomie d'un « monstre » juridique : le droit colonial en Algérie et l'Empire français*, Zones, 2010.

LOCHAK D., *Etrangers, de quel droit ?*, PUF, 1985.

LOCHAK D., *Étrangers, de quel droit ?*, PUF, 1985.

LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010.

LOUIS-LUCAS P., *La nationalité française – Droit positif et conflits de lois*, Sirey, 1929.

MAIRET G., *Le principe de souveraineté : histoires et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, 1996.

MANIN B., *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, 2012.

MARZO C., *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, PUAM, 2011.

MATHIEZ A., *La Révolution française et les étrangers*, Paris, 1918.

NOIRIEL G., *État, nation et immigration. Vers une histoire du pouvoir*, Belin, 2001.

NOIRIEL G., *La tyrannie du national – Le droit d’asile en Europe. 1793-1993*, Calmann-Lévy, 1991.

NOIRIEL G., *La tyrannie du national. Le droit d’asile en Europe 1793-1993*, Calmann-Lévy, 1991.

NOIRIEL G., *Le Creuset français. Histoire de l’immigration XIX^e-XX^e siècle*, Seuil, 1988.

ORIO P., *Les immigrés devant les urnes*, Ciemi L’Harmattan, 1992.

PHILIP C., SOLDATOS P., *Au-delà et en deçà de l’État-nation*, Bruylant, 1996.

PICARD R., *L’Unité européenne par l’inter-citoyenneté*, Collection du Comité d’action économique et douanière, 1948.

Que reste-t-il de la nation dans la Constitution ? Actes du colloque international des 15 et 16 mars 2007 organisé par le Centre de Recherches Hannah Arendt de l’Institut Catholique d’Études Supérieures, éd. Cujas, 2008.

RENAUT A., *Présentation au discours à la nation allemande de Fichte*, Imprimerie nationale, 1992.

RENNER K., *La nation, mythe et réalité*, Presses universitaires de Nancy, 1998.

RIALS S., *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, Hachette, 1988.

RICHARD J.-L. (dir.), *Les immigrés dans la société française*, La Documentation française, Problèmes politiques et sociaux, n° 916, septembre 2005.

ROSENVALLON P., *Le sacre du citoyen*, éd. Gallimard, 1992, p. 581.

SCHMIT J., TRÉMOUREUX J.-Y., *Le statut des étrangers en France*, Association d’études et de recherches, Presses de l’Ecole nationale de la magistrature, 1983.

SCHNAPPER D., *L’Europe des immigrés. Essai sur les politiques d’immigration*, François Bourin, 1992.

SCHNAPPER D., *La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, 2003.

SPIRE A., *Accueillir ou reconduire, enquête sur les guichets de l'immigration*, éd. Raisons d'Agir, 2008.

SPIRE A., *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Grasset, 2005.

SPITZ J.-F., *Bodin et la souveraineté*, PUF, 1998.

TODOROV T., *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine*, Seuil, 1989.

TRAN V.-M., *Théorie générale de l'État. Recherches sur la notion juridique d'État-nation*, Les cours du droit, 1979-1980.

VAN GENNEP A., *Les rites de passage, étude systématique des rites de la porte et du seuil, de l'hospitalité, de l'adoption, de la grossesse et de l'accouchement, de la naissance, de l'enfance, de la puberté, de l'initiation, de l'ordination, du couronnement, des fiançailles et du mariage, des funérailles, des saisons, etc.*, Librairie Critique Émile Nourry [réimp. Mouton et Maison des Sciences de l'homme, 1969.

VANDENDRIESSCHE X., *Le droit des étrangers*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2012.

VERGNAUD P., *L'idée de la nationalité et de la libre disposition des peuples dans ses rapports avec l'idée de l'État (Études des doctrines politiques contemporaines) 1870-1950*, éd. Domat-Montchrestien, 1955.

WEIL P., *La France et ses étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*, Folio histoire, Nouvelle édition refondue, 2004.

WEIL P., *Qu'est ce qu'un français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Grasset, 2005.

WEISS A., *Traité théorique et pratique de droit international privé, T.1 : La nationalité*, éd. Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, 2nde éd. 1907.

WERNER A.-R., *Essai sur la réglementation de la nationalité dans le droit colonial français*, Sirey, 1936.

WIHTOL DE WENDEN C., *La citoyenneté européenne*, Presses de Sciences Po, 1997.

WYLER E., PAPAUX A. (dir.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique. Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997, organisé par l'Institut d'études du droit international de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne*, éd. A. Pedone, 1999.

THÈSES, MÉMOIRES :

AGI M., *De l'Idée d'universalité comme fondatrice du concept des droits de l'homme, d'après la vie et l'œuvre de René Cassin. Thèse pour le doctorat d'état, présentée et soutenue devant l'université de Nice, le 10 décembre 1979*, Éditions Alp'Azur, 1980.

ANDRES H., *Le droit de vote des étrangers. États des lieux et fondements théoriques*, Thèse Paris VII, 2007.

BEAUD O., *La puissance de l'État*, PUF, 1994.

BENLOLO-CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, avant-propos de R. BADINTER, préface de P. DAILLIER, Bruxelles, Bruylant, Thèses, 2006.

BRAUD P., *La notion de liberté publique et ses implications en droit public français*, LGDJ, 1968.

DEGOFFE M., *La juridiction administrative spécialisée*, L.G.D.J., 1996.

DELAUNAY A., *Dualité de juridiction et éloignement des étrangers en droit interne*, Thèse, Nantes, 2004.

DIONISI-PEYRUSSE A., *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois-Lextenso éd., coll. des thèses, 2008.

GERVIER P., *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, coll. des Thèses, T. 143, 2014.

GOLDENBERG L., *Le Conseil d'État, juge du fait, étude sur l'administration des juges*, thèse, Dalloz, 1932.

ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Thèses, 2007.

KADOUCI N., *L'application des repères administratifs en droit des étrangers*, Thèse, Paris XI, 2009.

KHAIR D., *Unité de l'État et droits de minorités : Étude constitutionnelle comparée du Proche-Orient*, Thèse, Paris II, 2010.

KISSANGOULA J., *La Constitution française et les étrangers. Recherches sur les titulaires des droits et libertés de la constitution sociale*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, T. 102, 2001.

LAGASSE D., *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Thèse, Bruylant, 1986.

MAILLOT J.-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris, Dalloz, 2003.

MARCOU J., *Le Conseil d'État sous Vichy*, Thèse, Grenoble II, 1984.

MICHON-TRAVERSAC A-S., *La citoyenneté en droit public français*, Fondation Varenne, diff. LGDJ, 2009.

MILLARD E., *Famille et droit public*, LGDJ, 1995.

PAUVERT B., *L'intégration des étrangers en France. Etude de droit public*, Atelier National de Reproduction des Thèses, coll. Thèse à la carte, 2003.

PIERRE-CAPS S., *Nation et peuples dans les constitutions modernes*, Thèse, Université Nancy II, 1987.

POTVIN-SOLIS L., *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, LGDJ, 1999.

RIVOIRE EWANJE NDOUMBE B., *Le Conseil d'État et la sécurité juridique des étrangers*, Thèse, Montpellier I, 2001.

ROUSSEAU D., *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, Thèse de l'Université de Poitiers, 1979.

SLAMA S., *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, Thèse, Paris X, 2003.

SYLLA K., *L'évolution du droit des étrangers en France*, Thèse, Reims, 2007.

TOWO KAMGA V. *La protection juridictionnelle des droits de l'étranger en matière d'entrée et de séjour*, Thèse, Paris I, 2005.

URBAN Y., *L'indigène dans le droit colonial français (1855-1955)*, LGDJ, coll. Des thèses Fondation Varenne, 2010.

VAN LANG A., *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, 1996.

VANEL M., *Évolution historique de la notion de français d'origine du XVI^e siècle au Code civil – Contribution à l'étude de la nationalité française d'origine*, Ancienne Imprimerie de la Cour d'Appel, 1945.

WAHNICH S., *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Albin Michel, 1997.

COLLOQUES :

Droit international et nationalité. Colloque de Poitiers de la Société française pour le droit international, éd. A. Pedone, 2012.

ROMAN D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? : recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux, Nanterre, Mission de recherche Droit et justice, 2010.

FULCHIRON H. (dir.), *Être français aujourd'hui : premier bilan de la mise en oeuvre du nouveau droit de la nationalité*. Actes de la journée de travail organisée à Lyon le 24 novembre par le Centre de droit de la famille, Presses universitaires de Lyon, 1996.

PARODI J.-L. (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Actes du colloque d'Aix-Marseille des 8, 9 et 10 septembre 1988, Economica, 1992.

ARTICLES, COMMUNICATIONS, NOTES :

« Le droit des étrangers - Table ronde avec Jean-Marie DELARUE, François JULIEN-LAFFERIERE, Vincent TCHEN et Célia VÉROT », *D.A.* n° 2, 2008.

« Une seule annulation et deux petites réserves sur la loi "Besson" », *in Dictionnaire Permanent Droit des étrangers*, juillet 2011, n° 202, p. 1.

ABRAHAM R., « La jurisprudence du Conseil d'État relative à la condition des étrangers », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 1995-1996, éd. A. Pedone, 1999, p. 23.

ALCARAZ H., « Droit d'entrée et de séjour d'un ressortissant tiers ayant des liens de parenté avec un citoyen de l'Union », *AJDA*, 2009, p. 321.

ALIPRANTIS N., « Les droits sociaux sont justiciables », *Dr. Soc.*, 2006, p. 158.

ANDRES H., « Les enjeux théoriques du droit de vote des étrangers : la démocratie contre la souveraineté », *Migrations sociétés*, vol. 19, n°114, novembre-décembre 2007, p. 47-64, <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00189683/fr/>.

ARTUS D., « Les agents publics étrangers sont-ils soumis à l'autorisation prévue par l'article L. 341-2 du Code du travail ? », *D.*, 1996, p. 525.

AUBERT M., BROUSSY E., DONNAT F., « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJDA*, 2012, p. 306.

AUBY J.-B., « La loi du 6 février 1992 et la citoyenneté locale », *RFDA*, 1993, p. 37.

AUDIT B. « Le droit international privé à la fin du XX^e siècle : progrès ou recul », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 2, Avril-juin 1998, Étude de droit contemporain [Contributions françaises au 15^{ème} Congrès international de droit comparé (Bristol, 26 juillet-1^{er} août 1988)], p. 421.

AUDIT B., « Le Code civil et la nationalité française », in *1804-2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 731.

AUTIN J.-L., « La pluri-citoyenneté », in FABERON J.-Y., AGNIEL G. (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La Documentation française, 2000, p. 435.

AUTIN J.-L., « "L'identité nationale" comme attribution ministérielle » in *Le droit figure du politique : Études offertes au professeur Michel Miaille. Textes réunis et présentés par Jean-Louis Autin, Laurence Weil*, Presses de l'Université Montpellier I, 2008, p. 241.

BACOT G., « La situation juridique des non-citoyens d'après J.-J. Rousseau », *RDP*, n°1, 2000, p. 77.

BARRAULT H.-E., « Dans quelle mesure la nationalité est – elle une matière de droit public ? », *Rev. DIP*, 1921, p. 147-155.

BARRET-KRIEGEL B., « La citoyenneté en Europe », *Raison présente*, n°103, 1992, p. 109.

BARUCH M.-O., « Le Conseil d'État sous Vichy », *in* Deuxième centenaire du Conseil d'État, *La Revue administrative*, n° spécial, 1999.

BASILIEN-GAINCHE M.-L., « Regard critique sur le régime d'asile européen commun. La persistance d'une conception restrictive de la protection », *Europe*, Février 2014, étude 1.

BATIFFOL H., « Évolution du droit de la perte de la nationalité », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol I, Études de droit privé, de droit public et de droit comparé, éd. A. Pedone, 1975, p. 243.

BEAUD O., « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, p. 409.

BEAUD O., « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg ou Comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie », *Jus politicum*, n° 8 : La théorie de l'État entre passé et avenir, septembre 2012, p. 10.

BEAUD O., « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'État" de Carré de Malberg », *RDP*, n°5, p. 1251.

BEAUD O., « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, p. 409.

BEAUD O., « Propos inactuels sur le droit d'asile : asile et théorie générale de l'État », *Les petites affiches*, Octobre 1993, n°123, p. 16.

BEAUD O., « Souveraineté », *in* Raynaud P., Rials S. : *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 3^{ème} éd. 2003, p. 735.

BELORGEY J.-M., « Le droit de la nationalité : évolution historique et enjeux », *in Questions de nationalité, histoire et enjeux d'un Code*, dir. LAACHER S., L'Harmattan, 1987, p. 58.

BELORGEY J.-M., « Un dialogue de sourds », *Droit social*, n° 5, mai 1976, p. 190.

BENNOUNA M., « De la reconnaissance d'un droit à la nationalité en droit international », in *Droit international et nationalité. Colloque de Poitiers de la Société française pour le droit international*, éd. A. Pedone, 2012.

BIENVENU J.-J., « Les idées de Charles Eisenmann en matière d'interprétation juridique », in *La pensée de Charles Eisenmann*, journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 1986.

BLEVIS L., « Droit colonial algérien de la citoyenneté : conciliation illusoire entre les principes républicains et une logique d'occupation coloniale (1865-1947), in *La guerre d'Algérie au miroir des décolonisations françaises. Actes du colloque en l'honneur de C.-R. Ageron*, Société française d'histoire d'Outre-mer (SFHOM), 2000, p. 87.

BLEVIS L., « La citoyenneté française au miroir de la colonisation : étude des demandes de naturalisations des « sujets français » en Algérie coloniale », *Genèses*, n° 53, 2003/4, p. 25.

BLEVIS L., « Les avatars de la citoyenneté en Algérie coloniale ou les paradoxes d'une catégorisation », *Droit et société*, 2001/2, n°48, p. 557.

BLUMANN C., « L'Europe des citoyens », *Rev. du marché commun et de l'UE*, 1991, p. 283.

BOCKEL A., « La constitution française et les étrangers », in *Le droit et les immigrés*, Edisud, 1983, p. 37.

BOECKEL A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, 1978, p. 355.

BONICHOT J.-C., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers », *RIDC*, n°2, 1986, p. 689.

BONNARD R., « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDJ*, 1923, p. 363.

BORELLA F., « Nationalité et citoyenneté », in COLAS D., EMERI C., ZYLBERBERG J. (dir.), *Nationalité et citoyenneté. Perspectives en France et au Québec*, PUF, 1991, p. 209.

