

Droits de l'homme et nationalité

par Jean-Yves CARLIER

Professeur à l'UCL

Avocat

La conjonction « et » figurant au titre de cette contribution réunit-elle deux notions conciliables? N'y a-t-il pas quelque opposition radicale entre la nationalité, concept juridique de sélection, sinon d'exclusion, et les droits de l'homme, concept universaliste?

Michel Verwilghen, qui s'est attelé à analyser la nationalité sous tous ses aspects, ne s'y est pas trompé. Dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, il relève ce paradoxe : « Ce n'est point parce qu'une personne porte une nationalité qu'elle jouit, où qu'elle soit, de ses droits les plus fondamentaux; c'est simplement parce qu'elle fait partie de ce qu'on appelait autrefois 'le genre humain'. Non sans paradoxe, tout individu, pour la même raison de son appartenance à cette communauté des femmes et des hommes, bénéficie aussi du *droit d'avoir une nationalité*, car ce droit fait partie de ceux reconnus aujourd'hui comme constitutifs des droits humains fondamentaux. »¹ Ceci conduit au point central du paradoxe : les principaux textes de protection des droits de l'homme reconnaîtraient le droit à une nationalité et, dans le même temps, excluraient toute discrimination à raison de la nationalité en raison même de l'appartenance à une commune humanité. Bref, la nationalité serait à la fois l'un des droits fondamentaux et un facteur d'atteinte à ces droits. Cette aporie conduit-elle à considérer que « les concepts de souveraineté et de protection des droits fondamentaux sont antinomiques »² en manière telle qu'il convient soit de ranger la nationalité au rayon des concepts surannés soit de souligner l'abstraction des droits de l'homme dans leur prétention à l'universalité? Ou, à l'inverse, peut-on affirmer que cette « antinomie n'est qu'apparente »³ et, poursuivant l'analyse au-delà des apparences, restituer à la conjonction « et » sa

¹ M. VERWILGHEN, « Conflits de nationalités. Plurinationalité et apatridie », *R.C.A.D.I.*, 1999, t. 277, p. 466, italiques dans le texte.

² F. RIGAUX, « Conclusions », in J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 254.

³ H. FULCHIRON, « Note sous Cass. Fr. », 22 février 2000, *R.C.D.I.P.*, 2000, p. 683.

véritable fonction de conciliation entre les droits de l'homme et la nationalité?

Pour examiner le lien possible entre droits de l'homme et nationalité, l'analyse portera sur deux aspects de la tension entre la nationalité et le principe de non-discrimination. L'aspect interne d'abord : dans le droit même de la nationalité n'y a-t-il pas des conditions discriminatoires, inconciliables avec les droits de l'homme (A)? L'aspect externe ensuite : le principe de non-discrimination à raison de la nationalité doit-il évoluer jusqu'à l'effacement de la nationalité (B)?

Cet examen d'une part de la discrimination au sein même de la nationalité, d'autre part de la nationalité comme facteur de discrimination permet d'affirmer que les droits de l'homme et la nationalité sont conciliables si tous deux s'accommodent d'une certaine relativité. L'évolution de cette possible relation s'inscrit toutefois, plus que par le passé, dans l'affirmation des droits de l'homme comme référence prépondérante.

A. — NATIONALITÉ : DU DROIT DE LA NATIONALITÉ AU DROIT À LA NATIONALITÉ

En 2001, dans une affaire *Kaur*, la Cour de justice des Communautés européennes rappelle que « la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre »⁴. En conséquence, le Royaume-Uni peut refuser le droit de séjour à madame Kaur, citoyenne britannique d'Outre-mer, alors même que tout citoyen européen a, selon l'article 18 du traité C.E., le « droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ». La citoyenneté européenne étant conditionnée par la nationalité d'un État membre, il appartient, selon l'article 1^{er} de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 pour la codification du droit international en matière de nationalité, « à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux ». Même si la Cour luxembourgeoise précise que cette compétence « doit être exercée dans le respect du droit communautaire »⁵, l'idée d'une citoyenneté commune ne résiste pas au principe bien établi de la souveraineté nationale. Celui-ci permet à un État, comme le Royaume-Uni, d'avoir une nationalité à degrés permettant de ne pas attribuer tous les droits à tous les citoyens et par exemple d'exclure, depuis une législation sur l'immigration de 1962, comme en l'espèce, des *citizens of the United Kingdom and Colonies*, du droit de résidence (*right of abode*) parce

⁴ C.J.C.E., 20 février 2001, aff. C-192/99, *Kaur*, *Rec.*, I-1237.

⁵ *Idem*, pt. 19 et C.J.C.E., 7 juillet 1992, aff. C-369/90, *Micheletti*, *Rec.*, I-4239, pt. 10.

qu'eux-mêmes ou leurs parents ne sont pas nés au Royaume-Uni ⁶. Au-delà de la citoyenneté européenne, l'affaire permet de questionner les conditions d'accès à la nationalité. Est-il indifférent de constater que la grande majorité de ces « citoyens d'Outre-mer » sont, comme madame Kaur, des citoyens britanniques d'origine asiatique nés en Afrique? Faut-il y voir une discrimination ou une différence de traitement acceptable au Royaume-Uni « eu égard à son passé impérial et colonial » ⁷?

Avant même de trancher cette question de la discrimination dans l'accès à la nationalité (2), il convient de s'interroger sur l'existence d'un droit à la nationalité (1).

