

Sa bibliographie est immense et couvre de nombreux domaines juridiques, particulièrement en droit constitutionnel et administratif, mais plus encore dans la défense des libertés publiques et des droits fondamentaux. Ses écrits consacrés à la Cour européenne des droits de l'homme, à l'élection de ses juges et à sa jurisprudence font autorité. Ils étaient attendus avec inquiétude tant les analyses pouvaient parfois être dénuées de mansuétude, mais chacun devait reconnaître leur justesse.

Il ne faut pas oublier le rôle considérable qu'il a joué en assumant, depuis 1989, sur la base d'un bénévolat totalement désintéressé, la lourde charge du secrétariat général de l'Institut international René Cassin, sous les présidences successives de Jacques Latscha, du doyen Gérard Cohen-Jonathan, puis de Jean Waline.

La disparition d'une personnalité aussi considérable que celle de Jean-François Flauss crée un vide immense que l'équipe de la *Revue trimestrielle des droits de l'homme* ressent avec émotion. A son épouse, Madame Jacqueline Flauss-Diem, et à ses deux filles, Pauline et Mathilde, elle tient à exprimer ses sentiments de profonde affliction et la part qu'elle prend à leur deuil.

Pierre LAMBERT

*Président du Comité scientifique
de la revue trimestrielle
des droits de l'homme*

☆

LE DROIT À UNE NATIONALITÉ, EN TANT QUE DROIT DE L'HOMME

PAR

Emmanuel DECAUX

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II,
Membre du Comité consultatif
du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies*

L'Institut international des droits de l'homme René Cassin a organisé en décembre 2009, à l'occasion de son 40^e anniversaire, une journée d'étude intitulée «Droit de la nationalité et droit international des droits de l'homme».

Nous voudrions dédier la publication de cette étude, présentée lors de cette journée, à la mémoire de Jean-François Flauss, le secrétaire général de l'Institut Cassin, dont la disparition brutale laisse un grand vide mais dont l'œuvre demeure.

Résumé

Le droit de tout individu à une nationalité, affirmé avec force à l'article 15, §1, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, n'a cessé d'être rogné dans les traités internationaux ultérieurs, y compris la Convention des droits de l'enfant. Pourtant, il ne s'agit pas seulement d'éviter des cas d'apatridie ou de limiter les hypothèses de déchéance, mais bien de permettre à toute personne de jouir d'une personnalité juridique, lui assurant la garantie effective des droits de l'homme, sans considération de frontière. L'évolution du droit déclaratoire tend à retrouver l'inspiration première de la Déclaration universelle, tout en se heurtant aux limites juridiques et politiques consignées dans le Pacte international relatif aux droits civils politiques.

est un signe des temps que l'on parle aujourd'hui beaucoup plus du droit de la nationalité que du droit à une nationalité, des obligations et des devoirs des immigrants admis sur le territoire et des «naturalisés» à l'égard de l'Etat d'accueil, de l'adhésion à l'identité nationale dont les principes et les valeurs restent à

définir, plutôt que de la nationalité en tant que droit de l'homme. Le quatrième considérant du préambule de la Convention européenne sur la nationalité, qui a été adoptée en 1997, traduit bien cette tension, lorsqu'il reconnaît « qu'en matière de nationalité, tant les intérêts légitimes des États que ceux des individus doivent être pris en compte ». Il s'agit seulement d'« intérêts », même si un autre considérant montre que les États sont « conscients du droit au respect de la vie familiale tel qu'il est contenu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ». En dehors d'une référence au principe de non-discrimination, les autres droits de l'homme semblent absents (1). On retrouve la même formule générale dans le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États qui a été élaboré par la Commission du droit international en 1999 : « Reconnaissent qu'en matière de nationalité, il devrait être tenu dûment compte à la fois des intérêts légitimes des États et de ceux des individus ». Mais cette fois, les considérants suivants sont tout autres, avec une série de renvois précis : « Rappelant que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 consacre le droit de tout individu à une nationalité ; Rappelant également que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant reconnaissent que tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité » (2).

Ainsi la référence aux droits de l'homme est à l'éclipse, selon les textes, les systèmes, les périodes. Pourtant cette question a été cruciale, pendant tout le XX^e siècle, après une longue période de flottement, sous l'Ancien Régime – avec des ministres « venus d'ailleurs », de Mazarin à Necker – ou dans le cadre d'une République universelle – à l'image d'un Garibaldi élu à l'Assemblée nationale en 1871 –, comme l'a bien montré Serge Slama dans sa thèse sur la construction du principe de citoyenneté, sur la base d'un « lien de nationalité » allant de pair avec l'exclusion des étrangers (3). Et le régime de Vichy pratiquera une politique de « dénaturalisation », en revenant rétroactivement sur des mesures favorisant l'intégration des étrangers prises sous la III^e République (4).

(1) S.P.E., n^o 166.

(2) *Annuaire C.D.I.*, 1999, vol II (2).

(3) Serge SLAMA, *Le privilège du national, étude historique de la condition civique de l'étranger en France*, thèse dact., Université Paris X-Nanterre, 2003.

(4) Patrick WEILL, *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Grasset, 2002.

Cette mise en exergue de la question de la nationalité est d'abord liée aux deux guerres mondiales et aux révolutions qui ont entraîné le démantèlement des empires multinationaux, avec des millions de personnes déplacées, de réfugiés et d'apatrides, sans protection nationale. Ce n'est pas un hasard si c'est sur le terrain de la succession d'États, comme sur celui des minorités nationales, que la question est revenue à l'ordre du jour devant les instances internationales, la Russie post-soviétique s'en faisant le protagoniste. La question concerne également les « nouvelles minorités », avec une immigration de longue durée dissociant résidence et citoyenneté, nationalité *de facto* et nationalité *de jure*, pour les immigrés dits de la « seconde génération » établis dans les principaux pays européens, comme la Grande-Bretagne, la France ou l'Allemagne.

Mais il ne s'agit pas seulement d'accidents de l'histoire : les dictatures ont utilisé la déchéance de nationalité comme une arme politique pour mettre au ban les « ennemis du peuple » et exclure les « traîtres à la patrie »... Les démocraties n'ont pas échappé à diverses formes de bannissement, de proscription, de « mort civile » ou d'« indignité nationale », de la Révolution française à l'épuration (5).

Il reste dans les articles du Code civil des dispositions sur la perte ou la déchéance de la nationalité française qui vont dans le même sens (6). Ainsi l'article 23-8 (dans une rédaction issue de la loi du 9 janvier 1973) prévoit que « perd la nationalité française, le Français qui occupant un emploi dans une armée ou un service public étranger ou dans une organisation internationale dont la France ne fait pas partie ou plus généralement leur apportant son concours, n'a pas résigné son emploi ou cessé son concours nonobstant l'injonction qui lui en aura été faite par le gouvernement ». Cette mesure n'est donc pas automatique, même si un débat a longtemps été centré sur la situation de doubles nationaux effectuant leur service militaire dans une armée étrangère ou se « comportant en fait comme le national [d'un] pays étranger ».

(5) Anne SIMONIN, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité 1791-1958*, Grasset, 2008.

