

Passeports européens à vendre ?

Arguments de droit international et européen contre les programmes d'acquisition de citoyenneté par investissement

*Samantha Besson**

Sommaire

- A. Introduction
- B. Les arguments de droit international contre les PACI
 - I. Quelques rappels sur la nationalité en droit international
 - II. Les arguments juridiques internationaux contre les PACI
- C. Les arguments de droit de l'UE contre les PACI
 - I. Quelques rappels sur la citoyenneté de l'UE
 - II. Les arguments juridiques européens contre les PACI
 - III. Les réponses aux défenseurs des PACI en droit de l'UE
- D. Quelques propositions de réforme du droit international et européen de la citoyenneté
 - I. Les procédures d'infraction et en manquement en cours dans l'UE
 - II. La consolidation éventuelle du droit de la citoyenneté de l'UE
 - III. Les développements potentiels en droit international de la nationalité
- E. Conclusions

A. Introduction

Il existe depuis quelques années un marché mondial de la citoyenneté, un marché qu'on appelle parfois celui de la « migration des riches ». Les programmes d'acquisition de citoyenneté par investissement (PACI ; on parle aussi de « passeports dorés » en langage courant) sont l'une des formes que prennent les échanges sur ce marché, des échanges dont la marchandise est la citoyenneté. En bref, il s'agit de programmes d'acquisition de la citoyenneté d'un État par simple investissement

* Cette contribution a été préparée pour la session du 1^{er} février 2021 du Séminaire « Politiques migratoires » au Collège de France. Il en conserve le style oral. Je remercie *François Héran* de son invitation et de ses questions. Je tiens aussi à remercier chaleureusement *Nadia Signorell*, doctorante et assistante diplômée auprès de la Chaire de droit international public et de droit européen à l'Université de Fribourg, de son aide précieuse à la recherche, puis à la mise en forme de cette contribution.

financier, et donc sans exigence d'un « lien de rattachement » à un peuple et, par extension, à cet État.¹

Les PACI sont désormais en forte croissance dans le monde.² Et ce, y compris et surtout au sein des États membres de l'Union européenne (UE).³ C'est en effet l'une des conséquences de l'organisation politique et juridique de l'UE, et notamment de la nature dérivée de la citoyenneté de l'UE, que de permettre à une personne d'acquérir, par le même investissement, à la fois la citoyenneté nationale d'un État membre et la citoyenneté de l'UE. Cet investissement en devient d'autant plus intéressant qu'il permet d'obtenir non seulement la citoyenneté d'un État membre de l'UE, mais aussi un droit d'accès au et de séjour sur le territoire des 26 autres États membres de l'UE, ainsi que d'autres droits, notamment politiques, dans ces États.

En fait, les États membres de l'UE concernés par ces PACI y trouvent aussi leur compte depuis la crise économique du tournant du millénaire et les nombreuses autres crises qui l'ont suivie. Certes, les conséquences sur ce marché de la pandémie causée par le coronavirus restent encore à évaluer.⁴ Ce que l'on a pu observer, dans tous les cas, est la multiplication depuis quelques années des bureaux de conseil et des *think-tanks* spécialisés dans les PACI et le développement d'index y relatifs,⁵ confirmant ainsi clairement l'intérêt financier de ce marché. Ces organisations ne sont d'ailleurs pas sans influence sur la recherche académique dans le domaine puisqu'elles financent cette recherche et l'orientent donc en partie.

¹ Cf. p.ex. Jelena Džankić, A Classification of Investment-Based Citizenship Programmes, in: Džankić (éd.), The Global Market for Investor Citizenship 2019, 95-135 ; Athanasia Andriopoulou, The 'ius pecuniae' : The Prize of Citizenship, Bridge Working Paper 2020, 1-14 ; Salomé Garnier, Citizenship by Investment, HIR 2020, 15-18.

² Cf. p.ex. Kristin Surak, What Money Can Buy : Citizenship by Investment on a Global Scale, in: Fassin (éd.), Deepening Divides : How Territorial Borders and Social Boundaries Delineate Our World, 2020, 21-38 ; Kristin Surak, Millionaire Mobility and the Sale of Citizenship, JEMS 2020, 1-24.

³ Cf. p.ex. Jelena Džankić, Ius pecuniae in a Multilevel System : The European Experience, in: Džankić (éd.), The Global Market for Investor Citizenship 2019, 171-211 ; Jelena Džankić, Immigrant Investor Programmes in the European Union, JCES 2018, 64-80 ; Laure Brillaud, L'Europe se vend au plus offrant, Plein droit 2019, 7-10 ; Owen Parker, Commercializing Citizenship in Crisis EU : The Case of Immigrant Investor Programmes, JCMS 2017, 332-348.

⁴ Cf. Kristin Surak, How COVID-19 will transform the market in investment migration, 2020, disponible sous : <<https://globalcit.eu/how-covid-19-will-transform-the-market-in-investment-migration/>> (consulté le 22.04.2021). Sur l'avenir économique des PACI plus généralement, Jelena Džankić, Conclusion, in: Džankić (éd.), The Global Market for Investor Citizenship 2019, 213-222 ; Justin Lindeboom/Sophie Meunier, Foreign Direct Investment and Investment Migration Programmes in the European Union, in: Kochenov/Surak (éd.), Investment Migration : The Law of Citizenship and Money, 2021, à paraître.

⁵ Par exemple : <<https://investmentmigration.org/>> et <<https://www.nationalityindex.com/>> (consultés le 22.04.2021). À ce sujet, cf. Dimitry Kochenov/Justin Lindeboom (éd.), Kälén and Kochenov's Quality of Nationality Index, 2020 ; Henley & Partners (éd.), Investment Migration Program 2020 : The Definitive Comparison of the Leading Global residence and Citizenship Programs, 2020.

Les questions que soulèvent les programmes d'acquisition de citoyenneté par investissement sont non seulement nombreuses, mais aussi fort complexes. Elles sont d'ordre à la fois moral et juridique.

Sur le plan moral, il faut mentionner tout d'abord la difficulté qu'il y a à traiter un statut politique fondamental (la citoyenneté et les droits y relatifs) comme une marchandise, alors qu'il s'agit d'un statut, en principe, hors marché, d'une part.⁶ L'autre difficulté morale tient aux inégalités inhérentes au mode d'acquisition (financière) de ce statut et au caractère non-démocratique dès lors d'une telle acquisition.⁷ La citoyenneté est certes distribuée inégalement sur un plan global dans les faits, mais l'égalité dans ses modalités d'acquisition sur le plan national par la suite est garantie par le principe de démocratie du droit international depuis 1945.⁸

J'ai consacré tout un article à ces questions de théorie morale et politique de la citoyenneté posées par les PACI,⁹ et n'y reviendrai donc pas ici. C'est en effet aux questions juridiques que soulèvent ces programmes en droit international (*infra* B.) et européen (*infra* C.) de la citoyenneté que cette contribution sera consacrée.¹⁰ L'interprétation du droit international et européen de la citoyenneté que je proposerai sera toutefois nourrie par ma critique des PACI en théorie morale et politique, comme l'était d'ailleurs déjà l'interprétation du droit international de la nationalité défendue dans mon article de 2019.

⁶ Cf. p.ex. Ayelet Shachar, *The Marketization of Citizenship in an Age of Restrictionism*, EIA 2018, 3-13 ; Ayelet Shachar, *Dangerous Liaisons : Money and Citizenship*, in: Bauböck (éd.), *Debating Transformations of National Citizenship*, 2018, 7-16 ; Ayelet Shachar, *Citizenship for Sale?*, in: Shachar et al. (éd.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, 2019 ; Jelena Džankić, *To Sell or Not to Sell : The Ethics of ius pecuniae*, in: Džankić (éd.), *The Global Market for Investor Citizenship* 2019, 57-89 ; Ana Tanasoca, *Multiple Citizenship by Investment*, in: Tanasoca (éd.), *The Ethics of Multiple Citizenship*, 2018, 55-82 ; Luca Mavelli, *Citizenship for Sale and the Neoliberal Political Economy of Belonging*, *International Studies Quarterly* 2018, 482-493 ; Ayelet Shachar/Ran Hirschl, *On Citizenship, States and Markets*, *Journal of Political Philosophy* 2014, 231-257. En faveur de la marchandisation de la citoyenneté, toutefois, cf. p.ex. Christopher Freiman, *The Case for Markets in Citizenship*, JAP 2019, 124-136 ; Javier Hidalgo, *Selling Citizenship : A Defense*, JAP 2016, 223-239. Cf. aussi, quoique de manière plus nuancée, Lior Erez, *A Blocked Exchange ? Investment Citizenship and the Limits of the Commodification Objection*, in: Kochenov/Surak (éd.), *Investment Migration : The Law of Citizenship and Money*, 2021, à paraître.

⁷ Cf. p.ex. Rainer Bauböck, *What is Wrong with Selling Citizenship ? It Corrupts Democracy !*, in: Bauböck (éd.), *Debating Transformations of National Citizenship*, 2018, 37-42 ; Rainer Bauböck, *Genuine links and useful passports : evaluating strategic uses of citizenship*, JEMS 2019, 1015-1026 ; Manuela Boatcă, *Commodification of citizenship : Global inequalities and the modern transmission of property*, in: Wallerstein/Chase-Dunn/Suter (éd.), *Overcoming Global Inequalities*, 2015, 3-18.

⁸ Cf. Samantha Besson, *Investment Citizenship and Democracy in a Global Age : Towards a Democratic Interpretation of International Nationality Law*, SRIEL 2019, 525-547.

⁹ Cf. Besson (note 8).

¹⁰ À ce sujet, cf. les différents chapitres de Ayelet Shachar/Rainer Bauböck (éd.), *Should Citizenship be for Sale ?*, 2014 ; ou encore de Rainer Bauböck (éd.), *Debating Transformations of National Citizenship*, 2018.

Ces questions juridiques sont d'une grande actualité dans l'UE. Suite à un premier rapport critique du Parlement européen (PE) publié à ce sujet en 2018,¹¹ la Commission européenne (CE) a présenté sa propre évaluation, tout aussi critique, en 2019¹². Elle y renvoie d'ailleurs dans son Rapport Citoyenneté de 2020.¹³

En octobre 2020, la Commission a aussi ouvert une procédure en infraction contre Malte¹⁴ et Chypre¹⁵ et les y a mis en demeure de justifier la compatibilité de leurs PACI respectifs avec le droit de l'UE.¹⁶ La procédure est encore en cours, et une procédure parallèle contre la Bulgarie y est évoquée, même si elle est moins avancée. Quelques changements de pratique ont été annoncés par les États concernés dans les deux mois qui ont suivi l'ouverture de la procédure en infraction. La prochaine étape sera l'adoption d'un éventuel avis motivé par la Commission, puis peut-être la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) par le biais d'un recours en manquement (art. 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE]¹⁷). Dans tous les cas, les arguments juridiques de la Commission devront encore être précisés d'ici-là,¹⁸ et ce, d'autant plus que la résistance des milieux concernés est très organisée et de nombreuses publications à charge

¹¹ Cf. *Amandine Scherrer/Elodie Thirion*, *Citizenship by Investment (CBI) and Residency by Investment (RBI) schemes in the EU. State of Play, Issues and Impact*, European Parliamentary Research Service, Octobre 2018.

