

EFFECTIVITE ET NATIONALITE DES PERSONNES PHYSIQUES

par

Jacques de BURLET

A celui qui s'interroge sur la manière dont la notion d'effectivité se manifeste dans le domaine de la nationalité des personnes physiques et sur l'ampleur de cette manifestation viennent immédiatement à l'esprit des exemples ayant trait à l'intervention de cette notion dans le cadre d'une vérification des liens qui unissent un individu à son Etat national.

C'est aux caractéristiques de ce genre d'intervention que nous nous attacherons dans la première partie (A) de la présente étude, la seconde partie (B) de celle-ci étant consacrée à l'examen des manifestations de la notion d'effectivité au niveau des principes qui gouvernent la réglementation même d'une nationalité.

(A)

LA NOTION D'EFFECTIVITE ET LA VERIFICATION DU RATTACHEMENT DE L'INDIVIDU A SON ETAT NATIONAL

Le problème de la vérification des liens qui unissent l'individu à son Etat national étant susceptible de se poser tant à l'occasion d'un litige entre Etats que d'un litige entre individus et le recours à la notion d'effectivité obéissant à des règles différentes selon que le litige en question appartient à l'une ou l'autre de ces catégories, il convient d'examiner séparément l'hypothèse d'un litige opposant directement un Etat à un autre et celle dans laquelle ne sont en cause que des individus.

A) Litige opposant directement un Etat à un autre

Relativement à la première hypothèse, l'action par laquelle un Etat tend à protéger diplomatiquement un individu, victime d'un dommage résultant de la violation par un autre Etat d'une obligation internationale soulève parfois

un problème de nationalité pour la solution duquel il est fréquemment recouru à la notion d'effectivité. C'est qu'en effet, conformément au principe selon lequel il n'y a pas d'action sans intérêt et compte tenu de ce que l'intérêt requis dans l'action diplomatique est un intérêt propre à l'Etat lui-même, le dommage doit ici avoir été subi par un individu qui relève de la compétence de l'Etat réclamant et apparaisse ainsi comme « sa chose, son bien » (1). La règle veut donc qu'un Etat ne puisse exercer la protection diplomatique qu'à l'égard de ses nationaux ou à tout le moins de ses ressortissants, ce terme désignant au regard de l'action diplomatique tous ceux qui relèvent de la compétence dudit Etat. Or, si l'Etat défendeur conteste que l'individu à protéger ait la qualité de national de l'Etat réclamant, il y aura certes lieu de s'assurer d'abord de ce que cet individu possède bien, au regard du droit de l'Etat demandeur, la nationalité de ce dernier mais, même en cas de réponse affirmative sur ce point, toute difficulté n'en sera pas pour autant écartée puisqu'il peut arriver que l'individu en cause cumule de manière parfaitement régulière la nationalité de l'Etat réclamant et celle d'un autre Etat. Le recours à la notion d'effectivité permettrait alors de dire laquelle des nationalités en présence devrait, dans le cadre de la recevabilité de l'action diplomatique, être seule prise en considération comme correspondant à un rattachement plus intense de l'individu à l'Etat qu'il la confère.

Pareille intervention de la notion d'effectivité ne s'impose toutefois pas dans tous les cas où l'individu à protéger est à la fois le national de l'Etat réclamant et celui d'un autre Etat. Il convient, en effet, de distinguer selon que cette seconde nationalité est celle d'un Etat tiers aux parties à l'action diplomatique ou qu'elle est celle du défendeur à cette action.

Dans le cas où cette autre nationalité est celle d'un Etat tiers, la jurisprudence n'hésite pas à utiliser la notion d'effectivité. Ainsi, dans l'affaire *Nottebohm* (2) par exemple, la Cour internationale de Justice a dénié au Liechtenstein le droit de protéger diplomatiquement contre le Guatemala un citoyen allemand qui, au cours de la seconde guerre mondiale, avait été victime au Guatemala et en sa qualité de sujet d'une nation ennemie des Etats-Unis, de mesures de sequestre et de restriction à sa liberté. Il s'agissait pourtant d'un homme qui, durant un bref séjour au Liechtenstein et avant l'entrée en guerre des Etats-Unis, avait acquis la nationalité liechtensteinoise; la Cour internationale de Justice a néanmoins conclu à l'irrecevabilité de l'action du Liechtenstein parce qu'il lui est apparu que *Nottebohm*, qui possédait au Guatemala sa résidence et le siège de ses affaires, n'avait jamais eu avec le Liechtenstein de liens effectifs et que la nationalité de ce pays, obtenue d'ailleurs sans qu'il ait même été satisfait aux conditions de résidence normalement exigibles, ne pouvait, par conséquent, être invoquée

(1) DE VISSCHER, P., « La protection diplomatique des personnes morales », *R.C.A.D.I.* 1961, I, p. 428.

(2) *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour*, 1955, p. 4.

vis-à-vis du Guatemala. On remarquera que, bien que la Cour ait pris soin de s'en tenir strictement au problème de l'opposabilité de la nationalité liechtensteinoise (3) et se soit abstenue d'aborder dans son arrêt le problème de la perte par Frédéric Nottebohm de sa nationalité allemande, il y avait incontestablement dans cette affaire des raisons de douter de cette perte (4); l'intervention de la notion d'effectivité pouvait donc apparaître comme normale puisque relative à un cas de double nationalité mais la question se pose toutefois de savoir si le soin mis par la Cour à ne faire dans son arrêt aucune allusion à la question de l'éventuelle conservation par Nottebohm de sa nationalité allemande d'origine, n'est pas une indication de ce que cette illustre juridiction aurait également recouru à la notion de nationalité effective au cas où l'acquisition de la nationalité du Liechtenstein eût de manière certaine entraîné pour Frédéric Nottebohm la perte de toute nationalité antérieure.

