



HAL
open science

Contrôle de l'État ou protection de l'individu ? Remarques sur l'effectivité de la nationalité

Etienne Pataut

► **To cite this version:**

Etienne Pataut. Contrôle de l'État ou protection de l'individu ? Remarques sur l'effectivité de la nationalité. Rev. crit. DIP. Revue Critique de Droit International Privé, 2021, pp.747. hal-03507508

HAL Id: hal-03507508

<https://hal.science/hal-03507508v1>

Submitted on 3 Jan 2022

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.

Contrôle de l'État ou protection de l'individu ?

Remarques sur l'effectivité de la nationalité

Etienne Pataut

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

IRJS

Il est aujourd'hui presque unanimement admis, dans la communauté des juristes, que l'effectivité est une composante essentielle du droit de la nationalité. Le lien de nationalité n'est pas qu'une pure abstraction juridique. Il est un lien vécu, correspondant à une réalité humaine dont il convient que le droit tienne compte.

Aussi l'effectivité, tout d'abord, guide ou devrait guider, les choix du législateur en matière d'octroi de la nationalité, qui ne devrait pouvoir être accordée qu'à ceux qui présentent effectivement un lien étroit avec le pays en cause. Elle est ensuite un critère de résolution des conflits de nationalités. Lorsqu'il s'agit de trancher un conflit de nationalités, en effet, la règle classique face à deux nationalités étrangères est de favoriser la plus effective¹. L'effectivité est alors une mesure de l'étroitesse de deux liens de rattachement entre lesquels il convient de choisir. L'absence d'effectivité, enfin, est classiquement admise comme justification de l'inopposabilité internationale de la nationalité ou comme cause acceptable de retrait de nationalité. L'effectivité semble donc bien faire partie de l'arsenal théorique fondamental du droit de la nationalité.

L'affirmation, pourtant, gagnerait peut-être à être nuancée.

L'effectivité, tout d'abord, n'est pas aisée à définir. Elle suppose en effet de caractériser un lien qui viendrait s'ajouter au lien de nationalité et qui unirait l'État et l'individu. Ce lien permettrait de s'assurer que la nationalité correspondrait bien à une réalité à la fois intime et juridique. Son origine historique conduit à la rapprocher du domicile : serait alors effective la nationalité confirmée par le domicile. Cette approche a été récemment et avec beaucoup de brio systématisée : l'effectivité viendrait avant tout, selon Jules Lepoutre, du lien territorial entre l'individu et l'État². L'analyse a le mérite de viser à objectiver la notion même d'effectivité, qui reste difficile à synthétiser en quelques critères objectifs. Cette approche a toutefois le défaut de reléguer excessivement les éléments psychologiques et culturels de la nationalité, pourtant si essentiels. Elle se traduit surtout par des conséquences d'une extrême gravité pour les intéressés lorsqu'elle est suivie trop rigoureusement, comme c'est le cas du droit néerlandais, on le verra. Aussi paraît-il possible, en première analyse, de se contenter d'une approche plus vague, qui verrait dans l'effectivité la traduction de l'idée, bien connue

¹ C'est d'ailleurs la matière des conflits de nationalité qui a donné naissance à la notion d'effectivité, initialement centrée sur le domicile. Sur cet historique, v. J. Lepoutre, *Nationalité et souveraineté*, Dalloz 2020, n°463, p. 324.

² J. Lepoutre, *ibid.* ; v. aussi n° 469, où l'auteur accepte explicitement que la nationalité d'une personne vivant de façon stable dans un pays qui n'est pas celui de sa nationalité puisse être considérée comme ineffective. Pour une conception, au contraire, subjective de l'effectivité, v. A. Dionisi-Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois, 2008.

du droit international privé, de lien étroit. La nationalité effective serait alors celle qui traduirait l'existence, en plus de la nationalité, d'un lien étroit entre l'individu et l'État. Principalement territorial, ce lien pourrait aussi être fondé sur d'autres critères, plus subjectifs : lien familial, lien psychologique ou sentiment d'appartenance.

Quoi qu'il en soit, ainsi analysée, l'effectivité paraît donc bien inoffensive et difficile à contester. Faire coïncider nationalité de fait et nationalité de droit est un des objectifs essentiels du droit de la nationalité ; l'effectivité ne ferait que traduire cet objectif.

Il reste que traduire celui-ci en règles de droit opératoires n'est pas aisé.

On n'insistera pas sur la nécessité de faire coïncider effectivité et octroi de la nationalité, tant celle-ci est aussi souvent invoquée que fermement démentie par les faits. L'exigence d'effectivité, tout d'abord, ne peut être exigée d'aucun législateur international sans l'accord de l'État. L'exclusivité de la compétence étatique en matière de nationalité fait partie des solutions les mieux assises du droit international public. Elle est affirmée par l'ensemble de la doctrine, posée par le tout premier article de la célèbre convention de La Haye de 1930³ et régulièrement rappelé par les juridictions internationales⁴. Il s'en déduit une liberté absolue de l'État en matière d'octroi de sa nationalité. Celui-ci ne peut être contesté pour avoir accordé ou refusé d'accorder sa nationalité à une personne.

Or, précisément, les exemples sont légions de règles qui ne s'embarrassent nullement d'effectivité. Cela est évident lorsque l'Espagne, dans une démarche historique particulièrement originale, décide d'octroyer, avec une condition de résidence très allégée voire inexistante sa nationalité aux descendants de juifs sépharades expulsés d'Espagne au 15^e siècle⁵, cela n'est pas moins évident lorsque l'Italie décide — pour des considérations plus directement électorales — de favoriser la réintégration dans la nationalité italienne de descendants d'immigrés italiens ayant perdu leur nationalité⁶. L'indifférence à l'effectivité est particulièrement spectaculaire lorsque ces règles s'appliquent à des descendants d'immigrés appartenant à la minorité italienne de territoires qui appartenaient à l'Autriche-Hongrie au moment de leur expatriation et qui n'ont donc jamais eu la nationalité italienne⁷.

Ces deux exemples, qui pourraient être multipliés, témoignent simplement de ce fait évident : le droit de la nationalité s'ancre profondément dans les histoires nationales. Les trajectoires migratoires, les conquêtes militaires ou l'expansionnisme colonial jouent toujours un rôle

³ Convention du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, vol. 179, p. 89. « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité ». L'affirmation est reprise à la lettre par l'article 3 de la Convention européenne sur la nationalité de 1997.

⁴ V. les exemples donnés par P. Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz, 2011, n° 11.21.

⁵ Ruth Rubio Marín, Irene Sobrino, Alberto Martín Pérez, Francisco Javier Moreno Fuentes, "Country Report on Citizenship Law: Spain", *EUDO Citizenship Observatory*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2010 et 2015, spec. p. 4 et 22, disponible à : <https://globalcit.eu/acquisition-citizenship/>.

⁶ Giovanna Zincone, Marzia Basili, "Country Report : Italy", *EUDO Citizenship Observatory*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2013, spec. p. 11, disponible à : <https://globalcit.eu/acquisition-citizenship/>

⁷ Loi 379/2000 du 14 décembre 2000, *Gazzetta Ufficiale* n° 295 du 14 décembre 2000, p. 4. Sur l'ensemble de cette politique du retour et les effets sur les intéressés, v. M. Blanchard, « Citoyenneté européenne nationalité italienne et mythe institutionnel du retour : le cas des Argentins et des Chiliens descendants d'émigrés italiens », *Ethnologie française*, 2020. 545.

déterminant dans le droit étatique contemporain de la nationalité. Les tourments de l'histoire conduisent à des règles de droit de la nationalité identiquement tourmentées, et, de ces tourments, l'effectivité ne rend que très partiellement compte.

On ajoutera d'ailleurs, indépendamment de toute considération historique, que la transmission de la nationalité par filiation, si centrale en droit, notamment français, de la nationalité, n'est pas en elle-même guidée par une considération d'effectivité, territoriale ou non. La réalité du lien qui unit le descendant d'un Français à la France est indifférente à la transmission et ce n'est qu'au bout d'un temps très long et sous contrôle étroit du juge qu'une éventuelle disparition de toute effectivité peut conduire au retrait de nationalité française⁸. Le droit français de la nationalité, qui porte la marque de sa longue histoire ne fait pas de l'effectivité une exigence légale en elle-même.

Il est hors de doute qu'une telle liberté peut poser d'importantes difficultés, on y reviendra à propos des programmes de vente de leur nationalité auxquels se livrent certains États. Il reste que le simple fait qu'ils s'y livrent montrent bien l'étendue de la liberté qu'ils s'octroient.

En réalité, en matière d'octroi de la nationalité, l'effectivité ne semble guère être autre chose qu'une règle de conduite, une source d'inspiration et une règle d'interprétation, comme peut l'être l'exigence du lien étroit en matière de conflit de lois. Il ne s'agit nullement d'un principe opératoire du droit de la nationalité. La coïncidence entre nationalité de fait et nationalité de droit est un objectif général louable, pas une règle de droit positif.

Il en est autrement en matière de conflits de nationalités, d'opposabilité internationale de la nationalité et de perte de la nationalité. Dans ces domaines en effet, comparaison des effectivités et défaut d'effectivité jouent un rôle explicitement reconnu par le droit français, le droit européen et le droit international.

Ce rôle, pourtant, mérite d'être creusé. D'une part, en effet, il semble en très nette perte de vitesse en matière de conflits de nationalités. Cette matière, initialement gouvernée par des critères simples a en effet puissamment évolué, notamment sous l'égide de la Cour de justice. A cet égard, l'effectivité, si elle n'a pas totalement disparu, apparaît désormais largement reléguée.

D'autre part, le défaut d'effectivité semble lui aussi évoluer. Il semble produire des effets incontestables : l'inopposabilité internationale de la nationalité ou, occasionnellement, la perte de celle-ci peuvent en effet être justifiées par l'absence d'effectivité. Mais sur ces points, l'analyse doit être approfondie. Autant, en effet, l'effectivité paraît être un instrument peut-être un peu grossier en matière d'opposabilité internationale de la nationalité, autant elle pourrait être mobilisée en matière de contrôle de la perte de celle-ci. Le droit de l'Union, tout particulièrement, mais aussi le droit européen des droits de l'homme, paraissent en effet bien outillés pour élaborer des mécanismes beaucoup plus fins de contrôle des liens entre l'individu et l'État. L'effectivité, alors changerait de rôle : plutôt qu'instrument de contrôle à la main des États, celle-ci ne pourrait-elle pas devenir un instrument de protection des individus ?

L'évolution n'est pas exclue, mais pas encore achevée. Si en effet l'effectivité semble avoir déjà perdu de son importance en matière de conflits de nationalités (1) ou d'opposabilité (2) ; son nouveau rôle est en revanche encore en germe en matière de perte de nationalité (3).

⁸ Article 23-6 du Code civil ; sur cet article, v. *infra*, III.

I. La comparaison des effectivités : la résolution des conflits de nationalités

Les solutions traditionnelles du conflit positif de nationalités reposent sur deux règles principales : la primauté du principe de nationalité du for, d'une part, la primauté de la nationalité la plus effective en l'absence de nationalité du for, d'autre part⁹.

Ces solutions, pourtant, semblent désormais battues en brèche, au point d'être presque sorties du droit positif (A) qui semble retenir désormais d'autres justifications (B).

