



HAL
open science

Jus soli, jus sanguinis, principes complémentaires et consubstantiels de la tradition républicaine

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. Jus soli, jus sanguinis, principes complémentaires et consubstantiels de la tradition républicaine. Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques, 2017, La Nationalité, 2017/01 (160), pp.19-34. hal-01927164

HAL Id: hal-01927164

<https://hal.science/hal-01927164>

Submitted on 10 Dec 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

JUS SOLI, JUS SANGUINIS, PRINCIPES COMPLÉMENTAIRES ET CONSUBSTANTIELS DE LA TRADITION RÉPUBLICAINE

Le Seuil | « [Pouvoirs](#) »

2017/1 N° 160 | pages 19 à 34

ISSN 0152-0768

ISBN 9782021343892

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2017-1-page-19.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Le Seuil.

© Le Seuil. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

JUS SOLI, JUS SANGUINIS,
PRINCIPES COMPLÉMENTAIRES
ET CONSUBSTANTIELS
DE LA TRADITION RÉPUBLICAINE

À intervalles réguliers rejaillit dans le débat politique ou intellectuel la controverse sur le poids respectif que doivent avoir dans le droit de la nationalité française le droit du sol et le droit du sang. Les propositions de réforme visant à supprimer ou à limiter, par différentes conditions (régularité du séjour des parents, absence de casier judiciaire de l'enfant), l'automatisme de l'acquisition à la majorité de la nationalité par les enfants nés en France de parents étrangers s'appuient souvent sur l'argument selon lequel le *jus soli* n'aurait pas dans l'histoire de la nationalité française la même place ou la même importance que le *jus sanguinis*.

Dans cette contribution, nous voudrions battre en brèche cette idée. Comme le résume Raymond Boulbès, « *jus soli* et *jus sanguinis* sont [...] les deux sources de la nationalité d'origine. Si le *jus soli* a bénéficié dans l'histoire, mis à part la réaction éphémère du code de 1804, d'une incontestable faveur due au caractère facile et immédiat de la preuve, il jouit aussi, en quelque sorte, d'un droit de préférence [...]. Toutefois, il ne faut pas aller trop loin et il est certain que la qualité de Français, une fois établie définitivement – qu'elle trouve son origine dans le *jus sanguinis* ou dans le *jus soli* –, est et demeure indivisible¹ ». Le code de

1. Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, Paris, Sirey, 1956, n° 184.

la nationalité française adopté en 1945, dont il est l'un des principaux auteurs², consacre d'ailleurs les deux principes sur un pied d'égalité comme modes d'attribution de la nationalité française « à titre de nationalité d'origine », c'est-à-dire à la naissance. Ce n'est, en définitive, qu'entre 1993 et 1998, dans le prolongement des travaux de la commission Long³, que la législation républicaine a conditionné l'accès à la nationalité française des jeunes de la deuxième génération à une manifestation de volonté, en sus de la naissance et de la résidence habituelle en France pendant les cinq années qui précèdent la majorité (art. 21-7 du code civil issu de la loi du 22 juillet 1993).

20 Or, lorsque le Conseil constitutionnel a validé ces dispositions par sa décision 93-321 DC du 20 juillet 1993, il a fait une lecture erronée de l'histoire du droit de la nationalité en estimant que ni le *jus soli* ni le double *jus soli* (fait d'être né sur le territoire d'un parent lui-même né sur ce territoire) ne pouvaient être considérés comme constituant des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sous prétexte que les lois républicaines les ayant consacrés n'auraient eu pour autre objectif que de répondre aux « exigences de la conscription ».

L'analyse des débats parlementaires des grandes lois républicaines sur la nationalité (1851, 1889, 1927) montre qu'au-delà de « l'ombre du bureau du recrutement »⁴, qui a assurément plané sur les promoteurs de ces lois, ceux-ci étaient aussi et surtout guidés par un souci d'égalité devant les charges publiques de tous ceux qui sont nés et ont été socialisés sur le territoire français⁵. Comme le relevait un commentateur de la loi de 1889, la consécration du droit du sol correspond à « cette vérité constante que *le milieu dans lequel il vit agit sur l'individu*. L'enfant né en France de parents étrangers [...], vivant en France au milieu de

2. Cf. Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris, Grasset, 2002, p. 150.

3. Marceau Long, *Être français aujourd'hui et demain. Rapport remis au Premier ministre par la Commission de la nationalité*, Paris, La Documentation française, 1988. Cf. Danièle Lochak, « Usages et mésusages d'une notion polémique : l'identité nationale dans le débat sur la réforme du code de la nationalité, 1985-1993 », in CRISPA et CURAPP, *L'Identité politique*, Paris, PUF, 1994, p. 306-323.

4. Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1938, t. 1, n° 129. En 1947, il évoque la généralisation du droit du sol par la loi de 1889 comme une « oubliette à nationalité » (*Cours de droit international privé*, Paris, Sirey, 1947, n° 134).

5. Christian Bruschi, « Droit de la nationalité et égalité des droits de 1789 à la fin du XIX^e siècle », in Smaïn Laacher (dir.), *Questions de nationalité. Histoire et enjeu d'un code*, Paris, L'Harmattan, 1987, p. 47.

camarades d'école ou d'atelier [...], s'imprègne de notre civilisation [...], au fond il n'y a là qu'une simple question de fait⁶».