Pour résoudre le problème de recevabilité soulevé par l'action diplomatique en cas de conflit entre la nationalité de l'Etat réclamant et celle de l'Etat défendeur, l'intervention de la notion d'effectivité ne s'impose pas avec la même évidence que lorsqu'il s'agit de résoudre ce problème dans le cadre d'un conflit entre les nationalités de l'Etat demandeur et d'un Etat tiers. D'une part, en effet, la doctrine a tendance à nier purement et simplement le droit pour un Etat de protéger diplomatiquement son national contre un Etat dont cet individu posséderait également la nationalité et cela pour la raison qu'il existerait selon elle en pareille hypothèse une égalité stricte entre les nationalités en présence, égalité qui exclurait tout recours à une notion essentiellement destinée à intervenir par rapport à une situation d'inégalité. D'autre part, il est certain que cette façon de voir trouve non seulement appui dans la pratique observée par des Etats comme la Grande-Bretagne (5) et les Etats-Unis (6) mais est, en outre, explicitement consacrée par l'article 4 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 relative à certaines questions concernant les conflits de lois en matière de nationalité (7).

Il faut néanmoins tenir compte des divergences manifestées en ce domaine par la jurisprudence. Celle-ci ne se refuse pas toujours à utiliser la notion d'effectivité au cas où les nationalités en présence sont respectivement celles des Etats réclamant et défendeur. Dans une affaire relativement récente notamment, l'affaire Strunsky Mergé (8), si les arbitres ont conclu à l'irrece-

(3) *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour*, 1955, p. 17.

(4) Voyez en ce sens le contre-mémoire du Guatemala (20 IV 54), in : *Mémoires, plaidoiries et documents relatifs à l'affaire Nottebohm*, volume I, pp. 194 à 196 et 212 à 215; les arguments du professeur Rolin, in : volume II du même ouvrage, pp. 198 à 205, 265, 275, 411 et 412.

(5) et (6) La Grande-Bretagne et les Etats-Unis se sont généralement abstenus d'accorder leur protection à un sujet qui était en même temps le national de l'Etat qui aurait dû défendre à leur action diplomatique. Voyez, sur ce point, WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, Londres, 1956, pp. 185 et 186.

(7) Texte in WEIS, P., précité, p. 261.

(8) Commission de conciliation italo-américaine, 10 juin 1955, in : *Recueil des sentences arbitrales*, tome XIV, 236, décision n° 55.

vabilité des Etats-Unis dans leur action engagée contre l'Italie en raison des dommages causés en territoire italien à une citoyenne américaine, c'est à défaut d'un rattachement suffisamment effectif de cette dernière aux Etats-Unis dont elle cumulait régulièrement pourtant la nationalité avec celle de l'Italie; et on peut citer dans le même sens des affaires plus anciennes comme, par exemple, l'affaire Canevaro (9), l'affaire Barthez de Montfort (10) et surtout l'affaire Hein contre Hildesheimer Bank (11) qui est particulièrement intéressante du fait que dans la décision rendue à son sujet en 1922 par le tribunal arbitral mixte anglo-allemand il a été fait application de la règle de l'effectivité en dépit de la pratique britannique tendant à refuser la protection diplomatique au sujet de la Grande-Bretagne qui serait également revendiqué en tant que national par l'Etat à l'encontre duquel devrait s'exercer cette protection.

Il existe donc une jurisprudence qui utilise la notion d'effectivité pour résoudre le conflit de nationalités ici envisagé mais il est également vrai qu'il existe toute une série d'affaires où un tel conflit n'a pas été tranché sur base de l'effectivité, soit que les arbitres, arguant de l'égalité des nationalités en cause, aient purement et simplement renoncé à résoudre le conflit, soit que, pour éviter un déni de justice, ils aient au contraire donné systématiquement la préférence à la nationalité de l'Etat réclamant sans considération de la plus ou moins grande effectivité de celle-ci (12).

L'incertitude demeurera donc ici tant que nous ne disposerons pas d'une jurisprudence récente plus abondante qui rejetterait nettement le principe d'égalité pour lui substituer celui de l'effectivité. En bonne logique, ce serait du reste, nous semble-t-il, la solution qui devrait l'emporter. L'idée de l'égalité est, en effet, fondée sur la souveraineté en ce sens que ses partisans invoquent la validité des nationalités en présence au regard des lois des Etats souverains qui les ont conférées pour prétendre à une rupture de l'égalité des souverainetés compétentes au cas où préférence serait donnée à l'une de ces nationalités; mais l'argument n'est-il pas valable de quelque Etat qu'émanent les nationalités en cause du moment qu'elles sont valides et pourquoi, dans ces conditions, admettre l'intervention de l'effectivité lorsque la seconde nationalité est celle d'un Etat tiers et refuser cette intervention lorsque cette seconde nationalité est celle de l'Etat défendeur? En réalité, les cas de double nationalité dans lesquels les nationalités en présence seraient strictement égales n'existent pratiquement pas. Si l'on admet le principe selon lequel la nationalité est la traduction d'un fait social, à savoir le fait que son titulaire se rattache plus étroitement à son Etat national qu'à tout autre (13), il est

(9) Cour permanente d'arbitrage de La Haye, 3 mai 1912, Italie c. Pérou, in : *Recueil des sentences arbitrales*, tome XI, 397.