(6) Pour des exemples de droit comparé, cf. les déclarations formulées au regard de la Convention sur les cas d'apatridie de 1961, comme celles du Royaume-Uni qui retiennent la faculté de priver un individu naturalisé de sa nationalité, comme le prévoit la législation visant « un manque de loyauté envers Sa Majesté britannique » de la part d'un individu qui « au mépris d'une interdiction expresse » a apporté ou continué d'apporter son concours à un autre État ou reçu ou continué de recevoir d'un autre État des émoluments ou qui « a, en un comportement de nature à porter un préjudice grave aux intérêts essentiels de Sa Majesté britannique ».

La notion de déchéance est encore plus discriminatoire puisqu'elle ne concerne que les personnes ayant acquis la nationalité française – et ce dans une limite de dix ans, qui rappelle l'ancien « stage de citoyenneté » où le nouveau Français ne pouvait, sauf dérogation, passer des concours administratifs ou être fonctionnaire. Selon l'article 25 du Code civil, la déchéance est prononcée pour des crimes et délits particulièrement graves comme une « atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation » ou pour « s'être livré au profit d'un État étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France ». La seule restriction prévue est que la déchéance ne peut avoir résultat de rendre apatride la personne dont la loyauté est ainsi mise en cause.

Le Code Dalloz ne cite aucun exemple d'application de ces dispositions mais il s'agit d'une épée de Damoclès. Bien plus, à l'occasion de faits divers, la tentation est grande de revoir ces textes pour permettre la déchéance d'une nationalité acquise par fraude ou lorsque le comportement de l'individu traduit un défaut d'assimilation, comme le ferait une polygamie de fait. Autrement dit, les nouveaux Français se doivent d'être exemplaires alors que les Français d'origine peuvent être de « mauvais Français », des mercenaires ou des terroristes.

Et surtout ces textes peuvent être imités ou invoqués par des régimes moins démocratiques pour stigmatiser la défense des droits de l'homme, assimilée à une forme de trahison, entraînant bannissement et déchéance de nationalité. Edgar Quinet avait déjà souligné que la meilleure manière de discréditer ses ennemis politiques était de les exiler, en les coupant de la population et en les condamnant à l'oisiveté et à l'oubli (7)...

C'est assez dire l'enjeu du droit à la nationalité pour l'exercice de l'ensemble des droits civils et politiques et sans doute également, de manière plus indirecte, des droits économiques, sociaux et culturels. Le droit à une nationalité est consacré de manière lapidaire à l'article 15, §1, de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *Tout individu a droit à une nationalité* » (8). La version anglaise utilise le terme « *nationality* », alors qu'aujourd'hui on parlerait sans doute plus commodément de « *citizenship* » pour éviter toute connotation avec le débat sur les minorités nationales. Il s'agit bien d'une

(7) Edgar Quinet, *La Révolution française*, rééd. 1987, par Claude LÉFORT.

(8) On peut noter que la version anglaise utilise systématiquement la formule « *everyone* », traduite en français par « toute personne » ou « tout individu », sans véritable cohérence.

nationalité-citoyenneté de nature politique, non d'une « nationalité » ethnique, religieuse ou linguistique au sens de la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales de 1992.

L'article 15, §2, vient compléter le principe, en précisant que « *Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité* ». Deux remarques logiques s'imposent. Il y a un mot de trop. Tout est remis en cause par l'adverbe « *arbitrairement* » qui vient introduire la casuistique dans l'affirmation absolue du paragraphe 1 : si la privation de la nationalité ne doit pas être arbitraire, c'est qu'elle peut tout aussi bien ne pas l'être... Par ailleurs le passage du droit à une nationalité au droit à « sa » nationalité est restrictif. C'est supposer le problème réglé dès le départ : le paragraphe 2 semble garantir *ex post* une possession d'état, mais ne pas aborder la question *ex ante*. Il ne vise que des hypothèses de perte – involontaire – de sa nationalité, ou de changement – volontaire – de nationalité, mais non l'hypothèse de l'acquisition de la nationalité, qui reste du domaine réservé de l'État. Ainsi toute la problématique des conditions d'octroi de la nationalité, des modalités pratiques pour rendre effectif pour « toute personne » le droit à une nationalité, notamment lorsqu'une présence prolongée sur un territoire en fait un citoyen de seconde classe, est écartée. Tout comme la résolution des situations de conflit positif avec une double nationalité et de conflit négatif, avec l'apatride, est négligée. L'article 15 fait l'impasse sur tout l'entre-deux, c'est-à-dire les conséquences juridiques du lien de nationalité, comme si la nationalité était une coquille vide, relevant du droit interne et non du droit international. Quelles sont les obligations de l'État à l'égard de ses propres ressortissants – il faudra attendre la définition d'une citoyenneté européenne pour voir esquisser, au risque d'un contresens, certains de ses droits en matière de protection consulaire (9) – et quelles sont les obligations des nationaux à l'égard de l'État ? Faut-il parler de droits et de devoirs de l'ensemble des citoyens (10), voire prévoir des devoirs et des responsabilités spéci-

(9) Voy. la thèse de Sébastien TOURZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherche sur la protection diplomatique*, Pedone, 2007, et la journée d'étude de Lyon de la Société française pour le droit international, *La protection consulaire*, Pedone, 2006.

(10) Emmanuel DECAUX, in Colloque de la Commission nationale (française) consultative des droits de l'homme, *La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948-1998. L'avenir d'un idéal commun*, La Documentation française, 1999.

fréquent pour les nationaux de fraîche date, les «naturalisés» qui seraient un peu moins Français que les Français de naissance ?

A vrai dire, il était difficile aux auteurs de la Déclaration universelle d'aller beaucoup plus loin, à moins d'imposer une obligation solidaire à l'égard de la communauté des Etats, pour assurer une sorte de *burden-sharing* à échelle planétaire, en allant jusqu'au bout du principe de la libre circulation des personnes proclamé à l'article 13. Ceci n'a même pas été envisagé dans le cadre plus limité de l'octroi du droit d'asile, même si l'article 14 précise que «*toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays*». Autrement dit le droit de chercher à bénéficier... Ce qui est vrai pour l'asile l'est encore plus pour la nationalité. A défaut, il revenait à chaque Etat d'assumer sa part de responsabilité, en évitant de créer arbitrairement des cas d'apatridie. Pour le reste l'affirmation de principe se résout dans un vœu pieux. Le droit à la nationalité a un sujet et un objet, mais non un débiteur.

