

L'étranger dans le Code civil

par Danièle Lochak

Professeur à l'université de Paris X-Nanterre,
CREDOF (Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux)

in Pascale Bloch, Cyrille Duvert, Natacha Sauphanor-Brouillaud (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil*, Economica, 2006, pp. 107-122

Les principes posés par la Révolution française, et notamment par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, postulent, en même temps que l'universalité des droits de l'homme, l'universalité de la règle de droit, conçue comme un gage d'égalité : « La loi doit être la même pour tous ».

Édicté plusieurs années plus tard, le Code civil répond-il à cette double exigence d'universalité et d'égalité ? La réponse n'est ni évidente, ni univoque. L'existence de catégories de personnes – mari, femme, bailleur, preneur... – n'est pas en soi un signe de rupture avec ces deux postulats : le passage de l'individu abstrait aux personnes saisies dans des situations concrètes est inévitable lorsqu'on quitte le terrain de l'énoncé de droits naturels pour s'affronter à la réglementation de la vie sociale.

Le test véritable réside ailleurs : en premier lieu, il faut se demander si les différentes catégories ou classes d'individus dont parle le Code civil sont titulaires des mêmes droits et débitrices des mêmes obligations, ou tout au moins de droits et d'obligations équilibrées. Et si tel n'est pas le cas, il faut alors examiner la nature de l'appartenance à telle ou telle catégorie : ces appartenances sont-elles figées une fois pour toutes ou au contraire contingentes et réversibles ? Enferment-elles dans un statut ou sont-elles simplement fonctionnelles ? On admettra, par exemple, que l'appartenance à la catégorie des « mineurs », par hypothèse temporaire, n'a pas la même portée que l'appartenance à la catégorie des « femmes mariées », qui résulte, certes, d'un acte librement consenti : le mariage, mais qui ne prend fin, en l'absence de divorce, que par la mort du conjoint. Les catégories de « bailleur » et « preneur », quant à elles, ne sont fonctionnelles et fluides qu'en apparence dans une société où les chances d'appartenir à l'une ou l'autre sont socialement déterminées.

Or, si l'intégration à un statut, à une « classe juridique statutaire », est le préalable pour être admis à « s'asseoir à la table des joueurs », pour reprendre la métaphore d'André-Jean Arnaud¹, les classes d'individus ne bénéficient pas tous de la pleine capacité des droits civils. À côté de l'homme, adulte, de nationalité française, jouissant de toutes ses facultés physiques et mentales, il y a tous les autres, qui sont des êtres juridiquement imparfaits : le mineur en tutelle, l'incapable, la femme mariée, l'étranger... Ce que nous décrit le Code civil, ce n'est pas une société d'individus libres, celle que « chantaient philosophes et juristes “modernes”, mais le long cheminement d'un être résigné, à travers les statuts préétablis dans lesquels son âge, son sexe, sa condition familiale le feront tour à tour verser »².

C'est dans ce contexte général qu'il convient de replacer la question qui doit nous occuper ici : les étrangers dans le Code civil. D'un côté, le sort à part qui leur est réservé peut apparaître comme l'expression, à peine aggravée, de l'infidélité plus générale du Code aux postulats égalitaires et universalistes de la Révolution française, une preuve supplémentaire de ce que la loi civile n'est pas la même pour tous. D'un autre côté, pourtant, la catégorie des étrangers n'est pas réductible aux autres catégories présentes dans le Code civil, dans la mesure où ce qui est en jeu, ici, n'est pas seulement l'étendue des droits et prérogatives

¹ André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ 1973, p. 59.

² *Ibid.* p. 147.

attribués ou refusés, mais la possibilité même de se réclamer de la législation civile française : dans la mesure où l'étranger ne fait pas partie du groupe auquel le Code a vocation à s'appliquer – les Français –, il ne sera admis à jouir des droits civils qu'à certaines conditions.

De fait, lorsque le Code de 1804 désigne les étrangers, c'est en général pour les exclure ou pour leur conférer un statut diminué. On peut donc partir de l'hypothèse qu'il existe une corrélation entre visibilité et discrimination – hypothèse assez cohérente avec l'idée qu'universalité et absence de catégorisation vont de pair. Ce lien, posé comme hypothèse de départ, n'est toutefois pas univoque, et il va se distendre encore au fur et à mesure des réformes successives du texte.

I. La visibilité de l'étranger dans le Code de 1804, indice de sa condition diminuée

Les rédacteurs du Code civil, ses commentateurs et ses interprètes ont été à beaucoup d'égard influencés par la tradition de l'Ancien régime, de sorte que le Code civil semble se situer plus dans la continuation de la tradition monarchique que des principes de 89. Pour comprendre et évaluer la façon dont le texte de 1804 parle des étrangers, il faut donc revenir un peu en arrière.

A. Ruptures et continuités

Empruntant formellement à la distinction opérée par le droit romain entre les institutions du *jus civile*, réservées aux citoyens, et le *jus gentium*, d'application générale, les juristes de l'Ancien régime affirment que l'étranger, en tant que personne humaine, ne saurait être privé des prérogatives issues du *jus gentium* mais qu'on peut en revanche lui refuser la jouissance des droits civils, droits proprement nationaux³. C'est une façon de cantonner les discriminations et de les légitimer tout à la fois. La distribution entre les deux catégories de droits s'opère d'une façon que les commentateurs s'accordent à juger assez arbitraire : ainsi, l'étranger peut se marier avec une française, conclure des contrats de vente, louage, société, mandat, gage, hypothèque, emprunt ; il peut avoir un domicile dans le royaume ; faire ou recevoir des donations. L'adoption, en revanche, comme le droit d'hériter ou de léguer ses biens lui sont en principe refusés : en vertu du droit d'aubaine, sa succession est dévolue au roi⁴. L'étranger doit également s'acquitter de la caution *judicatum solvi* et en cas de condamnation il s'expose à la contrainte par corps.