A. Un droit positif en évolution

Voici déjà plusieurs années que, dans un article resté célèbre, Paul Lagarde avait proposé une approche qualifiée de « fonctionnelle » des conflits de nationalité¹⁰. Cette étude proposait de modifier les règles du conflit de nationalités, notamment lorsque celui-ci impliquait la nationalité du for, en fonction du rôle joué par cette nationalité. Celle-ci, en effet, sert plusieurs fonctions, de jouissance des droits, de conflit de lois ou de conflit de juridictions, qui ne sont pas les mêmes. Dès lors, il serait possible d'admettre que la résolution du conflit de nationalités diffère selon la question posée.

Avant d'être systématisée, la question était apparue il y a fort longtemps, puisque c'est dès 1969, que la Cour de cassation française avait accepté qu'une décision étrangère ayant fait prévaloir la nationalité étrangère de binationaux possédant la nationalité du for d'origine et la nationalité française pouvait être reconnue en France¹¹. La justification traditionnelle reposait sur les nécessités propres à la circulation des décisions et, plus généralement, à l'harmonie internationale des solutions. La simple existence d'une décision étrangère implique que la situation privée qui est en cause a déjà été tranchée et il est dès lors nécessaire de justifier avec une particulière vigueur le refus de reconnaissance et la discontinuité dans l'état des personnes qui en découle. C'est donc bien, dans le cadre précis de la circulation des jugements, la considération des droits subjectifs des particuliers qui incite à assouplir la solution classique de primauté de la nationalité du for. Cette considération paraît suffisamment puissante pour qu'elle soit répétée relativement régulièrement par la Cour de cassation¹².

Cette analyse, orientée autour des droits des individus, pèse d'un poids particulièrement important lorsque sont en cause les droits fondamentaux. Ainsi en matière de droit d'asile, la Convention de Genève de 1951 imposant de tenir compte de toutes les nationalités (par définition étrangères) d'un demandeur d'asile¹³. Ainsi, surtout, dans le cadre de l'Union

⁹ Sur ces solutions, v. p. ex. P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé*, 12^e éd. LGDJ, 2019, n°922 et s.

¹⁰ P. Lagarde, « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités », *Rev. crit. DIP*, 1988. 29. Cette proposition avait suscité un débat doctrinal vigoureux sur lequel v. not. M. Verwilghen, « Conflits de nationalités Plurinationalité et apatridie », *Rec. Cours Acad. Dr. Int. La Haye*, 1999, Volume 277, p. 9, spéc. pp. 438 et s.

¹¹ Civ. 1, 10 mars 1969, *Butez*, *Rev. crit. DIP*, 1970. 114, note H. Batiffol.

¹² v. not. Civ. 1, 22 juillet 1987, *Dujaque*, *Rev. crit. DIP*, 1988. 85 ; Civ. 1, 4 mai 2017, D., 2017. 1283, note D. Sindres, *JDI*, 2017. 1315, note F. Monéger ; v. encore Civ. 1, 15 mai 2018, D., 2018, act. 1072 où, dans le cadre du mécanisme du renvoi, la Cour de cassation impose de raisonner comme raisonnerait le juge étranger et, donc, de tenir compte de ce que celui-ci ferait prévaloir sa propre nationalité dans le cadre du fonctionnement de la règle de conflit de lois.

¹³ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, article 1.A. 2 : « Dans le cas d'une personne qui a plus d'une nationalité, l'expression "du pays dont elle a la nationalité" vise chacun des pays dont cette personne a la nationalité. ». Sur l'ensemble, v. H. Raspail, « Nationalité et droit d'asile », *RGDIP*, 2015. 513.

européenne, tout particulièrement depuis l'émergence de la citoyenneté européenne. L'approche de la Cour est en effet toute entière orientée autour de la jouissance des droits subjectifs garantis par le Traité et, plus largement, de sa volonté de faire de la citoyenneté le « statut fondamental des ressortissants des États membres », pour reprendre la célèbre formule de l'arrêt *Grzelczyk*¹⁴. Plus concrètement, l'apport principal de la Cour en matière de citoyenneté consiste à s'assurer de la jouissance effective par le citoyen des droits qui lui sont garantis par le Traité, à commencer par le premier d'entre eux : la liberté de circulation.

Une telle démarche n'est pas restée sans conséquences sur le droit de la nationalité. Si, en effet, la compétence étatique exclusive en la matière n'a jamais été remise en cause, la mise en œuvre de celle-ci n'en a pas moins fait l'objet d'un contrôle nouveau et d'ailleurs activement scruté par la doctrine¹⁵, tout particulièrement depuis l'arrêt *Rottmann*¹⁶.

L'influence de l'Union est susceptible de toucher toutes les branches du droit de la nationalité¹⁷. Mais la première touchée, avant même l'arrêt *Rottmann*, était bien celle des conflits de nationalités.

La volonté de la Cour de justice a toujours été, en la matière, de s'assurer que la résolution d'un tel conflit ne puisse pas conduire à priver un ressortissant européen de ses droits garantis par le traité. Cette préoccupation visant à la pleine jouissance des droits subjectifs a conduit à une révolution en profondeur des principes traditionnels de résolution des conflits de nationalités.

Ainsi, lorsqu'est soumise au for la situation d'une personne qui possède la nationalité d'un autre État membre et celle d'un État tiers, le juge ne peut refuser, même sous couvert d'effectivité, de faire produire des effets à la nationalité de l'autre État membre, invoquée le plus souvent pour bénéficier d'une liberté de circulation¹⁸. La même solution doit être reprise en matière de double nationalité même lorsque l'intéressé possède la nationalité de deux États membres, dont celle du for. Dans la lignée de l'arrêt *Butez*, mais avec une justification d'une toute autre ampleur, le principe de primauté doit céder devant les exigences de reconnaissance des décisions indépendamment, là encore, de toute considération d'effectivité¹⁹. Cette solution doit aussi conduire à la reconnaissance des noms de famille, comme le montre la longue saga jurisprudentielle dont la dernière occurrence montre bien à la fois le renversement du principe de primauté et l'indifférence à d'éventuelles considérations d'effectivité²⁰. La solution a été étendue à l'entrée et au séjour des Européens, puisque la Cour de justice a imposé au Royaume-Uni —et directement au nom du Traité— de

¹⁴ CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*. Sur l'ensemble, v. part. V. Réveillère, *Le juge et le travail des concepts juridiques : le cas de la citoyenneté européenne*, Institut Universitaire Varenne, 2018.

¹⁵ Not. J. Basedow, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. crit. DIP*, 2010. 427 ; S. Corneloup, « Réflexions d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI*, 2011. 491 et S. Bariatti, « Multiple Nationalities and EU private international law », *Yearbook of PIL*, 2011, p. 1 et S. Barbou des Places, « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *Rev. aff. eur.* 2011/1, p. 29.

¹⁶ CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Rottmann c. Freistaat Bayern*.

¹⁷ S. Carrera Nuñez et GR de Groot (dir.), *European Citizenship at the crossroad – The Role of the EU on loss and acquisition of nationality*, Wolf Legal Publisher, 2015.

¹⁸ Ainsi de la liberté d'établissement CJCE, 7 juillet 1992, aff. C-369/90, *Micheletti* ou, plus simplement, de l'entrée et séjour : CJCE, 19 octobre 2004, aff. C-200/02, *Zhu et Chen*.

¹⁹ CJUE, 16 juillet 2009, aff. C-168/08, *Haddadi*.

²⁰ CJUE, 8 juin 2017, aff. C-541/15, *Freitag*, imposant à l'Allemagne la reconnaissance du nom de famille d'un germano-roumain tel que modifié en Roumanie, pays de son autre nationalité.

reconnaître la qualité de citoyen européen et donc de faire produire tous ses effets à la nationalité d'un autre État membre d'une ressortissante britannico-espagnole²¹. Enfin, notons que, dans le contexte particulier de l'accord UE-Turquie, la Cour a même pu faire céder le principe de primauté devant l'obligation d'assurer le séjour d'un membre de famille, alors même que la nationalité en cause était une nationalité tierce²².

B. De nouvelles justification pour le conflit de nationalités

La remise en cause des principes traditionnels de résolution des conflits de nationalité ne fait donc guère de doute²³. Celle-ci a eu lieu dans une relative discrétion, qui semble s'expliquer par le fait que les raisonnements de la Cour ne reposent nullement sur une vision abstraite des conflits de nationalités, mais bien sur une approche concrète des droits garantis au citoyen. Dès qu'est en cause un droit subjectif garanti par le traité, une telle interprétation ne peut en effet convaincre la Cour qui imposera au contraire de garantir à l'intéressé la jouissance du droit dont il se prétend titulaire.

Aussi la Cour de justice ne prend-elle jamais partie de façon formelle et générale sur la question des conflits de nationalités. Les règles traditionnelles ne sont pas spécifiquement ni contestées, ni mises en causes. Elles sont tout simplement ignorées, au profit d'une interrogation qui ne part pas de la nationalité des individus mais bien des droits dont ils peuvent se prévaloir.

Le renversement de perspective théorique est assez frappant. Là où la question du conflit de nationalités abstraitement considérée voyait un affrontement de souverainetés et dans le principe de nationalité du for la nécessaire sauvegarde de la nation française, son renversement semble indifférent à cet ordre de raisonnement, au point de n'en faire même pas mention. Une telle affirmation n'implique nullement que l'Union serait indifférente à la composante étatique et souveraine du lien de nationalité. La perspective qui est la sienne, celle de la jouissance par le citoyen de ses droits garantis par le traité, est simplement à la fois plus fonctionnelle et plus utilitariste. Il ne s'agit nullement de remettre en cause le lien de nationalité ; simplement d'assurer l'effectivité du droit de l'Union.

Aussi ce renversement s'est-il fait dans l'indifférence affirmée et revendiquée de l'effectivité de la nationalité. Dans l'affaire *Micheletti*, l'Espagne imposait de faire prévaloir, dans un souci d'effectivité, la nationalité correspondant à la dernière résidence habituelle, soit, en l'espèce, l'Argentine. La réponse de la Cour est sans appel (n°10) :

« Il n'appartient pas (...) à la législation d'un État membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition

²¹ CJUE, 14 novembre 2017, aff. C-165/16, *Toufik Lounes* ; J. Heymann, « Citoyenneté de l'Union et conflit positif de nationalités (à propos de CJUE, Grande Chambre, 14 novembre 2017, *Lounes*, aff. C-165/16 », RTD eur., 2018, 587.

²² CJUE, 29 mars 2012, aff. C-7/10, *Kahcevi et Inan*.

²³ Elle pourrait être explicitée, sur le modèle de la codification d'envergure élaborée par le Groupe européen de droit international privé à sa session de Lausanne en 2013 : « Position du Groupe européen de droit international privé sur la solution des conflits positifs de nationalités dans les instruments existants de droit international privé de l'Union européenne », Lausanne 2013, disponible à : <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2013/10/Position-du-Groupe-europ%C3%A9en-de-droit-international-priv%C3%A9-sur-la-solution.pdf>.

supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité »²⁴.

En d'autres termes, le principe de la nationalité la plus effective ne peut empêcher un citoyen européen de jouir de ses droits garantis par le traité. L'effectivité, ici, s'efface devant les droits du citoyen.