Ainsi se glisse une fêlure entre l'article 6 de la Déclaration universelle, qui affirme que «*Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique*» (11), et le rattachement national de cette reconnaissance, qui est pourtant la condition première de son effectivité. Guy Braibant voyait dans cette reconnaissance la matrice de l'affirmation du droit à une nationalité, à la base de l'égalité civile (12). D'un côté, l'affirmation de la personnalité juridique, avec ses conséquences civiles, est absolue, sans considération de frontière, faisant de chaque individu un citoyen du monde, avec la capacité de jouir de l'ensemble des droits de l'homme inhérents à l'être humain, du simple fait de son existence. Mais comment passer d'un droit naturel, «*for everyone, everywhere*» à une réalité juridique, «*before the law*» : si ce droit est partout, il risque fort de n'être nulle part ? D'un autre côté, en effet, la nationalité vient dresser une barrière en rappelant que nous sommes dans un monde de souverainetés et de frontières, limitant et encadrant la jouissance des droits civiques. Jean-Pierre Puissechet rappelle à cet égard que «*nombre des négociateurs de la Déclaration estimaient irréaliste d'y insérer l'affirmation d'un droit à la nationalité*», en soulignant les lacunes d'un article «*qui ne prend parti ni pour le droit du sol, ni*

pour le droit du sang. Tel a été le prix pour le rendre acceptable en 1948» (13).

La Déclaration américaine des droits de l'homme de juin 1948 avait elle aussi consacré une formulation circulaire voisine, avec son article 19 : «*Toute personne a droit à la nationalité qui lui revient légalement et de la changer si elle le désire contre celle de n'importe quel autre Etat disposé à la lui accorder*». On est tout à la fois dans la «*légalité*» de la possession d'état et dans l'opportunité de l'octroi de la nationalité. Mais la Convention interaméricaine va tenter de faire un pas de plus, en établissant une règle audacieuse de premier acueil, fondée sur l'application du droit du sol, à défaut d'autre règle d'attribution. Selon l'article 20 de la Convention, «*1. Toute personne a droit à une nationalité. 2. Toute personne a droit d'acquiescer la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel elle est née, si elle n'a pas d'autre nationalité. 3. Nul ne peut être privé arbitrairement de sa nationalité ni du droit de changer de nationalité*». Il suffit de glisser le paragraphe 2 entre les deux dispositions classiques de la Déclaration universelle pour combler une impasse politique et un vide juridique, évitant tout cas d'apatridie à l'échelle régionale. La Convention européenne des droits de l'homme ne contient rien de tel, pas plus que ses protocoles, même si les travaux anciens du Conseil de l'Europe en matière de double nationalité ou de nationalité *de facto* doivent être pris en compte.

Mais il ne s'agit pas tant d'un débat de droit international privé, sur les critères de rattachement à une nationalité, que d'un enjeu nouveau pour le droit international des droits de l'homme, à son origine même. Si le principe de non-discrimination vise toute situation, y compris «*l'origine nationale*», quel est le poids de la condition de nationalité dans la jouissance de l'ensemble des droits de l'homme ? La personnalité juridique, de nature objective et universelle, peut-elle être cantonnée par une nationalité juridique, arbitraire et exclusive ?

A l'évidence, malgré l'affirmation fondatrice de la Déclaration universelle, le droit à la nationalité reste un droit en pointillé : un droit qui demeure estompé dans les instruments internationaux (1), mais un droit qui paraît esquissé dans les travaux de *soft law* (II).

(11) La version anglaise est plus concrète : «*Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law*».

(12) Guy BRAIBANT, «Article 6», in Mario BETTATI, Olivier ДУНАМЕР, et Laurent GREISALMER, *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, 2^e éd., coll. Folio-La Monde, 2008.

(13) Jean-Pierre PUISSECHET, «Article 15», *ibid.*

I. — Un droit estompé dans les instruments internationaux

Au lieu d'un cadre juridique global et synthétique, fondé sur un véritable « droit à », visant toutes les situations, pour chacun et tout lieu, *everyone, everywhere*, c'est une conception négative et résiduelle qui a prévalu, visant en quelque sorte à limiter les dégâts, en évitant de créer des cas d'apatridie. A défaut de pouvoir examiner ici les différents systèmes régionaux, on se concentrera sur le droit des Nations Unies. Certes, dès 1957, la Convention sur la nationalité de la femme mariée, prévoit des dispositions particulières, d'une part pour favoriser la naturalisation du conjoint, d'autre part sauvegarder le droit à sa nationalité, quelle que soit l'évolution du mariage, mais il s'agit d'une approche très spécifique, tout comme la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie. Paradoxalement, seule la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 évoque « le droit à une nationalité » en tant que tel, au titre des droits civils énumérés dans l'article 5, d), iii, mais il s'agit seulement d'un renvoi dont on perd la trace ailleurs. Autrement dit la discrimination est interdite mais le droit est loin d'être assuré. C'est même une des rares dispositions de la Déclaration universelle que les Etats se sont efforcés de gommer dans les traités internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme.

L'article 24, §3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques se borne à dire que « tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité ». Selon Marc Bossuyt, la discussion sur cette disposition a été tardive (14). C'est seulement en 1962, devant la troisième Commission, que s'est imposée l'idée d'éviter les cas d'apatridie pour les enfants. La Pologne avait présenté un projet en vertu duquel « l'enfant a droit des sa naissance à un nom et à une nationalité », conformément au principe 3 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 dont elle avait été le promoteur. Un amendement oral de la République arabe unie, repris par la Pologne et la Yougoslavie, est venu apporter l'indication « tout enfant... ». Mais d'autres Etats ont aussitôt fait observer que c'était justement en raison de la complexité du problème que le droit de chaque individu à une nationalité ne faisait l'objet d'aucun article dans le projet de Pacte, alors même qu'il figurait en bonne place dans la Décla-

ration universelle. Fallait-il réintroduire ce droit en le limitant aux seuls enfants ? L'idée dominante était plutôt de renvoyer la question à des instruments spécialisés, comme la Convention de 1954 relative au statut des apatrides et surtout la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie qui venait d'être conclue mais n'avait encore fait l'objet d'aucune ratification, ce qui traduisait là encore une réticence évidente des Etats.

La discussion en troisième Commission a très vite dérivé sur une autre question, celle du droit à une famille, avec le Guatemala, ou du « droit à une filiation » avec le Pérou, ouvrant la porte à d'autres droits de l'enfant, avec un amendement assez bizarrement rédigé de la Colombie : « not only to education and food, but also... ». Les Etats latino-américains voulaient en quelque sorte introduire une micro-convention des droits de l'enfant dans le Pacte. Devant cette surenchère, l'Arabie saoudite, sur la défensive, proposa un renvoi de la discussion au Conseil économique et social. L'année suivante, en 1963, le débat a été recadré. La formulation proposée par la Pologne, avec le soutien de l'Afghanistan, du Brésil, de l'Iran, du Nigeria, du Panama, de la République arabe unie et de la Yougoslavie — le « groupe des huit » — fut dédoublée, en distinguant le paragraphe 2 de l'article 24 (« Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom ») et le paragraphe 3 (« Tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité »). D'un côté le droit débouche sur une obligation immédiate en matière d'état-civil, un impératif (« doit être ») pesant de manière indiscriminée sur la famille et sur les pouvoirs publics. De l'autre la formulation du droit à la nationalité est très en retrait, c'est une obligation médiante, un droit au droit, en quelque sorte, « le droit d'acquérir une nationalité », sans désigner les voies et moyens de cette acquisition. Bien plus le terme « acquérir » souligne que la nationalité n'est pas automatique, acquise dès la naissance, quel que soit la logique de rattachement à l'Etat, mais fait l'objet d'une décision discrétionnaire de l'Etat. Une tentative de la Colombie pour revenir sur le verbe « acquérir » a été vaine, tandis que le Liban proposait de supprimer tout le paragraphe 3, au risque de jeter le bébé avec l'eau du bain.