1. — Le droit à la nationalité

Si la Convention de La Haye de 1930 affirme la souveraineté nationale dans l'octroi de la nationalité, elle n'affirme pas qu'il existerait, dans le chef des personnes, un droit à la nationalité. Tout au plus, certaines dispositions traduisent-elles le souci que chacun ait une nationalité en permettant à l'individu de renoncer à une nationalité pour autant qu'il dispose d'une autre (art. 6) et en attribuant une nationalité *iure soli* à l'enfant né de parents inconnus (art. 14). Plus tard, en 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme va affirmer que « tout individu a droit à une nationalité » (art. 15 § 1). À dire vrai, les travaux préparatoires montrent que s'il y avait une large majorité pour considérer que « nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité » (art. 15 § 2, adopté par 36 voix contre 6 et 1 abstention), la reconnaissance du droit à la nationalité, proposée par la France, fut moins franche (art. 15 § 1, adopté par 21 voix contre 9 et 6 abstentions) ⁸. Si l'article 15 § 1 existe, sa valeur juridique est aussi molle que celle de l'ensemble de la déclaration qui relève de la *soft law*. Or, comme pour le droit d'asile et pour le droit de propriété, la traduction contraignante du droit à une nationalité ne se lit pas dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Toutefois, l'article 24 § 3 PIDCP affirme que « tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité ». Insérée dans l'article consacré à la protection de l'enfant, cette

⁶ Cette exclusion de la citoyenneté européenne pour certains nationaux résultait déjà d'anciennes déclarations par lesquelles, en 1982, le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord avait précisé le champ d'application *ratione personae* de la notion de « ressortissants des États membres », en excluant les *overseas citizens*.

⁷ Conclusions de l'avocat général LÉGER dans l'affaire *Kaur*, pt. 20.

⁸ Voy. notamment I. ZIEMELE et G.G. SCHRAM, « Article 15 », in G. ALFREDSON et A. EIDE (Ed.), *The Universal Declaration of Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1999, p. 297 et J.M.M. CHAN, « The right to a nationality as a human right », *H.R.L.J.*, vol. 12, 1999, p. 1.

disposition va être reprise, en 1989 à l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, dont l'effet peut être débattu ⁹.

Dans le cadre régional, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ne comporte pas davantage de droit à la nationalité. En revanche la Convention européenne sur la nationalité, du 15 mai 1997, affirme le droit à une nationalité ¹⁰. De nombreux États, dont la Belgique, n'ont pas ratifié cette Convention, ce qui explique qu'elle passe encore relativement inaperçue. Comme l'indique son préambule, elle tente de tenir compte tant des « intérêts légitimes des États que [de] ceux des individus ». C'est pourquoi, si l'article 3 rappelle qu'« il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses ressortissants », l'article 4 ajoute que « les règles sur la nationalité de chaque État Partie doivent être fondées sur le principe suivant : a) chaque individu a droit à une nationalité... » Le rapport explicatif indique que « le principe du droit à une nationalité est inscrit dans la Convention parce qu'il sert d'inspiration aux dispositions de fond qui le suivent dans la Convention, notamment celles qui concernent la nécessité d'éviter l'apatridie ». En d'autres termes, « ce droit peut être considéré comme une formulation positive de l'obligation d'éviter l'apatridie ».

Ce droit à une nationalité est également reconnu dans le cadre régional américain ¹¹, alors qu'il est ignoré dans le cadre africain ¹². Il se déduit de l'ensemble des textes internationaux, à l'exception du cadre américain et, demain, européen et des textes qui tendent à réduire les cas d'apatridie, que si l'absence de nationalité est volontiers combattue par les États, le droit à une nationalité n'est pas, ou pas encore, un droit fondamental internationalement reconnu. Selon les mots de Michel Verwilghen, ce droit n'est qu'un

⁹ Art. 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

1. L'enfant est enregistré aussitôt à sa naissance et a dès celle-ci, le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans le cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride.

¹⁰ Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997 et rapport explicatif sur <conventions.coe.int/Treatys, STE n° 166>. La convention, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2000 est, au 1^{er} mai 2003, en vigueur dans neuf États : Autriche, Danemark, Hongrie, Islande, Moldavie, Pays-Bas, Portugal, Slovénie, Suède.

¹¹ Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, art. 20 § 1 : « Toute personne a droit à une nationalité ». En application de cet article, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré que « It is generally accepted today that nationality is an inherent right of all human beings », 15 janvier 1984, OC-4/84, *Affaire des amendements aux dispositions relatives à la naturalisation dans la Constitution du Costa Rica*, H.R.L.J., vol. 5, p. 161 et CHAN, *op. cit.*, p. 5.

¹² Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 qui ne fait que des allusions à la nationalité notamment par le devoir « de servir la communauté nationale » (art. 29).

espoir « qu'un jour viendra, point trop lointain... »¹³. Il convient donc de reconnaître encore une certaine relativité du droit à la nationalité.

