



HAL
open science

La nationalité des Etats membres et la citoyenneté de l'Union dans la jurisprudence communautaire: la nationalité sans frontières

Ségolène Barbou Des Places

► To cite this version:

Ségolène Barbou Des Places. La nationalité des Etats membres et la citoyenneté de l'Union dans la jurisprudence communautaire: la nationalité sans frontières. *Revue des Affaires européennes/Law European & Affairs*, 2011, 1, pp.29 - 50. hal-01615517

HAL Id: hal-01615517

<https://hal.science/hal-01615517>

Submitted on 12 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La nationalité des Etats membres et la citoyenneté de l'Union dans la jurisprudence communautaire : la nationalité sans frontières.

Ségolène Barbou des Places
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

Lorsqu'en 1992 est apparue une citoyenneté de l'Union conférée à ceux qui sont titulaires de la nationalité d'un Etat membre, l'attention doctrinale s'est focalisée sur la nature et le statut de cette nouvelle forme de citoyenneté. De l'article 20 paragraphe 1 du TFUE (« *est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre* »), la doctrine a donc surtout retenu qu'il érige une citoyenneté de l'Union conditionnée par la nationalité interne des Etats membres, donc dépendante : une citoyenneté de superposition ou « *par transitivité* »¹, c'est-à-dire un statut dérivé et médiatisé. Jo Shaw a même décrit la citoyenneté de l'Union comme le « *parasite* » de la nationalité². Finalement, la question fut posée de savoir si, fondée sur des nationalités multiples et créée sans le support d'une nationalité européenne, elle pouvait mériter son qualificatif de « *citoyenneté européenne* »³.

L'impact de la création de la citoyenneté européenne sur la nationalité des Etats membres fut largement ignoré⁴. Sans doute les précisions ajoutées au traité en réponse à la réaction danoise semblaient-elles clore les interrogations sur le sort de la nationalité des Etats. Ainsi, la

¹ F. CHALTIEL, « La citoyenneté européenne », in *La citoyenneté, Etudes réunies par A.-M. LE POURHIET, Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 23, 2007, p. 6.

² J. SHAW, « The interpretation of European Union Citizenship », *The Modern Law Review*, 1998, p. 295.

³ Voir C. SCHÖNBERGER, « European citizenship as federal Citizenship. Some Citizenship Lessons of Comparative Federalism », *REDP*, 2007, vol. 19, n° 1, p. 61. Sofia O'LEARY pour sa part, mettait en évidence dès 1992 l'impact négatif de la diversité des droits internes de la nationalité sur le développement de la citoyenneté. Cela la conduisait à suggérer une harmonisation de ces droits nationaux : S. O'LEARY, « Nationality Law and Community Citizenship : A tale of Two Uneasy Bedfellows », *YEL*, 1992, p. 353.

⁴ Ainsi, Carlos CLOSA considérait-il, en 1995, que si la citoyenneté de l'Union ajoute de nouveaux droits à ceux dont bénéficient déjà les nationaux des Etats membres, elle n'implique pas une profonde remise en cause de la nationalité : C. CLOSA, « Citizenship of the Union and nationality of Member states », *CMLRev.*, 32, 1995, p. 487.

déclaration n°2 relative à la nationalité d'un Etat membre⁵ indiquait-elle que « *la question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel Etat membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'Etat concerné* », précision réaffirmée par la décision des chefs d'Etat et de gouvernement réunis au Conseil européen d'Edimbourg de décembre 1992 concernant certains problèmes soulevés par le Danemark⁶. La question éminemment sensible de la nationalité avait été traitée avec prudence et le respect du à la compétence souveraine de l'Etat pour définir sa compétence personnelle avait été énoncé. Cette précision, inscrite dans le marbre du traité, devenait un verrou dont le juge communautaire allait devoir s'accommoder.

Pourtant, le développement de la citoyenneté de l'Union « *ne pouvait pas ne pas avoir* »⁷ un effet sur la nationalité de l'Etat membre. L'Union européenne ambitionne de développer un « *statut juridique et politique reconnu aux nationaux d'un Etat au-delà de leur communauté politique étatique* »⁸. La construction de cette nouvelle appartenance - supranationale ou transnationale, selon le point de vue qu'on préfère adopter - devait affecter la nationalité, ce vecteur d'identification pour les Etats et les individus. Mais la nationalité étant la marque de l'Etat, il convenait que les bornes soient déplacées avec prudence ; la jurisprudence n'a donc avancé que progressivement.

Le récent arrêt Rottmann⁹, qui conduit la Cour à soumettre la décision d'un Etat membre de retirer sa nationalité à un contrôle de proportionnalité, vient de rappeler que la relation nationalité-citoyenneté est bi-directionnelle et que le destin de la nationalité est conditionné par celui de la citoyenneté de l'Union. Cet arrêt consacre un véritable droit de regard¹⁰ sur la compétence étatique d'attribution et de retrait de la nationalité. Ce faisant, il agit comme le révélateur de l'influence de la jurisprudence sur la nationalité car il met à jour l'affectation du droit de la nationalité par la jurisprudence sur la citoyenneté. L'arrêt Rottmann confirme que

⁵ Déclaration jointe par les Etats membres à l'acte final du traité sur l'Union européenne, JO 1992, C 191, p. 98.

⁶ JO 1992, C 348, p. 1 : « *les dispositions de la deuxième partie du traité instituant la Communauté européenne (...) accordent aux ressortissants des Etats membres des droits et des protections supplémentaires (...). Elles ne se substituent en aucune manière à la citoyenneté nationale* ».

⁷ Pour reprendre la formule en double négation, révélatrice de la subtilité des rapports juridiques entre nationalité et citoyenneté de l'Union, utilisée par l'avocat général POIARES MADURO dans ses conclusions relatives à l'affaire Rottmann.

⁸ Conclusions de l'Avocat général M. POIARES MADURO présentées le 30 septembre 2009 dans l'affaire Rottmann, Aff. C- 135/08, point 16.

⁹ CJCE 2 mars 2010, *Janko Rottmann contre Freistaat Bayern*, Aff. C-135/08.

¹⁰ Selon la formule de J.-D. MOUTON, « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann (CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08) », *RGDIP*, 2010, N° 2, à paraître.

la relativisation continue des effets de la nationalité devait déboucher « à terme sur un encadrement plus étroit des autorités étatiques dans la détermination de leurs nationaux »¹¹.

A l'heure de sa majorité, on doit se demander comment la citoyenneté de l'Union affecte la nationalité des Etats membres. Comment l'influence-t-elle, avec quels effets et quelle est la portée de la jurisprudence? La nationalité des Etats est-elle réduite au statut de « *liliputienne* »¹² ou plus simplement relativisée? Certains auteurs la considèrent durablement et définitivement affectée, voire abolie¹³. Elle aurait donc cédé sous les coups de boutoirs d'une construction européenne se dotant d'une citoyenneté « *qui a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres* »¹⁴.

Toutefois, dans l'arrêt Rottmann, la Cour rappelle le principe de la compétence exclusive des Etats pour l'attribution de la nationalité. On peut par conséquent voir dans la solution Rottmann un équilibre subtil entre la logique de la citoyenneté et le pluralisme des nationalités, illustrant « *l'une des lois du fédéralisme, celle du maintien de l'unité dans la diversité* »¹⁵. Il existe donc une version moins apocalyptique du récit qui met la citoyenneté de l'Union face à la nationalité des Etats. Gardons à l'esprit que la nationalité est l'unique clé d'accès au statut de citoyen de l'Union. Ce n'est pas rien. Et F. de Castro¹⁶, s'interrogeant déjà en 1961 sur ce « *concept périmé dont il conviendrait de faire abstraction* », nous rappelle les récurrences de la « *crise de la nationalité* » dans la pensée juridique. Dès lors, plutôt que de postuler la disparition de la nationalité, on préférera tenter de saisir l'évolution en cours à travers l'idée de sa mutation¹⁷. Cet article s'efforce de mesurer l'impact de la jurisprudence sur le régime et la notion de nationalité. Il tente de comprendre à quoi renvoie la notion de nationalité dans le vocabulaire des institutions de l'Union et notamment du juge.

¹¹ E. MEISSE, Le droit de la nationalité à l'épreuve de l'intégration communautaire, in G. DUPRAT, *Union européenne, droit, politique et démocratie*, Paris, P.U.F., 1995, p. 142.

¹² Selon la formule de D. KOCHENOV, « A Glance at State Nationality/EU Citizenship Interaction (Using the Requirement to Renounce Community Nationality upon Naturalizing in the Member State of Residence as a Pretext) », communication présentée à l'occasion de la 11ème Conférence UESA, Avril 2009, Los Angeles.

¹³ G. DAVIES, « Any Place I Hang My Hat ? or : Residence is the New Nationality », *European Law Journal*, Vol. 11, N° 1., January 2005, pp. 43-56. Il se situe dans la lignée de travaux américains qui mettent en évidence la « dénationalisation » de la citoyenneté : L. BOSNIAK, « Citizenship denationalised », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 7, 1999-2000, pp. 447-509 ; K. RUBENSTEIN et D. ADLER, « International Citizenship : The Future of Nationality in a Globalized World », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 7, 1999-2000, pp. 519-548.

¹⁴ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, Aff. C-184/99.

¹⁵ J. HEYMANN, « De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt Rottmann) », *Europe*, N°6, juin 2010, p. 8.

¹⁶ F. de CASTRO, « La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité », *RCADI*, 1961, Vol. I, p. 523.

¹⁷ Voir S. BARBOU des PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, Thèse Nancy, décembre 1996, 692 p.

La tâche est délicate, en raison de l'incertitude terminologique. Les termes « nationalité » et « citoyenneté » ont, selon les langues des Etats membres, des sens différents. Quant à la nationalité, sa définition ouvre des débats interminables. Doit-on chercher sa signification dans son contenu, ses effets ou sa fonction ? Convient-il de l'aborder comme une relation horizontale (être national signifie être membre d'une collectivité, la nation ou le peuple) et/ou verticale (la nationalité est une relation à l'Etat) ? De plus, la nationalité est le point de rencontre d'une réalité sociale et d'une réglementation, l'équilibre se réalisant tant bien que mal, au gré des secousses de l'histoire et des fantaisies de la politique¹⁸. La réglementation de la nationalité se prête donc à toute forme d'instrumentalisation.

Par ailleurs, les théories de la nationalité se sont succédées, empêchant d'en avoir une vue claire. F. de Castro recense ainsi les théories « *sociologique* », « *du status* », « *du contrat* », s'opposant à la « *théorie étatique de la nationalité* »¹⁹. Elles considèrent la nationalité comme la traduction juridique d'un fait social, comme un état civil, comme un contrat synallagmatique entre l'individu et l'Etat ou comme un lien de soumission de l'individu à l'Etat. La définition de la nationalité dépend enfin de la perspective disciplinaire adoptée. Les publicistes sont plus enclins à l'appréhender en partant de l'Etat, la nationalité déterminant la substance personnelle de l'Etat. Ils définissent donc la nationalité comme le lien d'allégeance d'une personne à son Etat, une sujétion vestige du lien de vassalité²⁰. A l'époque moderne, ce lien vertical est devenu un lien unitaire à l'Etat et la nationalité est aujourd'hui explicitement reliée à la souveraineté de l'Etat²¹. Les privatistes quant à eux, définissent plus volontiers la nationalité en partant de la personne. C'est ainsi que la nationalité a pu, selon les époques, être qualifiée comme un état-civil ou comme un statut.

Devant le constat de son caractère contingent, on peut, comme François Terré, renoncer à une approche unitaire de la nationalité²² et suggérer de la définir comme un « *combiné d'intérêts, de prérogatives, de droits et d'obligations, un faisceau, dont le lien n'appellerait pas à tout*

¹⁸ F. TERRE, « Réflexions sur la notion de nationalité », *RCDIP*, 1975, p. 198.

¹⁹ F. de CASTRO, *op.cit.*, p. 546 et s.

²⁰ C'est-à-dire la relation réciproque qui supposait l'échange de la protection du Seigneur contre les devoirs du vassal. Pour une approche historique des notions de nationalité et citoyenneté, voir F. BORELLA, Nationalité et citoyenneté, in D. COLAS, C. EMERI et J. ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, pp. 209-229 ; F. BORELLA, Nationalité et citoyenneté en droit français, in D. COLAS (dir.), *L'Etat de droit*, Paris, PUF, 1987, pp. 27-51.