BORELLA F., « Nationalité et citoyenneté en droit français », in *État de droit*, COLAS D. (dir.), PUF, 1987, p. 28.

BORELLA F., « Souveraineté nationale et pluralité des citoyens », in *Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Dalloz, 2001, p.16.

BORGETTO M., « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », in CHAMPEIL-DESPLATS V. et FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 239.

BOSKOVIC O., CORNELOUP S., JAULT-SESEKE F. *et alii.*, « Droit des étrangers et de la nationalité. Septembre 2010 – décembre 2011. », *D.*, 2012, p. 390.

BOSKOVIC O., CORNELOUP S., JAULT-SESEKE F. *et alii.*, « Droit des étrangers et de la nationalité. Septembre 2009 – août 2010. », *D.*, 2010, p. 2868.

BOULBES R., « La question de la double allégeance – Évolution à cet égard du droit français de la nationalité » *Communication, Trav. Com. Fr. dr. Int. Privé*, 1955-1957, séance du 27 avril 1956, Dalloz, 1958, p. 67.

BOURDIEU P., « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in CHAZEL F. et COMMAILLE J. (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 95.

BOUTAYEB C., RACCAH A., « Le bénéfice du regroupement familial élargi aux parents étrangers d'enfants citoyens de l'Union. Note sous CJUE, 8 mars 2011, n° C-34/09, *Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi* », *Revue de droit sanitaire et social*, 2011, p. 449.

BOYER J., « Le juge judiciaire et l'étranger en rétention administrative : la nouvelle donne constitutionnelle », *Gazette du palais*, 1^{er} mars 2005, n° 60, p. 2.

BRACONNIER S., « Le droit au respect de la vie familiale des étrangers non mariés dans le contentieux de la reconduite à la frontière », *D.*, 1997, p. 526.

BRUSCHI C., « Droit de la nationalité et égalité des droits de 1789 à la fin du XIX^{ème} siècle », *in Questions de nationalité, histoire et enjeux d'un Code*, dir. LAACHER S., L'Harmattan, 1987, p. 12.

BRUSCHI C., « La nationalité dans le droit colonial », *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique*, n° 18, 1987/88, p. 29.

BRUSCHI C., « La citoyenneté et la nationalité dans l'histoire », *Revue plurielles, Ecartés d'identité*, n° 75.

BUI-XUAN O., « Unité et droits des groupes » *in* LEMAIRE F. (dir.), *De l'unité de l'État. Actes du colloque international organisé les 9 et 10 octobre 2008 par le Centre Jean Bodin de l'Université d'Angers*, éd. Cujas, 2010, p. 43.

BURDEAU G., « Destin de l'idée démocratique », *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 391.

BURLET J. (de), « De l'importance du droit international coutumier de la nationalité », *RCDIP*, 1978, n° 67, p. 326.

CARCASSONNE G., « Déchéance de nationalité : un non sens constitutionnel », *Les Echos*, septembre 2010.

CARCASSONNE G., « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2006, p. 40.

CARLIER J.-Y. , « Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ? », *Rev. Trim. Dr. homme*, 1993.

CARLIER J.-Y., « Droits de l'homme et nationalité », *Annales de droits de Louvain*, vol. 63, n° 3, 2003, p. 243.

CAROTENUTO S., « L'indignité, motif d'opposition gouvernementale à l'acquisition de la nationalité française », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 155.

CAZENEUVE B., « Le droit d’asile, c’est la République », *Libération*, 1^{er} décembre 2014.

CASSIN R., « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l’homme », *Rec. cours la Haye*, 1951, II. T. 79.

CASSUTO T., « Identité et nationalité », in *Défis au droit national et international sur la nationalité à l’aube du nouveau millénaire*, Actes de la 2^e conférence européenne sur la nationalité, Strasbourg, 8 et 9 octobre 2001, p. 43.

CATTEAU D., « Le contrôle des régularisations exceptionnelles, entre fait majoritaire et fait du Prince », *AJDA*, 26 février 2007, p. 403.

CEUSTER J. de, « L’interprétation de la notion d’ordre public dans la réglementation sur le séjour : la pratique actuelle », *RTDE*, 1982, p. 92.

CHALTIEL F., « La loi française sur le droit de vote des citoyens européens aux élections municipales », *RMCUE*, 1994, p. 528.

CHALTIEL F., « La citoyenneté européenne », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 23, 2007, p. 64.

CHALTIEL F., « Le juge administratif, juge de l’immigration », *RDP*, 2000, p. 153.

CHALTIEL F., « Les tests ADN et les statistiques ethniques devant le Conseil constitutionnel », *Les Petites affiches*, 26 novembre 2007, n° 236, p. 4.

CHAPUS R., « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles en droit administratif », in *D.*, 1960, Chr. p. 119.

CHAUVIN N., « Le port du voile islamique par une enseignante : à propos de la décision de la Cour européenne des droits de l’homme du 15 février 2001, Dahlab », *RFDA*, 2003, p. 536.

CHETAİL V., « La réforme française de l’asile : Prélude à la banalisation européenne du droit des étrangers », *JDI*, vol. 131, n° 3, p. 817.

CHEVALLIER J., « L'État nation », *RDP*, 1980, p. 1271.

CHEVALLIER J., « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 361.

CHEVALLIER J., « Les transformations de la citoyenneté », *Regards sur l'actualité*, n° 250, avril 1999, p. 3.

CHEVALLIER J., note sur Cons. const., décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *AJDA*, 1989, p. 619.

CHICOT P-Y., « La citoyenneté entre conquête de droits et droits à acquérir », *RDP*, 2005, p. 213.

COLLIARD C.-A., « État et Nation. Variations modernes sur un thème classique » in *Itinéraires. Études en l'honneur de Leo Hamon*, Economica, 1982, p. 117.

COMBACAU J., « Conclusions générales » in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, Bruylant, 2001, p. 416.

COMBEAU P., « Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives », *AJDA*, 2000, p. 495.

COMBEXELLE J.-D. et CHABANOL D., « Le régime juridique des étrangers en France », *Gazette du Palais*, 26 septembre 1987, p. 613.

CORNELOUP S., « Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1325.

CORNELOUP S., « Libre circulation des personnes, citoyenneté européenne et situations purement internes », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1604.

COROUGE E., « Expulsion des étrangers et respect de la vie familiale », *RFDA*, n° spécial, 1997, p. 318.

COSTA LASCOUX J., « L'étranger dans la nation. Etranger citoyen », *Raison présente*, n°106, 1992, p. 79.

COSTA-LASCOUX J., « Le renforcement de la politique de contrôle des étrangers », *in Le droit et les immigrés*, Edisud, Aix-en-Provence, 1983, p. 164.

COSTA-LASCOUX J., *De l'immigré au citoyen*, coll. Notes et études documentaires, La documentation française, n° 4886, 1989.11.

COURNIL C. et DEPIGNY Y., « Contractualisation et externalisation de la politique migratoire : analyse et critique de la loi Hortefeux », *RDP*, 2008, p. 1045.

COURNIL C., « La circulaire du 13 juin 2006, une régularisation sélective au service d'une politique. A propos de la régularisation des parents d'enfants scolarisés », *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2008, n° 3, p. 1495.

D'HAËM R., « Le contrôle du juge administratif et le contentieux de la reconduite à la frontière », *Les Petites affiches*, 17 novembre 1995, n° 138, p. 4.

DARGENT P., « Nationalité et droit international public », *Annales de droit de Louvain*, 2003/3, p. 221.

DE CASTRO F., « La nationalité, la double nationalité, la supranationalité », *Rec. Cours La Haye* 1961.I, p. 515.

DE CEUSTER J., « L'interprétation de la notion d'ordre public dans la réglementation sur le séjour : la pratique actuelle », *R.T.D.E.*, 1982, p. 92.

DEBBASCH R., « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France » *in État, régions et droits locaux : droits locaux et statuts particuliers en France et en Europe. Acte du colloque des 6 et 7 juin 1996*, Economica, 1997, p. 73.

DEBBASCH R., ROUX A., « L'indivisibilité de République » in MATHIEU B. et VERPEAUX M. (dir.), *La République en droit français. Actes du colloque des 6 et 7 juin 1996*, Economica, 1997, p. 59.

DÉCHAUX R., « L'immigration "choisie", la Constitution et le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2007 n° 71, p. 565.

DECHESNE S., « Citoyenneté, nationalité et vote : une association perturbée », *Pouvoirs*, 2006, p. 71.

DELARUE J.-M., « L'examen de la demande d'asile formulée par un étranger. Conclusions sur CE, Ass., 18 décembre 1996, *Peter Rogers.* », *RFDA*, numéro spécial, 1997, p. 281.

DELARUE J.-M., « Quelques réflexions sur les circulaires », in SAULNIER-CASSIA E. et TCHEN V., *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Dalloz, 2009, p. 278.

DELPÉRÉE F., « Nationalité, droit constitutionnel et droit européen », *Annales de droit de Louvain*, 2003/3, p. 233.

DELVOLVÉ P., « Existe t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État. Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, LGDJ, 1988, p. 300.

DENQUIN J.-M., V° « Citoyenneté », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

DESWARTE M.-P., « Les droits sociaux et l'État de droit », *RDP*, 1995, p. 979.

DIJOUUD P., « La politique de l'immigration », *Droit social*, n°5, mai 1976, p. 3.

DOLLAT P., « La citoyenneté française, une superposition de citoyennetés », *RFDA*, 2005, p. 69.

DOMINGO L., « Commentaire de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », *RFDC*, 2004, n° 57, p. 96.

DOMINGO L., « Constitutionnalité de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », *D.*, 2004, n° 18, p. 1278.

DRAGO G., « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens », *Droit administratif*, n° 6, juin 2004, étude 11.

DRAGO G., v° « Article 3 » in LUCHAIRE F. CONAC G., PRETOT X., *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, Économica, 2009.

DRAGO G., « Ordre public et Constitution », *Archives de philosophie du droit*, n° 58, 2015, p. 253.

DRAGO R., note sous C.E., Ass., 2 novembre 1973, *SA Librairie François Maspero*, *JCP* 1974. II. 17642.

J.-P. DUBOIS, « La jurisprudence administrative », *Le genre humain*, n° 30-31 « *Le droit antisémite de Vichy* », Seuil, 1996, p. 339.

EDELMANN B., « L'ennemi dans les déclarations sur les droits de l'homme », *Droits*, 1992, n°16.

ERRERA R., « La juridiction administrative française et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rapport du Conseil d'État*, *EDCE*, 1992, n° 44, p. 328.

EVEILLARD G., « Sur la distinction des lignes directrices et des circulaires », *DA* n°6, 2015, comm. 38.

FABRE-ALIBERT V., « Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France », *RDP*, 1994, p. 1165.

FAIVRE C., « Constitutionnalité sous réserve des tests ADN et non-conformité des statistiques ethniques », *AJDA*, 2007.

FALLON M., « La nationalité dans tous ses états...vraiment ? », *Annales de droit de Louvain*, 2003/3, p. 197.

FARINETTI A., « L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011 », *RDSS* 2012, p. 111.

FASSIN D., MAZOUZ S., « Qu'est ce que devenir français ? La naturalisation comme rite d'institution républicain », *Revue française de sociologie*, n°48-4, 2007, p. 723.

FAURE B., « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *R.F.D.C.*, n° 21, 1995, p. 65.

FAURE M., « Dans les rouages de la machine à expulser. Des immigrés, bannis de la double peine », *Le Monde diplomatique*, novembre 1999.

FAVOREU L. et A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002.

FERRAN N., « La politique de maîtrise des flux migratoires et le respect des droits et libertés constitutionnels (Décision CC n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003) », *Revue du droit public*, 2004, n°1, p. 275.

FINKEL G. « L'expulsion des étrangers et le juge administratif en droit français », *AJDA*, mai 1978, p. 257.

FISCHBACH F., « L'Autre et l'Étranger : les enjeux de la reconnaissance et les stratégies de l'exclusion », *Philosophie politique*, n° 3, juin 1993, p. 65.

FLAUSS J.-F., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 20 octobre 1995, p. 26.

FLAUSS J.-F., « L'influence du droit international des droits de l'homme sur la nationalité » in *Perspectives du droit public : études offertes à Jean-Claude Hélin*, Litec, 2004, p. 269.

FLAUSS J.-F., « La sauvegarde des droits politiques des doubles nationaux », *RTDH*, 2009, p. 860.

FORNEROD A., « La langue française en droit de la nationalité et en droit des étrangers », *RFDA*, 2008, p. 1097.

FORNEROD A., « Religion et acquisition de la nationalité française », *RDP*, n° 3, 2009, p. 715.

FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, p. 156.

FULCHIRON H., « A propos de la « manifestation de volonté » de devenir français », *JCP*, 1997, p. 19.

FULCHIRON H., « La réforme du droit des étrangers. Commentaire de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, dite loi « Chevènement » ou loi « RESEDA », 2^e partie, *JDI*, 1999, p. 340.

FULCHIRON H., « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. Com. Fr. dr. Int. Privé*, 1998-1999 1999-2000, éd. A. Pedone, 2001, p. 175.

FULCHIRON H., « La nationalité française entre identité et appartenance (réflexions sur la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité) », *D.*, 2011, p. 1915.

FULCHIRON H., « Un modèle familial européen ? », in FULCHIRON H., BIDEAUD-GARON C., *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 171.

LÉGIER G., « La législation relative à la nationalité française durant la Première Guerre mondiale », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 751.

GAHBOUN P.-Y., ROUSSEAU D., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RDP*, n° 1, 2012, p. 217.

GAUDEMET J., « L'étranger : de l'image au statut », *La mosaïque France. Histoire des étrangers et de l'immigration en France*, dir. LEQUIN Y., Larousse, 1988, p. 15.

GAUDEMET Y., « Remarques à propos des circulaires administratives », in *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 561.

GENEVOIS B., « Les principes généraux du droit », *in* Encyclopédie Dalloz, contentieux administratif, n° 548.

GENEVOIS B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, éd. STH, 1988, p. 235.

GENEVOIS B., « La compétence constitutionnelle du juge administratif et la police des étrangers (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 89-261 DC du 28 juillet 1989) », *RFDA*, 1989, p. 694.

GENEVOIS B., « Du dédoublement de la convention nationale des médecins aux droits des étrangers. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 », *RFDA*, 1990.

GENEVOIS B., « Un statut constitutionnel pour les étrangers. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *RFDA*, 1993, p. 871.

GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et les étrangers », *in Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 253.

