

Constitution et nationalité

Rémy SCHWARTZ - Conseiller d'État – Professeur associé à Paris-I

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 39 (DOSSIER : LA CONSTITUTION ET LE DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE) - AVRIL 2013

Une constitution est avant tout un cadre institutionnel et la nationalité n'est pas en soi un « objet » constitutionnel. Elle n'est que la condition de l'expression du suffrage. La Constitution de la V^e République, comme ses consocuteurs, n'aborde ainsi la nationalité que sous cet angle. Le texte de notre Constitution, hors Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, se contente de poser le principe, en son article 3, que : « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». L'article 88-3 de la loi constitutionnelle prévoit une unique dérogation, restreinte aux élections municipales, pour les seuls citoyens de l'Union européenne. Et cette dérogation est d'autant plus limitée que ces citoyens de l'Union européenne « ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ou participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs ».

Pour le reste, la nationalité est simplement un des cas de compétence de la loi, énumérés à l'article 34 de la Constitution.

Les dispositions du texte de la Constitution portant sur la nationalité sont donc peu nombreuses. Les décisions du Conseil constitutionnel abordant la question de la nationalité ne sont guère plus abondantes. Le législateur, depuis la loi du 29 janvier 1973, a peu souvent réformé les règles de nationalité, si ce n'est par les lois du 22 juillet 1993 ou du 16 mars 1998. Il est intervenu le plus souvent pour revoir ponctuellement des règles d'acquisition de la nationalité lors de l'adoption de lois relatives à l'immigration. Le Conseil constitutionnel n'a été en conséquence que peu saisi de la question de la nationalité, y compris depuis la mise en oeuvre de la question prioritaire de constitutionnalité. Une petite dizaine de décisions permettent tout au plus de préciser les règles en matière de nationalité. Bien évidemment, l'article 34 de la Constitution donnant compétence au législateur pour fixer les règles concernant la nationalité, le Conseil a été conduit à rappeler ces règles présidant au partage entre la loi et le règlement, soit pour affirmer la valeur législative de l'essentiel de la procédure prévue par l'ancien code de la nationalité française pour la délivrance d'un certificat de nationalité française (déc. n° 86-145 L du 19 mars 1986 sur la nature juridique de dispositions du code de la nationalité) soit, à l'inverse, pour relever que « la charte des droits et devoirs du citoyen français » prévue à l'article 21-24 du code civil, subordonnant la naturalisation à la justification de l'assimilation à la communauté française, dont le seul objet est de « rappeler les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française », n'a pas valeur législative (déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité).

Toutefois, les décisions intervenues en cette matière permettent de saisir la portée du principe de nationalité et le cadre de son évolution.

La portée du principe de nationalité

Seuls les nationaux français majeurs sont électeurs. Ils sont l'expression de la souveraineté nationale.

Même la réforme constitutionnelle ouvrant aux ressortissants communautaires le droit de vote aux élections municipales a exclu que ces non nationaux puissent participer à l'expression du souverain en désignant tant les sénateurs que même les électeurs sénatoriaux. Le fondement réside dans l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen aux termes duquel « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation », ainsi que dans le premier alinéa de l'article 3 de la Constitution selon lequel « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par voie de référendum ».

Mais ce principe de souveraineté implique aussi que les emplois de souveraineté ne puissent être occupés que par des nationaux. Le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé « qu'en principe ne sauraient être confiées à des personnes de nationalité étrangère ou représentant un organisme international des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale » (déc. n° 98-389 DC du 5 mai 1998 sur la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile). Par cette décision du 5 mai 1998, le Conseil a admis que des représentants du Haut-commissariat aux réfugiés puissent, par dérogation à ce principe, siéger au sein de l'ancienne Commission des recours des réfugiés, devenue Cour nationale du droit d'asile, et donc exercer des fonctions juridictionnelles inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale. La dérogation n'a été admise que parce que, d'une part, cette juridiction a compétence exclusive pour mettre en oeuvre la protection des réfugiés résultant d'un engagement international de la France, la Convention de Genève et, d'autre part, ces représentants, en proportion

