



HAL
open science

L'appartenance saisie par le droit

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. L'appartenance saisie par le droit. Anne Gotman. Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs "étrangers", Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, pp.33-49, 2004, 978-2-7351-1023-0. hal-01762265

HAL Id: hal-01762265

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01762265v1>

Submitted on 9 Apr 2018

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

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

L'appartenance saisie par le droit

par Danièle Lochak
Université Paris X-Nanterre

In Anne Gotman (dir.), *Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »*, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2004, pp. 33-49

Tout groupe humain se constitue et fonctionne sur la base d'un partage entre « nous » et « les autres ». Ce partage remplit une fonction d'identification : désigner l'autre est une façon de se définir soi-même, de cerner, en creux, ce qui fait l'identité propre du groupe. Mais il a aussi un impact très concret sur la répartition du pouvoir, la distribution des biens, l'accès aux services publics, la consistance des droits. Car les membres d'un groupe, comme le relève Michael Walser, se distribuent du pouvoir et des biens entre eux et évitent autant que possible de les partager avec qui que ce soit d'autre¹.

Compte tenu de l'enjeu que représente l'appartenance au groupe, la question de savoir qui décide, et en fonction de quels critères, que tel individu appartient ou non à telle entité ou collectivité revêt une portée capitale. La réponse à cette question se trouve aujourd'hui très largement dans les règles de droit : c'est le droit qui, la plupart du temps, fixe les conditions de l'appartenance à telle ou telle entité, détermine les procédures qui permettent de s'agréger au groupe ou d'en sortir, attache des conséquences à la qualité de membre du groupe ; mais c'est lui aussi qui, en amont, officialise l'existence des groupes d'appartenance, quand il ne les crée pas de toutes pièces.

La place occupée par le droit dans ces processus ne saurait surprendre, car elle correspond à un phénomène général d'objectivation des rapports sociaux dans les sociétés complexes. Les appartenances ne dépendent plus de considérations subjectives qui font qu'on se sent solidaire de tel ou tel groupe et que l'on est considéré par les autres comme appartenant à ce groupe, mais sont déterminées sur la base de règles juridiques objectives, dont les bureaucraties modernes ne peuvent se passer pour fonctionner. Et cela d'autant moins que, dans un contexte où l'urbanisation, les migrations, l'intensification des échanges multiplient le nombre des individus qui ne sont plus sous le regard de leur groupe d'appartenance originel² et accentuent le caractère anonyme des rapports sociaux, l'interconnaissance ne suffit plus à déterminer si quelqu'un appartient ou non au groupe. Le besoin d'"objectiver" les appartenances pousse ainsi à édicter des règles précises, de fond et de procédure, accompagnées d'exigences de preuve (papiers d'identité, justificatifs de toute nature).

L'appartenance « saisie par le droit » : l'expression renvoie d'abord au constat de cette omniprésence des normes juridiques dans la construction des appartenances ; elle énonce en même temps un impératif méthodologique, à savoir que les formes et les mécanismes de l'appartenance peuvent et doivent être observés aussi à travers la médiation du droit. Celle-ci n'est pas seulement imposée par des considérations pragmatiques ; elle a également un intérêt heuristique, dans la mesure où l'analyse du contenu des règles en vigueur permet d'obtenir une vision globale et synthétique des éléments susceptibles d'entrer en jeu, de façon différen-

¹ Michael Walzer, *Sphères de justice*, (1983), trad. fr. Seuil, 1997, p. 61.

² Gérard Noiriel, *La tyrannie du national*, Calmann-Lévy, 1991, p. 69.

ciée et hiérarchisée, dans la détermination des appartenances (le territoire, les liens de sang, la volonté...) ; elle a enfin un intérêt théorique car, dès lors que le droit ne fait jamais que consacrer les conceptions dominantes dans une société et à une époque données, il permet de mettre en lumière ce qui est considéré comme primordial dans la constitution des appartenances et la définition des enjeux qui leur sont attachés.

Ainsi, la médiation du droit concourt à éclairer les mécanismes de l'appartenance dans ses différentes dimensions : à *quoi* appartient-on ? *qui* appartient à *quoi* ? *avec quelles conséquences* ? Les règles de droit, en effet, déterminent les groupes d'appartenance pertinents ; elles fixent les critères de l'appartenance, définissent les modalités selon lesquelles se constate l'appartenance et s'opèrent les changements d'appartenance ; elles décrivent enfin les implications de l'appartenance en termes de droits et obligations.