Par la suite, le critère pertinent deviendra la distinction entre droits publics et politiques et droits privés⁵. Cette conception, appelée à devenir dominante avec la montée des États nations, inspire les Révolutionnaires, qui vont proclamer l'alignement de la condition civile des étrangers sur celle des nationaux, tout en réservant à ceux-ci l'exercice des droits de citoyen.

La Révolution consacre à cet égard une mutation fondamentale. L'inspiration universaliste de la Déclaration de 1789 comme celle de 1793 indique bien l'intention d'étendre la jouissance de droits (naturels) de l'homme à toute personne vivant sur le territoire français. L'idée semble donc admise que non seulement l'étranger a des droits en tant qu'homme, mais qu'il a vocation à l'égalité avec le national. Les droits politiques sont, certes, l'apanage des citoyens ; mais l'accès à la citoyenneté française est suffisamment aisé pour que cette

³ R. Villers, *La condition des étrangers en France dans les trois derniers siècles de la Monarchie*, in *L'étranger*, Recueils de la Société Jean-Bodin, T. X, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1958.

⁴ La pratique est souvent plus libérale, soit parce que dans certaines villes ou provinces les étrangers ne sont pas soumis au droit d'aubaine, soit grâce aux lettres de naturalité accordées à des étrangers méritants, soit encore en raison de l'exemption du droit d'aubaine pour certaines nationalités, sous condition de réciprocité (*ibid.*)

⁵ Mais on la trouve déjà sous l'Ancien régime : pour Domat, à la fin du XVII^e siècle, l'exclusion des étrangers des charges publiques est justifiée par le fait qu'ils ne sont pas du corps de la nation et qu'on ne peut présumer leur fidélité au prince et aux lois de l'État.

exclusion ne revête pas un caractère absolu et définitif⁶, Et surtout, parallèlement, l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux est proclamée solennellement pour tout ce qui touche aux droits civils.

Les étrangers acquièrent, en matière de droits privés, une assimilation presque complète avec les Français : le droit d'aubaine est aboli par le décret de 6-18 août 1790 car il est « contraire aux principe de fraternité qui doivent lier tous les hommes quels que soient leur pays et leur gouvernement » et que, « établi dans les temps barbares [il] doit être proscrit chez un peuple qui a fondé sa constitution sur les droits de l'homme et du citoyen ». Les étrangers peuvent aussi recueillir en France une succession (décret des 8-15 avril 1791). La contrainte par corps est supprimée de façon générale, y compris pour les étrangers, par le décret des 9-12 mars 1793. Ils demeurent toutefois soumis à la caution *judicatum solvi*.

Dix ans plus tard, le Code civil se situe nettement en retrait par rapport aux acquis de la Révolution. L'assimilation n'est pas posée en principe, et les étrangers se trouvent privés d'un ensemble de droits. Or, dans la mesure où le Code ne se préoccupe que de « l'état civil » des personnes, par opposition à « l'état politique », fixé par la constitution, comme le rappelle Portalis dans son *Discours préliminaire*, on aurait pu penser que le principe d'assimilation l'emporterait : le Code aurait alors été muet sur les étrangers. Lui-même ne déclare-t-il pas : « si les institutions politiques continuent d'être propres aux membres de chaque État, les étrangers sont admis à participer plus ou moins aux institutions civiles qui affectent bien plus les droits privés de l'homme que l'état public du citoyen ». *Plus ou moins...* De fait, le Code parle des étrangers – et, explique Portalis, c'est parce qu'il fallait « marquer jusqu'à quel point ils peuvent, dans les choses civiles, être assimilés aux Français, et jusqu'à quel point ils en diffèrent ».

La question mobilise, comme le montrent les débats devant le Corps législatif. Boulay, présentant le titre I^{er} du livre I^{er} du Code, pose ainsi les termes du problème : faut-il exclure les étrangers de toute participation à nos droits civils ? faut-il les y admettre indistinctement et sans réserve ? faut-il ne les y admettre qu'avec mesure et sous certaines conditions ? En le rappel des deux solutions extrêmes – un système fondé sur l'exclusion, adopté par les Grecs et les Romains et qu'on retrouve sous l'Ancien régime, le système de l'assimilation intégrale, adopté par l'Assemblée constituante – n'est qu'un procédé rhétorique qui sert à faire passer pour inéluctable la solution médiane. Pour s'éloigner du modèle révolutionnaire, on n'invoque pas des raisons de principe, mais des raisons d'opportunité, des raisons tactiques : en supprimant toute distinction entre les étrangers et les Français, les Constituants pensaient inciter les autres peuples à agir de même ; l'expérience a montré que c'était un espoir fallacieux ; mieux vaut alors appliquer un principe de réciprocité. Car, en somme, déclare Boulay, « accorder chez nous aux étrangers les mêmes droits civils que ceux qu'ils nous accorderont chez eux, quoi de plus raisonnable, de plus conforme aux saines idées de la politique, du droit des gens et de la nature ? »⁷.