L'évolution de la résolution des conflits de nationalités semble ici la traduction d'un mouvement plus général de recul de la souveraineté étatique en la matière²⁵. Plus tolérant face à la double nationalité, plus sensible aux droits subjectifs, le régime de la nationalité et, partant, des conflits de nationalités, évolue incontestablement.

L'effectivité ne disparaît certes pas totalement. Elle peut rester importante lorsque le choix entre deux nationalités est nécessaire, comme en matière de conflit de lois²⁶. Elle reste aussi déterminante lorsque les droits de l'État sont directement en cause, comme en matière de protection diplomatique²⁷ ou d'arbitrage d'investissement²⁸. Dans ces cas, la considération d'effectivité pourra jouer, y compris parfois, d'ailleurs pour permettre à un individu de poursuivre l'État dont il a aussi la nationalité et donc, en réalité, pour faire prévaloir ses droits subjectifs sur la protection de l'État²⁹.

Mais que la composante de souveraineté s'efface du litige en cause et la considération d'effectivité s'effacera avec elle. Prévaudra alors sur l'effectivité la considération de la jouissance de son droit par le citoyen européen et, au-delà, par le justiciable : le droit subjectif supplante l'effectivité.

Cette indifférence à l'effectivité est-elle toutefois sans limite et les États sont-ils tenus de reconnaître une nationalité conférée par un autre État ? Il ne le semble certes pas, mais dans des conditions peut-être plus strictes qu'il ne pourrait le paraître au premier abord.

II. Défaut d'effectivité et opposabilité internationale de la nationalité

Si nul ne peut empêcher à un État d'accorder sa nationalité à qui il le souhaite, il demeurerait possible de refuser de faire produire tout effet à une nationalité qui aurait été accordée alors même qu'elle ne reposerait sur aucun lien réel. La question, en effet, n'est pas tant celle de savoir ce que peut faire l'État attributaire, mais bien plutôt quelle peut être la réaction des autres États face à une nationalité qu'ils estiment injustement accordée ou refusée. Les limites envisagées par l'article 1^{er} de la Convention de 1930 se sont ainsi traduites par l'idée que, si les autres États ne peuvent apprécier la validité de l'acte par lequel un État a conféré sa nationalité à une personne, ils n'en pourraient pas moins refuser de faire produire ses effets

²⁴ CJCE, *Micheletti*, précité, n° 10. Le même motif est repris dans l'arrêt *Chen* (n°37), avec quelques variations dans l'affaire *Lounes* (n° 50) et l'indifférence à l'effectivité encore répétée dans l'arrêt *Haddadi* (n° 51 et 55).

²⁵ J. Lepoutre, *Ibid.* v. aussi A. Dionisi-Peyrusse, précité.

²⁶ En tout cas si le choix n'appartient pas à l'intéressé : le règlement 605/2012 sur les successions autorise le choix entre les nationalités du *de cuius* sans contrôle d'effectivité (article 22-2).

²⁷ P. Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz, 2011, n° 11.23.

²⁸ F. Jault-Seseke, S. Corneloup, S. Barbou des Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, PUF, 2015, n° 99.

²⁹ Ainsi des sentences du Tribunal des différends irano-américains du 29 mars 1983 et 6 avril 1984, sur lesquelles v. B. Leurent, « Problèmes soulevés par les demandes de doubles nationaux devant le Tribunal des différends irano-américains », *Rev. crit. DIP*, 1985. 273 et 477.

à cette nationalité dans l'hypothèse où celle-ci n'aurait pas été accordée dans des circonstances acceptables. C'est l'inopposabilité de la nationalité dépourvue d'effectivité³⁰.

La solution est construite sur un précédent illustre de la Cour internationale de Justice, l'arrêt *Nottebohm*³¹. La solution posée par cet arrêt, aussi fameuse soit-elle, pourrait pourtant être discutée. Il ne semble pas impossible, en effet, de contester la réelle efficacité de l'inopposabilité pour défaut d'effectivité (A) même dans les cas extrêmes des programmes de vente de la nationalité (B).

A. Discuter l'opposabilité ? Retour sur l'arrêt *Nottebohm*

1. Relire *Nottebohm*

L'affaire concernait, on s'en souvient, un ressortissant allemand installé depuis 1905 au Guatemala où il menait sa vie professionnelle. Les troubles venus d'Europe l'ont conduit, au cours d'un voyage en Europe, à demander et obtenir la nationalité du Liechtenstein (où vivait l'un de ses frères) par naturalisation en 1939. Du fait de cette naturalisation, il fut déchu de sa nationalité allemande. L'opération, toutefois, ne put empêcher qu'il soit considéré au Guatemala comme un ressortissant allemand, donc ennemi, qu'il soit détenu puis expulsé vers les États-Unis où il fut incarcéré, pendant que ses biens étaient saisis. M. Nottebohm partit au terme de son incarcération pour le Liechtenstein où il s'installa et contesta les mesures dont il avait fait l'objet. A la fin de la guerre, le Liechtenstein exerça sa protection diplomatique pour se plaindre du traitement de M. Nottebohm. Le Guatemala contesta la compétence de la Cour internationale de justice en estimant que l'absence de lien entre M. Nottebohm et le Liechtenstein empêchait que la naturalisation produise des effets internationaux et, partant, que soit exercée la protection diplomatique.

La Cour internationale de justice donna raison au Guatemala et, à cette occasion fournit la définition et, surtout, la justification sans doute la plus célèbre au monde du lien de nationalité :

« Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national »³².

Ce motif, d'une très grande qualité d'écriture, consacre avec éclat l'idée selon laquelle la nationalité ne saurait être uniquement l'expression abstraite d'un lien exclusivement juridique et déterminé par le seul État attributaire. Celle-ci est aussi un « fait social de rattachement », justifiant que les autres États puissent ne pas accorder de crédit à une nationalité qui ne correspondrait pas à ce lien réel et vécu.

³⁰ Sur l'ensemble de ce débat, ici considérablement simplifié, v. part. Carlo Santulli, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, LGDJ, 1995 ; J. Lepoutre, *op. cit.*, pp. 313 et s.

³¹ Cour internationale de justice, *Affaire Nottebohm (deuxième phase) du 6 avril 1955*, Recueil CIJ 1955, p. 4.

³² Recueil CIJ, précité, p. 23.

Hors le cas de la double nationalité, la règle est encore aujourd'hui discutée³³, au point que son abandon est parfois même suggéré³⁴. Elle paraît toutefois majoritairement approuvée dans la doctrine française et a pu, plus généralement, être justifiée par le biais de la théorie de l'abus de droit³⁵.

Elle ne paraît pas, pourtant, à l'abri de toute critique. Sans revenir sur un débat désormais essentiellement historique³⁶, deux critiques peuvent être soulevées à l'encontre de la décision. La première, qui a d'ailleurs justifiée pas moins de trois opinions dissidentes dans l'affaire *Nottebohm*, consiste à contester l'utilisation de l'effectivité, ainsi que l'absence d'effectivité en l'espèce de la nationalité de M. *Nottebohm*³⁷. Si en effet, celui-ci n'avait que peu de liens avec le Liechtenstein au moment de la naturalisation, il n'en a pas moins transféré son domicile dans cet État, dans lequel il résidait depuis 10 ans au moment de la décision de la Cour. L'absence d'effectivité ne peut être établie qu'à condition de considérer, ce que fait la Cour, que cette effectivité ne s'apprécie qu'au moment de l'acquisition. Au moment où la décision est rendue (et où les dernières mesures de saisie sont prises), en revanche, le lien existe bien et il paraît peut-être juridiquement un peu hâtif de refuser toute à la protection diplomatique de M. *Nottebohm* au nom de l'absence de lien avec ce pays.

D'autre part, et peut-être surtout, la solution de l'arrêt *Nottebohm*, est à la fois humainement injuste et juridiquement inapplicable³⁸. Injuste parce qu'elle conduit à considérer sans discussion comme ressortissant ennemi un homme qui a manifestement cherché à s'éloigner activement d'un pays qu'il a quitté et avec lequel il a cherché à rompre tous les liens précisément en se débarrassant d'une nationalité devenue bien peu enviable. Où est la fraude du ressortissant allemand qui a depuis longtemps quitté l'Allemagne et cherché à protéger à la fois sa personne et ses biens en 1939 ?

Inapplicable, parce que, quoi qu'en dise la Cour internationale de justice, M. *Nottebohm* a *réellement* acquis la nationalité du Liechtenstein et *réellement* perdu la nationalité allemande du fait de cette acquisition. Dès lors, au-delà de la seule question du champ d'application de la loi guatémaltèque, M. *Nottebohm* n'en restera pas moins dans l'avenir, pour toutes les autres conséquences qui pourraient être attachées à sa nationalité, un ressortissant du Liechtenstein et non un ressortissant allemand. Juridiquement, l'inopposabilité conduit donc à nier une réalité qui n'est pourtant contestée dans aucun des États auxquels est reconnu compétence exclusive en la matière. La solution a donc le défaut d'être à la fois d'une extrême abstraction juridique et, en pratique, très difficile à mettre en œuvre.

Aussi, d'ailleurs, la Cour prend-elle soin de souligner que sa décision est strictement limitée à la question de la protection diplomatique³⁹. C'est qu'en effet, en dehors de cette question si

³³ V. p. ex. le scepticisme de P. Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz, 2011, n° 11. 24, ou de P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé*, 12^e éd. LGDJ, 2019, n°920.

³⁴ Audrey Macklin, "Is it time to retire *Nottebohm*?", *AJIL Unbound*, Volume 111, 2017, pp. 492 – 497.

³⁵ J. Lepoutre, *op.cit.*, pp 333 et s.

³⁶ Pour une présentation exhaustive (et une réfutation) des critiques, v. J. Lepoutre, *op. cit.*, n° 467, p. 328 et s.

³⁷ H. Klaestad, Opinion dissidente, *Recueil CIJ* précité, p. 28 ; dans un sens proche, v. aussi l'opinion dissidente du juge J. Read p. 39 et s. qui va jusqu'à contester l'existence même d'une nécessité de lien étroit entre l'État et l'intéressé. M. Guggenheim, juge *ad hoc*, estime pour sa part qu'aucun principe de droit international ne permet en l'espèce de considérer que la nationalité de *Nottebohm* n'est pas valable, *Recueil CIJ*, précité, pp. 50 et s.

³⁸ Pour une vigoureuse critique, v. D. Kochenov, *Citizenship*, MIT press, 2019, pp. 114 et s., à qui sont en partie empruntés les arguments présentés au texte.

³⁹ *Recueil CIJ*, précité, p. 17 : « La Cour n'entend pas sortir du cadre limité de la question qu'il lui faut résoudre, à savoir, si la nationalité conférée à *Nottebohm* peut être invoquée vis-à-vis du Guatemala pour justifier la

particulière, l'inopposabilité apparaît à la fois difficilement généralisable et, en ce qui concerne l'Europe, directement contraire à la logique de jouissance des droits qui est au cœur de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union.

2. Contenir *Nottebohm* ?

L'arrêt *Nottebohm* apparaît donc d'une ampleur bien moindre que celle qu'on lui donne parfois.

Il est certes concevable qu'un État invoque l'absence d'effectivité pour s'opposer à un litige mené directement contre lui, surtout, comme c'est dans le cas dans l'affaire *Nottebohm*, lorsque les liens les plus étroits désignent en réalité l'État défendeur. La Cour le note explicitement lorsqu'elle affirme que :

« Ces faits établissent clairement d'une part l'absence de tout lien de rattachement entre Nottebohm et le Liechtenstein, d'autre part l'existence d'un lien ancien et étroit de rattachement entre lui et le Guatemala, lien que sa naturalisation n'a aucunement affaibli »⁴⁰.