(10) Tribunal arbitral mixte franco-allemand, 10 juillet 1926, in : *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, VI, p. 806.

(11) *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, II, p. 71.

(12) Consultez CAVARE, L., *Le droit international public positif*, tome I, Paris, 1967, p. 283.

(13) Voyez BASDEVANT, J., « Les conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *Revue de droit international privé*, 1909, tome V, p. 61.

quasiment certain que le bipatride apparaîtra toujours au regard des faits comme ayant une seule nationalité active et cela, remarquons-le, même s'il s'est comporté tantôt comme le sujet d'un Etat, tantôt comme le sujet d'un autre; même en pareil cas, en effet, il demeure possible de départager les nationalités en cause au moyen de la notion d'effectivité, cette solution ayant notamment été utilisée par le tribunal mixte hongro-yougoslave (14) vis-à-vis d'un individu qui s'était comporté tantôt en sujet allemand, tantôt en sujet hongrois.

Sur le plan de la simple logique et dès lors que l'on consent à bousculer le principe de l'égalité des souverainetés en recourant à la notion d'effectivité lorsque la seconde nationalité en cause est celle d'un Etat tiers, il n'y a pas d'inconvénient à utiliser cette même notion d'effectivité dans les cas où la seconde nationalité en cause est celle de l'Etat défendeur. Toutefois, dans l'état actuel du droit international relatif à l'action diplomatique, l'intervention de la notion d'effectivité demeure limitée. Il semble même que les espoirs mis par certains en une extension de cette notion en dehors du domaine strict de la multinationalité ne soient pas près de se réaliser. Certes, lors de l'affaire Flegenheimer (15) relative aux suites de la seconde guerre mondiale et portée par les Etats-Unis devant la Commission de conciliation italo-américaine instituée dans le cadre du traité de paix, il a été conclu par l'Italie à l'irrecevabilité de l'action des Etats-Unis au motif que Flegenheimer, bien que pourvu de la nationalité de l'Etat réclamant et de celle-là seule, n'avait pas avec son Etat national de liens suffisamment effectifs, mais cette argumentation n'a pas été suivie; bien plus, la Commission a même explicitement déclaré qu'au cas où une personne était investie d'une seule nationalité attribuée *jure soli* ou *jure sanguinis* et entraînant la perte certaine de toute nationalité antérieure, la théorie de la nationalité effective manquait de fondement assez sûr pour pouvoir l'emporter sur une nationalité appuyée sur un droit étatique et ne pouvait être appliquée sans risque de confusion.

B) Litige n'opposant pas directement un Etat à un autre

A côté de l'intervention qui vient d'être décrite et qui se situe par rapport à des litiges interétatiques, la notion d'effectivité peut intervenir indépendamment de toute contestation opposant un Etat à un autre mais toujours dans le cadre d'une vérification des liens qui unissent en fait un individu à son Etat national.

L'Institut de droit international a, par exemple, appliqué la théorie de la nationalité effective pour trancher une contestation née en son propre sein à propos de l'élection d'un Autrichien d'origine, le professeur Stoerck, comme

(14) Affaire Born c. Etat serbe, croate et slovène, 12 juillet 1926, in : *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, VI, p. 499.

(15) Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, 20 septembre 1958, in : *Recueil des sentences arbitrales*, tome XIV, 327, décision n° 182.

membre au titre allemand : la régularité de cette élection ayant été mise en doute en raison de la double nationalité du candidat, l'Institut décida de ne prendre en considération que la seule nationalité allemande du professeur Stoerck parce que celui-ci enseignait dans une université allemande et n'avait avec l'Autriche aucun lien effectif (16).

La plupart des exemples d'intervention de cet ordre ressortissent néanmoins aux solutions apportées en droit international privé lorsque la règle de rattachement applicable utilise la nationalité comme indice de rattachement et que la personne dont la nationalité doit désigner la règle matérielle appelée à régir le rapport juridique envisagé est dotée de plus d'une nationalité; en effet, dans la mesure où ces nationalités sont étrangères par rapport à l'Etat du for (17) et où il est admis que la nationalité est par nature l'expression d'un lien particulièrement étroit entre l'individu et l'Etat qui la lui confère, il est normal que le juge d'un Etat tiers tranche autant que possible le conflit en faveur de la nationalité la plus effective.

Il existe pourtant des décisions de jurisprudence qui ont exceptionnellement résolu le conflit entre nationalités étrangères sans recourir à la notion d'effectivité. Ainsi, par exemple, dans les pays où la capacité de divorcer est régie par la loi de l'époux demandeur, le conflit suscité par la double nationalité étrangère de celui-ci n'est pas toujours résolu par une utilisation de la notion d'effectivité puisque si l'une des nationalités en présence est également celle de l'époux défendeur la préférence va souvent à la nationalité commune même si elle n'est pas la plus effective (18). Et ce n'est pas là le seul exemple car il arrive parfois aussi que la juridiction saisie d'un conflit de nationalités étrangères résolve celui-ci en préférant systématiquement la nationalité qui assurera l'application d'une règle matérielle dont le principe directeur se rapproche le plus de la loi du for (19); de même, il peut arriver que le juge saisi estime devoir écarter la règle de l'effectivité pour des raisons d'équité (20).