GEOUFFRE de LA PRADELLE G. (De)., « La double nationalité dans la droit français », uniset.ca/naty/mpf5-pradelle.htm, 1999.

GEOUFFRE de LA PRADELLE G. (De)., « La réforme de la nationalité ou la mise en forme juridique d'un virage politique », *Politix*, vol. 8, n° 32, 1995, p. 154.

GEOUFFRE de LA PRADELLE G. (De)., « Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères », *in Mélanges Dominique Holleaux*, LITEC, 1990, p. 135.

GIUDICELLI A., « La déchéance de la nationalité française » *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, 2001, p. 333.

GLADSTONE C., « Le citoyen dans l'Encyclopédie », *Dix-huitième siècle*, n°42, 2010, p. 581.

GREWE C., « L'unité de l'État : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998, p. 1349.

GUERRIVE J.-L., « « Double peine » et police des étrangers », *D.* 2002, p. 833.

GUILLENCHMIDT (de) M., « Une évolution libérale de la politique des naturalisations », *Droit social*, n° 5, mai 1976, p. 188.

GUIMEZANES N., « 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 », *Semaine juridique*, 2003, n°50, p. 2169.

GUIMEZANES N., « Réforme du droit d'asile – A propos de la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 », *JCP G*, août 2015, p. 903

GUYOMAR M. et DOMINO X., « Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice », *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, *AJDA*, 2012, p. 30.

HAËM (d') R., « Le contrôle du juge administratif et le contentieux de la reconduite à la frontière – Bilan de jurisprudence », *LPA*, 17 novembre 1995, p. 10.

HANNOUN M., « Immigration, racisme et politique », *Revue Française d'Administration Publique*, n° 47, Juillet-septembre 1988, p. 431.

HANSEN R., « Le droit de l'immigration et de la nationalité au Royaume-Uni. Des sujets aux citoyens » in WEIL P., HANSEN R. (dir.), *Nationalité et citoyenneté en Europe*, La découverte, 1999, p. 71.

HECQUART-THERON M., « De la mesure d'ordre intérieur », *AJDA*, 1981, p. 237.

HERIN J.-L., « Les exclus du droit de vote », *Pouvoirs*, n° 120, 2007, p. 95.

HESSE P.-J., « Citoyenneté et indigénat », in KOUBI G. (dir.), *De la citoyenneté. Colloque des 3, 4 et 5 novembre 1993, Faculté de droit et de sciences politiques de Nantes*, Litec, 1995, p. 69.

HEYMANN J., « De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de l'Union européenne », *Europe*, juin 2010, n°7, p. 5.

HEYMANN-DOAT A., « Les immigrés et l'Europe », in CHAMPEIL-DESPLATS V. et FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 115.

HOBBSBAUM E., « Citoyenneté européenne et citoyenneté nationale, une solution de continuité » in THERET B. (dir.), *L'État, la finance et le social. Souveraineté nationale et construction européenne*, La Découverte, 1995, p. 553.

HONORAT E. et SCHWARTZ R., « L'étendue du contrôle du juge administratif sur les décisions de reconduite à la frontière », *AJDA*, 1990, p. 709.

HOUSER M., « De la lutte contre les discriminations à rebours à la protection de droits fondamentaux par l'Union européenne. Le pas est presque franchi mais. », *AJDA*, 2011, p. 1082.

ISAY E., *De la nationalité, Rec. Cours La Haye*, 1924, t. IV, p. 425.

JACQUIER C., « Décision explicite et décision implicite de rejet d'une demande de réintégration. Conclusions sur TA Nantes, 22 octobre 1996, Mouloud Bouraib », *RFDA*, numéro spécial, 1997, p. 332.

JACQUOT-DAVID S., « D'une nation l'autre », *Le Banquet*, revue du CERAP, n°4, 1er trimestre 1994, p. 66.

JANICOT L., MATHIEU B., « Commentaire de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », *Les petites affiches*, 27 décembre 2004, n°258, p. 5.

JOUANJAN O., « État de droit », in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 650.

JULIEN-LAFERRIÈRE F., « Quelques aspects du statut des réfugiés en France », *Droit social*, n° 5, mai 1976, p. 89.

JULIEN-LAFFERRIERE F., note sous C.E. Ass., 21 janvier 1977, *ministre de l'Intérieur c/ Dridi*, D. 1977 jur., p. 529.

JULIEN-LAFERRIÈRE F., « La prétendue obligation de réserve », *Le Monde*, 26 juin 1991, p. 2.

JULIEN-LAFERRIERE F., « Le droit d'asile enterré à peine découvert », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 209.

JULIEN-LAFFERRIERE F., « Ordre public et droit des étrangers », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Actes du Colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000*, REDOR M.-J. (dir.), Bruylant, 2001, p. 291.

JULIEN-LAFERRIÈRE F., « La délimitation des compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire en matière de rétention administrative et de maintien en zone d'attente », *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 255.

JULIEN-LAFERRIÈRE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruylant, coll. de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 2005.

JULIEN-LAFERRIÈRE F., « Réflexions désordonnées sur près de trente ans de droit(s) des étrangers : billets de « mauvaise » humeur », in CHAMPEIL-DESPLATS V. et FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 119.

JULIEN-LAFERRIÈRE F., « Nature des droits attachés à la nationalité », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°23, 2007, p. 82.

JULIEN-LAFERRIERE F., « L'impact des « arrêts Gisti » sur le(s) droit(s) des étrangers », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz, 2009, p. 283.

JULIEN-LAFERRIÈRE F., « Le droit de vote des étrangers ne mettrait pas la France en danger », *Le Monde*, 04 mai 2012.

JULIEN-LAFERRIERE F., « Brève histoire du droit de la nationalité française. Où l'on constate que l'État utilise le droit pour choisir ses nationaux selon qu'il estime les besoins économiques, sociaux ou culturels de la Nation », in BASDEVANT-GAUDEMET B. et GOEDERT N., *Les univers du droit. Mélanges en hommage à Claude Bontems*, L'Harmattan, 2013.

KELES A., « Résurgence en Allemagne de l'éternel débat sur la double nationalité depuis l'entrée en vigueur du mécanisme d'option pour une seule nationalité », in *Lettre « Actualités Droits - Libertés » du CREDOF*, 4 avril 2013.

KELSEN H., « 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, II, p. 613.

KIEFFE R., « L'allégeance », *La nationalité dans les sciences sociales et dans le droit contemporain*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Sirey, 1933, p.48.

KIM K., « L'étranger chez Jean Bodin, l'étranger chez nous », *Rev. hist. dr. fr. et étr.*, t.76, 1998, p. 75.

KISSANGOULA J., « Pour une définition constitutionnelle des étrangers », *Les petites affiches*, novembre 2002, p. 7.

KOUBI G., « L'insaisissable figure du citoyen », in JAN P. (dir.), *La Constitution de la V^{ème} République. Réflexions pour un centenaire*, La documentation française, 2008, p. 179.

KRULIC J., « Qualité de réfugié et bénéfice de l'aide médicale. Conclusions sur TA Versailles, 12 février 1996, M. et Mme *Gusella* », *RFDA*, numéro spécial, 1997, p. 302.

LA PRADELLE G. (De), « La distinction du droit public et du droit privé en matière de nationalité », www.u-picardie.fr, extrait de *Public/privé*, Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, PUF, 1995, p. 87.

LA PRADELLE (de) P., « De la nationalité d'origine », in B. AKZIN, H. LÉVY-ULLMANN, G. GIDEL, *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Recueil Sirey, 1933.

LABAYLE H., « Le contrôle contentieux des « expulsions dirigées » ou les prolongements de la jurisprudence Bozano au Palais Royal », *RFDA*, 1989, p. 3.

LABAYLE H., « Le statut constitutionnel de l'étranger. Rapport français », in BON P. (dir.), *Études de droit constitutionnel franco-espagnol*, Economica, 1994, p. 32.

LABAYLE H., « Le droit d'asile en France : normalisation ou neutralisation ? », *RFDA*, 1997, p. 242

LABAYLE H., « Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen », *RFDA*, n° spécial, 2007, p. 101.

LABAYLE H., « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers. Le fruit de l'arbre empoisonné », *RFDA*, 2011, p. 934.

LABETOULLE D. et CABANES P. , « Chronique de jurisprudence administrative », *AJDA*, 1971, p. 33.

LAGARDE P., « Commentaire de la loi du 28 décembre 1967 tendant à permettre la réintégration dans la nationalité française », *Rev. Crit. DIP*, 1968, p. 156.

LAGARDE P., « Droit de la nationalité et droit de l'immigration. L'expérience française », in DUPUY R.-J. (dir.), *Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, éd. A. Pedone, 1999, p. 663.

LAGARDE P., « La déchéance de nationalité », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1992.

LAGARDE P., « La double nationalité », *Commentaire*, n° 138, 2012, p. 441.

LAGARDE P., « La loi du 16 mars 1998 sur la nationalité : une réforme incertaine », *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 379.

LAGARDE P., « La rénovation du Code de la nationalité par le loi du 9 janvier 1973 », *Rev. Crit. DIP*, 1973, p. 431.

LAGARDE P., « Nationalité », *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1051.

LAGARDE P., « Nationalité », *Rép. Dalloz Dr. Int.*, 1998, n° 61.

LAGARDE P., « Nationalité et droit international privé », *Annales de droit de Louvain*, 2003/3, p. 205.

LAGARDE P., « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalité », *Rev. Crit. DIP*, janvier-mars 1988, p. 29.

LAMBERT P., « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 1998.

LAMPUÉ P. , « La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, p. 8.

LAMPUE P. , « Le droit de la nationalité française dans les territoires d'outre-mer », *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, t. 25, n° 4, oct.-déc. 1971, p. 740.

LANFRANCHI M.-P. , « Les notions de nationalité et de citoyenneté interrogées par le droit international public », in LANFRANCHI M.-P, LECUCQ O., NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Nationalité et citoyenneté : perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Journée de l'UMR 6201, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 47.

LAUBADERE (de) A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 536.

LEBEN C., « Nationalité et citoyenneté en droit constitutionnel », *Controverses*, n°11, mai 2009, p. 151.

LECAS J., « Questions sur la citoyenneté », *Projet*, n°171-172, janvier-février 1983, p. 113.

J. LECA, v° « Citoyen », in O. DUHAMEL et Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

LECUCQ O. « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *AJDA*, 2011, p. 1936.

LECUCQ O., « L'examen par le Conseil constitutionnel de la nouvelle législation sur l'immigration », *AJDA*, 2004, n°11, p. 599.

LECUCQ O., « Le contentieux des étrangers : un contentieux de masse auquel il faut faire face », *AJDA*, 2012, p. 1210.

LECUCQ O., « Quand l'étranger doit prouver qu'il n'est pas un danger pour l'ordre public », *AJDA*, 14 juillet 2003, p. 1343.

LÉGIER G., « La législation relative à la nationalité française durant la Première Guerre mondiale », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 751.

LEHINGUE P., « L'immigration comme enjeu politique : les contresens des réponses à une « demande sociale » », in CHAMPEIL-DESPLATS V. et FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 129.

LEPLAT B., « Intégration républicaine et assimilation à la communauté française : quels enseignements peut-on tirer de la jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Nantes en matière de naturalisations ? », *LPA*, n° 161, 12 août 2004, p. 11.

LEQUETTE Y., « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *Rec. Cours La Haye*, T. 246, 1994, p. 9.

LEQUETTE Y., « De l'approche fonctionnelle des conflits de nationalités dans un cas de répudiation entre époux franco-marocains. (Tribunal de grande instance de

Paris. (1^{re} Ch., ch. des urg.) – 27 septembre 1990, *Naji Abdelmjid c. Fadil Touria*), *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 91.

LEQUETTE Y., « La nationalité française dévaluée », *Mélanges offerts à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 349.

LEQUETTE Y., « Réflexions sur la nationalité française », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°23, 2007, p. 75.

LESSI J. et DUTHEILLET de LAMOTHE L., chron. sur l'arrêt C.E., 4 juin 2014, *AJDA*, 2015, p. 443.

LETOURNEUR M., « Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'État de France », in *Miscellanea W. J. Ganshof Van Der Meersch : studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, Bruylant, 1972, t. 3, p. 576.

LOCHAK D., « Le ressortissants de la Communauté européenne », *Droit social*, n° 5, mai 1976, p. 83.

LOCHAK D., « L'étranger et les droits de l'homme », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier*, Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981.

LOCHAK D., « La citoyenneté, un concept juridique flou », in COLAS D., EMERI C. et ZYLBERBERG J. (dir.), *Nationalité et citoyenneté, Perspectives en France et au Québec*, PUF, 1991, p. 181.

LOCHAK D., « Réflexion sur la nature du droit des étrangers », in *Le droit et les immigrés*, Edisud, 1983, p. 170.

LOCHAK D., « Condition des étrangers en France. Libertés publiques et droits politiques », in *Encyclopédie Dalloz, Droit international privé*, 1990, n° 9.

LOCHAK D., « Le droit de vote des résidents étrangers aux élections locales. Quelques données constitutionnelles », in Dossier de presse du MRAP, *Même sol, même droits, mêmes voix*, mars 2000.

LOCHAK D., « Nationalité et citoyenneté », *Raison présente*, n°103, 1992, p. 11.

LOISEL M., « Les anomalies des lois sur la nationalité : doubles nationaux et apatrides », *Population*, 6e année, n°2, 1951, p. 249.

LONG M., « Le principe d'égalité et les étrangers », *Sur le principe d'égalité. Rapport public du Conseil d'État 1996*, La Documentation française, 1998, p. 355.

LOUIS LUCAS P., *Les conflits de nationalités*, Rec. Cours La Haye, 1938, p. 1.

LUCHAIRE F., « La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », *RDP*, 1989, p. 632.

LUCHAIRE F., « L'Union européenne et la Constitution (I) » *RDP*, 1992, p. 598.

LUCHAIRE F., « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique », *Revue de droit public et de la science politique*, 1996, p. 1245.

LYON-CAEN G., « La réserve d'ordre public en matière d'établissement et de libre circulation », *R.T.D.E.*, 1966, p. 694.

MAISONNEUVE M., « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, 2002.

MASCLET J.-C., *Le droit des élections politiques*, PUF, coll. « Que sais-je », 1992, p. 5.

MASSOT J. : « Le Conseil d'État », in *Le Régime de Vichy et les Français*, éd. Fayard, 1992, p. 312.

MASSOT J., Le Conseil d'Etat et le régime de Vichy, in Deuxième centenaire du Conseil d'Etat, *La Revue administrative*, n° spécial, 1999.

