

Nationalité, migration et relations internationales

Alain Prujiner

Volume 24, Number 1, 1993

Migrations et relations transnationales

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/703128ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/703128ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Institut québécois des hautes études internationales

ISSN

0014-2123 (print)

1703-7891 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Prujiner, A. (1993). Nationalité, migration et relations internationales. *Études internationales*, 24(1), 63–78. <https://doi.org/10.7202/703128ar>

# Nationalité, migration et relations internationales

Alain PRUJINER\*

La dimension des préoccupations humaines est de plus en plus planétaire. Qu'il s'agisse d'environnement ou d'économie, la recherche et l'action ne se conçoivent plus à une échelle locale. L'horizon théorique et pratique ne peut plus être limité aux frontières régionales ou même continentales. La conscience de l'interdépendance de l'ensemble des sociétés humaines a pénétré les esprits de manière irrévocable.

Les résultats désastreux des politiques économiques isolationnistes menées pendant la première moitié du siècle ont amené à choisir l'ouverture des marchés comme nouvelle base de la croissance. La libre circulation des biens, des capitaux et des services a été promue au rang de premier objectif légitime du droit international économique.

La liberté de mouvement des capitaux est sans commune mesure avec ce qui existait il y a cinquante ans et l'on se dirige vers un système de convertibilité générale des monnaies. La masse des capitaux «délocalisés», qui, comme les Eurodevises, échappent largement aux divers contrôles étatiques, atteint une envergure qui commence à susciter des inquiétudes.

En même temps, malgré les difficultés évidentes de l'opération, les négociations menées dans le cadre du GATT principalement élargissent sans cesse le champ des échanges de biens et de services libérés des barrières étatiques, tarifaires ou non. Les États acceptent de limiter de plus en plus le contrôle des marchandises aux frontières, régionalement et internationalement, pour le bénéfice de tous, d'après de nombreux économistes.

La logique économique voudrait que la libre circulation des personnes accompagne celle des biens et des capitaux, mais là, soudain, tout bloque. Il n'existe qu'un traité, régional, qui a établi comme principe fondateur la libre circulation des personnes: le Traité de Rome de la Communauté européenne<sup>1</sup>. Les autres traités régionaux<sup>2</sup> sont beaucoup plus discrets sur

---

\* Professeur de droit, directeur de la Maîtrise en relations internationales, Université Laval, Conseiller en loi, Barreau du Québec.

1. Traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957, art. 3 et art. 48 s.  
2. Par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain du 7 octobre 1992 (ALENA).

ce point et le sujet est largement ignoré dans les négociations et institutions multilatérales<sup>3</sup>.

Pourtant, bien au-delà de cette dimension économique, l'homme a développé une conscience planétaire qui en fait de plus en plus un citoyen du monde. La protection de l'environnement, la lutte contre la faim ou l'analphabétisme, la défense des droits de l'homme et les multiples autres sujets que les organisations internationales mettent de l'avant sont autant d'occasions d'actions individuelles au plan mondial.

La société internationale reste toutefois une société composée d'États, pas de personnes physiques. L'individu est traité dans les relations internationales en fonction de son appartenance à l'un ou l'autre des États, et ses possibilités de déplacement et d'établissement sur la planète dépendent étroitement de cette appartenance.

L'objet de ce texte est d'identifier les règles juridiques qui déterminent ce lien entre les personnes et les États (la nationalité) puis d'analyser les conséquences juridiques qu'il a sur la liberté de déplacement et d'établissement (la migration), dans une perspective de relations internationales, c'est-à-dire du point de vue des rapports entre les États en droit international.

## I – La nationalité

### A — Origines

La nationalité est le lien juridique qui établit l'appartenance d'un individu à une société politique<sup>4</sup>, un État. La nationalité réfère nécessairement à un État souverain de l'ordre international et le terme de citoyenneté devrait être réservé à d'autres types d'appartenances, mais l'usage ne respecte pas cette règle, le Canada par exemple ayant baptisé «citoyenneté» la «nationalité» canadienne<sup>5</sup>.

La nationalité comme notion juridique est relativement récente. Bien sûr, l'idée en est apparue dès l'Antiquité, mais tant en Grèce qu'à Rome elle joue un rôle très différent de celui qui lui est attribué aujourd'hui. C'est

3. Voir D. LOCHAK, *Étrangers: de quel droit ?*, Paris, PUF, 1985, p. 82s.

4. Par exemple BATIFFOL et LAGARDE, *Droit international privé*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. Paris, L.G.D.J., 1981, p. 60, définissent la nationalité comme «l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un État». Pierre MAYER a démontré le caractère tautologique de cette démarche lorsque le droit international public définit l'État à partir de ses nationaux dans *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1987, p. 508. Il préfère mettre l'accent sur le caractère d'opposabilité de cette qualité en droit international public. Voir aussi les remarques de A.V.M. STRUYCKEN, «Acquisition et perte de la nationalité néerlandaise» dans *La condition juridique de l'étranger, hier et aujourd'hui*, Actes du Colloque organisé à Nimègue les 9-11 mai 1988 par les Facultés de Droit de Poitiers et de Nimègue, Faculteit der Rechtgeleerheid, Katholieke Universiteit Nijmegen, 1988, p. 3.

5. *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985. c. C-29.

plutôt l'allégeance qui est le concept dominant jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, établissant un lien direct entre le détenteur de l'autorité et les individus qui y sont soumis<sup>6</sup>. La nationalité moderne apparaît avec les révolutions américaine et française. Dans les deux cas, il fallait créer un substitut juridique à l'allégeance à une couronne disparue. La nationalité est donc née avec l'idée de Nation et elle a connu la même expansion universelle.