Ce faisant, ces lois républicaines n'ont qu'esquissé l'évolution moderne du droit de la nationalité, qui est désormais perçu comme un droit de l'homme⁷. Comme le considère la Cour internationale de justice dans l'arrêt *Nottebohm* du 6 avril 1955, « la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un *fait social de rattachement*⁸ ». Or la naissance sur un territoire constitue, avec la résidence, le fait d'avoir un parent national de ce pays, ou encore la maîtrise de la langue, l'un des éléments pris en compte par la majeure partie des États pour déterminer l'existence de ce lien de nationalité⁹.

Si, à l'issue des travaux de la commission Weil¹⁰, la loi « Guigou » du 16 mars 1998 n'a pas rétabli le *jus soli* comme mode d'acquisition de la nationalité à la naissance, en dehors des cas de parents inconnus ou de risque d'apatridie, elle a prévu que tout enfant né en France de parents étrangers acquiert *automatiquement* la nationalité française à sa majorité si, à cette date, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période d'au moins cinq ans depuis l'âge de 11 ans (art. 21-7 du code civil). Dès l'âge de 13 ans, ces mêmes enfants peuvent anticiper l'acquisition de la nationalité par une déclaration (art. 21-11). Depuis la loi du 7 mars 2016 peuvent également réclamer la nationalité française à leur majorité par déclaration les jeunes étrangers non nés en France mais qui y résident habituellement depuis l'âge de 6 ans, y ont suivi leur scolarité obligatoire et ont un frère ou une sœur ayant acquis la nationalité par droit du sol (art. 21-13-2).

Le mécanisme adopté en 1998 a fait ses preuves en permettant à des dizaines de milliers d'enfants nés en France d'acquérir par anticipation la nationalité française. L'équilibre trouvé par cette loi entre *jus sanguinis* et *jus soli* apparaît comme un compromis conforme à la construction historique du droit français qui a fait de ces deux modalités des principes cardinaux du droit de la nationalité française d'origine, bien avant que les régimes républicains ne les consacrent formellement au nom de

6. Lucien Gérardin, *De l'acquisition de la qualité de Français par voie de déclaration. Étude sur le bienfait de la loi*, Paris, Larose, 1896, p. 93.

7. Hugues Fulchiron, *La Nationalité française*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2000, p. 9.

8. C'est l'auteur qui souligne ici et, le cas échéant, dans les citations suivantes.

9. Cf. Patrick Weil, *Acquisition de la nationalité du pays d'immigration pour la première et la deuxième génération d'enfants migrants (principes du jus soli et du double jus soli)*, rapport de la 3^e conférence européenne sur la nationalité, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 5 octobre 2004.

10. Patrick Weil, *Mission d'étude sur les législations de la nationalité et de l'immigration. Rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1997.

l'égalité des droits et des charges de tous ceux qui sont nés et ont été socialisés en France.

DEUX PRINCIPES CARDINAUX DU DROIT DE LA NATIONALITÉ FRANÇAISE

Si les termes de droit du sang (ou *jus sanguinis*) et droit du sol (ou *jus soli*) ne sont pas utilisés avant la seconde moitié du XIX^e siècle¹¹, le fait d'être né sur le sol français et, subsidiairement, le fait d'avoir un père français constitue dès l'Ancien Régime deux principes complémentaires de détermination de la qualité de Français, que les assemblées révolutionnaires reprendront à leur compte en les constitutionnalisant et en les rendant automatiques. Plus ambigu qu'on ne le dit généralement, le code civil napoléonien privilégiera certes le *jus sanguinis* mais n'en consacrera pas moins le *jus soli* tout en laissant aux fils d'immigrés une faculté d'option à la majorité¹².

Ancien Régime :

droit du sol féodal versus droit du sang antique et absolutiste

L'origine du droit du sol est féodale : la naissance sur un territoire donné déterminait le lien d'allégeance personnelle au suzerain local sur une base territoriale. Par la suite, avec l'affirmation de l'autorité du pouvoir central, ce lien d'allégeance a été transféré au roi. Dès lors, toutes les personnes nées en France, même de parents étrangers, sont devenues des « sujets du roi ». Celles nées à l'étranger étaient des « aubains », soumis à un certain nombre d'incapacités civiles, sauf à bénéficier de lettres de naturalité délivrées par le roi. Cependant, à partir du XVI^e siècle, sous

11. À partir de 1845, un juriste comme Charles Demolombe évoque que « c'est donc aujourd'hui l'origine, c'est le sang qui seul fait le Français de naissance, et non plus le lien, le territoire national » (*Cours de code civil*, Paris, Durand, 1845, p. 149). Les termes eux-mêmes apparaissent dans des ouvrages juridiques sous le Second Empire ; cf. Casimir Frégier, *Les Juifs algériens, leur passé, leur présent, leur avenir juridique, leur naturalisation*, Paris, Lévy, 1865, p. 236 ; L. Smith, « Nationalité », in Maurice Block (dir.), *Dictionnaire général de la politique*, Paris, Lorenz, 1873-1874, t. 2, p. 371 ; Gabriel Adrien Robinet de Cléry, « Conflit de nationalités, de législation et de juridictions », *Revue pratique de droit français*, vol. 42, 1876, p. 174.