d'un tiers, sont minoritaires dans la juridiction. L'impératif de nationalité est donc fort puisque seules ces deux conditions, dont la mise en oeuvre d'une protection prévue par un engagement international, a pu justifier pour le Conseil constitutionnel une dérogation. Il a également relevé que cette commission de recours était également compétente pour reconnaître la qualité de réfugié sur le fondement du droit constitutionnel d'asile, ce qui, à ce titre, devait normalement conduire à exclure toute dérogation au principe de l'exercice des emplois de souveraineté par les seuls nationaux. Le Conseil l'a néanmoins admise dès lors que la demande présentée sur un fondement constitutionnel requiert un examen identique à celle présentée sur un fondement conventionnel au bénéfice d'une protection identique et, qu'en conséquence, l'intérêt tant du demandeur que d'une bonne administration de la justice justifiait l'unification des deux procédures devant une même juridiction. La décision montre donc la stricte portée du principe de nationalité pour l'exercice de fonctions inséparables de la souveraineté nationale.

Mais si les nationaux bénéficient de l'exclusivité du droit de vote, avec la modeste exception de l'article 88-3, et, en principe, de l'exercice des fonctions de souveraineté, ils ne disposent par ailleurs que d'un nombre de plus en plus limité de privilèges par rapport aux non nationaux. Le plus souvent, l'objet des législations ne justifie pas de discriminations entre nationaux et non nationaux en situation régulière. En effet, comme le rappellent avec constance tant le Conseil d'État que le Conseil constitutionnel, au nom du principe d'égalité, une même situation au regard de l'objet d'une réglementation, implique en principe un même traitement, sauf intérêt général justifiant une différence de traitement. Or, rares sont les objets au regard desquels nationaux et étrangers seraient dans une situation différente justifiant aujourd'hui une distinction. C'est ainsi que, par exemple, les non nationaux jouissent des droits à la protection sociale dès lors qu'ils résident « de manière stable et régulière sur le territoire national » (déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France). Les discriminations de ces étrangers ont été très largement supprimées ou du moins très fortement réduites au cours de ces dernières années. Et lorsque le législateur omet de mettre fin à ces différences, le Conseil constitutionnel peut être conduit, par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, à abroger ces rémanences. Un exemple topique est donné par la législation des pensions militaires d'invalidité et de retraite. Pour les titulaires de ces pensions ressortissants de pays devenus indépendants, elles avaient été « cristallisées », c'est-à-dire figées. La loi du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002 a mis fin à cette différence de traitement sauf pour ceux des étrangers vivant à l'étranger au moment de l'ouverture de leurs droits, lesquels ne bénéficiaient pas d'une revalorisation identique aux autres, mais calculée sur la base d'une parité des pouvoirs d'achat. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 28 mai 2010, a admis une différence de traitement en fonction du lieu de résidence, compte tenu des différences de pouvoir d'achat. Mais il a censuré un dispositif qui assurait aux Français résidant à l'étranger une pension de droit commun et aux étrangers résidant dans le même pays une pension calculée différemment. Au regard de l'objet de la loi, une différence de traitement selon la nationalité des titulaires des pensions résidant en un même pays n'était pas justifiée (déc. n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*).

La nationalité confère donc, sur le plan constitutionnel, des droits exclusifs en matière d'expression et d'exercice de la souveraineté. Mais en dehors de ce cadre, les principes constitutionnels ne confèrent pas aux nationaux, en règle générale et compte tenu du principe constitutionnel d'égalité, de droits vraiment spécifiques.

Une absence de règle constitutionnelle spécifique

Le législateur, auquel il incombe de fixer les règles relatives à la nationalité, est intervenu à plusieurs reprises pour modifier les conditions d'accès à la nationalité française sans jamais remettre directement en cause les règles fondamentales posées par les lois de 1889, 1927 et 1973.