Le raisonnement est ici proche de celui du conflit de nationalités⁴¹ et peut être rapproché des solutions en matière d'arbitrage d'investissement : la contestation de l'effectivité provient de la position de l'État défendeur au litige. Elle est par ailleurs intimement liée à la situation spécifique des lois visant, en cas de guerre, les ressortissants ennemis.

Mais ces hypothèses, déjà contestées, restent marginales par rapport à l'immense majorité des situations dans lesquelles les États n'ont en réalité guère d'autre choix, à la fois juridique et pratique, que de se plier à la décision prise par l'un d'entre eux. Il peut certes être contesté qu'un État ait effectivement accordé sa nationalité à tel individu. Dans ce cas sera discutée non pas l'opposabilité mais l'existence même de cette nationalité. Cette question ne pourra être résolue qu'en application du droit étranger, la solution est fermement acquise⁴².

Mais à supposer cette existence établie, le contentieux relatif à la seule opposabilité de la nationalité étrangère est en revanche extrêmement marginal⁴³, pour la simple raison que les États, en général, se contentent de prendre acte de celle-ci quitte éventuellement à prendre contre l'étranger les mesures (notamment d'éloignement) applicables à sa situation. Plus théoriquement, si un droit ou une prérogative découle de l'attribution d'une nationalité particulière, refuser ce droit ou cette prérogative dans un autre État membre constituerait une atteinte peu acceptable à l'exclusivité de la compétence de l'État attributaire. La question, il est vrai, se pose rarement de façon explicite, mais elle a été tranchée en ce sens de la façon la plus nette par la Cour de justice dans l'Union européenne, on l'a vu : si un droit découle de

présente procédure. Elle doit la résoudre sur la base du droit international, ce qui est conforme à la nature de la question posée et à celle de sa propre mission. »

⁴⁰ *Recueil CIJ*, précité, p. 20.

⁴¹ En ce sens, v. d'ailleurs l'opinion dissidente du juge Read, qui considère que dans la mesure où aucune question de double nationalité ne se posait en l'espèce, l'inopposabilité était injustifiée : v. *Recueil CIJ* précité, p. 42.

⁴² Sur l'ensemble de la question, v. J. Derruppé, « La nationalité étrangère devant le juge français », *Rev. crit. DIP*, 1959. 201.

⁴³ H. Raspail, « La nationalité étrangère (et son absence) devant le juge français », in : B. Bertrand et al., *La nationalité au carrefour des droits*, PUR, 2019. 171, spéc. p. 178. Il ne sera pas ici question des États au statut juridique incertain (Taiwan, Palestine...) ou aux difficultés propres à la colonisation et aux successions d'États. Sur ces difficultés, v. part. P. Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz, 2011, n° 00.10 (États non reconnus) ou 72.101 (États disparus).

la possession de la nationalité d'un autre État membre, aucun autre État membre ne peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.

De ce fait, à supposer même qu'il soit incontestable en droit international, il convient sans doute de ne pas accorder au principe de l'inopposabilité de la nationalité ineffective plus d'importance qu'il n'en a réellement. En pratique, les possibilités de contestation des États sont peu nombreuses et, plus théoriquement, la légitimité pour cette contestation apparaît non seulement faible, mais encore en déclin face à la sensibilité de plus en plus vive des droits qui sont attachés à la possession d'une nationalité particulière et, en Europe, de la citoyenneté européenne.

Cette discussion n'est pas uniquement historique, bien au contraire. La question, en effet, est aujourd'hui réapparue, notamment à l'occasion d'un débat complexe et d'une grande sensibilité politique en Europe à propos des programmes appelés, par pudeur, de « citoyenneté par investissement » ou de « passeports dorés » et qui, avec plus de brutalité et moins d'euphémisme, pourraient être qualifiés de programmes de vente de la nationalité.

B. Les programmes de vente de nationalité

Certains États dans le monde ont mis en place de véritables politiques de vente de leur nationalité. Se sont ainsi créés des « paradis nationaux » comme il existe des « paradis fiscaux ». Dans les deux cas, en effet, l'existence d'une compétence étatique exclusive permet à certains États et aux officines privées qui fournissent de lucratifs conseils des comportements opportunistes — d'aucuns diraient déloyaux — à des fins économiques. Nées dans les Caraïbes, ces politiques mercantiles et portant atteinte au cœur même de l'idée nationalité se sont développées jusqu'en Europe⁴⁴.

1. Condamnations européennes

Certains États membres, au premier rang desquels Malte et Chypre, ont en effet en la matière une politique particulièrement explicite et admettent ainsi, dans des conditions extrêmement libérales, l'achat de leur nationalité⁴⁵. La difficulté ici est majeure pour l'Union, dans la mesure où la nationalité de ces États a, du fait de la citoyenneté européenne, un effet qui va bien au-delà des frontières respectives de ces deux îles.

Aussi ces programmes ont-ils valu aux États concernés de fermes condamnations de la part des institutions européennes.

Le Parlement européen, tout d'abord, a, à plusieurs reprises, vigoureusement critiqué ces programmes comme portant atteinte aux valeurs de l'Union⁴⁶. Aussi, dans le 13^{ème} point de sa résolution, le Parlement :

« prie les États membres qui ont adopté des régimes nationaux autorisant la vente directe ou indirecte de la citoyenneté européenne aux ressortissants de pays tiers de mettre ces régimes en conformité avec les valeurs de l'Union ».

⁴⁴ Sur l'ensemble, v. A. Shachar, "Citizenship for sale?", in : A. Shachar, R. Bauböck, I. Bloemraad, M. Vink, *Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford University Press, 2017, p. 789.

⁴⁵ Pour la description de ces programmes, v. part. Commission européenne, « Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne », COM (2019) 12 Final du 23 janvier 2019.

⁴⁶ V. la résolution du Parlement européen du 16 janvier 2014 sur la citoyenneté européenne à vendre : 2013/2995 (RSP) ; dans le même sens, mais cette fois lié à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, v. la résolution du 10 juillet 2020 : 2020/2686 (RSP).

La formule est aimable mais fort peu opératoire. En l'état actuel du droit de l'Union, en effet, l'invocation des valeurs de celle-ci ne peut aucunement fournir de clé d'analyse (ou de condamnation) de politiques nationales en matière de nationalité. Le Parlement en est d'ailleurs parfaitement conscient, qui, au 6^{ème} point de sa résolution « reconnaît que les questions de résidence et de citoyenneté relèvent de la compétence des États membres » et, de ce fait, « prie les États membres d'exercer leurs compétences en la matière avec vigilance et de tenir compte de tout effet préjudiciable ». L'incitation reste très vague.

La compétence étatique exclusive en matière de nationalité est en effet l'infranchissable obstacle sur lequel viennent buter les appels au respect des valeurs de l'Union. En l'état actuel du droit de l'Union, ce sont les États et non le Parlement, qui sont en la matière juges de l'interprétation à donner à celles-ci. Dès lors, en dehors de la pression effectuée sur un pays en particulier envers une pratique dont la condamnation politique fait l'unanimité, l'invocation des valeurs n'est absolument d'aucune utilité, ni pour décrire l'éventuelle absence de conformité entre le droit des États tel qu'il est et le droit de l'Union, ni, prospectivement, pour déterminer la direction dans laquelle devrait s'orienter le droit européen⁴⁷.

La Commission européenne, ensuite, s'est emparée du sujet, par le biais, tout d'abord, d'un important rapport remis au Parlement européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions qui, loin de l'habituelle prudence diplomatique, est extrêmement vigoureux dans ses critiques sur ces programmes de vente de la nationalité et, plus largement, d'octroi d'un titre de séjour par investissement direct⁴⁸. De la façon la plus nette, la Commission décrit et condamne les « lacunes en matière de sécurité résultant de l'octroi de la citoyenneté sans condition de résidence préalable, ainsi que les risques de blanchiment d'argent, de corruption et de fraude fiscale liées à la citoyenneté ou à la résidence par investissement »⁴⁹. Est critiquée la possibilité d'obtenir la nationalité de ces États sans qu'aucun lien ne soit établi entre le demandeur et l'État membre, sans qu'aucune résidence autre qu'une adresse formelle, sans même parfois qu'une présence physique autre que le jour de la remise du titre, ne soit exigée. Plus largement, la Commission y décrit avec beaucoup de détail les différents délits susceptibles d'être commis à l'occasion de ces programmes (atteinte à la sécurité des États, blanchiment, corruption, fraude fiscale...).

Ces programmes sont d'autant plus critiquables que la Commission note que les avantages de la citoyenneté de l'Union en sont précisément le cœur : ce qui est ici vendu n'est pas uniquement la nationalité maltaise ou chypriote mais bien la possibilité de bénéficier de toutes les prérogatives attachées à la qualité de citoyen européen.

Plus théoriquement, la Commission voit dans ces pratiques une remise en cause d'une conception qui serait commune aux États membres, celle de la nationalité effective.

Comme elle l'affirme :

⁴⁷ Sur ce recours (et l'ambiguïté de celui-ci) aux valeurs de l'Union, v. part. I. Pingel, « Les valeurs dans le traité européens », JDI, 2020. 845 et 1169.

⁴⁸ Commission européenne, « Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne », COM (2019) 12 Final du 23 janvier 2019.

⁴⁹ Rapport *précité*, n° 1 ; dans le même sens, v. encore Commission Européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme pesant sur le marché intérieur et liés aux activités transfrontières », COM (2019) 370 final du 24 juillet 2019, p. 7 et concl., p. 23.

« Cette conception commune du lien de nationalité est également à la base de l'acceptation, par les États membres, du fait que la citoyenneté de l'Union et les droits qu'elle implique en vertu du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne reviennent automatiquement à toute personne qui devient l'un de leurs citoyens. L'octroi de la naturalisation sur la seule base d'un paiement monétaire, sans autre condition attestant l'existence d'un lien réel avec l'État membre accordant la naturalisation et/ou ses citoyens s'écarte des modes traditionnels d'octroi de la nationalité dans les États membres et affecte la citoyenneté de l'Union »⁵⁰.

Le principe de coopération loyale, invoqué par la Commission, obligerait donc les États à adopter des règles en matière de nationalité plus conformes aux exigences du droit de l'Union qui, en l'espèce, passeraient donc par l'adoption de règles relatives à l'effectivité de la nationalité.

Passant ensuite de la théorie à la pratique, la Commission a lancé deux procédures d'infraction contre Chypre et Malte, en considérant que ces programmes d'une part ne sont pas compatibles avec le principe de coopération loyale consacré à l'article 4§3 TUE et d'autre part qu'ils portent atteinte à l'intégrité du statut de citoyen de l'Union prévu à l'article 20 TFUE⁵¹.

Ces procédures sont en cours et il n'est guère aisé de savoir ce qui est susceptible d'en advenir. Il n'en reste pas moins que les bases juridiques invoquées permettent de prendre la mesure de la difficulté.