La désignation des groupes pertinents

La question de l'appartenance ne se pose, on l'a rappelé plus haut, qu'en raison des conséquences attachées à la qualité de membre du groupe. *A fortiori*, le droit ne se préoccupe de définir les conditions d'appartenance à un groupe humain quel qu'il soit que dans la mesure où cette appartenance produit des effets juridiques. Seuls sont donc pertinents, dans une perspective juridique, les groupes dont l'existence est consacrée par le droit. Au-delà de ce constat quasi-tautologique surgit une véritable interrogation, qui porte sur les conditions dans lesquelles le droit sélectionne, « formate », ou parfois crée les groupes d'appartenance qu'il prend en compte.

L'interrogation mérite d'autant plus d'être soulevée que les choix opérés par le droit dans ce domaine ne sont évidemment pas neutres : d'abord, parce qu'ils reflètent une certaine conception des relations entre la société globale et les groupes qui la composent, témoignent de l'acceptation sociale de tel ou tel type de groupe, à l'exclusion de tel ou tel autre ; ensuite, parce que, en retour, la consécration juridique produit des effets non seulement pratiques mais symboliques, en conférant au groupe une forme de reconnaissance officielle, un label de légitimité. Il suffit, pour s'en convaincre, de penser à l'enjeu que représente, en France, la reconnaissance – ou plutôt le refus de reconnaissance – des minorités, qu'elles soient religieuses, « nationales », ou « ethniques » ou, en sens inverse, de constater l'impact positif qu'a eu l'invention du pacte civil de solidarité (le Pacs) sur la reconnaissance sociale du couple homosexuel.

Dans le processus de désignation des groupes d'appartenance pertinents, la part respective du « donné » (les liens sociaux préexistants) et du « construit » (l'apport propre du législateur) est éminemment variable, étant entendu que, s'il arrive que les groupes d'appartenance soient une pure création du droit, la plupart du temps, les groupes préexistent à l'intervention de la norme juridique. Reste que, même lorsque les catégories du droit paraissent refléter fidèlement la réalité observable ou se borner à formaliser des situations qui ont une existence empirique incontestable (le couple, la famille), il y a toujours, à l'origine de cette formalisation, un choix du législateur, qui décide de donner un statut officiel et d'attacher des conséquences juridiques à telle ou telle de ces situations. Il n'y a donc jamais pure fonction cognitive du droit, mais toujours aussi fonction constitutive.

L'exemple de la famille, « groupe de personnes qui sont reliées entre elles par des liens fondés sur le mariage et la filiation³ », autrement dit sur un double lien de parenté et d'alliance, fournit une bonne illustration des hypothèses où la norme juridique semble se borner à entériner une relation d'appartenance qui lui préexiste, tout en attestant que, même dans ce cas de figure, le rôle propre du droit est loin d'être insignifiant. Ainsi, les liens de parenté existent indépendamment du droit ; c'est lui, néanmoins, qui fixe les modalités d'établissement de la filiation : sensible dans le cadre du mariage où s'applique la fameuse règle « *pater is est...* », l'impact de la règle juridique est encore plus manifeste dans le cas d'une naissance hors mariage, l'enfant étant rattaché juridiquement à sa mère biologique, tandis que le père biologique n'aura la qualité juridique de père que s'il reconnaît l'enfant.

Le lien d'alliance, quant à lui, est un lien intrinsèquement juridique. Si le couple existe bien évidemment en dehors du droit, le mariage représentait, jusqu'à une date récente, la seule forme d'union officiellement reconnue – et organisée – par le code civil. Le concubinage, pure situation de fait, n'était pris en compte par le droit qu'indirectement (par la législation sociale, notamment). La loi du 15 novembre 1999 a créé un nouveau type de lien juridique entre les membres du couple – le pacs – et a consacré le concubinage par le simple fait de lui avoir donné une définition juridique⁴.

Le droit conserve donc le monopole de la définition officielle de l'institution familiale, dont il délimite les contours et les éléments constitutifs (les « membres » de la famille), dont il fixe aussi les règles de constitution et de fonctionnement ; et s'il tient compte de l'évolution des pratiques sociales et des mentalités, comme l'attestent les réformes incessantes du code civil, la distance ne peut jamais être entièrement comblée entre les formes de vie commune reconnues et institutionnalisées par le droit et l'infinie variété des modes d'organisation spontanés des relations de couple ou de parenté.