Ces nobles considérations ne sauraient masquer la « grave régression »⁸ qui affecte ainsi la condition des étrangers : au-delà de la réciprocité, posée par le fameux article 11 sur lequel on reviendra, plusieurs autres dispositions du Code civil maintiennent les étrangers dans une

⁶ La loi des 30 avril-2 mai 1790 confère automatiquement la qualité de citoyen français à tout étranger établi en France depuis cinq ans et qui a acquis des immeubles, épousé une française ou formé un établissement de commerce ou reçu d'une ville une lettre de bourgeoisie (Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, Grasset, 2002, p. 23). La Constitution de 1791 reprend cette disposition en imposant toutefois comme condition d'avoir prêté le serment civique. L'automaticité intégrale est rétablie par la Constitution de 1793 : tout étranger domicilié en France depuis un an et qui y vit de son travail ou acquiert une propriété ou épouse une Française ou adopte un enfant ou nourrit un vieillard est admis à l'exercice des droits de citoyen français.

⁷ Boulay, présentation du Titre 1^{er} du Livre 1^{er} du Code civil devant le Corps législatif, le 11 frimaire an X. In F. Ewald, dir., *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, p. 140 et s.

⁸ Henri Batiffol, Paul Lagarde, *Traité de droit international privé*, T. 1, LGDJ, 8^e éd., 1993, p. 285.

situation diminuée – et cela dans le même temps où l’abandon du *jus soli* rend plus étanche la frontière entre étrangers et français. Rompant avec une tradition solidement enracinée puisque remontant à l’Ancien régime, et entérinée par les Révolutionnaires, le Code civil, on le sait, déconnecte la nationalité d’origine de la naissance en France pour affirmer la primauté, sinon l’exclusivité du lien de filiation⁹, ce qui a pour conséquence inéluctable de restreindre le nombre de Français et d’étendre corrélativement la catégorie des étrangers.

B. Les effets de l’extranéité

Revenons, à présent, à notre hypothèse de départ : la visibilité des étrangers dans le Code de 1804 est corrélée à leur condition diminuée. Pour la tester, il convient de faire l’inventaire des dispositions où l’extranéité est prise en compte, soit directement, soit indirectement ou par ricochet (c’est le cas des dispositions qui attribuent des droits aux Français) et de vérifier si – et jusqu’à quel point – elles instaurent pour les étrangers un régime discriminatoire¹⁰. On procédera en évoquant d’abord les dispositions les plus neutres pour examiner ensuite celles qui sont le plus manifestement discriminatoires.

• Les différenciations fonctionnelles

Les dispositions qui ont trait aux actes d’état civil faits à l’étranger ne mériteraient pas qu’on s’y arrête si elles n’avaient subi récemment des modifications importantes sur lesquelles on reviendra plus loin. Les articles 47 et 48 disposent que les actes d’état civil faits dans un pays étranger font foi, qu’ils concernent des Français ou des étrangers, s’il ont été rédigés dans les formes usitées dans ce pays, et que tout acte de l’état civil des Français en pays étranger sera valable s’il a été reçu conformément aux lois françaises par les consuls. Les articles 170 et 171 rappellent les conditions de validité des mariages contractés à l’étranger entre Français ou entre Français et étrangers et l’obligation de transcrire l’acte de mariage d’un Français célébré à l’étranger. Ce qui frappe, dans l’ensemble, c’est l’assez grande souplesse de ces dispositions, qui semblent du reste destinées en priorité à faciliter la vie des Français, mais dont profitent aussi les étrangers.

D’autres dispositions peuvent être considérées comme neutres *a priori*, instaurant une différenciation technique ou fonctionnelle. C’est le cas de l’article 3 qui délimite le champ d’application de la loi française et fonde les règles de conflits de lois : les lois de police ou de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ; les immeubles, mêmes possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ; les lois concernant l’état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. Cette dernière disposition, dont découle la notion de statut personnel, a été interprétée, on le sait, comme impliquant symétriquement que l’état et la capacité des étrangers en France sont régis par leur loi nationale.

De là découle une différence de traitement entre étrangers et Français ; mais cette différence de traitement ne préjuge pas du caractère plus ou moins favorable du traitement appliqué à l’étranger par rapport au Français. Tout dépend du contenu de la loi étrangère, qui peut au surplus être plus avantageuse pour certaines catégories de personnes et moins pour les autres, comme l’illustre l’exemple qui vient immédiatement à l’esprit : celui des droits et obligations respectifs de l’homme et de la femme dans le mariage.

⁹ Seul est français de naissance celui qui est né de père français, mais la personne née en France d’un étranger peut, dans certaines conditions, réclamer la qualité de Français à sa majorité.

¹⁰ On laisse ici de côté les articles 9, 10 et 12 et 17 à 21, qui régissent l’attribution, l’acquisition et la perte de la qualité de Français : si elles ont un impact évident sur la question qui nous intéresse, elles se situent en amont de cette question.

• Les dispositions discriminatoires

Les articles 14 et 15, qui fixent des règles de compétence judiciaire, ont une portée nettement plus négative pour les étrangers. Ceux-ci peuvent en effet être cités devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations qu'ils ont contractées avec un Français en France ou à l'étranger, tandis que le Français peut être traduit devant un tribunal français, même pour les obligations contractées à l'étranger avec un étranger. Même si Niboyet invite à considérer ces règles comme de simples règles de conflit de compétence, et non comme énonçant une incapacité liée à la condition d'étranger¹¹, force est d'admettre qu'elles entraînent en pratique un véritable « privilège » au profit des Français¹².

On en arrive alors au cœur de la condition des étrangers, constitué, d'une part, des incapacités spéciales posées aux articles 726 et 912 : l'incapacité de recevoir une succession et l'incapacité de recueillir une libéralité, venant s'ajouter à la caution *judicatum solvi* maintenue par l'article 16¹³, et, d'autre part, du principe de réciprocité posé par l'article 11.