2. Vente de la nationalité, effectivité et jouissance des droits

Les États, y compris dans l'Union, continuent en effet à bénéficier d'une compétence exclusive indiscutée ; faute de compétence de l'Union en matière de nationalité, l'éventuelle condamnation paraît donc peu assurée. Il est vrai que les exemples abondent de situations où la Cour de justice a pu remettre en cause non pas le principe, mais bien l'exercice par des États membres de leur compétence exclusive, lorsque celle-ci portait atteinte à une politique de l'Union⁵². La condamnation, quoi qu'incertaine, n'est donc pas exclue.

Il n'en reste pas moins qu'elle ne peut conduire à une modification du droit interne de la nationalité des pays concernés, mais uniquement à une ingérence, plus ou moins forte, de l'Union dans l'exercice par les États membres de leur compétence exclusive. En témoigne la suite donnée à la résolution du Parlement européen de 2014. Celle-ci avait conduit à des négociations entre la Commission européenne et Malte aboutissant à un recul de l'État maltais. Mais ce recul n'était que partiel. L'État maltais n'avait en effet nullement renoncé à son programme, mais simplement accepté de le subordonner à une condition de résidence,

⁵⁰ Rapport précité, n° 2.4, p. 6.

⁵¹ https://ec.europa.eu/france/news/20201020/passeports_dores_procedures_infraction_chypre_malte_fr ; la procédure a donné lieu le 9 juin 2021 à un avis formel de la Commission : https://ec.europa.eu/cyprus/news/20210609_2_en.

⁵² Ainsi en matière fiscale, où la Cour utilise une formule devenue un standard jurisprudentiel : « il convient de constater que si, en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les États membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire », CJCE, 14 sept. 1995, aff. C-279/93 *Schumacker*, n°21 ; même solution en matière sociale, comme l'ont montré les célèbres arrêts *Laval* et *Viking* : CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-488/05, *Viking* et CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*.

elle-même d'ailleurs fort vague⁵³, même si la Commission avait alors déclaré s'en satisfaire⁵⁴, ce qui avait donc permis l'adoption définitive de la loi maltaise sur les investissements personnels. 6 ans après, le compromis s'est manifestement avéré insuffisant, puisque la Commission a lancé une procédure d'infraction contre l'État.

Il est permis, donc, de s'attendre à une intervention politique et diplomatique de l'Union, soutenue par les instruments juridiques qui sont à sa disposition ; et il n'est pas exclu que cette intervention entraîne effectivement des modifications, même de mauvaise grâce, des États impliqués. Les programmes de vente de la nationalité sont incontestablement un grave dévoiement de l'idée même de nationalité et de la raison d'être de l'Union européenne. A ce titre, la légitimité de la lutte contre ces règles ne fait pas de doute.

Il n'en reste pas moins qu'à titre individuel, les citoyens ainsi gratifiés de leur nationalité restent des citoyens européens et qu'en tant que tels, ils bénéficient et doivent continuer à bénéficier des droits qui sont attachés à cette qualité. En l'état actuel du droit de l'Union, il paraît tout à fait hors de portée de refuser à des ressortissants d'États membres, au prétexte d'un lien trop peu assuré avec leur État de nationalité, de jouir des prérogatives attachées à leur citoyenneté européenne. Que les États accordent trop libéralement leur nationalité est une chose ; que les individus qui ont bénéficié de ces largesses soient pour cela sanctionnés en est une autre, d'une toute autre dimension. A partir du moment où les intéressés ont rempli les conditions légales qui s'imposaient à eux, dans une matière qui ne laisse presque aucune place à l'autonomie de la volonté mais qui, bien au contraire, est entièrement entre les mains des États et de leur administration, aucune raison ne justifie qu'on puisse faire le départ entre les nationaux qui mériteraient d'avoir accès aux droits garantis par les traités et les autres.

Les États, bien entendu, ne sont pas totalement impuissants pour contester l'exercice de leurs droits par ces citoyens. Ainsi tout particulièrement en matière d'entrée et de séjour, la directive 2004/38, applicable aux citoyens et à leur famille, ne manque pas de dispositions permettant d'éloigner des ressortissants d'autres États membres, notamment en cas d'atteinte à l'ordre public⁵⁵. De même, à supposer d'éventuelles infractions commises par ces néo-européens, les ressources du droit pénal pourront être mobilisées pour sanctionner ces agissements. Il n'en reste pas moins que le principe même de l'accès des citoyens à leurs droits doit rester garanti.

Dans cette situation, le contrôle d'effectivité constitue donc une double ingérence, dans la compétence exclusive d'un autre État membre et dans la jouissance de ses droits par le citoyen européen qui ne paraît ni juridiquement correcte, ni politiquement souhaitable.

Que les États s'accordent sur des critères communs en matière de nationalité, on ne pourrait que s'en féliciter ; qu'un État se fasse juge des conditions dans lesquels les ressortissants des

⁵³ Sur tous ces points, v. S. Carrera, « How much does EU citizenship cost? The Maltese citizenship-for-sale affair: A breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the union? », *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe* No. 64 / avril 2014, disponible sur : <http://www.ilecproject.eu/>, pp. 7 et 8. Il semble en effet que la loi maltaise, imposant entre le candidat et l'État une « substantial connection » soit bien moins rigoureuse que les 12 mois de résidence dont parle la Commission dans son communiqué cité *infra*, note suivante.

⁵⁴ Communiqué de la Commission Européenne, « Suite donnée à la résolution du Parlement européen sur la citoyenneté de l'UE à vendre, adoptée par la Commission le 2 avril 2014 », [SP\(2014\)320](#).

⁵⁵ A. Iliopoulou Penot, *Directive 2004/38 relative au droit de séjour des citoyens de l'Union européenne et des membres de leur famille - Commentaire article par article*, Larcier, 2020, art. 27 et s.

autres États jouissent de leurs prérogatives attachées à leur citoyenneté porterait une atteinte fatale au principe même de la citoyenneté européenne.

Est-ce à dire qu'il faudrait abandonner purement et simplement tout contrôle d'effectivité ? Sans doute pas. Celle-ci, tout d'abord, reste marginalement utile, notamment lorsqu'un État est directement impliqué dans la question posée, on l'a vu. Mais, surtout, l'effectivité pourrait, par un renversement de perspective, servir non pas à empêcher la réalisation par le citoyen de ses droits, mais bien au contraire à participer à sa pleine protection.

III. Contrôle d'effectivité et perte de nationalité

Perdre sa nationalité est un acte extrêmement grave pour l'individu. Avec la nationalité, disparaissent les droits qui lui sont attachés et la protection que l'État doit à ses nationaux. Aussi ne faut-il guère s'étonner d'une part que la perte de nationalité soit le plus souvent strictement encadrée par le droit national, comme c'est le cas en France, et d'autre part que l'éventuelle question des limites qui pourraient être opposées aux pouvoirs discrétionnaires de l'État en la matière se pose avec une acuité toute particulière⁵⁶.

Ces limites sont toutefois différentes en fonction des différents cas de perte, qui doivent être nettement distingués. Le plus spectaculaire, qui occupe le devant de l'actualité ces dernières années, est évidemment la déchéance de nationalité. Mais il ne s'agit pas de la seule hypothèse : le défaut d'effectivité est aussi occasionnellement source de perte de nationalité.

Dans ces deux situations, les cours européennes sont intervenues et, dans ces deux cas, avec une prudence excessive et peut-être un peu regrettable. La force du lien qui unit le national à son État pourrait en effet être utilement utilisée pour protéger l'individu contre la déchéance (A) ou la perte pour défaut d'effectivité (B).

A. Du côté de la Cour européenne des droits de l'homme : La déchéance de nationalité

1. Droit français et droit britannique

La menace terroriste a conduit, dans toute l'Europe et même au-delà⁵⁷, à un véritable renouveau de la déchéance de nationalité, par le truchement de nombreuses lois durcissant toujours un peu plus les règles permettant aux États de priver une personne de sa nationalité et, partant, de l'éloigner du territoire national⁵⁸. Cet inattendu retour du bannissement, particulièrement fort au Royaume-Uni et en France⁵⁹ a donné lieu à un contentieux abondant, notamment devant les organes de protection des droits de l'homme.

De ce retour, l'effectivité semble singulièrement — et, ici, regrettablement — absente.

L'absence de considération d'effectivité n'est pas discutable lorsqu'il s'agit de lutter contre l'apatridie. De nombreux États, France en tête, font de la protection contre l'apatridie une

⁵⁶ Justifiée historiquement par l'abus de droit, v. sur ce point l'importante démonstration de J. Lepoutre, *op. cit.*, n° 481, p. 337 et s.

⁵⁷ v. sur ce point les informations comparative figurants dans la base de données du *Global Citizenship Observatory* de l'Institut Universitaire Européen sur le sujet : <https://globalcit.eu/loss-of-citizenship/>

⁵⁸ Sur le débat français, v. part. P. Lagarde, « Le débat sur la déchéance de nationalité. Essai de clarification », JCP, 2016. 105.

⁵⁹ R. Pougnet, *Cancellation of citizenship and national security - a comparison between France and the UK*, Thèse dact., Bristol, 2019 ; J. Lepoutre, « Le bannissement des nationaux, Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme », *Rev. crit. DIP.* 2016 p. 107.

considération qui prévaut sur toute recherche d'effectivité⁶⁰. Aucune renonciation, aucune perte, aucune déchéance n'est en effet possible au cas où celle-ci conduirait à l'apatridie. Le Royaume-Uni semble ici faire figure de regrettable exception⁶¹. Ce pays en effet, non seulement prévoit depuis 2014, quelques cas de déchéance même en cas d'apatridie, mais semble encore bien peu regardant quant à la réalité de l'existence même de l'autre nationalité. Dans plusieurs situations ayant donné lieu à une considérable émotion de l'autre côté de la Manche, des personnes ont ainsi été déchues de leur nationalité alors même que le pays de l'autre nationalité contestait cette appartenance⁶². La différence avec la situation d'apatridie est ici extrêmement mince, puisqu'aucun État ne reconnaît l'intéressé comme son national. L'intéressé devient apatride « de fait » et sa situation juridique presque inextricable.

Au-delà de la difficulté de l'apatridie, la considération de l'effectivité semble jouer un rôle ambigu et contestable.

A cet égard, à nouveau, le Royaume-Uni semble faire preuve d'une grande sévérité. Deux éléments, tout particulièrement, semblent très frappants. D'une part, la déchéance est possible pour n'importe quel Britannique, quel que soit le mode d'accès à la nationalité. Le *British Nationality Act* a été modifié en ce sens en 2002. D'autre part, depuis 2006 cette fois, la déchéance de nationalité est une procédure administrative entre les mains du gouvernement et ne suppose pas de procédure judiciaire préalable⁶³. Cette solution, d'une extrême rigueur, a pour conséquence pratique que la mesure peut frapper des individus qui se trouvent à l'étranger et qui ne peuvent donc revenir sur le territoire britannique, même pour se défendre, comme l'a illustré la récente affaire *Begum*⁶⁴.

En France, la solution est moins radicale, mais guère plus convaincante. Moins radicale parce que le droit français ne permet la déchéance⁶⁵ qu'à la suite d'une procédure judiciaire, ce qui exclut en pratique les déchéances extraterritoriales, et uniquement pour ceux qui ont acquis la nationalité française. Sont ainsi protégés les Français de naissance. Cette solution a pour conséquence d'introduire une distinction entre les Français en fonction de leur mode d'accès à la nationalité française⁶⁶, une différence qui paraît, sous l'angle du principe d'égalité entre les citoyens difficilement justifiable. Elle a pourtant et sans guère d'explication été acceptée par le Conseil constitutionnel, qui a à la fois pu affirmer que « les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation » et que « le législateur a pu, compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont

⁶⁰ E. Fargue, « Dénaturaliser au risque de l'apatridie ? », *Plein Droit*, 2021, n° 1, p. 128.