MATH A., SLAMA S., SPIRE A. et VIPREY M., « La fabrique d'une immigration choisie. De la carte d'étudiant au statut de travailleur étranger », *La revue de l'IRES*, n°50, 2006/1, p. 27.

MATHIEU B. et VERPEAUX M., « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et l'Europe. A propos de la décision du n° 92-208 DC du 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne », *LPA*, n° 77, 1992, p. 8

MENISSIER T., « Identités ethniques et politiques dans la construction européenne. Quelle identité civique à l'ère du post-national ? », *Cités*, n°29, 2007, p. 81.

MERLE I., « L'État français, le droit et la violence coloniale : le régime de l'indigénat », *Politix*, vol. 17, n° 66, 2004, p. 137.

MILLET J.-F., « Conditions de recevabilité d'une demande de réintégration dans la nationalité française. Conclusions sur TA Nantes, 20 juin 1996, Mme *Zineb Staali* », *RFDA*, numéro spécial, 1997, p. 324.

MILLET J.-F., « Refus de visa à des ressortissants algériens et théorie des circonstances exceptionnelles. Conclusions sur TA Nantes, 6 décembre 1996, *Epoux Khanouche* », *RFDA*, 1997, p. 307.

MINET A., « La jurisprudence établie : les ambiguïtés d'une notion », *AJDA*, 2015, p. 279.

MONTECLER (de) M.-C., « La loi immigration déclarée conforme à la Constitution », *Actualité juridique de droit administratif*, 2006 n°27, p. 1474.

MOREAU J., « La nationalité, matière de droit public », *JCP éd. Administration et collectivités territoriales*, 2005, n°22, p. 861.

MOTOMURA H., « Régulariser : le « DREAM Act », le droit du sol intégral et la régularisation à grande échelle », *La Revue des droits de l'homme*, n°4, 2013.

N'DIAYE P., « Des indigènes citoyens français », in *Le droit figure du politique : Études offertes au Professeur Michel Maille*, Textes réunis par J.-L. AUTIN et L. WEIL, Presses de l'Université de Montpellier I, p. 379.

NASRI A., « Brèves réflexions sur le fondement de l'interdiction du territoire français », *Droit pénal*, février 2002, p. 4.

NOIRIEL G., « Petite histoire de l'intégration à la française », *Le Monde diplomatique*, janvier 2002.

NORA P., « Nation », in FURET F., OZOUF M., *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion, 1992, p. 337.

OLEKHNOVITCH G., « La notion d'assimilation au sens des dispositions du Code civil relatives à la nationalité française », *Rev. Crit. DIP.*, octobre-décembre 1995, p. 880.

PACTEAU B., Observations sous C.E., 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, *J.C.P.*, 1981, I. 19613.

PATAUT E., « Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 617.

PATAUT E., « Citoyenneté européenne, ressortissants des États tiers et situations purement internes », *RTDE*, 2011, p. 564.

PATAUT E., « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *RTDE*, 2011, p. 571.

PATAUT E., « La détermination du lien d'intégration des citoyens européens », *RTDE*, 2012, p. 623.

PAUVERT B., « Autour de la déchéance de la nationalité française », *AJDA*, 2015.

PELLISSIER G., « Le statut constitutionnel des droits et libertés des étrangers. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n°97-389 DC du 22 avril 1997, Loi

portant diverses dispositions relatives à l'immigration», *Les petites affiches*, n°77, juin 1997, p. 4.

PENA A., « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *RFDA*, 2011, p. 951.

PENNARUN S., « La nationalité, droit objectif ou droit subjectif ? », in POUSSON-PETIT P. (dir.), *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, 2002, p. 499.

PEUCHOT E., « Droit de vote et condition de nationalité », *RDP*, 1991, p. 513.

PH. D. MAMMAMOUN S., « Le droit de séjour du conjoint non communautaire d'un citoyen de l'Union dans le cadre de la directive 2004/38 », *RTDE*, 2009, p. 91.

PICARD E., « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in REDOR M.-J. (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Actes du Colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000*, REDOR M.-J. (dir.), Bruylant, 2001, p. 56.

PICARD É., « La notion de citoyenneté », in *Qu'est-ce que la Société ?*, éd. Odile Jacob, 2000, p. 720.

PIERRÉ-CAPS S., « Le conseil constitutionnel et la question du *démos* », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 387.

PLATON S., « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci », *RTDeur*, 2012.

PILLAUT J., « Du caractère politique de la notion de nationalité », *Rev. Crit. DIP* 1915-1916, p. 14.

PLANTEY A., « Définition et principes de l'ordre public », in POLIN R. (dir.) *L'ordre public*, PUF, 1996, p. 27.

PLATON S., « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *RTDE*, 2012, p. 23.

PLESSIX B., « Compétence incidente du juge judiciaire en matière d'appréciation de la légalité des actes administratifs », *JCP G*, 2011, p. 2523.

PORTALIS J.-E., *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse An IX, par la commission nommée par le gouvernement consulaire, in *Écrits et discours politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988.

PRETOT X., « L'illégalité de la subordination à condition de nationalité de l'attribution des prestations d'aide sociale facultative, note sous C.E., 30 juin 1989, Ville de Paris et autres c/ M. Levy », *Droit social*, n° 11, 1989, p. 767.

RAINAUD Jean-Marie, « Indigènes. Le législateur, le juge et l'acteur » in *Droit international et coopération internationale. « Johannis-Andrea Touscoz amicorum discipulorumque opus ». Hommage à Jean-André Touscoz*, France Europe Editions, 2007, p. 450.

RANGEON F., « Citoyenneté et for intérieur. Le débat Hobbes – Rousseau », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Le for intérieur*, PUF, 1994, p. 108.

RENAUDIE O., « L'hospitalisation sans consentement devant le juge constitutionnel », note sous Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, *RDSS*, 2011, p. 304.

REZEK J.-F., « Le droit international de la nationalité », *RCADI*, 1987, p. 352.

RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 49.

RICOEUR P., « Le condition d'étranger. La distinction de base : "étrangers" contre "membres" », *Esprit*, n° 3-4, mars-avril 2006, p. 264.

RIGAUX F., « Le juge, ministre du sens », in *Justice et argumentation : essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1986.

ROBERT J., « Pour une toilette de la Constitution », *Le Monde*, 4 novembre 1981, p. 1

ROBLOT-TROIZIER A., « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in DUBREUIL C.- A. (dir.), *L'ordre public. Actes du colloque, 15 & 16 décembre 2011 organisé par le Centre Michel de l'Hospital*, Clermont-Ferrand, Ed. Cujas, 2013, p. 310.

ROLAND S., « L'ordre public et l'État. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DUBREUIL C.-A. (dir.), *L'ordre public. Actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne*, éd. Cujas, p. 12.

ROLIN F., « La régularisation des étrangers en situation irrégulière : une mesure de faveur ou un véritable droit ? », billet publié sur le « Blog de Frédéric Rollin, 28 août 2006, <http://frederic-rolin.blogspot.com/archive/2006/08/28/la-regularisation-des-etrangers-en-situation-irreguliere-une.html>.

ROMAN D., « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme*, n° 1, 2012.

ROUSSEAU D. et GAHDOUN P.-Y., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RDP*, n° 1, p. 217-252, 2012.

ROUSSEL F., « Le contentieux des nouvelles mesures d'éloignement, premières réponses de la CAA de Paris », *AJDA*, 2012, n° 21, p. 1161.

RUIZ-FABRI H., « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

RUZIE D., « Nationalité, effectivité et droit communautaire », *RGDIP*, 1993, n°1, p. 107.

SAHIA CHERCHARI M., « Indigènes et citoyens ou l'impossible universalisation du suffrage », *RFDC*, n° 60, 2004, p. 741.

SAINT-BONNET F., « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire. Les « libertés sociales » comme dépassement de l'alternative entre libertés individuelles et libertés politiques », *Jus Politicum*, n° 5 « Mutation ou crépuscule des libertés publiques? », <http://juspoliticum.com/Le-combat-pour-les-libertes.html>, décembre 2010.

SALMOND J.W., « Citizenship and allegiance », *Law Quarterly Review*, vol.18, 1902, p. 49.

SCHATZMAN E., « Le citoyen, la Nation. Introduction », *Raison Présente*, n°103, 1992, p. 7.

D. SCHNAPPER, « La nation comme communauté de culture », *Revue française d'administration publique*, n°47, juillet-septembre 1988, p. 437.

SCHOETTL J.-E., « La nouvelle loi sur l'immigration devant le Conseil constitutionnel (1ère partie) », *Les petites affiches*, 20 janvier 2004, n°14, p. 10.

SCHOETTL J.-E., « La nouvelle loi sur l'immigration devant le Conseil constitutionnel (suite et fin) », *Les petites affiches*, 21 janvier 2004, n°15, p. 10.

SCHWARTZ R., « Constitution et nationalité », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, 2013, p. 43.

E. SIEYÈS, « Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen », discours des 20 et 21 juillet 1789, texte reproduit in FURET F. et HALÉVY R., *Orateurs de la Révolution française*, T. I. *Les constituants*, Gallimard, 1989, p. 1013.

SIMON-DEPITRE M., « Note sous Conseil constitutionnel n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 », *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 499.

SIRINELLI M., « Refus d'admission exceptionnelle au séjour et motivation », *AJDA*, 2010, p. 2097.

SLAMA A.-G., « La démocratie sans nation », *La Pensée politique*, n°3, *La Nation*, 1995, p. 140.

SLAMA S., « Délégitimer les discriminations fondées sur la nationalité. Une stratégie politique et contentieuse. », *Défendre la cause des étrangers en justice : actes du colloque du 15 novembre 2008 "30 ans après le "grand arrêt" Gisti de 1978*, organisé par le Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), Dalloz, 2009.

SLAMA S., « Immigration et libertés », *Pouvoirs*, n° 130, 2009, p. 31.

SLAMA S., « L'autre révision constitutionnelle (seconde partie) – Plaidoyer contre la juridiction administrative spécialisée », blog droit administratif, 22 janvier 2008.

SLAMA S., « La fabrique d'un arrêt GISTI. Usages et mésusages de la doctrine « lochakienne » », in CHAMPEIL-DESPLATS V. et FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 135.

SOLBES MIRA P., « La citoyenneté européenne », *Rev. du marché commun et de l'UE*, 1991, p. 168.

SPIRE A., « L'asile au guichet. La dépolitisation du droit des étrangers par le travail bureaucratique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2007, p. 4.

SPITZ P.-E., « À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme », *RFDA*, n° 3, 1997, p. 538.

STEPHANOU C.-A., « Identité et citoyenneté européennes », *Rev. du marché commun et de l'UE*, 1991, p. 30.

SUDRE F., « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'Assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* », *RFDA*, 1997.

SUREAU F., « La déchéance de la nationalité : deux catégories de Français ? », *Études*, n° 414, avril 2011, p. 475.

TCHEN V., « Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger », *LPA*, 1995, n° 61.

TCHEN V., « La rupture du droit d'asile : entre rupture et tradition », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 58.

TCHEN V., « La condition d'intégration à la société française », *Droit administratif*, n° 11, novembre 2010, comm. 145.

TCHEN V., « Étrangers : regards critiques sur la réforme du 16 juin 2011 », *Droit administratif*, n° 8, août 2011, p. 24.

TCHEN V., « Les sources du droit des étrangers à l'heure de la codification : réflexions sur une frontière oubliée », in *Mélanges François JULIEN-LAFERRIERE*, Bruylant, 2011, p. 512.

TCHEN V., « Une réforme qui n'a épargné aucune question du droit des étrangers », *La semaine juridique éd. générale*, n° 29, juillet 2011, p. 1414.

TCHEN V., « Les circulaires de régularisation des étrangers en situation irrégulière devant le juge administratif », *DA* n° 10, 2014, comm. 61.

TCHEN V., « La réforme du droit d'asile du 29 juillet 2015 : un séisme procédural comme remède à la crise de l'asile », *DA*, n° 8-9, août 2015, comm. 53.

TEITGEN-COLLY C., JULIEN-LAFERRIERE F., « Actes de terrorisme et droit des étrangers », *AJDA*, n°1, 1997, p. 86.

TEITGEN-COLLY C., « L'asile ou le dévoiement d'un droit », in CHAMPEIL-DESPLATS V. et FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 145.

TERRE F., « Identité nationale et droit de la nationalité », in *L'identité de la France*, Le Club de l'Horloge, 1985, p. 228.

TERRE F., « Réflexions sur la notion de nationalité », *Rev. Crit. DIP*, 1975, p. 197.

TRASSOUDAIN S., *L'intervention judiciaire dans le maintien des étrangers en rétention administrative et en zone d'attente : articles 35 bis et 35 quater de l'Ordonnance du 2 novembre 1945*, Bordeaux : École nationale de la magistrature, 2003, p. 8.

TROPER M., « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », in *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 133.

TROPER M., « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989.

TROPER M., « La notion de citoyen sous la Révolution française », in *Études en l'honneur de G. Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 301.

TURPIN D., « Le statut constitutionnel de l'étranger », *LPA*, 1991, n°32, p. 13.

URBAN T., « L'étranger assimilé à l'indigène et la nationalité dans les territoires coloniaux (hors Afrique du Nord) 1867-1940 », intervention au séminaire « sciences sociales et immigration », ENS, 2007.

VEDEL G., « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1989, p. 11.

VERPEAUX M., « La souveraineté nationale et les élections locales », *Les petites affiches*, 28 août 1996, n° 104, p. 4.

VERWILGHEN M., « Conflits de nationalité : pluri-nationalité et apatridie », *R.C.A.D.I.*, 1999, vol. 277, p. 9.

VIMBERT C., « Ordre public et Conseil constitutionnel », *RDP*, 1994, p. 739.

VINCENT J.-Y., « Les étrangers et la démocratie locale », in *Perspectives du droit public. Mélanges offerts à Jean-Claude Hélin*, 2004, p. 523.

VIOLA J-P., « La révision du Code de la nationalité ou la fin de la présomption de francité des enfants d'immigrés », *Le Banquet*, revue du CERAP, n°4, I^{er} trimestre 1994, p. 55.

WACHSMANN P., « Note sous DC du 20 juillet 1988 », *A.J.*, 1988, p. 757.

WALINE M., « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, p. 25.

WALINE M., « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 197.

WEIL P., « L'histoire de la nationalité française : une leçon pour l'Europe », in P. WEIL et R. HANSEN R. (dir.), *Nationalité et Citoyenneté en Europe*, 1999, p. 55.