²¹ Aussi la doctrine allemande du XIX^{ème} siècle considérerait-elle la nationalité avant tout comme un lien de soumission de l'individu à l'Etat : l'individu doit toujours s'effacer devant l'Etat.

²² Voir F. TERRE, *op.cit.*, p. 198. L'auteur concède toutefois que certains points sont acquis : le lien et l'appartenance, médiata ou immédiate à un Etat ; le point de rattachement qui est une population constitutive d'un Etat.

prix la référence à l'unité»²³. A défaut, on propose de distinguer, comme le font traditionnellement les juristes allemands la nationalité de fait, le *Volkstum*, qui désigne l'appartenance à une communauté et le fait prolongé de la vie en commun, de la nationalité de droit (*Staatsangehörigkeit*) qui est définie comme un lien juridique entre un individu et un Etat, celui-ci appartenant à la population constitutive de l'Etat. Cette dernière définition ne règle pas toutes les difficultés conceptuelles mais c'est la définition la plus courante en droit national et international. La Cour de justice ne s'en départit pas puisque la nationalité est le « *lien juridique de droit public unissant un individu à un Etat donné dont il résulte que ledit individu devient titulaire d'un ensemble de droits et d'obligations*»²⁴.

Le rappel de cette définition ne doit pas tromper : un décalage se crée entre l'énoncé mécanique de la définition classique de la nationalité et la conception implicite de la nationalité qui sous-tend la jurisprudence. On montrera que le juge communautaire privilégie une approche formelle, le plus souvent fonctionnelle de la nationalité. Dans la jurisprudence, la nationalité n'est ni un honneur²⁵, ni une « *mentalité* »²⁶ : c'est avant tout un statut qui doit être rendu compatible avec l'objectif de développement de la citoyenneté de l'Union. Or, la réalité communautaire est celle d'un espace de mobilité, des personnes, des concepts et des projets. La prégnance de la logique fonctionnaliste, le projet de construire une citoyenneté commune, supposent une fluidité qui rejaillit sur les notions classiques sur lesquelles s'appuie le droit communautaire. Notion clé pour la définition des éléments constitutifs de l'Etat, la nationalité se trouve ainsi soumise à une pression « évolutionniste » qui affecte son régime juridique et sa définition même. Progressivement se forme une conception proprement communautaire, relationnelle, de la nationalité.

Observée au niveau de l'Union, la nationalité n'est plus – elle ne peut pas être – une relation d'exclusivité entre un individu et un Etat. Au contraire, elle est le point de départ, l'ouverture vers un statut européen, celui de citoyen de l'Union. La confrontation de la citoyenneté et de la nationalité conduit donc le juge à dénouer les liens qui attachent les Européens à leur communauté nationale pour leur permettre d'entrer en relation avec leur société d'accueil. Dans l'ordre juridique de l'Union, la nationalité ne peut donc plus être ce principe d'inclusion

²³ F. TERRE, *op.cit*, p. 198.

²⁴ Selon la définition reprise par l'Avocat général POIARES MADURO dans l'affaire Rottmann.

²⁵ La nationalité fut longtemps considérée comme un honneur en Chine. François Terré rappelle qu'elle était un lien perpétuel qui rendait impossible, sous peine de commettre une injure au céleste empire, l'acquisition d'une nationalité étrangère : François TERRE, *op.cit*, p. 198.

²⁶ Pour HAURIU, une nationalité est une mentalité, M. HAURIU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., 1930, p. 8.

qu'elle est dans l'ordre juridique interne (I). Sous l'effet de la jurisprudence, la nationalité a été épurée, édulcorée : elle est devenue un critère de rattachement (II).

I. La nationalité, principe d'inclusion

Si l'on ne s'arrête pas aux variations théoriques et historiques qu'a connues la définition de la nationalité juridique, on observe que les approches convergent autour de la double idée d'appartenance à une communauté nationale et d'allégeance à l'Etat. La nationalité a toujours renvoyé à une relation privilégiée, à une qualité qui inclut le ressortissant dans un groupe (la nation ou le peuple) et permet de le distinguer des autres. La nationalité est, dans le même temps, un état qui intègre - et permet de s'identifier à un groupe - et une règle d'exclusion de ceux qui n'appartiennent pas à la communauté. La nationalité exprime les frontières de la nation ou, si l'on préfère, les limites de la substance personnelle de l'Etat. C'est pourquoi la notion de « principe d'inclusion » nous semble la plus appropriée pour rendre compte de la nationalité juridique. La nationalité est inclusive car elle insère les nationaux dans la nation (ou le peuple) par le biais d'une relation exclusive et totale. Elle est « principe » d'inclusion car l'attachement du ressortissant à son Etat emprunte le plus souvent les voies de l'obligatorité.

La citoyenneté européenne, dont l'objet est le développement de relations transnationales, requiert une fluidité du rapport à l'Etat, notamment à son propre Etat. On voit mal comment le national d'un Etat membre pourrait s'intégrer dans la société des autres Etats membres si sa vocation européenne, son projet professionnel ou familial européen devaient être entravés par son lien à son Etat de nationalité. La nationalité, quand elle prend la forme d'une sujétion, n'est donc pas compatible avec le développement de la citoyenneté européenne. C'est pourquoi le juge communautaire décide que, dans le champ de l'Union, la nationalité ne peut être définie comme une relation d'exclusivité entre un Etat et ses ressortissants. (A). La nationalité est aussi une qualité qui permet de distinguer : elle est à la fois le support de différences juridiques et un trait distinctif. La citoyenneté de l'Union, qui suppose l'égalité, ne pouvait pas se construire sans affecter cette autre dimension de la nationalité (B).

A. La nationalité, relation exclusive

Les règles sur la nationalité (la structure juridique, si l'on veut) tentent de traduire dans les mots du droit « *l'infrastructure traditionnelle et émotionnelle* »²⁷, c'est-à-dire le sentiment d'appartenance, d'attachement à une communauté nationale. Or, si le terme « attachement » renvoie à un sentiment positif pour la collectivité d'appartenance, il désigne aussi un lien qui contraint. Cette ambiguïté terminologique est contenue dans la définition juridique de la nationalité, qualifiée de « lien » juridique d'appartenance d'une personne à la population constitutive d'un Etat dont il résulte un statut. Makarov²⁸ rappelle combien les racines historiques de la nationalité plongent dans la conception de l'allégeance du sujet à la personne du roi. Et quand l'Etat a occupé la place autrefois assignée au roi, la conception de la nationalité comme sujétion n'a jamais totalement disparu : elle est même si importante que Danièle Lochak suggère de parler « *d'étaticité* » et non de nationalité²⁹.

Les droits de la nationalité contiennent de nombreuses traces de cette sujétion. L'expression la plus évidente est contenue dans les devoirs du citoyen, tels l'obligation militaire, qui peut conduire à « *mourir pour la patrie* »³⁰. D'autres règles traduisent toutefois, même si c'est plus discrètement, le principe de l'assujettissement des nationaux. Ce sont principalement les règles de primauté de la loi nationale pour la détermination du statut personnel et les règles qui assurent la prépondérance de la nationalité du for. Le juge communautaire les a passées au tamis de la citoyenneté européenne.

1. Le désassujettissement³¹ des nationaux

Dans de nombreux Etats membres, les règles de conflits de loi ou de nationalité traduisent la sujétion des nationaux, en particulier quand elles prévoient l'obligatorité ou la prédominance de la loi de nationalité sur toute autre loi pour la définition du statut personnel. Fréquemment, alors même qu'il réside de façon permanente dans un autre Etat, le national d'un Etat est rattaché automatiquement et exclusivement à la loi nationale pour la définition de son nom, son statut matrimonial ou sa filiation.

²⁷ F. de CASTRO, *op.cit.*, p. 545.

²⁸ A. N. MAKAROV, « Règles générales du droit de la nationalité », *RCADI*, 1949, vol. 1, p. 281.p. 279. Ce rapport a trouvé une expression caractéristique dans le *common law* anglais et la théorie de l'allégeance perpétuelle à la Couronne.

²⁹ D. LOCHAK, *Etranger et citoyen au regard du droit*, in Catherine WITHOL de WENDEN (dir.), *La citoyenneté*, Edilig, Fondation Diderot, Paris, 1988, p. 79.

³⁰ Voir F. BORELLA, *Nationalité et citoyenneté*, in D. COLAS, C. EMERI et J. ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, pp. 209-229.

³¹ L'expression est empruntée à L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de J.-P. JACQUE*, Paris, Dalloz, 2010, p. 2.

La Cour de justice a eu à connaître de ces règles dans le cadre d'affaires mettant en cause un droit de citoyenneté de l'Union. Dans ses arrêts Garcia Avello³² et Grundig³³ notamment, elle y fait le choix, au nom de l'effectivité de la citoyenneté européenne, du désajustement des nationaux des Etats membres. L'arrêt Garcia Avello³⁴ est relatif à deux enfants, Esmeralda et Diego Avello, ayant la double nationalité espagnole et belge. Conformément au droit belge, l'officier d'état-civil belge a fait figurer sur leur acte de naissance le patronyme de leur père, *Garcia Avello*, comme nom de famille. Les parents d'Esmeralda et Diego ont sollicité une rectification et l'inscription du nom *Garcia Weber*, nom conforme à l'usage espagnol et sous lequel les enfants ont été enregistrés à l'ambassade d'Espagne. Mais la Belgique a refusé au motif que, en Belgique les enfants portent le nom de leur père. C'est ainsi qu'est né le litige qui a conduit le juge belge à interroger la Cour. Il lui a demandé si les dispositions sur la citoyenneté empêchent l'autorité belge, saisie du changement de nom pour des enfants mineurs disposant de la double nationalité belgo-espagnole, de refuser ce changement en faisant valoir que, en Belgique les enfants portent le nom du père. Pour la Cour, les articles 12 et 17 CE s'opposent à ce qu'un Etat refuse le changement de nom « *pour des enfants résidant dans cet Etat et disposant de la double nationalité dudit Etat et d'un autre Etat membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second Etat membre* »³⁵.

L'affaire est intéressante car la Cour règle la rencontre d'un conflit de nationalité et de l'exercice des libertés du citoyen de l'Union dans un « *sens cosmopolite* »³⁶, contraire au principe de prédominance de la nationalité locale sur toute nationalité étrangère. Le juge communautaire permet en effet aux enfants de se soustraire à l'impérativité des règles du pays où ils vivent, sont effectivement intégrés et dont ils ont également la nationalité. La doctrine³⁷ y a vu la remise en cause du principe de solution nationale impérative des conflits de lois en matière personnelle et familiale, en faveur d'un arbitrage indirectement opéré par l'opérateur

³² CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, Aff. C-148/02.

³³ CJCE 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, Aff. C-353/06.

³⁴ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, Aff. C-148/02.

³⁵ La Cour conclut à l'existence d'une différence de traitement, car contrairement aux personnes possédant seulement la nationalité belge, ils portent des noms de famille différents au regard des deux systèmes juridiques concernés. Pareille diversité de noms de famille engendre de sérieux inconvénients, notamment des difficultés à bénéficier dans un Etat dont ils ont la nationalité des effets juridiques d'actes établis sous le nom reconnu dans un autre Etat dont ils possèdent également la nationalité. Si la règle de fixité du nom peut, dans certaines circonstances être justifiée, le refus est, en l'espèce, disproportionné.

³⁶ L. d'AVOUT, « Note sous CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C- 355/06 », *JDI Clunet*, Janvier-février-mars 2009, n° 1/2009, p. 210.

³⁷ Voir M. AUDIT, note sous l'affaire *Garcia Avello*, *D.* 2004, p. 1476. Voir aussi note S. POILLOT-PERUZZETTO, *JDI* 2004, p. 1225 ou encore note P. LAGARDE, *RCDIP* 2004, p. 192.

lui même. En donnant aux enfants la possibilité de choisir la loi espagnole, ils peuvent déterminer librement laquelle, des lois de leurs deux Etats de nationalité, régit leur statut. De la sorte, ils peuvent échapper à l'impérativité de la loi belge. Plus généralement, et dans la mesure où il tend à rendre disponible le statut personnel des individus, l'arrêt doit être interprété comme une contestation de la nationalité-sujétion.