Dans ces différents exemples, la règle de l'effectivité se trouve néanmoins écartée à titre tout à fait exceptionnel; il est des cas, en revanche, où il est au

(16) Voyez le rapport de RENAULT, L., in : *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1888-1889, p. 25. Dans la session qu'il tint en 1900 à Neuchâtel, l'Institut modifia l'article 6 de ses statuts en fonction du principe de nationalité active voté à propos de l'affaire Stoerck en 1888 (voyez *Annuaire*, 1900, p. 72).

(17) Pour le conflit nationalité du for-nationalité étrangère, v. *infra*.

(18) Voyez DE BURLET, J., *Précis de droit international privé congolais*, Bruxelles et Kinshasa, 1971, n° 306.

(19) Cette solution est souvent critiquée. Voyez notamment RIGAUX, F., *Droit international privé*, Bruxelles, 1968, n° 214 in fine.

(20) Voyez, par exemple, la décision par laquelle, en date du 11 juillet 1968, le Tribunal fédéral suisse, sur base de l'idée qu'il n'est pas normal de rendre le divorce entre étrangers dotés d'une double nationalité plus difficile que le divorce entre étrangers de nationalité différentes, a autorisé l'époux double national à ne rapporter que la preuve de ce qu'il possédait la nationalité d'un pays dont la législation autorisait le divorce (*Revue critique de droit international privé*, 1969, pp. 303 à 311).

contraire de règle de trancher le conflit de nationalités sans recourir à la notion d'effectivité.

Tel est le cas tout d'abord du conflit entre nationalité étrangère et nationalité du for (21) car la règle est alors pour le juge de donner la préférence à cette dernière (22) à moins que le droit du for ne tranche exceptionnellement le conflit en faveur de la nationalité étrangère en général ou d'une nationalité étrangère en particulier (23).

Tel est également le cas lorsque la règle coutumière de l'effectivité se trouve évincée par une autre obligation internationale (24), soit qu'un traité passé entre l'Etat du for et l'un des Etats dont la nationalité est en conflit avec une nationalité tierce stipule des avantages au profit des ressortissants des cocontractants et rompe ainsi l'égalité de principe existant entre nationalités étrangères (25), soit que l'Etat du for ait adhéré à une convention multilatérale qui tranche les conflits de nationalités en dehors du principe d'effectivité (26).

(21) Le même principe prévaut lorsqu'il s'agit d'une nationalité assimilée à celle du for comme l'était, par exemple, à l'époque du protectorat, la nationalité tunisienne par rapport à la nationalité française. Voyez sur ce point Maurice Nisard, Note sous Cassation de France, 15 mai 1974, Consorts Martinelli c. dame Ben Khalifa, in : *Revue critique de droit international privé*, 1975, p. 265.

(22) Voyez RIGAUX, F., *op. cit.*, n° 215.

(23) Le professeur Rigaux (*op. cit.*, n° 219 B) donne en droit belge un exemple typique de législation de ce genre. Il s'agit de la loi du 17 novembre 1921 sur le sequestre et la liquidation des biens des ressortissants allemands; l'article 2 de cette loi stipule qu'il convient, relativement aux mesures de sequestre et de liquidation en cause, de considérer comme ressortissants allemands tous ceux qui, ayant possédé cette qualité à une époque quelconque ne justifient pas l'avoir abandonnée et cela qu'ils se déclarent sans nationalité ou invoquent ou non une autre nationalité. Pour le juge belge qui doit appliquer cette législation, un éventuel conflit entre la nationalité du for et la nationalité allemande ne peut être tranché qu'en faveur de cette dernière.

(24) Voyez RIGAUX, F., *op. cit.*, n° 219.

(25) Lorsqu'il existe un traité de réciprocité entre l'Etat du for et l'Etat dont l'individu en cause est le national, il est, en effet, conforme aux engagements pris que l'Etat du for fasse bénéficier cet individu des avantages dont il peut se prévaloir aux termes de ce traité et cela sans égard à une éventuelle possession dans son chef d'une autre nationalité étrangère. Trancher le conflit sur base de l'effectivité serait alors critiquable car cela reviendrait à permettre à l'Etat du for de se décharger unilatéralement de ses engagements conventionnels (en ce sens notamment Paul Lagarde, note sous Cour d'appel de Paris, 7 octobre 1967, Uzan et Sultan c. Min. public, in : *Revue critique de droit international privé*, 1968, p. 275).

(26) Un exemple de disposition conventionnelle de cet ordre est contenu dans l'article premier de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois relatifs à la forme des dispositions testamentaires; il y est, en effet, donné en ce domaine une compétence alternative à plusieurs lois internes dont la loi d'une nationalité du testateur de telle sorte que l'application de ce texte pourra conduire à considérer comme valable en sa forme un testament rédigé par un bipatride selon la loi de l'une de ses nationalités sans que celle-ci soit nécessairement sa nationalité active (RIGAUX, F., *op. cit.*, *loc. cit.*).

(B)

LA NOTION D'EFFECTIVITE ET LA REGLEMENTATION DE LA NATIONALITE

En dehors de son intervention dans le cadre d'une vérification concrète des liens unissant un individu déterminé à son Etat national, la notion d'effectivité se manifeste aussi au niveau des règles par lesquelles sont déterminées les conditions d'attribution et de maintien d'une nationalité. Elle joue alors un rôle qui peut être soit interprétatif, soit préventif ou correcteur.