WEIL P., « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », European University Institute, Florence, Working Paper HEC, n° 2003/3, 2003 <http://www.iue.it/PUB/HEC03-03.pdf>.

WEIL P., *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation française, 1997.

WITHOL DE WENDEN C., « Les conditions posées à l'exercice des droits politiques des immigrés », in *Le droit et les immigrés*, Edisud, 1983, p. 45.

WITHOL DE WENDEN C., « Question de citoyenneté », *Raison présente*, n°103, 1992, p. 101.

WOLMARK C., « La mise à nu de l'étranger », in CHAMPEIL-DESPLATS V. et FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 155.

ZALC C., « Cherchez le petit entrepreneur étranger dans la France du début des années 1920 », in BLANC-CHALEARD M.-C., DUFOIX S. et WEIL P. (dir.), *L'Étranger en questions du Moyen-Âge à l'an 2000*, éd. Le Manuscrit, 2005, p. 171.

ZARKA Y.-C., « Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : Le Conseil constitutionnel a prononcé trois censures et émis deux réserves d'interprétation », *Semaine juridique*, 2003, n°51-52, p. 2249.

ZARKA Y.-C., « Nationalité et citoyenneté », Editorial, *Cités*, n° 29, 2007, p. 3.

ZIEMELE I., « Aspects généraux de la nationalité et des droits de l'homme en relation avec la succession d'États », in *Défis au droit national et international sur la nationalité à l'aube du nouveau millénaire*, Actes de la 2^{ème} conférence européenne sur la nationalité, Strasbourg, 8 et 9 octobre 2001.

RAPPORTS, ENQUÊTES :

BUFFET F.-N., Rapport n° 239, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, enregistré à la Présidence du Sénat le 29 janvier 2011.

CIMADE, *De la loterie à la tromperie. Enquête citoyenne sur la circulaire du 13 juin 2006 relative à la régularisation des familles étrangères d'enfants scolarisés*, 22 octobre 2007.

COURTOIS J.-P. , *Rapport sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France*, Sénat, n°1, 1^{er} octobre 2003.

Être français aujourd'hui et demain, Rapport de la Commission de la nationalité, La documentation française, 1988.

FULCHIRON H., BONNET V., GRATALOU P., *L'application de l'article 21-7 du code civil relatif à l'acquisition de la nationalité française à raison de la naissance et de la résidence en France : bilan de deux années d'application du système de manifestation de volonté (1994-1995)*, La documentation française, 1997.

Haut Comité à l'intégration, *L'intégration à la française, Rapport du Haut Comité à l'intégration*, 1993.

La Participation des étrangers à la vie publique au niveau local : Rapport explicatif de la Convention ouverte à la signature le 5 février 1992, Conseil de l'Europe, 1993.

La participation des résidents étrangers à la vie publique locale : les conseils consultatifs : actes / [de l'] audition organisée par la Commission de la culture et de l'éducation du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe (CPLRE) ; en coop. avec la ville de Stuttgart, Stuttgart (Allemagne), 14 décembre 2001, Éd. du Conseil de l'Europe, 2003.

La Sous-Direction des Naturalisations en 2006 : Données chiffrées et commentaires, Rapport annuel de la sous-direction des naturalisations, année 2006.

Les étrangers en France. Onzième rapport établi en application de l'article L.111-10 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, Rapport au Parlement sur les données de l'année 2013, Direction de l'information légale et administrative, 2014.

MARIANI T., *Rapport n° 2814 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, XIIIe législature, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 septembre 2010.

MENUCCI P. , *Immigration, asile et intégration. Immigration, intégration et accès à la nationalité française*, Rapport rendu au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi de finances pour 2013 (n° 235).

Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, *Le contentieux judiciaire des étrangers. Enquête statistique*, janvier 2008.

MOINET J.-P. , *Célébrer la bienvenue dans la République française. Rapport sur les cérémonies célébrant l'acquisition de la nationalité française*, Remis à la Ministre déléguée à la Cohésion sociale et à la Parité, 2006.

Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire, Rapport de la Commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration présidée par Pierre MAZEAUD remis au Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire en juillet 2008, La documentation française, 2008.

Rapport n° 160 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 57) relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (urgence déclarée), par M. Thierry Mariani, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 12 septembre 2007.

Rapport n° 470 rectifié fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, par M. François-Noël BUFFET, Sénateur, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, Annexe au procès-verbal de la séance du 26 septembre 2007.

Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France, Rapport remis au Premier ministre le 14 mai 2013 par Matthias FEKL, Parlementaire en mission auprès du Ministre de l'Intérieur.

WEIL P., *Rapport au Premier ministre sur les législations de la nationalité et de l'immigration*, La documentation française, 1997.



TABLE DES ANNEXES

Annexe 1. *Circulaire n° NOR INTK1229185C relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et et du droit d'asile.*

Annexe 2. *Acquisitions de la nationalité française par mariage et par décret (y compris effets collectifs) entre 2008 et 2014 – données chiffrées publiées par le ministère de l'intérieur le 15 janvier 2015*

Annexe 3. *Admission au séjour de ressortissants de pays tiers entre 2008 et 2013*

Annexe 1.

Circulaire n° NOR INTK1229185C relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et et du droit d'asile.



Paris le 28 NOV. 2012

Le Ministre de l'Intérieur

à

Messieurs les préfets de région Mesdames et messieurs les préfets de département Monsieur le préfet de police

Monsieur le directeur général de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (*pour information*)

Circulaire n° NOR INTK1229185C

Objet : Conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et et du droit d'asile.

Résumé : La présente circulaire a pour objet de rappeler et de préciser les critères permettant d'apprécier une demande d'admission au séjour des ressortissants étrangers en situation irrégulière en vue de leur délivrer un titre de séjour portant soit la mention « vie privée et familiale » soit « salarié » ou « travailleur temporaire ».

Mots clés : Admission exceptionnelle au séjour – étrangers en situation irrégulière – vie privée et familiale – salarié – travailleur temporaire – motifs exceptionnels – considérations humanitaire.

Textes de références Articles [L.311-13](#), [L.313-7](#), [L.313-10](#), [L.313-11](#) 7°, [L.312-1](#), [L.312-2](#), [L.313-14](#) du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Textes abrogés :

- 1) Circulaire du 24 novembre 2009 relative à la délivrance de cartes de séjour temporaire portant la mention « salarié » ou « travailleur temporaire » au titre de l'admission exceptionnelle au séjour (article L.313-14 du CESEDA, dans sa rédaction issue de l'article 40 de la loi du 20 novembre 2007) (NOR : [IMIK0900092C](#))
- 2) Circulaire du 8 février 2008 relative à l'admission exceptionnelle au séjour des étrangers par le travail (NOR : [IMI/G/08/00019/C](#))
- 3) Circulaire du 16 octobre 2007 relative à la détention d'un visa de long séjour avant le regroupement familial (NOR [IMI10700007C](#))
- 4) Circulaire du 31 octobre 2005 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (NOR : [INTD0500097C](#))
- 5) Le I, le 1) du 2 et le 3 du II et le III de la circulaire du 30 octobre 2004 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée (NOR : [INTD0400134C](#))
- 6) Le 2.2.1, le 2.2.4 et le 3.3 de la circulaire du 19 décembre 2002 relative aux conditions d'application de la loi n°98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France (NOR: [INTD0200215C](#))

La promotion d'une politique d'immigration lucide et équilibrée est une condition essentielle de la réussite des dispositifs d'accueil et d'intégration des étrangers admis à séjourner durablement en France. Dans ce cadre, si la lutte contre l'immigration irrégulière, et en particulier contre les filières criminelles, constitue une priorité du Gouvernement, l'admission exceptionnelle au séjour permet, dans le cadre fixé par la loi, une juste prise en compte de certaines réalités humaines.

Ainsi, les demandes des étrangers en situation irrégulière qui sollicitent une admission exceptionnelle au séjour doivent faire l'objet d'un examen approfondi, objectif et individualisé sur la base des dispositions des articles [L.313-11 7°](#) et [L.313-14](#) du CESEDA en tenant compte notamment de leur intégration dans la société française, de leur connaissance des valeurs de la République et de la maîtrise de la langue française.

A cet effet, la présente circulaire rappelle et clarifie les principes qui régissent les modalités de réception et de traitement des demandes d'admission exceptionnelle au séjour et précise les critères d'admission au séjour sur la base desquels vous pourrez fonder vos décisions. Elle est destinée à vous éclairer dans l'application de la loi et dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qui vous est reconnu par la législation.

Afin que vous puissiez disposer du temps nécessaire à la prise en compte des présentes instructions dans l'organisation de vos services et pour l'information du public, **l'entrée en vigueur de cette circulaire est fixée au 3 décembre 2012.**

1. La réception et l'instruction des dossiers

Les conditions dans lesquelles s'effectuent la réception et le réexamen des demandes de titres de séjour doivent répondre au double objectif d'efficacité administrative et de préservation des droits

et garanties procédurales offerts aux ressortissants étrangers.

1.1 Les principes de réception des dossiers

Vous veillerez à ce que vos services réceptionnent systématiquement les demandes d'admission au séjour formulées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière, y compris lorsqu'elles ont fait l'objet d'une décision de refus de séjour suivie, le cas échéant, d'une obligation de quitter le territoire, même lorsque ces décisions ont été confirmées par le juge.

1.2 La vérification de la qualité formelle des dossiers

Afin de vérifier la complétude des dossiers, vos services s'appuieront sur les fiches méthodologiques du Guide de l'agent d'accueil des ressortissants étrangers en préfectures relatives à l'admission exceptionnelle au séjour.

Lorsque les demandes d'admission au séjour font l'objet d'un dépôt groupé, elles ne sauraient se limiter à la communication d'une liste de noms. Vous exigerez en conséquence qu'elles soient impérativement accompagnées de l'ensemble des pièces du dossier pour être examinées dans les meilleures conditions et dans des délais raisonnables.

En principe, seules les demandes des personnes qui justifient d'un domicile effectif dans votre département doivent être enregistrées et instruites. Dans ce cadre, vous pourrez prendre en compte la domiciliation des étrangers pris en charge et hébergés effectivement par des associations agréées.

Si la première analyse des situations soumises révèle que certains étrangers ont déjà déposé des demandes auprès d'une autre préfecture et sont connus de l'application AGDREF, il vous appartient de vous assurer qu'ils sont désormais effectivement domiciliés dans votre département. A défaut, vous les inviterez à déposer une demande de réexamen auprès de la préfecture de leur lieu de domicile.

1.3 La prise en compte des demandes de réexamen des dossiers

Les demandes d'admission au séjour ayant préalablement fait l'objet d'un refus de votre part avant l'entrée en vigueur de la présente circulaire, et quelle que soit l'ancienneté de votre décision, devront faire l'objet, au stade de la réception des dossiers, d'une première vérification au regard des critères établis ci-après, notamment des conditions de durée et de stabilité de la résidence habituelle en France dont peut se prévaloir le demandeur, ainsi que de ses attaches personnelles et familiales.

Il ne s'agit cependant pas de consacrer un droit général et absolu au réexamen de situations qui se traduirait, notamment, par le report systématique de l'exécution des mesures d'éloignement prononcées à l'encontre des intéressés. Ainsi, vos services inviteront les intéressés, à accompagner leur dossier d'éléments d'information suffisants (nom, adresse, justificatifs de motifs d'admission au séjour) de nature à permettre d'identifier les démarches manifestement abusives, considérées comme un détournement de procédure à caractère dilatoire, effectuées dans l'unique vue de faire échec à une mesure d'éloignement exécutoire.

1.4 L'inscription dans AGDREF et la délivrance du récépissé

En cas de primo-demande comme de demande de réexamen, dès lors que l'examen des dossiers à la lumière des critères établis ci-après aura été positif, vos services enregistreront la demande dans l'application AGDREF. Un récépissé d'une durée de 4 mois sera alors délivré. Sauf situation particulière, vous ne procéderez qu'à un seul renouvellement du récépissé.

1.5 Élément d'organisation et d'accueil

Vous êtes invités, afin de faire face à l'éventuel afflux des demandeurs aux guichets des préfectures dans les premiers mois d'application de la présente circulaire et de faciliter le traitement efficient de ces dossiers par vos services, à :

- mettre en place, par tous moyens adaptés, une information au public rappelant les critères d'examen des demandes d'admission exceptionnelle au séjour et précisant les pièces justificatives à produire ;
- privilégier une procédure spécifique d'accueil de ces demandeurs permettant aux services de s'assurer qu'ils disposent de toutes les pièces nécessaires à l'instruction des demandes, limitant autant que possible une pression sur les guichets d'accueil qui s'établirait au détriment des autres usagers du service des étrangers ;
- développer un dispositif de convocation adapté pour le retrait du titre (pour mémoire, seule une présentation personnelle en préfecture permet la remise d'un titre de séjour).

Afin de limiter l'accroissement de la charge de travail de vos collaborateurs lors de la mise en œuvre de la circulaire, j'ai demandé au secrétaire général du ministère, responsable du programme « administration territoriale », de vous autoriser à recourir à des vacataires ainsi qu'à des heures supplémentaires.

En outre, le plan d'action pour l'amélioration des conditions d'accueil des ressortissants étrangers en préfecture comprendra des préconisations opérationnelles qui vous seront notamment utiles pour le traitement des demandes liées à la mise en œuvre de la présente instruction.

2. Les critères d'admission exceptionnelle au séjour

Je vous rappelle que sont exclus du bénéfice de la présente circulaire les étrangers dont la présence en France constituerait une menace à l'ordre public ou qui se trouveraient en situation de polygamie sur le territoire national.

2.1 La délivrance d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale »

Je vous rappelle que vous devez faire application, dans le traitement de la situation des étrangers signataires d'un pacte civil de solidarité, des orientations mentionnées dans la [circulaire du 30 octobre 2004](#) relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée.

2.1.1 - Les parents d'enfants scolarisés

Les attaches familiales se caractérisent essentiellement par des liens filiaux ou conjugaux (mariage, concubinage, pacte civil de solidarité) qui permettent un ancrage territorial durable et véritable en France. Aussi, une vie familiale établie en France nécessite-t-elle en principe que l'un des membres du couple soit en situation régulière.

Toutefois, lorsqu'un ou plusieurs de leurs enfants sont scolarisés, la circonstance que les deux parents se trouvent en situation irrégulière peut ne pas faire obstacle à leur admission au séjour.