Le Conseil constitutionnel n'a, à ce jour, ni reconnu ni dénié valeur constitutionnelle à la règle du « double *jus soli* ». Nous savons que la naissance sur le sol français, le « *jus soli* », est une condition majeure d'acquisition de la nationalité française depuis l'Ancien Régime et que, depuis le code civil de 1804, ce « *jus soli* » est complété par la filiation, le « *jus sanguinis* ». C'est la loi républicaine du 26 juin 1889, prolongeant des textes de 1851 et 1874, qui a posé la règle du « double *jus soli* » selon laquelle est français l'enfant né en France lorsque l'un au moins de ses parents y est né. Cette règle a ensuite été constamment réaffirmée, tant par la loi du 10 août 1927 que par la loi du 9 janvier 1973. Comme le rappelait Olivier Schrameck (« La réforme du droit de la nationalité », *AJDA*, 20 novembre 1993, p. 755), cette règle découle d'une « présomption d'intégration qui repose sur deux temps séparés par un intervalle : le temps de la naissance des parents, le temps de la naissance des enfants, et la période les séparant au cours de laquelle l'intégration est supposée être faite ou du moins avoir été largement amorcée.... ». Le Conseil constitutionnel a relevé que le législateur n'avait donné une valeur absolue à cette règle que par la loi du 26 juin 1889, votée pour répondre aux exigences de la conscription et a estimé que le caractère absolu de la règle n'avait pas en soi valeur constitutionnelle (déc. n° 93-321 DC du 20 juillet 1993 sur la loi réformant le code de la nationalité). Cependant, il n'a pas dénié toute valeur constitutionnelle à cette règle du « double *jus soli* », mais il a considéré que le fait de mettre fin au « double *jus soli* » pour les seuls enfants dont les parents sont nés dans un territoire d'outre-mer ou des colonies ayant acquis depuis l'indépendance, ne méconnaissait aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République. Valeur constitutionnelle a été déniée au seul caractère absolu du principe. Dans cette logique, il a relevé que l'exigence d'une manifestation de

volonté par la personne née en France de parents étrangers afin qu'elle puisse acquérir la nationalité française, qui ne remet pas en cause le principe même, ne contrevient à aucun principe de valeur constitutionnelle (même décision).

Des principes constitutionnels classiques

La conformité à la Constitution des règles nouvelles adoptées par le législateur en matière de nationalité a été appréciée au regard des principes constitutionnels les plus communs.

À ce titre, le respect du droit à une vie familiale normale ne constitue guère un principe opérant. Le Conseil constitutionnel, saisi de dispositions modifiant les règles d'acquisition de la nationalité par mariage avec un Français, a en effet indiqué que de telles interventions du législateur « n'empêchent pas un étranger de vivre dans les liens du mariage avec un ressortissant français et de constituer avec lui une famille » (déc. n° 2012-264 QPC du 13 juillet 2012, *M. Saïd K.*). Il en va de même du droit au respect de la vie privée qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dès lors que ce principe, ni aucune autre exigence constitutionnelle d'ailleurs, « n'impose que le conjoint d'une personne de nationalité française puisse acquérir la nationalité française » ; il en résulte que le législateur, en subordonnant cette acquisition de la nationalité française par mariage à une durée du mariage sans cessation de la communauté de vie, en permettant au ministère public de contester la déclaration aux fins d'acquisition si les conditions légales ne sont pas remplies ou en cas de fraude et en exigeant du conjoint étranger une connaissance suffisante de la langue française, ne peut avoir méconnu le droit au respect de la vie privée (déc. n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012, *M. Omar S.* et déc. précitée du 13 juillet 2012).

Le respect de l'indivisibilité de la République est un principe constitutionnel qui contraint le législateur, y compris s'agissant des règles de nationalité. Mais pour la détermination des droits à l'acquisition de la nationalité française par des enfants nés en France, la prise en compte par le législateur de l'accession à l'indépendance des territoires où sont nés leurs parents, quand bien même ces territoires, s'agissant de l'Algérie, auraient eu jusqu'à cette indépendance le statut de département, « ne saurait être regardée en elle-même comme une atteinte à l'indivisibilité de la République » (déc. n° 93-321 DC du 20 juillet 1993 sur la loi réformant le code de la nationalité).