¹² Cf. Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions relatif aux Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne du 23 janvier 2019, COM(2019) 12 final, disponible sous : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0012&from=EN>> (consulté le 22.04.2021).

¹³ Cf. Rapport de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Rapport sur la citoyenneté de l'Union 2020, Donner aux citoyens les moyens d'agir et protéger leurs droits du 15 décembre 2020, disponible sous : <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/rapport_sur_la_citoyennete_de_lunion_2020_-_donner_aux_citoyens_les_moyens_dagir_et_proteger_leurs_droits_fr.pdf> (consulté le 22.04.2021).

¹⁴ Cf. p.ex. *Jelena Džankić*, *The Maltese Falcon, or : my Porsche for a Passport !*, in: Bauböck (éd.), *Debating Transformations of National Citizenship*, 2018, 33-36 ; *Sergio Carrera*, *How much does EU citizenship cost ? The Maltese citizenship-for-sale affair : A breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the union ?*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe 2014, 1-52.

¹⁵ Cf. p.ex. *Sofya Kudryashova*, *The « Sale » of Conditional Citizenship : The Cyprus Investment Programme under the Lens of EU Law*, in: Cambien/Kochenov/Muir (éd.), *European Citizenship under Stress : Social Justice, Brexit and Other Challenges 2020*, 413-440.

¹⁶ Cf. Passeports dorés : la Commission ouvre des procédures d'infraction contre Chypre et Malte, Site officiel de la Commission européenne, 20 octobre 2020, disponible sous : <https://ec.europa.eu/france/news/20201020/passeports_dores_procedures_infraction_chypre_malte_fr> (consulté le 22.04.2021).

¹⁷ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO 2012 C 326, 47.

¹⁸ Cf. *Martijn van den Brink*, *Investor Citizenship and EU law : Much to do about nothing ?*, GLOBALCIT, 30 octobre 2020, disponible sous : <<https://globalcit.eu/investor-citizenship-and-eu-law-much-to-do-about-nothing/>> (consulté le 22.04.2021).

sont déjà parues, visant à établir l'absence de substance des arguments de la Commission.¹⁹

Je reviendrai sur ces développements récents dans la troisième partie de cette contribution, et y traiterai de diverses propositions de réforme en droit de la citoyenneté de l'UE, mais aussi en « droit international de la nationalité » (DIN) (*infra* D.). En effet, les enjeux juridiques du débat sur la compatibilité des PACI avec le droit international et européen dépassent de loin l'actualité européenne. Ce débat pèse aussi sur l'avenir (du droit) de la citoyenneté de l'UE en général et, par ricochet, de la citoyenneté nationale des 27 États membres de l'UE. En fait, ce ne sont désormais rien de moins que l'UE politique et l'avenir de la démocratie européenne qui sont mises à l'épreuve du marché. En dehors de l'UE, par ailleurs, le débat a aussi des conséquences importantes sur l'avenir de la nationalité, et donc de l'État en droit international des institutions.

Avant de poursuivre, il convient toutefois de préciser quelques notions qui seront utilisées, d'en exclure d'autres, puis, enfin, de délimiter notre thème de questions connexes.

Premièrement, quelques définitions s'imposent. Il faut, tout d'abord, préciser ce que nous entendrons par le terme « nationalité ». Je renvoie ici à la définition²⁰ donnée par la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire *Nottebohm*, selon laquelle la nationalité est « [u]n lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs »²¹ entre les membres d'un même peuple (et

¹⁹ Cf. p.ex. *Daniel Sarmiento*, EU Competence and the Attribution of Nationality in Member States, IMC Working Paper 2019, disponible sous : <https://investmentmigration.org/download/eu-competence-attribution-nationality-member-states-imc-rp-2019-2/> (consulté le 22.04.2021) ; *Peter J. Spiro*, Nottebohm and « Genuine Link » : Anatomy of a Jurisprudential Illusion, Investment Migration Working Paper 2019, disponible sous : <https://investmentmigration.org/download/nottebohm-genuine-link-anatomy-jurisprudential-illusion-imc-rp-2019-1> (consulté le 22.04.2021) ; *Petra Weingerl/Matjaž Tratnik*, Investment Migration and State Autonomy : A Quest for the Relevant Link, IMC Working Paper 2019, disponible sous : <https://investmentmigration.org/download/investment-migration-and-state-autonomy-a-quest-for-the-relevant-link-imc-rp-2019-4/> (consulté le 22.04.2021) ; *Christian H. Kälin*, Ius Doni in EU Law, in: Kälin (éd.), Ius Doni in International Law and EU Law, 2019, 105-147 ; *Dimitry Kochenov*, Genuine Purity of Blood : The 2019 Report on Investor Citizenship and Residence in the European Union and its Litigious Progeny, LEQS Paper 164/2020 December 2020, disponible sous : <https://www.lse.ac.uk/european-institute/Assets/Documents/LEQS-Discussion-Papers/LEQSPaper164.pdf> (consulté le 22.04.2021).

²⁰ Cette définition est encore couramment utilisée en droit international. Comme je l'expliquerai ci-dessous, elle peut être dissociée de la dimension controversée de la jurisprudence *Nottebohm*, c'est-à-dire de l'exigence d'un rattachement effectif comme condition de la reconnaissance de la nationalité en cas de double nationalité dans le cadre de la protection diplomatique. Cf. aussi *Martijn van den Brink*, Revising Citizenship within the European Union : Is a Genuine Link Requirement the Way Forward ?, EUI Working Papers RSCAS 2020/76, Global Governance Programme-418, GLOBALCIT [Global Citizenship], disponible sous : <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/68979> (consulté le 22.04.2021).

²¹ Cf. CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, Recueil CIJ 1955, par. 23 : « Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits

qui fait d'eux un peuple au sens juridique du terme) et, par extension, entre eux et l'État, mais sans référence à leur origine ethnique ou toute autre forme d'appartenance communautaire (au sens, par exemple, de la « nation » du 19^e siècle). C'est aussi ce qu'il faut retenir de la définition, quoique plus brève, qui figure à l'art. 2 let. a de la Convention européenne sur la nationalité (CEN)^{22, 23}.

À noter, ensuite, que les termes « citoyenneté » et « nationalité » seront utilisés comme synonymes dans cette contribution. Ils le sont en effet de nos jours en DIN et en droit de la citoyenneté de l'UE. Il n'en a pas toujours été ainsi, bien entendu. Cette équivalence conceptuelle est en effet le fruit d'une histoire démocratique et d'inclusion progressive des ressortissants nationaux au sein du cercle des citoyens. Cette exigence d'inclusion minimale est d'ailleurs aujourd'hui garantie par le droit international des droits de l'homme (DIDH), et notamment le droit de l'homme à la participation démocratique (art. 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [PIDCP]²⁴), et, plus généralement, le principe international de démocratie.²⁵ On observe même désormais une tendance inverse en pratique : l'extension du champ d'application personnel de certains droits de la citoyenneté au-delà du cercle des ressortissants nationaux, de manière à inclure les ressortissants étrangers au sein du cercle des titulaires de l'exercice des droits politiques.²⁶

Deuxièmement, il convient aussi de procéder à quelques exclusions. Seuls les PACI seront discutés dans cette contribution, à l'exclusion des programmes d'acquisition de droits de résidence par investissement (financier) (PARI) (qu'on appelle aussi en langage courant les « visas dorés »)²⁷ qui ne soulèvent pas de questions de citoyenneté. Je ne parlerai pas non plus des PACI fondés sur d'autres formes de « mérite » (p.ex. sportif, scientifique, etc.) que ce qu'on appelle, à tort, le « mérite » financier et la richesse des investisseurs naturalisés.²⁸ Par ailleurs, je

et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national. ». Cette définition est reprise, presque mot pour mot, en droit de l'UE dans CJUE, aff. C-221/17, ECLI:EU:C2019:189 (Tjebbes), cons. 33 et 35, et sans que la CJUE n'ait besoin de se référer à celle de l'arrêt *Nottebohm*, d'ailleurs.

²² Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997 (STE n°166).

²³ Selon l'art. 2 let. a CEN, la « [n]ationalité désigne le lien juridique entre une personne et un État et n'indique pas l'origine ethnique de la personne ».

²⁴ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte II ; RS 0.103.2).

²⁵ Cf. *Samantha Besson*, *The Human Right to Democracy in International law – Coming to Moral Terms with an Equivocal Legal Practice*, in: Susi/Odendahl/von Arnaud (éd.), *New Human Rights*, 2020, 481-489.

²⁶ Cf. *Besson* (note 8).

²⁷ Cf. *Kristin Surak*, *Who wants to buy a visa ? Comparing the uptake of residence by investment programs in the European Union*, JCES 2020, 2-19.

²⁸ Pour une discussion, cf. *Ayelet Shachar*, *Selecting By Merit : The Brave New World of Stratified Mobility*, in: Fine/Ypi (éd.), *Migration in Political Theory : The Ethics of Movement and Membership*, 2016 ; *Odile Ammann*, *Passports for Sale : How (Un)Meritocratic Are Citizenship by Investment Programmes ?*, EJML 2020, 309-337.

n'aborderai pas les PACI hybrides, c'est-à-dire les programmes qui ajoutent un lien de rattachement à la condition de l'investissement financier.²⁹ Ils sont certes de plus en plus fréquents, mais confirment les doutes sur la légalité et la légitimité des PACI discutés dans la présente contribution. Enfin, seuls les PACI pour personnes physiques seront traités à l'exclusion des programmes pour personnes morales dont la « nationalité » ne peut pas et ne doit pas, à mon avis, être considérée comme une « citoyenneté ».

Troisièmement, et finalement, quelques délimitations sont utiles. Je laisserai de côté les questions de lutte contre la corruption, la fraude fiscale, le blanchiment ou, généralement, contre toute autre forme de criminalité qui peuvent se poser en lien aux PACI. Même si elles sont soulevées en parallèle, ces questions sont distinctes de celles qui concernent le statut fondamental de citoyenneté. Elles sont, d'ailleurs, déjà dans le viseur du droit dérivé de l'UE depuis 2018,³⁰ et divers arguments de *due diligence* sont présentés par les partisans des PACI dans ce contexte.³¹

B. Les arguments de droit international contre les PACI

Quelques rappels sur la nationalité en droit international sont utiles (I.), avant de présenter différents arguments de droit international de la nationalité à l'encontre des PACI (II.).

I. Quelques rappels sur la nationalité en droit international

En dépit du rôle central que joue la nationalité (en tant que l'une des dimensions constitutives de l'État) dans l'ordre juridique et institutionnel international, le régime de droit international relatif à l'acquisition et à la perte de la nationalité (en bref, le DIN) demeure d'une ampleur très limitée.³² Il regroupe quelques traités internationaux, comme la Convention de la Haye concernant certaines questions

²⁹ Par exemple, et suite à sa mise en demeure par la Commission européenne en octobre 2020, Malte a révisé son PACI en y introduisant une exigence de résidence d'un an. Sur ces programmes hybrides et la confirmation de la critique défendue dans cette contribution, cf. *Besson* (note 8).