Il conviendra, pour apprécier une demande émanant d'un ou des parents d'un enfant scolarisé en France, de prendre en considération les critères cumulatifs suivants ;

- une vie familiale caractérisée par une installation durable du demandeur sur le territoire français,

qui ne pourra être qu'exceptionnellement inférieure à cinq ans ;

– une scolarisation en cours à la date du dépôt de la demande d'admission au séjour d'au moins un des des enfants depuis au moins trois ans, y compris en école maternelle ;

Par ailleurs, lorsque le demandeur est séparé de l'autre parent de l'enfant, l'intéressé doit établir contribuer effectivement à l'entretien et l'éducation de l'enfant, ces éléments étant présumés en cas de vie commune.

Au titre de l'article L.313-11 7° du CESEDA, la vie privée et familiale s'apprécie au regard de la réalité des liens personnels et familiaux établis en France par les intéressés, de leur ancienneté, de leur intensité et de leur stabilité. Elle implique aussi une bonne capacité d'insertion dans la société française, ce qui suppose, sauf cas exceptionnels, une maîtrise orale au moins élémentaire de la langue française (maîtrise qui pourra être appréciée au moment de la remise du récépissé).

2.1.2 - Les conjoints d'étrangers en situation régulière

Par dérogation à la procédure de regroupement familial qui repose sur l'introduction à partir d'un pays tiers de l'étranger souhaitant rejoindre son conjoint en situation régulière et attestant de conditions de ressources et de logement minimales, et dans le respect de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il convient d'examiner les demandes d'admission au séjour de personnes dont le conjoint étranger séjourne régulièrement en France.

Le droit au respect de la vie privée et familiale de ces personnes doit vous conduire à apprécier si elles peuvent se prévaloir d'une vie privée et familiale sur le territoire français suffisamment stable, ancienne et intense au point qu'une décision de refus serait de nature à porter à ce droit une atteinte disproportionnée (cf. CE 7 février 2003, n°238712, M. A. ; CAA de Lyon, 13 juillet 2012, n°11LY02957, Mme A.). A cet égard, de manière indicative, une durée de cinq ans de présence en France et une durée de 18 mois de vie commune du couple peuvent constituer des critères d'appréciation pertinentes.

Vous prendrez en compte dans votre appréciation les conditions d'existence et l'insertion des intéressés en application de l'article L.313-11 7° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Vous appréciez aussi le critère d'insertion par la maîtrise élémentaire de la langue dans les conditions prévues ci-dessus.

2.1.3 – Les mineurs devenus majeurs

Les présentes dispositions ont vocation à prendre en considération des situations n'entrant pas dans le cadre du dispositif prévu à l'article L.313-11 2° du CESEDA.

Vous veillerez à procéder à un examen particulièrement attentif, dans le cadre des dispositions de l'article L.313-11 7° du CESEDA, s'agissant des étrangers entrés mineurs en France pour rejoindre leur famille proche et qui, une fois parvenus à leur majorité, sont exclus de tout droit au séjour.

Le public visé est celui pouvant justifier, d'une part, d'au moins deux ans de présence en France à la date de leur dix-huitième anniversaire et, d'autre part, d'un parcours scolaire assidu et sérieux (ce dernier critère étant régulièrement retenu par la jurisprudence (CE 29 décembre 2004 n°264286, M. A., CAA de Nantes 11 mai 2012 n°10NT01171, M.K.).

Vous apprécierez notamment la stabilité et l'intensité des liens développés par le jeune majeur sur

le sol français en tenant compte, selon les circonstances propres à chaque cas, du fait que l'essentiel de ses liens privés ou familiaux se trouvent en France et non dans son pays d'origine et qu'il est à la charge effective de la cellule familiale en France. La régularité du séjour d'un des parents du mineur devenu majeur constituera un élément d'appréciation favorable.

En outre, dans le cas où le mineur devenu majeur dispose de l'ensemble de sa famille proche en France, en situation régulière, qu'il demeure effectivement à la charge de celle-ci et est engagé dans un parcours scolaire avec assiduité et sérieux, l'examen de la stabilité et l'intensité de ces liens familiaux sur le territoire pourra vous conduire à lui délivrer un titre de séjour, alors même qu'il serait entré sur le territoire après avoir atteint l'âge de seize ans.

Dans ces conditions, vous délivrerez une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale ».

Je vous rappelle en outre que vous pouvez délivrer une autorisation provisoire de séjour et le cas échéant une autorisation provisoire de travail pour permettre à un étranger ne remplissant pas ces critères d'achever un cycle de scolarité (baccalauréat, BEP...)

Enfin, il vous est possible, dans une appréciation au cas par cas, de délivrer à un ressortissant étranger en situation irrégulière qui poursuit des études supérieures une carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant » en application de l'article [L.313-7](#) du CESEDA. Vous retiendrez cette option dans les cas où le mineur devenu majeur ne pourrait pas attester que ses attaches privées et familiales se trouvent principalement en France, et où, scolarisé depuis au moins l'âge de 16 ans, il poursuit des études supérieures de manière assidue et sérieuse.

S'agissant du cas spécifique des mineurs étrangers isolés, je vous rappelle que les dispositions de l'article [L.313-15](#) du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile vous permettent de délivrer une carte de séjour temporaire mention « salarié » ou « travailleur temporaire » à ceux qui, pris en charge par l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de 16 et de 18 ans, sont engagés dans une formation professionnelle qualifiante. Vous pourrez faire un usage bienveillant de ces dispositions, dès lors que le mineur étranger isolé a satisfait à l'ensemble des conditions prévues par cet article et que la qualité de son parcours de formation est de nature à lui permettre une insertion durable dans la société française.

En outre, en application de votre pouvoir discrétionnaire, vous pourrez délivrer une carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant », sous réserve du respect des autres critères mentionnés à l'article [L.313-15](#) du CESEDA, dès lors que le mineur étranger isolé poursuit des études secondaires ou universitaires avec assiduité et sérieux.

Enfin, vous n'opposerez pas systématiquement le critère tiré de la nature des liens avec le pays d'origine mentionné aux articles [L.313-11 2° bis](#) et [L.313-15](#) du CESEDA si ces liens sont inexistant, ténus ou profondément dégradés.

Il vous est enfin rappelé les orientations de la circulaire [INTV1224696C](#) du 31 mai 2012 relative à l'accès au marché du travail des étudiants diplômés étrangers.

2.1.4 – Autres situations : l'admission au titre de motifs exceptionnels et de considérations humanitaires

Au titre des motifs exceptionnels et des considérations humanitaires, sauf menace à l'ordre public, vous pourrez délivrer une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale », sur le fondement de l'article [L.313-14](#) du CESEDA, à un étranger en situation irrégulière pouvant justifier :

- soit d'un talent exceptionnel ou des services rendus à la collectivité (par exemple

dans les domaines culturel, sportif, associatif, civique ou économique) ;

- soit de circonstances humanitaire particulières justifiant la délivrance d'un titre de séjour. En outre, je vous rappelle que si la résidence attestée en France est au moins égale à 10 ans vous devez saisir la Commission du titre de séjour pour avis dans le souci d'un traitement équitable de l'ensemble des situations. Enfin, je vous demande de porter la plus grande attention aux dispositions relatives à l'admission au séjour des personnes suivantes :

- les victimes de violences conjugales, qu'elles bénéficient ou non d'une Ordonnance de protection, telles qu'elles figurent dans l'instruction [IOCL1124524C](#) du 9 septembre 2011 relative au droit au séjour des personnes victimes de violences conjugales et à la mise en œuvre des articles [L.313-12](#), [L.316-3](#) et [L. 431-2](#) du CESEDA ;

- les victimes de la traite des êtres humains, telles qu'elles figurent dans l'instruction [IMIM0900054C](#) du 5 février 2009 relative aux conditions d'admission au séjour des étrangers victimes de la traite des êtres humains ou de proxénétisme coopérant avec les autorités administratives et judiciaires. Dans ces deux situations, je vous rappelle que le premier titre délivré ne peut être qu'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » d'une durée d'un an. S'agissant plus particulièrement des victimes de la traite des êtres humains, je tiens particulièrement au respect scrupuleux des dispositions de l'article [R.316-2](#) du CESEDA. Je vous rappelle en particulier, dans le cadre de cette procédure, l'existence d'un délai de réflexion de trente jours, pendant lequel aucune mesure d'éloignement ne peut être prise ni exécutée, afin de permettre à un étranger susceptible d'être reconnu victime de faits de traite d'êtres humains de décider s'il se place, ou non, sous la protection des autorités judiciaires et dépose plainte à cet effet (*CE, 15 juin 2012, n°339209, Mlle S.*).

2.2. L'admission au séjour au titre du travail

2.2.1 – *Principes d'éligibilité* En application de l'article [L.313-14](#) du CESEDA, vous pourrez apprécier favorablement les demandes d'admission exceptionnelle au séjour au titre du travail, dès lors que l'étranger justifie :

- d'un contrat de travail ou d'une promesse d'embauche (formulaire CERFA [n°13653*03](#)) et de l'engagement de versement de la taxe versée au profit de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (formulaire CERFA [n°13662*05](#)) ;

- d'une ancienneté de travail de 8 mois, consécutifs ou non, sur les 24 derniers mois ou de 30 mois, consécutifs ou non, sur les 5 dernières années ;

- d'une ancienneté de séjour significative, qui ne pourra qu'exceptionnellement être inférieure à cinq années de présence effective en France. Néanmoins, vous pourrez prendre en compte une ancienneté de séjour de trois ans en France dès lors que l'intéressé pourra attester d'une activité professionnelle de vingt-quatre mois dont huit, consécutifs ou non, dans les douze derniers mois. Pour l'application de ces dispositions, il revient à l'étranger de démontrer la réalité et la durée de son activité professionnelle antérieure. Vous considérerez que les bulletins de salaire représentent une preuve certaine d'activité salariée, dès lors qu'ils attestent d'une activité au moins égale à un mi-temps mensuel. Pour mémoire, un employeur peut établir à tout moment, y compris rétroactivement, des bulletins de salaire. Si un nombre significatif de bulletins de salaire, y compris au titre des chèques emploi service universels, est produit, vous pourrez accepter en complément d'autres modes de preuve de l'activité salariée (virements bancaires, le cas échéant corroborés par une attestation de l'employeur, par exemple).

Dans ces conditions, après visa du formulaire CERFA par le service de la main d'œuvre étrangère, l'un des deux titres de séjour suivants mentionnés à l'article [L.313-10](#) du CESEDA sera délivré :

- une carte de séjour temporaire portant la mention « salarié » pour les contrats de travail d'une durée supérieure ou égale à douze mois ;

- une carte de séjour temporaire portant la mention « travailleur temporaire » pour les contrats de travail d'une durée inférieure à douze mois. *2.2.2 – Instruction de la demande d'autorisation de travail* Vous privilégieriez les situations où l'étranger bénéficie d'un contrat à durée indéterminée. S'agissant toutefois de la prise en considération des contrats à durée déterminée, les services de mains d'œuvre étrangère s'assureront d'un engagement sérieux de l'employeur en ne retenant que les contrats d'une durée égale ou supérieure à six mois. Le contrat de travail en cours pourra se poursuivre pendant la durée de l'instruction de la demande. L'autorisation de travail sera accordée au vu des éléments d'appréciation figurant aux alinéas 2° à 6° de l'article [R.5221-20](#) du Code du travail. Pour l'application de la procédure d'admission exceptionnelle au séjour prévue par la présence circulaire, la situation de l'emploi ne sera pas opposée aux demandeurs qui remplissent l'ensemble de ces critères.

Le critère d'adéquation entre, d'une part, la qualification et l'expérience professionnelle de l'intéressé et, d'autre part, les caractéristiques de l'emploi qu'il souhaiterait occuper, doit être apprécié avec soin, à la lumière des emplois précédemment occupés (*cf. CAA Versailles, 29 décembre 2011, n°11VE00252, M. S.*). Pour les emplois exigeant une faible qualification, ce critère doit être apprécié avec souplesse.

L'étranger peut, le cas échéant, se prévaloir de plusieurs contrats de travail pour justifier d'une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance (SMIC) mensuel.

Par dérogation au principe de territorialité des autorisations de travail, la carte de séjour temporaire délivrée dans un département de métropole, devra permettre à son titulaire d'exercer son activité en France métropolitaine.

Vous veillerez, à l'échéance de la durée de validité du titre, au respect des conditions de renouvellement de la carte de séjour temporaire en application des articles [R.5221-35](#) et [R.5221-36](#) du Code du travail, en examinant notamment les bulletins de salaire et le niveau de rémunération qui vous seront présentés. Vous admettrez, lors du renouvellement, que l'étranger ait pu changer d'employeur sous réserve que le nouvel employeur demande une autorisation de travail et que les conditions de rémunération de l'emploi initial aient été respectées.

Il importe que les conditions de travail et de rémunération d'un ressortissant étranger soient semblables à celles d'un ressortissant national (*cf. CAA Versailles, 27 mars 2012, n°10VE01951, M. S.*). Vous refuserez le renouvellement de l'autorisation de travail si ces conditions ne sont pas remplies.

2.2.3 – Cas particuliers

a) Dans le cas où un étranger atteste d'une durée de présence particulièrement significative, de l'ordre de sept ans par exemple, et du versement effectif de salaires attestant une activité professionnelle égale ou supérieure à douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois dernières années, mais ne présente ni contrat de travail, ni promesse d'embauche, il vous est possible de lui délivrer un récépissé de carte de séjour temporaire « salarié » en vue de lui permettre de rechercher un emploi et l'autorisant à travailler. Ce récépissé ne sera renouvelable qu'une fois.

b) Par ailleurs, vous pourrez prendre en compte la situation de l'étranger qui atteste d'une durée de présence qui ne peut être qu'exceptionnellement inférieure à cinq ans et qui participe depuis au moins douze mois aux activités d'économie solidaire portées par un organisme agréé au niveau national par l'État et régi par les dispositions de l'article L.265-1 du Code de l'action sociale et des familles. L'étranger concerné devra exercer une activité au sein de cet organisme dans les conditions prévues au deuxième alinéa de cet article. S'il peut faire valoir un contrat de travail ou une promesse d'embauche, qui seront visés par le service de la main d'œuvre étrangère sans que lui soit opposée la situation de l'emploi, vous pourrez lui délivrer une carte de séjour temporaire salarié ou travailleur temporaire.

c) Un étranger en situation irrégulière qui atteste d'une durée de présence qui ne peut être qu'exceptionnellement inférieure à cinq ans peut faire valoir l'exercice d'une activité professionnelle en tant qu'intérimaire.