L'arrêt Grunkin³⁸ est un second arrêt iconoclaste en matière de conflits de loi. Leonard Matthias est l'enfant allemand, né au Danemark, d'un couple de ressortissants allemands (Monsieur Grunkin et Madame Paul). Il réside au Danemark sans y avoir acquis la nationalité danoise. Ses parents ayant divorcé, il est amené à de fréquents allers-retours entre le Danemark et l'Allemagne. Il est enregistré au Danemark, son lieu de résidence habituelle, sous le nom de « Grunkin-Paul » et ses parents demandent la transcription de ce nom composé sur les registres de l'état-civil allemand. Leur demande se heurte à un refus, fondée sur le droit allemand qui ne permet pas la transmission conjointe à l'enfant du nom du père et du nom de la mère. Par disposition expresse du droit international privé allemand, cette règle est applicable aux ressortissants allemands domiciliés à l'étranger. Rappelons qu'en Allemagne, la loi allemande s'impose aux Allemands établis à l'étranger. Dès lors, l'enfant devra utiliser des noms différents selon le lieu où il se trouvera : Grunkin-Paul au Danemark, Grunkin ou Paul en Allemagne.

Ayant rappelé que Leonhard Matthias est fondé à invoquer, à l'égard de l'Etat dont il est ressortissant, le droit de ne pas subir une discrimination en raison de sa nationalité, la Cour considère que le fait d'être obligé de porter, en Allemagne, un nom différent de celui enregistré dans l'Etat de résidence est susceptible d'entraver l'exercice du droit de circuler librement sur le territoire des Etats membres. Une diversité de noms de famille est de nature à engendrer de sérieux inconvénients (obligation de dissiper des doutes sur son identité, difficulté d'obtention de documents notamment). Il en découle que l'article 18 CE s'oppose à ce que les autorités d'un Etat « *refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre Etat membre où cet enfant est né et réside depuis lors et qui, à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier Etat membre.* »

En France, la doctrine internationaliste a été très critique vis-à-vis de la solution Grundig, notamment parce qu'elle impose à l'Allemagne, « *sauf invocation de motifs d'intérêt général,*

³⁸ CJCE 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, Aff. C-353/06.

à abdiquer son point de vue propre quant à la dévolution du nom de son ressortissant »³⁹. Plusieurs gouvernements avaient fait valoir que le rattachement exclusif du nom patronymique à la nationalité est un critère objectif permettant de déterminer le nom d'une personne d'une manière certaine et continue et de garantir l'unité d'une fratrie. Ce critère assurerait même « une détermination identique du nom des personnes ayant la même nationalité »⁴⁰. Ils mettaient donc en avant l'idée d'unité nationale que tente de garantir le droit interne de la nationalité et le lien très fort qui existe entre la nationalité et l'identité. La Cour n'y est pas insensible mais aucun de ces motifs, « si légitimes qu'ils puissent être en tant que tels », ne mérite de se voir attribuer une importance tel qu'il puisse justifier un refus d'un Etat membre de reconnaître le nom patronymique reconnu au requérant par le Danemark⁴¹.

Outre les questions qu'elle soulève en termes de conflits des lois⁴², la solution Grundig a été critiquée au nom de l'idée que l'application de la loi nationale aux ressortissants, « à leur condition de participant à la vie interne de cet Etat, à leur qualité de personne au sens du droit civil », participe de la définition même de l'Etat souverain⁴³. Louis d'Avout⁴⁴ conteste très fortement l'invocation de la citoyenneté européenne procurée par un Etat membre de nationalité « pour répudier le statut civil impératif que cet Etat veut imposer à ses ressortissants personnes physiques ». On peut aussi voir dans les solutions Garcia-Grundig la victoire du volontarisme sur le déterminisme⁴⁵. Les enfants Garcia Avello vont pouvoir choisir le bénéfice de la nationalité espagnole, même en Belgique ; quant au petit Mathias, il peut préférer l'application de la loi danoise à la loi de son Etat de nationalité pour la détermination des règles applicables à son nom. En d'autres termes, la Cour préférerait la « souveraineté personnelle » ou le « milieu de vie contemporain de la personne physique » à « celle du pays d'origine envers lequel on a gardé l'esprit de retour »⁴⁶. Les droits de citoyenneté seraient ainsi devenus des « armes de lutte contre toute forme de rattachement

³⁹ L. d'AVOUT, *op.cit.*, p. 211.

⁴⁰ Point 30 de l'arrêt.

⁴¹ Point 31 de l'arrêt.

⁴² L. d'AVOUT, *op.cit.*, p. 211. L'auteur considère que la réception immédiate du droit étranger dans l'ordre allemand est imposée sur le fondement de la reconnaissance mutuelle et parce que « aux yeux de la Cour, la diversité des états civils est ipso facto intolérable en Europe ».

⁴³ Louis d'AVOUT, *op.cit.*, p. 214.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Pour reprendre formule de V. CONSTANTINESCO, Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen. Retour sur quelques arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, in *La France, l'Europe et le monde, Mélanges en l'honneur de J. CHARPENTIER*, Paris, Pédone, 2008, p. 273.

⁴⁶ L. d'AVOUT, *op.cit.*, p. 213.

matériel et territorial »⁴⁷. Désormais, l'Etat de nationalité est tenu de justifier que l'application de sa loi nationale est nécessaire pour des motifs concrets d'ordre public, ce qui ressemble plus à une rupture dans l'histoire du droit de la nationalité qu'à une simple évolution.

Au fond, la voie empruntée par le juge dans ces affaires est celle d'une re-lecture de la nationalité au prisme des exigences de la citoyenneté européenne. La Cour revisite la nature du lien qui unit un national à son Etat : être national d'un Etat ne doit plus induire la soumission impérative et exclusive à l'intégralité de ses lois. La notion de lien a plusieurs sens et la Cour ne retient pas celle qui exprime une entrave, une emprise. La Cour suggère aussi que la nationalité doit être une relation non totalisante et doit s'accommoder d'une réalité sociale « internationale », qu'elle prenne la forme d'une autre nationalité ou de la résidence dans un autre Etat. Ces deux types d'attaches se forment sur la base d'une réalité affective, matérielle, qu'il est impossible d'ignorer. Ajoutons que la Cour ne conteste le principe d'inclusion-exclusivité que s'il en découle un obstacle à la réalisation des droits du citoyen. C'est peut être pourquoi Loïc Azoulai propose de voir dans les solutions Garcia-Grundig la volonté de préserver une forme particulière d'enracinement et non le triomphe de l'autonomie de la volonté⁴⁸. L'affranchissement opéré par la jurisprudence a vocation à ouvrir à d'autres attaches, avec les sociétés nationales des autres Etats membres. C'est tout l'enjeu d'une citoyenneté de l'Union progressivement dessinée comme statut d'intégration dans l'Etat d'accueil.

2. La remise en cause de la nationalité prépondérante

La solution Garcia Avello est d'autant plus éclairante qu'elle porte sur un cas de double nationalité. Dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, il est prévu que, devant un cas de double nationalité dont une est la sienne, l'Etat traite son national comme s'il n'avait pas d'autre nationalité. La nationalité du for est prépondérante et les autorités du for ignorent purement et simplement l'autre nationalité. Cette approche traduit bien la logique d'exclusivité de la relation du national à son Etat et elle est cohérente avec l'hostilité à l'égard de la double nationalité qui a longtemps dominé les règles internes et internationales.

⁴⁷ L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de J.-P. JACQUE*, Paris, Dalloz, 2010, p. 2

⁴⁸ L. AZOULAI, *op. cit.*, p. 21.

A travers sa solution Garcia Avello, la Cour conteste cette règle. Tout d'abord, la Cour développe un raisonnement audacieux pour rattacher les enfants Garcia Avello au champ d'application des dispositions sur la citoyenneté de l'Union et leur permettre de demander à la Belgique le bénéfice de ces droits. La Cour se contente en effet du constat de leur double nationalité : les enfants sont des Espagnols en Belgique. La simple présence de la nationalité espagnole suffit à constituer l'élément d'extranéité requis pour l'application des dispositions sur la liberté de circulation des personnes ; elle se substitue à une mobilité non réalisée. La nationalité est ici traitée comme une mobilité virtuelle, un fait, un élément d'extranéité que la Belgique ne peut contester. Ensuite, la solution est cosmopolite. La Cour admet qu'en présence de deux nationalités dont l'une est celle d'une for, la loi de l'autre Etat de nationalité puisse néanmoins produire des effets juridiques. Plutôt que de raisonner en termes de prépondérance de la nationalité belge, ce à quoi le droit belge l'invitait, la Cour privilégie donc une lecture déliée de la nationalité, qui rend compte de la double appartenance de fait et de droit des enfants Garcia Avello. Ce faisant, elle conteste l'idée que la nationalité puisse être la totalité de la réalité sociale et juridique des enfants. Notons que la position de la Cour s'inscrit dans une évolution sociologique et juridique dominante en Europe : la multiplication des cas de pluri-nationalité et la raréfaction des législations hostiles à la double nationalité. Elle montre surtout que la nationalité, dans l'esprit du juge communautaire, doit plus être une attache qu'un attachement.

L'arrêt Hadadi⁴⁹ conforte cette impression. L'affaire est née d'un litige sur la juridiction compétente pour prononcer le divorce de M. Hadadi et Mme Mesko. Tous deux de nationalité hongroise et française, les époux se sont mariés en Hongrie et résident en France. En 2002, M. Hadadi a introduit une requête en divorce devant le tribunal de Pest qui, en mai 2004, a prononcé le divorce des époux par un jugement devenu définitif. De son côté, en 2003, Mme Mesko a introduit une instance en divorce pour faute devant le juge français, déclarée recevable par le juge d'appel. La Cour de cassation a interrogé la Cour de justice sur l'interprétation du règlement n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. Son article 3 conduit-il à faire prévaloir, dans les cas où les époux possèdent la nationalité de l'Etat du juge saisi et la nationalité d'un autre Etat membre, la nationalité du juge saisi ? Si la réponse est négative, la nationalité désignée est-elle la nationalité la plus effective parmi les deux nationalités en présence ?

⁴⁹ CJCE, 16 juillet 2009, *Laszlo Hadadi*, Aff. C-168/08.

La Cour écarte le recours à la nationalité « effective » pour la mise en œuvre de l'article 3 du règlement 2201. Cette disposition, en tant qu'elle fait de la nationalité un critère de compétence, « *privilégie un élément de rattachement univoque et facile à mettre en application. Elle ne prévoit pas d'autre critère afférent à la nationalité, tel que, notamment, l'effectivité de cette dernière* »⁵⁰. La Cour y décrit donc la nationalité effective comme une notion peu précise, dont l'utilisation serait inopportune car « *toute une série de circonstances de fait devraient être prises en considération, lesquelles ne conduiraient pas toujours à un résultat clair* ». En outre, la nécessité d'un contrôle des liens de rattachement entre les époux et leurs nationalités respectives « *alourdirait la vérification de la compétence judiciaire, ce qui va à l'inverse de l'objectif d'une application simple du règlement 2201/2003* ». Surtout, la Cour se rallie aux arguments développés par les gouvernements intervenus, qui considéraient que, en cas de double nationalité commune, chacun des époux devrait être en droit d'introduire une instance devant le tribunal de l'Etat de nationalité de son choix. Ils estimaient le recours à la nationalité effective inopportun car il restreindrait le choix par les justiciables de la juridiction compétente, « *notamment dans le cas de l'exercice du droit de la libre circulation des personnes* »⁵¹.

Le choix du juge compétent pour prononcer le divorce, lorsqu'on est double-national, participe donc de la réalité de la libre circulation. Dès lors, on ne saurait admettre qu'une règle, fut-elle celle de l'effectivité de la nationalité, fasse obstacle à cette capacité de choisir. Le juge communautaire énonce par ce biais qu'un double national doit pouvoir choisir entre ses deux attachements. Le juge ne raisonne donc pas en termes de prépondérance de nationalité et écarte logiquement l'application du principe d'effectivité qui permet de déterminer, entre deux nationalités, laquelle doit primer. Cette position confirme la position initiée –et contestée⁵² – à l'occasion de l'arrêt Micheletti, dans lequel la Cour avait totalement occulté la théorie de la nationalité effective.

A l'occasion de l'affaire Rottmann, l'avocat général rappelait qu'en faisant de la nationalité d'un Etat membre une condition pour être citoyen européen, les Etats membres ont voulu marquer « *que cette nouvelle forme de citoyenneté ne remet pas en question l'allégeance première à nos communautés politiques nationales* »⁵³. Il n'est pas certain que le juge communautaire partage ce point de vue sans réserve. Toute marque d'allégeance qui viendrait

⁵⁰ Point 51 de l'arrêt.