Le principe de proportionnalité des peines, issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, est le seul qui, à ce jour, a conduit le Conseil constitutionnel à déclarer contraires à la Constitution des dispositions législatives relatives à la nationalité. Le législateur avait prévu que des peines ou sanctions fassent obstacle à l'acquisition de la nationalité française par simple manifestation de volonté du fait de la naissance sur le sol français. Le Conseil constitutionnel a estimé que cette incapacité, à savoir l'impossibilité d'acquérir la nationalité française par manifestation de volonté lorsque l'intéressé est né sur le sol français, qui résulte de peines prononcées par la juridiction répressive, d'une interdiction du territoire non entièrement exécutée et prononcée par le juge judiciaire ou d'un arrêté d'expulsion « dès lors que celui-ci ne saurait être pris que dans le cas d'une menace grave à l'ordre public », n'est pas manifestement contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En revanche, la perte du droit à l'acquisition de la nationalité française par l'effet de la naissance sur le sol français qui résulterait uniquement soit d'un arrêté de reconduite à la frontière soit d'un arrêté d'assignation à résidence non expressément rapporté ou abrogé est apparue pour le juge constitutionnel comme une sanction manifestement disproportionnée (déc. n° 93-321 DC du 20 juillet 1993 sur la loi réformant le code de la nationalité).

Les règles d'acquisition ou de conservation de la nationalité appréciées au regard du principe d'égalité

C'est au regard du principe d'égalité que la constitutionnalité des interventions du législateur en matière de nationalité est le plus communément appréciée par le Conseil constitutionnel.

Saisi de modifications aux règles d'acquisition ou de conservation de la nationalité, le Conseil constitutionnel les a appréciées tout aussi normalement au regard du principe d'égalité. Rappelons qu'à situation identique, le législateur doit normalement poser de mêmes règles, sous réserve de distinctions justifiées par l'intérêt général dès lors qu'elles sont en rapport avec l'objet de la réglementation. N'ont pas été regardés comme placés dans une même situation les étrangers parents d'un enfant français et ceux qui ne le sont pas, les premiers disposant d'« un lien de nature à favoriser l'appartenance nationale ». En conséquence, « eu égard à l'objectif d'intégration à la communauté nationale », le législateur a pu dispenser les parents d'un enfant français du délai de 2 ans de mariage avec un conjoint français pour pouvoir acquérir par déclaration la nationalité française (déc. n° 93-321 DC du 20 juillet 1993 sur la loi réformant le code de la nationalité). De même, « eu égard à l'objectif d'intégration qu'il s'est fixé, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité en distinguant, pour la détermination du droit à la nationalité française de leurs enfants, la situation de parents nés sur un territoire demeuré français de celle de parents nés sur un territoire ayant ultérieurement accédé à l'indépendance » (même décision). Et, après avoir rappelé que s'agissant de la succession de deux régimes juridiques

dans le temps, la différence de traitement qui en résulte n'est pas en elle-même contraire au principe d'égalité, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe d'égalité n'imposait pas au législateur de faire bénéficier les personnes majeures à la date d'entrée en vigueur de la loi réformant la filiation en faisant bénéficier les enfants nés hors mariage de la règle jusqu'alors réservée aux enfants nés dans le mariage, des conséquences de cette réforme sur la nationalité. Le législateur pouvait ainsi prévoir que la nouvelle règle de filiation n'entraînait pas un changement de nationalité des personnes majeures à la date de l'entrée en vigueur de la réforme (déc. n° 2011-186/187/188/189 QPC du 21 octobre 2011, *M^{lle} Fazia et autres*).