³⁰ Pour une discussion, cf. *Daniel Sarmiento/Martin van den Brink*, EU Competence and Investor Migration, in: Kochenov/Surak (éd.), *Investment Migration: The Law of Citizenship and Money*, 2021, à paraître.

³¹ Cf. par ex. *Damien Martinez*, Due Diligence in the Context of Investment Migration Programs, in: Henley & Partners (éd.), *Investment Migration Program 2020 : The Definitive Comparison of the Leading Global residence and Citizenship Programs*, 2020, 44-46 ; *Kudryashova* (note 15).

³² Sur ce régime et pour des références bibliographiques détaillées, cf. *Besson* (note 8) ; *Peter J. Spiro*, A New International Law of Citizenship, *AJIL* 2011, 694-746 ; *Olivier Dörr*, Nationality, *MPIL* 2006, disponible sous : <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e852>> (consulté le 22.04.2021) ; *Ian Brownlie*, The Relations of Nationality in Public International Law, *BYIL* 1963, 284-364.

relatives aux conflits de lois sur la nationalité de 1930³³ et la Convention européenne sur la nationalité de 1997³⁴, et relève sinon du droit international coutumier.³⁵

Les principes centraux du DIN, et ce depuis le 19^e siècle, sont au nombre de deux. Premièrement, tant qu'ils ne sont pas limités par le droit international, les États conservent une compétence exclusive en matière de nationalité (compétence qui est parfois décrite comme relevant de leur domaine réservé) et ont donc le droit de déterminer comment cette nationalité est acquise ou perdue.³⁶ Deuxièmement, cette compétence se double d'une obligation interétatique de reconnaissance mutuelle de la nationalité acquise conformément au droit interne de chaque État.

Il en découle une grande diversité des modes d'acquisition de nationalité d'un État à l'autre. Selon les États, la nationalité est en effet acquise par la naissance (p.ex. suite à une filiation donnée [*jus sanguinis*] ou sur un territoire donné [*jus soli*]), voire aussi par la naturalisation ultérieure fondée sur un lien de rattachement ou d'appartenance particulier, lui-même déterminé par référence à divers standards ou critères (p.ex. la résidence territoriale, certains liens familiaux [mariage, adoption], un rapport de travail, une succession d'États, etc.).³⁷

Depuis 1945, toutefois, le DIN s'est étoffé de quelques limites à la compétence des États en matière de nationalité. Il a en effet dû se conformer aux exigences

³³ Selon l'art. 1 de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité du 12 avril 1930 (Recueil des traités de la SdN, vol. 179, 89/UNTC n°4137), par exemple, « [i]l appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité. ».

³⁴ Selon l'art. 3 CEN, « 1. Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses ressortissants. 2. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales applicables, le droit international coutumier et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité. ».

³⁵ Cf. pour le reste, *Gérard-René de Groot/Olivier Willem Vonk*, *International Standards on nationality : Texts, Cases and Materials*, 2016.

³⁶ Cf. CPJI, Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc du 7 février 1923, série B n°4, par. 24 : « La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux. C'est ainsi que, dans l'État actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans ce domaine réservé. Aux fins du présent avis, il suffit de remarquer qu'il se peut très bien que, dans une matière qui, comme celle de la nationalité, n'est pas, en principe, réglée par le droit international, la liberté de l'État de disposer à son gré soit néanmoins restreinte par des engagements qu'il aurait pris envers d'autres États. En ce cas, la compétence de l'État, exclusive en principe, se trouve limitée par des règles de droit international. ».

³⁷ Cf. les exemples de critères donnés par l'art. 4 des Articles sur la protection diplomatique, adoptés par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session en 2006, UN Doc. A/61/10 (APD), disponible sous : <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_8_2006.pdf> (consulté le 22.04.2021) : « Aux fins de la protection diplomatique d'une personne physique, on entend par État de nationalité un État dont cette personne a acquis la nationalité, conformément au droit de cet État, par sa naissance, par filiation, par naturalisation, à la suite d'une succession d'États ou de toute autre manière non contraire au droit international. ».

minimales du DIDH. Il faut mentionner ici avant tout l'interdiction de la discrimination et le principe de protection contre l'apatridie. Outre ces aspects du DIN visant à assurer une inclusion minimale en matière de nationalité, il faut aussi évoquer un deuxième type de limites visant à en assurer, cette fois-ci, l'exclusion dans certains cas : l'exigence du consentement individuel en cas de naturalisations massives et forcées.³⁸

C'est à ce stade qu'il faut mentionner une controverse ancienne, mais qui agite encore le droit international de la nationalité de nos jours. Elle concerne les conditions de la nationalité dans le régime particulier du droit international qu'est le droit international de la protection diplomatique.

Au début du 20^e siècle, en effet, et c'est ce qu'on déduit de la désormais célèbre jurisprudence *Nottebohm*, le droit international de la protection diplomatique prévoyait des conditions pour la reconnaissance mutuelle en matière de nationalité qui allaient au-delà de ce qui vient d'être présenté, notamment en cas de double nationalité de la personne protégée. Ce droit dictait en effet que la nationalité d'un État ne pouvait fonder l'invocation du droit de cet État à protéger un ressortissant double national à l'encontre d'un autre État que si elle reposait sur un « lien de rattachement effectif » de l'individu à l'État.³⁹

Cette exigence est aujourd'hui abondamment critiquée en doctrine,⁴⁰ et semble même avoir été partiellement abandonnée en pratique depuis. C'est du moins ce qui ressort de travaux de la Commission du droit international (CDI) en relation au

³⁸ Cf. *Anne Peters*, *Passportisation : Risks for International Law and Stability*. Part II, EJIL Talk ! 2019, disponible sous : <<https://www.ejiltalk.org/passportisation-risks-for-international-law-and-stability-part-two/>> (consulté le 22.04.2021).

³⁹ Cf. CIJ, *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 avril 1955, Recueil CIJ 1955, par. 23 : « Le caractère ainsi reconnu dans l'ordre international à la nationalité n'est pas contredit par le fait que le droit international laisse à chaque État le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité. S'il en est ainsi, c'est que la diversité des conditions démographiques n'a pas permis jusqu'ici l'établissement d'un accord général sur les règles concernant la nationalité, encore que, par sa nature, celle-ci affecte les rapports internationaux. On a estimé que le meilleur moyen de faire concorder ces règles avec les conditions démographiques diverses existant ici et là était de laisser leur détermination à la compétence de chaque État. Corrélativement, un État ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre État que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'État qui assume la défense de ses citoyens par le moyen de la protection vis-à-vis des autres États. [...] Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national. ».

⁴⁰ Cf. p.ex. *Spiro* (note 19) ; *Audrey Macklin*, *Is It Time to Retire Nottebohm ?*, *AJIL Unbound* 2018, 492-497 ; *Robert D. Sloane*, *Breaking The Genuine Link : The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*, *HILJ* 2009, 1-60 ; *Olivier Dörr*, *Nottebohm Case*, *MPIL* 2007, disponible sous : <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e184>> (consulté le 22.04.2021).

droit international de la protection diplomatique.⁴¹ Ce retrait de l'exigence du lien de rattachement effectif ne vaut toutefois qu'en matière de **reconnaissance** d'une nationalité étrangère et dans le contexte particulier de la protection diplomatique d'un double national. Il ne s'applique pas dès lors à l'**acquisition** de cette nationalité en premier lieu.⁴² Conceptuellement, la nationalité demeure en effet nécessairement la traduction juridique d'un lien de rattachement effectif d'un type ou d'un autre, au risque sinon d'être totalement arbitraire.⁴³ Le droit international (même minimal) de la nationalité (avec tous les effets sur les relations entre États qu'il implique) est précisément construit de manière à contenir cet arbitraire : il exige des divers critères utilisés par les États en matière d'attribution de nationalité, et dont il protège la diversité, qu'ils soient à même de refléter un lien de rattachement effectif.

⁴¹ Cf. Articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, adoptés par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session en 2006, UN Doc. A/61/10, (Commentaires CDI APD), disponible sous : <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_8_2006.pdf> (consulté le 22.04.2021), par. 5 : « A la différence de l'arrêt *Nottebohm*, le projet d'article 4 n'exige pas de l'État qu'il prouve l'existence d'un lien effectif entre lui et son national, comme facteur additionnel de l'exercice de la protection diplomatique, même lorsque le national n'a qu'une seule nationalité. Malgré des divergences de vues sur l'interprétation de cet arrêt, la Commission a estimé que certains facteurs limitaient la position adoptée dans l'affaire *Nottebohm* aux faits de cette espèce, en particulier le fait que les liens entre M. *Nottebohm* et le Liechtenstein (l'État demandeur) étaient «extrêmement ténus» par rapport à ceux qu'il avait avec le Guatemala (l'État défendeur) depuis plus de 34 ans, ce qui avait amené la Cour à répéter que le Liechtenstein «n'[était] pas fondé à étendre sa protection à *Nottebohm* à l'égard du Guatemala». Cela donne à penser que la Cour n'entendait pas énoncer une règle générale applicable à tous les États, mais uniquement une règle relative selon laquelle, vu la situation, le Liechtenstein était tenu de démontrer l'existence d'un lien véritable entre lui-même et M. *Nottebohm* s'il voulait pouvoir prendre fait et cause pour ce dernier contre le Guatemala, pays avec lequel l'intéressé avait des liens extrêmement étroits. De plus, il faut tenir compte du fait que si la condition de l'existence d'un lien effectif posée dans l'arrêt *Nottebohm* était strictement appliquée, elle exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique, puisque, dans le monde contemporain, sous l'effet de la mondialisation économique et des migrations, ils sont des millions à avoir quitté l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont ils n'ont jamais acquis la nationalité ou à avoir acquis, par leur naissance ou leur ascendance, la nationalité d'États avec lesquels ils ont les liens les plus ténus. ».

⁴² Cf. *Besson* (note 8). Cf. aussi *van den Brink* (note 20) ; *Lorin-Johannes Wagner*, Nationality as we know it? A note on the genuine link, EJIL Talk 2020, 21 septembre 2020, disponible sous : <<https://www.ejiltalk.org/nationality-as-we-know-it-a-note-on-the-genuine-link/>> (consulté le 22.04.2021).

⁴³ Cf. CIJ, *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 avril 1955, Recueil CIJ 1955, par. 23 : « [L]a naturalisation n'est pas une chose à prendre à la légère. La demander et l'obtenir n'est pas un acte courant dans la vie d'un homme. Elle comporte pour lui rupture d'un lien d'allégeance et établissement d'un autre lien d'allégeance. Elle entraîne des conséquences lointaines et un changement profond dans la destinée de celui qui l'obtient. Elle le concerne personnellement et ce serait en méconnaître le sens profond que de n'en retenir que le reflet sur le sort de ses biens. Pour en apprécier l'effet international, on ne peut être indifférent aux circonstances dans lesquelles elle a été conférée, à son caractère sérieux, à la préférence effective et non pas simplement verbale de celui qui la sollicite pour le pays qui la lui accorde. ».