⁵¹ Point 53 de l'arrêt.

⁵² D. RUZIE, « Nationalité, effectivité et droit communautaire », *RGDIP*, 1993, vol. 1, p. 109.

⁵³ Point 23 des conclusions.

conforter l'idée d'une nationalité-sujétion est suspecte aux yeux de la Cour, car elle entrave potentiellement le développement de la citoyenneté de l'Union. La nationalité doit être une relation privilégiée, plus qu'exclusive. Pour la même raison, la Cour a remis en cause les règles nationales qui singularisent le national et lui accordent un traitement préférentiel.

B. La nationalité-différenciation

Si l'on tente de définir la nationalité à partir de ses effets, c'est la différence entre les nationaux et les étrangers qui apparaît comme l'élément clé : le cœur de la nationalité se trouve « *dans la privation de certains droits, qui peut aller de pair avec la dispense de certaines obligations* »⁵⁴. Certes, il est impossible d'identifier aucune catégorie de droits ou d'obligations attribués aux nationaux et déniés aux étrangers par la totalité des ordres juridiques. Mais l'absence de catégorie universelle de droits réservés aux nationaux ne disqualifie pas les notions de préférence pour caractériser la nationalité. Au contraire, le national est « *celui auquel l'Etat confère la plénitude des droits* »⁵⁵. Cette approche est confortée par l'inscription systématique, en droit positif, de différences d'accès aux droits fondées sur la nationalité. En droit interne et international, la nationalité produit une même conséquence : la reconnaissance, au profit des nationaux, d'un statut qui n'est (en principe) pas accessible aux étrangers. Les différences fondées sur la nationalité sont admises car elles reposent sur un motif objectif et légitime de différenciation. Et si le développement des droits de l'Homme semble faire vaciller le principe du traitement différencié, il n'ouvre pas à un accès illimité de toutes les personnes à l'ensemble des droits subjectifs. La permanence des différences d'accès aux droits autorise donc à considérer le caractère discriminant comme un élément majeur du régime de la nationalité.

Or, parce que le droit communautaire a, dès 1957, consacré le principe de non-discrimination selon la nationalité dans le champ d'application du traité, la rencontre entre la nationalité et le droit communautaire ne pouvait que prendre la forme d'un choc frontal ; c'est la nationalité qui a reculé sous la charge du droit communautaire.

1. Partage des droits et déclin de la nationalité comme préférence

⁵⁴ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 622.

⁵⁵ P. MAYER et V. HEUZE, *op. cit.*, p. 623, qui sont d'ailleurs en désaccord avec cette approche.

L'histoire de la mise en œuvre du principe de non-discrimination selon la nationalité est suffisamment connue pour que l'on n'en rende compte ici que de façon très cursive⁵⁶. Rappelons toutefois que la contestation des effets de préférence a été menée par l'interdiction des clauses de discrimination directement fondées sur la nationalité, puis des discriminations indirectes. C'est ensuite le champ d'application de cette prescription qui n'a cessé de s'étendre au fur et à mesure de l'extension du champ d'application personnel, puis matériel, du droit de la libre circulation des personnes. Ainsi, à l'interdiction de discriminations liées à la mobilité physique, s'est ajoutée l'interdiction de la discrimination liée à la mobilité professionnelle, familiale et progressivement l'accès à certaines prestations sociales.

Reconnaissons toutefois que la remise en cause des effets de la nationalité est antérieure à la consécration d'une citoyenneté de l'Union et bon nombre des clauses de nationalité démantelées l'ont été par application de la liberté de circulation des « travailleurs » et non des « citoyens ». Mais la création d'un statut de citoyenneté imposait une intensification de la réalisation de l'égalité. Et à partir de l'arrêt *Martinez Sala*⁵⁷, où la Cour a décidé que la nationale d'un Etat résidant régulièrement dans un autre Etat a vocation à invoquer le bénéfice du principe de non-discrimination selon la nationalité, la Cour a fait prospérer le principe d'égalité. Elle s'est évertuée à empêcher les Etats de recourir à l'argument de la nationalité pour refuser le bénéfice des droits sociaux ou l'accès aux droits liés à la solidarité nationale⁵⁸.

Quant aux dérogations au principe de non-discrimination admises par le traité, on sait combien leur interprétation est restrictive⁵⁹. En témoignent de façon éclatante les récentes

⁵⁶ Voir, au sein d'une bibliographie très abondante, les thèses d'A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Collection Droit de l'Union européenne, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2008, 795 p. et de R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, Paris, LGDJ, 2003. Voir aussi A. BLECKMANN, « Considérations sur l'interprétation de l'article 7 du traité CEE », *RTDE*, 1976, p. 469 ; E. BRIBOSIA et a. (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1989 et en particulier dans cet ouvrage, O. de SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », p. 13 ; J. GERKRATH, « Egalité de traitement », *Rép. Communautaire*, Paris, Dalloz, 2002 ; K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, 1991, p. 3 ; F. SCHOCKWEILER, « La portée du principe de non-discrimination de l'article 7 du traité CEE », *Rivista di diritto europeo*, 1991, p. 3.

⁵⁷ CJCE 12 mai 1998, *Martinez Sala*, Aff. C- 85/96.

⁵⁸ Les figures emblématiques de cette consécration sont les arrêts *Collins* (CJCE, 23 mars 2004, Aff. C- 138/02) et *Bidar* (CJCE 15 mars 2005, Aff. C- 209/03).

⁵⁹ C'est ainsi que la Cour privilégie une lecture fonctionnelle et matérielle des emplois dans l'administration publique qui permet de resserrer l'exception autour de l'essence même de la nationalité : le lien de fidélité et de loyauté à l'Etat. De même, l'exception d'ordre public, qui permet aux Etats de déroger à la libre circulation des personnes au détriment des non nationaux, s'interprète restrictivement. Au point que la Cour réintroduit, au cœur de cette exception au principe de non-discrimination, l'interdiction de traiter différemment les ressortissants des autres Etats membres (Voir par exemple les affaires CJCE 28 octobre 1975, *Rutili*, Aff. C- 36/75 et CJCE 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille*, Aff. C-115 et 116/81).

conclusions de l'avocat général M. Cruz Villalon, présentées le 14 septembre 2010 dans les affaires mettant en cause les Etats français, belge, autrichien, luxembourgeois et grec et allemand quant au maintien de la condition de nationalité pour l'accès à la profession de notaire⁶⁰. Pour l'avocat général, une condition de nationalité doit d'emblée être qualifiée de mesure ayant une incidence sur le statut de citoyen de l'Union dans la mesure où elle utilise le motif de rattachement à la citoyenneté de l'Union, la nationalité d'un État, comme motif pour entraver l'accès à des activités qui participent à l'exercice de l'autorité publique, au sens de l'article 45 CE. Les traités ne peuvent pas admettre que le motif de rattachement à la citoyenneté de l'Union « *puisse servir de motif de dérogation à une faculté intimement liée au statut de citoyen de l'Union. En assumant une dimension transnationale, la citoyenneté européenne se fonde sur l'existence d'une communauté d'États et d'individus qui partagent une échelle de valeurs, un degré élevé de confiance mutuelle, ainsi qu'un engagement de solidarité. Si l'attribution de la nationalité d'un État fait entrer l'individu dans cette communauté de valeurs, de confiance et de solidarité, il serait quelque peu paradoxal que l'appartenance à ladite communauté ait précisément pour effet de priver le citoyen de l'Union de la possibilité d'exercer les droits et libertés que lui confèrent le traité* »⁶¹.

L'introduction de la citoyenneté de l'Union n'a donc pas seulement conforté ou amplifié le principe de non-discrimination selon la nationalité qui était inscrit dans le traité depuis 1957. L'égalité est consubstantielle à la notion de citoyenneté car la citoyenneté est à la fois une communauté et un statut d'égaux. La réalisation de la citoyenneté impose donc, sur le plan du principe même, que soient trouvés les moyens d'assurer l'innocuité de la nationalité, ce fondement potentiel de discrimination. Le projet d'une citoyenneté de l'Union fondée sur le principe de non-discrimination est la contestation la plus radicale qui pouvait exister de la nationalité préférence. On comprend pourquoi la doctrine présente les relations nationalité-citoyenneté de l'Union en termes d'« épreuve » pour la nationalité⁶².

On objectera que la fonction discriminatoire de la nationalité n'est pas affectée vis-à-vis des ressortissants d'Etats tiers puisqu'elle demeure une (la) source de différenciation et de refus d'accès aux droits. C'est même le reproche le plus souvent fait à la citoyenneté européenne

⁶⁰ Conclusions de l'Avocat général M. P. CRUZ VILLALON présentées le 14 septembre 2010, relatives aux affaires C-47/08, Commission européenne contre Royaume de Belgique, C-50/08, Commission européenne contre République française, C-51/08, Commission européenne contre Grand-Duché de Luxembourg, C-53/08, Commission européenne contre République d'Autriche, C- 54/08, Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne, C- 61/08, Commission européenne contre République hellénique.

⁶¹ Point 138 des conclusions.

⁶² Voir par exemple E. MEISSE, *op.cit.*, pp. 109-143 et V. CONSTANTINESCO, *op.cit.*, pp. 267-280.

que de s'être construite en reproduisant une logique d'exclusion. Mais ce constat confirme, plus qu'il ne conteste, l'influence de la citoyenneté de l'Union sur la fonction discriminatoire de la nationalité. La logique préférentielle n'est admise qu'hors de la citoyenneté européenne. Dès que la situation d'un ressortissant d'Etat tiers peut être rattachée au champ d'application du droit de la citoyenneté (ce qui est le cas quand est en cause, par exemple, le membre de la famille d'un citoyen de l'Union), l'effet discriminatoire de la nationalité est immédiatement encadré⁶³.

Peut être le tableau dessiné jusqu'ici est-il excessivement confiant dans le potentiel de la citoyenneté. Rémy Hernu⁶⁴ se montre beaucoup plus critique, rappelant que le citoyen européen n'est pas juridiquement dans une situation d'égalité parfaite avec les ressortissants de l'Etat d'accueil, « *la citoyenneté de l'Union ne conduisant pas à attribuer la citoyenneté de l'Etat membre d'accueil par un effet dévolutif propre* ». D'où il conclut que l'égalité n'est pas la caractéristique essentielle de la citoyenneté de l'Union qui repose « *davantage sur le principe de non-discrimination, ou encore sur la notion de traitement identique, toutes choses étant comparables par ailleurs, et sous réserve des limitations apportées par le droit* ». On conviendra avec lui que la catégorie « citoyen de l'Union » recouvre de nombreuses sous-catégories juridiques (travailleur, inactif, ascendant, conjoint du travailleur, etc) qui sont autant d'états et de régimes distincts du point de vue de l'exercice effectif des droits de liberté de circulation et de séjour. Pour Rémy Hernu, on doit même considérer que « *la logique de l'intégration fait varier la nature et l'intensité des droits reconnus en fonction de contextes personnels d'inscription sur le marché* ». En somme, la citoyenneté ne serait qu'une vocation et « *renvoie davantage à une collection de situation de fait de marché qui doivent pouvoir, comme le marché lui-même, évoluer au gré des contextes dans lesquels se place l'opérateur* ».

L'appréciation est radicale, minimisant peut être les efforts considérables du juge de l'Union pour émanciper la citoyenneté de sa signification économique. Mais surtout, elle n'empêche pas de conclure que « *dans le champ d'application du droit de l'Union* », c'est-à-dire dans la sphère juridique européenne, la nationalité ne peut plus être un motif légitime de discrimination. Et si l'on admet –et l'hypothèse nous semble raisonnable - que la non-

⁶³ On sait combien la jurisprudence a construit un régime de la famille très protecteur, relayée par la directive 2004/38.

⁶⁴ Rémy HERNU, « Le ressortissant communautaire, étranger ou citoyen dans l'Union européenne », in M. BENLOLO CARABOT et K. PARROT, Actualité du droit des étrangers. Un cadre renouvelé, des principes inchangés, Bruylant, collection droit de l'Union européenne, à paraître 2010.

discrimination est la voie pratique, positive, matérielle, de la réalisation de l'égalité, alors on admettra que la réalisation de la non-discrimination se réalise nécessairement dans un ordre juridique identifié et donc limité. D'où l'on doit pouvoir conclure que c'est bien un principe d'égalité qui, dans le champ du droit de l'Union, conteste à la nationalité sa nature de source de préférence –ou de discrimination. Et l'histoire de la nationalité n'offre guère d'exemples de nationalités qui ne soient pas préférence.