12. Pour des aperçus historiques, cf. Albert Geouffre de La Pradelle, *De la nationalité d'origine*, Paris, Giard-Brière, 1893 ; Marguerite Vanel, *Histoire de la nationalité française d'origine. Évolution historique de la notion de Français d'origine, du XVI^e siècle au code civil*, Paris, Ancienne imprimerie de la cour d'appel, 1945 ; Gérard Légier, *Histoire du droit de la nationalité française, des origines à la veille de la réforme de 1889*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014.

l'influence du droit romain¹³, le *jus sanguinis* est consacré par les juridictions, comme en témoigne l'arrêt Mabile rendu par le Parlement de Paris le 7 septembre 1576¹⁴.

Si bien qu'à la veille de la Révolution, alors que le droit du sol est toujours prédominant, le droit du sang constitue également un vecteur de transmission de la qualité de Français¹⁵. Comme le résume Charles Beudant, « au temps de Pothier, à la fin du XVIII^e siècle, ces principes avaient déjà cessé d'être exclusifs¹⁶ ». De ce point de vue, le droit révolutionnaire ne s'inscrit pas en rupture avec l'ancien droit.

Révolution :

automaticité et constitutionnalisation des jura sanguinis et soli

La Révolution abolit certes le droit d'aubaine (décret du 6 août 1790) et met fin au système de naturalisation à discrétion de l'exécutif (décret « Target » des 30 avril-2 mai 1790), symboles de l'arbitraire royal. Toutefois, en inscrivant dans la Constitution les règles d'accès *automatique* à la qualité de citoyen français, elle reprend à son compte l'équilibre réalisé entre les deux principes dans la jurisprudence d'ancien droit¹⁷.

En ce sens, la Constitution des 3-14 septembre 1791 effectue un panachage entre droit du sol et droit du sang. Elle accorde la qualité de citoyen français, au titre du premier, à tous ceux qui sont nés en France d'un père étranger et ont fixé leur résidence dans le royaume. Et, au titre du second, à ceux nés en France d'un père français, mais aussi à ceux nés en pays étranger d'un père français, venus s'établir en France et ayant prêté le serment civique; enfin à ceux, nés en pays étranger et descendant, à quelque degré que ce soit, d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion et qui viennent demeurer dans le royaume et prêter le serment civique¹⁸.

Après la chute de la royauté, la Constitution de l'an I (1793) consacre qu'est admis à l'exercice des droits de citoyen français « tout homme¹⁹

13. Charles Beudant, « Nationalité. De l'effet de la naissance en France sur la nationalité (loi du 7 février 1851) », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vol. 9, 1856, p. 57.

14. Marguerite Vanel, « Les Français d'origine dans l'ancien droit (XV^e-XVIII^e siècle) », *Revue critique de droit international*, n° 3-4, 1946, p. 227.

15. Marguerite Vanel, *Histoire de la nationalité française d'origine*, op. cit., p. 23 et 140.

16. Charles Beudant, « Nationalité... », art. cité, p. 63.

17. Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français?*, op. cit., p. 20.

18. La loi des 9-15 décembre 1790 avait d'ores et déjà restitué aux descendants des protestants émigrés ce droit au retour et à la nationalité française.

19. Le terme « homme » est utilisé pour contourner la difficulté de la reconnaissance de la citoyenneté aux femmes et aux mineurs; cf. Michel Troper, « La notion de citoyen sous la

né et domicilié en France, âgé de 21 ans accomplis ». Et contrairement à une idée reçue, les dispositions de la Constitution de l'an I sur l'état des citoyens ont bien été appliquées et ont permis la naturalisation de la majeure partie des étrangers présents en France dans les premières années de la Révolution²⁰. Comme l'explique Denis Serrigny : « Quoique [...], après l'acceptation de cette constitution, le gouvernement [...] ait été déclaré révolutionnaire jusqu'à la paix, elle a eu, au moins sous ce rapport, une existence légale dont l'effet a été d'attribuer irrévocablement aux étrangers la naturalisation par eux acquise en vertu de ces dispositions²¹. »

24

Les constitutions suivantes mettent fin à l'automatisme. La Constitution du 5 fructidor an III (1795) privilégie le droit du sol en prescrivant qu'à la majorité (21 ans accomplis) « tout homme né et résidant en France » est citoyen français dès lors qu'il s'est fait inscrire sur le registre civique de son canton, a demeuré depuis une année sur le territoire de la République et paie une contribution directe, foncière ou personnelle. La Constitution de l'an VIII (1799) maintient ce même droit du sol à la majorité sous les seules conditions d'inscription sur le registre civique de l'arrondissement communal et de résidence pendant un an.

Toutefois, avec l'adoption du code civil s'opère un glissement. Jusqu'en 1803, conformément à la conception révolutionnaire, les hommes nés et résidant en France acquéraient à la majorité à la fois la qualité de Français et la citoyenneté politique. L'article 7 du code de 1804 distingue pour sa part les deux en prescrivant que « l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle ». Dès lors, à une époque où la notion de nationalité n'existe pas encore en France, le code civil énonce qui est français, c'est-à-dire titulaire de la plénitude des droits civils²², et la Constitution définit le citoyen, c'est-à-dire le titulaire des droits politiques. Néanmoins, contrairement à une idée souvent affirmée, le code civil de 1804 ne consacre pas *que* le droit du sang, mais une synthèse entre les deux modes d'acquisition de la nationalité.