II. Les arguments juridiques internationaux contre les PACI

Le lien de nationalité entre un individu et un État étant la traduction juridique d'un lien de rattachement effectif entre les membres d'un même peuple au sens politique et juridique du terme, il ne peut être considéré comme acquis en DIN que si l'acquisition de la nationalité en droit national se fonde sur un ou plusieurs critères ou standards **capables** d'établir ce rattachement.

Certes, selon le droit international, et comme nous venons de le voir, l'établissement d'un lien de rattachement effectif peut se faire par le recours à différents critères ou standards au libre choix des États. Il faut cependant que ces critères soient capables de refléter un rattachement effectif, même s'ils sont plus ou moins fiables (leur fiabilité a d'ailleurs évolué dans le temps et d'une époque ou d'une région à l'autre).⁴⁴ Comme je l'ai indiqué précédemment, ces critères peuvent être de nature territoriale (que ce soit le lieu de naissance ou de résidence) ou personnelle (que ce soit la filiation biologique ou sociale, le mariage, l'adoption ou une autre forme de partenariat familial).

L'exigence de ce lien de rattachement effectif exclut en revanche que la nationalité d'un État puisse être acquise sur la base d'un critère purement économique. En effet, un tel critère ne souffre pas uniquement, comme d'autres aujourd'hui, d'un problème de fiabilité, mais il est, en soi, incapable d'établir la « solidarité » effective d'existence qui caractérise une communauté politique et juridique. La seule chose qu'il permet d'établir, en effet, est un intérêt financier individuel de l'investisseur et de l'État en cause.

Pour comprendre cette incapacité, il convient de rappeler que le DIN contemporain est le pendant **collectif** du DIDH (qui garantit des droits **individuels**) dans la protection du principe d'égalité par l'ordre juridique et institutionnel international de l'après-guerre. En effet, ces deux régimes du droit international protègent, quoique différemment et de manière complémentaire, le même principe international coutumier fondamental : l'égalité.⁴⁵ Le lien de rattachement effectif du DIN correspond donc, sans surprise, aux conditions de l'égalité démocratique que cherche à préserver le droit international depuis 1945.⁴⁶ Ces conditions sont le partage d'enjeux suffisamment égaux (i) et interdépendants (ii) entre personnes appelées à constituer une communauté politique. C'est cette égalité de fait qui leur permet ensuite de prétendre à l'égalité politique. Sans égalité et interdépendance des enjeux du processus de décision politique, il ne peut en effet pas y avoir de justification de l'égalité (dans ce processus de décision) politique.⁴⁷ Il faut bien sûr préciser ici que le partage d'enjeux égaux et interdépendants n'implique pas nécessairement l'existence d'une culture ou identité commune. Bien au contraire, c'est le

⁴⁴ Cf. Besson (note 8).

⁴⁵ Cf. Besson (note 25).

⁴⁶ Cf. Besson (note 8).

⁴⁷ Cf. Thomas Christiano, A Democratic Theory of Territory and Some Puzzles about Global Democracy, JSP 2006, 87-107 ; Thomas Christiano, Democratic Legitimacy and International Institutions, in: Besson/Tasioulas (éd.), The Philosophy of International Law 2010, 130-133.

sens de l'égalité politique que de pouvoir transcender ce type de différences, y compris dans des communautés politiques multinationales.⁴⁸

Cette lecture égalitaire et démocratique du DIN confirme que l'établissement d'un lien de rattachement effectif ne peut pas se faire sur la base d'un critère purement économique (et, d'ailleurs, inégalement distribué) : il est en effet incapable en soi d'attester de l'égalité (i) des divers enjeux soumis ensuite à la décision politique entre l'investisseur et les autres membres de la communauté politique nationale en cause, sans parler de leur interdépendance (ii). Ce n'est donc pas qu'il est peu fiable à cet égard, comme le serait de nos jours le critère de la filiation, mais bien qu'il est en soi incapable de refléter un rattachement effectif suffisant à fonder un droit à la participation démocratique, ce que protège le DIN contemporain.

En fait, et ce serait un troisième argument de droit international à l'encontre des PACI, l'on pourrait même considérer qu'un critère d'acquisition de la nationalité purement économique serait, à certaines conditions, discriminatoire. Il serait contraire à l'interdiction de la discrimination du DIN contemporain. Derrière le critère apparemment neutre de la différenciation économique entre migrants riches et pauvres pourrait, en effet, se cacher un motif « racialisant », fondant ainsi une discrimination indirecte.⁴⁹

C. Les arguments de droit de l'UE contre les PACI

Quelques rappels sur la citoyenneté en droit de l'UE sont ici aussi utiles (I.), avant de présenter les différents arguments de droit de la citoyenneté de l'UE à l'encontre des PACI (II.) et de répondre aux objections des défenseurs des PACI en droit de l'UE (III.).

I. Quelques rappels sur la citoyenneté de l'UE

Pour mémoire, la citoyenneté de l'UE est un « statut fondamental »⁵⁰ fort récent dans l'histoire du droit de l'UE, puisqu'il remonte au Traité de Maastricht (1991)⁵¹ (art. 9 du Traité sur l'Union européenne [TUE]⁵² et art. 20 par. 1 TFUE).⁵³

⁴⁸ Cf. Besson (note 8).

⁴⁹ Cf. Besson (note 8).

⁵⁰ Cf. CJUE, aff. C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 (Grzelczyk).

⁵¹ Traité sur l'Union européenne, JO 1992 C 191, 1.

⁵² Traité sur l'Union européenne du 13 décembre 2007 (TUE), JO 2016 C 202, 1.

⁵³ Cf. p.ex. Nathan Cambien/Dimitry Kochenov/Elise Muir, EU Citizenship under Stress : Introduction, in: Cambien/Kochenov/Muir (éd.), *European Citizenship under Stress : Social Justice, Brexit and Other Challenges*, 2020, 1-8 ; Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, *Union Citizenship and Beyond*, in: Cambien/Kochenov/Muir (éd.), *European Citizenship under Stress: Social Justice, Brexit and Other Challenges*, 2020, 28-43 ; Samantha Besson/André Utzinger, *Future Challenges of European Citizenship : Facing a Wide-open Pandora's Box*, ELJ 2007, 573-590.

Ce statut ouvre à chaque ressortissant d'un État membre, et donc citoyen de l'UE, l'accès, sans discrimination aucune,⁵⁴ aux droits qu'accorde le droit de l'UE dans les 26 autres États membres de l'UE. Il s'agit principalement de la liberté de circulation et de séjour garantie par les traités UE, mais aussi de quelques droits politiques supplémentaires, avant tout applicables aux élections locales et européennes (à l'exclusion des élections nationales).

À cet égard, on parle d'ailleurs souvent d'une citoyenneté « de marché ».⁵⁵ Elle est en effet construite sur les autres droits individuels existants en droit de l'UE (art. 20 par. 2 TFUE) (avant tout des droits économiques, et sans devoirs correspondants). Son champ d'application, par ailleurs, est celui du droit de l'UE (avec son critère d'application qu'est la dimension transfrontière, critère dont l'impact a été réduit toutefois par la jurisprudence et ce grâce à la protection de la possibilité de recours à la liberté de circuler dans l'UE⁵⁶). Enfin, le statut de citoyen de l'UE dépend aussi de, et n'affecte pas, la répartition des compétences entre États membres et UE telle qu'elle existe en droit de l'UE (art. 21 TFUE).

La citoyenneté de l'UE est un statut dépendant, car « dérivé » de la « nationalité » ou « citoyenneté nationale » des États membres de l'UE.⁵⁷ Elle l'est sans autres conditions de reconnaissance de droit de l'UE (ni du droit national d'un autre État membre de l'UE, d'ailleurs) que le respect des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité du droit national de l'État membre de nationalité en question.⁵⁸

⁵⁴ Cf. CJUE, aff. C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539 (Avello), cons. 22.

⁵⁵ Pour une critique, cf. p.ex. *Martijn van den Brink*, The Problem with Market Citizenship and the Beauty of Free Movement, in: Kochenov/Lindeboom (éd.), *The Internal Market and the Future of European Integration : Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, 2019, 246-258 ; *Dimitry Kochenov*, The Oxymoron of « Market Citizenship » and the Future of the Union, in: Kochenov/Lindeboom (éd.), *The Internal Market and the Future of European Integration : Essays in Honour of Laurence W. Gormley* 2019, 217-230.

⁵⁶ Cf. CJUE, aff. C-369/90, ECLI:EU:C1992:295 (Zambrano) cons. 41-42 : « La Cour a relevé à plusieurs reprises que le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres. [...] Dans ces conditions, l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union. ». Cf. aussi CJUE, aff. C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 (Grzelczyk), cons. 31 ; CJUE, aff. C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493 (Baumbast), cons. 82 ; CJUE, aff. C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539 (Avello), cons. 22 ; CJUE, aff. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 (Zhu et Chen), cons. 25 ; CJUE, aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104, (Rottmann), cons. 42.

⁵⁷ Cf. *Martijn van den Brink*, A Qualified Defense of the Primacy of Nationality over European Union Citizenship, ICLQ 2020, 177-202.

⁵⁸ Cf. CJUE, aff. C-369/90, ECLI:EU:C1992:295 (Micheletti), cons. 10-12 : « La définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre, compétence qui doit être exercée dans le respect du droit communautaire. Il n'appartient pas, par contre, à la législation d'un État membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité. Par conséquent, une interprétation de l'article 52 du traité selon laquelle, lorsque le ressortissant d'un État membre possède en même temps la nationalité d'un État tiers, les autres États membres peuvent soumettre la reconnaissance de la qualité de ressortissant communautaire à une condition telle que la résidence habituelle de

Il s'agit d'un statut « égal » qui assure l'accès sans discrimination aux droits de l'UE dans tout État membre de l'UE. Il est aussi parfois décrit comme un statut « quasi-fédéral », puisqu'il repose sur la confiance et la reconnaissance mutuelles des citoyennetés nationales de divers États membres de l'UE.⁵⁹

Enfin, la citoyenneté de l'UE est un statut « dynamique », constamment déterminé et étoffé depuis 1991 par la jurisprudence de la CJUE. C'est d'ailleurs cette jurisprudence qui en a fait un statut social et politique fondamental.⁶⁰

Surtout, c'est la jurisprudence de la CJUE qui a permis d'établir que la citoyenneté de l'UE est un statut qui limite la citoyenneté nationale en retour. Et ce, en raison de l'impact de cette dernière sur ce qui est devenu un statut fondamental de droit de l'UE. Ainsi, la protection de la citoyenneté de l'UE limite, pour l'instant, avant tout la perte de la citoyenneté nationale⁶¹. Les modalités de la perte de ce statut de droit national ne doivent pas affecter de manière disproportionnée le statut de citoyen de l'UE. La jurisprudence de la CJUE exige notamment qu'elles respectent le principe de non-discrimination et les droits fondamentaux de chaque citoyen de l'UE.⁶² Cette jurisprudence est toutefois en passe de s'appliquer aussi aux modalités d'acquisition de la citoyenneté nationale dans la mesure où cette dernière peut avoir le même impact sur la citoyenneté de l'UE que sa perte.⁶³

II. Les arguments juridiques européens contre les PACI

Il y a au moins quatre arguments à développer pour fonder l'illégalité des PACI en droit de l'UE.