L'égalité devant la loi encadre également l'intervention du législateur en matière de conservation de la nationalité. Un des intérêts de la question prioritaire de constitutionnalité est de permettre l'examen de vieilles dispositions législatives qui ne sont plus applicables mais qui continuent à produire des effets. Tel a été le cas de l'ordonnance du 7 mars 1944 qui permettait de donner la qualité de citoyen français à certains Français musulmans d'Algérie. Si l'Algérie était la France et si ses habitants étaient français, ceux-ci n'étaient pas égaux ; les Français musulmans soumis au droit local n'avaient pas les mêmes droits politiques que les Français soumis au droit commun et les musulmans qui voulaient devenir pleinement citoyens français devaient renoncer à leur statut de droit local. L'ordonnance du 7 mars 1944 relative au statut des Français musulmans d'Algérie a permis de reconnaître à des Français musulmans jugés « méritants » la qualité de citoyens français, inscrits sur les mêmes listes électorales et participant aux mêmes scrutins que les citoyens non musulmans. Lors de l'accession à l'indépendance de l'Algérie, une ordonnance du 21 juillet 1962 avait prévu que les Français de statut civil de droit commun domiciliés en Algérie conservaient la nationalité française. C'est le statut civil de droit commun qui était ainsi la condition de la conservation de la nationalité française. Il en résultait que les Français musulmans d'Algérie qui avaient obtenu la « pleine » citoyenneté politique grâce à l'ordonnance du 7 mars 1944 mais qui avait gardé leur statut civil de droit local ne conservaient pas la nationalité française. Saisi de la constitutionnalité de ces dispositions au regard du principe d'égalité par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de cassation, le Conseil a jugé que « le principe d'égalité n'imposait ni que des personnes bénéficiant de droits politiques identiques soient soumises au même statut civil ni qu'elles soient soumises aux mêmes règles concernant la conservation de la nationalité française ; que les dispositions contestées n'ont pas pour effet de soumettre à un traitement différent des personnes placées dans une situation identique » (déc. n° 2012-259 QPC du 29 juin 2012, *M. Mouloud A.*). Le Conseil a ainsi remonté le temps pour relever qu'aucune règle constitutionnelle n'imposait de traiter de façon identique au regard de la nationalité des personnes ayant alors un statut civil différent, bien que dotées de mêmes droits politiques. Placées dans une situation différente, elles ne pouvaient se prévaloir du principe d'égalité pour conserver la nationalité française.

La question de la conservation de la nationalité englobe également le cas de la déchéance de nationalité sur laquelle le législateur républicain, fort heureusement, ne s'est guère aventuré. Les sinistres souvenirs de la période de Vichy et de ses déchéances massives de nationalité sont toujours dans les mémoires. En 1996, le législateur s'est aventuré sur ce terrain en prévoyant aux articles 25 et 25-1 du code civil une déchéance de la nationalité pour les personnes ayant acquis la nationalité française et ayant été condamnées pour crime ou délit constituant un acte de terrorisme pour des faits commis dans les 10 ans à compter de la date d'acquisition de la nationalité française ou avant cette date. Une distinction entre Français selon qu'ils ont ou non acquis la nationalité française ne peut normalement être faite. La jurisprudence du Conseil d'État est ferme sur ce point : la loi ne peut être interprétée comme permettant de distinguer entre les Français (Assemblée, 23 juin 1989, *Bunoz*, *Recueil*, p. 144). Le Conseil constitutionnel a rappelé ce principe en jugeant « qu'au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans une même situation ». Mais il a fait l'effort d'accepter 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, (...) de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité » (déc. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 portant sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme). Si le Conseil a fait manifestement un effort pour valider le dispositif, la force du principe d'une totale égalité entre Français indépendamment du mode d'acquisition de leur nationalité et la nature de l'exception admise, s'agissant de terrorisme, limitent sans doute de façon drastique les possibilités pour le législateur de s'aventurer plus avant en matière de déchéance de nationalité.

Ainsi, les règles posées par le législateur en matière de nationalité n'ont pas conduit le Conseil constitutionnel à innover. Il a apprécié leur constitutionnalité au regard des principes constitutionnels communs. Ceci s'explique très certainement par les limites que le législateur s'est lui-même posé en la matière. Il n'a jamais directement remis en cause les règles essentielles en matière d'acquisition de la nationalité posées notamment en 1889 et 1927. Seul un législateur s'écartant de la tradition républicaine en cette matière pourrait conduire le Conseil à dégager expressément du droit républicain des principes fondamentaux dont le législateur ne pourrait s'écarter.