Le rétablissement de l'incapacité successorale¹⁴ est évidemment la mesure qui frappe le plus. Même si le droit d'aubaine n'est pas à proprement parler ressuscité puisque le Code civil n'attribue pas directement à l'État la succession de ceux qui en sont écartés, et si l'étranger conserve le droit de laisser une succession, un des acquis symboliques de la Révolution française se trouve ainsi effacé d'un trait de plume. Et l'on revient à une situation à certains égards plus sévère que celle qui prévalait à la fin de l'Ancien régime où le droit d'aubaine avait vu sa portée progressivement restreinte sous l'effet des traités d'abolition réciproque ou des mesures de faveur, individuelles ou collectives, décidées unilatéralement par le roi. Pire encore : le Code civil crée une incapacité entièrement nouvelle¹⁵ : l'incapacité de recevoir des libéralités, alors que dans l'ancien droit les donations étaient libres. Pour relever l'étranger de son incapacité successorale, il faut un traité de réciprocité ; la réciprocité simple suffit, en revanche, pour relever de l'incapacité de recevoir des libéralités.

Contrairement à d'autres dispositions dont la motivation reste incertaine, ces dispositions ont donné lieu à d'amples discussions et tentatives de justifications au cours des travaux préparatoires. Elle est présentée, non comme une mesure de défiance à l'encontre des étrangers, mais comme le moyen de protéger les Français et d'éviter qu'ils ne soient traités plus mal à l'étranger que les étrangers en France. L'Assemblée constituante avait agi dans un but philanthropique, dit Boulay¹⁶, pensant que les autres peuples allaient agir de même. Cet objectif ne s'est pas réalisé : c'est donc un faux calcul de maintenir l'abolition sans condition du droit d'aubaine. Son rétablissement, avec relèvement possible sous condition de réciprocité, apparaît ainsi comme un moyen de pression dans de futures négociations diplomatiques.

La double incapacité prévue aux articles 726 et 912 doit donc être replacée dans le contexte plus général du système qui sous-tend la condition des étrangers dans le Code civil :

¹¹ J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé*, 2^e éd ; T. II, *La condition des étrangers*, Sirey 1951, p. 224.

¹² Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^e éd. , 2004, p. 618 et p. 914. Les auteurs relèvent que ce privilège de juridiction est cohérent avec la condition privilégiée accordée de façon générale aux Français par le Code civil.

¹³ « En toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur principal sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement ».

¹⁴ Art. 726 : « Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent étranger ou français possède dans le territoire ou royaume que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article 11, au titre de la jouissance et de la privation des droits civils ».

¹⁵ Art. 912 : « On ne pourra disposer au profit d'un étranger que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français ».

¹⁶ Boulay, *loc. cit.*

la réciprocité, prévue à l'article 11, dont l'effet est atténué par la possibilité d'admission à domicile prévue à l'article 13.

Faisant suite à l'article 8 qui dispose que « tout Français jouira des droits civils », l'article 11 prévoit que « l'étranger jouira en France des mêmes droits que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ». L'interprétation de cette disposition « sibylline » (Niboyet), va donner lieu, on le sait, à d'amples controverses doctrinales tout au long du XIX^e siècle et pendant une bonne partie du XX^e, sur lesquelles on reviendra plus loin. Quoi qu'il en soit, et même si l'interprétation ultérieure de l'article 11 se fera dans un sens de plus en plus libéral (voir *infra*), le principe de réciprocité revient à dénier la jouissance de tout ou partie des droits privés (selon qu'on assimile ou non les « droits civils » aux « droits privés ») à l'étranger dont le pays n'a pas conclu de traité avec la France.

À défaut de bénéficier d'un traité de réciprocité, l'étranger peut retrouver la jouissance de tous les droits civils s'il est admis à domicile¹⁷. Au départ, l'admission à domicile est une mesure de police qui permet de sélectionner les étrangers expressément autorisés à s'installer en France (la simple résidence en France n'étant pas subordonnée à autorisation). Mais dans la mesure où l'étranger subit une diminution de ses droits, l'admission à domicile devient un statut attractif : l'étranger admis à domicile est relevé des diverses incapacités, il est dispensé de la caution *judicatum solvi*, il peut même invoquer les dispositions de l'article 14 sur la compétence juridictionnelle¹⁸. L'existence de l'article 13 produit toutefois par ricochet des conséquences négatives sur la condition des étrangers qui ne sont pas admis à domicile, car la jurisprudence interprétera l'article 13 *a contrario* comme impliquant qu'ils ne peuvent pas avoir de domicile en France¹⁹.

Si l'on fait le bilan de ces observations, l'hypothèse selon laquelle la visibilité de l'étranger dans le Code civil de 1804 est un signe de sa condition diminuée se trouve assurément vérifiée : dans la plupart des cas, la référence à la catégorie « étrangers » et la rupture avec l'universalité de la règle coïncident avec la dénégation ou la restriction de droits. Il convient à présent de poursuivre l'analyse en confrontant les modifications ultérieures apportées au texte du Code civil avec les transformations de la condition des étrangers.

II. Vers une dissociation du lien entre visibilité et discrimination

L'observation fait apparaître un amenuisement de la visibilité de l'étranger dans le Code civil, grâce à l'abrogation progressive de plusieurs dispositions qui les visaient spécifiquement. Si notre hypothèse de départ est juste, cette évolution devrait refléter une assimilation croissante de l'étranger au national. Or elle ne se vérifie que partiellement : à côté des cas où l'effacement des dispositions spécifiques aux étrangers coïncide incontestablement avec un progrès de l'assimilation, on peut apercevoir trois autres cas de figure : celui où le maintien de dispositions discriminatoires n'empêche pas les progrès de l'assimilation (ainsi, l'article 11, maintenu en vigueur, a été progressivement vidé de sa portée discriminatoire par une interprétation libérale) ; ceux, à l'inverse, où la façade égalitaire du Code – où l'étranger est devenu presque invisible – masque une réalité différente, soit parce que les discriminations ont émigré vers d'autres textes, soit parce que

¹⁷ « L'étranger qui aura été admis par le Gouvernement à établir un domicile en France y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider ».