Révolution française », in *Études en l'honneur de Georges Dupuis. Droit public*, Paris, LGDJ, 1997, p. 318 et suiv.). On considérerait que les femmes suivaient la condition de leur mari.

20. Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 24-25.

21. Denis Serrigny, *Traité du droit public des Français*, Paris, Joubert, 1846, t. 1, p. 152.

22. L'article 8 du code civil précise que « tout Français jouira des droits civils » et l'article 11 n'accorde aux étrangers la jouissance des droits civils que sous condition de réciprocité, sauf, selon l'article 13, à bénéficier d'une admission à domicile, accordée par autorisation du gouvernement sous condition de résidence.

Le code de 1804: œuvre de synthèse entre droit du sang de naissance et droit du sol acquis à la majorité avec faculté d'option

Alors que le projet préparé par Tronchet prévoyait, en violation de la Constitution, que seuls sont français les enfants nés d'un père français en France ou à l'étranger, Boulay (de la Meurthe) fit valoir, lors des discussions devant le Conseil d'État, qu'« il [fallait] prévoir quelque chose » car « on peut d'autant moins refuser les droits civils au fils de l'étranger, lorsqu'il naît en France, que la Constitution lui donne les droits politiques ». Défenseur de la vision contractualiste, Tronchet objecta qu'on pouvait regarder ces individus nés en France d'un père étranger comme français « pourvu que, par une déclaration, ils exprimassent la volonté de l'être ». En réaction aux idées révolutionnaires, sous l'influence du droit romain et par fidélité à la conception des légistes de la monarchie absolue (Pothier, Domat)²³, ce juriste défendit la même conception héréditaire de la nationalité que dans des consultations qu'il avait rédigées avant la Révolution pour contester la soumission au droit d'aubaine de descendants de Français nés à l'étranger: « C'est l'origine qui forme la relation de l'homme avec l'État politique auquel il appartient, et qui est la véritable source des droits et des devoirs respectifs du souverain, ou du sujet », défendit-il²⁴.

25

Cette conception explique que le code civil consacre en son article 10 la règle selon laquelle « tout enfant né d'un Français *en pays étranger* est français ». Toutefois, assez curieusement²⁵, aucune disposition du code de 1804 ne consacre *expressément* le droit du sang au profit des fils de Français *nés en France*. Il faudra donc attendre la loi du 26 juin 1889 pour que soit ajouté à l'article 10 un alinéa accordant la qualité de Français à « tout individu né d'un Français *en France* ou à l'étranger »²⁶.

23. Anne Lefebvre-Teillard, « *Jus sanguinis*: l'émergence d'un principe (éléments d'histoire de la nationalité française) », *Revue critique de droit international privé*, 1993, p. 223-250.

24. Cité par Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 28-35.

25. Camille Sée relève que « le principe [du *jus sanguinis*] a été mal formulé, mais il résulte clairement des préparatoires travaux du code [...]. L'article 10 est rédigé comme si l'article 9 continuait à consacrer le *jus soli* et l'article 9 ne consacrer qu'implicitement le *jus sanguinis*. Quoi qu'il en soit, la pensée des rédacteurs du code n'est pas douteuse » (Rapport du Conseil d'État fait au nom de la section de législation, de la justice et des affaires étrangères, n° 65, *Journal officiel*, Sénat, session ordinaire de 1883-1884, p. 141). Raymond Boulbès parle de « formule elliptique de l'article 10 » (*Droit français de la nationalité*, op. cit., n° 181).

26. Comme l'écrit Charles Beudant au milieu du XIX^e siècle: « Aucun texte, dans nos lois actuelles, n'indique, au moins d'une manière formelle, quels éléments déterminent la nationalité d'origine. La qualité de Français se transmet-elle avec le sang, ou résulte-t-elle du fait seul de la naissance sur le sol français ? » (« Nationalité... », art. cité, p. 57).

26 L'article 9 du code consacre bien, quant à lui, le droit du sol en prescrivant que « tout individu né en France d'un étranger pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français; pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile; et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission ». Ce système, dit de faculté d'option, a été adopté comme solution de compromis. En effet, Bonaparte avait en personne défendu, dans le prolongement de la Constitution de 1799, qu'il fallait reconnaître dans le code civil la qualité de Français à « tout individu né en France ». Pour le premier consul, « si les individus nés en France d'un père étranger n'étaient pas considérés comme étant de plein droit français, alors on ne pourrait soumettre à la conscription et aux autres charges publiques les fils de ces étrangers qui se sont établis en grand nombre en France, où ils sont venus comme prisonniers ou par suite des événements de guerre ». Plus largement, il était d'avis qu'« on ne doit envisager la question que sous le rapport de l'intérêt de la France », car à ses yeux ces individus ont « l'esprit français, les habitudes françaises; ils ont l'attachement que chacun a naturellement pour le pays qui l'a vu naître ». Et s'opposant à la faculté d'option à la majorité proposée par Tronchet, il défendit une faculté de renonciation²⁷.

Cependant, cette volonté de maintenir un droit du sol intégral rencontrera une vive opposition des membres du Tribunal. Le rapporteur du texte, le comte Siméon, s'opposa notamment à ce que « la patrie [puisse dépendre] moins de l'affection qui s'y attache, du choix et de l'établissement, que du hasard de la naissance ». Au nom du Conseil d'État, Bigot de Préameneu porta la solution de compromis envisagée par Tronchet au cours des débats consacrant la faculté d'option²⁸.