⁶¹ Sur les modifications du *British Nationality Act* de 1982 v. Rachel Pougnet, thèse précitée, pp. 69 et s et, sur la modification de 2014, pp. 125 et s.

⁶² Ainsi des affaire *Pham* ou *Begum* : Court of Appeal, 20 septembre 2018, *Pham v Secretary of State for the Home Department* [2018] EWCA Civ 2064, [2019] 1 WLR 2070 et UK Supreme Court, 26 février 2021, *R (on the application of Begum) v. Special Immigration Appeals Commission*, [2021] UKSC 7.

⁶³ Rachel Pougnet, *ibid.*

⁶⁴ UK Supreme Court, 26 Février 2021, précité.

⁶⁵ Il ne sera ici question que des déchéances de l'article 25 du Code civil, qui sont les seules à poser difficulté. Les articles 23-7 et 23-8 du Code civil, qui permettent à titre de sanction la perte de nationalité pour tous les Français ne semblent plus appliqués.

⁶⁶ R. Pougnet, thèse précitée, pp. 106 et s. ; P. Lagarde, « La déchéance... », précité, pp. 197-198.

acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité »⁶⁷. L'affirmation est couverte par l'autorité des décisions du Conseil ; l'inexistence du raisonnement qui la sous-tend ne la rend pas moins critiquable.

La solution semble en effet supposer une moindre effectivité de la nationalité française pour ceux qui l'auraient acquise, par opposition à ceux qui l'auraient reçue à la naissance, sans que cette effectivité soit effectivement vérifiée, ni en droit ni en fait. On verra pourtant que, paradoxalement, le seul cas dans lequel il est permis de retirer la nationalité française pour défaut d'effectivité, celui de l'article 23-6 du Code civil, concerne les Français par filiation. C'est donc bien plutôt la transmission au fil des générations qui semble affaiblir le lien avec la France. A cet égard, la distinction opérée par le Code civil entre les Français de naissance et les autres semble bien être une « séquelle de la conception ethnique de la nationalité »⁶⁸.

Cette différence de traitement entre Français n'apparaît donc guère convaincante. Face à ces critiques, cohérence et non-discrimination impliqueraient plutôt soit de prévoir une extension de la déchéance à tous les Français⁶⁹ — c'est la voie britannique — soit de s'en passer entièrement et de préférer d'autres solutions, comme la dégradation nationale⁷⁰. Force est de constater que le droit français ne semble pas prendre cette seconde direction, la tendance générale en Europe semblant bien plutôt être à l'extension de la déchéance⁷¹.

Il n'en reste pas moins qu'en la matière, la relative indifférence à l'effectivité est extrêmement regrettable.

Du point de vue international, déchoir pour éloigner l'intéressé conduit à confier à l'État de l'autre nationalité la responsabilité de l'individu en question, alors même que cet État n'a pas, peu ou moins de lien avec l'intéressé. Cette instrumentalisation de la déchéance apparaît à la limite de la déloyauté et apparaît en tout cas bien peu convaincant sous l'angle de la coopération entre États, voire même de la lutte contre le terrorisme⁷². Aussi est-il parfois proposé explicitement d'interdire la déchéance lorsque celle-ci a en réalité pour objet d'éloigner l'étranger⁷³.

Du point de vue de la personne, la déchéance de nationalité est construite pour rejeter hors de la communauté des Français des individus qui, en raison de la gravité de leurs actes, l'ont eux-mêmes rejetée. La disparition du lien viendrait donc des intéressés eux-mêmes. Le droit français, pourtant, est traditionnellement assez indifférent à ces manifestations de volonté et, plus généralement, aux passions individuelles. Il s'intéresse plus directement aux liens

⁶⁷ Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 et Cons. const., 23 janv. 2015, n° 2014-439, Rev. crit. DIP, 2015, p. 115, note (critique) P. Lagarde.

⁶⁸ P. Lagarde, note précitée, p. 125, qui rappelle que cette distinction était déjà condamnée par Niboyet en 1947 (*Traité de droit international privé*, t. 1, 1947, n° 384, p. 476).

⁶⁹ Cette solution, d'une extrême rigueur, laisserait néanmoins subsister une différence de traitement entre Français binationaux et Français mononationaux : R. Pougnet, *op. cit.*, pp. 106 et s.

⁷⁰ En ce sens, v. part. P. Lagarde, « La déchéance... », précité, p. 200.

⁷¹ Ainsi par exemple de l'Italie, en 2018, par le décret-loi 113/2018 ou de l'Allemagne, en 2019 : article 28 de la *Staatsangehörigkeitsgesetz* (StAG) de 2019.

⁷² Sur ce point, v. J. Lepoutre, *op. cit.*, n° 107 et s., à propos de l'obligation de réadmission des nationaux.

⁷³ V. le projet de « Principes relatifs à la privation de nationalité », porté par l'*Institute on Statelessness and Inclusion*, dont le préambule affirme que « la privation de la nationalité en vue d'expulser une personne ne peut être considérée comme la poursuite d'un but légitime » et, à ce titre, propose des règles limitant le pouvoir des États (article 7.2) et favorisant la coopération internationale (article 11.2) : https://files.institutesi.org/PRINCIPLES_French.pdf.

concrets et réels tissés entre un individu et la France. Passer outre ces liens, c'est permettre de priver de droits et, plus spécifiquement, d'éloigner du territoire l'individu qui est en réalité beaucoup plus étroitement lié à la France qu'avec tout autre État, en dépit de la gravité de ses crimes. Toutes les objections qui ont été opposées à la situation d'apatridie se retrouvent ici : si l'autre nationalité n'est pas effective, la réserve de la double nationalité n'est ici que d'une piètre utilité. A nouveau, l'affaire *Begum* le montre avec éclat.

Le contrôle d'effectivité paraîtrait donc une réserve bienvenue en matière de déchéance. On pourrait, à tout le moins, l'envisager pour l'accès aux droits fondamentaux. Mais, si cette voie aurait pu être empruntée par la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci semble pourtant l'avoir écartée.

2. Le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme

Depuis quelques années, la Cour européenne des droits de l'homme a eu, à plusieurs reprises l'occasion d'intervenir dans ce délicat contentieux. Depuis l'arrêt *Genovese c. Malte*⁷⁴, on sait en effet que la Cour accepte, avec une grande prudence, d'étendre son contrôle à la nationalité étatique⁷⁵, contrôle qui prend notamment appui sur l'article 8 de la Convention européenne garantissant une vie privée et familiale normale⁷⁶.

Le principe de cette intervention étant acquis, il n'est pas surprenant que le retrait et, tout particulièrement, la déchéance de nationalité aient eux aussi donné lieu à des interventions régulières de la Cour⁷⁷. Celle-ci, toutefois, adopte une position d'une grande prudence en la matière. Elle a ainsi accepté la pratique britannique des déchéances extraterritoriales, en estimant que celle-ci était acceptable dès lors que les intéressés pouvaient être représentés en justice au Royaume-Uni⁷⁸. Plus encore, elle a séparé droit à la vie privée, incontestablement atteint par une mesure de déchéance et droit à une vie familiale normale qui, lui, ne serait pas en cause. Cette séparation est permise par une rigoureuse distinction faite par la Cour entre la déchéance de nationalité et ses conséquences, notamment sur le droit au séjour et l'éloignement. Ces deux éléments doivent, selon elle, être envisagés de façon autonome. La déchéance porterait ainsi atteinte à la vie privée mais pas, en elle-même, au droit de mener une vie familiale normale, qui, pour sa part, ne serait menacé que par l'éloignement. Seule une mesure portant spécifiquement sur le droit au séjour serait donc susceptible de conduire à une violation de l'article 8 sur ce point, et, partant, déclencher la protection de la Convention.

⁷⁴ CEDH, 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, n° 53124/09.

⁷⁵ F. Marchadier, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP*, 2012. 61.

⁷⁶ V. part. J.-P. Marguénaud, « La nationalité et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *in* : A Dionisy-Peyrusse et al. (dir.), *La nationalité : enjeux et perspectives*, Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 20 ; P. Ducoulombier, « Le droit à la nationalité devant les organes régionaux et universels de protection des droits de l'homme », *in* : B. Bertrand et al. (dir.), *La nationalité au carrefour des droits*, PUR, 2019, p. 137.

⁷⁷ CEDH, 21 juin 2016, n° 76136/12, *Ramadan c. Malte*, *Rev. crit. DIP*, 2017. 221, note F. Marchadier (retrait d'une nationalité obtenue en fraude) ; CEDH, 7 février 2017, n° 42387/13, *K2 c Royaume-Uni*, *Rev. crit. DIP*, 2017, 381, note J. Lepoutre (déchéance), CEDH, 25 juin 2020, n° 52273/16, *Ghoumid et al. c. France*, *Rev. crit. DIP*, 2021. 93, note P. Lagarde, *JDI*, 2021. 243, note J. Lepoutre (déchéance) ; CEDH, 22 décembre 2020, n° 43936/18, *Usmanov c. Russie* (Retrait pour fraude).

⁷⁸ CEDH, 7 février 2017, n° 42387/13, *K2 c Royaume-Uni*, *précité*.

Cette solution n'apparaît pas parfaitement convaincante⁷⁹. Une telle approche pourra certes aboutir occasionnellement à la condamnation de l'État si la mesure paraît arbitraire et la sanction disproportionnée par rapport à l'infraction. Ainsi de la condamnation de la Russie dans la décision *Usmanov c. Russie*⁸⁰, dans laquelle la disproportion entre la fraude invoquée (une omission de mentionner des frères et sœurs dans la demande de naturalisation), le temps écoulé (près de 10 ans) et la décision de retrait de la nationalité a été considérée comme arbitraire et non proportionnelle.

Il n'en reste pas moins que la position de la Cour a pour conséquence que le contrôle de celle-ci sur les mesures de déchéance restera limité et, tout particulièrement, ne pourra inclure l'important corpus jurisprudentiel relatif à la protection contre l'éloignement au nom du droit de mener une vie familiale normale, progressivement bâti par la Cour elle-même. Pourtant, la séparation entre la mesure de déchéance et la mesure d'éloignement apparaît largement artificielle. L'exemple britannique, et tout particulièrement l'exemple de l'affaire *Begum*, montre bien que la considération de l'éloignement du territoire est centrale en la matière, comme elle l'était d'ailleurs dans la proposition française de loi visant à étendre la déchéance de nationalité en 2015⁸¹. La déchéance de nationalité n'est pas uniquement une mesure symbolique : il s'agit d'une décision qui a des effets concrets sur le statut juridique de l'intéressé et qui fragilise considérablement sa situation personnelle et familiale, notamment (mais pas uniquement) son séjour. La Cour a d'ailleurs elle-même eu l'occasion de lier l'un et l'autre, en admettant de façon tout à fait explicite que serait critiquable une mesure de retrait ou de déchéance adoptée dans le but de permettre l'éloignement de l'intéressé⁸².