L'appartenance d'une personne à une société politique ne peut être déterminée que par cette société elle-même, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'un État souverain. L'un des principes les moins contestés du droit international public est celui de la liberté de chaque État de conférer sa nationalité suivant les règles qu'il juge appropriées<sup>7</sup>. La seule limite concrète à cette liberté est celle de l'opposabilité de cette nationalité aux autres États comme l'a établi l'arrêt *Nottebohm*<sup>8</sup>. Cela signifie que chaque État est libre de considérer qui il veut comme membre de sa communauté nationale mais que les autres États n'accepteront de reconnaître ce lien que s'il s'agit d'une nationalité effective, «expression juridique exacte d'un fait social de rattachement» selon les termes de la Cour Internationale de Justice<sup>9</sup>.

Ce sont donc essentiellement des législations nationales qui expriment ce rattachement<sup>10</sup>, à l'aide de critères d'attribution de nationalité à la naissance ou de modalités d'acquisition volontaire de cette nationalité. Tous les pays n'utilisent pas des critères identiques pour décider de la nationalité des enfants à la naissance et les modalités juridiques mises en œuvre varient fortement, révélant souvent un lien avec la conception culturelle de l'identité adoptée par chaque peuple.

## B — Nationalité et identité

Les critères juridiques d'appartenance à une communauté nationale à la naissance sont fondés principalement sur deux idées : l'enfant est membre de la communauté parce que ses parents (ou l'un d'entre eux) sont membres de la communauté, ou l'enfant est membre de la communauté, parce qu'il est né sur le territoire qu'occupe cette communauté. La première approche est habituellement désignée par l'expression *jus sanguinis* ou droit du sang et la seconde par *jus soli* ou droit du sol.

6. Il reste des traces visibles de cette conception. Ainsi, le Canada exige que le nouveau citoyen «jure fidélité et sincère allégeance à sa Majesté la Reine Elizabeth Deux, Reine du Canada, à ses héritiers et successeurs...»

7. *Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité*, art. 1 : il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux.

8. C.I.J., *Rec.* 1955, p. 4.

9. *Idem*, p. 24.

10. Il existe certains traités bilatéraux ou multilatéraux à portée assez limitée. Pour en trouver un relevé, voir l'étude de Bernard DUTOIT sur les sources formelles du droit de la nationalité dans le *Juris-classeur Nationalité*, Fasc. 2.

Ces idées ne sont pas nécessairement mutuellement exclusives. Elles peuvent se combiner à des degrés divers. Un État pourrait décider de n'octroyer sa nationalité qu'aux enfants issus de deux parents possédant sa nationalité et nés sur le territoire national. Cette utilisation intégrale des deux principes sur un pied d'égalité aboutirait à une politique très restrictive. Son résultat priverait de nationalité tous les enfants de nationaux nés à l'étranger et les enfants nés au pays dont au moins un parent serait étranger. En fait, les combinaisons utilisées donnent priorité à l'un des principes, celui du sang ou celui du sol.

Sans faire une étude exhaustive des divers droits de la nationalité, il apparaît clairement que les pays peuvent être classés selon l'importance relative qu'ils accordent au *jus sanguinis* et au *jus soli*.

Parmi les États dont la législation fait surtout référence aux liens du sang, on peut noter l'Allemagne<sup>11</sup>, l'Autriche<sup>12</sup>, l'Espagne<sup>13</sup>, la Grèce<sup>14</sup>, l'Italie<sup>15</sup>, la Roumanie<sup>16</sup>, la Turquie<sup>17</sup> et la plupart des pays islamiques<sup>18</sup>, le Burundi<sup>19</sup>, le Rwanda<sup>20</sup>, Madagascar<sup>21</sup>, le Zaïre<sup>22</sup>, Israël<sup>23</sup>, la Chine<sup>24</sup>, la Corée<sup>25</sup> et le Japon<sup>26</sup>. Cette prédominance du *jus sanguinis* comporte, dans la plupart de ces États, certaines atténuations pour attribuer une nationalité à l'enfant né sur leur sol sans autre nationalité<sup>27</sup> ou trouvé dans cet État, ou bien pour en limiter la transmission aux enfants de nationaux nés à l'étranger suivant diverses modalités.

- 
11. «Pour être ressortissant allemand, il faut pouvoir rattacher sa filiation à un auteur allemand», Fritz STURM, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Allemagne, p. 7
  12. Voir Walter ZEYRINGER, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Autriche.
  13. Voir Elisa PEREZ VERA et José-Maria ESPINAR Y VICENTE *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Espagne.
  14. Voir Marie-Hélène DE BRABANDÈRE-MARESCAUX, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Grèce.
  15. Voir Stefania BARIATTI, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Italie.
  16. O. CAPATINA, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Roumanie.
  17. V. R. SEVIG, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Turquie.
  18. A. BENCHENEB et M. BENGANA, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Algérie; F. A.-M. RIAD, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Égypte; J.Y. CARLIER, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Maroc.
  19. M.J. VERWILGHEN, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Burundi.
  20. C. NTAMPAKA, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Rwanda.
  21. B. MARTIN-BOSLY, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Madagascar.
  22. K. MBIKAYI, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Zaïre.
  23. C. KLEIN, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Israël.
  24. D.T.C. WANG, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Chine.
  25. L. KIM-UKKON, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Corée.
  26. D.T.C. WANG, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Japon.
  27. Il s'agit d'éviter de créer des apatrides de naissance. Ce principe a été adopté par la *Convention des Nations Unies sur la réduction des cas d'apatridie* du 30 août 1961, en vigueur dans 15 États (Allemagne, Australie, Autriche, Bolivie, Canada, Costa-Rica, Danemark, Irlande, Libye, Kiribati, Niger, Norvège, Royaume-Uni, Suède). Voir aussi le *Protocole de La Haye du 12 avril 1930 relatif à un cas d'apatridie* et la *Convention de Berne du 13 septembre 1973 tendant à réduire le nombre de cas d'apatridie*. Ces deux textes établissent un lien avec la nationalité de la mère.