2. *Distribution des droits et effacement de la nationalité comme trait distinctif*

L'introduction en droit communautaire d'un statut de ressortissant communautaire, puis de citoyen de l'Union, a obscurci la dichotomie traditionnelle entre national et étranger⁶⁵. Si on observe sa nationalité, le citoyen de l'Union est un étranger dans son Etat membre d'accueil. Mais si on s'attache à l'examen de ses droits, on doit convenir que sa situation juridique dans l'Etat d'accueil le rapproche des nationaux de l'Etat d'accueil et l'éloigne des autres étrangers. On comprend pourquoi les citoyens de l'Union sont qualifiés de « *quasi-nationaux* »⁶⁶.

Si l'on se place dans la sphère communautaire, on observe un phénomène très comparable pour les ressortissants d'Etats tiers. Un nombre croissant de règles communautaires a eu pour objet de leur conférer certains droits de circulation ou d'intégration. Outre les ressortissants d'Etats tiers proches du citoyen de l'Union, le droit de l'Union confère un statut dit-privilegié aux ressortissants d'Etats tiers dont l'Etat a passé une convention avec l'Union européenne ou aux résidents de longue durée⁶⁷. Il y a eu reconnaissance progressive de droits, par extension et par cercles concentriques⁶⁸, à ces nouveaux titulaires. Cela est particulièrement marquant quant aux droits de libre circulation.

La qualification de la situation juridique de ces ressortissants d'Etats tiers est devenue incertaine. En l'absence de nationalité d'un Etat membre, le ressortissant d'Etat tiers membre de la famille d'un citoyen de l'Union est hors du champ de la citoyenneté. A ce titre, il devrait en principe relever du droit (national ou communautaire) de l'immigration. Pourtant, l'observation de son statut juridique en droit communautaire (droits et obligations qui lui sont

⁶⁵ Voir sur cette question R. HERNU, *op.cit.* ; voir aussi H. LABAYLE, « L'étranger dans l'Union européenne », in *Le droit à la mesure de l'homme, Mélanges en l'honneur de Ph. LEGER*, Paris, Pédone, 2006, pp. 423-434.

⁶⁶ L. AZOULAI, *op.cit.*, p. 13.

⁶⁷ Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16 du 23.1.2004, p. 44-53.

⁶⁸ Voir sur ce point la démonstration de J.Y. CARLIER, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regards sur la directive n°2004/38 », *CDE*, 2006, n°1-2, p. 33.

accordés par le droit de l'Union, au titre de la directive 2004/38 notamment) permet de le comparer à un citoyen de l'Union et d'estimer qu'il a été attiré dans le champ du droit de la citoyenneté⁶⁹.

Ces évolutions combinées conduisent à un brouillage conceptuel qui affecte le concept de nationalité. On peine aujourd'hui à établir une corrélation entre la qualité d'une personne (citoyen de l'Union ou ressortissant d'Etats tiers par exemple) et le statut juridique qui doit en découler (bénéfice de la liberté de circulation ou statut régi par les règles sur l'entrée et le séjour des étrangers). Il n'y a plus de correspondance entre le contenant (la qualité de citoyen de l'Union) et le contenu (droits et obligations mentionnés par les articles 18 à 25 TFUE).

En réalité, l'attraction de nouveaux bénéficiaires dans le champ du droit communautaire s'est manifestée par l'attribution saccadée et parcellaire de droits « sécables ». Tel étranger s'est vu reconnaître le bénéfice du droit d'entrée, droit autrefois conditionné à la nationalité. Tel autre s'est vu reconnaître un droit d'accès privilégié à l'emploi. Mais cela ne fait pas de l'étranger un national pour autant. Il est par conséquent discutable de prétendre, comme le font certains membres de la doctrine⁷⁰, que le droit de l'Union traite « *comme des citoyens de l'Union* » les ressortissants d'Etats tiers à qui il confère certains des droits du citoyen de l'Union (droit de pétition, de saisir le médiateur, droit de vote à la suite de l'arrêt Espagne contre Royaume-Uni⁷¹). Il ne s'agit en effet pas de l'attraction de ces personnes dans le cercle des citoyens, mais plus prosaïquement de reconnaissance partielle de certains des droits qui composent le statut de citoyenneté.

La distribution des droits à de nouveaux titulaires a induit une multiplication des catégories juridiques d'étrangers en droit de l'Union⁷² (étranger citoyen de l'Union, ressortissant d'Etat tiers membre de la famille, résident d'Etat tiers de longue durée, bénéficiaire de la directive regroupement familial, etc). Cette multiplication des statuts juridiques rend largement

⁶⁹ S. BARBOU des PLACES, « Droit de la libre circulation et droit des migrations : où est la frontière ? », in *Mélanges offerts au Professeur Ph. MANIN*, Paris, Pédone, 2010, pp. 319-334.

⁷⁰ Ainsi V. CONSTANTINESCO indique que « on peut aboutir à des constatations de prime abord étranges- selon laquelle, d'une part, le citoyen de l'Union peut être un national d'un Etat tiers, et d'autre part, on pourra constater que cette même 'citoyenneté de l'union' n'est pas accessible à certaines catégories de personnes possédant, pourtant, la qualité de national d'un Etat » : V. CONSTANTINESCO, *op.cit.*, p. 269 ; ou encore Jean-Yves CARLIER qui voit dans l'arrêt Chen un « élargissement de nationalité aux ressortissants d'Etat tiers membres de la famille », in Colloque de Genève, janvier 2006, L'Europe et les étrangers, cité par V. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 271.

⁷¹ CJCE 12 septembre 2006, *Espagne contre Royaume-Uni*, Aff. C-145/04.

⁷² Cette fragmentation contraste d'ailleurs singulièrement avec l'évolution qu'avait permis la création de la catégorie «citoyen de l'Union» venant remplacer et unifier les catégories juridiques multiples («travailleurs salariés», « prestataire de services », etc.) d'acteurs bénéficiaires du droit de la libre circulation.

inopérante la traditionnelle partition national-étranger. Cette bi-partition était en effet une distinction conceptuelle et juridique opératoire qui n'a plus guère de signification dès lors que les citoyens de l'Union sont quasi-nationaux, donc quasi-étrangers. De même, nous avons vu que certains étrangers « extracommunautaires » sont dans une situation juridique comparable à celle des citoyens de l'Union.

Il semble donc que nous soyons définitivement sortis de l'ère de l'opposition dichotomique *insiders/outsiders*. L'attribution progressive mais continue de droits à des non-nationaux empêche désormais la nationalité de jouer son rôle traditionnel de marqueur, de trait distinctif entre les titulaires des droits et les exclus des droits. Nous sommes définitivement éloignés de la logique binaire de différenciation qui prévalait, dans l'Antiquité, entre les nationaux qui se voyaient reconnaître la personnalité juridique et les étrangers qui en étaient exclus. La nationalité n'est donc cette « nature » qui permet de décrire ceux qui ont la plénitude des droits. Les frontières de la nationalité s'effacent au fur et à mesure qu'elle n'indique plus clairement, du point de vue juridique qui sont les « amis » et les « ennemis », pour reprendre la distinction schmittienne.

La question est donc posée de savoir si une disjonction entre le mot et le concept de nationalité n'est pas en train de se former. A certains égards, l'émergence de la catégorie doctrinale de « *denizen* » est compréhensible : elle tente de reformer l'unité conceptuelle des catégories juridiques de national et d'étranger en rétablissant une corrélation entre la nature, la qualité, et le statut qui en découle. Est appelé *denizen*, (ni national, ni étranger) celui dont le statut juridique est entre celui de national et d'étranger parce qu'il bénéficie de droits de séjour et de droits économiques et sociaux mais reste exclu des droits politiques, dernier bastion de la nationalité⁷³. Parfois le terme *denizen* est plutôt utilisé pour désigner celui qui bénéficie de la quasi-totalité des droits mais qui reste étranger parce qu'il n'acquière pas la nationalité. En tous les cas, cette catégorie tente de saisir une réalité « à cheval »⁷⁴, intermédiaire et s'efforce de dépasser l'approche dichotomique que suppose la distinction national/étranger. La construction de ce concept s'est avérée très fructueuse pour rendre compte d'un phénomène de gradation, un continuum. Convenons toutefois qu'il s'agit d'une catégorie doctrinale et que le *denizen* n'est pas une catégorie du droit positif, contrairement aux catégories d'étranger, national, citoyen de l'Union ou ressortissant d'Etat tiers.

⁷³ Voir N. WALKER, « Denizenship and the Deterritorialization in the EU », *EUI Working Papers*, LAW 2008/08.

⁷⁴ Un « *In between* », selon N. WALKER, *Ibidem*.

On ajoutera, pour illustrer la puissance du tourbillon dans lequel se trouve emporté la nationalité, que s'ajoute un phénomène concomitant : la montée en puissance d'autres critères auxquels recourt le juge pour fonder l'accès aux droits. On pense notamment au critère du « lien réel » qui fonde l'accès aux droits sociaux que la seule nationalité d'un Etat membre ne suffit pas à garantir⁷⁵. Cette évolution oblige à admettre que la proximité de la personne et de son Etat, qui seule justifiait l'exclusivité des droits, n'est plus assurée par le lien de nationalité. La contestation du monopole traditionnellement conféré au lien de nationalité attributaire de droits est totale.

Peut-on conclure au déclin ou à la crise de la nationalité ? Dans le champ d'application du droit de l'Union, la nationalité ne peut plus, ni être préférence, ni motif légitime de discrimination puisqu'elle est, dans le même temps, « motif de rattachement »⁷⁶ à la citoyenneté de l'Union. La nationalité n'est plus non plus ce trait distinctif qu'elle continue à être, dans l'ordre interne, entre le national à qui la plénitude des droits est conférée et l'étranger qui se définit, sur le plan juridique, par la privation de (certains) droits. L'enjeu est considérable car il y va de la pérennité des aspects juridiques de la nationalité qui en font une relation protectrice et exclusive. L'exclusion, la séparation, sont l'essence même de ce qu'Etienne Balibar appelle la « *forme nation* »⁷⁷. En tant que structure, cette forme nation produit une différenciation et la perpétue, donc exige qu'elle soit défendue. D'où la difficulté de prédire, selon lui, comment les Etats-nations et leurs populations peuvent se déterminer dans un cas où la règle d'exclusion devient historiquement inopérante, où il se révèle impossible de la maintenir et de l'adapter à un déplacement de frontières⁷⁸. On peut donc légitimement se demander si l'affectation de l'effet de la nationalité est une atteinte ou une dénaturaison de la nationalité. Pour Gareth Davies⁷⁹, la seconde lecture s'impose : l'article 12 CE a aboli la nationalité. Le traité rend son usage illégitime dès lors qu'il s'agit de définir la situation juridique des individus. La nationalité, « *concept juridiquement redondant* », devrait donc être

⁷⁵ Voir sur ce point les intéressantes remarques de L. AZOULAI, *op.cit.*, p. 1 et s.

⁷⁶ Comme le rappelle l'Avocat général Cruz Villazon, Conclusions présentées le 14 septembre 2010, relatives aux affaires C-47/08, Commission européenne contre Royaume de Belgique, C-50/08, Commission européenne contre République française, C-51/08, Commission européenne contre Grand-Duché de Luxembourg, C-53/08, Commission européenne contre République d'Autriche, C- 54/08, Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne, C- 61/08, Commission européenne contre République hellénique.

⁷⁷ E. BALIBAR, *Nous, citoyens d'Europe ? Les frontières, l'Etat, le peuple*, Paris, Editions La Découverte, 2001, p. 47.

⁷⁸ E. BALIBAR, *op. cit.*, p. 48

⁷⁹ G. DAVIES, « Any Place I Hang My Hat ? or : Residence is the New Nationality », *European Law Journal*, Vol. 11, N° 1., January 2005, p. 55.

remplacé par le concept de résidence, seul critère à même de conformer au projet communautaire la définition du statut des étrangers et celui des nationaux expatriés.

On sera plus nuancé car la réponse suppose de trancher, au préalable, la question de savoir si la nationalité est (au sens de devoir être) ou peut être (et est le plus souvent, en droit positif) source de différences. Cela revient à demander si la fonction distinctive et discriminatoire de la nationalité est historique et/ou ontologique. On se contentera, dans le cadre de cette étude, de constater que la réalisation de la citoyenneté de l'Union se tient dans le creux de cette interrogation. Mais il ne semble pas pertinent de conclure que la nationalité a été « abolie », ni de suggérer qu'elle serait une notion vide. Le simple fait que le traité y fasse référence témoigne en faveur de sa réalité juridique.