¹⁸ Marthe Simon-Depître, *J.-Cl. Droit international*, Condition des étrangers en France – Introduction à l'étude de la condition des étrangers en France, Fasc. 523, 2, 1960, n° 87 et s.

¹⁹ *ibid.* n° 90 ; Henri Battifol, Paul Lagarde, *op. cit.* p. 294.

l'apparente universalité des règles camoufle une application différenciée pour les nationaux et les étrangers²⁰.

A. Les progrès de l'assimilation

Les progrès de l'assimilation se lisent d'abord directement dans la disparition des dispositions spécifiques applicables aux étrangers ; mais elle résulte aussi d'une interprétation de plus en plus libérale de celles qui subsistent et qui se trouvent ainsi privées de leur venin.

• L'effacement des dispositions spécifiques

La première modification substantielle que subit le Code civil intervient dès 1819 : il s'agit de l'abrogation des articles 726 et 912. Cette double incapacité avait été introduite, on l'a rappelé, dans l'idée qu'elle pourrait servir de monnaie d'échange dans les négociations diplomatiques. Or on prend conscience qu'elle risque surtout de dissuader de s'établir en France les étrangers dont celle-ci a besoin. Bien qu'inspirée par une forme d'utilitarisme plus que par le souci de respecter les droits de l'homme et d'assurer aux étrangers l'égalité des droits, cette mesure n'en marque pas moins la disparition de ce qui représentait le symbole par excellence de la condition diminuée des étrangers.

Concernant la caution *judicatum solvi*, l'évolution est nettement moins rapide et plus sinueuse. Dans un premier temps, en effet, l'obligation qu'elle fait peser sur les étrangers s'alourdit : alors que dans sa version initiale le Code civil, continuant la tradition de l'Ancien régime, excluait la matière commerciale, en 1895 le législateur étend l'obligation à toutes les matières. En pratique, l'impact de cette disposition est atténué par l'existence d'un certain nombre de dispenses : les unes résultent de la loi française (en faveur des étrangers admis à domicile, jusqu'à ce que l'institution soit supprimée en 1927, puis des étrangers résidents privilégiés, après 1945), les autres des traités bilatéraux ou multilatéraux. Mais il faut attendre 1975 pour que l'institution de la caution *judicatum solvi*, enfin rayée du Code civil, disparaisse en tant que telle.

Autre disparition : celle de l'admission à domicile. Mais la signification de cette suppression est moins univoque. L'admission à domicile permettait au départ, comme on l'a rappelé plus haut, d'atténuer la rigueur des incapacités initialement prévues par le Code civil, auxquelles échappe l'étranger admis à domicile. Par la suite, à mesure que la naturalisation devient plus difficile à obtenir, l'admission à domicile fait figure de statut de substitution à la naturalisation²¹. Mais avec la loi de 1869, qui permet à l'étranger admis à domicile de demander la naturalisation au bout de trois ans, l'admission à domicile cesse d'être un statut autonome pour devenir « l'antichambre de la naturalisation »²² ; et la loi de 1889 prévoit que si, après cinq ans, l'étranger n'a pas été naturalisé, il perd son statut pour redevenir simple résident étranger²³. La suppression de l'admission à domicile par la loi de 1927, qui élargit les possibilités de naturalisation, est donc logique. Mais son impact est ambivalent, car l'abrogation de l'article 13 laisse en suspens la question de savoir si la disparition de l'admission à domicile doit conduire à reconnaître ou au contraire à refuser à tous les étrangers (sauf ceux bénéficiant d'un traité de réciprocité) les droits dont la jouissance était subordonnée à cette admission : les deux thèses s'affrontent, et on trouvera pendant longtemps de la jurisprudence dans les deux sens²⁴. Cette ambivalence ne saurait surprendre

²⁰ Comme on l'a fait dans la première partie, on laissera ici encore de côté le sort des articles 9, 10, 12 et 17 à 21 relatifs à la nationalité : la loi de 1927 les en fait sortir, et ils seront inclus en 1945 dans un Code de la nationalité, refondu en 1973. La loi de 1993 réintègrera ces dispositions dans le Code civil (art. 17 à 33-2). Mais il est difficile d'établir une corrélation entre cet aspect formel et le contenu des dispositions en cause, qui selon les époques ouvrent plus ou moins grand ou au contraire referment les portes de la nationalité française.

²¹ Patrick Weil, *op. cit.* p. 41-42.

²² Marthe Simon-Depître, *op. cit.* n° 15.

²³ Patrick Weil, *op. cit.* p. 59.

²⁴ Marthe Simon-Depître, *op. cit.*, n° 91.

s'agissant de l'abrogation d'une disposition spécifique favorable, mais conçue comme une exception à un régime globalement défavorable – et qui va le rester jusqu'à ce que la question de l'interprétation de l'article 11 soit définitivement tranchée dans un sens libéral.

- **Les dispositions discriminatoires vidées de leur venin**

Une fois abolies les incapacités spéciales, reste malgré tout la disposition-clé, sur le fondement de laquelle ont été construites les théories relatives à la condition des étrangers : le principe de réciprocité posé par l'article 11. Jamais abrogé et encore en vigueur aujourd'hui, il a pourtant fini par être interprété dans un sens qui l'a vidé de son venin en lui ôtant sa portée discriminatoire.