Il existe aussi d'importantes variations sur la nature de la filiation qui peut transmettre la nationalité. Le principe moderne d'égalité des sexes permet autant à la femme qu'à l'homme de léguer sa nationalité à ses enfants, que ceux-ci soient issus d'un mariage ou non, dans de nombreuses législations récentes<sup>28</sup>. Il faut cependant constater la résistance des droits d'inspiration religieuse, surtout ceux influencés par l'Islam, qui privilégient le père, et celui d'Israël, qui favorise la mère.

Le principe du *sol domine* dans d'autres États, dont le Danemark<sup>29</sup>, l'Argentine<sup>30</sup>, le Brésil<sup>31</sup>, le Canada<sup>32</sup>, les États-Unis<sup>33</sup>, le Mexique<sup>34</sup>, l'Inde<sup>35</sup>, l'Australie<sup>36</sup> et la Nouvelle-Zélande<sup>37</sup>. Ce principe est aussi atténué par des règles permettant de ne pas attribuer la nationalité à certains enfants nés sur le territoire<sup>38</sup> et, à l'inverse, de ne pas priver de leur nationalité les enfants de nationaux nés lors d'un déplacement à l'étranger de leurs parents.

Enfin certains États ont adopté des régimes mixtes, ajoutant le plus souvent des éléments de *jus soli* à une transmission surtout fondée sur la filiation, telle la naissance sur le territoire d'une personne elle-même née sur ce territoire (ou dont un parent est né sur le territoire si l'on exige une troisième génération). Diverses formes de mixité apparaissent dans les législations de Belgique<sup>39</sup>, de France<sup>40</sup>, des Pays-Bas<sup>41</sup>, du Portugal<sup>42</sup>, de Tunisie<sup>43</sup> ou du Sénégal<sup>44</sup>. Le droit britannique présente un modèle plus confus<sup>45</sup>.

Il est évident que cette classification n'est qu'un regroupement de régimes juridiques qui se situent en fait sur un continuum de juxtapositions d'éléments inspirés par la logique de la filiation ou celle du lieu de naissance. La complexité des situations à gérer produit de multiples règles qui exigeraient une analyse beaucoup plus détaillée pour dresser un tableau comparatif d'ensemble. Une recherche de ce type n'est cependant pas

28. Par exemple, voir les législations européennes, ou celles de Chine et du Japon.

29. T. STEFFENSEN, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Danemark.

30. I. VAN LIERDE, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Argentine.

31. P.S. JOÃO, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Brésil.

32. E. GROFFIER, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Canada.

33. A. DEL REY JR., *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. États-Unis.

34. Ph. COUVREUR, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Mexique.

35. P. JADOT, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Inde.

36. M. PRYLES, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Australie.

37. K. B. JOHNSTON et S.J. ZINDEL, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Nouvelle-Zélande.

38. Au moins les enfants du personnel diplomatique des autres États et, parfois, les enfants de touristes étrangers par exemple.

39. C.L. CLOSSET, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Belgique.

40. J. MERLIN, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. France.

41. KO SWAN SIK et J. VAN RIJN VAN ALKEMADE, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Pays-Bas.

42. A.-F. RAVET-GOBBE, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Portugal.

43. M. TAVERNE, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Tunisie.

44. Abd El Kader BOYE, *Juris-Classeur Nationalité*, Fasc. Sénégal.

45. Voir D. LOCHAK, *op. cit.*, pp. 53-56.

nécessaire pour établir l'existence de disparités et essayer d'en comprendre les origines. Le classement obtenu précédemment permet d'identifier des agrégats de législations dominées nettement par l'un ou l'autre des principes d'octroi de la nationalité.

En examinant les listes de pays identifiés au *jus soli* ou au *jus sanguinis*, il n'est pas aisé d'y découvrir des corrélations avec d'autres caractéristiques. Il en est pourtant une qui s'impose : le continent américain semble plus porté que tout autre vers le droit du sol. L'explication la plus probable est que les États dont la population est d'immigration récente ou actuelle utilisent le principe du sol pour intégrer rapidement les enfants des nouveaux arrivants à la communauté nationale. Le fait que l'Australie et la Nouvelle-Zélande fassent partie de ce groupe renforce cette idée.

Une autre corrélation a déjà été identifiée : il s'agit de la valorisation de la filiation due aux influences de certaines religions qui veulent maintenir leurs traditions patrilinéaire ou matrilinéaire. Le retard de certaines sociétés à atteindre une véritable sécularisation de leurs droits pourrait donc avoir un impact lorsque identité nationale et identité religieuse tendent à se confondre.

De nombreux États sécularisés ont toutefois aussi conservé le lien du sang comme fondement identitaire. Dans certains cas, il peut s'agir d'un résultat de circonstances historiques. Ainsi l'Italie comme l'Allemagne sont des États qui se sont formés postérieurement à l'identification nationale de leurs populations. Le lien géographique peut alors être plus faible que celui de l'«ethnie», surtout lorsque les frontières de l'État ont connu des variations aussi considérables que celles de l'Allemagne au cours du dernier siècle.

Il est quand même possible d'essayer d'établir certains liens entre le fondement de l'identité de chaque groupe national et le choix du mode d'attribution de sa nationalité. L'identification historique, «ethnique», d'une culture nationale semble l'amener à privilégier la filiation comme critère juridique de la nationalité, tandis qu'une identification géographique, territoriale, favoriserait le lieu de naissance.

Les sociétés nomades ne peuvent s'identifier que par la filiation. C'est l'agriculture qui a créé des solidarités territoriales plus fortes que les liens ethniques. Si la sédentarisation entraînait nécessairement une identification territoriale, celle-ci devrait dominer maintenant, mais cela n'est pas le cas. Les cultures des divers groupes semblent être restées marquées par des valeurs différentes qui amènent des critères d'identification variables.