Disons donc plutôt que, placée dans le champ européen et confrontée à la citoyenneté qui se meut dans un espace qui la dépasse, la nationalité est redéfinie par le juge. Celui-ci considère que la vocation du citoyen de l'Union est de se mouvoir et d'entrer en relation avec les sociétés nationales des autres Etats membres, et non pas d'être « inclus » dans sa seule société nationale. Pour s'intégrer à la société d'accueil, il doit pouvoir invoquer le bénéfice de droits du citoyen. C'est sa nationalité d'origine qui lui ouvrira cet accès aux droits de l'Etat d'accueil. Le droit communautaire fait donc de la nationalité un point de départ, une origine, mais aussi un critère qui mène à l'égalité de droits dans un autre Etat membre. C'est une conception rénovée de la nationalité qui découle de la jurisprudence : la nationalité, en droit de l'Union, n'est pas un principe d'exclusion ; c'est un critère de rattachement.

II. la nationalité, critère de rattachement

L'article 20 TFUE donne à la nationalité des Etats membres un rôle déterminant : elle est l'unique critère d'accès à la citoyenneté de l'Union. Sans surprises, la doctrine l'a donc qualifié de « clé » et de « portail ». Cette qualité est attestée par Myriam Benlolo Carabot qui fait observer que la nationalité n'est ni la source, ni le fondement de cette citoyenneté : ce fondement se trouve dans la pluralité des nationalités des Etats membres⁸⁰. N'étant ni fondement ni source de la citoyenneté, la nationalité est donc rabattue sur sa fonction : elle

⁸⁰ M. BENLOLO CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 350.

est, dans l'ordre juridique communautaire, le critère de rattachement des ressortissants des Etats membres à la qualité de citoyen européen.

Le rôle de la nationalité est donc relationnel : il s'agit de mettre en relation le national d'un Etat avec la société d'un autre Etat membre - en transitant par la citoyenneté européenne. Pour ces raisons, il nous semble pertinent de qualifier la nationalité de « critère de rattachement », le terme « rattachement » évoquant le mouvement, la connexion. En un sens, c'est un paradigme relationnel -on pourrait presque dire communicationnel - qui a été posé par l'article 20 TFUE.

La tâche du juge communautaire est de garantir l'accès à la citoyenneté et l'exercice effectif des droits du citoyen de l'Union. Cela le conduit à une approche spécifique de la nationalité, qu'il s'agisse de préciser le régime de la compétence d'attribution de la nationalité ou celui de l'opposabilité de la nationalité. La théorie mathématique nous semble féconde pour saisir l'approche du juge européen. Tout d'abord, la Cour appréhende la nationalité comme le vecteur de la citoyenneté européenne. Elle en déduit que l'Union doit disposer d'un droit de regard de l'Union sur la compétence nationale d'attribution et de retrait de la nationalité interne (A). Ensuite, le juge « européenise » la nationalité en admettant que les effets de la nationalité attribuée par un Etat membre se prolongent dans les autres Etats membres. En édifiant un régime d'opposabilité inconditionnelle, la Cour définit la nationalité comme « commune » aux Etats d'origine et d'accueil: elle est un point d'intersection (B).

A. La nationalité comme vecteur

En mathématiques, un vecteur est une correspondance; c'est un déplacement dans un espace multidimensionnel. Dire que la nationalité est un vecteur dans le système de l'Union permet de mettre en évidence sa spécificité dans l'ordre de l'Union. Elle n'est pas un statut juridique, ni même le support de droits personnels, puisque c'est la citoyenneté de l'Union qui a désormais cette fonction. Elle est un état juridique formant une condition préalable de la jouissance des droits de citoyenneté européenne. Elle est surtout dynamique, mouvement car elle est cette qualité qui hisse le national d'un Etat membre vers la qualité de citoyen de l'Union, ce qui lui permet d'accéder, dans un Etat dont il n'a pas la nationalité, aux droits garantis par le traité.

Dans l'arrêt Rottmann, le juge communautaire a montré qu'il est très attentif à cette fonction de la nationalité. M. Rottmann, Autrichien ayant quitté l'Autriche pour s'installer en

Allemagne, a obtenu la nationalité allemande par naturalisation, ce qui a entraîné la perte immédiate de sa nationalité autrichienne. Mais Monsieur Rottmann ayant caché la procédure judiciaire dont il faisait l'objet en Autriche, l'Allemagne a retiré la décision d'octroi de la nationalité en raison de son acquisition frauduleuse. Parce que la perte de la nationalité allemande entraînait la perte de la qualité de citoyen de l'Union, le juge allemand s'est interrogé sur la compatibilité de la décision de retrait avec les dispositions sur la citoyenneté de l'Union⁸¹. La Cour a décidé que le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre retire à un citoyen de l'Union européenne la nationalité acquise par naturalisation lorsque celle-ci a été obtenue de manière frauduleuse « *à condition que cette décision de retrait respecte le principe de proportionnalité* ». C'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient de vérifier si la décision de retrait est proportionnée⁸².

L'affaire Rottmann se prête à des interprétations diverses. Jean-Denis Mouton y voit une position conciliatrice⁸³ puisque le juge fait le choix de ne pas déclarer que les règles d'acquisition et de perte de la nationalité sont encadrées par le droit de l'Union, tout en soumettant au contrôle de proportionnalité la décision allemande de retirer la naturalisation. Jeremy Heymann y voit une volonté plus marquée de la Cour, qui recourt à la technique fédérale de la préemption. Le juge ne pouvant consacrer la théorie de la double citoyenneté en droit de l'Union, il a entendu passer par la voie d'un contrôle juridictionnel (opéré au regard du droit de l'Union) pour protéger la « citoyenneté européenne »⁸⁴. En tout état de cause, la solution Rottmann confirme que la compétence étatique d'attribution de la nationalité est exclusive, mais non discrétionnaire. Elle trouve sa limite dans une nécessaire conciliation avec les exigences de l'ordre juridique de l'Union.

En réalité, l'ambition de la Cour est ailleurs. Son objectif n'est pas d'empiéter sur la compétence nationale d'attribution de la nationalité ; elle en rappelle d'ailleurs les

⁸¹ Il a donc demandé à la Cour si l'Allemagne devait s'abstenir de retirer la nationalité obtenue frauduleusement aussi longtemps que ce retrait aurait pour conséquence la perte de la citoyenneté de l'Union. Il souhaitait également savoir si l'Etat de nationalité initiale (l'Autriche) devait adapter son droit national de la nationalité de manière à éviter une telle conséquence juridique.

⁸² Point 55 de l'arrêt. A cette fin, la juridiction tiendra compte des conséquences « *que cette décision emporte pour l'intéressé et, le cas échéant, pour les membres de sa famille en ce qui concerne la perte des droits dont jouit tout citoyen de l'Union* ». Il importe de vérifier « *si cette perte est justifiée par rapport à la gravité de l'infraction commise par celui-ci, au temps écoulé entre la décision de naturalisation et la décision de retrait ainsi qu'à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer sa nationalité d'origine* » (point 56).

⁸³ J.-D. MOUTON, *op.cit.*

⁸⁴ J. HEYMANN, *op.cit.*, p. 6.

fondements⁸⁵. L'enjeu de la solution Rottmann est de protéger l'accès au statut de citoyen de l'Union. Le droit de regard que le juge consacre a pour seul objet de garantir que les droits énoncés dans le traité ne sont pas arrêtés par cette frontière que constituerait le lien de nationalité. Au fond, on reste dans les grandes lignes du schéma décrit par Myriam Benlolo Carabot à propos de l'arrêt Micheletti⁸⁶ : « *antithèse d'une « communautarisation » de la compétence, le schéma retenu aboutit à une « fonctionnalisation » progressive du critère de nationalité au fur et à mesure du développement des objectifs communautaires* ».

Les termes employés par le juge méritent d'être relevés ; ils trahissent sa conception de la nationalité. De façon très répétitive, la Cour, comme l'avocat général, indique que l'objet de l'affaire est la connexion, le point de rencontre entre la nationalité et la citoyenneté. Ainsi, Miguel Poiaras Maduro demande si « *dans la mesure où* » la citoyenneté de l'Union européenne dépend de la jouissance de la condition nationale d'un Etat membre, la compétence d'attribution et de retrait de la nationalité peut encore être exercée sans aucun droit de regard du droit communautaire. Il considère encore que : « *dans la mesure où la possession de la nationalité d'un Etat membre détermine la possession de la citoyenneté de l'Union* », on ne saurait dénier une quelconque portée à l'obligation de respect du droit communautaire sur l'exercice de la compétence des Etats membres en matière de nationalité⁸⁷. Il dit encore : « *Ladite obligation ne peut pas ne pas faire peser quelque contrainte sur l'acte étatique de retrait de la nationalité, dès lors que celui-ci emporte la perte de la citoyenneté de l'Union et sauf à affecter la compétence de l'Union pour déterminer les droits et devoirs de ses citoyens de l'Union* ». Il en tire la conclusion que « *dès lors que le retrait de la naturalisation n'est pas motivé par l'exercice des droits et libertés découlant du traité ni n'est fondé sur un autre motif interdit par le droit communautaire* », le droit communautaire ne s'oppose pas à la perte de la citoyenneté de l'Union.

A son tour, la Cour a insisté sur l'interdépendance nationalité-citoyenneté de l'Union. Elle a même établi que la situation d'un citoyen de l'Union confronté à une décision de retrait de la naturalisation adoptée par les autorités d'un Etat « *le plaçant, après qu'il a perdu la*

⁸⁵ La Cour réaffirme le principe énoncé à l'article 1^{er} de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (« *il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux* »), ainsi que les jurisprudences internationales (notamment CPJI, 7 février 1923, *Avis consultatif sur le différend franco-britannique au sujet des décrets français sur la nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Publications de la CPJI, Série B, n° 4, p. 24 ; CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm, Liechtenstein/Guatemala*, Rec. 1955, p. 20). La Cour rappelle bien entendu la solution Micheletti.

⁸⁶ M. BENLOLO CARABOT, *op.cit.*, p.161

⁸⁷ Point 26 des conclusions.

nationalité d'un autre Etat membre qu'il possédait à l'origine, dans une situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par l'article 17 CE et des droits y attachés relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union »⁸⁸. C'est là que se situe le cœur de l'arrêt : ce n'est pas le retrait de la nationalité en tant que tel qui intéresse le droit de l'Union, mais le fait que ce retrait ait un effet sur la possession de la qualité de citoyen de l'Union. Cette connexion est suffisante pour placer M. Rottmann - et la décision allemande – dans l'orbite du droit de la citoyenneté. La Cour empêche donc les États membres d'interférer dans le lien entre le citoyen et l'Union, en privant celui-ci de manière injustifiée de sa nationalité.

Dans cette première occasion qui lui était donnée, la Cour n'a donc pas franchi le pas d'encadrer les règles d'attribution et de retrait de la nationalité. En faveur de cette communautarisation, les arguments n'ont pourtant jamais manqué⁸⁹. Mais la Cour a trouvé un équilibre plus subtil entre les exigences de réalisation de la citoyenneté européenne et la protection de la compétence étatique dans le domaine de la nationalité⁹⁰. Elle a renoncé à la communautarisation de la compétence de retrait de la nationalité mais mis le point de connexion entre la nationalité et la citoyenneté sous surveillance. Lorsque la décision de l'Etat a un impact sur les droits de citoyenneté, l'Etat est soumis à une forte exigence de justification. On pourrait même dire que l'intensité de l'obligation de justification est proportionnelle à l'effet de la décision nationale sur les droits de citoyenneté.

Le contrôle de proportionnalité doit ainsi conduire le juge national à vérifier les conséquences que comporte la décision de retrait sur la situation de la personne concernée « *au regard du droit de l'Union* » ; la juridiction s'attachera notamment à tenir compte des conséquences que cette décision emporte pour l'intéressé et les membres de sa famille « *en ce qui concerne la perte des droits dont jouit tout citoyen de l'Union* »⁹¹. C'est la raison pour laquelle le juge allemand est tout particulièrement chargé d'examiner « *la possibilité pour l'intéressé de recouvrer sa nationalité d'origine* ». En cas de recouvrement de sa nationalité d'origine – la nationalité autrichienne-, Monsieur Rottmann redeviendrait citoyen de l'Union. Le retrait allemand n'aurait donc plus pour effet de priver une personne de sa qualité de citoyen de

⁸⁸ Point 42 des conclusions. C'est nous qui soulignons.