Il arrive que la fonction constitutive du droit apparaisse à l'état pur, lorsque le législateur crée, dans une perspective volontariste, une entité nouvelle qui ne correspond à aucun groupe ou collectivité humaine préexistant. La création des départements, sous la Révolution française, obéit d'assez près à ce schéma : dans la perspective d'un projet politique visant à éradiquer les solidarités territoriales d'Ancien Régime, les réformateurs entendaient imposer un quadrillage rationnel, uniforme et homogène du territoire national. Et si, finalement, des concessions ont été faites aux réalités sociologiques et aux particularités géographiques, atténuant la rigueur géométrique du projet initial, la réforme a néanmoins abouti à la mise en place de collectivités délimitées plus ou moins artificiellement, largement déconnectées des communautés humaines existantes. Un siècle et demi plus tard, le découpage de la France en régions, appelées ultérieurement à devenir de véritables collectivités territoriales, a lui aussi obéi à des considérations rationnelles, de nature économique, cette fois, ne tenant compte que très partiellement des solidarités forgées par l'histoire ou la géographie. Dans les deux cas, pourtant, les collectivités ainsi créées ont fini par être appropriées par leurs habitants, forgeant de nouveaux sentiments d'appartenance, ce qui illustre bien la relation dialectique entre le droit et le fait. Le cas des communes est plus ambivalent, car si la Révolution, là encore, a soumis l'ensemble des collec-

³ Alain Bénabent, *Droit civil. La famille*, Litec, 8^e éd., 1998, p. 3.

⁴ « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple » (art. 515-8 Code civil). À vrai dire, l'enjeu essentiel était de reconnaître qu'il pouvait y avoir concubinage entre deux personnes de même sexe – ce que refusait d'admettre la Cour de cassation, de façon à faire bénéficier les couples homosexuels des avantages reconnus aux couples hétérosexuels non mariés.

tivités existantes, depuis les plus petites paroisses jusqu'aux grandes villes, à un statut uniforme, elle les a laissé subsister. Les communes, de fait, sont souvent présentées comme les seules collectivités territoriales qui correspondent véritablement à une réalité sociologique, dont les habitants ont le plus conscience de former une communauté solidaire. Paradoxalement, ce sont les évolutions démographiques – dépeuplement rural, urbanisation – qui ont conduit à ce que, aujourd'hui, le cadre communal tracé par le droit ne coïncide plus toujours avec la réalité socio-économique ou socio-politique.

Dernier exemple – le plus significatif peut-être – de la façon dont s'entrecroisent le fait et le droit, le donné et le construit : la nationalité. La nationalité est censée, logiquement et étymologiquement, rendre compte du rattachement d'un individu à cette collectivité de référence qu'est la nation. D'où la tendance à penser que, si la nation existe indépendamment du droit, le droit ne fait ici qu'entériner ou formaliser une relation d'appartenance – politique, sociologique ou affective – préexistante. Mais, à examiner les choses de plus près, on s'aperçoit que la nationalité ne définit pas l'appartenance à une nation, mais le rattachement à un État. Et il ne peut en aller autrement, dès lors que la nationalité est un lien juridique, et que la nation n'a pas d'existence juridique en dehors de l'État, seul compétent pour conférer une nationalité.

La nationalité est donc un lien de droit objectivé entre un individu et l'État. Il en résulte que la détermination de la qualité alternative de national ou d'étranger dépend de l'application de règles de droit. Et ce sont ces règles de droit qui dessinent par conséquent les contours de la « nation » et non des considérations de nature affective, psychologique ou sociologique. Sans doute les normes juridiques prennent-elles en compte une série de données de fait, d'ordre économique, historique, démographique ou idéologique, parmi lesquelles figurent à la fois une certaine conception de la communauté nationale et des préoccupations plus immédiates et pragmatiques. Il reste qu'on est national ou étranger selon une détermination strictement juridique, définie par le législateur ; et la complexité même des règles sur la nationalité témoigne de la forte autonomisation du droit par rapport au fait. À son tour, le droit, qui impose ses catégories et ses découpages, contraint les comportements et les représentations à se plier à sa logique : il contribue à forger l'image de l'étranger, à l'enfermer dans son altérité, aussi intégré soit il à la société environnante.

Les critères de l'appartenance.

Pour dire si un individu fait ou non partie d'un groupe, il faut, logiquement, avoir préalablement délimité les contours de ce groupe. En réalité, les deux opérations de classification (détermination et caractérisation du ou des groupes pertinents) et de classement (affectation des individus à ces groupes) sont étroitement solidaires et souvent concomitantes. Car la distribution des individus entre la catégorie des membres et celle des non membres concourt aussi, en retour, à délimiter les contours de ce groupe et à en forger l'identité.