Ainsi, il serait possible d'expliquer les importantes divergences qui existent entre les droits de la nationalité d'États tels que l'Allemagne, le Canada et la France par la culture identitaire de ces collectivités. L'identité allemande semble être restée profondément ethnique, historique. Le peuple l'emporte sur le pays, le germanisme sur la localisation. Il est plus facile

pour un descendant d'Allemand, dont la famille est installée hors d'Allemagne depuis plusieurs générations, de retrouver sa nationalité allemande que pour une personne née en Allemagne d'une famille non allemande, mais installée en Allemagne depuis autant de générations, d'y accéder.

Le Canada offre l'exemple le plus opposé de démarche identitaire. Le Canada, c'est d'abord un territoire, *a mari usque ad mare*. Est Canadien celui qui vit au Canada. Dans ce pays d'immigration, la référence est surtout géographique. Tout enfant né ici doit être canadien. Cette identification géographique dominante dans la culture canadienne intègre difficilement l'identité canadienne-française, ou maintenant québécoise, plus historique, mais cela est une autre histoire...

La France se situe entre ces deux options, le territoire et l'histoire se combinant dans son identité comme en témoignent les travaux de Fernand Braudel<sup>46</sup>. Une identification ethnique semble impossible, mais la nationalité vient sanctionner une intégration à la société française qui exige au moins une génération.

Le lien entre les paramètres de la culture identitaire et les principes fondamentaux du droit de la nationalité semble assez solide. Il apparaît aussi sur d'autres aspects de ce domaine. Ainsi, la conception ethnique de l'identité nationale est la seule qui peut produire des diasporas. Elle introduira aussi plus de restrictions sur les possibilités de naturalisation<sup>47</sup>. Une autre analyse permettrait d'identifier les sources de divergences quant à l'impact du mariage sur la naturalisation des conjoints, un domaine dans lequel les sociétés traditionnelles (religieuses) maintiennent des clivages sexuels abandonnés ailleurs par respect du principe d'égalité des personnes.

Tant les règles d'attribution que celles d'acquisition de la nationalité varient donc fortement d'un État à l'autre, en fonction d'influences culturelles et politiques propres à chaque société.

## C — Conflits de nationalité

Les divergences de règles d'attribution et d'acquisition de la nationalité des divers pays peuvent produire des résultats concrets difficiles, soit d'absence de nationalité, soit de cumuls de nationalité.

### 1. L'apatridie

L'apatridie, ou absence de nationalité, peut apparaître à la naissance d'un enfant d'étrangers provenant d'un pays de *jus soli* sur le territoire d'un pays de *jus sanguinis*. Pour éviter ce résultat, la *Convention des Nations Unies*

46. Fernand BRAUDEL, *L'identité de la France*, Paris, Arthaud, 1986.

47. Dans cet ordre d'idée, on consultera l'intéressante étude comparative de Paul LAGARDE, «L'accession des immigrés à la nationalité du pays d'accueil et le problème de la double nationalité», dans D. TURPIN (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales, défis et solutions*, Paris, Économica, 1987, p. 199.

sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961<sup>48</sup> a adopté un principe de territorialité subsidiaire. En effet, l'individu qui naît sans nationalité est dépourvu de toute protection dans l'univers du droit international actuel et cette situation l'expose à des risques sérieux. Les États se sont donc entendus pour éviter de créer ces circonstances.

Par contre, certains États n'hésitent pas à provoquer l'apatridie en enlevant leur nationalité à certaines personnes, souvent pour des motifs politiques. Le retrait de leur nationalité permet d'expulser ces personnes, ou de leur interdire le retour dans leur pays, mesures que le droit international ne permet pas à l'égard des nationaux<sup>49</sup>. Ces apatrides sont donc habituellement des réfugiés<sup>50</sup>. La perte de la «protection» d'un État qui les persécute n'est pas trop à déplorer, mais elle a certaines conséquences pratiques que les Nations Unies doivent prendre en compte, tel l'établissement de pièces d'identité<sup>51</sup>.

## 2. La plurinationalité

La multiplicité de nationalités crée d'autres types de problèmes. Elle peut apparaître à la naissance. Par exemple l'enfant de deux parents de nationalités différentes provenant tous deux de pays transmettant leur nationalité par filiation et né dans un pays de *jus soli* direct comme le Canada aura trois nationalités. Elle peut aussi provenir de l'acquisition d'une nouvelle nationalité sans perte de celle possédée antérieurement.

L'attitude des États à l'égard de la binationalité (ou plurinationalité) varie fortement. Certains luttent manifestement contre cette possibilité en retirant leur nationalité à la naissance aux enfants de certaines catégories qui en possèdent une autre. C'est le cas de nombreux pays de *jus sanguinis* qui n'accordent leur nationalité selon le principe du sol qu'aux enfants qui n'ont aucune autre nationalité. Le caractère subsidiaire de cet octroi de nationalité est alors évident. Une règle identique ne se retrouve bien sûr pas dans les pays de *jus soli*.

Les différences sont encore plus marquées en matière d'acquisition. Certains États obligent les requérants à abandonner leur nationalité d'origine, semblant ainsi vouloir avoir une preuve de leur nouvelle allégeance<sup>52</sup>. D'autres, à l'inverse, sanctionnent par le retrait automatique de leur nationalité l'acquisition volontaire d'une autre<sup>53</sup>. De nombreux autres États se contentent de permettre l'abandon de leur nationalité lors de l'acquisition

48. Voir note 27.

49. Voir infra, p. 16.

50. Apatride réfugié – protection du Haut Commissariat. *Convention relative au statut des réfugiés*, Genève le 28 juillet 1951 et *Protocole relatif au statut des réfugiés*, New York, le 31 janvier 1967. Aussi : *Convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides*, en vigueur dans 36 pays mais non ratifiée par le Canada.

51. La création du «passeport Nansen» a été la première initiative de la société internationale à l'égard des réfugiés (SDN, 1921).