Pour la majorité des Etats la consécration d'une disposition spécifique visant le droit de l'enfant à une nationalité semblait d'autant plus nécessaire que nombre d'entre eux regrettaient l'absence d'un article sur le droit de toute personne à une nationalité, mais d'autres Etats soulignaient de nouveau la complexité d'une question qui ne concernait pas seulement les enfants. Selon

(14) Marc Bossuyt, *Guide to the 'travaux préparatoires' of the International Covenant on Political and Civil Rights*, Nijhoff, 1987, pp. 43 et s.

eux, un Etat ne pouvait assumer une obligation inconditionnelle (*unqualified obligation*) d'accorder sa nationalité à tout enfant né sur son territoire, quelles que soient les circonstances. La formule révisée visant l'acquisition de la nationalité a soulevé des objections semblables, dans la mesure où, plus encore, la naturalisation relève du pouvoir discrétionnaire de l'Etat et ne constitue pas un droit de l'individu, en tant que tel. Mais lors du vote, une très large majorité s'est retrouvée sur la formule de compromis un peu bancale mise en avant par la Pologne, avec 51 voix pour, 4 contre et 16 abstentions. L'ensemble de l'article 24 a ensuite été acquis par un vote de 57 voix contre une et 14 abstentions.

Le commentaire de cette disposition que fait le Comité des droits de l'homme, à la fin de son observation générale n° 17 de 1989 sur « les droits de l'enfant », reste très modeste : « De même, dans le cadre de la protection à accorder aux enfants, il convient d'accorder une attention particulière au droit de tout enfant à la nationalité, énoncé au paragraphe 3 de l'article 24. Cette disposition, qui a pour but d'éviter qu'un enfant ne soit moins protégé par la société et l'Etat s'il est apatride, n'impose pas pour autant aux Etats parties de donner en toutes circonstances leur nationalité à tout enfant né sur leur territoire. Cependant, les Etats sont tenus d'adopter toutes les mesures appropriées, sur le plan interne et en coopération avec les autres Etats, pour que tout enfant ait une nationalité dès sa naissance. Ils ne devraient tolérer dans la législation interne en matière d'acquisition de la nationalité aucune discrimination qui distingue entre enfants légitimes et enfants nés hors mariage ou de parents apatrides, ou qui soit motivée par la nationalité des parents ou de l'un d'entre eux. Les rapports présentés devraient toujours mentionner les mesures adoptées pour assurer aux enfants une nationalité » (15).

On trouve la même problématique avec les conventions ultérieures relatives aux femmes et aux enfants (16). Ainsi la Convention sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes, tout en reprenant la substance de la Convention de 1957 vient utilement nuancer ce que celle-ci pouvait avoir de paternaliste, en posant comme point de départ l'égalité des femmes et des

(15) HRI/GEN/I/Rev.9 (vol. I), 2008.

(16) On peut noter que l'article 29 de la Convention sur les droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille se borne à reprendre, *mutatis mutandis*, la disposition du Pacte : « Tout enfant d'un travailleur migrant a droit à un nom, à l'enregistrement de sa naissance et à une nationalité ».

hommes, quel que soit le statut matrimonial. Selon l'article 9, § 1, « Les Etats parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari ». Plus curieusement le paragraphe 2 précise que « Les Etats parties accordent à la femme des droits égaux à ceux de l'homme en ce qui concerne la nationalité de leurs enfants », en négligeant toute référence à la disposition du Pacte qui, même de manière affaiblie, n'en consacre pas moins le droit spécifique de l'enfant à une nationalité. Comment articuler les droits respectifs des parents, en cas de désaccord, et le droit propre de l'enfant ?

Forcé est de reconnaître que la recommandation n° 21 sur l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux adoptée par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes en 1994 ne fait que survoler l'article 9 : « La nationalité est capitale pour une complète insertion dans la société. Un Etat confère généralement sa nationalité aux personnes nées sur son sol. La nationalité peut aussi être conférée du fait que la personne intéressée s'est établie dans le pays, ou accordée pour des raisons humanitaires, par exemple à des apatrides. Une femme qui n'a pas la nationalité ou la citoyenneté du pays où elle vit n'est pas admise à voter ou à postuler à des fonctions publiques et peut se voir refuser les prestations sociales et le libre choix de son lieu de résidence. La femme adulte devrait pouvoir changer de nationalité, qui ne devrait pas lui être arbitrairement retirée en cas de mariage ou de dissolution de mariage ou parce que son mari ou son père change lui-même de nationalité » (17).

Plus significative est la décision du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes du 23 janvier 2007 au sujet d'une communication de Mme Constance Ragan Salgado contre le Royaume-Uni, qui n'avait pu transmettre sa nationalité à son fils né en 1954 en Colombie d'un père colombien, « la nationalité britannique étant transmise par filiation paternelle » à l'époque (18). Cette discrimination fut supprimée par des lois de 1981 et de 2002 sans effet rétroactif antérieur à 1961, laissant inchangé le statut du fils aîné de la requérante, contrairement à la situation de son fils

(17) HRI/GEN/I/Rev.9 (vol. II), 2008.

(18) CEDAW/C/37/D/11/2006.

cadet né en 1966. Aux yeux de Mme Ragan Salgado, « une mère a le droit fondamental de donner sa nationalité à son enfant sur un pied d'égalité avec les hommes et les autres mères, que son enfant soit mineur ou adulte, en particulier lorsque le même droit a été reconnu à d'autres personnes mineures aussi bien qu'adultes par deux lois différentes sur la nationalité; elle juge inacceptable que l'on perpétue une injustice quelconque sous prétexte qu'à son origine elle était conforme à la loi » (5.8). Le Comité ne se prononce que sur la recevabilité, au regard notamment de la date-critique que constitue l'entrée en vigueur pour le Royaume-Uni du Protocole facultatif en 2004, mais avec un argument intéressant pour écarter le dommage continu, en notant que les « faits » invoqués « ont pris fin le jour où son fils est devenu majeur, à savoir le 16 septembre 1972. Après cette date, son fils était le principal détenteur du droit soit de conserver la nationalité qu'il avait acquise soit de demander la nationalité d'un autre Etat, sous réserve des conditions fixées par cet Etat » (8.4). Le Comité souligne par ailleurs que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées, laissant la porte ouverte à une action propre d'Alvaro John Salgado, désormais quinquagénaire, auprès des autorités britanniques. Ce contentieux individuel montre bien que la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ne pouvait aborder que de manière indirecte la question centrale du droit de l'enfant à une nationalité.