Ainsi, les critères de l'appartenance au groupe, énoncés par la règle de droit, remplissent une fonction à la fois « définitionnelle » et opérationnelle : d'un côté, ils contribuent à caractériser le groupe et à en délimiter les contours, de l'autre ils permettent de faire le partage entre membres et non membres. Cette double fonction est d'autant mieux remplie qu'en « objectivant » les critères de l'appartenance, le droit leur confère plus de visibilité d'une part, plus de précision d'autre part.

Il n'est pas question, ici, de dresser un inventaire systématique et exhaustif des éléments que le droit prend en compte pour affecter les individus à tel ou tel groupe. L'entreprise aurait

du reste peu d'intérêt, dans la mesure où la plupart des groupes constitués par le droit n'ont d'autre définition que le critère qui permet d'y affecter tel ou tel individu, en vue de l'application d'un régime juridique déterminé. On peut citer, pêle-mêle, à titre d'exemple : les mineurs de dix-huit ans, les femmes enceintes, les retraités, les RMIstes, les étudiants, les automobilistes... Il est difficile de refuser globalement à ces ensembles définis par le droit la qualité de « groupes », d'autant que certains d'entre eux correspondent à une réalité sociologique et peuvent avoir des intérêts communs à défendre ; mais la question de l'appartenance, ici, ne se pose pas, ou plutôt elle est résolue à l'instant même où le groupe est érigé en catégorie juridique.

On laissera aussi de côté les hypothèses où l'affiliation au groupe résulte d'une décision libre, soit de la personne qui souhaite adhérer à ce groupe, soit des instances du groupe habilitées à recruter de nouveaux membres, soit encore – plus fréquemment – de la rencontre de ces deux volontés. C'est sur ce modèle que s'opère l'affiliation à un syndicat, à une association, à un groupement professionnel ou corporatif, à une institution comme l'université. L'adhésion à telle ou telle de ces organisations peut, certes, être subordonnée à certaines conditions ; mais celles-ci sont fixées par leurs statuts, qui déterminent aussi les procédures d'adhésion ou de recrutement : la notion de critères d'appartenance ne paraît donc pas pertinente pour rendre compte des modalités de l'affiliation au groupe.

Il convient par conséquent de se concentrer sur les hypothèses où l'appartenance au groupe est déterminée sur la base de critères énoncés par une norme juridique : soit que l'affiliation découle automatiquement de l'application d'une règle obligatoire (ainsi, est français de naissance l'enfant né d'un parent français, ou l'enfant né en France d'un parent lui-même né en France) ; soit qu'elle suppose la combinaison, en proportion variable, d'un élément objectif ou imposé et d'un élément subjectif ou volontaire (appartenance à une minorité, adoption, naturalisation, ou encore installation sur le territoire d'une commune), le choix volontaire s'exerçant à l'intérieur des limites fixées par le droit ou ayant pour effet de provoquer la mobilisation d'une règle de droit.

Les critères de l'appartenance formalisés par le droit ne sont jamais entièrement arbitraires : ils ont toujours quelque chose à voir avec ce qui fonde, subjectivement ou objectivement, la cohésion de la collectivité ou sa raison d'être. Ce ne sont donc pas les mêmes critères qui détermineront l'appartenance à la famille, à la commune, à la nation, à une minorité nationale ou religieuse lorsque l'existence de celle-ci est entérinée par le droit. Malgré tout, les critères mobilisés par le droit ne sont pas en nombre infini : on trouve essentiellement, d'un côté l'appartenance dessinée par un rattachement territorial, de l'autre l'appartenance dessinée par un lien de sang (ce qui, dans le droit de la nationalité, se traduit par le binôme : *jus soli*, *jus sanguinis*). À titre subsidiaire, et généralement complémentaire, peuvent également entrer en ligne de compte des critères plus délicats à mettre en œuvre parce que moins facilement objectivables, qui tournent autour de la communauté d'intérêt ou de destin, d'un côté, de la "ressemblance", des caractéristiques communes, de l'autre.

- Le critère du *rattachement territorial* a l'avantage d'être, en apparence, parfaitement objectif et objectivable : donc de cadrer le mieux avec les exigences de la rationalité bureaucratique et de prêter le moins à controverse dans son application. Mais, sous cette unicité apparente se dissimule en réalité une multiplicité de critères, car le rattachement territorial peut prendre des formes variées : il peut s'agir de la naissance sur le territoire, ou bien de la résidence ou de la domiciliation sur un territoire déterminé, ou même de l'exercice d'une activité sur le territoire.