52. Voir par exemple les États-Unis.

53. Voir par exemple la Belgique.

d'une autre, sans en faire une obligation. Ils sont aussi nombreux à permettre d'acquérir leur nationalité sans abandon préalable ou concomitant. La tolérance à l'égard de la multiplicité des nationalités ne semble pas reliée aux identités géographiques ou ethniques : Les États-Unis sont plus exigeants que le Canada pour la naturalisation des étrangers, mais ils permettent à leurs nationaux d'acquérir d'autres nationalités contrairement à la Belgique par exemple, qui s'éloigne sur ce point de la France. L'Italie donne l'exemple intéressant d'un pays qui vient de changer sa politique sur ce point. Après avoir retiré systématiquement sa nationalité aux émigrés qui en acquerraient une autre, elle a décidé de leur permettre de la conserver, et même de la récupérer pour ceux qui l'avaient antérieurement perdue<sup>54</sup>. Ce changement manifeste une volonté de maintenir plus de liens avec la diaspora.

Les conséquences pratiques de la binationalité sont moins graves que celle de l'absence de nationalité. Elles consistent surtout à déterminer l'État dont l'appartenance l'emporte. En fait cette question concerne surtout les États tiers. Aucun État ne peut accepter que lui soit opposée l'autre nationalité d'une personne qu'il considère être de sa nationalité. Le «binational» ne possède, dans chaque État dont il relève, que la nationalité de celui dans lequel il se trouve. La seule circonstance dans laquelle sa binationalité risque d'être prise en compte est le cas de guerre entre les deux États en question, et ce ne sera pas à son avantage.

Dans les États tiers, le problème est différent. La personne peut invoquer la nationalité de son choix, mais jusqu'à quel point la nationalité invoquée est-elle opposable à cet État ? La jurisprudence internationale a adopté un principe d'effectivité dans l'affaire *Nottebohm*<sup>55</sup>, un cas de protection diplomatique. Le choix de la nationalité effective peut aussi être nécessaire dans des contextes non directement reliés aux relations internationales. Ainsi, de nombreux droits internationaux privés utilisent la nationalité comme facteur de rattachement du statut personnel. Lequel choisir à l'égard d'un plurinational ? Là encore, l'effectivité manifestée par l'établissement principal domine<sup>56</sup>.

Du point de vue des relations internationales, les règles relatives à la nationalité ne semblent donc pas susceptibles de provoquer de difficultés majeures malgré les importantes divergences de conceptions des États dans ce domaine. Les Conventions sur l'apatridie devraient être en vigueur dans plus d'États, mais les principes adoptés semblent adéquats dans l'ensemble. La plurinationalité ne fait pas l'objet d'une préoccupation multilatérale, mais la nécessité d'une intervention sur ce plan n'est pas évidente. Reste à vérifier si la situation est identique en matière de liberté de déplacement.

54. Loi italienne entrée en vigueur le 17 août 1992, *La Presse*, 18 août 1992, p. A5.

55. *Nottebohm*, C.I.J., *Rec.* 1955, p.4

56. Paul LAGARDE, «Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités», (1988) 77 *Rev. crit. dr. internat. priv.* 29.

## II – La migration

### A — L'accès au territoire

#### 1. Le droit d'accès

Le premier attribut de la nationalité est le droit de résider et de circuler sur le territoire de l'État national. En principe, aucun État ne peut interdire à ses nationaux de demeurer sur son territoire, d'en sortir ou d'y revenir librement<sup>57</sup>. Le bannissement n'est juridiquement plus possible.

Les condamnations de la politique d'expulsion menée par Israël illustrent bien la force de ce principe puisqu'il ne s'agit pas, dans ce cas, de personnes ayant la nationalité israélienne mais d'Arabes établis dans les territoires occupés par cet État. Or la communauté internationale refuse non seulement la possibilité d'expulsion d'Arabes de nationalité israélienne, mais aussi des Arabes dont Israël doit assumer la responsabilité du fait de l'occupation militaire de leur territoire. Le seul tempérament à ce droit est la possibilité d'extradition pour des crimes couverts par un traité. Le national ne pourra pas invoquer son droit à demeurer dans son État pour s'y opposer.

La crise provoquée par l'expulsion massive en décembre 1992 de militants islamistes par Israël montre aussi très clairement le deuxième principe lié à la nationalité dans le droit international actuel : aucun État n'est obligé de recevoir des étrangers sur son sol, avec une seule atténuation à l'égard des réfugiés. Les accords internationaux les concernant<sup>58</sup> interdisent leur renvoi dans l'État national qui les persécute et comme aucun autre pays n'est obligé de les accepter, l'État où ils se trouvent doit bien tolérer leur présence s'il entend respecter ses engagements. Les expériences récentes des réfugiés haïtiens et albanais ont cependant fait la démonstration de la fragilité de cette obligation dans certaines circonstances. L'incroyable situation créée à la frontière israélo-libanaise en ce moment<sup>59</sup> en fournit un autre exemple.

L'être humain, dans le monde juridique actuel, n'a donc le droit de vivre et de circuler que sur le territoire de l'État dont il est un ressortissant. Un des principaux avantages de la plurinationalité est de doubler (ou de tripler...) cette possibilité. Sauf dans ce dernier cas, plutôt limité, le national d'un État est nécessairement un étranger dans tous les autres pays, donc il n'a pas le droit de pénétrer sur leur territoire. Il ne pourra le faire qu'avec l'autorisation de l'État en cause. Par contre, il ne devrait pas, en principe, avoir besoin de permis pour quitter son pays d'origine, le droit international ayant consacré le droit de quitter librement son État national et celui d'y

57. Voir H. HANNUM, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.

58. Voir *supra* note 50.

59. Fin décembre 1992.

revenir<sup>60</sup>. Ce principe n'est cependant pas encore respecté de manière universelle.