Tous les auteurs s'accordent à dire que ce système de faculté d'option n'a pas été efficient. À partir de 1809, Jean-Baptiste-Victor Proudhon constate qu'« il existe, en France, des milliers d'individus étrangers de naissance, qui y viennent de toutes les parties de l'Europe [...] et finissent par s'y établir à perpétuelle demeure, sans autorisation du gouvernement²⁹ ». Cette antienne est ensuite professée par tous les exégètes du code civil³⁰.

27. Cité par Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 29-30.

28. *Ibid.*, p. 30-35.

29. Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Cours de droit français*, Dijon, Bernard-Defay, 1809, t. 1, p. 89.

30. Cf. par exemple Claude-Étienne Delvincourt, *Cours de code civil*, Paris, Gueffier, 1808-1811; Charles Demolombe, *Cours de code civil*, op. cit., n° 172; Daniel de Folleville, *Traité*

L'ensemble des débats parlementaires de la seconde partie du XIX^e siècle et du début du XX^e portera sur la question de savoir s'il fallait remettre en cause cette faculté d'option. Or toutes les lois adoptées dans le cadre de régimes républicains ont consacré ou renforcé le droit du sol en limitant cette faculté.

LES CONSÉCRATIONS RÉPUBLICAINES DU JUS SOLI PAR SOUCI D'ÉGALITÉ

Si la I^{re} République avait, comme on l'a vu, constitutionnalisé le *jus soli* intégral en 1793, la II^e République s'est attelée en 1851 à rendre obligatoire le double *jus soli* et la III^e République a renforcé le *jus soli*. En écornant au fur et à mesure cette possibilité pour les petits-fils d'immigrés puis fils d'immigrés de choisir entre la nationalité de leur père et celle de leur pays de naissance, les régimes républicains ont indéniablement consacré le droit du sol comme l'un des deux principes constitutifs du droit républicain de la nationalité française, et pas uniquement pour des raisons conjoncturelles mais par souci d'assurer l'égalité des charges et des conditions.

27

II^e République : consécration du double jus soli

Dès 1799, Jean-Baptiste-Victor Proudhon a développé une théorie permettant d'assimiler juridiquement les étrangers ayant fixé leur domicile « à perpétuelle demeure » en France : la théorie de l'incolat³¹. Selon cette théorie, lorsqu'un étranger a « adopté une seconde patrie », il ne doit « plus être confondu avec l'étranger proprement dit » et doit donc jouir des droits civils sans être formellement admis à domicile. Et conformément à l'esprit de la Constitution de l'an VIII, ses enfants nés en France doivent être considérés comme « français de naissance », malgré la lettre de l'article 9 du code civil. En effet, selon ce professeur de droit : « Si les enfants qui naissent ainsi en France étaient étrangers, il en serait de même de leurs enfants et petits-enfants jusqu'à l'infini ; mais y aurait-il de la justice à perpétuer ainsi, envers ceux qui supportent toutes les charges de l'État, ce vice originel, avec les incapacités qui en dérivent ? » Bien évidemment, le juriste napoléonien ne manque pas de tirer toutes les

théorique et pratique de la naturalisation : études de droit international privé, Paris, Marescq, 1880, n° 127.

31. Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Cours de législation et de jurisprudence françaises*, Besançon, Tissot, 1799, t. 1, p. 89.

conséquences de la reconnaissance de cette qualité : il doit « supporter, en France, sa part des charges publiques et personnelles [...] ; il doit donc participer aux enrôlements militaires destinés à la défense de l'État sous la protection duquel il vit ; [...] on ne peut [...] le réputer étranger, sans un préjudice considérable pour le gouvernement »³².

28 Mais, à la fin de la monarchie de Juillet, Charles Demolombe ne se contente plus d'établir le même constat que son aîné ; il le *dénonce* comme étant une situation « très fréquente aujourd'hui et très grave ». Il déplore que, du fait d'une longue résidence en France, ces individus « ni tout à fait français ni tout à fait étrangers » soient « soumis à toutes les charges qui pèsent sur les Français ». Rejetant catégoriquement les théories de l'incolat et de la possession d'état, le professeur caennais estime que ces individus doivent être traités comme des « étrangers ordinaires » et se soumettre à la procédure de naturalisation pour devenir français. Pourquoi ? « [Parce que] beaucoup d'étrangers, observe-t-il, s'établissent parmi nous [et] jouissent sur notre sol à peu près des mêmes avantages et des mêmes droits que les Français... mais viennent les charges ! vienne l'obligation du jury et du service militaire ! oh ! alors ils sont étrangers ! ils revendiquent leur extranéité ! et c'est ainsi que tous les ans, en France, sept ou huit cents jeunes gens au moins échappent à cet impôt, qu'on a appelé *l'impôt du sang* ! et cette situation *inique* devient elle-même pour eux la source d'autres avantages ou plutôt de *privilèges* ; car ils sont préférés aux nationaux dans les manufactures ; et même, dans les familles, les meilleurs mariages sont pour eux ! précisément parce que leur exemption du service militaire assure leur position et leur avenir³³... »

Telle ne sera pas la position adoptée par la II^e République. Au contraire, avec la loi sur le recrutement du 22 mars 1849, le législateur intervient pour assouplir les modalités de mise en œuvre de la faculté d'option. Ceux qui sont nés en France d'un père étranger peuvent, s'ils ont servi à tort dans l'armée sans exciper leur condition d'étranger, régulariser leur situation en faisant la déclaration prescrite par l'article 9 du code civil après leur majorité. Mais surtout, en 1851, Benoît-Champy et Raulin portent une proposition de loi visant à consacrer le double droit du sol. Partant du même constat que les exégètes du code civil, dont Benoît-Champy a été abreuvé au cours de ses études de droit, ce député

32. *Ibid.*, p. 94-95.