La Convention sur les droits de l'enfant revient sur la question, avec l'article 7, §1, qui prévoit, en reprenant approximativement la formulation du Pacte pour la diuener en stipulant que « l'enfant est enregistré aussitôt 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 élevés par eux ». En introduisant ce qui ne peut être qu'un souhait, les auteurs de la Convention affaiblissent les dispositions impératives du Pacte. Bien plus, la formulation laisse supposer que le « droit à un nom » est antérieur au droit à l'enregistrement, alors que l'inscription de l'état-civil est la condition de la reconnaissance de la personnalité juridique. L'hypothèque d'un accouchement sous X priverait ainsi l'enfant du « droit à son nom », du droit au nom de ses parents, et indirectement du droit de connaître ses origines. La mention du « droit d'acquérir une nationalité » paraît une simple incidente, entre des droits de nature très différente mettant en cause la conception même de la famille. Le brouillage du caractère intrinsèque du droit à la nationalité, c'est-à-dire au rattachement à un droit, « *as a person before the law*,

comme ressortissant d'un Etat, est renforcé par la disposition vague du paragraphe 2 : « *Les Etats 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 les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride* ». Autrement dit le droit international s'efface derrière le droit interne. Tout au plus le paragraphe 2 rappelle les Etats à leurs autres obligations conventionnelles, tout en laissant entendre que certaines obligations sont plus importantes que d'autres. *A contrario*, en dehors des risques d'apatridie (*in particular where the child would otherwise be stateless*), ne faudrait-il pas respecter le Pacte ? On peut rêver d'une rédaction plus limpide, mais la contradiction est évidente entre l'affirmation précise de droits individuels à l'article 7, §1, et le flou des obligations étatiques qui leur répondent au paragraphe 2. Il en va de même de l'article 8, §1, par lequel « *les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale* ».

La récente Convention relative au droit des personnes handicapées est fort utilement revenue sur la question avec un article 18 intitulé « *droit de circuler librement et nationalité* ». Cet article comporte deux volets, l'un visant les adultes, l'autre les enfants. L'article 18, §2, est une simple paraphrase : « *Les enfants handicapés sont enregistrés aussitôt leur naissance et ont dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître leurs parents et d'être élevés par eux* ». Dans le contexte du handicap, cette dernière précision est en soi particulièrement importante, mais la Convention se borne à reprendre les formules du Pacte et de la Convention de New York. Tout autre est la portée du paragraphe 1, qui s'avère beaucoup plus novateur, dans la mesure où « *les Etats parties reconnaissent aux personnes handicapées sur la base de l'égalité avec les autres, le droit de circuler librement, le droit de choisir librement leur résidence et le droit à une nationalité, et ils veillent notamment à ce que les personnes handicapées :*

a) *aient le droit d'acquérir une nationalité et de changer de nationalité et ne soient pas privées de leur nationalité arbitrairement ou en raison de leur handicap;*

b) *ne soient pas privées, en raison de leur handicap, de la capacité d'obtenir, de posséder et d'utiliser des titres attestant leur nationalité ou autres titres d'identité ou d'avoir recours aux procédures perti-*

mentes, telles que les procédures d'immigration qui peuvent être nécessaires pour faciliter l'exercice du droit de circuler librement;

c) aient le droit de quitter n'importe quel pays, y compris le leur; d) ne soient pas privées, arbitrairement ou en raison de leur handicap du droit d'entrer dans leur propre pays.

Si l'article 18 vise un principe de non-discrimination, à travers «l'égalité avec les autres», les droits visés vont beaucoup plus loin que les traités précités qui se bornaient à répéter le droit de tout enfant à acquérir une nationalité. La Convention de 2007 est novatrice en ce qu'elle remonte à la source de la Déclaration universelle, en associant étroitement les articles 13 sur «le droit de circuler librement» et 15 sur le «droit à une nationalité». Tout au plus l'affirmation générale du «droit à une nationalité», rappelée dans le chapitre du paragraphe 1 se décline comme le «droit d'acquérir une nationalité» au paragraphe 1, a). Mais le b) vient utilement préciser des modalités pratiques d'exercice des droits garantis, y compris s'agissant des procédures d'immigration, là où la Convention sur les droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille était fort discrète. Reste que des conditions financières, en matière de sécurité sociale, freineront sans doute cette libre circulation sans considérations de frontière, même si sur ce point la jurisprudence de la Cour européenne, associant article 14 et article 1 du premier Protocole apporte des garanties concrètes.

Ce rapide tour d'horizon, qui néglige la pratique quotidienne des organes conventionnels, n'en montre pas moins que «Le droit à une nationalité» n'a guère avancé en devenant «le droit d'acquérir une nationalité», faute de mode d'emploi. L'individu est protégé du mauvais vouloir de l'Etat d'origine, qui ne peut le priver «arbitrairement» de sa nationalité, encore moins créer une situation d'apatridie, mais il reste soumis au bon vouloir de l'Etat d'accueil, en matière de naturalisation.

II. - Un droit esquissé dans les travaux de soft law

La reconstruction de la problématique de la nationalité dans le cadre du droit déclaratoire est relativement récente. Certes, à partir de 2000, la Sous-Commission des droits de l'homme avait mené à bien des travaux importants sur «les droits des non-citoyens», concrets par l'adoption au consensus de la résolution 2003/21 du

13 août 2003, sur la base d'une étude systématique de son rapporteur spécial le Pr David Weissbrodt (19).

À la suite de cette étude, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale avait adopté sa recommandation générale XXX de 2005 sur la discrimination à l'égard des non-ressortissants qui développerait plusieurs directives concernant l'accès à la citoyenneté :

«13. Veiller à ce que des groupes particuliers de non-ressortissants ne subissent pas des discriminations en matière d'accès à la citoyenneté ou de naturalisation, et accorder l'attention requise aux éventuels obstacles à la naturalisation des résidents de longue date ou des résidents permanents;

14. Reconnaître que la privation de citoyenneté en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique est une violation des obligations des Etats parties d'assurer la jouissance sans discrimination du droit à une nationalité;

15. Prendre en considération le fait que, dans certains cas, la privation de citoyenneté de résidents de longue date ou de résidents permanents peut les placer dans une situation désavantageuse en matière d'accès à l'emploi et aux prestations sociales, en violation des principes antidiscriminatoires énoncés dans la Convention;

16. Réduire le nombre d'apatrides, en particulier parmi les enfants, en encourageant par exemple leurs parents à demander la citoyenneté en leur nom et en autorisant les deux parents à transmettre leur citoyenneté à leurs enfants;

17. Régulariser le statut des anciens ressortissants d'Etats prédécesseurs qui vivent actuellement sous la juridiction de l'Etat partie» (20).

Lors de sa 61^e session, la Commission des droits de l'homme avait elle-même adopté le 19 avril 2005, sans vote, la résolution 2005/45 «Droits de l'homme et privation arbitraire de nationalité» qui évoquait les travaux de la Sous-Commission, notamment le rapport final de David Weissbrodt ainsi que les activités du Haut-Commissariat pour les réfugiés «afin de traiter et prévenir le problème de l'apatridie», en demandant aux différents organes compétents de «continuer à recueillir des renseignements sur la question auprès de

(19) E/CN.4/Sub.2/2003/23. Voy. la publication de l'étude *Les droits des non-ressortissants*, HR/PUB/6/11, 2006.