2. — La non-discrimination dans l'accès à la nationalité

Autre chose est de voir si l'accès à la nationalité est assuré sans discrimination. Il importe relativement peu, ici, que le droit à la nationalité soit reconnu. Il suffit, même à défaut de reconnaissance absolue de ce droit, d'examiner si les conditions d'accès à une nationalité peuvent s'accommoder de traitements discriminatoires. Certes, l'effectivité du principe de non-discrimination peut varier d'un instrument des droits de l'homme à l'autre. Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2 et 26), comme dans la Charte africaine (art. 2 et 3) et dans la Convention américaine (art. 1 et 24) le principe de non-discrimination est inscrit dans un premier article comme accessoire et ensuite, dans un deuxième article, comme indépendant des droits protégés par le texte lui-même. Il s'agit d'un principe général d'égalité devant la loi. Cela conduit au respect du principe d'égalité devant chaque Code de la nationalité. En revanche, dans la Convention européenne des droits de l'homme, le principe de non-discrimination (art. 14) demeurera, jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole n° 12, un principe accessoire des droits protégés par la Convention¹⁴. Si ce caractère accessoire n'enlève pas toute portée autonome au principe d'égalité, en cela qu'il suffit de se trouver dans le champ d'application d'un droit protégé par la Convention sans que celui-ci soit nécessairement violé¹⁵, encore faut-il constater qu'en l'absence de droit à la nationalité dans la Convention, le principe d'égalité ne pourrait, sur cette base, s'y appliquer. C'est alors généralement d'une « façon quelque peu contournée »¹⁶ que les plaideurs sont parvenus à confronter l'accès à la nationalité au principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme, en couplant l'article 14 CEDH avec l'article 3 du Protocole 4 prescrivant que « nul ne peut être expulsé,...., du territoire de l'État dont il est le ressortissant ». L'examen de la qualité de ressortissant, et partant de la discrimination dans

¹³ *Op. cit.*, R.C.A.D.I., 1999, p. 165.

¹⁴ Il y a, au 1^{er} mai 2003, 4 ratifications sur les 10 nécessaires, pour l'entrée en vigueur du Protocole n° 12.

¹⁵ Cour eur. D.H., 23 juillet 1968, *aff. Linguistique belge*, pt. 9, « Si cette garantie n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14, les droits et libertés reconnus dans la Convention, une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire... Tout se passe comme si [l'art. 14] faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés ».

¹⁶ P. LAGARDE, « note sous Paris, 30 novembre 1990 », R.C.D.I.P., 1992, p. 685.

l'accès à cette qualité, devient en quelque sorte une question préalable à l'interdiction du bannissement. Si cette violation potentielle de la Convention a été retenue à plusieurs reprises en matière d'expulsion, pour interdire celle-ci avant sa mise en œuvre, particulièrement au regard des articles 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants) et 8 (protection de la vie privée et familiale), il reste que dans certains cas, en l'absence de toute décision d'expulsion, la question pouvait paraître « purement hypothétique », pour utiliser les termes de l'autre cour européenne, en matière de questions préjudicielles. Au besoin, l'article 14 CEDH jugé trop peu « accessoire » dans une espèce, peut utilement être remplacé par l'article 26 PIDCP. La force d'indépendance de l'article 26 PIDCP se passe des voies détournées, pour soumettre directement les conditions d'accès à une nationalité, prescrites par une loi, au principe d'égalité¹⁷. L'indépendance — qui est plus que l'autonomie qui, elle, s'accommode de l'accessoire — de l'article 26 PIDCP ne peut plus raisonnablement être contestée, le Comité des droits de l'homme l'ayant soulignée dans plusieurs décisions, dont des communications affirmant l'égalité devant une législation nationale relative au droit de propriété, alors même que le droit de propriété n'est pas reconnu par le Pacte¹⁸.

La confrontation des conditions d'accès à une nationalité avec le principe de non-discrimination a occupé la jurisprudence française dans le cadre des indépendances. Au moment de l'indépendance de l'Algérie la distinction entre les personnes maintenues de plein droit dans la nationalité française et celles devant souscrire une déclaration de reconnaissance de la nationalité française était fondée sur le critère du statut civil. Les personnes relevant du statut civil de droit commun bénéficient de la première hypothèse, celles relevant du statut personnel local sont rattachées à la seconde¹⁹. Par une

¹⁷ Cass. Fr., 22 février 2000, *R.C.D.I.P.*, 2000, p. 685, note H. FULCHIRON.

¹⁸ Comité des droits de l'homme, *Broecks c. Pays-Bas* (1987), n° 172/1984 et *Blanco c. Nicaragua* (1994), n° 328/1988, UN. Doc., CCPR/C/51/D/1/D/328/1988 pt. 10. 1 « The Covenant does not protect the right of property, as such. However, an issue under the Covenant may arise if a confiscation or expropriation is based on discriminatory grounds prohibited in article 26 of the Covenant ». Cette indépendance du principe de non-discrimination édictée à l'article 26 PIDCP a encore été rappelée par le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, à l'encontre de la jurisprudence du Conseil d'État de France dans l'affaire dite du *lancer de nain* où le Comité a accepté d'examiner si l'interprétation de cette activité portait atteinte de façon discriminatoire à la dignité humaine de la personne naine concernée. Si le Comité estime qu'il n'y a pas de discrimination parce que « l'interdiction de lancer de nains... ne constituait pas une mesure abusive mais était nécessaire afin de protéger l'ordre public » (pt. 7.4), il reste qu'il a accepté d'examiner l'existence ou non d'une discrimination alors même que la dignité humaine « n'est pas au nombre des droits figurant dans le Pacte » (pt. 4.5) après avoir précisément rappelé que « l'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 n'est pas limitée aux droits stipulés dans le Pacte » (pt. 6.6). Communication du 15 juillet 2002, aff. *Waekenheim c. France*, n° 854/1999, publiée notamment in *R.T.D.H.*, 2003, p. 1017, note M. LÉVINET.