A) Rôle interprétatif

Son rôle interprétatif, la notion d'effectivité le jouera à l'échelon interne chaque fois qu'un pays accédant à l'indépendance et n'ayant réglementé la constitution de son noyau initial de population que très postérieurement à l'apparition de sa nationalité (27), il s'est créé entretemps une incertitude quant à la détermination des titulaires initiaux de cette nationalité. La meilleure façon de dissiper cette incertitude n'est-elle pas, en effet, de se référer au principe de droit international coutumier qui, devant cette lacune de la législation de l'Etat successeur, tend à présumer la nationalité de celui-ci comme ayant été acquise par tous les nationaux de l'Etat démembré qui se rattachent effectivement au territoire démembré (28) ?

B) Rôle préventif ou correcteur

Pour ce qui est de son rôle préventif ou correcteur en matière de conflits de nationalités, la notion d'effectivité peut le jouer aussi bien dans le cadre du droit international de la nationalité que dans celui des réglementations internes de cette institution.

Dans le cadre du droit international de la nationalité, la notion d'effectivité intervient de manière préventive lorsqu'à l'occasion d'un démembrement de territoire, il s'agit de déterminer en l'absence de traité la répartition des populations du territoire démembré entre les Etats concernés. Comme l'a, en effet, rappelé la Cour permanente de Justice internationale dans son avis consultatif du 7 février 1923 relatif aux décrets du 8 novembre 1921 sur la nationalité d'origine en Tunisie et dans la zone française du Maroc (29), la perte de la nationalité de l'Etat démembré et l'acquisition de celle de l'Etat successeur traduisent cette constante juridique fondée sur l'effectivité et selon laquelle la compétence des Etats en matière de nationalité s'appuie sur le territoire, c'est-à-dire sur le cadre qui fixe les limites de la souveraineté et

(27) Apparition qui, sur le plan international, se situe au moment où ce pays devient un Etat sujet du droit des gens, c'est-à-dire le plus généralement au moment de son indépendance.

(28) Voyez DE BURLET, J., *Nationalité des personnes physiques et décolonisation*, Bruxelles, 1975, p. 135.

(29) *Publications de la Cour permanente*, Série B, n° 4.

qui constitue le signe extérieur et sensible de son étendue. Le droit international coutumier veut donc que l'Etat démembré renonce à maintenir dans sa nationalité les individus qui se rattachent étroitement au territoire démembré ou à sa communauté d'origine (30) et que l'Etat successeur revendique pour nationaux en fonction des liens qui les unissent au territoire démembré. Ce recours à la notion d'effectivité contribue sans nul doute à prévenir les conflits de nationalité.

Dans le cadre du droit interne, le rôle préventif ou correcteur de la notion d'effectivité se manifeste relativement, soit aux conditions d'attribution, soit aux conditions de maintien de la qualité de national.

Il arrive que, dans les dispositions prises par les Etats en vue de régler leur nationalité, la notion de rattachement effectif intervienne, indépendamment de toute question de succession d'Etats, en tant que condition de maintien de la nationalité d'origine. Avant la loi française du 10 août 1927 qui, moyennant l'autorisation du gouvernement, donna au Français d'origine la faculté de renoncer à sa nationalité française s'il possédait involontairement une nationalité étrangère, il existait, par exemple, une jurisprudence, très critiquée d'ailleurs, qui, utilisant dans un but d'effectivité une cause de déchéance inscrite à l'article 17, 4^e du code civil, faisait perdre sa nationalité française à celui qui, né Français *jure sanguinis* mais étranger *jure soli*, avait satisfait à la loi militaire étrangère (31). De même, il ressort clairement de l'exposé des motifs de la loi française du 31 août 1929 autorisant la ratification de la convention franco-belge du 12 septembre 1928 que c'étaient des raisons d'effectivité qui avaient poussé les parties contractantes à mettre automatiquement fin au cumul des nationalités française et belge dès lors qu'il y avait eu satisfaction à la loi sur le recrutement (32).

Si la notion d'effectivité peut ainsi, de toute évidence, se manifester dans la législation de chaque Etat en dehors de toute question de démembrement de territoire, on retrouve toutefois le plus souvent cette notion dans les réglementations par lesquelles les Etats entendent déterminer les conditions d'attribution et de perte de leur nationalité à la suite de l'annexion, de la cession ou de l'accession à l'indépendance d'un territoire.

Les réglementations édictées à ce sujet tant en Grande-Bretagne qu'en France témoignent notamment d'un souci très net de satisfaire à l'effectivité et cela aussi loin que l'on tente de remonter dans le temps.

La notion d'effectivité se manifestait déjà dans ces pays à l'époque où leur nationalité reposait sur un lien personnel d'allégeance entre l'individu et son

(30) Lorsqu'il s'agit d'une population bien distincte des autres populations du territoire démembré et particulièrement localisée dans ce territoire en raison de son histoire, cette situation étant celle que l'on peut souvent constater dans le cadre de la décolonisation à propos des « indigènes ».

(31) Voyez DE LA PRADELLE, P., « De la nationalité d'origine », in : *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, 1933, p. 218.