(20) HRI/GEN/1/Rev. 9 (vol. II), 2008.

toutes les sources pertinentes [...] afin d'en poursuivre l'examen à sa prochaine session. C'est le Conseil des droits de l'homme qui a hérité de cette mission, après une césure marquant la désorganisation du système pendant plusieurs années (21).

Il faudra attendre la résolution 7/10 du 27 mars 2008, adoptée sans vote par le nouveau Conseil des droits de l'homme, pour voir la reprise des travaux sous le titre « Droits de l'homme et protection arbitraire de la nationalité ». Depuis, des résolutions annuelles sont adoptées sans vote par le Conseil, avec la résolution 10/13 du 26 mars 2009 et la résolution 13/2 du 14 avril 2010. Ce n'est pas un hasard si c'est la Russie – initialement soutenue par le Belarus, Cuba, l'Ouzbékistan et la Serbie (22) – qui est devenue le parrain de résolutions mettant l'accent sur la situation des nouvelles minorités nationales issues de l'écroulement de l'Union soviétique, ainsi que sur les droits des « résidents de longue durée ».

Il peut être intéressant de comparer les quatre résolutions ainsi adoptées, qui reprennent le plus souvent les mêmes formules. Alors que la résolution 2005/45 de la Commission des droits de l'homme commençait – après un rappel ses travaux antérieurs, notamment la résolution 1999/28 – par la « réaffirmation » de l'article 15 de la Déclaration universelle, le Conseil des droits de l'homme se dit « guidé par les buts, les principes et les dispositions de la Charte des Nations Unies » avant d'être « guidé également par l'article 15 de la Déclaration universelle aux termes duquel tout individu a droit à une nationalité et nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité ». Ce changement de construction n'est pas seulement le résultat d'un nouveau statut du Conseil, comme organe subsidiaire de l'Assemblée générale, mais plutôt la volonté d'inscrire le sujet dans le contexte général de la paix et de la sécurité internationales.

Dans le même esprit, dès l'origine, la référence à la Déclaration universelle était déjà immédiatement suivie par un considérant « recommandant le droit des États d'adopter des lois régissant l'acquisition de la nationalité, la renonciation à la nationalité ou la perte de la nationalité » qui se trouve complété à partir de la résolution 10/13 par la précision « conformément au droit international » (23). Les

(21) Voy. le colloque international du Centre de recherches sur les droits de l'homme et le droit humanitaire, Emmanuel Decaux (dir.), *Les Nations Unies et les droits de l'homme, enjeux et défis d'une réforme*, Pedone, 2006.

(22) A/HRC/7/L.27 et A/HRC/10/L.35. En 2010, on retrouve le Belarus, la Bolivie, Cuba, et le Pérou autour de la Russie, A/HRC/13/L.4.

(23) La précision ne figure pas dans la résolution 7/10.

résolutions du Conseil des droits de l'homme prennent également note « que la question de l'apatridie est déjà à l'étude à l'Assemblée générale dans le cadre de la question plus vaste de la succession d'États ». Ainsi un double lien est implicitement établi avec les travaux de la Commission du droit international.

D'année en année, les considérants suivants renvoient aux différents cadres de référence et aux travaux en cours, en « rappelant que les personnes privées arbitrairement de leur nationalité sont protégées par le droit international relatif aux droits de l'homme et aux réfugiés, ainsi que par les instruments relatifs à l'apatridie, notamment à l'égard des États parties, par la Convention relative au statut des apatrides ainsi que par la Convention relative au statut des réfugiés et le Protocole s'y rapportant » (24). La résolution 2005/45 et la résolution 7/10 se réfèrent aux travaux de la Sous-commission. La résolution 13/2 ajoute, non sans retard, une référence à l'observation n° 30 de 2004 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Il est fait également état depuis l'origine des activités du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, notamment de la conclusion 106 (LVII) adoptée en 2006 par son Comité exécutif sur l'identification, la prévention et la réduction des cas d'apatridie ainsi que la protection des apatrides. Le lien structurel établi désormais avec l'Assemblée générale, qui est abondamment citée, place ainsi le Conseil des droits de l'homme à la charnière de ce qu'il appelle lui-même « le droit international relatif aux droits de l'homme et aux réfugiés », alors que le Haut-Commissariat aux droits de l'homme n'a que trop tendance à se cantonner aux « traits de base », excluant des pans entiers de la protection des droits de l'homme.

À la suite de la Commission, le Conseil « constate [e] avec une profonde préoccupation que des personnes ou groupes de personnes sont privées de leur nationalité, particulièrement en raison de leur race, de leur origine nationale, de leur ethnicité, de leur religion, de leur sexe ou de leurs opinions politiques ». Ce nouveau contexte amène, à partir de 2008, le Conseil à « soulign[er] que les droits de l'homme et les libertés fondamentales des personnes dont la nationalité peut être affectée par une succession d'États doivent être pleinement respectés ».

Dès l'alinéa 1^{er} du dispositif, la résolution 2005/45 « réaffirme que le droit de chacun à une nationalité est un droit fondamental de l'être humain ». La formule se retrouve comme un leitmotiv dans les trois

(24) La résolution 2005/45, hâivement traduite en français, parlait de « la législation (sic) internationale des droits de l'homme ».

résolutions ultérieures. Il faut souligner l'importance de ce qui constitue à vrai dire une affirmation plus qu'une réaffirmation. La Déclaration universelle se bornait à proclamer que «*tout individu a droit à une nationalité*» et, comme on l'a vu, les rédacteurs des traités se sont évertués d'affaiblir et de diluer la portée de ce principe, le Pacte disant seulement que «*tout enfant a le droit d'acquiescer une nationalité*». La Commission va donc beaucoup plus loin lorsqu'elle évoque un «*droit fondamental*», de caractère objectif, *erga omnes*, en dehors de toute référence précise à un instrument spécifique. Dans ce contexte, parler de «*droit fondamental* de l'être humain», c'est marquer un saut qualitatif dans la consécration d'un droit de l'homme dont la positivité était faible, écartelée entre des traités universels fort peu directs, et des conventions spécifiques précises mais de portée limitée (25). Reste à savoir en quoi consiste cette fondamentalité, en dehors d'une rhétorique politique des auteurs de la résolution : faut-il y voir l'amorce d'une *opinio juris*? Ou simplement le constat du caractère «*radical*» du droit à une nationalité qui, comme le droit à la personnalité juridique, est le point de passage de la jouissance de l'ensemble des autres droits.