¹⁹ Ordonnance du 21 juillet 1962.

sorte de renversement des conditions et des conséquences, la nationalité n'est plus ici le facteur de rattachement du statut personnel, c'est ce dernier qui devient un critère d'accès à la nationalité. Un tel critère est-il discriminatoire ou correspond-t-il à une distinction qui « vise un but légitime, dans un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »²⁰? Dans un premier temps, la jurisprudence française procède à l'examen de cette proportionnalité et la juge suffisante, considérant que « la différenciation des statuts personnels selon l'origine [est] le moyen le plus adéquat pour préserver le statut juridique spécifique de la population destinée à s'intégrer dans le nouvel État »²¹. Dans un deuxième temps, la jurisprudence fait l'économie de l'examen de la proportionnalité considérant que « la détermination, par un État, de ses nationaux, par application de la loi sur la nationalité, ne peut constituer une discrimination »²², « dès lors qu'est assuré le droit à une nationalité » ajoute la Cour de cassation de France, dans une deuxième espèce, au regard de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale²³. Cette formule lapidaire, éclairée par son complément au regard de la Convention relative à l'élimination de la discrimination raciale, paraît bien aller au-delà d'un simple rejet du caractère indépendant de l'article 26 PIDCP qui ne s'appliquerait pas en matière de nationalité²⁴, pour rejeter l'application même du critère de non-discrimination en matière de nationalité²⁵. Bien sûr, il y a des critères d'accès à une nationalité, en manière telle que « la détermination, par un État de ses nationaux par application de la loi sur la nationalité » ne constitue pas *en soi* une discrimination. L'attention doit se porter sur les critères retenus, pour examiner s'ils résistent au principe d'égalité, éclairé par le principe de proportionnalité. La Cour de cassation dirait-elle encore aujourd'hui que le critère de la nationalité *iure sanguini* peut maintenir une distinction entre le père, qui transmettrait sa nationalité et la mère, qui ne la transmettrait pas, ou entre l'enfant légitime et l'enfant « naturel », ou entre l'enfant blanc et l'enfant noir, sans juger ces distinctions discriminatoires, à la lumière des conditions contemporaines en Europe occidentale? « Si, en soi, déterminer qui est national et qui ne l'est pas, n'est pas discriminatoire, utiliser pour y parvenir des critères qui ne sont ni objectifs ni raisonnables peut être contraire au principe de non-dis-

²⁰ Paris, 30 novembre 1990, *aff. Bahous*, *R.C.D.I.P.*, 1992, p. 681.

²¹ *Idem*, p. 684.

²² Cass. Fr., 22 février 2000, *aff. Ka*, *R.C.D.I.P.*, 2000, p. 680, note H. FULCHIRON, (Sénégal, France); Cass. Fr., 8 janvier 2002, *aff. Poirrez-Ouattara*, *R.C.D.I.P.*, 2003, p. 76, note P. LAGARDE (Côte d'Ivoire, Haute-Volta, France).

²³ Cass. Fr., 19 février 2002, *aff. Bouzar*, *R.C.D.I.P.*, 2003, p. 80 (Algérie, France).

²⁴ Comme le pense P. LAGARDE, *R.C.D.I.P.*, 2003, p. 82.

²⁵ Comme le pense, à juste titre me semble-t-il, H. FULCHIRON, *R.C.D.I.P.*, 2000, p. 686.

crimination »²⁶. Il faut donc préférer la première période de la jurisprudence française qui s'attelait à l'examen du caractère raisonnable des critères retenus. Ce n'est pas dire que la réponse qu'elle donne soit exempte de critique. Peut-être peut-on considérer que les moyens utilisés, sous forme de critère de statut personnel, étaient adéquats pour atteindre l'objectif poursuivi de constituer une nationalité. C'est toutefois oublier de poser la question en amont. Cet objectif était-il légitime? S'agissant de l'Algérie, selon la jurisprudence, l'ordonnance de 1962 « vise un but légitime, qui est de préserver l'identité d'une population, de sa culture, de sa religion particulière, justifiant une protection légale appropriée, ayant pour but de reconnaître un statut spécifique à l'ensemble d'une population qui était destinée à constituer, par la suite, celle du nouvel État indépendant lors de la succession d'États résultants de l'accession de l'Algérie à l'indépendance »²⁷. S'agit-il de « motifs pertinents »²⁸? Préserver, par la nationalité, l'identité culturelle et religieuse d'une population est-il légitime surtout lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une législation adoptée par un État, la France, pour « préserver » la population d'un autre État, l'Algérie? Le « but poursuivi était[-il] évidemment légitime »?²⁹ On admettra que le débat est ouvert et qu'une chose est de contextualiser cette législation dans le cadre de la succession d'État en 1962, autre chose étant de l'appliquer encore, à la lumière des conditions d'aujourd'hui, pour évincer de la nationalité française des personnes ou des descendants de personnes qui se sont toujours considérées comme françaises parce qu'elles appartenaient aux services publics ou à l'armée française. Si l'objectif légitime était accepté — ce qui n'implique pas qu'il doive encore l'être aujourd'hui — le critère de statut personnel, et plus encore le critère d'origine, utilisé pour les anciens territoires français d'Afrique noire, « pourraient » ne pas être considérés comme proportionnés³⁰.

Certes, il est facile de condamner, *a posteriori*, les modalités qui ont présidé aux indépendances, dans un autre contexte. Toutefois, la compréhension de ce contexte ne rend pas nécessaire de maintenir aujourd'hui, la

²⁶ H. FULCHIRON, *op. cit.*, R.C.D.I.P., 2000, p. 686.

²⁷ Paris, 30 novembre 1990, *Bahous, op. cit.*, p. 684.

²⁸ P. LAGARDE, *op. cit.*, R.C.D.I.P., 1992, p. 686 et R.C.D.I.P., 2003, p. 82, « La Cour d'appel [a] argument[é] de façon convaincante... que la distinction faite par l'ordonnance... avait un but légitime et ne heurtait pas le principe de proportionnalité entre le moyen employé et le but visé ».

²⁹ H. FULCHIRON, *op. cit.*, R.C.D.I.P., 2000, p. 694.

³⁰ *Idem*, p. 694. Pour H. FULCHIRON, seul le critère d'origine serait disproportionné, car il « risque d'entraîner l'exclusion de personnes parfaitement intégrées dans la communauté française ». Rien n'indique que le critère de statut personnel n'ait pas conduit au même risque si l'on admet qu'il y avait une « communauté française » en Algérie et, plus encore, si on l'applique aux personnes qui se trouvaient dans l'armée française sans « résider » en France ou aux descendants qui se trouvent actuellement en France.

même interprétation du texte. S'appuyant sur les textes de protection des droits de l'homme, la jurisprudence pourrait interpréter les textes relatifs à la nationalité, eux aussi, comme des « instruments vivants » selon l'expression de la Cour européenne des droits de l'homme. Il y aurait là quelque juste retour à la conception de la Nation défendue par Renan : « À côté du droit des morts, admettons pour une petite part le droit des vivants. »³¹

Des problèmes similaires à ceux consécutifs à la décolonisation se posent après la dislocation de l'Union soviétique. Des Russes, notamment des militaires, présents dans les anciennes républiques satellites sont expulsés, souvent en application d'accords bilatéraux avec la Fédération de Russie. Certains s'y opposent faisant valoir qu'ils sont « ressortissants » de ces États, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour souligne que « un 'droit à la nationalité' semblable à celui qui est inscrit à l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme n'est garanti, ni par la Convention ni par ses Protocoles » mais elle admet « qu'un refus arbitraire de nationalité puisse dans certaines conditions constituer une ingérence dans l'exercice des droits découlant » de la Convention, par exemple de l'article 8 prescrivant le respect de la vie privée et familiale³². L'on se trouve davantage ici en présence d'une discrimination externe à l'accès même à la nationalité. Ce n'est pas tant le critère d'accès à la nationalité qui serait discriminatoire que les conséquences de la possession ou non de telle nationalité. L'affaire *Kaur* de la C.J.C.E., citée au début du présent article, permet de synthétiser un double enseignement. Premièrement, il n'y a pas de droit absolu d'accéder à une nationalité. Ainsi, le Royaume-Uni peut ne pas considérer madame Kaur, citoyenne d'outre-mer, comme nationale, ce qui l'exclut de la citoyenneté européenne. Toutefois, deuxièmement, les conditions d'exercices de la nationalité doivent être exemptes de discriminations. Ainsi, une fois ouvert l'accès à la nationalité britannique pour des *overseas citizens*, ce qui n'était pas obligatoire, il conviendra d'examiner si cette nationalité peut se satisfaire d'un traitement différencié qui, à l'évidence, touche principalement les personnes d'une autre race, en l'espèce les Asiatiques. La frontière entre traitement différencié et discriminatoire est ici ténue. La Commission européenne des droits de l'homme a considéré, en 1973, dans l'affaire des *Asiatiques d'Afrique de l'Est* que la législation britannique de 1968, qui limitait l'accès au territoire britannique pour les Asiatiques d'Afrique de l'Est, était constitutive d'un traitement

³¹ E. RENAN, « Deuxième lettre à M. David Strauss », 15 septembre 1871, citée par D. DE ROUGEMONT, in *Vingt-huit siècles d'Europe*, Paris, Payot, 1965, p. 292.

³² Cour eur. D.H., 23 décembre 2002, *Slivenko c. Letonie*, (décision sur recevabilité), pt. 77 (la décision au principal condamne pour violation de l'article 8 C.E.D.H., 9 octobre 2003); voy. aussi, décision d'irrecevabilité, 12 janvier 1999, *Karanev c. Finlande*, n° 31414/96.

dégradant, contraire à l'article 3 CEDH en raison de ce que cette législation était motivée par une discrimination raciale. Deux éléments de la motivation renforcent cette condamnation. Premièrement, la discrimination n'est pas examinée par application conjointe des articles 3 et 14 CEDH mais au sein même de l'article 3, comme facteur constitutif d'un traitement inhumain. Deuxièmement, cette condamnation intervient au regard des articles 3 et 8 CEDH, sans qu'il soit besoin de faire usage du Protocole 4 article 3, comportant le droit d'entrée pour le ressortissant, car le Royaume-Uni n'avait pas ratifié ce protocole. « The Commission concludes that the Commonwealth Immigrants Act 1968, by subjecting to immigration control citizens of the United Kingdom and Colonies in East Africa who were of Asian origin, discriminated against this group of people on grounds of their colour or race. »³³