⁸⁹ Ainsi, certains auteurs sont convaincus que, le critère de nationalité étant posé par une règle de droit communautaire, la Communauté doit pouvoir décider d'y déroger ou de la contrôler. Voir T.C. HARTLEY, *EEC Immigration Law*, Northern Holland 1978, p. 76, cité par C. GREENWOOD, *op.cit.*.

⁹⁰ Elle se situe sur une ligne plus proche de C. GREENWOOD qui proposait de laisser les Etats libres de désigner librement leurs nationaux pour se prononcer sur les conséquences qui résulteraient, en droit communautaire, de cette décision : « Nationality and the limits of the free movement of persons in Community law », *YEL*, 1987, p. 188.

⁹¹ Point 56 de l'arrêt.

l'Union et sa nocivité au regard du droit communautaire s'en trouverait amoindrie. C'est donc bien le retrait d'une nationalité, observée en relation avec celle d'un autre Etat, - et uniquement s'il prive la personne de sa qualité de citoyen de l'Union-, qui relève de la compétence communautaire.

Au fond, la solution Rottmann est peut être moins importante que le raisonnement qui la sous-tend. La nationalité n'y est pas traitée comme une substance ou comme le support de droits. Elle est abordée comme un critère de rattachement, un vecteur. Peut être est-ce pourquoi la Cour n'a pas la même approche de la « *la solidarité et la loyauté* » que son avocat général. La référence à la « *solidarité et la loyauté, fondements du lien de nationalité* » n'est pas nouvelle : la Cour l'a inauguré dans sa jurisprudence sur les emplois publics. Mais M. Poiares Maduro va plus loin car « *ce qui est en cause, au travers du rapport de nationalité, c'est la constitution d'une communauté nationale* »⁹² D'où il conclut que l'on ne saurait « *en déduire l'impossibilité absolue de retirer la nationalité, au cas où ledit retrait emporterait la perte de la citoyenneté de l'Union* »⁹³. Une telle solution reviendrait à exclure la compétence des Etats pour réglementer les conditions de leur nationalité et affecterait leur autonomie. Elle contreviendrait « *au devoir (...) de respecter l'identité nationale des Etats membres, dont la composition de la communauté nationale constitue, à l'évidence, un élément essentiel* ».

La Cour ne semble pas encline à porter une telle attention à la dimension sensible, réelle de la nationalité. Reproduisant la logique de sa jurisprudence « marché intérieur », elle s'attache à régler la triple question de l'applicabilité du droit de la citoyenneté de l'Union, de l'existence d'une atteinte à cette liberté et de l'éventuelle justification de l'atteinte. Parce qu'en l'espèce, l'obstacle à la qualité de citoyen est la privation de la nationalité allemande, la Cour cherche s'il y a une justification possible à un tel retrait. Recourant à son modèle argumentatif habituel et utilisant le vocabulaire du régime juridique des entraves, elle qualifie de « *motif d'intérêt général* », donc de fondement « *légitime* », la protection par l'Etat du « *rapport particulier de solidarité et de loyauté entre lui-même et ses ressortissants ainsi que la réciprocité de droits et de devoirs, qui sont le fondement du lien de nationalité* »⁹⁴.

Cette position est logique si l'on accepte de voir la nationalité come un vecteur, un instrument de mise en relation et non comme un lien substantiel. Dès lors que l'attribution de la nationalité n'est analysée que comme un moyen d'accéder à la qualité de citoyen de l'Union,

⁹² Point 17 des conclusions.

⁹³ Points 24 et 25 des conclusions.

⁹⁴ Point 51 de l'arrêt.

donc de se placer dans le champ d'application des dispositions sur la citoyenneté, le contenu du lien de nationalité, ce qui le fonde, n'intéresse pas le juge communautaire, qui se contente d'apprécier si son invocation est « *légitime* ». La Cour s'intéresse aux effets de la décision de retrait, pas à ce que la nationalité suppose, consacre, sous-tend ou explicite. La nationalité comme substance est renvoyée à la sphère nationale, tandis que l'ordre juridique communautaire traite des effets qu'elle doit concilier avec les exigences européennes.

Cette lecture fonctionnelle de la nationalité induit, il est vrai, une approche très formelle et démythifiée de la nationalité. Myriam Benlolo Carabot voyait dans la jurisprudence une nationalité « *fonctionnalisée* », c'est-à-dire objectivée⁹⁵. L'arrêt Rottmann confirme son raisonnement. Cela n'en fait pas pour autant une nationalité fonctionnelle⁹⁶, ni une notion fonctionnelle⁹⁷. Mais le caractère dynamique, relationnel, de la nationalité est déterminant dans la définition de sa nature. C'est uniquement dans son rapport à la citoyenneté de l'Union que la nationalité interne peut être définie. C'est aussi dans sa capacité de mettre en relation le citoyen de l'Union avec les autres Etats membres que la nationalité peut être comprise. La Cour a dégagé de cette idée un régime spécifique de l'opposabilité de la nationalité. On y voit la nationalité appréhendée comme une intersection.

B. La nationalité comme intersection

La Cour a construit un régime spécifique de l'opposabilité de la nationalité en droit communautaire. Elle base son raisonnement sur le principe selon lequel la nationalité attribuée par un Etat est un fait qui s'impose aux autres Etats membres dès lors que le bénéficiaire des droits de citoyenneté est en jeu. Cette position a été amorcée très tôt, avec l'affaire Auer⁹⁸, relative à un dentiste ayant acquis la nationalité française par naturalisation. La Cour y a précisé qu'aucune disposition du traité ne permet de traiter différemment des ressortissants d'Etats membres « *suivant l'époque à laquelle ou la façon dont ils ont acquis la*

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ M. BENLOLO CARABOT, *op.cit.*, p. 350. Il existerait ainsi une nationalité « sportive » ou une nationalité vaticane, qui peuvent être considérées comme des nationalités fonctionnelles. La nationalité du Vatican a pu être qualifiée de fonctionnelle car elle est la conséquence de la fonction exercée par la personne.

⁹⁷ Voir sur ce point la critique de G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle : la notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *RFDA* 2009, n°4, p. 641.

⁹⁸ CJCE 7 février 1979, *Ministère public contre Vincent Auer*, Aff. C-136/78.

nationalité de cet Etat, dès lors qu'au moment où ils invoquent le bénéfice des dispositions du droit communautaire, ils possèdent la nationalité d'un des Etats membres»⁹⁹.

Mais c'est l'arrêt Micheletti, contemporain de l'apparition de la citoyenneté de l'Union, qui a permis à la Cour de forger sa conception de l'opposabilité de la nationalité. Relative à un conflit de nationalités, dont aucune n'était celle du for, l'affaire avait pour enjeu le bénéfice de la liberté d'établissement¹⁰⁰. La Cour devait dire si les dispositions sur la liberté d'établissement s'opposent à ce qu'un Etat en refuse le bénéfice au ressortissant d'un autre Etat membre qui possède en même temps la nationalité d'un Etat tiers, au motif que la législation de l'Etat d'accueil le considère comme ressortissant de l'Etat tiers. Elle a consacré une opposabilité immédiate de cette nationalité. Le droit d'établissement s'oppose à ce qu'un Etat membre refuse le bénéfice de cette liberté au ressortissant d'un autre Etat membre qui possède en même temps la nationalité d'un Etat tiers car « *il n'appartient pas à la législation d'un Etat de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre Etat, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales* ». Admettre le contraire reviendrait à reconnaître que le champ d'application de la liberté d'établissement pourrait varier d'un Etat à un autre.

Ayant placé la question de l'opposabilité de la nationalité dans l'orbite de la citoyenneté et de son effectivité, la Cour décide donc que la reconnaissance de la validité de la nationalité attribuée par un Etat membre est une opération mécanique, automatique, impérative. L'Etat d'accueil ne peut invoquer d'éléments externes (moment ou mode d'acquisition, existence d'une autre nationalité qui pourrait être considérée comme prépondérante au titre des règles de conflits de nationalité, etc), pour s'opposer à la revendication du statut communautaire. L'acte italien d'attribution de sa nationalité produit un effet immédiat en Espagne, indépendamment de sa conformité aux règles espagnoles de conflits de loi. Plus encore, l'opposabilité est automatique malgré les règles espagnoles de conflit de loi.

⁹⁹ Point 29 de l'arrêt. On citera également, pour une application de la règle d'opposabilité dans un sens très favorable au ressortissant communautaire, l'affaire Belbouab (CJCE 12 octobre 1978, *Tayeb Belbouab contre Bundesknappschaft*, Aff. C-10/78), dans laquelle le juge devait statuer sur la revendication de cotisation sociale d'un travailleur ayant perdu sa nationalité d'Etat membre au moment de sa requête. Le juge communautaire a estimé que « *la qualité de ressortissant de l'un des Etats membres se situe à l'époque de l'exercice du travail, du versement des cotisations relatives aux périodes d'affiliation et de l'acquisition des droits correspondants* ».

¹⁰⁰ L'affaire concerne la situation de Mario Micheletti, dentiste, possédant la double nationalité italienne et argentine. Souhaitant s'établir en Espagne, il s'est heurté au refus des autorités qui, invoquant l'article 9 du code civil espagnol (relatif aux cas de double nationalité), ont décidé de retenir la nationalité du lieu de résidence habituelle, c'est-à-dire précédant l'arrivée en Espagne, de Monsieur Micheletti : la nationalité argentine.

L'arrêt Mesbah¹⁰¹, également relative à un cas de double nationalité, confirme le principe de l'opposabilité inconditionnelle de l'acte national d'attribution d'une nationalité communautaire. Alors que la Commission demandait l'application de la jurisprudence Micheletti¹⁰², la Cour l'a déclarée inapplicable¹⁰³ car n'est pas en jeu l'application de la liberté de circulation d'un citoyen de l'Union - mais l'accord CEE-Maroc - et parce que le requérant oppose une nationalité d'un Etat tiers. Dans ce cas, l'opposabilité n'est plus automatique, l'Etat belge étant autorisé à conditionner l'opposabilité de la nationalité¹⁰⁴.

La comparaison entre les deux affaires Micheletti et Mesbah confirme la lecture de l'arrêt Micheletti qu'avaient proposée Robert Kovar et Denys Simon¹⁰⁵. Les deux auteurs estiment que, dans un cas de double nationalité dont l'une est celle d'un Etat membre, le juge communautaire traite le conflit comme un conflit positif de nationalité impliquant la nationalité du for. Leur idée est essentielle mais doit être prolongée. On observe en effet que, dès lors que le national d'un Etat est dans un autre Etat membre et invoque, au titre de cette nationalité –même unique - le bénéfice d'un droit de citoyenneté européenne, l'Etat d'accueil doit considérer cette nationalité d'origine comme la nationalité du for. Pour l'Etat d'accueil, la nationalité de l'Etat d'origine doit produire le même effet juridique que sa propre nationalité.

D'autres arrêts confirment cette idée : on y voit la Cour construire un régime très strict d'opposabilité de la nationalité de l'Etat d'origine. Dans l'arrêt Chen¹⁰⁶, l'opposabilité de la nationalité irlandaise invoquée par Mme Chen et sa fille Catherine était contestée par le

¹⁰¹ CJCE 11 novembre 1999, *Etat belge contre Fatma Mesbah*, Aff. C- 179/98. En vue de l'obtention d'une allocation d'handicapé, Mme Mesbah, de nationalité marocaine, a demandé, l'application de l'article 41 de l'accord CEE-Maroc. Mais le gendre de Madame Mesbah ayant acquis la nationalité belge par naturalisation avant la demande d'allocation, le gouvernement belge soutenait que, même à supposer que le travailleur migrant soit considéré comme Marocain au regard du droit marocain, il devait être regardé, pour l'application de la loi belge, comme possédant exclusivement la nationalité belge. Aussi un membre de sa famille ne peut-il pas se prévaloir en Belgique de sa nationalité marocaine pour le bénéfice d'une prestation de sécurité sociale.

¹⁰² Elle estimait que « *le droit communautaire s'oppose à ce que l'Etat d'accueil empêche de revendiquer la nationalité marocaine pour bénéficier du principe de non-discrimination* ».