33. Charles Demolombe, *Cours de code civil, op. cit.*, p. 176-177. Dès 1831, un amendement au projet de loi sur le recrutement de l'armée visait à ce que l'individu né en France de parents étrangers, domiciliés depuis plus de vingt ans sur le territoire français, fût Français de plein droit et enrôlable, à moins qu'il ne réclamât à ce moment sa nationalité d'origine.

constate: « Depuis un demi-siècle que le code civil est promulgué, les familles des étrangers se sont tellement multipliées en France qu'il y a sur nos frontières des villages où elles forment le dixième de la population: que serait-ce, dans quelques années, si le législateur n'avisait aux moyens de régulariser cette situation anormale ? » Mais, contrairement à Demolombe, il estime que, si l'on veut éviter que ces jeunes étrangers continuent à profiter d'une situation privilégiée par rapport aux enfants de Français de leur génération, il faut abandonner le principe libéral et contractualiste du code civil en supprimant la faculté d'option pour les enfants nés en France d'un père qui y est lui-même né³⁴.

Et malgré l'opposition assez vive de certains parlementaires qui font valoir que « ce n'[est] pas sans de graves motifs que l'on [doit] abolir une disposition fondamentale [du] code »³⁵, Benoît-Champy estime au contraire qu'on ne doit plus « tolérer » l'établissement sur le territoire français d'« individus destinés, quel que fût le nombre des générations qui se succéderaient, à rester indéfiniment étrangers à la grande famille française ». Il s'agit non seulement d'empêcher que ces derniers puissent échapper au service militaire, mais aussi d'assurer l'égalité des charges et des droits à leur égard, car ces jeunes sont des « Français de fait et d'intention, par les affections, les mœurs et les habitudes »³⁶.

29

En définitive, la loi du 7 février 1851 consacre bien pour la première fois le *double droit du sol* tel qu'il figure encore aujourd'hui à l'article 19-4 du code civil, mais elle n'abandonne pas toute faculté d'option puisque les intéressés peuvent toujours dans l'année suivant leur majorité réclamer leur qualité d'étrangers par une déclaration. Les parlementaires espèrent ainsi diminuer le nombre d'étrangers nés en France n'optant pas pour la nationalité française par négligence ou ignorance, alors même que leurs pères y sont eux-mêmes nés et ont donc eux pu ignorer ou négliger cette procédure. Dans les faits, la loi de 1851 « ne produisit pas les résultats qu'en attendait le législateur³⁷ ». Avec la conscription obligatoire à partir de la loi du 27 juillet 1872, les contestations en matière

34. Rapport fait par M. Benoît-Champy, au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de MM. Raulin et Benoît-Champy relative à l'état des enfants nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés, *Journal officiel*, Assemblée nationale, session ordinaire de 1850-1851 (*Le Moniteur universel*, 6 janvier 1851, p. 41-42).

35. Rapport de M. Coetlosquet sur la proposition de MM. Raulin et Benoît-Champy, *Journal officiel*, Assemblée nationale, séance du 9 janvier 1850, p. 8.

36. Rapport fait par M. Benoît-Champy, rapport cité, p. 42.

37. Camille Sée, rapport du Conseil d'État cité, p. 147. Ce rapport utilise à de nombreuses reprises les termes *jus sanguinis* et *jus soli*.

de nationalité devant les juridictions sont toujours plus nombreuses³⁸. Les jeunes étrangers nés en France renonçant à la nationalité française grâce à la faculté d'option sont de plus en plus accusés d'« osciller entre deux nationalités », en invoquant « alternativement au mieux de [leurs] intérêts » l'une ou l'autre³⁹. Une loi du 16 décembre 1874 modifie une première fois la loi de 1851 pour prévenir les cas d'apatridie – et limiter la faculté de renonciation des bénéficiaires du double droit du sol – en imposant aux petits-fils d'immigrés de justifier qu'ils ont conservé leur nationalité d'origine par une attestation de leur gouvernement. Une loi du 14 février 1882 ouvre pour sa part la procédure de faculté d'option de l'article 9 du code civil aux enfants nés en France d'un père étranger naturalisé après leur naissance. L'adoption de cette loi a d'ailleurs permis de retarder l'examen de la proposition de loi du sénateur Batbie qui ne visait initialement qu'à codifier le droit de la naturalisation⁴⁰. Après sept années de débat opposant les partisans du *jus sanguinis* intégral et ceux du renforcement du *jus soli*, la loi du 26 juin 1889 finira par supprimer la faculté d'option à la fois par pragmatisme et par conviction républicaine sur les capacités d'assimilation des fils d'immigrés.