Pour assurer le respect de la règle limitant l'accès du territoire aux seuls nationaux, les États ont imposé, relativement récemment (depuis le XIX<sup>e</sup> siècle), un contrôle des personnes aux frontières. Le document de base que chacun doit présenter est le passeport, titre de voyage émis par l'État national de la personne et auquel elle a droit si l'État respecte le principe de liberté de sortie de ses ressortissants. Sa première utilité est de permettre de distinguer entre les nationaux, qui ont le droit d'entrer, et les autres. Ceux-ci pourront obtenir un droit d'accès, à certaines conditions, précisées habituellement sous la forme d'un visa.

La permission de pénétrer sur le territoire de l'État sera accordée soit pour une durée limitée, soit avec un droit d'établissement permanent. L'autorisation de séjour temporaire peut être plus ou moins longue et varie suivant le statut accordé: touriste, travailleur temporaire ou étudiant pour prendre l'exemple de la catégorisation canadienne. Le droit à un établissement permanent caractérise le statut des immigrants au Canada.

## 2. *Les conditions d'accès*

Les conditions qui permettent d'obtenir le statut d'immigrant ou le droit de travailler ou de résider dans un pays sont laissées à l'entière discrétion de chaque État. Les méthodes actuelles de sélection des immigrants, telles qu'elles sont mises en œuvre dans les rares États qui ont encore une politique d'immigration<sup>61</sup>, donnent des résultats contestables au plan international. En résumé, ces États, développés économiquement, recrutent surtout des personnes riches ou instruites. Les critères utilisés le plus sont la détention de capital<sup>62</sup> ou la capacité à s'intégrer sur le marché du travail de l'État hôte, habituellement grâce à une formation spécialisée. L'immigration provoque ainsi un transfert de richesse et de compétence important des pays les moins développés vers ceux qui le sont plus. Le résultat global des politiques d'immigration, justifiées dans chaque pays par des considérations d'intérêt local, est d'accentuer le déséquilibre entre le Sud et le Nord<sup>63</sup>. Les mesures adoptées au plan international pour contrer ce phénomène restent très marginales<sup>64</sup>.

60. *Supra*, note 57.

61. Canada, Australie et États-Unis pour l'essentiel.

62. Les programmes conçus pour attirer les investisseurs ont donné lieu à une certaine surenchère entre États après l'entente concernant le transfert de souveraineté de Hong Kong.

63. Voir *L'avenir des migrations*, OCDE, Paris, 1987; OCDE-SOPEMI, «Migration internationale: le 13<sup>e</sup> rapport annuel du SOPEMI», *Problèmes économiques*, Paris, La documentation française, n<sup>o</sup> 26, 8/10/86.

64. L'une des seules qui existent est le programme de retour des compétences de l'Organisation Internationale pour la Migration (anciennement Comité intergouvernemental pour la migration) de Genève. Sa portée est expérimentale.

Dans tous les cas, cependant, la position de l'étranger reste précaire. Puisque l'État n'est pas obligé de laisser ces personnes entrer sur son territoire, il n'est pas plus obligé de les y garder ensuite. C'est du moins la logique du droit international classique, logique qui domine toujours largement la question. Dans certains cas, le droit interne de l'État peut prévoir certaines garanties procédurales, mais l'État n'a pas une obligation de les établir et de les respecter, en particulier, lorsque l'expulsion d'étrangers indésirables est faite en invoquant l'urgence et la sécurité nationale. Les procédures peuvent alors devenir très expéditives.

Pour empêcher les pires exactions, les victimes ne peuvent habituellement compter que sur la protection diplomatique de leur État national. De nombreux traités bilatéraux contiennent aussi des dispositions visant à protéger les nationaux de chaque État dans le territoire de l'autre. Il faut pourtant constater la pauvreté des instruments multilatéraux sur ce point : il n'y a guère que la Convention de Genève qui interdit de renvoyer un réfugié dans son État parce qu'il y risque la persécution. Même dans le cadre juridique le plus favorable à la liberté d'établissement, la Communauté européenne, les États membres ont conservé ce pouvoir d'expulsion des ressortissants des autres États membres pour raison d'ordre public.

Pour empêcher les expulsions arbitraires, le droit international reste démuné. Par contre, un certain consensus s'est développé pour condamner les modalités portant atteinte à la dignité humaine. Selon Danièle Lochak, il y aurait aussi une tendance à condamner les expulsions collectives<sup>65</sup>. On pourrait donc penser que des expulsions collectives dans des conditions inhumaines seraient condamnées et pourraient entraîner des sanctions ou même provoquer une intervention militaire «humanitaire». Par certains côtés, l'intervention de protection à l'égard des Kurdes d'Irak pourrait servir de précédent, même si, dans ce cas, il ne s'agissait pas d'une expulsion mais plutôt d'une fuite. Les événements en cours dans l'ex-Yougoslavie et les condamnations de plus en plus vives de la politique serbe de «purification ethnique» vont aussi en ce sens. Il semble que la Communauté internationale tolère de moins en moins les déplacements forcés de populations entières.

L'expulsion individuelle semble moins susceptible de développements juridiques internationaux majeurs à court terme. De ce point de vue, M<sup>me</sup> Lochak a raison de considérer que : «l'étranger est toujours en sursis sur le territoire d'un État dont il n'est pas le ressortissant»<sup>66</sup>. De plus, son statut juridique y est systématiquement inférieur à celui des ressortissants.

## B — La condition juridique de l'étranger

L'effet discriminant de la nationalité n'est pas limité au droit d'accès au territoire. Lorsque l'étranger est admis dans un État, il ne s'y retrouve pas

65. *Op. cit.*, *supra*, note 3, p. 85.

66. *Idem*, p. 86.

dans la même position que les nationaux. Suivant son statut, les conditions liées à son autorisation de séjour varieront fortement.