¹⁰³ Un membre de la famille d'un travailleur marocain, « *dès lors que ce dernier possède également la nationalité de l'Etat d'accueil, ne pourrait invoquer l'accord CEE-Maroc que sur le fondement du droit de l'Etat concerné* ».

¹⁰⁴ La Cour décide donc que « *il appartient à la seule juridiction de renvoi de déterminer la nationalité du gendre de Mme Mesbah conformément au droit belge et en particulier à la loi sur la nationalité et au droit international privé, applicable à la date de présentation de la demande d'allocation pour handicapés* ».

¹⁰⁵ R. KOVAR et D. SIMON, « La citoyenneté européenne », *CDE*, 1993, n°3-4, p. 292. Leur analyse se distingue donc de celle d'Henri BATIFFOLL et Paul LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 1994, pp. 127-128, qui voyaient dans la solution Micheletti un exemple de conflit positif de nationalité entre deux nationalités étrangères au for : le juge tranche en faveur de la nationalité de l'Etat avec lequel l'Etat du for a conclu un traité.

¹⁰⁶ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Tchen*, Aff. C-200/02.

Royaume-Uni qui considérerait qu'elle avait été acquise abusivement¹⁰⁷. La Cour rappelle que dès lors que la légalité de l'acquisition de la nationalité irlandaise n'a pas été contestée, le gouvernement britannique ne peut exiger une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité. Le fait que l'acquisition de la nationalité d'un Etat résulte d'une stratégie de *forum shopping* n'a aucun effet sur la validité de la nationalité en tant que critère d'accès aux droits de citoyenneté. Même la référence à l'abus de droit n'a pas convaincu la Cour, ce qui démontre sa volonté de garantir l'opposabilité de la nationalité à peine acquise.

Enfin, dans l'arrêt Garcia Avello, la Cour confirme l'opposabilité de la nationalité espagnole à l'Etat belge, alors que les enfants Garcia Avello sont également Belges. Peu importe que, selon la loi belge, la nationalité belge « *serait la seule à être reconnue* »¹⁰⁸. La Cour passe donc d'une opposabilité inconditionnelle à une opposabilité « radicale »¹⁰⁹ puisque qu'elle refuse même que la règle de primauté de la nationalité du for puisse justifier de refuser la reconnaissance de la nationalité d'un autre Etat membre. A de nombreux égards, cette position ne devrait pas surprendre : elle n'est que la face inversée de la reconnaissance de la compétence exclusive des Etats en matière de nationalité. D'ailleurs, le rappel de la formule Micheletti précède systématiquement les solutions où la Cour impose la reconnaissance des effets de l'attribution d'une nationalité interne. C'est donc au nom de l'intérêt général communautaire que chaque Etat est tenu de donner plein effet à la nationalité conférée par ses partenaires en vertu de sa compétence exclusive. Là se situe l'originalité de l'approche communautaire : « *action sur les effets, mais préservation de la compétence étatique, tels semblent être les axes éclairant la transposition du concept de nationalité dans l'ordre juridique communautaire* »¹¹⁰.

Mais par ce biais, la Cour nous dit plus sur la nationalité. Tout d'abord, elle consacre, dans le champ d'application de la citoyenneté de l'Union, un système d'équivalence fonctionnelle parfaite entre les nationalités des Etats membres. Dès lors qu'un individu a la nationalité d'un Etat membre (n'importe lequel), les autres doivent lui donner effet. Ensuite, la nationalité

¹⁰⁷ Pour le gouvernement britannique, le déplacement de M^{me} Chen en Irlande du Nord avait pour seul but que son enfant acquière la nationalité d'un autre Etat membre. Les objectifs poursuivis par ces dispositions communautaires ne seraient donc pas atteints dans le cas où un ressortissant d'un Etat tiers souhaitant séjourner dans un Etat membre, sans toutefois circuler d'un Etat membre à l'autre, s'organise pour donner naissance à un enfant dans une partie du territoire de l'Etat membre d'accueil où un autre Etat membre applique ses règles d'acquisition de la nationalité fondées sur le droit du sol.

¹⁰⁸ Point 28 de l'arrêt.

¹⁰⁹ J.-D. MOUTON, *op.cit.*.

¹¹⁰ M. BENLOLO CARABOT, *op.cit.*, p. 162.

d'un Etat membre s'europeanise car elle joue un rôle à la fois dans l'Etat de nationalité (son rôle interne) mais aussi dans l'Etat d'accueil (son rôle européen). La position de la Cour consiste en effet à prolonger les effets de la nationalité de l'Etat A dans les Etats B, C, etc. On y voit le juge europeaniser l'acte d'attribution de la nationalité, cet acte ayant une validité sur l'ensemble du territoire européen et cela sans être soumis à une quelconque procédure de reconnaissance ou de transposition. La nationalité d'un Etat membre fait l'objet d'une reconnaissance immédiate et inconditionnelle dans les autres Etats membres et produit ses effets juridiques, comme règle d'ouverture aux droits du citoyen de l'Union.

En ce sens, l'acte d'attribution de la nationalité pourrait bien correspondre à l'appellation d'acte administratif transnational¹¹¹ puisque le droit de l'Union confère à la nationalité d'un Etat membre un effet extra-territorial sur le territoire des autres Etats membres. Le droit de l'Union confère en effet à l'acte d'attribution de la nationalité un caractère immédiatement et automatiquement exécutoire dans les autres Etats membres sans que l'Etat récepteur puisse s'y soustraire. L'acte d'attribution de la nationalité est ici un fait¹¹² car les autorités de l'Etat d'accueil peuvent tout juste en vérifier l'existence et ne sont jamais habilités à en contester la validité. C'est la raison pour laquelle la question de savoir si la nationalité d'un Etat membre est ou n'est pas effective est une question que le juge de l'Union a toujours écartée. Par conséquent, l'accusation selon laquelle le juge favorise les nationalités « *sur le papier* », « *fictives* »¹¹³ mérite d'être considérée car le juge consacre une nationalité très épurée, mais elle manque très largement sa cible.

La nationalité est donc devenue donc un point commun, une *intersection* qui, selon la théorie des ensembles, se définit, dans le cas de deux ensembles A et B, comme l'ensemble des éléments communs à A et B. Point d'intersection entre les Etats (d'origine et d'accueil), la nationalité s'europeanise. Elle n'est certes pas devenue communautaire mais elle peut être considérée comme un commun¹¹⁴.

¹¹¹ Selon la qualification qu'en propose M. GAUTIER, « Acte administratif transnational et droit communautaire », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL de la ROCHERE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 1069-1083.

¹¹² Pour reprendre la distinction opérée par Marie Gautier, qui différencie les actes administratifs transnationaux qui sont des faits et ceux qui sont des actes juridiques

¹¹³ V. CONSTANTINESCO regrette la consécration de ces nationalités dépourvus de substance, d'incarnation et finalement de réalité », *op.cit.*, p. 273.

¹¹⁴ Pour une réflexion sur le commun, voir P.-Y. MONJAL et E. NEFRAMI, *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

Le recours répété à la métaphore mathématique peut apparaître d'une extrême froideur. Aborder un lien de nationalité multiséculaire, cette relation entre une personne et une nation, au travers de la notion de vecteur ou selon la théorie des ensembles qui définit les relations d'inclusion et d'intersection, peut prêter à discussion. Mais c'est précisément en raison de leur caractère formel que les mathématiques peuvent aider à saisir la transformation de la nationalité. Si la nationalité est en droit interne un fait social de rattachement, une mentalité que le droit tente de refléter, elle revêt, en droit de l'Union, un habit plus fonctionnel et formel. Elle se définit, dans la sphère de l'Union, avant tout comme une technique juridique de désignation de la règle compétente (les dispositions sur la citoyenneté de l'Union). On peut donc légitimement se demander ce qui la distingue encore d'autres critères juridiques, comme le domicile ou la résidence, qui servent également à déterminer le champ d'application du droit. On peine aussi à comprendre ce qui la sépare de la définition de la nationalité des navires, simple lien juridique ou nationalité administrative découlant d'un enregistrement, dont la Cour avait pourtant indiqué qu'elle n'est pas comparable à la nationalité des personnes physiques¹¹⁵.

La position du juge n'est donc pas à l'abri des critiques. Louis d'Avout, dans un véritable réquisitoire contre la solution Grundig, tenait à rappeler que « *la nationalité est une donation avec charge : elle n'est pas seulement ce tremplin qui ferait accéder à la citoyenneté pour s'effacer ensuite devant elle ; (...) Plutôt qu'un tremplin ou une rampe d'accès à un autre monde, la nationalité reste la marche fondatrice sur laquelle se construit, en superposition, l'étage complémentaire et par définition incomplet de la citoyenneté européenne. Occultez la première réalité et la seconde perd automatiquement tout son sens* »¹¹⁶. L'argument est solide. Mais il manque l'intention du juge, garant de la citoyenneté de l'Union qui ne peut pas reproduire, au niveau européen, la définition classique de la nationalité. Il en va de

¹¹⁵ Voir les affaires *Factortame* (CJCE 25 juillet 1991, *Factortame*, Aff. C- 221/89) et *Poulsen* (CJCE 24 novembre 1992, *Poulsen*, Aff. C- 286/90). Dans la première affaire, les gouvernements britannique, grec et belge invoquaient la convention de Genève de 1958 sur la haute mer au titre de laquelle « il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire : l'Etat doit exercer effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines technique, administratif et social, sur les navires battant son pavillon ». La Cour décide qu'en l'état actuel du droit communautaire, il appartient aux Etats de déterminer, conformément aux règles générales du droit international, les conditions nécessaires pour permettre l'immatriculation d'un bateau et leur accorder le droit de battre leur pavillon. Toutefois, dans l'exercice de cette compétence, les Etats membres doivent respecter les règles du droit communautaire. Dans l'affaire *Poulsen*, la Cour était confrontée à la question de savoir si un bateau enregistré dans un Etat tiers pouvait néanmoins, en raison de ses liens substantiels avec un Etat membre pouvait être traité comme un bateau de ce dernier bateau aux fins d'application de la réglementation sur les quotas de pêche. La Cour répond par la négative, rappelant qu'un bateau « *n'a en principe qu'une seule nationalité, à savoir celle de l'Etat dans lequel il est enregistré* ». Que « *le seul lien rattachant le bateau à l'Etat dont il a la nationalité est la formalité administrative de l'enregistrement n'est pas de nature à écarter l'application de cette règle* ».

¹¹⁶ L. d'AVOUT, *op.cit.*, p. 214.

l'autonomie d'une citoyenneté européenne qui a vocation à être le « *statut fondamental* » des ressortissants des Etats membres. Or, la fundamentalité invoquée ici, sans doute synonyme de prépondérance, renvoie aussi à une essence, à une substance. C'est la citoyenneté qui a vocation à soutenir le projet européen des nationaux des Etats membres. Dans l'ordre européen, c'est la citoyenneté européenne, et non la nationalité, qui est le support des droits et des devoirs. C'est enfin la citoyenneté qui est, pour le citoyen de l'Union, une « donation » et qui tente, - avec un bonheur parfois discutable il est vrai - de nourrir un sentiment d'appartenance, un sentiment d'être un Européen.

Dans ce contexte, la nationalité est – ne peut qu'être- la question préalable de la citoyenneté. Elle est donc ouverture de l'individu à sa citoyenneté européenne, qui lui permet d'accéder à une autre réalité que sa communauté nationale. Le juge communautaire s'efforce donc d'accommoder un lien national par essence à une réalité transnationale. La nationalité était attachement, elle devient rattachement. Cette nationalité que façonne pas à pas le juge communautaire est donc une nationalité sans frontières. Ses frontières ne sont plus clairement identifiées puisqu'elle marque moins qu'auparavant la différence de statut juridique entre les personnes. Elle est une nationalité sans frontières parce qu'elle est devenue, pour l'application des droits de citoyenneté européenne, ce point commun entre les Etats d'origine et de destination. Enfin, elle est une nationalité sans frontières car elle a du sens hors des frontières nationales, hors du sens de la société étatique. On mesure la portée d'une telle jurisprudence. On peut la regretter. Ou y voir l'incroyable plasticité d'une notion dont les « crises » sont plus des formules rhétoriques que les témoins d'un déclin. Et surtout, parce qu'elle est très largement la conséquence de sa confrontation à la citoyenneté de l'Union, la mutation de la nationalité n'est que le reflet de la progression de la citoyenneté de l'Union, sa face inversée.