Au titre du passé dans l'emploi, pourra être prise en compte une activité professionnelle sur une période de 24 mois précédant le dépôt de la demande d'admission exceptionnelle au séjour, dans l'intérim ou dans une autre activité salariée, attestée par des bulletins de salaire équivalant au total à au moins 12 SMIC mensuels et comportant au moins 910 heures de travail dans l'intérim.

Le nombre d'heures effectuées dans l'entreprise de travail temporaire (ETT) associée à la demande devra au moins atteindre 310 heures, le complément à 910 heures ayant pu être effectué dans d'autres entreprises.

La demande d'autorisation de travail doit prévoir une durée minimale d'emploi de douze mois, sous la forme :

- soit d'un CDI ou d'un CDD d'au moins 12 mois établi par l'entreprise utilisatrice ;
- soit de l'engagement d'une entreprise de travail temporaire (ETT) à fournir un volume de travail garantissant un cumul de missions de 8 mois de travail sur les 12 prochains mois, y compris par des contrats de mission-formation.

Dans ces conditions, vous délivrerez une carte de séjour temporaire mention « salarié ». Lors du renouvellement du titre de séjour, vous vérifierez le respect des engagements de l'entreprise de travail temporaire.

d) Les demandes formulées par des étrangers qui présentent un cumul de contrats de faible durée, comme les employés à domicile, sous réserve de remplir les mêmes conditions de durée de séjour et d'ancienneté que ci-dessus, pourront être appréciées avec bienveillance, s'agissant de l'exigence d'une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance mensuel.

Sauf cas exceptionnels, dans toutes les situations susceptibles d'ouvrir une admission exceptionnelle au séjour par le travail, vous exigerez du demandeur une maîtrise orale élémentaire de la langue française.

3. La justification de l'ancienneté de la résidence habituelle en France

Les pièces produites par le demandeur doivent constituer un faisceau d'indices suffisamment fiable et probant de nature à emporter votre intime conviction quant à la réalité de l'ancienneté de la résidence habituelle en France de l'intéressé (cf. CE, 28 juillet 2004, n°261772, M. B.).

Compte tenu de la sensibilité de cette question, il convient d'exercer de manière aussi homogène que possible votre pouvoir d'appréciation du caractère probant des pièces qui seront fournies. Les intéressés devront être invités à apporter par tous moyens la preuve de leur ancienneté de présence.

Afin de construire le faisceau d'indices qui fondera l'appréciation de vos services, vous vous appuyerez sur la classification suivante, qui distingue les preuves de présence en fonction de leur degré de fiabilité, en veillant à en assurer la meilleure information préalable auprès des intéressés :

- constituent des preuves certaines les documents émanant d'une administration publique (préfecture, service social et sanitaire, établissement scolaire, juridiction, attestation d'inscription à l'aide médicale d'État, document URSAFF ou ASSEDIC, avis d'imposition sauf s'il n'indique aucun revenu perçu en France, factures de consultations hospitalières... (cf. CAA de Marseille, 10 juillet 2012, [n°10MA02757](#), M. D.) ;

- présentent une valeur probante réelle les documents remis par une institution privée (bulletins de salaire, relevé bancaire présentant des mouvements, certificat médical de médecine de ville ...) ;

- ont une valeur probante limitée les documents personnels (enveloppe avec adresse libellée au nom du demandeur du titre de séjour, attestation d'un proche ... cf. CAA de Marseille, 21 février 2012, [n°11MA03031](#), M. M. et CAA de Paris, 20 mars 2012, [n°11PA01796](#), préfet de police c/D.)¹. Vous pourrez demander, le cas échéant, les originaux des pièces qui vous sont présentées. Il vous est recommandé de considérer que deux preuves certaines par an attestent d'une présence en France. Toutefois, votre intime conviction sera fondée sur la cohérence du dossier qui vous est soumis. Ainsi, des preuves de valeur moindre mais en grand nombre et de nature différente peuvent-elles attester d'une présence réelle quand bien même l'intéressé ne pourrait présenter de preuve certaine sur l'année. Pour mémoire, une absence de courte durée du territoire national ne peut pas faire obstacle à l'admission au séjour (cf. CE, 14 janvier 2002, [n°224501](#), M. B., sur la continuité du séjour malgré la célébration d'un mariage hors de France et CE, 29 juillet 2002, [n°241279](#), M. F., sur la tolérance d'une courte absence du territoire pour visiter un membre de famille malade).

4. Cas particuliers 4.1 – Les ressortissants tunisiens et algériens Nonobstant le fait que les ressortissants algériens ne peuvent se prévaloir des dispositions du CESEDA fixant les conditions d'admission exceptionnelle au séjour et qu'ils ne rempliraient pas l'ensemble des conditions auxquelles est subordonnée la délivrance de plein droit d'un titre de séjour au regard des stipulations de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 (cf. CE avis, 22 mars 2010, [n°333679](#), M. D.), vous pouvez, en application de votre pouvoir général d'appréciation, décider d'admettre exceptionnellement au séjour ces ressortissants en vous inspirant des critères rappelés dans la présente circulaire.

1 Le juge administratif a retenu comme justificatifs de présence suffisants pour attester la résidence habituelle en France d'un étranger : les photocopies et originaux de coupons de transports hebdomadaires ou mensuels couvrant la quasi-totalité de la période des enveloppes, photos, carte d'étudiant de l'Alliance française, lettre de la CPAM, etc. (CAA Paris, 6^e ch., 29 janv. 2008, [n°07PA03107](#), El Sayed) ou encore des relevés bancaires faisant apparaître le versement de salaires, déclarations annuelles de salaires souscrite par une société d'intérim, des certificats de travail, des contrats de mission d'intérim, la production de nombreux documents médicaux, notamment des résultats d'analyses médicales et d'examen échographique (CAA Paris, 2^e ch., 22 sept. 2010, [n°09PA06673](#), Bokung).

De même, les ressortissants tunisiens soumis aux stipulations de l'accord franco-tunisien du 17 mars 1988 pourront se voir délivrer une CST « salarié » ou « travailleur temporaire » dans les conditions prévues par la présente circulaire, en application de votre pouvoir discrétionnaire d'appréciation (CE, avis, 2 mars 2012 [n°355208](#), M. L.).

4.2 – Les travailleurs saisonniers

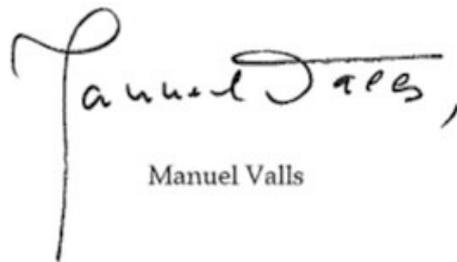
Normalement les travailleurs saisonniers étrangers, à raison même de la nature de leur présence en France, n'ont pas vocation à bénéficier d'une admission exceptionnelle au séjour, la condition de résidence habituelle faisant défaut.

Dans un souci de bonne gestion administrative des demande d'admission exceptionnelle au séjour, vous attacherez une importance particulière aux contacts réguliers avec les organisation syndicales, les organisations d'employeurs et les associations ou collectifs de défense des étrangers reconnus au plan local ou national.

Vous porterez une attention particulière et personnelle à la mise en œuvre du dispositif fixé par cette circulaire et vous voudrez bien m'informer de toute difficulté que vous rencontreriez dans son application. Un premier bilan sera adressé à la fin du mois de février.

Les services de la direction de l'immigration se tiennent à votre disposition pour vous apporter tout élément d'information complémentaire dont vous auriez besoin.

Je sais pouvoir compter sur votre engagement et celui de vos services dans cette tâche difficile.



Manuel Valls

Annexe 2.***Acquisitions de la nationalité française par mariage et par décret (y compris effets collectifs) entre 2008 et 2014***

Statistique publique

Publié le 15 janvier 2015 par le Ministère de l'Intérieur

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Evolution 2014-2013
A-Par décret	91 918	91 948	94 573	66 273	46 003	52 207	57 610	10,3%
Par décret adultes	63 042	63 513	65 305	46 479	32 875	38 093	40 941	7,5%
Par décret enfants	28 876	28 435	29 268	19 794	13 128	14 114	16 669	18,1%
B-Par mariage	16 213	16 355	21 923	21 664	22 382	17 513	19 725	12,6%
Par mariage adultes	15 585	15 655	21 022	20 719	21 525	16 786	19 000	13,2%
Par mariage enfants	628	700	901	945	857	727	725	0,3%
Total (A+B)	108 131	108 303	116 496	87 937	68 385	69 720	77 335	10,9%

Source : DGEF-SDANF-DSED

Champ : France entière

Note de lecture : sur les 77 335 acquisitions de nationalité en 2014, 19 725 étaient des acquisitions par mariage (y compris les effets collectifs).

*Annexe 3.***ADMISSION AU SÉJOUR DE RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS ENTRE 2008 et 2013**

Statistique publique – Pulié le 15 janvier 2015

		2008	2009	2010	2011	2012	2013 provisoire	2014 estimé
A. Economique	1 - Compétences et talents	183	368	319	289	286	251	230
	2 - Actif non salarié	225	98	121	121	169	150	155
	3 - Scientifique	1 926	2 242	2 268	2 073	2 691	3 029	3 630
	4 - Artiste	286	183	181	173	160	147	170
	5 - Salarié	11 718	14 240	13 725	13 546	11 201	12 981	13 820
	6 - Saisonnier ou temporaire	7 014	3 050	1 653	1 619	1 506	1 274	1 560
	Total	21 352	20 181	18 267	17 821	16 013	17 832	19 565
B. Familial	1 - Famille de Français	48 833	53 170	49 834	48 951	52 070	49 806	51 065
	2 - Membre de famille	17 304	15 171	15 678	14 809	16 581	23 132	22 905
	3 - Liens personnels et familiaux	17 328	17 374	17 666	17 411	18 519	20 235	18 395
	Total	83 465	85 715	83 178	81 171	87 170	93 173	92 365
C. Étudiants	Total	52 163	58 582	65 271	64 925	58 857	62 614	62 200
D. Divers	1 - Visiteur	4 475	5 876	6 151	6 303	6 389	6 592	6 570
	2 - Etranger entré mineur	3 015	3 365	3 704	3 918	4 762	4 981	5 300
	3 - Rente accident du travail	98	123	70	45	39	23	20
	4 - Ancien combattant	193	225	153	141	154	265	190
	5 - Retraité ou pensionné	1 398	1 200	906	544	573	548	670
	6 - Motifs divers	488	553	587	676	707	543	630
	Total	9 667	11 342	11 571	11 627	12 624	12 952	13 380
E. Humanitaire	1 - Réfugié et apatride	10 742	10 764	10 073	9 715	10 000	9 493	11 050
	2 - Asile territorial/protection subsidiaire	753	1 797	1 759	1 618	2 024	1 929	2 455
	3 - Etranger malade	5 733	5 965	6 325	6 122	6 396	5 965	6 800
	4 - Victime de la traite des êtres humains	18	55	63	32	36	38	55
	Total	17 246	18 581	18 220	17 487	18 456	17 425	20 360
Total	183 893	194 401	196 507	193 031	193 120	203 996	207 870	

Source : AGDREF / DSED

Publié le 15 janvier 2015

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	8
INTRODUCTION GÉNÉRALE	9
PREMIERE PARTIE. L'ENTRÉE DANS LA COMMUNAUTÉ NATIONALE, ENJEU DE LA DISTINCTION ENTRE NATIONAUX ET ÉTRANGERS	26
Titre 1. UNE DISTINCTION DIFFICILE DES CONCEPTS DE NATIONAL ET D'ÉTRANGER.....	28
Chapitre 1. Un statut de national tributaire d'une conception volontariste de la nationalité	29
Section 1. Une lente construction de la conception de la nationalité.....	29
§ 1. La construction de la conception moderne de nationalité	30
A. La construction d'un droit de la nationalité fondé sur la socialisation.....	30
1. Le passage du <i>jus soli</i> au <i>jus sanguinis</i> : de l'allégeance à l'appartenance.....	31
2. La réintroduction du <i>jus soli</i> : une nationalité fondée sur la socialisation.....	36
B. Le citoyen de l'époque révolutionnaire : les prémices d'une conception volontariste de la nation.....	38
§ 2. Les conceptions de la nationalité dans la pensée juridique moderne : le lien entre Nation et nationalité	42
A. La nationalité entre lien de rattachement et lien d'appartenance	42
1. La théorie normativiste : la nationalité comme lien objectif de rattachement.....	43
2. La théorie institutionnaliste : la nationalité comme mentalité	47
B. Nationalité et volonté : le retour de la nationalité comme choix d'appartenance	51
2. Le retour de la nationalité comme volonté d'appartenance.....	56
Section 2. L'indigénat, un abus de souveraineté dénaturant le statut de national.....	59
§ 1. Le statut d'indigène et ses justifications par la doctrine : retour sur une énigme juridique	59
A. Le statut de « l'indigène » : un sujet français exclu de la communauté nationale	60
B. Les justifications énigmatiques de la doctrine juridique et politique.....	65
§ 2. Signification et conséquences du droit colonial de la nationalité	68
A. Le sens du droit colonial de la nationalité : le dévoilement de la notion	68
B. Implications contentieuses présentes du droit colonial de la nationalité	71
Chapitre 2. Un statut d'étranger tributaire d'une conception volontariste de l'intégration. 78	
Section 1. La construction de la figure moderne de l'étranger	79
§ 1. L'étranger face au citoyen situé : paradoxe de la vision universaliste de la Révolution.....	79
A. Les conceptions universalistes au cœur du projet révolutionnaire.....	79