La résolution «*considère que la privation arbitraire de la nationalité en raison de la race, de l'origine nationale, de l'ethnie, de la religion, de l'opinion politique ou du sexe est une violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales*» (alinéa 2). La résolution 10/13 complètera cette énumération conformément à la nomenclature de la Déclaration universelle. Il ne s'agit pas seulement pour «*tous les États de s'abstenir de prendre des mesures discriminatoires et d'adopter ou de maintenir en vigueur des lois*» susceptibles de favoriser de telles mesures, mais il leur faut prendre des mesures préventives. A cet égard, la Commission «*appelle également tous les États à adopter et à mettre en œuvre des lois relatives à la nationalité en vue de prévenir et de réduire les cas d'apatridie, conformément aux principes fondamentaux du droit international, en particulier en prévenant la privation arbitraire de la nationalité*» (alinéa 3). Le Conseil, dans la résolution 7/10, ajoute la précision «*et l'apatridie du fait de la succession d'États*». La notion approximative de «*principes fondamentaux du droit international*» vise sans doute à renvoyer implicitement aux travaux de codification menés dans le cadre de la Commission du droit international, avec le «*projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession*»

(25) Entrée en vigueur en 1975, la Convention sur la réduction des cas d'apatridie de 1961 ne comptait que 37 ratifications et 3 signatures, dont celle de la France, en décembre 2009.

d'États». Faut-il aller plus loin et voir dans cette référence à des «*principes fondamentaux*» la traduction juridique du «*droit fondamental de l'être humain*» affirmé d'emblée? Ce serait glisser, un peu trop vite, nous semble-t-il, du cadre déjà élargi du «*droit international des droits de l'homme et des réfugiés*» au corpus sans rivages du droit international général. On notera que la résolution se borne à «*appeler*» les États qui ne l'ont pas encore fait à «*envisager de adhérer à la Convention sur la réduction des cas d'apatridie et à la Convention relative au statut des apatrides*» (al. 5). La formule se fait à peine plus pressante, avec la résolution 10/13 qui «*encourage*» les États à envisager de le faire, tandis que la résolution 13/2 «*releve que 2011 marquera le cinquantième anniversaire de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie*» avant de réitérer les mêmes encouragements...

Manifestement les auteurs du texte se situent avant tout sur un terrain politique et non théorique. La contextualisation du principe est précisée au fil des résolutions. Dès la résolution 2005/45, la Commission «*note que le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'un individu pourrait être entravé par suite d'une privation arbitraire de la nationalité, ce qui empêcherait son intégration sociale*» (alinéa 6) (26). La résolution 10/13 développe l'idée et «*constate avec préoccupation que le fait d'être arbitrairement privé de nationalité peut placer un individu dans une situation de pauvreté, d'exclusion sociale et d'incapacité légale*» (alinéa 7). Et assez tardivement, compte tenu des obligations conventionnelles des États, elle «*releve que les enfants ont particulièrement besoin d'être protégés contre la privation arbitraire de liberté*» (alinéa 8). La résolution 13/2, selon la technique classique de la boule de neige développe encore tous ces points. Elle reprend l'alinéa 7 mais ajoute «*[...] ce qui a des conséquences néfastes sur la jouissance des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels de ces personnes, en particulier dans les domaines de l'éducation, du logement, de l'emploi et de la santé*». De même l'alinéa 8 est complété par le rappel bienvenu «*que tout enfant a le droit d'acquiescer une nationalité* [...]» Et suivi d'un nouvel alinéa 9, qui «*engage les États à veiller à ce que tous les enfants soient enregistrés à la naissance et note qu'il importe de disposer de procédures normalisées et efficaces pour l'état civil et la délivrance de documents d'identité afin d'aider à prévenir la privation arbitraire de la nationalité et l'apatridie*».

(26) Les résolutions du Conseil parlent de «*jouissance*» et non d'exercice.

Le texte devient également plus concret s'agissant des mesures à prendre par les Etats. La résolution 7/110 *appelle les Etats à veiller à ce que les personnes qui ont été arbitrairement privées de leur nationalité disposent d'un recours utile* (alinéa 7). La résolution 10/13 ajoute [...] *et à une réparation effective, y compris, mais pas uniquement, la restitution de leur nationalité* (alinéa 8). Par ailleurs la résolution 13/2 *engage aussi les Etats à observer des normes de procédure minimales de manière à éliminer tout élément d'arbitraire des décisions touchant à l'acquisition, en conformité avec les obligations nationales et à les réexaminer, en conformité avec les obligations nationales et à les réexaminer, en vertu d'instruments internationaux relatifs qu'ils ont contractés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* (alinéa 10). Le rapprochement entre les *normes de procédure minimales* et les obligations substantielles résultant des engagements internationaux des Etats est assez surprenant, mais tout l'exercice n'est-il pas un va-et-vient entre droit mou et droit dur ?

C'est sur ce terrain que le projet est le plus porteur. La résolution 2005/45 se limitait à inscrire la question à l'ordre du jour des travaux ultérieurs, en réclamant des « renseignements » à toutes les parties prenantes, notamment au Secrétaire général. La résolution 7/10 se borne à reprendre les mêmes demandes dans le cadre du nouveau Conseil. De fait, l'année suivante, le Secrétaire général transmet enfin le rapport requis (27) dont la résolution 10/13 prend acte en 2009, en sachant également « le travail accompli sur le thème du droit à la nationalité » de l'expertise indépendante sur les questions relatives aux minorités (28). Sur cette base, le Conseil précise ses demandes et *« prie le Secrétaire général d'établir un rapport sur le droit à la nationalité, en mettant l'accent sur la question de la privation arbitraire de la nationalité, notamment en cas de succession d'Etats, et en tenant compte des renseignements recueillis conformément à la résolution 7/10 du Conseil, ainsi que des études analogues réalisées par la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme et des autres sources d'information pertinentes, et de lui présenter ce rapport à sa treizième session »*.

On revient donc au point de départ, après le travail pionnier mené à bien par la Sous-Commission de 2000 à 2003, le Conseil en arrive à demander un « rapport » au secrétariat pour sa session du printemps 2010... Le Secrétaire général a dûment présenté ce nou-

veau rapport (29), dont le Conseil a pris « note avec satisfaction » dans sa résolution 13/2, avant de *« prier [] le Secrétaire général d'établir un rapport sur l'impact que la privation arbitraire de la nationalité, notamment en cas de succession d'Etats, pourrait avoir sur la jouissance des droits de l'homme des personnes concernées, y compris leurs droits civils politiques, économiques, sociaux et culturels »* (alinéa 14). Ce troisième rapport étant attendu pour la 19^e session du Conseil, c'est-à-dire dans un délai de deux ans.

Entretemps, l'Assemblée générale a poursuivi ses propres travaux, en décidant d'inscrire à l'ordre du jour de sa 66^e session, « le point intitulé 'Nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'Etats' afin d'examiner la question, y compris la forme que pourraient revêtir les projets d'article [...] établis par la Commission du droit international », comme le relève la résolution 13/2 (30).

☆

À la veille de ces échéances, le dernier rapport du Secrétaire général, daté du 14 décembre 2009, dresse un rapide état des lieux. Il rappelle d'abord les sources juridiques du « droit à une nationalité en tant que droit fondamental », en ne citant pas seulement les grands instruments internationaux (voy. plus haut), mais également les instruments régionaux concernant le droit pour tout enfant d'acquiescer une nationalité. Dans plusieurs cas, la solution qui prévaut est d'appliquer le droit du sol, si l'enfant ne peut prétendre à une autre nationalité. C'est le cas de la Convention américaine des droits de l'homme (article 20) ou de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (article 6). Au contraire, la Charte arabe des droits de l'homme révisée se réfère à la nationalité de la mère (article 29). La Convention européenne sur la nationalité combine les diverses solutions, en se référant d'abord au droit du sang mais également au droit du sol, à défaut d'une autre nationalité. C'est le même esprit qui prévaut avec la Convention sur la réduction des cas d'apatridie, qui demande aux Etats d'accorder leur nationalité aux personnes qui risqueraient de devenir apatrides, en se fondant aussi bien sur le droit du sol que sur le droit du sang.