III^e République :

renforcement du droit du sol par l'abandon de la faculté d'option

Intervenant comme commissaire du gouvernement à l'ouverture du débat sur la nationalité devant le Sénat, Camille Sée défend au nom du Conseil d'État la consécration dans le code civil d'un *jus sanguinis* intégral : « L'Europe entière nous dit que la nationalité dépend du sang ; alors que les progrès de la science permettent à l'individu de se transporter en quelques heures d'un bout à l'autre de l'Europe. » La faculté d'option témoigne « de la pensée généreuse des rédacteurs du code » mais « a, pour ainsi dire, été lettre morte dans la pratique ». Si bien qu'à ses yeux : « Après avoir légiféré [en 1804] en faveur des étrangers nés sur notre sol, on dut songer à légiférer contre eux. »⁴¹ Le Conseil d'État

38. André Weiss, « La nouvelle loi sur la nationalité dans ses rapports avec le recrutement militaire », *Journal du droit international privé (Clunet)*, vol. 17, n° 1-2, 1890, p. 6.

39. Camille Sée, rapport du Conseil d'État cité, p. 147.

40. Proposition de loi sur la naturalisation du 1^{er} avril 1882, présentée par Anselme Batbie, *Journal officiel*, débats, Sénat, mai 1882, annexe n° 156, p. 195-196.

41. Intervention de Camille Sée, *Journal officiel*, débats, Sénat, séance du 13 novembre 1886, p. 1181-1182. Sur la dimension ethnique ou raciale de la conception héréditaire, cf. Gérard Noiriel, *Le Creuset français. Histoire de l'immigration, XIX^e-XX^e siècle*, Paris, Seuil, 1988, p. 82; Abdellali Hajjat, *Les Frontières de l'« identité nationale »*. *L'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*, Paris, La Découverte, 2012, p. 75.

propose donc d'abroger purement et simplement l'article 9 du code civil pour ne maintenir au bénéfice des étrangers nés et résidant en France qu'un système de « naturalisation de faveur » (dispense de l'admission à domicile). La seule concession faite au droit du sol est le maintien du double *jus soli*, car Camille Sée « n'a pas cru pouvoir désarmer en présence d'étrangers établis de père en fils sur la terre française » en l'érigeant en « une loi de défense », selon l'incantation de Sée, « presque de police contre [...] le vagabondage international »⁴².

Après une longue délibération, la commission sénatoriale chargée d'examiner cette proposition de loi s'est partiellement ralliée au système proposé par le Conseil d'État, sans totalement abandonner la faculté d'option⁴³. Devant le Sénat, Batbie critique en particulier le fait qu'avec la faculté d'option le gouvernement ne puisse refuser aux jeunes nés en France la nationalité française. Le sénateur royaliste du Gers fait notamment valoir en ce sens des considérations que ne renierait pas de nos jours Nicolas Sarkozy : « Alors même que, pendant son séjour en France, il se serait montré aussi indigne que possible de la qualité de Français ; alors même qu'il aurait commis des délits entachant l'honneur ; alors même qu'il se serait montré hostile à la France, on ne pourrait pas lui refuser la qualité de Français, s'il la réclamait. On a même cité le cas d'un étranger mineur, né en France, qui avait été l'objet d'une mesure d'expulsion, et qui, arrivé à sa majorité, avait réclamé la qualité de Français⁴⁴. »

Mais les parlementaires républicains, soutenus notamment par le sénateur « anarcho-boulangiste » Alfred Naquet⁴⁵, prennent l'exact contre-pied des propositions du Conseil d'État à l'image d'Antonin Dubost et de Maxime Lecomte. Mais, ce qui mobilise ces parlementaires, c'est non seulement les besoins démographiques ou de l'armée, mais aussi le souci d'assurer l'égalité de conditions entre les jeunes nés

42. Intervention de Camille Sée citée, p. 1182.

43. Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi sur la naturalisation par Anselme Batbie, n° 65, *Journal officiel*, Sénat, séance du 6 mars 1884, annexe, p. 26.

44. Intervention d'Anselme Batbie sur la proposition de loi relative à la nationalité, *Journal officiel*, débats, Sénat, séance du 13 novembre 1886, p. 1179-1180. Le décret-loi du 12 novembre 1938 relatif à la situation et à la police des étrangers prévoira en ce sens que l'attribution de la nationalité française à la majorité pour les jeunes nés en France de parents étrangers n'est pas applicable quand a été pris à son encontre un arrêté d'expulsion ou d'assignation à résidence non rapporté.

45. Intervention d'Alfred Naquet, *Journal officiel*, débats, Sénat, séance du 13 novembre 1886, p. 1186.

en France. En renforçant le droit du sol, il s'agit de réaliser « l'annexion pacifique, équitable, nécessaire, d'une nombreuse population, attachée au sol natal, et qui sera rapidement assimilée par l'ensemble de la nation », s'exclame Lecomte en 1889⁴⁶. De même, Dubost inverse le paradigme en estimant qu'être français, c'est dorénavant plus un avantage qu'une charge : « Ils échappent sans doute avec satisfaction aux charges sociales quand ils le peuvent. Mais si ces charges leur sont imposées, *ils les subiront sans rien dire*, parce qu'elles sont sans comparaison avec les avantages qu'ils retirent de leur résidence ou de leur établissement sur notre territoire⁴⁷. » C'est, selon lui, le « seul moyen d'*obliger* des individus qui trouvent leur intérêt à ne se rattacher à aucune collectivité déterminée, afin d'éviter les charges, à remplir *leur devoir d'homme et de citoyen*⁴⁸ ».