A ce titre, il est difficile de se satisfaire du motif désinvolte du n° 50 de l'affaire *Ghoumid*, estimant qu'il sera toujours temps d'exercer un autre recours, cette fois fondé sur la dimension familiale de l'article 8, si l'étranger déchu venait à être éloigné du territoire. Il semble y avoir là des motifs d'une abstraction extrême, faisant peu de cas de la réalité vécue par les individus concernés.

En toute hypothèse, on le voit, la Cour semble réticente à mobiliser les instruments qu'elle a elle-même construits, dans la matière pourtant à peine moins sensible de la protection des étrangers. Ces instruments, pourtant, qui s'interrogent avec finesse sur les liens effectifs qu'entretiennent les requérants avec le territoire de l'État qui entend les éloigner pourraient efficacement être mobilisés dans ce contentieux, à la fois, pour comparer les liens entre les différents États dont le requérant possède ou possédait la nationalité et, surtout, pour évaluer en fonction de ces liens la réalité de l'éventuelle atteinte à l'article 8 que constituerait une mesure de déchéance.

L'effectivité semble donc, même si on peut le regretter, d'une faible importance en ce qui concerne la déchéance de nationalité. On aurait pu penser que d'autres situations de perte auraient pu donner lieu à un contrôle plus étroit. Il semble pourtant qu'il n'en soit rien.

B. Du côté de la Cour de justice : La perte pour défaut d'effectivité

⁷⁹ V. not. les critiques de P. Lagarde (note précitée, p. 103) et J. Lepoutre (note précitée, p. 248-249).

⁸⁰ CEDH, 22 décembre 2020, n° 43936/18, *Usmanov c. Russie*, précité, n° 71.

⁸¹ V. d'ailleurs sur ce point l'exposé des motifs de la loi constitutionnelle de 2015 qui se proposait d'étendre les cas de déchéance, cités par J. Lepoutre, *op. cit.*, n° 575, p. 415 ; *adde* C. Zalc, « La déchéance de nationalité. Éléments d'histoire d'une révision constitutionnelle ratée », *Pouvoirs*, 2018/3, n° 166, p. 41-57.

⁸² CEDH, 3 décembre 2002, *Naumov c. Albanie* ; sur cette position, et le lien avec l'abus de droit, v. J. Lepoutre, *op. cit.*, n° 513, p. 365 et s.

D'un autre côté, moins controversé mais non moins difficile, de nombreuses législations continuent à prévoir des règles de perte de la nationalité fondées sur un éloignement plus ou moins définitif du territoire de l'État en question, révélateur d'un défaut d'effectivité de la nationalité.

Le droit international de la nationalité est en ce sens. La Convention des Nations Unies de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie et la Convention européenne de 1997 sur la nationalité estiment en effet que la perte de nationalité est envisageable en cas de résidence à l'étranger et de perte d'effectivité du lien de nationalité, sous réserve de ne pas créer de nouvelles situations d'apatridie. Il reste que les cas doivent être distingués, tant les droits nationaux peuvent varier⁸³.

1. Le droit français et l'effectivité

Le droit français semble suivre les principes généraux posés par le droit international. Les cas de perte de la nationalité, déchéance mise à part, sont assez variés, mais reposent tous sur une idée commune : prendre acte que les liens avec la France se sont distendus. Ils supposent tous, par ailleurs, la possession d'une autre nationalité. A nouveau, le droit français ne crée pas de cas d'apatridie, quelles que soient, par ailleurs, les considérations d'effectivité. Au-delà, deux grandes hypothèses peuvent être identifiées.

La première regroupe un certain nombre de cas de perte de la nationalité française reposant sur la volonté de l'individu. Le droit français laisse en effet une place, restreinte, à la volonté individuelle du double national qui préférerait son autre nationalité à la française.

Il peut en être ainsi lorsque le Français a obtenu sa nationalité par un moyen jugé plus fragile que d'autres. Dans ces cas, un choix est laissé au jeune adulte au moment de son accession à la majorité. Une faculté de répudiation de la nationalité française lui est ainsi ouverte s'il est né à l'étranger d'un parent français et d'un parent étranger (article 18-1 du Code civil), s'il est né en France de deux parents étrangers dont un seul est né en France (article 19-4) ou s'il est né à l'étranger et a bénéficié pendant sa minorité de l'effet collectif de la naturalisation d'un de ses parents (article 22-1). Dans ces trois cas, la répudiation n'est ouverte que pendant un délai très bref, de 6 mois avant la majorité et 12 mois après et la faculté de répudiation se perd si le lien avec la France se renforce : ainsi si l'un ou l'autre des parents devient français pendant la minorité de l'enfant (article 18-1 et 19-4).

D'autres cas reposent sur la volonté de l'individu de s'éloigner de la nationalité française. Le contrôle d'effectivité est dans ce cas plus prospectif qu'actuel : l'intéressé montre par sa demande qu'il ne souhaite plus, pour l'avenir, maintenir un lien avec la France ou bien parce qu'il a volontairement acquis une nationalité étrangère (article 23) ou bien parce qu'il s'est marié avec une personne étrangère dont il a acquis la nationalité (article 23-5). Ces deux cas supposent que l'intéressé réside à l'étranger. La considération territoriale est ici centrale, qui n'accepte que l'on perde sa nationalité française qu'en cas de relâchement du lien non seulement psychologique, mais encore matériel, avec la France.

Enfin, tout étranger double national peut demander à être libéré de son allégeance (article 23-4). Cette faculté est toutefois soumise à l'autorisation du gouvernement français et elle suppose elle aussi, en pratique, une résidence à l'étranger⁸⁴.

⁸³ Pour une analyse d'ensemble du sujet, v. J. Lepoutre: « When losing citizenship is fine: denationalisation and permanent expatriation », *Citizenship Studies*, 2020. Vol. 24, p. 339.

⁸⁴ P. Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 42-22.

Tous ces cas reposent donc sur l'idée fondamentale d'une fragilité de l'appartenance à la nationalité française, soit en raison de la voie qui a permis d'y accéder, soit en raison d'un attachement plus grand à la nationalité étrangère. C'est donc bien l'effectivité, appréciée à l'aide de conditions objectives, qui est ici prise en compte. Mais, en toute hypothèse, cette absence d'effectivité ne pourra se traduire juridiquement qu'à la demande de l'intéressé. C'est lui qui décide de s'écarter de la communauté des Français, c'est à lui, en dernière analyse, d'apprécier si nationalité de fait et nationalité de droit ont cessé de coïncider.

C'est toute la différence avec les cas de déchéance, qui ont été précédemment étudiés, et avec la deuxième hypothèse de perte de nationalité pour défaut d'effectivité : celle de l'article 23-6 du Code civil. Cette disposition, rend en effet la perte possible par décision de justice si « l'intéressé, français d'origine par filiation, n'en a point la possession d'état et n'a jamais eu sa résidence habituelle en France » et si « les ascendants dont il tenait la nationalité française n'ont eux-mêmes ni possession d'état de français ni résidence en France depuis un demi-siècle ».

La solution — qui suppose elle aussi, rappelons-le, que l'intéressé ait une autre nationalité — repose sur l'idée qu'une nationalité transmise *jure sanguinis* peut perdre de sa pertinence après le passage des années si elle n'est pas confirmée par un lien de rattachement territorial. Elle montre bien la particularité, sous l'angle de l'effectivité, de la transmission par filiation, qui se fait automatiquement et sans preuve particulière de la réalité des liens avec le territoire. L'émigration d'un Français peut théoriquement conduire à une transmission infinie de la nationalité française au sein d'une famille qui a progressivement rompu toute attache avec la France. La solution n'est donc pas déraisonnable et bien conforme à l'objectif général du droit français de coïncidence entre nationalité de droit et nationalité de fait. Même si elle pose parfois des problèmes de preuve⁸⁵. La solution semble prudente, reposer sur l'écoulement d'un temps long et la preuve positive de l'absence d'effectivité.

Ce bref panorama semble montrer que le droit français, s'il fait de l'effectivité de la nationalité un cas de perte, le fait avec une grande modération. Ces cas sont en effet encadrés à la fois par des conditions objectives de mesure de l'effectivité et par le recours à la volonté de l'intéressé. Ce n'est qu'en cas de complète ineffectivité, mesurée sur un temps très long, que cette volonté peut être ignorée.

D'autres législations, en revanche, apparaissent beaucoup plus drastiques. Ainsi de la loi néerlandaise dont les termes d'une extrême rigueur ont conduit à une importante décision de la Cour de justice de l'Union européenne⁸⁶.

2. Le droit néerlandais et l'intervention de la Cour de justice

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

⁸⁵ V. not. Civ. 1, 28 février 2018, Rev. crit. DIP, 2018. 801, note E. Ralser et, avec Civ. 1, 13 juin 2019, Rev. crit. DIP, 2019. 949, note P. Lagarde. Depuis, v. encore Civ. 1, 14 octobre 2020, n°19-50038, 19-50039, 19-50040 et 19-50041 et Civ. 1, 10 février 2021, n° 19-50050.

⁸⁶ CJUE, Gde Chambre, 12 mars 2019, aff. C-221/17, *Tjebbes et al.*

Elles ont en effet appris à cette occasion que la loi néerlandaise⁸⁷ prévoyait qu'une résidence de 10 ans en dehors de l'Union européenne menait automatiquement à la perte de la nationalité néerlandaise, sauf à entreprendre certaines démarches consulaires qu'aucune d'entre elles n'avait manifestement faites, et à condition de posséder une seconde nationalité. La fille mineure de la ressortissante néerlandais-suisse a, pour sa part, perdu sa nationalité en raison de la perte par sa mère de la sienne.

Incontestablement, la loi est d'une extrême sévérité, sans doute l'une des plus sévères d'Europe⁸⁸. En l'espèce, elle conduit donc à priver les intéressées de leur nationalité néerlandaise et, partant, de leur citoyenneté européenne, justifiant ainsi la saisine de la Cour de justice. Le *Rade van State* (Conseil d'État) néerlandais demandait ainsi à la Cour, en substance, si la solution était conforme au droit de l'Union et, tout particulièrement, aux articles 20 et 21 TFUE, lus à la lumière de l'article 7 de la Charte.

A très grands traits, la Cour a accepté la solution néerlandaise. Elle a, ce faisant, fait preuve d'une prudence extrême - qu'il semble permis de regretter⁸⁹ - en s'appuyant certes sur l'effectivité, mais une effectivité bien peu exigeante.

Pour justifier la solution néerlandaise, la Cour (qui a elle-même suivi l'avocat général) affirme en effet à la fois qu'il est « légitime pour un État membre de considérer que la nationalité traduit la manifestation d'un lien effectif entre lui-même et ses ressortissants, et d'attacher en conséquence à l'absence ou à la cessation d'un tel lien effectif la perte de sa nationalité » (n°35) et qu'un « critère (...) fondé sur la résidence habituelle des ressortissants du Royaume des Pays-Bas pendant une période ininterrompue de dix ans en dehors de cet État membre et des territoires auxquels le traité UE est applicable peut être considéré comme reflétant l'absence de ce lien effectif » (n° 36). C'est donc bien parce que les intéressés n'ont plus de lien avec les Pays-Bas qu'est justifiée (et conforme au droit international⁹⁰) la solution néerlandaise.