Premièrement, le respect du DIN. Le droit international est en effet applicable en droit de la citoyenneté de l'UE, et ce à deux titres au moins : au titre du droit international général qui oblige toute organisation internationale, d'une part, et en

l'intéressé sur le territoire du premier État ne saurait être admise. Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'admettre une telle possibilité aurait pour conséquence que le champ d'application personnel des règles communautaires portant sur la liberté d'établissement pourrait varier d'un État membre à l'autre. ».

⁵⁹ Cf. CJUE, aff. C-369/90, ECLI:EU:C1992:295 (Micheletti), cons. 10-12 ; CJUE, aff. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 (Zhu et Chen), cons. 25.

⁶⁰ Cf. CJUE, aff. C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 (Grzelczyk), cons. 31 ; CJUE, aff. C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493 (Baumbast), cons. 82 ; CJUE, aff. C-369/90, ECLI:EU:C1992:295 (Zambrano), cons. 41.

⁶¹ Cf. CJUE, aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104 (Rottmann), cons. 45 et 55 ; CJUE, aff. C-221/17, ECLI:EU:C2019:189 (Tjebbes), cons. 40 et 45.

⁶² Cf. CJUE, aff. C-369/90, ECLI:EU:C1992:295 (Zambrano), cons. 41-42 ; CJUE, aff. C-214/94, ECLI:EU:C1996:174 (Boukhalfa), cons. 22 ; CJUE, aff. C-673/16, ECLI:EU:C2018:385 (Coman), cons. 30.

⁶³ Cf. CJUE, aff. C-118/20 (JY), Demande de décision préjudicielle présentée par le Verwaltungsgerichtshof (Autriche) du 3 mars 2020. Cf. *David A.J.G. de Groot*, CJEU asked to rule on acquisition of nationality in light of EU citizenship: The fundamental status on the horizon? (C-118/20 JY v Wiener Landesregierung), EU Law Analysis, 15 juin 2020, disponible sous : <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/06/cjeu-asked-to-rule-on-acquisition-of.html>> (consulté le 22.04.2021). Cf. en ce sens déjà, Conclusions de l'AG *Maduro* présentées le 30 septembre 2009 dans l'aff. CJUE, C-135/08, ECLI:EU:C:2009:588 (Rottmann), cons. 23.

vertu du droit de l'UE lui-même (art. 216 par. 2 TFUE), d'autre part. C'est d'ailleurs ce que confirment les conclusions de l'Avocat général *Maduro* dans l'affaire *Rottmann*.⁶⁴

Comme indiqué précédemment, le DIN exige que les critères utilisés pour accorder la nationalité des États soient à même de refléter un lien de rattachement effectif entre les membres de la population de ces États, puis entre ces membres et leur État. C'est d'ailleurs à cette exigence du DIN que fait référence la Commission européenne en soulignant l'exigence d'un « lien réel » en matière d'acquisition et de perte de la citoyenneté nationale des États membres de l'UE.⁶⁵ La CJUE, elle aussi, dans son arrêt *Tjebbes*, se réfère au « rapport de solidarité et de loyauté » qui se trouve « au fondement du lien de nationalité » et en tire les conséquences pour la validité en droit de l'UE des modalités de perte de la citoyenneté nationale des États membres de l'UE.⁶⁶

Deuxièmement, le principe de coopération loyale. Pour mémoire, ce principe s'applique à la fois entre les États membres de l'UE et entre les États membres et

⁶⁴ Cf. Conclusions de l'AG *Maduro* présentées le 30 septembre 2009 dans l'aff. CJUE, C-135/08, ECLI:EU:C:2009:588 (*Rottmann*), cons. 18-19 et 29 : « Notamment, sans doute les États membres doivent-ils respecter le droit international. L'obligation pour les États statuant en matière de nationalité de se conformer au droit international constitue, en effet, une règle généralement admise, qui a fait l'objet d'une codification à l'article 1^{er} de la convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité. Or, les règles de droit international général et la coutume internationale constituent des normes auxquelles la Communauté européenne est soumise et qui font partie de l'ordre juridique communautaire. Ainsi donc de la règle imposant aux États qui statuent en matière de nationalité de respecter le droit international. On peine cependant à voir quelle norme de droit international le retrait de la naturalisation en cause dans la présente affaire aurait enfreinte. Certes, et à supposer même que ces deux textes puissent, à défaut d'avoir été ratifiés par tous les États membres de l'Union, être considérés comme l'expression de règles générales de droit international, tant la convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961 que la convention européenne sur la nationalité, adoptée le 6 novembre 1997 par le Conseil de l'Europe, tendent à poser le principe selon lequel l'apatridie doit être évitée. Néanmoins, elles autorisent, par exception, les États à retirer à un individu sa nationalité, quand bien même ledit retrait emporterait son apatridie, lorsque la nationalité a été acquise, comme dans l'espèce au principal, à la suite de manœuvres frauduleuses ou de fausses informations. ».

⁶⁵ Cf. Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions relatif aux Programmes de citoyenneté et de résidences par investissement dans l'Union européenne, 23 janvier 2019, COM(2019) 12 final, disponible sous : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0012&from=EN>> (consulté le 22.04.2021), 6.

⁶⁶ Cf. CJUE, aff. C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189 (*Tjebbes*), cons. 33 et 35 : « 33 Dans ce contexte, la Cour a déjà jugé qu'il est légitime pour un État membre de vouloir protéger le rapport particulier de solidarité et de loyauté entre lui-même et ses ressortissants ainsi que la réciprocité de droits et de devoirs, qui sont le fondement du lien de nationalité [...]. 35 Ainsi que l'indique M. l'avocat général aux points 53 et 55 de ses conclusions, dans l'exercice de sa compétence lui permettant de définir les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité, il est légitime pour un État membre de considérer que la nationalité traduit la manifestation d'un lien effectif entre lui-même et ses ressortissants, et d'attacher en conséquence à l'absence ou à la cessation d'un tel lien effectif la perte de sa nationalité. Il est, de même, légitime qu'un État membre veuille protéger l'unité de nationalité au sein d'une même famille. ».

l'UE (art. 4 par. 3 TUE). Il vaut aussi dans le champ des compétences exclusives résiduelles des États membres de l'UE, comme c'est le cas en matière d'acquisition de la citoyenneté nationale.⁶⁷

Appliqué aux PACI, le principe de coopération loyale implique notamment que les États membres se concertent sur les modalités d'acquisition de la citoyenneté nationale.⁶⁸ En effet, toute modification de ces modalités est susceptible d'affecter les autres États dans une union qui repose sur la reconnaissance mutuelle des citoyennetés nationales et donc sur la confiance mutuelle en la matière entre États. C'est cette égalité des citoyennetés nationales des 27 États membres qui fait de l'UE une communauté politique certes à part, mais à part entière. Il s'agit certes d'une communauté non-nationale et distincte de chacune des communautés politiques des 27 États membres de l'UE, mais d'une communauté politique tout de même, comme l'a rappelé de manière fort éloquente l'Avocat général *Maduro* dans l'affaire *Rottmann*.⁶⁹

Troisièmement, le principe d'égalité politique. En droit de l'UE, cette égalité politique est garantie, et ce tant entre citoyens de chacun des États membres de l'UE qu'entre citoyens de l'UE (art. 9 par. 1 TUE).

⁶⁷ Cf. CJUE, aff. C-369/90, ECLI:EU:C1992:295 (Micheletti), cons. 10. Cf. aussi *Jo Shaw*, Citizenship for Sale : Could and Should the EU Intervene ?, in: Bauböck (éd.), *Debating Transformations of National Citizenship*, 2018, 61-64.

⁶⁸ Cf. Conclusions de l'AG *Maduro* présentées le 30 septembre 2009 dans l'aff. CJUE, C-135/08, ECLI:EU:C:2009:588 (Rottmann), cons. 30. Cf. aussi *Carrera* (note 14).

⁶⁹ Cf. Conclusions de l'AG *Maduro* présentées le 30 septembre 2009 dans l'aff. CJUE, C-135/08, ECLI:EU:C:2009:588 (Rottmann), cons. 23 : « [La citoyenneté européenne] présuppose l'existence d'un lien de nature politique entre les citoyens européens, bien qu'il ne s'agisse pas d'un lien d'appartenance à un peuple. Ce lien politique unit, au contraire, les peuples d'Europe. Il repose sur leur engagement mutuel d'ouvrir leurs communautés politiques respectives aux autres citoyens européens et de construire une nouvelle forme de solidarité civique et politique à l'échelle européenne. Il n'exige pas l'existence d'un peuple mais il est fondé sur l'existence d'un espace politique européen, duquel émergent des droits et des devoirs. En ce qu'elle n'implique pas l'existence d'un peuple européen, la citoyenneté procède conceptuellement d'un découplage avec la nationalité. Ainsi qu'un auteur l'a observé, le caractère radicalement innovant du concept de citoyenneté européenne réside dans le fait que « l'Union appartient à, est composée de, citoyens qui par définition ne partagent pas la même nationalité ». Au contraire, en faisant de la nationalité d'un État membre une condition pour être un citoyen européen, les États membres ont voulu marquer que cette nouvelle forme de citoyenneté ne remet pas en question l'allégeance première à nos communautés politiques nationales. De la sorte, ce lien avec la nationalité des différents États membres constitue une reconnaissance du fait qu'il peut exister (en fait, qu'il existe) une citoyenneté qui n'est pas déterminée par la nationalité. Tel est le miracle de la citoyenneté de l'Union: elle renforce les liens qui nous unissent à nos États (dans la mesure où nous sommes des citoyens européens précisément parce que nous sommes des nationaux de nos États) et, en même temps, elle nous en émancipe (dans la mesure où nous sommes à présent des citoyens au-delà de nos États). L'accès à la citoyenneté européenne passe par la nationalité d'un État membre, qui est régie par le droit national, mais, comme toute forme de citoyenneté, elle constitue la base d'un nouvel espace politique, duquel émergent des droits et des devoirs qui sont fixés par le droit communautaire et ne dépendent pas de l'État. C'est cela qui, en retour, légitime l'autonomie et l'autorité de l'ordre juridique communautaire. ».

Comme en droit international, il est possible de considérer que cette égalité démocratique a pour condition factuelle le partage d'enjeux suffisamment égaux et interdépendants. Dès lors, seul le respect du « lien de rattachement effectif » entre les citoyens de chaque État membre de l'UE, puis, par extension, entre ceux de tous les États membres de l'UE est à même de garantir que cette condition soit remplie.

C'est en ce sens-là qu'il faut comprendre la référence à la notion d'intégrité de la citoyenneté de l'UE, puis respectivement de chaque citoyenneté nationale des États membres de l'UE dans les conclusions de l'Avocat général *Maduro* dans l'affaire *Rottmann*.⁷⁰ C'est dans ce même ordre d'idées que la Commission européenne fait, quant à elle, référence à la « nature profonde » de la citoyenneté de l'UE.⁷¹ C'est aussi de cette manière que l'on doit interpréter la jurisprudence CJUE en matière de libre circulation dans l'UE lorsqu'elle se réfère à l'existence d'un lien réel d'intégration sociale et culturelle à l'un des 26 autres États membres de l'UE pour fonder l'accès à l'assistance sociale dans ces États membres⁷² ou pour refuser des mesures d'éloignement (art. 28 Directive 2004/38).⁷³ La Cour confirme ainsi que l'exercice des droits de la citoyenneté de l'UE, eux aussi, se fondent sur un rattachement effectif, quoiqu'à l'un des 26 autres États membres, cette fois-ci.⁷⁴ Et cela confirme *a fortiori* qu'un tel lien de rattachement à la communauté politique de nationalité est, lui aussi, protégé par le droit de l'UE.