On rappellera ici, pour mémoire, les trois principales interprétations doctrinales auxquelles a donné lieu l'article 11²⁵.

Pour Demolombe²⁶, qui raisonne en s'attachant au sens littéral des termes dans une perspective exégétique, les « droits civils » refusés à l'étranger doivent s'entendre comme l'ensemble des droits privés reconnus par les lois civiles. Car le terme « droits civils » dans l'article 11 ne saurait avoir un sens différent de celui qu'il a dans l'article 8, lequel dispose que « tout Français jouira des droits civils ». Ceux-ci sont donc l'apanage du national, et à l'inverse l'étranger ne peut jouir des droits civils en France que pour autant que ces droits lui sont concédés par une disposition expresse ou, le cas échéant, de façon implicite (ainsi, aux yeux de Demolombe, l'article 3 qui énonce que « les immeubles, même possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, implique que les étrangers peuvent posséder des immeubles, de même que les articles 12 et 19 qui évoquent les effets du mariage sur la nationalité de la femme lorsque l'un des époux est étranger impliquent qu'ils peuvent contracter mariage). En dépit de ces assouplissements, cette interprétation équivaut à entériner une véritable régression de la condition des étrangers par rapport à l'ancien droit.

Aubry et Rau²⁷ proposent d'interpréter la notion de droits civils à la lumière des idées émises à la fin de l'Ancien régime, en se référant à la distinction entre les facultés et avantages considérés comme découlant du droit naturel et celles dont l'établissement est plus spécialement l'œuvre du droit national. On retrouve là la distinction entre les prérogatives issues du *jus gentium*, qui doivent être accordées aux étrangers, et les droits civils, proprement nationaux, qui leur sont en principe refusés – distinction que Portalis avait lui-même reprise à son compte en déclarant, après avoir posé en principe le système de la réciprocité : « Il est pourtant des droits qui ne sont point interdits aux étrangers : ces droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au droit des gens qu'au droit civil et dont l'exercice ne pourrait être interrompu sans porter atteinte aux diverses relations qui existent entre les peuples ». Une des principales critiques adressées aux thèses d'Aubry et Rau réside dans le caractère peu opérationnel de la distinction proposée – car toute institution s'enracine à la fois dans le droit naturel, dans la mesure où elle répond à un besoin universel, et dans le droit « national », en ce qui concerne les modalités variables dans lesquelles elle s'incarne –, débouchant nécessairement sur l'arbitraire des classements opérés. Ainsi, le système aboutit par exemple à reconnaître l'étranger le droit de posséder des biens mobiliers ou immobiliers, le droit de contracter, le droit de se marier, de jouir de la puissance paternelle sur ses enfants, le droit d'ester en justice ; mais non la jouissance légale des parents sur les biens de leurs enfants, le droit d'adoption, l'hypothèque légale des femmes et mineurs, ou la propriété industrielle.

²⁵ J.-P. Niboyet, *op. cit.* p. 246 s. ; Marthe Simon-Depître, *op. cit.* n° 77 et s. ; Henri Batiffol, Paul Lagarde, *op. cit.* p. 286 et s. ; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières, *op. cit.* p. 910 et s.

²⁶ *Cours de Code Napoléon*, 3^e éd., 1865.

²⁷ *Cours de droit civil français*, T. I, 1^e éd., 1838, 6^e éd. 1936.

Le système proposé par Demangeat²⁸ et repris par Valette²⁹ se démarque des deux précédents. À l'inverse de Demolombe, et comme Aubry et Rau, Demangeat estime que l'expression « droits civils » n'est pas synonyme de droits privés et qu'elle a dans l'article 11 le sens qui, du droit romain, était passé, déformé, dans l'ancien droit : ce sont les droits limités aux nationaux, par opposition aux droits naturels communs à tous les peuples. Mais à l'inverse d'Aubry et Rau, il estime que seuls font partie des droits « nationaux » ceux qu'un texte formel refuse aux étrangers. La présomption est donc inversée : dans le silence du législateur, l'étranger jouit de tous les droits privés.

C'est à ce système que se sont ralliés par la suite la plupart des auteurs. La jurisprudence, de son côté, a consacré successivement les trois solutions. Conformément aux thèses de Demolombe, les juges ont commencé par refuser aux étrangers les droits qu'un texte ne leur accordait pas³⁰. Dans un second temps, ils ont adhéré au système d'Aubry et Rau, comme le montre la référence dans les arrêts à la distinction entre droits civils et droits des gens³¹. La jurisprudence finira par se fixer sur la position la plus libérale de Demangeat : dans un arrêt de principe de 1948, précédé de signes annonciateurs plus anciens des juridictions du fond³², la Cour de cassation affirme que « les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés ».

La Commission de refonte du Code civil avait proposé en 1949 de consacrer ce principe, se prononçant pour l'assimilation des étrangers aux nationaux en dehors de tout texte spécial restrictif. L'article 11 n'a finalement pas été abrogé, mais il est devenu une coquille vide, « une sorte de citadelle, mais désormais inhabitée », selon l'expression de Niboyet³³.

B. Une universalité de façade ?

À l'exception de l'article 11, vidé de son venin, le Code civil se retrouve donc débarrassé de tout ce qui faisait tache sur le principe d'universalité des droits. Mais cette universalité est à certains égards trompeuse, car elle masque l'existence de nombreuses discriminations qui sont apparues – soit en dehors du Code civil, « externalisées » en quelque sorte, soit à l'intérieur même du Code civil mais dissimulées sous une formulation universaliste.