(29) A/HRC/13/34.

(30) Le Conseil se réfère aux résolutions 55/153 du 12 décembre 2000, 59/34 du 2 décembre 2004 et 63/118 du 11 décembre 2008, qui concernent toutes les travaux de la Commission du droit international sur la nationalité. La 66^e session de l'Assemblée générale aura lieu en 2011, ce qui explique sans doute le renvoi du rapport du Secrétaire général à 2012.

Mais le rapport souligne également, en se référant à l'article 15 de la Déclaration universelle, que «le droit d'avoir une nationalité implique le droit d'acquérir une nationalité, de la conserver ou d'en changer. Le droit de conserver une nationalité correspond à l'interdiction de la privation arbitraire de la nationalité [...]». C'est à la lumière de ce qui précède qu'il faut comprendre la résolution 10/13 du Conseil des droits de l'homme, dans laquelle le Conseil reconnaît que la privation arbitraire de la nationalité, en particulier lorsqu'elle est motivée par des considérations discriminatoires fondées sur la race, la couleur de la peau, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou d'autres convictions, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, est une violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales» (31). Le rapport précisera ultérieurement que l'article 15 de la Déclaration consacre un «*principe général*» (32), sans chercher à établir une cohérence juridique avec le vocabulaire du Conseil parlant de «*droit fondamental*».

Ce faisant, le rapport est amené à préciser la notion de «privation arbitraire», en rappelant que, «même si le droit international autorise la privation de la nationalité dans certaines circonstances, cette privation doit être conforme au droit interne et le fond, en particulier normes précises en ce qui concerne la forme et le fond, en particulier le principe de proportionnalité. Les mesures conduisant à la privation de la nationalité doivent servir un but légitime, qui soit conforme au droit international et, surtout, aux objectifs du droit international des droits de l'homme [...]». La notion d'arbitraire peut être interprétée comme visant non seulement les actes contraires à la loi, mais aussi plus largement, ceux qui ont un caractère inapproprié, injuste ou même imprévisible» (33).

Non sans un certain désordre le rapport revient sur le «droit de chacun à acquérir une nationalité», en rappelant que «les Etats jouissent d'une certaine latitude pour ce qui est des critères d'acquisition de la nationalité, mais ces critères ne doivent pas être arbitraires. Pour ne pas être arbitraire, le déni de nationalité doit être conforme au droit interne et aux normes du droit international en particulier le principe de proportionnalité» (34). Le rapport souligne

(31) A/HRC/13/34, §§21-22.

(32) *Ibid.*, §29. De même, §51, le rapport se réfère au projet de la Commission du droit international qui consacre «le principe général de la non-discrimination», dans le contexte de succession d'Etats.

(33) *Ibid.*, §25.

(34) *Ibid.*, §29.

que «les garanties de procédure sont essentielles pour prévenir tout abus de droit. Il est donc attendu des Etats qu'ils observent des normes de procédure minimales de manière à éliminer tout élément d'arbitraire des décisions touchant la nationalité. C'est ainsi que l'article 17 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la nationalité des personnes physiques dispose que les décisions prises à l'égard de l'acquisition, de la conservation ou de la renonciation de la nationalité sont signifiées par écrit et peuvent faire l'objet d'un recours administratif ou judiciaire effectif. Il s'agit là, selon la Commission, du «minimum requis à cet égard» (35).

L'intérêt du rapport du Secrétaire général est de synthétiser la dynamique du droit international, en concluant sans ambiguïté que «le droit de chacun à une nationalité est clairement inscrit dans le droit international des droits de l'homme, qui le reconnaît explicitement. Le droit international des droits de l'homme consacre aussi explicitement l'interdiction de la privation arbitraire de nationalités» (36). Il ne se contente pas de mettre en avant le principe de proportionnalité ou le principe de non-discrimination, il indique également les moyens pratiques de respecter, de protéger et de mettre en œuvre le droit affirmé en des termes aussi généraux sur la seule base de l'article 15 de la Déclaration universelle. A cet égard on peut voir s'esquisser une sorte de «*contrôle minimum*» visant la finalité des mesures, en visant un «but légitime» — le juriste français évoquerait le détournement de pouvoir — mais aussi des garanties de procédures et des voies de recours utiles pour éviter tout arbitraire.

On voit se développer ainsi des principes directeurs, des *guidelines*, qui au-delà des travaux de la Commission du droit international consacrés à la succession d'Etats, pourraient être élaborés par un organe subsidiaire du Conseil des droits de l'homme. Le Comité consultatif des droits de l'homme, de par son expertise indépendante et sa composition collégiale, pourrait très bien prendre le relais des travaux menés à bien par la Sous-commission dans ce domaine (37). Mais les organes conventionnels seraient également avisés de revisiter les traités de base, comme l'a fait le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, à la lumière des dévelop-

(35) *Ibid.*, §43. Voy. *Annuaire C.D.I.*, 1999, vol. II, p. 32.

(36) *Ibid.*, §56.

(37) On peut noter que, lors de la dernière session de la Sous-commission, l'expert russe, le Professeur Vladimir Kartashkin avait proposé comme nouveau thème d'étude la question de la nationalité de la femme mariée, notamment en cas de succession d'Etats.

pements récents, pour adopter des observations générales donnant à l'ensemble des parties prenantes une grille de lecture plus efficace. Il serait également utile que les ONG et les autres parties prenantes s'intéressent à la question, en dehors des situations de crise ou de conflit armé, pour contribuer à établir un cadre général.

L'essentiel est la convergence établie entre les travaux de la Commission du droit international et ceux du Conseil des droits de l'homme pour sortir la question de la nationalité de la logique du droit international privé, à travers des conflits positifs ou négatifs renvoyant chaque Etat à sa réglementation interne et à sa pratique discrétionnaire, et faire apparaître les grandes lignes d'un droit international des droits de l'homme, ménageant la souveraineté des Etats mais la soumettant à des règles visant non seulement à éviter les cas d'apatridie, mais plus largement à permettre l'exercice du droit d'option des individus – le droit d'acquérir, de conserver ou de changer de nationalité – pour en faire des sujets de droit.

En ce sens, on peut dire que le droit à la nationalité est un droit fondamental à double titre. D'abord parce que la formulation de la Déclaration universelle a acquis une portée générale de nature coutumière, voire de *jus cogens*, s'imposant aux traités en matière de succession d'Etats. Ensuite parce que la nationalité est la condition même du rattachement de l'individu à un Etat de droit, c'est-à-dire paradoxalement de l'universalité des droits de l'homme.



Le site internet de la revue propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède (www.rtdh.eu, onglet «Sommaires», «n° 86 avril 2011», cliquer ensuite sur le titre de l'article).