En fait, non seulement le recours à l'investissement financier comme critère de naturalisation est-il incapable de refléter les conditions de l'égalité politique complexe en droit de l'UE, c'est-à-dire tant nationale qu'européenne. Il est aussi (directement ou indirectement) discriminatoire des citoyens actuels de l'UE, voire même des citoyens à venir qui auraient le malheur d'être pauvres. L'art. 21 de la

⁷⁰ Cf. Conclusions de l'AG *Maduro* présentées le 30 septembre 2009 dans l'aff. CJUE, C-135/08, ECLI:EU:C:2009:588 (*Rottmann*), cons. 23 : « [...] Au contraire, en faisant de la nationalité d'un État membre une condition pour être un citoyen européen, les États membres ont voulu marquer que cette nouvelle forme de citoyenneté ne remet pas en question l'allégeance première à nos communautés politiques nationales. De la sorte, ce lien avec la nationalité des différents États membres constitue une reconnaissance du fait qu'il peut exister (en fait, qu'il existe) une citoyenneté qui n'est pas déterminée par la nationalité. Tel est le miracle de la citoyenneté de l'Union : elle renforce les liens qui nous unissent à nos États (dans la mesure où nous sommes des citoyens européens précisément parce que nous sommes des nationaux de nos États) et, en même temps, elle nous en émancipe (dans la mesure où nous sommes à présent des citoyens au-delà de nos États). [...] ».

⁷¹ Cf. Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions relatif aux Programmes de citoyenneté et de résidences par investissement dans l'Union européenne du 23 janvier 2019, COM(2019) 12 final, disponible sous : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0012&from=EN>> (consulté le 22.04.2021), 6.

⁷² Par ex. CJUE, aff. C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 (*Alimanovic*), cons. 50-56.

⁷³ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO 2004 L 158, 77.

⁷⁴ À ce sujet, cf. *Loïc Azoulai*, La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale, in: Cohen-Jonathan (éd.), *Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, 2010, 1-28.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE)⁷⁵ interdit d'ailleurs expressément la discrimination fondée sur la « fortune ».

Finalement, le respect du droit de l'UE. C'est une conséquence de la primauté et de l'effectivité du droit de l'UE en général pour les États membres, y compris dans le champ de leurs compétences exclusives résiduelles. Cela vaut donc aussi en matière de perte,⁷⁶ mais aussi, par extension, d'acquisition⁷⁷ de la nationalité des États membres.⁷⁸

Les États membres doivent respecter, dans le cadre du principe de proportionnalité,⁷⁹ l'entier du droit primaire et les principes généraux de l'UE en la matière.⁸⁰

⁷⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, JO 2016 C 391.

⁷⁶ Cf. CJUE, aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104 (Rottmann), cons. 42 et 45 ; CJUE, aff. C-221/17, ECLI:EU:C2019:189 (Tjebbes), cons. 32.

⁷⁷ Cf. CJUE, aff. C-118/20 (JY), Demande de décision préjudicielle présentée par le Verwaltungsgerichtshof (Autriche) du 3 mars 2020, sur les limites de droit de l'UE à l'acquisition de la citoyenneté nationale. Cf. aussi *de Groot* (note 63).

⁷⁸ Cf. Conclusions de l'AG *Maduro* présentées le 30 septembre 2009 dans l'aff. CJUE, C-135/08, ECLI:EU:C:2009:588 (Rottmann), cons. 20 ss : « 20. Il n'en reste pas moins que, dès lors que la situation entre dans le champ du droit communautaire, l'exercice par les États membres de leurs compétences retenues ne saurait être discrétionnaire. Il est contraint par l'obligation de respecter les règles communautaires. La jurisprudence en ce sens est constante et connue. On se bornera à rappeler, à titre illustratif, qu'il a été dit pour droit que les questions de fiscalité directe, de nom patronymique, de pensions pour victimes civiles de guerre, quoique entrant dans le champ de compétence nationale, doivent être réglementées par les États membres dans le respect du droit communautaire. Fort logiquement, la solution n'est pas différente en ce qui concerne la réglementation des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité. La Cour a déjà eu l'occasion de préciser, dans l'affaire *Micheletti*, que la compétence étatique en la matière 'doit', elle aussi, 'être exercée dans le respect du droit communautaire'. 21. Cependant, la Cour n'a, pour l'heure, pas encore suffisamment précisé la portée de cette réserve. Elle en a simplement déduit le principe selon lequel un État membre ne doit pas restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre en posant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice d'une liberté fondamentale prévue par le traité. [...] 23. [...] C'est pour cette raison que, s'il est vrai que la nationalité d'un État membre conditionne l'accès à la citoyenneté de l'Union, il est tout aussi vrai que l'ensemble de droits et d'obligations attachés à cette dernière ne peut pas être limité de manière injustifiée par la première. En d'autres termes, ce n'est pas que l'acquisition et la perte de la nationalité (et, partant, de la citoyenneté de l'Union) sont en soi régies par le droit communautaire, mais les conditions de l'acquisition et de la perte de la nationalité doivent être compatibles avec les règles communautaires et respecter les droits du citoyen européen. ».

⁷⁹ Cf. CJUE, aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104 (Rottmann), cons. 55-56 ; CJUE, aff. C-221/17, ECLI:EU:C2019:189 (Tjebbes), cons. 40 et 45.

⁸⁰ Cf. Conclusions de l'AG *Maduro* présentées le 30 septembre 2009 dans l'aff. CJUE, C-135/08 (Rottmann), ECLI:EU:C:2009:588, cons. 28 et 30 : « Et il serait, là encore, erroné de considérer qu'en raison des spécificités du droit de la nationalité, seules certaines règles communautaires, essentiellement les principes généraux du droit et les droits fondamentaux, seraient susceptibles d'être opposées à l'exercice de la compétence étatique en la matière. Théoriquement, n'importe quelle norme de l'ordre juridique communautaire peut être invoquée, dès lors que les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité fixées par un État membre entraient en conflit avec celle-ci. [...] Parmi les règles susceptibles de contraindre le pouvoir législatif des États membres en matière de nationalité figurent également les normes de droit communautaire primaire et les principes généraux du droit communautaire. C'est ainsi qu'il

Il s'agit notamment de la liberté de circulation et de résidence, mais aussi du principe de non-discrimination et des droits fondamentaux de l'UE. Dans ce dernier cas, les titulaires des droits fondamentaux égaux à protéger ne sont pas uniquement les citoyens en question, mais aussi tous les autres citoyens de l'État membre en cause, voire des autres États membres par ricochet.

III. Les réponses aux défenseurs des PACI en droit de l'UE

Les défenseurs des PACI nourrissent différentes objections contre les arguments qui viennent d'être présentés, et auxquelles il est aisé de répondre. Elles sont au nombre de quatre.

Premièrement, l'absence de compétence de l'UE en matière de citoyenneté nationale. Selon les défenseurs des PACI, le fait que les États bénéficient d'une compétence exclusive résiduelle en matière d'octroi et de retrait de la citoyenneté nationale, au sens des art. 4 par. 1 et art. 5 par. 1 et 2 TUE, devrait les protéger contre toute intervention de l'UE en la matière.⁸¹ La nationalité étant partie intégrante du droit de l'organisation de l'État, ils invoquent en outre la protection de l'identité nationale des États membres (art. 4 par. 2 TUE) à l'appui de cette objection.

Cette objection doit être rejetée. Comme je l'ai rappelé précédemment, en effet, même les compétences exclusives des États membres de l'UE doivent être exercées dans le respect du droit de l'UE.⁸² Cela implique de respecter aussi bien le DIN applicable à l'UE que le droit de l'UE.⁸³ Quant à la crainte d'une harmonisation négative du droit de la citoyenneté nationale par l'application du droit de l'UE, elle est sans fondement. De telles craintes ne sont d'ailleurs pas présentes en droit international à l'égard du DIN, y compris à l'égard de l'exigence d'un lien de rattachement effectif. En effet, ce lien ne fait qu'encadrer et ordonner les relations entre

a été fait mention en doctrine et par la République hellénique dans ses observations du principe de loyauté communautaire, posé par l'article 10 CE, qui pourrait être affecté dans l'hypothèse où un État membre procéderait, sans consultation de la Commission et de ses partenaires, à une naturalisation massive injustifiée de ressortissants d'États tiers. ».

⁸¹ Cf. *Sarmiento* (note 19) ; *Sarmiento/van den Brink* (note 30) ; *Weingerl/Tratnik* (note 19) ; *Kochenov* (note 19).

⁸² Cf. CJUE, aff. C-369/90, ECLI:EU:C1992:295 (Micheletti), cons. 10. Cf. aussi *Shaw* (note 67).

⁸³ Cf. CJUE, aff. C-369/90, ECLI:EU:C1992:295 (Zambrano), cons. 42 ; CJUE, aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104 (Rottmann), cons. 48. Cf. aussi Conclusions de l'AG *Maduro* présentées le 30 septembre 2009 dans l'aff. CJUE, C-135/08, ECLI:EU:C:2009:588 (Rottmann), cons. 26 : « [...] Dans la mesure où la possession de la nationalité d'un État membre détermine la possession de la citoyenneté de l'Union et, partant, la jouissance des droits et libertés qui lui sont explicitement liés par le traité, et encore le bénéfice de prestations sociales auxquelles elle permet de prétendre, on ne saurait dénier une quelconque portée à l'obligation de respect du droit communautaire sur l'exercice de la compétence des États membres en matière de nationalité. Ladite obligation ne peut donc pas ne pas faire peser quelque contrainte sur l'acte étatique de retrait de la nationalité, dès lors que celui-ci emporte la perte de la citoyenneté de l'Union et sauf à affecter la compétence de l'Union. ».