• Les discriminations externalisées

Après avoir comparé l'article 11 à une citadelle inhabitée, Niboyet relevait avec raison que le droit positif figurait désormais « dans une série de textes épars qui ont vidé l'article 11 de son utilité »³⁴ parce qu'ils disent désormais explicitement ce à quoi les étrangers ont droit ou n'ont pas droit. Certains de ces textes ont été dans le sens de l'assimilation : ainsi des lois ont

²⁸ *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et le nouveau droit*, 1844.

²⁹ *Explication sommaire du Code civil*, 1859.

³⁰ Notamment : le droit d'adoption (1823), au motif que l'étranger ne jouit des droits purement civils des Français qu'autant qu'une loi expresse ou des traités formels l'y autorisent ; le droit au nom commercial (1848), au motif que la loi sur le nom commercial ayant en vue de protéger l'industrie nationale, le droit de se prévaloir de cette protection constitue une faculté purement civile.

³¹ Ainsi, l'hypothèque légale de la femme mariée sera refusée aux étrangères sans discontinuer jusqu'à la seconde guerre mondiale comme étant une création de la loi positive et ne relevant pas du droit des gens.

³² Voir par exemple CA Paris 1928 : « Considérant que l'expression droits civils doit s'entendre non pas de tous les droits privés indistinctement, mais seulement de ceux que la loi attribue aux seuls nationaux pour des raisons politiques, sociales et même parfois économiques, du *jus proprium civitatis*, par opposition au *jus gentium* dans lequel se trouvent compris les droits naturels ; considérant que les droits civils étant ainsi définis et limités, il s'ensuit que, conformément à ce qui paraît avoir été la volonté des rédacteurs du Code, tous les étrangers jouissent en France, à moins de dispositions spéciales législatives, du droit privé en général qui, étant celui de tous les peuples civilisés, est devenu une institution du droit des gens, réglant toutes les conventions licites contractées par les étrangers en France ».

³³ J.-P. Niboyet, *op. cit.* p. 261.

³⁴ *Ibid.*

conféré aux étrangers le droit d'adopter ou le droit au nom commercial qui leur avaient été refusés par une jurisprudence contraire ; mais, en sens inverse, de très nombreux textes intervenus depuis la fin du XIX^e siècle et plus nettement encore pendant l'entre-deux guerres ont dénié aux étrangers des droits qui pouvaient leur sembler acquis – tout en préservant l'apparence égalitaire du Code.

La plupart de ces textes concernent l'accès aux activités économiques, d'où un retournement complet de la situation : « auparavant les droits civils *stricto sensu* se rencontraient surtout dans le droit de la famille, à l'heure actuelle ils ont trouvé leur domaine d'élection dans le droit professionnel »³⁵. Et ces nouvelles exclusions ne résultent plus de l'interprétation par les juges de l'article 11, mais de l'œuvre du législateur lui-même.

Cette évolution signifie aussi la remise en cause de ce qui était, depuis des siècles, considéré comme le « droit naturel » par excellence : celui de gagner sa vie³⁶. On assiste en effet à un rétrécissement progressif, et qui va en s'accroissant, du champ des activités professionnelles accessibles aux étrangers : interdiction de diriger un établissement d'enseignement (1886), de pêcher dans les eaux françaises (1889), d'ouvrir des cercles de jeu ou des casinos (1907), d'être marchand forain, d'exploiter un débit de boisson ; restriction de l'accès aux professions médicales et paramédicales (1892 puis 1933), exclusion du bénéfice des concessions d'énergie hydraulique (1919) puis des concessions de service public (1938) ; exclusion de toute profession impliquant une participation à la gestion des services publics (offices ministériels, avocat, syndic), y compris des services publics économiques (chemins de fer, manufactures de l'État, plus tard entreprises publiques)... Parallèlement, c'est l'accès à un travail salarié (la carte d'identité de travailleur est créée en 1926), puis à la profession d'artisan (1935) ou de commerçant (1938) qui est lui-même soumis à autorisation.

Niboyet, en 1951, posait un regard critique sur cette législation, essentiellement pour des raisons d'opportunité : la France étant devenue demanderesse en matière de main-d'œuvre étrangère, il paraissait « difficile de continuer à frapper d'incapacité, dont certaines peuvent être intolérables, des étrangers qui nous sont absolument nécessaires et sans lesquels notre économie nationale ne pourrait fonctionner »³⁷. Son souhait n'a pas été exaucé, puisque la plupart des dispositions mentionnées sont restées en vigueur, attestant la difficulté pour le législateur de faire marche arrière dans ce domaine. Cette prise de position a néanmoins le mérite de nous rappeler que la condition des étrangers est plus souvent dictée par l'intérêt ou les besoins des États de résidence que par des considérations de principe.

• Les discriminations camouflées

On en a la confirmation lorsqu'on examine les modifications apportées au Code civil dans les années récentes, sous l'influence de la politique dite de « maîtrise des flux migratoires », caractérisée par la répression de l'immigration clandestine mais aussi par la dissuasion de toutes les formes de migration non souhaitées.

On ne mentionnera que pour mémoire les dispositions régissant la nationalité, réintégrées dans le Code civil en 1993 après en avoir été retirées en 1927 : l'existence d'un lien étroit entre le droit de la nationalité et les questions d'immigration est suffisamment connue pour qu'il soit nécessaire d'y revenir, même si les réformes intervenues au cours des quinze

³⁵ Marthe Simon-Depître, *op. cit.* n° 18.