1. La promotion d'une communauté universelle : l'étranger égal du national dans une commune humanité	80
2. Les guerres révolutionnaires, justifications apparentes de la méfiance envers l'étranger et du durcissement des mesures de police	85
B. La construction progressive de la figure de l'étranger.....	88
1. L'esprit révolutionnaire, origine d'un clivage politique entre nationaux et étrangers fondé sur l'appartenance.....	88
2. L'étranger, figure extérieure exclue face une communauté culturelle unifiée.....	96
§ 2. Un statut d'étranger tributaire de l'exigence d'intégration	101
A. De l'insertion à l'intégration : le passage de la figure du travailleur immigré à l'étranger culturel.....	101
B. D'un objectif de l'action publique à une injonction faite à l'étranger	105
1. L'État, acteur clé de l'insertion puis de l'intégration	106
2. L'avènement d'une conception volontariste de l'intégration	110
Section 2. La politique de Vichy, un abus de souveraineté défendant une conception ethnique du rapport entre national et étranger	117
§ 1. La remise en cause des naturalisations républicaines : une approche raciste du rapport entre le national et l'étranger	117
A. Les fondements idéologiques de la législation de la nationalité sous Vichy	117
B. Le projet de nouveau Code de la nationalité : la construction d'une politique raciste de la nationalité pour l'avenir.....	121
§ 2. La loi du 22 juillet 1940 sur la révision des naturalisations : un symbole de la « révolution nationale » souhaitée par Vichy	123
A. Le dispositif de la loi : assurer un retour à la « pureté nationale ».....	124
B. L'application antisémite de la loi du 22 juillet 1940.....	126
C. Une jurisprudence administrative au service de la légalité antisémite en matière de nationalité	128
§ 3. Des échos présents perceptibles	132
CONCLUSION DU TITRE 1.....	138
Titre 2. UNE DÉTERMINATION HÉSITANTE DES CRITÈRES DE LA NATIONALITÉ	139
Chapitre 1. La permanence de la conception objective de la nationalité.....	141
Section 1. L'influence du droit international fondé sur l'effectivité du lien avec l'État.....	142
§ 1. Une influence directe en manque d'effectivité : la mise en place d'une protection internationale du droit à une nationalité.....	142
A. Le critère de l'effectivité : première étape du droit à une nationalité.....	143
B. La consécration textuelle du droit à une nationalité	147
C. La Convention européenne sur la nationalité : un « Code de la nationalité » ambitieux .	150
§ 2. Une influence indirecte : les principes du droit international des droits de l'homme appliqués à la nationalité	153

A. Le droit des Nations Unies : un ensemble de textes fréquemment invoqués.....	153
B. La Convention européenne des droits de l'homme : une place à préciser	156
Section 2. Le fait de rattachement en droit interne : les fondements objectifs de la nationalité .	164
§ 1. Le régime du cumul de la nationalité : une conception objective de la nationalité contestée	164
A. Une acceptation en demi-teinte de la double nationalité	165
B. L'approche fonctionnelle du conflit de nationalités.....	171
1. Une approche jurisprudentielle défendant une conception purement objective de la nationalité	172
2. Une jurisprudence concurrencée dans son esprit par le législateur.....	178
§ 2. Le régime de l'acquisition de la nationalité : des critères objectifs discutés	181
A. National par la naissance, par décision de l'autorité publique et par l'alliance : la spécificité française d'une nationalité fondée sur la socialisation	181
1. Français par la naissance : la spécificité française de combinaison de la filiation et du droit du sol.....	182
2. Français par naturalisation : les critères objectifs constants fondés sur la socialisation	186
3. Français par le mariage: l'alliance comme indice objectif de rattachement.....	191
B. Des critères objectifs fondateurs mais régulièrement contestés.....	193
1. Un droit positif défendant la nationalité comme lien objectif d'appartenance.....	194
2. La crainte d'une rupture entre nationaux de droit et nationaux de fait	197
Chapitre 2. Un renforcement de la conception subjective de la nationalité.....	202
Section 1. Une conception délicate à mettre en œuvre	202
§ 1. L'assimilation : un critère risqué.....	203
A. Une assimilation basée sur la maîtrise de la langue	204
B. Le respect des valeurs de la République : un critère fluctuant.....	212
1. L'exigence d'un mode de vie conforme aux us et coutumes.....	212
2. La « pratique radicale de la religion » : nouvel indice d'un défaut d'assimilation.	216
3. Un critère facteur d'hétérogénéité dans l'appréciation des dossiers	219
§ 2. La procédure de déchéance de nationalité, révélateur de la vision contractuelle de la nationalité	221
A. Une application singulière du principe constitutionnel d'égalité entre les nationaux.....	221
1. Une lecture établie par la décision du 16 juillet 1996.....	222
2. Une position confirmée par la décision du 23 janvier 2015	227
B. La marche vers une définition contractuelle de la nationalité.....	229
Section 2. Une conception facteur de confusion entre le national et l'étranger.....	236
§ 1. Une remise en cause de la pertinence et du sens d'un droit de la nationalité	236
A. Une déconcentration néfaste des procédures de naturalisation	236
B. Un rapprochement des statuts de national et d'étranger	241

1. Un discours politique faisant du Français par acquisition un étranger permanent	241
2. Exigence d'assimilation et exigence d'intégration : un rapprochement rapide du droit de la nationalité et du droit des étrangers	243
§ 2. De possibles clarifications à apporter.....	249
A. La centralisation des décisions d'acquisition de la nationalité.....	250
B. La suppression de la déchéance de nationalité	253
C. Une entrée dans le champ constitutionnel d'une définition du national.....	257
CONCLUSION DU TITRE 2.....	262
CONCLUSION DE LA 1 ^{ÈRE} PARTIE.....	263

SECONDE PARTIE. LA SOUMISSION A UNE MÊME SOUVERAINETÉ, ENJEU DE L'ÉQUILIBRE ENTRE NATIONAUX ET ÉTRANGERS..... 265

Titre 1. UNE SOUMISSION INÉGALE AU POUVOIR DE CONTRAINTE DE L'ÉTAT 266

Chapitre 1. Un statut d'étranger déterminé par un exercice spécifique	267
du pouvoir de contrainte	267
Section 1. Des sources éparses et soumises aux aléas politiques	268
§ 1. La législation des étrangers : une frénésie législative facteur de confusion des compétences	269
A. Une succession effrénée de lois	269
B. Une frénésie au détriment de la valeur de la loi.....	275
1. Les fondements constitutionnels de la compétence de principe du législateur	275
2. Le rôle du gouvernement dans la formation du droit des étrangers	279
3. L'illusion créée par la frénésie législative : dévalorisation de la loi et renforcement du pouvoir discrétionnaire de l'administration.....	285
§ 2. Un recours excessif aux directives facteur d'inégalités de traitement	290
A. Des circulaires indispensables à l'action administrative en matière d'immigration	290
B. Une portée limitée de la rationalisation par voie de circulaires.....	293
Section 2. L'ordre public, instrument privilégié de la maîtrise du statut d'étranger par l'État....	302
§ 1. L'ordre public fondement de la compétence du législateur.....	303
A. La constitutionnalisation de l'ordre public	303
B. Un contrôle variable	308
§ 2. L'ordre public fondement de la police administrative des étrangers	316
A. Une préoccupation de sauvegarde de l'ordre public omniprésente	317
B. Un contenu matériel difficile à apprécier.....	321
Chapitre 2. Une contrôle perfectible du pouvoir discrétionnaire de l'administration par les juges	325
Section 1. Une dualité juridictionnelle à résoudre	326
§ 1. Une dualité juridictionnelle source d'incertitudes.....	327
A. Une complexification contentieuse guidée par la volonté d'évincer le juge judiciaire	327

B. Un contentieux en manque de cohérence	336
§ 2. Des solutions controversées.....	346
A. Les contraintes constitutionnelles à la modification des compétences administrative et judiciaire.....	347
B. Les solutions à envisager.....	354
Section 2. Un encadrement encore incertain par le juge administratif	362
§ 1. Le contrôle limité du juge sur les sources administratives du statut des étrangers.....	363
A. Une orientation fréquente de l'administration quant à la motivation à adopter	363
1. La nécessaire clarification des dispositions textuelles.....	363
2. La portée de la clarification jurisprudentielle : un aiguillon respectueux du pouvoir discrétionnaire accordé par la loi	367
B. L'inopposabilité des mesures d'orientation administratives en matière de droit des étrangers.....	370
1. Le refus du caractère réglementaire des circulaires relatives au séjour des étrangers	370
2. Le refus de caractériser les circulaires de directives opposables à l'appui d'un recours	376
§ 2. Un contrôle prudent de l'appréciation opérée par l'administration	383
A. Un contrôle de la seule erreur manifeste d'appréciation dans la qualification des faits	383
B. La préférence du juge pour un contrôle des conséquences de la décision	390
CONCLUSION DU TITRE 1	400
TITRE 2. UN ÉQUILIBRE TRIBUTAIRE D'UNE DISTINCTION DE LA SPHÈRE SOCIALE ET DE LA SPHÈRE POLITIQUE.....	402
Chapitre 1. Une dissociation imparfaite entre nationalité,..... citoyenneté et protection des droits.....	403
Section 1. Une dissociation renouvelée.....	403
§ 1. L'influence déterminante du droit international	404
A. L'abandon de la conception universaliste par le processus de nationalisation des droits	404
B. Une refondation de la conception universaliste des droits par le droit international et européen.....	409
1. La Déclaration universelle des droits de l'homme.....	410
2. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.....	413
3. L'influence du statut hybride des citoyens européens sur la relation interne entre les statuts de national et d'étranger	416
§ 2. Une dissociation entre nationalité et protection des droits en partie reconnue par les juge	420
A. La reconnaissance de l'étranger comme sujet du droit constitutionnel.....	420

B. Une protection des droits dissociée de la citoyenneté et fondée sur une double acception de la résidence	427
Section 2. L'imperfection persistante de la dissociation entre nationalité et protection des droits	432
§ 1. L'étranger comme menace aux intérêts de l'État : une limite à l'universalisation des droits	433
A. L'appréciation différenciée de la notion de menace à l'ordre public.....	433
B. La présomption de menace à l'ordre public, limite du statut constitutionnel de l'étranger	438
§ 2. L'asile, une protection exceptionnelle dévoyée.....	444
A. Du droit subjectif de l'individu au droit de l'État	445
B. La confusion du droit d'asile et des politiques d'immigration : le droit d'asile dévoyé.....	452
Chapitre 2. Un cadre de cohabitation politique dépendant du lien entre nationalité et citoyenneté.....	457
Section 1. L'unité de la nation comme fondement de l'unité des citoyens	457
§1. La communauté des citoyens comme communauté nationale	458
A. La nation, cadre d'expression souveraine de la communauté des citoyens	458
B. La nation en tant qu'entité abstraite, fondement de l'unité des citoyens	466
§ 2. La figure du citoyen européen, une hybridation d'intégration trompeuse.....	471
A. Le contenu de la citoyenneté européenne et la crainte d'une remise en cause de la notion même de nationalité	472
B. La citoyenneté européenne : du contenu autonome à la protection des droits fondamentaux.....	478
1. Citoyenneté européenne et droits fondamentaux : une fusion progressive	478
2. Un rôle d'intégration plus que de participation : le détachement de la citoyenneté politique et de la citoyenneté sociale.....	482
Section 2. Nationaux et des étrangers au sein de l'espace politique	485
§ 1. La qualification du vote local : l'impossible distinction entre souveraineté nationale et élections locales.....	486
A. La théorie de l'élection locale comme processus administratif défendant une communauté d'intérêts.....	486
B. Un lien nécessaire avec la souveraineté nationale	491
§ 2. La question du pouvoir au cœur de la participation politique des étrangers.....	498
A. La participation au politique par l'exercice de droits considérés comme des renforts de la citoyenneté.....	498
B. L'accès des étrangers à l'exercice de la souveraineté par le droit de vote	502
CONCLUSION DU TITRE 2	509
CONCLUSION DE LA 2 ^{ÈME} PARTIE.....	510

CONCLUSION GÉNÉRALE	512
Bibliographie	516
Table des annexes	563
TABLE DES MATIERES	578

Résumé :

La question de la relation entre nationaux et étrangers en droit public connaît un certain nombre de mutations caractérisées par un apparent rapprochement des deux statuts juridiques et *par leur redéfinition*. La question est bien celle de la place que le droit public peut ou doit accorder à ceux qui vivent au sein de l'État mais n'en possèdent pas la nationalité et donc celle de l'actuelle signification donnée au lien de nationalité en droit public français. Cette signification semble dépendre à la fois du mode de distinction entre les concepts de national et d'étranger, c'est-à-dire de l'exercice de la souveraineté de l'État dans ce choix, et des statuts qui leur sont ensuite attachés en tant qu'ils sont liés par un élément primordial : la présence sur un même territoire. Ainsi, l'étranger, s'il n'est pas attaché à l'État par le lien de nationalité, est tout de même soumis au pouvoir étatique du fait de sa présence sur le territoire de l'État.

Logiquement le droit relatif à la nationalité et à l'extranéité est avant tout un droit d'exclusion et de restriction qui conduit à reconnaître à l'étranger moins de droits qu'au national et qui codifie cette différence. Mais ce droit est aussi, en parallèle, un droit d'intégration car il définit un statut de l'étranger dans l'État où il réside et en fait un sujet du droit de cet État.

L'enjeu d'une étude des relations entre « nationaux » et « étrangers » est donc de questionner l'actuelle distinction juridique des deux concepts. Il s'agirait ainsi à la fois de réconcilier en la matière les deux expressions du pouvoir étatique : le pouvoir de commandement unilatéral fondé sur la contrainte et la conservation de l'autonomie et de la liberté reconnue à l'individu dans la société, et d'assurer l'équilibre entre une nécessaire différenciation des statuts, en raison de l'existence d'une communauté nationale qui fonde le pacte constitutionnel et qui est à distinguer de la simple société civile, et le respect des libertés individuelles au sein de l'État.

Descripteurs : nationalité, étranger, libertés individuelles, citoyenneté

Title and Abstract :

The issue of the relationship between nationals and foreigners in civil law is undergoing a number of mutations characterised by an apparent convergence of the two judicial statuses and by their redefinition. The issue is indeed that of the place which civil law can or must grant to those who live in the State but do not possess the nationality thereof and that of the current significance given to the status of nationality in French civil law. This significance seems to depend simultaneously on the mode of distinction between concepts of national and foreigner, i.e. the exercise of State sovereignty in that choice, and the status they are then granted, inasmuch as they are tied by a primordial element: presence on the same territory. Thus, the foreigner, if not attached to the State by a tie of nationality, is nonetheless subject to state power by his or her presence on State territory.

Logically, the relative right to nationality and foreignness is primarily a right of exclusion and restriction which leads to granting the foreigner less rights than the national and which codifies this difference. But this right is also, at the same time, a right of integration as it defines a status for the foreigner in the State in which he or she lives, making the foreigner subject to the law in that State.

The concern of a study of the relations between « nationals » and « foreigners » is therefore to question the present judicial distinction of the two concepts. It will thus be necessary to reconcile the two expressions of state power: the power of unilateral command founded on constraint and conservation of autonomy and the freedom given to the individual in society, while maintaining the balance between a necessary differentiation of the statuses, by reason of the existence of a national community which establishes the constitutional pact, which is to be distinguished from simple civil society, and the respect for individual freedoms in the State.

Keywords : national, foreigner, individual freedoms, citizenship

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure