

PROPOS INTRODUCTIFS

Edouard DUBOUT

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

Céline LAGEOT

Maître de conférences à l'Université de Poitiers

Le thème de l'atelier a posé d'emblée la dialectique selon laquelle la nationalité impose à l'Etat de distinguer entre nationaux et non-nationaux en même temps qu'il a l'obligation de ne pas le faire de façon arbitraire. C'est que « *le droit de la nationalité est intrinsèquement un droit d'exclusion* » pour reprendre les mots du Professeur P. LAGARDE (*Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003, p. 1052).

Les trois communications de l'atelier ont alors suggéré, chacune dans leur domaine, une réflexion sur la « marge de manœuvre » laissée à l'Etat lorsqu'il doit effectuer son choix et sur les frontières ténues entre ces deux impératifs (distinction / non discrimination). Il semblerait bien que le droit hésite entre l'invocation du principe universaliste d'égalité qui proscrit toute discrimination fondée sur la nationalité et le principe de souveraineté étatique qui génère la multiplication des discriminations fondées sur la nationalité. En droit international, jusqu'à présent, une discrimination fondée sur la nationalité n'est pas nécessairement illégitime, dès lors que l'Etat ne prive pas le non-national du minimum de traitement acceptable et que celle-ci n'est pas interdite par une disposition spécifique d'une convention internationale. Or, ne peut-on questionner la légitimité du critère de la nationalité comme fondement à la discrimination, au regard du droit international ? Est-il tout à fait évident que la nationalité soit un critère acceptable ou légitime de distinction pour fonder des différences de traitement par rapport à l'éthique universaliste et humaniste ?

Le contenu du statut conféré par la nationalité appelle des analyses approfondies sous l'angle des discriminations, avant tout en ce qu'il vise précisément à les éviter au sein même des nationaux. Or, l'uniformité de traitement au sein des nationaux est de plus en plus fréquemment remise en cause, précisément au nom de la recherche d'une égalité plus concrète. L'argument de l'égalité réelle et de la lutte contre les discriminations, peut éventuellement se retourner contre l'unité formelle du statut de national en posant la question de l'opportunité d'y opérer des distinctions dans les droits et devoirs attachés à la nationalité, notamment au profit des membres de certaines

S.F.D.I. - COLLOQUE DE POITIERS

minorités ou groupes défavorisés. La nationalité est alors à l'épreuve d'une certaine intégration sociale. De ce point de vue, le droit international pourrait-il s'avérer perturbateur, en justifiant ou censurant la reconnaissance de groupes particuliers au sein de la nation ?

Ensuite, l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité que pose le droit international, ainsi que de manière plus spécifique le droit de l'Union européenne (dont elle constitue un principe « structurel »), soumet les distinctions entre nationaux et non-nationaux à un contrôle strict de proportionnalité, que la discrimination soit directe ou indirecte. De ce contrôle de la discrimination fondée sur la nationalité découle le fait que la distinction statutaire des nationaux et des non-nationaux se fait moins nette. Il apparaît même des statuts que l'on pourrait considérer comme « intermédiaires », notamment sur le fondement du droit de l'Union européenne qui étend certains droits, jusqu'alors réservés aux nationaux, aux citoyens européens. Que signifie alors l'émergence de statuts alternatifs à celui qui confère la nationalité ?

La question sous-jacente au concept de citoyenneté européenne et qui a ressurgi à plusieurs reprises lors de l'atelier pourrait être formulée ainsi : la citoyenneté européenne ne risque-t-elle pas d'affaiblir le lien de nationalité et tout ce qui tient à l'appartenance d'un individu à un groupe national ? Bien sûr, l'article 17 du Traité de Maastricht pose que la citoyenneté européenne complète, mais ne remplace pas la nationalité et que tout national a de plein droit la citoyenneté européenne. N'est-ce pas cependant une protection assez peu solide ? L'attribution de certains droits – notamment sociaux –, jusqu'alors réservés aux seuls nationaux, laisse à penser que le lien de nationalité s'en trouve quelque peu dilué. Se dessinent alors les contours d'une citoyenneté européenne sociale pour laquelle le lien de nationalité n'est plus primordial. L'émergence d'une citoyenneté européenne se fonde en effet principalement sur la résidence effective et non plus sur le traditionnel lien de nationalité.

Les *discriminations entre nationaux et non-nationaux* existent, tant dans *l'ordre spécifique* de l'Union européenne qui envisage des statuts complémentaires ou concurrents à la nationalité, comme en atteste la communication de Nicolas CARRIAT, que dans *le domaine spécifique* du droit pénal international concernant les étrangers, comme en témoigne la contribution de Céline CHASSANG. Nicolas CARRIAT a plus précisément montré comment le droit de l'Union, et singulièrement la jurisprudence de la Cour de Justice, qui bâtit un régime original en matière de nationalité en se basant sur des raisonnements propres à l'ordre juridique de l'Union (importance des libertés économiques, citoyenneté comme statut fondamental, uniformité du droit de l'Union), crée en son sein une dynamique inclusive et socialisante. Quant à Céline CHASSANG, elle a affirmé que s'il découle de la qualité opératoire de l'étranger une discrimination en droit interne, les interactions du droit international avec celui-ci tendent de plus en plus à la réduire. Cette discrimination s'atténue davantage encore avec le développement de la coopération pénale internationale et partant, la qualité d'étranger semble de moins en moins opératoire sur le plan international.

À

DROIT INTERNATIONAL ET NATIONALITE

Mais les discriminations peuvent aussi survenir *au sein même du groupe des nationaux*, au travers de l'existence de minorités nationales, comme le suggère la contribution de Romélien COLAVITTI. Ce dernier a relevé que le lien de nationalité demeure bel et bien l'horizon du système international de protection des minorités. Reste qu'il n'est, en aucune façon, indépassable. Sa dimension inclusive fait l'objet d'aménagements désormais acceptés. Sa dimension exclusive, quant à elle, laisse intacte l'hypothèse voulant que les non-ressortissants ne puissent se prévaloir en toutes circonstances des droits reconnus par le système international de protection des minorités. Des tendances émergentes réfutent parfois cette dernière proposition, mais toujours est-il qu'elles demeurent encore isolées.

En évaluant les *discriminations entre nationaux et non-nationaux*, ou *au sein des nationaux* eux-mêmes, les trois contributions ont toutes trois rappelé le critère déterminant que constitue et reste la nationalité.

Conçu comme un atelier d'ouverture invitant à l'évocation d'autres disciplines juridiques que le seul droit international et disciplines extra juridiques, il n'est peut-être pas inutile de rappeler deux ou trois éléments centraux concernant la notion même de discrimination et tenant à la théorie juridique de cette dernière. Traditionnellement, la discrimination s'identifie à partir des deux éléments suivants : l'existence d'un *préjudice* causé par une décision fondée sur un *critère illégitime*. Cette double composante, préjudice d'un côté et critère illégitime de l'autre, est présente dans toute discrimination. *A priori*, le ou les critères de la nationalité retenus par l'Etat faisant œuvre en la matière de sa compétence personnelle souveraine (*jus soli* et *jus sanguini*) ne peuvent pas être considérés comme des critères illégitimes. Mais il est un exercice périlleux que de contrôler le caractère « objectif », donc non-discriminatoire, de l'octroi ou même du retrait de la nationalité, précisément au regard de la subjectivité, presque sentimentale, que contient la détermination du lien d'affinité entre l'Etat et son national. Le droit international général n'est cependant pas tout à fait indifférent à cette question, soit lorsqu'il pose une exigence d'effectivité pour octroyer la nationalité, soit lorsqu'il entend lutter contre les cas d'apatridie. De ce fait, il est à croire qu'il s'agit plutôt alors de discrimination positive, de traitement préférentiel, d'« accommodement raisonnable » comme l'envisageraient les Canadiens ou de « positive action » comme le concevraient les Américains du Nord.

Concernant toute mesure de discrimination positive, les critères normalement utilisés pour marginaliser ou mettre à part, sont ici mobilisés pour la mise en place d'une politique d'inclusion. Il est aussi convenu que leur usage contrôlé et positif permettra de les vider définitivement de leur faculté de nuisance. En somme, la discrimination positive se veut être un « contre-poison ». La discrimination positive consiste bien aussi à créer une discrimination, mais pour rééquilibrer dans les faits, des situations d'inégalités structurelles entre différents groupes ou individus. C'est donc une mesure dont l'apparence seulement est discriminatoire. Le cadre juridique dans lequel figure la discrimination positive doit de ce fait viser à garantir que la mesure d'apparence

S.F.D.I. - COLLOQUE DE POITIERS

discriminatoire s'analyse bien comme une discrimination positive, en ce qu'elle doit se distinguer radicalement, par son inspiration et ses conditions de mise en œuvre, de la discrimination illégitime et arbitraire qui a pour objectif d'opprimer, rejeter ou humilier. L'effort d'encadrement du caractère non-discriminatoire des conditions d'obtention ou de conservation de la nationalité est perceptible dans l'arrêt *Rottmann* de la Cour de justice de l'Union européenne puisqu'elle opère un contrôle de la justification d'un retrait de nationalité (CJUE, Gde ch., 2 mars 2010, aff. C 135/08) et offre ainsi l'occasion de se (re)pencher sur cette question dans un univers juridique original en la matière, le droit de l'Union européenne.

Un autre aspect théorique de la discrimination se rapporte au principe de l'égalité, à sa signification et à son traitement par les juges. Cela a déjà été rappelé à plusieurs reprises : la nationalité engendre la discrimination, la distinction – de prime à bord en tout cas – entre nationaux et non-nationaux. Dans cette perspective, le concept même de nationalité entraîne une rupture de l'égalité. La cause provient tout simplement du lien de compétence personnelle qu'un Etat établit avec ses ressortissants en vertu de sa souveraineté. Sous l'angle conceptuel, une relation triangulaire s'établit donc entre nationalité, égalité et souveraineté. Le principe de non-discrimination vise la correction du désordre qu'engendrent certains types d'inégalités et apparaît comme une formulation négative de l'égalité. L'adjonction progressive de nouveaux critères, puis leur énumération non limitative dans le corps de clauses de non-discrimination sur le modèle de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ou sur celui de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux¹ signifient un incontestable – même si parfois timide – progrès dans la mise en œuvre de l'ordre égalitaire. En droit communautaire, contrairement à la Convention européenne des droits de l'homme, il n'existait pas de disposition générale et unique consacrant le principe de non-discrimination, jusqu'à l'adoption de la Charte des droits fondamentaux et à son entrée en vigueur en 2009. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour de Justice des Communautés Européennes en avait fait un principe fondamental de droit communautaire. Le paragraphe 2 de l'art 21 de la Charte correspond à l'article 12 du traité CE. Il s'agit d'un principe propre au droit communautaire, puisque l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité est tout à fait inhérente au fonctionnement du marché intérieur. Elle s'applique dans le cadre des traités et ne bénéficie donc en principe qu'aux ressortissants de l'Union, sauf mise en œuvre de dispositions permettant d'étendre certains droits aux ressortissants de pays tiers.

¹ Article 21 : « 1. Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. 2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite. »

À

DROIT INTERNATIONAL ET NATIONALITE

Interdire une discrimination consiste à imposer une obligation de traitement identique des situations similaires ou semblables. Le principe d'égalité n'oblige pas en effet à traiter tout le monde de la même façon ou à appliquer les mêmes règles à tous. Il interdit seulement d'établir des discriminations arbitraires, non justifiées, par exemple, par une différence de situation. La Cour de Justice de l'Union Européenne a retenu depuis longtemps déjà une conception matérielle de la discrimination. L'identité de traitement n'est jamais en soi légale ; encore faut-il procéder à une analyse concrète des situations de fait ou des inégalités réelles. La poussée vers l'égalité substantielle est favorisée enfin par les progrès de la lutte contre les discriminations déguisées ou indirectes. Est considérée comme une discrimination indirecte, une mesure qui, par l'application de critères neutres, *a priori*, envisage des éléments susceptibles de concerner abstraitement l'ensemble des individus mais qui, concrètement, désavantage un groupe qui ne peut être identifié qu'à partir d'un critère interdit (les femmes, les ressortissants étrangers...). L'interdiction de la discrimination indirecte ou déguisée s'inscrit dans une perspective d'égalité substantielle entre des groupes que le droit constitue en catégorie. Les réflexions de Romélien COLAVITTI, Nicolas CARIAT et Céline CHASSANG rappellent, sous des angles distincts, ces différents éléments.

Du droit de la nationalité qui implique le droit de l'Etat à discriminer entre les personnes, se profile aujourd'hui un droit international de la nationalité suggérant un droit de la personne à ne pas être discriminée par les Etats.