B. — DISCRIMINATION : DE LA PROPORTIONNALITÉ À LA DISPROPORTIONNALITÉ

S'il advient, en amont, que le droit d'accéder à une nationalité, ou l'exercice de certains droits qui y sont liés, fasse l'objet de discriminations, il se peut aussi que, en aval, la possession même d'une nationalité — ou plus exactement la non-possession d'une autre nationalité — soit source de discriminations. Le droit à la nationalité « est intrinsèquement un droit d'exclusion », rappelle Paul Lagarde, « puisqu'il répartit les personnes physiques en deux catégories, les nationaux et les étrangers, dont les droits sont inégaux »³⁴. En miroir du national se dessine l'étranger. Il est admis que l'étranger puisse faire l'objet de traitements différenciés lorsque ceux-ci sont prévus par une loi. Encore faut-il préciser d'une part que l'égalité est le principe, le traitement différencié étant l'exception, d'autre part que le traitement différencié ne peut être discriminatoire, en cela qu'il doit respecter le principe de proportionnalité. Les cours constitutionnelles et, plus tard, la Cour de justice des Communautés européennes, ont veillé au respect de ce principe d'égalité et à l'examen de la proportionnalité des exceptions qui y sont portées. C'est ainsi que, dans le cadre communautaire européen, l'égalité entre ressortissants des États membres n'est pas absolue, même si le libellé de l'article 12 CE laisse peu de place à l'exception en affirmant que « dans le domaine d'application du présent traité [...] est interdite toute dis-

³³ Comm. eur. D.H., 14 décembre 1973, *Asiatique d'Afrique de l'Est c. R.U.* (31 requêtes, 4403/70 11). Le rapport n'a été rendu public que le 20 mars 1994. Malgré le constat de violation, la Commission et le gouvernement n'avaient pas saisi la Cour et le Conseil des ministres n'avait pas atteint la majorité des 2/3 pour constater la violation.

³⁴ P. LAGARDE, *La nationalité française*, Dalloz, 1997, n° 3.

crimination exercée en raison de la nationalité ». Curieusement, dans la jurisprudence, la condamnation large de toute forme d'atteinte au droit communautaire, qu'elle soit discriminatoire ou indistinctement applicable, a affaibli la condamnation des discriminations. Ainsi, en matière de libre circulation des personnes, l'utilisation du principe de proportionnalité pour condamner les entraves indistinctement applicables a conduit à l'usage de cette nouvelle unité de mesure, la proportionnalité, pour condamner ou accepter une entrave discriminatoire, fût-elle directe. L'affaire *Bosman* l'illustre³⁵. Pour condamner l'indemnité de transfert des joueurs de football, constatant qu'il s'agit d'une entrave indistinctement applicable à tout joueur et à tout transfert, indépendamment de tout critère de nationalité, la Cour utilise le principe de proportionnalité pour considérer que si l'indemnité de transfert poursuit un objectif légitime (d'équilibre financier entre les clubs, de formation de jeunes joueurs), elle le fait par des moyens disproportionnés dont l'efficacité et la nécessité peuvent être questionnées. Ensuite, dans la même affaire *Bosman*, examinant la question des clauses de nationalité des joueurs alignés dans les compétitions qui conduisent à l'exclusion des joueurs n'ayant pas la « nationalité » du club, la Cour ne se contente pas de constater qu'il y va d'entraves discriminatoires directes, contraires au traité qui « implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres » (art. 39 CE) mais examine, ici aussi, la proportionnalité de cette entrave à la libre circulation par la recherche de « l'existence de justifications »³⁶. Si la Cour condamne cette entrave discriminatoire, c'est donc au terme de l'examen des justifications. La démarche intéresse plus que le résultat : la discrimination directement fondée sur la nationalité n'emporte pas condamnation automatique, même en droit communautaire.

L'on ne doit pas s'étonner de retrouver la même relativité du principe d'égalité lorsqu'on étend son champ d'application spatial et matériel pour le confronter à la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi en va-t-il de l'expulsion des étrangers. Certes, la mesure d'éloignement du territoire devra être mesurée au regard des droits de l'homme, notamment pour ce qui concerne les traitements inhumains et dégradants ou la vie privée et familiale³⁷ afin d'éviter que l'expulsion ne soit considérée comme une

³⁵ C.J.C.E., 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman, Rec.*, I-4921.

³⁶ *Idem*, pts 117, 121 et s.

³⁷ Voy. H. FULCHIRON (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 1999; E. BRIBOSIA et al. (dir.), *Union européenne et nationalité, le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999; F. RIGAUX, « Immigration, droit international et droits fondamentaux », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 693.

« double peine, une punition de la nationalité »³⁸, conduisant à un véritable « délit de nationalité »³⁹. Néanmoins, des traitements différenciés entre catégories de personnes demeurent possibles. En particulier, le fait qu'un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne bénéficie davantage de protection contre l'expulsion qu'un ressortissant d'un État tiers n'est pas jugé discriminatoire car « pareil traitement préférentiel repose sur une justification objective et raisonnable, dès lors que les États membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique »⁴⁰, « ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre »⁴¹. Le respect du principe d'égalité est plus effectif lorsqu'il s'agit de reconnaître des droits indépendamment de la migration, c'est-à-dire sans qu'il soit question d'accès au territoire ou d'expulsion. C'est ainsi que, s'agissant du droit à des allocations équivalentes à des allocations de chômage, refusé à un travailleur turc en Autriche, la Cour a considéré, dans l'affaire *Gayguzuz*, que « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité »⁴². En l'espèce, introduisant le droit aux allocations dans le droit de propriété protégé par l'article 1^{er} du premier protocole et le combinant avec l'article 14 CEDH, la Cour estime qu'il y a là traitement discriminatoire dans la protection de la propriété. Le Comité des droits de l'homme avait de même estimé contraire à l'article 26 PIDCP la discrimination en matière de pension de retraite entre les militaires de l'armée française demeurés français et ceux ayant acquis une autre nationalité, par exemple sénégalaise, après l'indépendance de leur pays⁴³. Longtemps réticent à condamner cette cristallisation des pensions de retraite des ressortissants d'anciennes colonies françaises, notamment au regard de l'article 26 PIDCP⁴⁴, le Conseil d'État de France, prenant acte de la jurisprudence *Gayguzuz*, a jugé, en 2001, que cette pratique était contraire aux articles 14 CEDH et 1 Prot. 1 combinés, « considérant qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire, au sens des stipulations précitées de l'article 14 de