États égaux.⁸⁴ Il ne limite pas la pluralité des régimes d'acquisition de nationalité entre États.⁸⁵

Deuxièmement, le principe de confiance mutuelle entre États membres de l'UE. Les défenseurs des PACI considèrent que le principe de confiance mutuelle de la citoyenneté nationale entre États membres s'applique sans autre conditions, selon la jurisprudence *Micheletti*,⁸⁶ et serait donc mis à mal par l'exigence d'un lien de rattachement effectif, que ce soit en vertu du DIN ou du droit de l'UE.⁸⁷

Cette deuxième objection doit être rejetée à son tour. La confiance mutuelle entre États membres de l'UE n'est pas sans conditions, en effet. Comme dans un État fédéral, elle repose sur le respect de conditions minimales d'égalité dans l'acquisition de la nationalité des 27 États membres de l'UE, conditions que, je l'ai dit, le recours au critère de l'investissement dans certains d'entre eux ne remplit pas, d'une part. D'autre part, la confiance mutuelle repose aussi sur la coopération loyale entre États membres autour des conditions d'acquisition de leur nationalité respective. Cette coopération implique, je l'ai dit, que les États membres s'informent et se concertent dûment avant de modifier leur pratique en matière de naturalisation.⁸⁸

Troisièmement, le principe de reconnaissance mutuelle entre États membres de l'UE. Exiger l'exigence d'un lien rattachement effectif en matière d'acquisition de la citoyenneté nationale des États membres de l'UE reviendrait, selon les défenseurs des PACI, à réintroduire un critère de discrimination entre citoyens des différents États membres de l'UE,⁸⁹ et ce contrairement au droit de l'UE et à la jurisprudence *Micheletti*.⁹⁰

Cette troisième objection doit, elle aussi, être rejetée. L'existence d'un lien de rattachement effectif n'est en effet pas un critère ou une condition additionnelle qui s'ajouterait aux critères déjà couramment utilisés pour établir ce lien en droit national (comme le *jus soli* ou *sanguinis*, ou encore la résidence). Au contraire, ce rattachement effectif est lui-même établi par référence à ces différents critères du droit national (comme c'était le cas, d'ailleurs, du critère du *jus sanguinis* dans l'arrêt *Micheletti*, considéré comme reflétant un rattachement effectif, et sans exigence supplémentaire de résidence). Le fait est, toutefois, que tous les critères d'acquisition de la nationalité que pourrait choisir un État membre ne sont pas en soi

⁸⁴ Sur les spécificités du droit européen de l'État en droit international, cf. *Samantha Besson*, *International Courts and the Jurisprudence of Statehood*, *Transnational Legal Theory* 2019, 30-64 ; *Samantha Besson*, *L'égalité des États membres de l'Union européenne : aspects de droit international*, in: Dubout (éd.), *L'égalité des États membres de l'Union européenne*, 2022, à paraître.

⁸⁵ Cf. CPJI, Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc du 7 février 1923, série B n°4, par. 24.

⁸⁶ Cf. CJUE, aff. C-369/90, ECLI:EU:C1992:295 (*Micheletti*), cons. 10-12.

⁸⁷ Cf. *Kochenov* (note 19).

⁸⁸ Cf. Conclusions de l'AG *Maduro* présentées le 30 septembre 2009 dans l'aff. CJUE, C-135/08 (*Rottmann*), ECLI:EU:C:2009:588, cons. 30.

⁸⁹ Cf. *Kochenov* (note 19).

⁹⁰ Cf. CJUE, aff. C-369/90, ECLI:EU:C1992:295 (*Micheletti*), cons. 10-12.

aptes à établir le rattachement effectif. Il n'y a donc pas de contradiction entre les jurisprudences *Nottebohm* et *Micheletti* sur ce point.⁹¹

Sans compter que l'arrêt *Micheletti* ne fait qu'interdire l'ajout par un autre État membre de l'UE d'une condition supplémentaire à l'effectivité de la nationalité d'un État membre de l'UE (y compris en cas de double nationalité) dans un autre État membre de l'UE. Il concerne donc uniquement la question de la **reconnaissance** de la nationalité d'un autre États membre. L'arrêt *Micheletti* n'interdit pas du tout, en revanche, que la condition du rattachement effectif elle-même trouve à s'appliquer à l'État membre dont la nationalité est en cause. Il n'affecte donc pas la question de l'**existence** et, dès lors, de l'**acquisition** de la nationalité dans ce premier État membre.⁹²

Finalement, l'interdiction de la discrimination. L'exigence d'un lien de rattachement effectif est présentée par les défenseurs des PACI comme une concession nationaliste, voire populiste à certains États membres de l'UE de la part de la Commission européenne. Ils la considèrent comme contraire au principe de non-discrimination du droit de l'UE et, plus généralement, aux droits fondamentaux de l'UE.⁹³

Cette quatrième objection doit être rejetée à nouveau. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'exigence d'un lien de rattachement effectif, issu du DIN, ne doit en aucun cas être confondu avec un argument en faveur du recours à des critères ethniques ou raciaux d'acquisition de la nationalité. Il ne peut pas non plus être considéré comme un encouragement aux formes de nationalisme qu'on peut observer à l'œuvre dans les débats sur l'acquisition de nationalité dans certains États membres de l'UE. Le DIN est d'ailleurs très clair à ce sujet : le rattachement effectif n'est pas un rattachement ethnique ou racial (art. 2 let. a CEN).⁹⁴

En fait, l'exigence d'un lien de rattachement effectif doit plutôt être abordé comme un rempart fort utile désormais contre certains des travers atomisants et individualisants du droit de l'UE et les conséquences néfastes qu'ils ont sur la cohésion sociale et la solidarité politique nationale, et par extension européenne.⁹⁵ C'est en effet bien une certaine conception de la citoyenneté de l'UE elle-même, en tant que citoyenneté « de marché »⁹⁶ et constituée avant tout de droits écono-

⁹¹ Cf. d'ailleurs CJUE, aff. C-221/17, ECLI:EU:C2019:189 (*Tjebbes*), cons. 33-35, à ce sujet. D'ailleurs, dans CJUE, aff. C-369/90, ECLI:EU:C1992:295 (*Micheletti*), seul l'Avocat général *Tesaro* se réfère à l'arrêt *Nottebohm*, et à tort. Cf. aussi Conclusions de l'AG *Maduro* présentées le 30 septembre 2009 dans l'aff. CJUE, C-135/08, ECLI:EU:C:2009:588 (*Rottmann*), cons. 17.

⁹² Cf. *van den Brink* (note 20).

⁹³ Cf. *Kochenov* (note 19). Cf. déjà certaines des critiques de l'arrêt *Tjebbes* en ce sens, et notamment *Martijn van den Brink*, *Bold but without Justification ? Tjebbes*, EP 2019, 409-415 ; *Dimitry Kochenov*, *The Tjebbes Fail*, EP 2019, 319-336.

⁹⁴ Selon l'art. 2 let. a CEN, la « 'nationalité' désigne le lien juridique entre une personne et un État et n'indique pas l'origine ethnique de la personne. ».

⁹⁵ Cf. *Samantha Besson*, *Que fait l'Europe ? Ce que le Coronavirus nous dit de l'état de l'Union*, in: *Fondation du Collège de France* (éd.), *Une boussole pour l'après*, 2020, 101-110.

⁹⁶ Pour une critique, cf. p.ex. *van den Brink* (note 55) ; *Kochenov* (note 55).

miques, qui menace la citoyenneté nationale et les États membres dans leur organisation politique et démocratique. C'est elle aussi qui mène à diverses formes de repli national y compris populiste et nativiste. On pensera ici, et outre ses effets sur la marchandisation de la citoyenneté nationale,⁹⁷ à l'individualisation croissante de la citoyenneté nationale et à l'érosion de la démocratie nationale par celle de son substrat collectif. Il ne peut certes y avoir de citoyenneté de l'UE sans une protection robuste des droits individuels des citoyens de l'UE contre la discrimination. En cela, les défenseurs des PACI ont raison. Toutefois, la citoyenneté démocratique doit aussi être protégée dans ce qu'elle a de collectif, et notamment dans sa dimension solidaire. Cela vaut tant sur le plan de l'UE que sur celui des États membres de l'UE. Il est important de s'en souvenir si l'on souhaite que la démocratie nationale et européenne survive au marché et, à terme, au populisme.

D. Quelques propositions de réforme du droit international et européen de la citoyenneté

Au titre des possibilités de réforme du droit de la citoyenneté à même de juguler sa marchandisation en Europe, il faut mentionner les procédures d'infraction et en manquement en cours en droit de l'UE (I.), le projet d'une consolidation éventuelle du droit de la citoyenneté de l'UE (II.) et, enfin, quelques développements potentiels en droit international de la nationalité (III.).

I. Les procédures d'infraction et en manquement en cours dans l'UE

Si l'on aborde la question de la réforme de la citoyenneté de l'UE tout d'abord sous un angle procédural, il faut distinguer entre le dénouement de la procédure d'infraction en cours, d'une part, et une éventuelle procédure de manquement à terme, d'autre part.

Dans l'immédiat, en effet, un dénouement pragmatique pourrait se dessiner suite à la modification des programmes nationaux visés par la mise en demeure de Malte et Chypre par la Commission européenne.

Pour mémoire, la Commission a ouvert une procédure en infraction contre ces deux États membres le 20 octobre dernier, et les a mis en demeure.⁹⁸ Une procédure parallèle contre la Bulgarie y a aussi été évoquée, même si elle est moins avancée.

⁹⁷ Curieusement, les voix qui s'élèvent, à juste titre, en doctrine contre la citoyenneté de marché et ses effets désocialisants ne semblent pas réaliser qu'elle est aussi à l'origine de la marchandisation de la citoyenneté nationale elle-même, et donc de la facilité avec laquelle les PACI sont adoptés par certains États membres. Il est très curieux de proposer de mettre fin à l'une tout en embrassant l'autre.

⁹⁸ Cf. Passeports dorés : la Commission ouvre des procédures d'infraction contre Chypre et Malte, Site officiel de la Commission européenne, 20 octobre 2020, disponible sous : <https://ec.europa.eu/france/news/20201020/passeports_dores_procedures_infraction_chypre_malte_fr> (consulté le 22.04.2021).

Suite à cette mise en demeure, quelques changements de pratique ont déjà été communiqués par les États concernés. Ainsi, Chypre a annoncé retirer son programme, tandis que Malte a informé la Commission de la révision du sien (par l'ajout notamment d'une période d'un an de résidence obligatoire). Quant à la Bulgarie, elle a décidé d'abandonner un PACI qu'elle avait d'ailleurs déjà gelé en 2019. Il demeure toutefois un certain nombre de questions au sujet des modifications effectuées au sein du PACI maltais et de leurs effets juridiques. La Commission examine encore ces questions à l'heure de la finalisation de la présente contribution.

À plus long terme, et sur un plan judiciaire cette fois-ci, la Commission européenne pourrait, si elle n'était pas satisfaite des réponses données par Malte et Chypre, déposer un avis motivé, puis saisir la CJUE d'un recours en manquement contre ces deux États membres (art. 258 TFUE).

En soi, il y aurait un intérêt juridique certain tant des citoyens que des États membres de l'UE à obtenir un arrêt de la CJUE sur cette question. Comme nous l'avons vu dans cette contribution, en effet, de nombreux points doivent être clarifiés quant aux limites que fait peser le droit de l'UE sur les modalités d'acquisition de la citoyenneté nationale des États membres de l'UE. La CJUE est d'ailleurs déjà saisie d'une demande préjudicielle dans une affaire *JY* pendant qui soulève, pour la première fois, la question de la compatibilité des modalités d'acquisition de la nationalité d'un État membre de l'UE avec le droit de l'UE, quoiqu'en dehors du contexte des PACI.⁹⁹ Cet arrêt, lorsqu'il sera rendu, s'insérera dans la lignée des jurisprudences *Rottmann* et *Tjebbes* en étendant, espérons-le, le champ de protection au-delà des limites que fait peser le droit de l'UE sur les conditions de perte de la citoyenneté nationale.