(32) *Idem*, p. 220.

souverain; en effet, un tel lien, en tant que fondé sur une obligation effective d'obéissance du sujet et de protection de celui-ci par son souverain, n'était, dans le cadre des changements d'autorité relatifs à un territoire, attribué d'origine qu'à ceux qui naissaient dans les limites de ce territoire à une époque où son souverain légitime y exerçait une autorité véritable, condition indispensable à toute protection efficace (33). C'est donc bien la notion d'effectivité qui explique que les individus nés en Normandie ou en Saxe après que ces provinces eussent été perdues par le roi d'Angleterre mais avant que celui-ci ait renoncé à ses prétentions sur elles, ne furent pas considérés par la Grande-Bretagne comme sujets britanniques (34). C'est également cette notion d'effectivité qui est à la base de l'idée défendue par Pothier et selon laquelle il fallait considérer comme aubains les individus nés dans le royaume de Naples, la république de Gênes, le duché de Milan, le comté de Flandre, à l'époque où les rois de France, tout en prétendant encore à des droits constants et légitimes sur ces territoires, y voyaient cependant leur autorité méconnue (35). On remarquera toutefois que l'intervention de la notion d'effectivité dans le cadre de la nationalité-allégeance se trouve limitée au problème de l'attribution d'origine d'une nationalité et qu'à l'époque envisagée dans les exemples qui viennent d'être donnés le caractère personnel et perpétuel dont était revêtu le lien d'allégeance excluait toute modification de celui-ci en l'absence de volonté conforme du souverain légitime des territoires concernés (36). Ce n'est que plus tard, avec l'apparition de la notion moderne de nationalité en France et l'adoption par la Grande-Bretagne d'une conception nouvelle de l'allégeance (37), que l'effectivité pourra se manifester par rapport au problème des éventuels changements de nationalité consécutifs aux modifications de souveraineté dont un territoire est l'objet.

La Grande-Bretagne a ainsi connu tant au dix-neuvième qu'au vingtième siècle de nombreuses manifestations de ce genre. Dicey disait que lorsqu'un

(33) Dans son avis consultatif du 16 octobre 1975 sur le Sahara occidental, la Cour internationale de Justice a souligné qu'il ne pouvait y avoir allégeance d'une population à un souverain sans autorité effective de ce souverain sur cette population (*Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour*, 1975, p. 44). C'est précisément parce que l'autorité du Sultan du Maroc sur les populations du Sahara occidental était douteuse à l'époque de la colonisation espagnole qu'au sein même de la Cour des critiques ont été formulées (voyez l'opinion individuelle du juge de Castro, in *Recueil*, précité, pp. 152, 154, 161, 162 et 172) quant à la manière dont l'avis en question a conclu à « l'existence au moment de la colonisation espagnole de liens juridiques d'allégeance entre le Sultan du Maroc et certaines des tribus vivant sur le territoire du Sahara occidental » (*Recueil*, précité, p. 68).

(34) Voyez KIEFF, R., « L'allégeance », in : *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, Paris, 1933, pp. 51 et 52.

(35) *Idem*, pp. 65 et 66.

(36) Voyez de BURLET, J., *Nationalité des personnes physiques et décolonisation*, Bruxelles, 1975, pp. 19 et 20.

(37) Demeurée le fondement de la nationalité britannique jusqu'en 1948, l'allégeance ne s'en était pas moins transformée : de lien personnel avec le roi, elle était devenue un lien avec la Couronne (pouvoir politique du roi). V. DE BURLET, précité, p. 20, note 24.

territoire était acquis à la Couronne par annexion ou cession, la règle générale, appliquée en l'absence de traité ou de disposition spéciale édictée par la Couronne, voulait que la qualité de sujet britannique se trouvât conférée à tous ceux qui, nationaux de l'Etat annexé ou cédant, résidaient effectivement dans le territoire en question (38). Une lettre du Foreign Office en date du 9 janvier 1901 et relative à l'annexion des territoires sud-africains (39) confirme nettement la volonté de la Grande-Bretagne d'appuyer sa nationalité sur le territoire; l'attribution de la nationalité britannique en tant qu'effet normal de l'annexion y est, en effet, strictement limitée aux personnes qui se trouvaient dans les limites des territoires annexés au moment de l'annexion.

On retrouve cette volonté en ce qui concerne la perte de la nationalité britannique suite à la cession d'un territoire placé sous la souveraineté de la Grande-Bretagne; au dix-neuvième siècle et pendant la première moitié du vingtième, la nationalité britannique n'a, en effet, sauf traité, jamais été conservée à des individus qui ne transféraient pas leur domicile et donc leur établissement effectif dans un pays demeuré sous souveraineté britannique, cette pratique ayant notamment été illustrée lors de la reconnaissance de l'indépendance des Etats-Unis et lors de la cession des Bay Islands au Honduras en 1859 et de la rétrocession du Transvaal en 1881 (40); même après 1948, alors que, dans le but de la conserver aux nationaux des pays colonisés qui accédaient à l'indépendance tout en demeurant au sein du Commonwealth, la nationalité britannique était devenue un statut dérivé de la qualité de citoyen d'un Etat membre du Commonwealth (41), l'exigence d'un lien effectif avec le territoire et les populations britanniques fut maintenue en ce sens que la conservation de nationalité fut subordonnée à des caractéristiques familiales permettant de présumer le maintien de certains liens avec les territoires demeurés sous souveraineté de la Grande-Bretagne (42).

En axant ainsi perte et acquisition de sa nationalité sur le territoire, la Grande-Bretagne a incontestablement tenu compte de l'idée même d'effectivité en matière de nationalité, à savoir que la compétence des Etats en ce domaine a pour limite leur souveraineté et ne saurait donc normalement s'étendre au-delà d'un territoire qui fixe précisément l'étendue de cette souveraineté (43).

(38) Voyez WEIS, P., *Nationality and Statelessness in : International Law*, Londres, 1956, p. 143 in fine.

(39) Le texte de cette lettre figure chez P. Weis, précité, p. 145.

(40) Voyez DE BURLET, J., *Nationalité des personnes physiques et décolonisation*, Bruxelles, 1975, p. 183.

(41) *Idem*, p. 182, note 669.

(42) *Idem*, p. 188, note 694.