³⁸ X. ROLIN, « La double peine, une punition de la nationalité », *R.D.E.*, 2002, p. 205.

³⁹ F. DIGNEFFE, « Droits de l'homme ou droits du citoyen? À propos du 'délit de nationalité' », in C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, D. KAMINSKI et C. PARENT, *Essais sur le tragique et la rationalité pénale*, Bruxelles, De Boeck, 2002, p. 57 et les références y citées, dont les importants travaux du regretté Abdelmalek SAYAD (*L'immigration ou les paradoxes de l'altérité*, Bruxelles, De Boeck, 1991) et de Fabienne BRION (dir., *Mon délit? Mon origine*, Bruxelles, De Boeck, 2001).

⁴⁰ Cour eur. D.H., 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, pt. 49.

⁴¹ Cour eur. D.H., 7 août 1996, *C. c. Belgique*, pt. 37.

⁴² Cour eur. D.H., 11 septembre 1996, *Gayguzuz c. Autriche*, pt. 42. La formule est reprise dans Cour eur. D.H., 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, pt. 46, à propos d'allocations pour adulte handicapé.

⁴³ Com. D.H., *Gueye et autres c. Fr.*, (1989), *R.U.D.H.*, 1989, p. 62.

⁴⁴ C.E. fr., 15 avril 1996, *Doukouré*, *Rec.*, p. 126; *R.F.D.A.*, 1996, p. 808, ccl. Ph. MARTIN; *A.J.D.A.*, 1996, p. 512, chr. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT.

la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi ». Ce libellé classique du principe de proportionnalité conduit à juger, en l'espèce que « la différence de situation existant entre d'anciens agents publics de la France, selon qu'ils ont la nationalité française ou sont ressortissants d'États devenus indépendants, ne justifie pas, eu égard à l'objectif des pensions de retraite, une différence de traitement »⁴⁵.

Que déduire de ces jurisprudences ? Droits de l'homme et nationalité sont-ils devenus incompatibles à un point tel que la nationalité doit disparaître devant les droits fondamentaux ? À l'inverse, la souveraineté nationale demeure-t-elle, en dernière analyse, prépondérante, chaque État conservant une large marge d'appréciation ?

Accepter que, et les droits de l'homme et la nationalité sont un construit, permet de prendre acte d'une certaine relativité et de chercher un moyen terme. Toutefois, afin d'éviter une relativité absolue, abandonnée aux humeurs du juge, le principe de proportionnalité mérite d'être affiné pour substituer la « méthode » au « flair »⁴⁶. À cet égard, la formulation de la jurisprudence *Gayguzuz* permet un cadre de référence. Elle impose une « présomption d'illicéité »⁴⁷ à l'encontre de toute distinction fondée sur la nationalité. En reprenant mot à mot une jurisprudence condamnant les discriminations fondées sur le sexe⁴⁸ la Cour affirme qu'*a priori* toute différence de traitement fondée sur la nationalité est discriminatoire, sauf preuves contraires fournies par « des considérations très fortes ». Deux conséquences méthodologiques peuvent s'en dégager, l'une de fond, l'autre de forme. Sur le fond, une présomption : la nationalité est *a priori* un critère discriminatoire. Sur la forme, une charge renversée de la preuve : il appartiendra à l'auteur de la mesure, normalement l'État, de renverser cette présomption, d'établir, par « des considérations très fortes », qu'il y va d'une distinction acceptable en cela qu'elle poursuit un objectif légitime par des moyens proportionnés. Cette sorte de présomption qui classe « un critère de

⁴⁵ C.E. fr., 30 novembre 2001, *Diop.*, R.F.D.A., 2002, p. 573, ccl. COURTIAL ; A.J.D.A., 2001, p. 1039, chr. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; R.T.D.H., 2003, p. 299, note P. WACHSMANN.

⁴⁶ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2001, n° 380.

⁴⁷ P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 313.