Le touriste n'a généralement pas le droit de travailler ni de se livrer à des activités autres que celles d'un visiteur/consommateur. D'autres étrangers pourront obtenir un droit de travail temporaire. Il peut s'agir aussi bien d'ouvriers agricoles saisonniers que des cadres d'entreprises multinationales. D'autres encore se verront accorder l'autorisation de suivre des études... Le droit applicable à leur statut en droit civil restera habituellement celui de leur pays d'origine. Leurs possibilités d'activités économiques (travail salarié, commerce ou autre) dépendront directement de leur statut local, comme leur accès aux services médicaux et sociaux.

L'immigrant sera dans la situation la plus proche de celle du national. Le principe d'assimilation aux nationaux qui est souvent invoqué à son égard n'aboutit pourtant jamais à la suppression de toute discrimination sur les droits politiques, civils, commerciaux et sociaux.

L'exclusion de la vie politique est la plus généralisée. L'immigrant n'a habituellement pas de droit de vote<sup>67</sup> et certains États exigent même qu'il s'abstienne de toute activité dans ce domaine sous peine d'expulsion<sup>68</sup>.

Le droit civil applicable à son statut personnel pourra, selon les pays, être celui de son nouveau domicile ou rester celui de sa nationalité. Il n'y a pas d'entente internationale sur ce point. Par contre, le droit international admet que l'État d'accueil puisse établir certaines interdictions aux étrangers comme celle d'acheter des immeubles. D'autres incapacités qui frappaient autrefois les étrangers sont aujourd'hui moins bien tolérées comme l'incapacité successorale<sup>69</sup> ou l'interdiction d'épouser un ressortissant<sup>70</sup>.

Le droit de mener des activités rémunérées est vital pour la plupart des immigrants et c'est là un élément essentiel de leur statut<sup>71</sup>. Dans certains pays, où la délimitation entre résidents temporaires et permanents n'est pas aussi tranchée qu'au Canada, c'est le droit au travail qui identifie l'immigrant par rapport au visiteur. Lorsque le statut est temporaire, la perte de

67. À l'exception de certains pays nordiques pour les élections locales. Voir D. LOCHAK, *op. cit.*, pp. 134-135. Le traité de Maastricht introduit cette politique dans la Communauté européenne, mais pour les membres de la Communauté seulement.

68. Faut-il rappeler l'expulsion récente en France de l'auteur d'un ouvrage consacré au Roi du Maroc ? L'annulation de cette mesure par une juridiction interne fait bien ressortir la soumission de cette question au droit interne de chaque État et non à un instrument international.

69. Il s'agissait autant du *droit d'aubaine* du seigneur qui héritait des biens de l'aubain, que de l'impossibilité de recevoir un héritage d'un ressortissant.

70. Seule subsistent certaines interdictions religieuses qui peuvent avoir un impact sur ce plan, telle l'interdiction d'épouser un non musulman pour une femme musulmane, interdiction sanctionnée civilement par le droit de pays islamiques.

71. Au Canada, tous les immigrants ont ce droit, sauf les retraités. Aux États-Unis, il s'agit de la qualité la plus recherchée de la *Green Card*. En France et dans de nombreux autres pays, le permis de travail est aussi important que le permis de séjour.

l'emploi peut entraîner l'expulsion. Cette menace n'existe pas pour le détenteur d'un statut permanent. Même dans ce cas, des discriminations peuvent subsister : certains emplois, certaines activités peuvent être réservés aux nationaux. C'est souvent le cas de la fonction publique. La profession d'avocat par exemple a longtemps été réservée aux nationaux, mais cette restriction tend à disparaître<sup>72</sup>.

Le droit international reconnaît la légitimité de ces mesures discriminatoires puisqu'il admet même le principe de la préférence accordée aux nationaux pour «la protection du travail national»<sup>73</sup>. Par contre, certains instruments étendent la règle du traitement national aux travailleurs étrangers pour les conditions de rémunération, de protection sociale ou de fiscalité<sup>74</sup>, et préservent le respect de leur droits fondamentaux<sup>75</sup>, avec certaines mesures de sauvegarde en cas de perte d'emploi. Ces textes plus protecteurs sont cependant en vigueur dans un nombre plus faible d'États, même s'ils maintiennent hors de leur champ d'application les conditions d'admission aux emplois. Il semble même que plus les Conventions reconnaissent des droits aux travailleurs migrants, moins elles ont de succès.

L'assimilation entre nationaux et immigrants est plus marquée dans le domaine des droit sociaux : assurance-maladie ou sécurité sociale, allocations de chômage, allocations de bien-être social, etc. Le contraire serait surprenant puisque les étrangers contribuent à ces régimes comme les autres, bien qu'ils puissent encore être victimes de règles qui les privent de certaines prestations, en particulier en ce qui concerne les fonds de pension lorsqu'ils retournent dans leur pays d'origine. La logique contribution/bénéfice explique aussi l'exclusion de principe des touristes et les variations de statut des étudiants d'un pays à l'autre.

Chaque État a donc une grande latitude quant au traitement qu'il peut réserver aux étrangers sur son sol. Dans ces conditions, de nombreux États se sont préoccupés du sort de leurs ressortissants dans les autres États, en général pour leur assurer au moins le traitement national. Une autre source de variations importantes est donc l'origine de l'étranger. Les États ont signé de multiples ententes pour assurer une protection (habituellement réciproque) à leurs ressortissants.

Le statut juridique de l'étranger dépendra donc aussi de sa nationalité. Cela est évident en Europe entre les ressortissants des États membres de la Communauté et ceux des autres pays. Parmi ceux-ci, il faudra aussi tenir compte, en France par exemple, de nombreux accords bilatéraux. Au Canada, l'exigence de la détention d'un passeport ou d'un visa à la frontière

72. Au Canada, voir ANDREWS, [1989]1 R.C.S. 143.

73. *Convention concernant la discrimination (emploi et profession)* B.I.T., C111, 1958. Cette Convention est en vigueur dans 110 pays, dont le Canada.

74. *Convention sur les travailleurs migrants (révisée)*, B.I.T., C 97, 1949; en vigueur dans 38 États, pas au Canada. La Convention originale avait été adoptée en 1939.