Il reste que ce lien effectif est ici envisagé de façon si abstraite, les considérations générales de la Cour sont si exactement calquées sur l'argumentation des autorités néerlandaises, qu'il semble en réalité que la Cour renonce par avance à tout contrôle de principe⁹¹. En l'espèce, en effet, on rappelle qu'il suffit de 10 ans de résidence à l'étranger pour pouvoir être privé de sa nationalité. Considérer sans autre forme de procès qu'une telle résidence est bien constitutive d'une rupture du lien entre un national son État paraît pour le moins contestable. La prudence de la Cour en matière de nationalité se comprend, mais en l'espèce, l'affirmation de cette légitimité aurait peut-être gagnée à être plus amplement discutée, tout particulièrement dans le cadre de l'Union, qui fait figurer en son cœur la mobilité des personnes et, partant, la multiplicité des rattachements. Dit autrement, la mobilité des personnes, intrinsèque à la construction européenne, a pour conséquence que la divergence

⁸⁷ Sur laquelle v. R. van Oers, B. de Hart, K. Groenendijk, "Country Report on Citizenship Law: Netherlands", *EUDO Citizenship Observatory*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2013, spec. p. 14, disponible à : <https://globalcit.eu/acquisition-citizenship/>

⁸⁸ V. les éléments comparatifs dans <http://globalcit.eu/loss-of-citizenship>.

⁸⁹ Pour une critique très vigoureuse sur ce point, v. part. D. Kochenov, « The Tjebbes Fail », *European Papers*, Avril 2019, disponible en ligne sur www.europeanpapers.eu.

⁹⁰ La légitimité renvoyant donc, comme on a pu excellemment le remarquer, à la légalité internationale : J. Lepoutre, *note sous l'arrêt Tjebbes*, D. 2019, 875, spéc. p. 877.

⁹¹ Sur ce point, v. D. Kochenov, *ibid.*

entre État de nationalité et État de résidence n'est nullement une situation pathologique, mais bien la situation normale et, surtout, encouragée par le droit de l'Union.

Il est vrai que la difficulté pourrait être sinon réglée, en tout cas fortement atténuée par une conception un peu rigoureuse du contrôle de proportionnalité, dont la Cour rappelle l'importance. Celui-ci doit entraîner un contrôle individuel, notamment au regard de la vie familiale et professionnelle garanti par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux.

Pourtant, la mise en œuvre pratique de ce contrôle reste un peu mystérieuse et, pour tout dire, bien peu contraignante. La loi néerlandaise, tout d'abord, paraît intrinsèquement étrangère à tout contrôle de proportionnalité puisqu'il s'agit d'un mécanisme automatique et donc, par définition, imperméable à toute appréciation individuelle. D'autre part, alors même que l'Avocat Général Mengozzi voyait dans la perte automatique de la nationalité de l'enfant après celle de la mère une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant (Conclusions, n° 149), la Cour de justice ne semble penser rien de tel et se contente de renvoyer sur ce point au juge national. La proportionnalité ne paraît donc pas être d'une plus grande aide que l'effectivité.

Dès lors, la loi néerlandaise et, surtout, l'analyse de la Cour, semblent faire prévaloir une conception extrêmement pauvre de l'effectivité ainsi que des liens qu'une personne peut bâtir avec son État de nationalité. Surtout, ce critère, simple au point d'être simpliste, contraste de façon radicale avec les solutions de la Cour de justice elle-même en matière de citoyenneté européenne.

Une telle analyse de l'effectivité se distingue en effet d'une façon très nette des infinies subtilités de la jurisprudence de la Cour en matière d'intégration des citoyens au sein de l'Union⁹². Confrontée à la multiplicité des rattachements, en matière principalement de séjour et, surtout, d'accès à l'assistance sociale d'un État, la Cour de justice a en effet bâti une jurisprudence toute en nuances, orientée autour de l'idée d'intégration, pour déterminer les cas dans lesquels un État est autorisé par le droit de l'Union à refuser son assistance au ressortissant d'un État membre, voire à l'un de ses propres ressortissants⁹³.

Les citoyens européens pourront ainsi se voir refuser un avantage social quelconque en raison de la faiblesse du lien avec l'État auquel ils présentent leur demande⁹⁴. Les ressortissants extra-européens, pour leur part, devront faire valoir l'intensité de leur lien pour pouvoir obtenir un titre de séjour fondé sur le droit de l'Union⁹⁵. Dans tous ces cas, c'est bien, sous le nom d'intégration, la qualité de ce lien que la Cour de justice est amenée à scruter avec une extrême attention.

L'on ne peut dès lors manquer d'être frappé par l'opposition brutale entre la vision de l'effectivité dans l'arrêt *Tjebbes* et les autres arrêts de la Cour relatifs à l'intégration. Le

⁹² S. Barbou des Places, « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », Rev. aff. eur., 2013/4, p. 689 ; E. Pataut, « Intégration et Ordre public, Chronique citoyenneté de l'Union européenne », RTDE. 2018. 661.

⁹³ CJCE, 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *d'Hoop*. Sur l'ensemble de cette jurisprudence, v. P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^e éd., 2014, pp. 215 et s.

⁹⁴ Voy. par exemple, les importantes discussions jurisprudentielles que suscitent, au Luxembourg, les avantages revendiqués par les familles des travailleurs frontaliers et notamment les bourses d'étude. En dernier lieu : CJUE, 10 juillet 2019, *Aubriet*, C-410/18.

⁹⁵ Parmi, là encore, une jurisprudence pléthorique, voy. récemment CJUE, 27 février 2020, *Subdelegacion del Gobierno en Ciudad Real*, C-836/18.

contraste entre un raisonnement concret, précis, orienté autour des conditions matérielles de vie et la brutalité du critère d'effectivité ne laisse pas d'être surprenant.

Certes, il est bien entendu que la solution néerlandaise ne s'applique pas si l'intéressé vit dans un autre pays de l'Union. Un citoyen néerlandais qui vit dans un autre État membre n'est donc jamais censé perdre le lien qui l'unit à son État d'origine. La solution est louable du point de vue de l'Union européenne, le lien d'effectivité étant ici apprécié à l'aune du territoire de l'Union tout entier. Surtout, la solution contraire aurait porté une atteinte telle à la liberté de circulation qu'elle aurait sans doute risqué une nette condamnation par la Cour de justice.

Il n'en reste pas moins que la règle néerlandaise paraît très contestable sous l'angle de l'effectivité et de l'intégration. La vision binaire d'une intégration qui se jouerait des frontières si l'individu vit dans un autre État membre, d'un côté, et qui aurait disparu en raison d'une rupture des liens avec le pays d'origine si le pays de destination est un État tiers, de l'autre, semble tout de même d'une rigidité peu compatible avec la réalité des intégrations et des mobilités contemporaines.

La démonstration — par l'absurde — peut en être faite par la situation de l'une des requérantes, Mme Koopman et sa fille, qui vivent en Suisse soit dans un pays qui est certes extérieur à l'Union, mais dont les citoyens n'en bénéficient pas moins d'une forme de liberté de circulation qui n'est pas si éloignée du modèle de l'Union européenne. Prétendre que Mme Koopman est moins néerlandaise parce qu'elle s'est mariée et installée en Suisse, dont elle a acquis la nationalité, qu'elle le serait si les chemins de l'amour l'avaient menée à Barcelone ou à Paris, paraît révéler une conception bien exclusive et peu conforme à la réalité du lien de nationalité.

La brutalité de la solution néerlandaise, dès lors, nous semblerait pouvoir être appréciée avec un peu plus de rigueur par la Cour que l'on a connu — c'est un euphémisme — moins timorée. Que celle-ci accepte sans difficulté que soit ainsi dressée une herse entre un territoire européen et le reste du monde est à la fois peu conforme à la réalité vécue des personnes en situation de mobilité et aux valeurs qui sous-tendent la construction européenne dans son ensemble.

Encore une fois, les infinies et subtiles variations de la jurisprudence de la Cour relative à l'intégration montrent bien que celle-ci sait fort bien interroger la réalité des liens qui unissent une personne au territoire de l'Union dans son ensemble ou d'un État membre en particulier. Partant, inciter à un débat sur l'effectivité de la nationalité en Europe devrait conduire à s'imposer la même nuance et, probablement, les mêmes critères.

La Cour de justice a donc construit un modèle qu'elle aurait aisément pu suivre, même sans oublier la prudence de mise en matière de nationalité. Intégration et effectivité sont les deux faces d'une même médaille. Il s'agit dans l'un et l'autre cas de mesurer une même réalité : la force des liens qui unissent une personne et un territoire. La Cour de justice, au fil de ses arrêts a montré toute la délicatesse de ce lien, qui peut être territorial, familial ou même sentimental. En transposant celle-ci à la question de la perte de nationalité, elle pourrait donc fort bien et par touches progressives, procéder à un rapprochement des exigences nationales en la matière. Celui-ci pourrait passer par l'introduction de ses considérations relatives à l'intégration sociale des citoyens européens et de leur famille. Ce faisant, la Cour pourrait unifier les différentes hypothèses de mobilité, rapprocher les situations intra- et extra-européennes et, plus largement, permettre l'émergence d'une définition proprement européenne de la nationalité effective. Beaucoup plus protectrice des citoyens européens, la

solution donnerait sa pleine mesure à ce contrôle de l'intégration que la Cour sait si bien faire fructifier ailleurs.

* *
*

Au terme de cette enquête, il apparaît ainsi que l'effectivité semble changer de rôle en matière de nationalité. Son rôle traditionnel paraît en effet contesté. En matière de conflits de nationalités et d'opposabilité internationale de la nationalité, l'effectivité ne paraît pas en mesure de s'opposer à la prise en compte plus attentive des droits subjectifs des individus. Cette évolution est cohérente avec l'évolution globale des fonctions de la nationalité. En tant que marqueur et source de droits subjectifs, la nationalité a en effet perdu de son exclusivité et doit faire la place aujourd'hui à d'autres éléments de rattachement qui, tout autant qu'elle, permettent de déterminer à la fois l'identité et le régime juridique de la personne⁹⁶. Moins centrale à l'épanouissement des droits subjectifs des individus, la nationalité est aussi et de ce fait, l'objet d'un regard moins étroit et moins scrutateur.

A l'inverse, cette préoccupation des droits des individus pourrait, presque paradoxalement, renforcer la considération d'effectivité lorsque celle-ci montre l'existence d'un lien entre l'individu et l'État qui pourrait conduire à contester une mesure de privation de la nationalité. La Cour européenne des droits de l'homme et surtout la Cour de justice de l'Union européenne ont en la matière construit des outils qui sont immédiatement opératoires et pourraient être opposés aux États pour empêcher la perte de nationalité. A cet égard, tout particulièrement, la notion « d'intégration » si centrale dans la jurisprudence de la Cour de justice, pourrait utilement être mobilisée pour compléter la protection du citoyen européen. La perspective est assurément ambitieuse, mais elle découle directement de la logique de la citoyenneté européenne. Elle permettrait de compléter la protection du citoyen européen non plus uniquement contre l'éloignement, mais encore contre des règles étatiques en matière de nationalité d'une sévérité peu compatible avec les fondements même du projet européen.

⁹⁶ E. Pataut, *La nationalité en déclin*, Odile Jacob, 2014. Pour une critique beaucoup plus radicale de la nationalité dans son essence même, v. D. Kochenov, *Citizenship*, MIT press, 2019.