³⁶ « S'il est pour l'homme un droit naturel après celui de vivre, écrit un auteur en 1908, c'est assurément celui de chercher dans son travail [...] les ressources indispensables à sa subsistance et celle de sa famille. Ce droit appartient aux étrangers en France, comme il appartient aux Français : il ne pourrait sans une odieuse tyrannie leur être entièrement refusé ; il faudrait même condamner en principe les entraves qui lui seraient apportées par des réglementations vexatoires » (Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, T II, 2^e éd., 1908, p. 127, cité par Marthe Simon-Depître, *op. cit.* n° 17).

³⁷ *Op. cit.* p. 263.

dernières années ont poussé à un point extrême la dépendance des règles sur la nationalité par rapport aux règles sur le séjour.

Le droit de la famille, et notamment le mariage, subissent de plein fouet les conséquences de la méfiance envers les étrangers, soupçonnés de vouloir utiliser le mariage – notamment le mariage avec un ressortissant français –, et désormais aussi la filiation, pour obtenir un droit au séjour en France. Pour faire échec à ces détournements, le législateur utilise deux méthodes : il diminue les droits attachés à la qualité de conjoint de Français ou de parent d'enfant français en subordonnant l'accès au séjour à des conditions supplémentaires (durée du mariage, exercice de l'autorité parentale, entretien de l'enfant) ou en ne conférant aux intéressés qu'un droit au séjour précaire ; ou bien – et c'est la méthode qui a été utilisée par la loi du 24 août 1993, dite loi Pasqua et la loi du 26 novembre 2003, dite loi Sarkozy – on modifie le Code civil lui-même pour exercer un contrôle en amont, sur les actes d'état-civil ou sur le mariage.

La suspicion se devine dans la rédaction nouvelle d'une série d'articles du Code civil qui ont été créés ou modifiés par ces lois relatives à l'immigration, sans pour autant s'afficher ostensiblement puisque les dispositions nouvelles conservent l'apparence d'une application générale, donc d'universalité.

La suspicion se repère par exemple à l'article 47, relatif à la force probante des actes d'état civil délivrés à l'étranger. Invoquant l'étendue de la fraude, le législateur a permis à l'administration, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'établissement, de transcription ou de délivrance d'un acte, d'obliger le demandeur à mettre en œuvre une procédure faisant intervenir le parquet et le cas échéant le tribunal de grande instance pour que soit préalablement vérifiée l'authenticité de l'acte.

S'agissant du mariage, le maire – de même que le consul, lorsque le mariage a lieu à l'étranger – doit désormais procéder préalablement à l'audition des futurs époux, sauf s'il apparaît que cette audition n'est pas nécessaire parce qu'il n'existe aucun doute sur la réalité du consentement (art. 63 et 170). Derrière la question du consentement, c'est le mariage de complaisance qui est visé : le consentement est réputé faire défaut dès lors que les conjoints poursuivent un autre but que l'union matrimoniale. Le maire peut, par ailleurs, s'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé pour ce même motif, saisir le procureur de la République, qui pourra à son tour ordonner qu'il soit sursis au mariage pendant un délai pouvant aller jusqu'à deux mois, et, le cas échéant, faire opposition à celui-ci (art. 175-1).

La loi du 26 novembre 2003 avait également prévu la possibilité, pour les officiers d'état civil, de vérifier la situation administrative des futurs conjoints étrangers et de saisir le procureur de la République s'ils n'étaient pas en mesure de produire un titre de séjour, le défaut de titre étant considéré comme un indice sérieux laissant présumer l'absence de consentement – donc la fraude. La disposition a été invalidée par le Conseil constitutionnel comme portant une atteinte excessive à la liberté du mariage : c'était la seule disposition qui faisait explicitement mention des étrangers.

Finalement, les étrangers ne sont jamais nommés ; ils restent invisibles alors même que les modifications ont été introduites pour contrer des comportements qu'on leur impute. La liberté de se marier reste formellement entière pour tous, étrangers ou nationaux³⁸, mais la discrimination existe dans les faits : les mariages entre Français – qui pourraient aussi être des mariages de complaisance – ne sont pas soumis en pratique aux contrôles prévus par les

³⁸ C'est le décret-loi du 12 novembre 1938 qui, pour la première fois, a créé une incapacité de se marier en France pour les étrangers non munis d'une carte d'identité de plus d'un an. L'ordonnance de 1945 avait laissé subsister l'obligation pour l'étranger résident temporaire de solliciter une autorisation préfectorale pour se marier. La loi du 27 octobre 1981 a rétablir pleinement le droit pour les étrangers de se marier en France, quelle que soit leur situation par rapport au séjour.

textes, tandis que les mariages entre étrangers, et plus encore les mariages « mixtes » sont placés sous haute surveillance.

* *
*

Ces constats ne sont finalement guère surprenants : ils confirment en effet le sens général de l'évolution contemporaine – et contrastée – de la condition des étrangers.

D'un côté, il est incontestable que l'évolution du droit français tend vers une assimilation croissante des étrangers aux nationaux dans la plupart des domaines. Cette tendance, qui résulte pour partie de l'impact des conventions internationales, s'explique par une conception plus exigeante des droits de l'homme : l'existence de discriminations fondées sur la nationalité n'apparaît plus comme une chose naturelle, surtout lorsque sont en cause les droits fondamentaux.

Mais de l'autre côté et parallèlement, la polarisation des politiques d'immigration sur la maîtrise des flux migratoires et la lutte contre l'immigration clandestine mine cette évolution positive et précarise les droits reconnus aux étrangers : d'abord, parce qu'ils ne peuvent les exercer qu'à la condition d'être autorisés à rester sur le territoire français, et que la législation sur le séjour se fait justement plus sévère ; ensuite, parce que des pans entiers du droit – ici le droit civil – se trouvent instrumentalisés et placés dans la dépendance de la police des étrangers.