75. *Convention sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires)* B.I.T., C 143, 1975, en vigueur dans 15 États, mais pas au Canada.

dépend aussi du pays d'origine de la personne. Le Traité de libre-échange confère aussi certains privilèges aux Américains et bientôt aux Mexicains<sup>76</sup>. Autre exemple : au Québec, le montant des droits de scolarité des étudiants étrangers dépend des accords signés avec les autres pays.

Le statut de l'étranger est remarquable par l'ampleur de ses variations. Les résultats de la combinaison des catégorisations internes de l'État hôte et des modalités reliées à l'origine nationale produisent une multitude de situations extrêmement diverses. Ils comportent cependant en permanence une infériorisation par rapport à la situation juridique des nationaux, même dans un pays comme le Canada, certainement l'un de ceux qui ont poussé le plus loin le principe d'assimilation des immigrants aux nationaux. L'immigrant est un Canadien en devenir, dont il faut faciliter l'intégration à sa nouvelle société. Il bénéficie donc de l'ensemble des droits économiques et sociaux ; il jouit d'une pleine liberté politique, mais sans droit de vote ; il est régi par le droit privé de la province de son domicile. Il ne peut cependant quitter le Canada comme il le veut sans risquer de perdre son statut<sup>77</sup>. Il peut aussi être expulsé après une condamnation<sup>78</sup> par exemple.

Le droit international entérine pratiquement ce principe de discrimination puisqu'il n'impose aux États que l'obligation d'accorder aux étrangers un traitement conforme «aux exigences de la civilisation», critère minimal bien peu défini<sup>79</sup>. Les efforts d'amélioration par des traités internationaux n'ont, jusqu'à présent, donné que de faibles résultats<sup>80</sup>. Les possibilités de traitements iniques de migrants restent réelles. À défaut d'une action diplomatique du pays d'origine (qui n'a pas toujours les ressources ou l'intérêt suffisant), les personnes victimes de mauvais traitements ne peuvent plus compter que sur l'action humanitaire des organisations caritatives internationales, avec souvent des résultats limités comme le sort des Haïtiens en République Dominicaine le prouve depuis des années.

## Conclusion

En conclusion, l'encadrement juridique international de la migration semble particulièrement déficient. Le droit international n'a pas adopté la

76. Voir M.A. IVENER, «The Free Trade Agreement: a New Immigration Law Between United States and Canada», (1989)6 *Business and the Law* 3.

77. *Loi sur l'immigration*, art. 24 (2) : Le résident permanent qui séjourne à l'étranger plus de cent quatre-vingt-trois jours au cours d'une période de douze mois est réputé avoir cessé de résider en permanence au Canada, sauf s'il convainc un agent d'immigration ou un arbitre, selon le cas, qu'il n'avait pas cette intention.

78. Voir *Colin c. M.E.L.*, Cour fédérale, 1<sup>e</sup> instance, 6 mai 1988 ; *In re Gittens*, cf. 152. Dans ces deux cas, il s'agit d'individus arrivés très jeunes au Canada (5 et 9 ans), restés immigrants et condamnés pour des délits commis au Canada longtemps après leur admission. Ils ont été expulsés vers leurs pays d'origine à l'expiration de leurs condamnations.

79. Sur cette question, voir D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 103s.

80. *Idem*, pp. 106-107.

position de Grotius<sup>81</sup> et Vitoria<sup>82</sup> sur la liberté de communication entre les pays. Il a préféré remettre aux États la responsabilité complète des mesures à prendre dans ce domaine. La gestion des déplacements transfrontières des personnes reste entièrement nationale, même à l'égard des réfugiés qui bénéficient de la seule convention internationale limitant quelque peu la toute-puissance des États sur les conditions d'accès à leur territoire. Ce sont en effet les administrations locales qui ont la responsabilité d'appliquer et d'interpréter ce traité.

L'insuffisance d'ententes internationales sur cette question a produit un résultat anarchique. Chaque État agit en ne tenant compte que de ses intérêts propres, souvent à court terme. Les mesures adoptées peuvent alors produire un résultat incohérent, comme le traitement actuel des demandes de statut de réfugiés le démontre amplement, chaque administration essayant de trouver une solution locale à un problème global. La situation qui prévaut dans les cas de migrations économiques ne vaut guère mieux.

Il est temps que l'être humain joue un rôle plus important en droit international. Le droit de la nationalité ne semble pas propice à une action collective, car les liens de cette matière avec les conceptions culturelles divergentes des communautés nationales sont trop étroits. Le droit de la migration, par contre, semble avoir un urgent besoin d'adaptation à une réalité nouvelle. L'universalité des droits de l'homme est incompatible avec le pouvoir discrétionnaire que les États se sont octroyé sur le contrôle des déplacements des personnes et les droits des étrangers. Tout homme est étranger hors de son pays ; on ne devrait donc pas admettre que l'étranger reste «exclu de l'État de droit» selon l'excellente formule de Danièle Lochak<sup>83</sup>.

Il est d'ailleurs paradoxal de constater à quel point les capitaux et les marchandises circulent plus librement sur la planète que les personnes. L'ampleur des problèmes provoqués par les migrations dans de très nombreux pays en ce moment est telle que l'on peut espérer que les États prendront bientôt conscience qu'il s'agit d'une question qui ne peut plus être traitée sur un plan local et qu'une Conférence internationale s'impose. On peut espérer que de nouveaux principes pourraient alors être adoptés pour permettre de progresser vers un véritable droit international des migrations, un droit qui permette à chacun de se déplacer d'un État à l'autre, avec une protection juridique réelle et efficace.

Établir une véritable collaboration entre les États et garantir le respect des droits de la personne, voilà les deux objectifs que le droit international devrait adopter en matière de migration.

---

81. *De jure belli ac pacis*, (1625), cité par D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 82.

82. *De Indis* (1542), cité par D. LOCHAK, *ibid.*

83. D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 232.