(43) Il ne faut jamais perdre de vue que dans le domaine de la succession d'Etats, c'est le territoire qui constitue le critère fondamental à partir duquel doit s'apprécier le caractère plus ou moins effectif d'une répartition de population entre des souverainetés différentes. Une répartition effectuée en dehors de toute référence à un lien réel et actuel au territoire conduit à des conflits positifs de nationalités, l'une des nationalités en cause étant probablement moins effective que l'autre.

Dans sa législation sur la succession d'Etats en matière de nationalité, la France a, elle aussi, pendant longtemps recouru à la notion de rattachement effectif au territoire. En son article 12, le code français de 1945 sur la nationalité prévoyait, en cas d'annexion d'un territoire par la France et en l'absence de traité, l'acquisition de la nationalité française par les personnes demeurées domiciliées dans ce territoire; le même code décidait en son article 13 qu'en cas de cession d'un territoire français et en l'absence de traité réglementant la perte de la nationalité française, celle-ci serait perdue par les personnes qui, domiciliées dans le territoire cédé, n'établiraient pas leur domicile hors dudit territoire.

La situation créée par la décolonisation massive que nous venons de connaître a amené la France à modifier la nature du rattachement nécessaire à la conservation de sa nationalité dans le cadre d'un démembrement du territoire français : de rattachement exclusivement conçu par rapport au territoire démembré puisque fondé sur la possession d'un domicile dans ce territoire, le lien exigé s'est, lors de l'indépendance de l'Algérie (44), établi par rapport à la population française tandis qu'il s'appréciait par rapport au territoire français tout entier pour ce qui était de la réglementation inaugurée par la loi du 28 juillet 1960 (45) et généralisée par l'article 152 du nouveau code de nationalité institué par la loi du 9 janvier 1973 (46).

On peut douter que la France ait dans cette réforme réellement tenu compte de l'idée que suppose classiquement l'intervention de la notion d'effectivité dans le domaine de la nationalité. La règle établie par la loi du 28 juillet 1960 et conservant la nationalité française à tout individu domicilié dans un territoire d'outre-mer lors de l'indépendance de celui-ci devait, en

(44) L'ordonnance du 21 juillet 1962 relative à la conservation de la nationalité française par les Français d'Algérie organise cette conservation en faveur des personnes de statut civil de droit commun, c'est-à-dire en faveur de personnes que leurs conceptions juridiques au moins et probablement même leur comportement général lient plus étroitement à la France qu'à l'Algérie musulmane où demeure pourtant leur domicile.

(45) La loi du 28 juillet 1960 conserve la nationalité française aux Français domiciliés dans un territoire d'outre-mer au moment de son indépendance et originaires du territoire de la République française tel que constitué à la date de promulgation de ladite loi, ainsi qu'aux conjoints, veufs ou veuves d'originaires et à leurs descendants. Sur ce texte et sur l'ordonnance du 21 juillet 1962 relative à la conservation de la nationalité française par les Français d'Algérie, on consultera LAGARDE, P., v° Nationalité, n° 712 à 715, in : *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit international*, tome II, Paris, 1969.

Dans sa circulaire n° 4750 du 23 novembre 1960, le ministre français des Affaires étrangères a précisé à l'intention des agents diplomatiques et consulaires français qu'il fallait considérer comme originaire du territoire de la République française toute personne dont un ascendant quelconque, en ligne paternelle ou maternelle, était né sur ce territoire (voyez BILBAO, R., *Le droit malgache de la nationalité*, Paris, 1965, p. 70, n° 121).

(46) Cette loi a été publiée au *Journal officiel de la République française*, 10 janvier 1973, p. 467, et reproduite dans la *Revue critique de droit international privé*, 1973, pp. 160 à 179.

L'article 152 du nouveau code de nationalité reprend tel quel le principe de la conservation de plein droit de la nationalité française aux originaires du territoire de la République française tel que constitué à la date du 28 juillet 1960, et aux conjoints, veufs ou veuves d'originaires, ainsi qu'à leurs descendants.

effet, la conduire à maintenir dans sa nationalité des individus qui étaient parfois très loin d'avoir avec elle des liens plus étroits qu'avec n'importe quel autre Etat et qui, de ce fait, étaient souvent pourvus d'une autre nationalité. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler que la conservation de la nationalité française aux enfants des veuves de citoyens originaires du territoire de la République française revenait à maintenir dans cette nationalité les enfants issus du remariage d'une indigène d'origine non métropolitaine, veuve d'un Français d'origine métropolitaine, avec un indigène d'origine non métropolitaine (47); de même, ranger — comme cela semblait devoir être fait (48) — dans les originaires du territoire français tous ceux qui y étaient nés aboutissait à conserver la qualité de Français à tous les noirs d'Afrique française nés en France, y compris à ceux qui étaient définitivement revenus dans le pays de leurs ancêtres lors de l'accession de celui-ci à l'indépendance.

Si nous laissons maintenant les pays colonisateurs pour en venir aux pays récemment décolonisés, nous pouvons constater que ceux-ci ont pour la plupart constitué leur patrimoine humain dans le cadre de leur accession à l'indépendance selon des principes d'étroite assimilation au peuple bénéficiaire de cette indépendance. En mettant ainsi l'accent sur le rattachement à un peuple plutôt qu'au seul territoire, ces pays ont certainement fait de leur nationalité une expression conforme à l'idée selon laquelle chaque nationalité est censée traduire l'étroitesse particulière des liens qui unissent un individu à un Etat, et donc à une population puisque celle-ci constitue un élément essentiel à l'Etat.