⁴⁸ Cour eur. D.H., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. R.U.* ; 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse* ; 18 juillet 1994, *Schmidt c. Allemagne*.

distinction *a priori* illégitime »⁴⁹, est, dans ses conséquences, très proche de la technique anglo-saxonne de la *strict scrutiny*. La Cour suprême des États-Unis soumet les distinctions fondées sur la race, l'ethnie, l'origine nationale ou religieuse à un examen renforcé (*strict scrutiny*). « La mise en œuvre de ce contrôle impose à l'auteur de la mesure contestée de prouver qu'elle est étroitement adaptée (*narrowly tailored*) à la satisfaction d'un intérêt gouvernemental impérieux (*compelling* ou *overriding*) »⁵⁰. Bien que son appréciation puisse varier selon le niveau fédéral ou étatique de la législation en cause et selon la matière concernée, à plusieurs reprises la Cour suprême a rejeté le critère de nationalité comme motif de traitement différencié. Ainsi, dès 1886, la Cour suprême condamne les législations limitant la possibilité pour les Chinois d'ouvrir des lavoirs : « The rights of the petitioners... are not less, because they are aliens and subjects to the Emperor of China »⁵¹. Un raisonnement similaire est développé au Canada. En 1989, dans l'affaire *Andrews*, la Cour suprême considère discriminatoire la législation de Colombie-Britannique qui interdit l'exercice de la profession d'avocat à un étranger. Même si le critère de nationalité n'est pas expressément visé par l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, il est considéré comme un motif analogue à l'origine nationale. La même présomption méthodologique est utilisée : « Le citoyen doit prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la charte et l'État doit justifier cette violation. »⁵²

Dans ces jurisprudences européenne (*Gayguzuz*), américaine (*Yick*), canadienne (*Andrews*), un renversement de perspective s'opère. À la proportionnalité succède la disproportionnalité : la discrimination est *a priori* disproportionnée sauf preuve contraire⁵³. Olivier De Schutter a bien montré que cette distinction entre proportionnalité et disproportionnalité, déjà proposée en matière de libre circulation des personnes dans la Communauté européenne, ne règle pas tout⁵⁴. Si cette méthode permet au juge de traiter différemment les effets d'un critère discriminatoire et d'un critère non discriminatoire, elle ne lui permet pas de deviner les mobiles discriminatoires qui se

⁴⁹ M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française? », *R.F.D.A.*, 2002, p. 562.

⁵⁰ *Idem*, p. 563.

⁵¹ C.S. US, *Yick Wo c. Hopkins*, [1986], p. 368.

⁵² C.S. Canada, *Andrews c. Law society of British Columbia*, [1989], 1 R.C.S., p. 143.

⁵³ Pour un sens différent du néologisme « disproportionnalité » soumis à l'examen du pouvoir judiciaire et distingué de l'inopportunité soumise à l'examen du pouvoir législatif, P. MOOZ, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, P.U. de Strasbourg, 2001, p. 319, ici p. 337.

⁵⁴ O. DE SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in E. BRIBOSIA et al. (ed.), *Union européenne et nationalité, op. cit.*, p. 11, ici p. 32, n° 21.

cacheraient derrière une mesure de discrimination indirecte ou derrière une mesure indistinctement applicable. Toutefois, de façon plus générale, au-delà de la jurisprudence luxembourgeoise, la méthode permettrait d'affirmer plus explicitement, notamment à Strasbourg, que les discriminations directement fondées sur la nationalité doivent, elles au moins, subir une censure marquée du sceau de la présomption de disproportionnalité. Si proportionnalité et disproportionnalité ne sont que les deux faces d'une même médaille, les distinguer permet de mieux structurer la motivation des causes confrontant la nationalité au principe d'égalité. Si la nationalité ne doit pas être effacée, pour disparaître devant ce principe cardinal des droits de l'homme qu'est l'égalité, elle doit néanmoins s'effacer pour lui céder la priorité. Si l'État demeure le premier garant des droits de l'homme, les frontières entre droits de l'homme et souveraineté de l'État sont ainsi « substantiellement redéfinies », pour ce qui concerne la place du critère de nationalité comme motif de traitement différencié⁵⁵. C'est précisément en élargissant effectivement le champ personnel de sa protection à l'ensemble des personnes qui relèvent de sa juridiction que l'État assurera le maintien de son *imperium*. À défaut, l'exercice d'une souveraineté sélective mettrait en péril l'existence même de cette souveraineté. « La renonciation au mythe selon lequel il personnifiait une nation unique et homogène ne prive pas [l'État] de toute capacité d'intégration des diverses composantes humaines qu'il abrite. Contraint de changer de rôle [...] l'État [...] ne disparaît pas. »⁵⁶

En 1986, la recension publiée dans le *Journal de droit international* sur l'ouvrage consacré par Michel Verwilghen à la nationalité belge soulignait que, au-delà de l'examen technique du nouveau code belge, « la nationalité y est montrée avec force au carrefour de plusieurs branches du droit, et surtout comme un droit essentiel de l'homme »⁵⁷. Si Michel Verwilghen rappelle que la nationalité demeure une valeur dont on ne souhaite pas être privé, c'est précisément dans la mesure où elle s'inscrit dans la construction du droit, en ce compris des droits fondamentaux, car « qui n'a jamais vu, de loin ou de près une nationalité? Pas plus que les frontières politiques des États ne s'observent sur la planète Terre vue de haut, la nationalité d'une personne physique ne se devine sur son visage. La sagesse conduit donc à relativiser ce phénomène qui, comme le droit, est construit, non donné »⁵⁸.

⁵⁵ Paraphrase de H. RUIZ-FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies? », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, P.U. de Strasbourg, 2001, p. 371.

⁵⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2002, p. 154.

⁵⁷ J.-P. LABORDE, « Bibliographie », *Le code de la nationalité belge* par M. VERWILGHEN, Bruxelles, Bruylant, 1985, *Clunet*, 1986, p. 868, ici, p. 870.

⁵⁸ M. VERWILGHEN, *op. cit.*, *R.C.A.D.I.*, 1999, p. 466.