La poursuite de la procédure en ce sens demeure toutefois à l'entière discrétion de la Commission. Elle relève notamment d'un calcul d'opportunité politique. La procédure concerne en effet deux, voire trois petits États membres en prise avec des conditions économiques difficiles. Le contexte doit aussi être pris en compte, et notamment la recrudescence du populisme sur un arrière-fond de crises migratoire, économique et sanitaire. Il faut ainsi probablement anticiper un bras de fer sur la question entre le Parlement et la Commission, d'une part, et le Conseil, voire le Conseil européen, d'autre part. Le positionnement dans le cas concret tant de la Commission que de la CJUE ensuite sont donc difficiles à prévoir.

II. La consolidation éventuelle du droit de la citoyenneté de l'UE

Indépendamment de l'issue des procédures contentieuses, puis judiciaires en cours au sujet des PACI maltais et chypriotes, l'idée d'une consolidation du droit de la citoyenneté de l'UE fait son chemin. Il est en effet régulièrement question, en doctrine,¹⁰⁰ de l'intérêt d'adopter des règles minimales communes dans ce domaine. Ces règles auraient l'avantage de ne plus faire dépendre l'avancée du droit de l'UE en la matière d'un traitement casuistique par la CJUE.

⁹⁹ Cf. CJUE, aff. C-118/20 (JY), Demande de décision préjudicielle présentée par le Verwaltungsgerichtshof (Autriche) du 3 mars 2020. Cf. aussi *de Groot* (note 63).

¹⁰⁰ Cf. *Sarmiento* (note 19) ; *van den Brink* (note 20).

Bien entendu, la citoyenneté nationale se situe, en soi, hors du champ des compétences explicites (voire implicites) de l'UE. Dès lors, tout développement en la matière équivaldrait à une révision partielle des traités de l'UE, ce qui requiert donc l'accord unanime des États membres de l'UE. Un tel développement pourrait passer par un recours à la clause passerelle de l'art. 25 par. 2 TFUE, voire à l'art. 352 TFUE. Il est toutefois peu probable, au vu des différences croissantes d'intérêts entre États membres de l'UE, que l'unanimité puisse être acquise sur une question d'identité constitutionnelle aussi centrale que l'acquisition et la perte de la citoyenneté nationale. On pensera notamment aux profondes inégalités entre États devant la crise migratoire et à l'impact très varié qu'ont ces dernières sur l'organisation de la démocratie nationale, et donc du « peuple », dans ces États membres.¹⁰¹

Quant au contenu éventuel de ce droit minimal de la citoyenneté de l'UE, il s'agirait avant tout de rappeler, de consolider et de systématiser les limites du droit de l'UE existantes. Pour mémoire, il s'agit du droit primaire de l'UE et des principes généraux du droit de l'UE dont la liberté de circulation et résidence des personnes, mais aussi des droits fondamentaux, de l'égalité politique, du principe de non-discrimination, et du principe de la coopération loyale. Ce droit minimal de la citoyenneté de l'UE pourrait aussi expliciter clairement l'exigence du lien de rattachement effectif du DIN et son application en droit de l'UE. Ce que ce droit devrait rappeler dans tous les cas serait le maintien de la nature dérivée de la citoyenneté de l'UE prévue par les traités de l'UE et donc de sa dépendance de la citoyenneté nationale.

En parallèle, bien sûr, il faut souligner que les différentes mesures déjà en cours de discussion depuis 2018 en matière de lutte contre la criminalité dans le cadre des PARI et PACI doivent être maintenues. Elles relèvent d'ailleurs, quant à elles, déjà des compétences de l'UE. Pour mémoire, il s'agit de mesures de lutte contre la corruption, la fraude fiscale, le blanchiment ou, généralement, contre toute autre forme de criminalité qui peuvent survenir en lien aux PACI et aux PARI.¹⁰²

Indépendamment des obstacles juridiques et politiques qui viennent d'être mentionnés, un tel projet de consolidation du droit minimal de la citoyenneté de l'UE est tout à fait opportun à un moment où la « re-constitution » politique et surtout démocratique de l'UE est devenu un besoin pressant.¹⁰³ Il est même possible de le replacer dans le cadre plus large du projet de refondation complète de la politique et du droit migratoires de l'UE lancé par la Commission en 2020.¹⁰⁴

En fait, comme indiqué précédemment, les PACI peuvent être reconstruits comme l'un des derniers avatars du délitement des communautés démocratiques

¹⁰¹ Cf. p.ex. *Ivan Krastev/Stephen Holmes*, *Populisms in Eastern Europe : A demographic anxiety*, *Le Débat* 2019, 161-169.

¹⁰² Pour une discussion, cf. *Sarmiento/van den Brink* (note 30).

¹⁰³ Cf. *Besson* (note 95) ; *Perry Anderson*, *Ever Closer Union ?*, *LRB*, 7 janvier 2021, <<https://www.lrb.co.uk/the-paper/v43/n01/perry-anderson/ever-closer-union>> (consulté le 22.04.2021).

¹⁰⁴ Cf. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 23 septembre 2020 sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, COM(2020) 609 final, disponible sous : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0609&from=EN>> (consulté le 22.04.2021).

des États membres de l'UE causé ou, du moins, accéléré, en partie, par l'intégration à l'UE. Ironiquement, c'est même au concept de « citoyenneté de marché » du droit de l'UE, et à sa réduction à des droits et libertés individuels sans dimension collective et devoirs correspondants, que l'on doit l'individualisation progressive du statut de citoyenneté national et, au bout du compte, la marchandisation de ce statut lui-même et l'émergence d'un « marché de la citoyenneté » dans l'UE. Paradoxalement, le remède à ce délitement, toutefois, ne peut qu'être européen. Il requiert une réforme politique, et surtout démocratique, en profondeur du projet d'intégration européenne avant qu'il ne soit trop tard.

III. Les développements potentiels en droit international de la nationalité

J'ai commencé cette contribution en articulant divers arguments de droit international contre les PACI. Il s'agit désormais de s'interroger sur la possibilité de consolider ce droit davantage à l'avenir.

Malheureusement, les perspectives de nouveaux développements conventionnels dans le domaine du DIN sont maigres. Et ce, pour toutes les raisons évoquées dans la jurisprudence *Décrets de nationalité*,¹⁰⁵ puis à nouveau dans l'arrêt *Nottebohm*¹⁰⁶ ou, plus récemment, dans le Commentaire sur les APD de la CDI.¹⁰⁷

L'enjeu est de taille, pourtant. Il s'agit en effet de lutter contre un processus de déconnexion progressive et en profondeur de la nationalité juridique (et de sa dimension internationale, avant tout) de la citoyenneté politique (et de sa dimension nationale, avant tout). C'est un processus que soutiennent d'ailleurs certains des défenseurs des PACI.¹⁰⁸ C'est en effet en partie à ce prix qu'ils parviennent à éviter la contradiction entre les PACI, d'une part, et le droit individuel à l'inclusion citoyenne des nationaux garanti par le droit international depuis 1945 et auquel j'ai fait référence précédemment dans cette contribution, d'autre part.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Cf. CPJI, *Décrets de nationalité* promulgués en Tunisie et au Maroc du 7 février 1923, série B n°4, par. 24.

¹⁰⁶ Cf. CIJ, *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 avril 1955, Recueil CIJ 1955, par. 23 : « Le caractère ainsi reconnu dans l'ordre international à la nationalité n'est pas contredit par le fait que le droit international laisse à chaque État le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité. S'il en est ainsi, c'est que la diversité des conditions démographiques n'a pas permis jusqu'ici l'établissement d'un accord général sur les règles concernant la nationalité, encore que, par sa nature, celle-ci affecte les rapports internationaux. ».

¹⁰⁷ Cf. Articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, adoptés par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session en 2006, UN Doc. A/61/10, (Commentaires CDI APD), disponible sous : <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_8_2006.pdf> (consulté le 22.04.2021), par. 5.

¹⁰⁸ Cf. p.ex. *Kristin Surak*, *Global Citizenship 2.0 – The Growth of Citizenship by Investment Programs*, Investment Migration Working Paper 2018, disponible sous : <<https://investment-migration.org/download/global-citizenship-2-0-growth-citizenship-investment-programs/>> (consulté le 22.04.2021) ; *Christian Joppke*, *The Instrumental Turn of Citizenship*, JEMS 2019, 858-878.

¹⁰⁹ Cf. Besson (note 8).

Il y a bien un régime connexe au DIN dans lequel des développements sont encore envisageables, et c'est le DIDH. De tels développements ne feront toutefois que renforcer encore le processus d'individualisation de la nationalité en droit international,¹¹⁰ au détriment de ses dimensions collective, solidaire et surtout politique. De manière fort intéressante, toutefois il y a eu un sursaut de conscience à ce sujet durant cette année de pandémie. En effet, durant la crise sanitaire, les tensions entre la dimension collective de l'appartenance à une communauté politique nationale et la protection des droits individuels des citoyens sont réapparues à la plupart.

Si de tels développements conventionnels sont difficiles à envisager, il est plus probable, en revanche, de voir l'un ou l'autre différend international (arbitral ou judiciaire au sens strict) faire avancer la jurisprudence internationale dans un cas concret. Et ce, y compris afin de faire établir la responsabilité d'un État pour la violation de normes *erga omnes* protégeant un intérêt commun, comme celles du DIN. À nouveau, toutefois, il faut aussi anticiper certains obstacles de type procédural, et notamment les limites qu'implique le caractère facultatif et relatif des mécanismes de règlement des différends internationaux. C'est d'ailleurs en partie ce qui explique qu'il y ait eu si peu de jurisprudence en matière de DIN à ce jour.

E. Conclusions

Cette contribution aura présenté divers arguments à l'encontre des PACI en droit international et en droit de l'UE.

Elle aura aussi, je l'espère, démontré l'importance de mener un débat politique et juridique informé sur ces questions au sein de chaque État membre de l'UE, y compris en France. Ces questions touchent en effet, par ricochet, à l'avenir de la citoyenneté nationale et, plus généralement, de la politique migratoire nationale, mais aussi du régime démocratique de chacun des États membres de l'UE.

Outre son intérêt politique immédiat, tant pour l'UE que ses États membres, il convient aussi d'encourager les chercheurs en droit international et en droit de l'UE, y compris de langue française, à se pencher sur la question de la validité des PACI. Sachant que la CJUE sera très certainement appelée à se prononcer sur la question à terme et, dans l'immédiat, sur celle des limites que fait peser le droit de l'UE sur les conditions d'acquisition de la nationalité des États membres de l'UE, il est essentiel que des arguments juridiques équilibrés soient à disposition de nos institutions et que toutes les voix puissent être entendues dans un climat apaisé et de respect mutuel.

Enfin, le débat devrait aussi s'étendre au droit international de la nationalité et intéresser les chercheurs en droit international de l'État et des institutions. L'UE est en effet la seule organisation internationale (régionale) à pouvoir à l'heure actuelle se saisir, et même si c'est encore de manière limitée, de la question de la citoyenneté par investissement. Grâce à la CJUE, c'est aussi la seule à pouvoir

¹¹⁰ Cf. à ce sujet, *Spiro* (note 32).

statuer en justice sur la légalité des PACI. Il est clair dès lors que l'avenir de la citoyenneté en droit international se jouera bien aussi au sein de l'UE.