Cette idée n'est pas nouvelle (49) et, en réalité, cette accentuation du rôle joué par la notion de rattachement au peuple dans les mécanismes d'attribution de nationalité institués par les pays récemment décolonisés s'explique aisément si l'on songe à la dissemblance qui existe entre les populations décolonisées et celles de l'ancien colonisateur. A une époque où la théorie classique de la succession d'Etats présentait celle-ci comme une substitution de souveraineté et où la compétence d'un Etat en matière de nationalité reposait indiscutablement sur le territoire, signe extérieur et sensible de la souveraineté, il était normal de confier à des critères exclusivement territoriaux comme le domicile, la résidence ou la naissance en territoire démembré, le soin de partager une population entre deux nationalités. Pour des pays décolonisés qui tiennent à revenir à une certaine authenticité, il est, en revanche, difficile de constituer leur noyau initial de population sur des bases

(47) Voyez LAGARDE, P., « De quelques conséquences de la décolonisation sur le droit français de la nationalité », in : *Mélanges offerts à Robert Savatier*, Paris, 1965, p. 517.

(48) Sur les différentes interprétations possibles du mot « originaires » dans la loi du 28 juillet 1960 et sur les raisons d'adopter une conception fondée sur le jus soli, voyez LAGARDE, P., précité, pp. 517 à 521.

(49) Jules Basdevant avait déjà souligné ce principe; la nationalité lui apparaissait comme « l'expression juridique du fait qu'un individu est plus étroitement rattaché à la population d'un Etat déterminé qu'à celle de tout autre » (BASDEVANT, J., « Les conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *Revue de droit international privé*, 1909, tome V, p. 61).

exclusivement territoriales et de s'obliger ainsi à accueillir dans leur nationalité des individus qui, tout en étant étroitement liés à leur territoire, ne présentent pas nécessairement une réelle assimilation à leur peuple.

Voilà pourquoi la politique habituellement suivie en matière de nationalité par les pays récemment décolonisés tend à exiger un rattachement qui rende compte d'une réelle assimilation tant à l'élément territorial qu'à l'élément humain de l'Etat. De là l'utilisation par ces pays des critères territoriaux classiques mais assortis de caractéristiques de durée et d'antériorité par rapport à la date de l'indépendance, de telles caractéristiques étant destinées à garantir une assimilation territoriale complète (50). De là aussi un emploi fréquent des critères territoriaux simultanément avec des critères humains comme, par exemple, la race ou la possession d'état de membre de la communauté décolonisée (51) car la présomption d'assimilation qui découle déjà de la forte assimilation territoriale exigée se trouve ainsi transformée en une quasi certitude d'assimilation complète à la communauté locale. De là enfin la tendance de certains pays à diminuer le caractère automatique de l'acquisition de leur nationalité consécutivement à l'indépendance et à soumettre au contraire cette acquisition à un contrôle individuel permettant de vérifier cas par cas l'effectivité du rattachement et de refuser la qualité de national à celui dont les liens avec la communauté décolonisée sont jugés insuffisants. Un tel contrôle a même parfois été établi vis-à-vis de personnes qui ne pouvaient aucunement être soupçonnées d'appartenir à la nation colonisatrice et en faveur de l'assimilation desquelles militaient tout à la fois des habitudes semblables fondées sur la résidence et sur la qualité d'Africains et une foule d'usages communs hérités de l'époque coloniale. Ainsi, par exemple, le Niger qui, dans le cadre de son accession à l'indépendance, avait ouvert une option en faveur de sa nationalité aux originaires des anciens territoires et des Etats de la Communauté ayant leur résidence habituelle sur son territoire, a cru bon d'accorder en même temps à son Président la faculté de s'opposer à ces options pour défaut d'assimilation (52).

A l'issue de ce bref aperçu des manifestations de l'effectivité par rapport à la nationalité des personnes physiques, il apparaît que la notion d'effectivité n'a cessé de se manifester en ce domaine quels que soient le moment considéré et les circonstances politiques.

La présence de cette notion dans la plupart des législations par lesquelles les pays récemment décolonisés ont entendu organiser l'attribution de leur nationalité dans le cadre de leur accession à l'indépendance pourrait faire croire en une adhésion de ces pays au droit international coutumier tel qu'il était conçu jusqu'ici dans ses rapports avec la nationalité par notre civilisation occidentale. Il faut toutefois sur ce point se garder d'un trop grand

(50) Voyez DE BURLET, J., *Nationalité des personnes physiques et décolonisation*, Bruxelles, 1975, pp. 146 et 147.

(51) *Idem*, pp. 149, 171 et 172.

(52) Voyez ZATZEPINE, A., *Le droit de la nationalité des Républiques francophones d'Afrique et de Madagascar*, Paris, 1963, p. 24.

optimisme car on ne saurait assez souligner combien l'attitude observée par les pays récemment décolonisés lorsqu'il s'agit pour eux de constituer leur patrimoine humain est fonction des circonstances et des intérêts du moment bien plus que de l'observance de règles préétablies.

Peut-on dès lors raisonnablement affirmer que le succès rencontré chez ces peuples par la notion d'effectivité s'accompagne de cette *opinio juris* sans laquelle il ne peut être question de coutume internationale ? C'est ce que nous nous garderons provisoirement de faire, préférant réserver notre avis sur ce point jusqu'au moment où il sera possible, notamment ju travers des opinions exprimées dans un cadre contentieux par les juristes des pays décolonisés, d'avoir une idée plus précise concernant l'esprit qui préside à ces recours à la notion d'effectivité.