32 La loi du 26 juin 1889 réalise en définitive un compromis – encore un. Elle supprime bien la faculté d'option des enfants d'immigrés nés en France au profit d'une faculté de renonciation, inscrite à l'article 8 du code civil, c'est-à-dire dans la même disposition que celle qui consacre formellement le *jus sanguinis*. Par ailleurs, le double *jus soli* automatique et intégral à la naissance est consacré sans possibilité de renonciation⁴⁹. De même, l'individu né en France de parents inconnus, ou dont la nationalité est inconnue⁵⁰, est automatiquement français de naissance. Enfin, selon l'article 9, l'individu né en France mais domicilié à sa majorité à l'étranger peut réclamer par déclaration la qualité de Français s'il fixe son domicile en France.

Par la suite, dans un contexte de grave crise démographique, la loi du 10 août 1927 instaure un système de déclaration de nationalité des enfants d'étrangers nés en France jusqu'à leur majorité et d'automaticité à la

46. Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 55.

47. Rapport n° 371, *Journal officiel*, Chambre des députés, séance du 31 janvier 1882, cité *ibid*.

48. Rapport n° 2083, *Journal officiel*, Chambre des députés, séance du 7 novembre 1887, p. 25.

49. La loi du 22 juillet 1893 rétablira néanmoins une faculté de renonciation si, des deux parents étrangers, c'est la mère qui est née en France.

50. Par défiance à l'égard des apatrides, c'est-à-dire dans les années 1930 essentiellement des juifs d'Europe de l'Est, le décret-loi du 12 novembre 1938 supprimera cette seconde hypothèse. En ce sens, avant la parution de ce dernier, Jean-Paulin Niboyet trouve « excellent » le mécanisme de la loi de 1927 qui a permis de limiter les cas d'apatridie mais note : « Ceci montre le danger qu'il y a pour nous à laisser s'établir en France des réfugiés de races ou origines quelconques en trop grand nombre; puisque tous les enfants seront français et non susceptibles d'être expulsés. En particulier, l'élément sémite doit être soigneusement limité en présence des migrations massives actuelles qui se produisent, par suite des persécutions qui ont lieu dans divers pays » (*Traité de droit international privé français*, op. cit., t. 1, n° 218).

majorité, sauf réclamation expresse de leur nationalité d'origine⁵¹, assez comparable au système qui a été instauré en 1998 par la loi « Guigou ». Cette loi renforce aussi le droit du sang par filiation maternelle en prenant en compte le fait que l'enfant est né ou non sur le sol français. En effet, pour la première fois, la transmission de la nationalité par le *jus sanguinis* pouvait ne pas être exclusivement le fait du père, mais aussi de la mère. Toutefois, la loi était profondément discriminatoire car l'attribution de la nationalité, ou la faculté de répudiation, variait selon que la filiation française fût paternelle ou maternelle et en fonction de la condition de l'enfant (naturel, légitime, abandonné ou adoptif)⁵². Il fallut attendre la Libération pour que le code de la nationalité française reconnût la filiation maternelle comme source de la nationalité indépendante du lieu de naissance⁵³. Mais il subsistera des différences de traitement jusqu'à la loi du 9 janvier 1973⁵⁴. En 2014, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs censuré les dispositions de l'article 87 du code de la nationalité française dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 19 octobre 1945, car elles instituaient entre les femmes et les hommes une différence de traitement contraire aux exigences résultant de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et du troisième alinéa du Préambule de 1946⁵⁵. Preuve que, quand le juge constitutionnel fait du droit et non de l'histoire, ses décisions ont des chances d'apparaître plus fondées.

33

51. L'article 3 de la loi de 1927 prévoit que « peut, jusqu'à l'âge de 21 ans accomplis, devenir français tout individu né en France d'un étranger et domicilié en France, qui déclarera réclamer la qualité de Français » et l'article 4 que « devient français, à l'âge de 21 ans, s'il est domicilié en France, tout individu né en France d'un étranger, à moins que, dans l'année qui suit sa majorité, il n'ait décliné la qualité de Français » en justifiant avoir conservé la nationalité de ses parents.

52. Pour une description exhaustive, cf. Jules Valéry, *La Nationalité française. Commentaire de la loi du 10 août 1927*, Paris, LGDJ, 1927 ; Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, op. cit., n° 94-97.

53. Raymond Boulbès, *Droit français de la nationalité*, op. cit., n° 192.

54. Cf. décision 2011-186/187/188/189 QPC du 21 octobre 2011 (*Actualités Droits-Libertés*, 27 octobre 2011, obs. Serge Slama ; *Revue critique de droit international privé*, 2012, obs. Paul Lagarde, p. 825).

55. Décision 2013-360 QPC du 9 janvier 2014.

R É S U M É

Les partisans d'une réforme du droit de la nationalité française visant à limiter l'automaticité du droit du sol au bénéfice des enfants nés en France de parents étrangers s'appuient souvent sur l'argument selon lequel le jus soli n'aurait pas dans l'histoire de la nationalité la même place ou la même importance que le jus sanguinis. Or l'examen attentif des textes et des débats parlementaires montre qu'il n'en est rien.