En matière de nationalité, on le sait, on distingue traditionnellement le *jus soli* et le *jus sanguinis*. Certains pays, comme les États Unis ou les pays d'Amérique latine, pratiquent le *jus soli* intégral : la simple naissance sur le territoire suffit à conférer la nationalité du pays. La loi française, qui réserve par ailleurs une place importante au *jus sanguinis* (voir *infra*), n'attache pas des effets aussi radicaux à la naissance sur le territoire ; mais la naissance en France et la résidence en France, affectée d'une certaine durée, et éventuellement combinées, figurent parmi les critères pris en compte tant pour l'attribution de la nationalité française à titre originaire que pour l'acquisition de la nationalité française.

Ainsi, l'enfant né en France se voit attribuer la nationalité française à la naissance si l'un de ses parents est lui-même né en France ou si aucune autre nationalité ne lui est attribuée (parents inconnus ou apatrides ou dont la nationalité n'est pas transmise à l'enfant parce que le pays d'origine n'accorde aucun effet à la filiation). Par ailleurs, l'enfant né en France acquiert à sa majorité la nationalité française à la condition qu'il réside en France à la date de sa majorité et qu'il y ait eu sa résidence habituelle pendant au moins cinq ans depuis l'âge de 11 ans ; cette acquisition est automatique, la volonté permettant toutefois, soit de décliner la qualité de Français, soit d'anticiper l'acquisition par le biais d'une déclaration faite par le mineur (à partir de 16 ans), ou par ses parents (à partir de 13 ans). Relevons toutefois que, dans cette hypothèse, la condition de résidence masque une condition d'assimilation qui ne dit pas son nom, l'enfant étant présumé, à travers la scolarisation, s'être acculturé aux normes et valeurs françaises.

La prise en compte du lien territorial, sous la forme d'une durée minimale de résidence en France, existe aussi dans le cadre de la naturalisation : si la procédure est déclenchée par une démarche volontaire du postulant, si elle ne peut aboutir qu'en vertu de la volonté discrétionnaire du gouvernement, la demande n'est recevable que si le requérant justifie d'une résidence habituelle en France durant les cinq années précédant le dépôt de sa demande. Mais la condition de résidence recouvre un ensemble d'éléments qui vont bien au-delà du simple constat d'une résidence régulière : la notion de « domicile de nationalité », dégagée par la jurisprudence, suppose que l'intéressé ait fixé en France, de manière stable, « le centre de ses liens familiaux et de ses intérêts matériels ». Concrètement, sous couvert de ce qui se présente comme une simple condition « de stage », on exige du postulant qu'il dispose de revenus personnels et stables, dont la source est localisée en France, lui permettant de subvenir à ses besoins, et qu'il ait en France la totalité de ses proches attaches familiales. À travers et au-delà de l'ancrage territorial, c'est plutôt, on le voit, une forme d'intégration socio-économique qui est visée.

Si l'on passe maintenant au cas de la commune, les choses paraissent beaucoup plus simples. Le critère d'appartenance est en effet au départ strictement territorial, puisque c'est la domiciliation qui détermine le ressortissant de la commune⁵ : le partage entre ceux qui appartiennent à la commune et les autres s'opère en fonction de l'existence ou non d'un domicile sur le territoire de la commune. On relève au passage que ceci laisse une place importante à la volonté, puisque le fait de venir s'établir sur ce territoire en y transférant son domicile suffit en général à devenir ressortissant de cette commune ; à cette nuance près que la liberté de choix est l'apanage de ceux qui ont les moyens d'accéder à la propriété ou au parc locatif pri-

⁵ Anne du Quellenec, *La domiciliation comme condition de l'accès aux droits. L'exemple de l'action sociale de la ville de Nanterre*, mémoire pour le DEA droits de l'homme et libertés publiques, Paris X-Nanterre, septembre 1999.

vé, car l'accès au logement social, lui, est en revanche étroitement contrôlé par les autorités locales.

Mais le critère de la domiciliation n'a que l'apparence de la simplicité. Car la notion de domicile, comme celle de résidence dont elle est en principe distincte (le premier est plutôt un rattachement de droit, la seconde une localisation de fait), sont loin d'avoir l'objectivité et l'univocité qu'on est tenté de leur prêter. Certes, il s'agit de notions juridiques, mais qui ne sont pas définies de la même façon et ne produisent pas les mêmes effets selon la branche du droit concernée et la réglementation applicable : le droit civil, le droit fiscal, le droit du travail, le droit électoral, le droit de la nationalité, le droit de la sécurité sociale et de l'aide sociale raisonnent à partir de définitions différentes du domicile et de la résidence. Les réglementations locales peuvent alors profiter de cette incertitude pour définir à leur gré des critères d'appartenance à la commune. Ceci explique qu'on puisse, tout en habitant sur le territoire de la commune, être considéré comme étranger à la commune et être exclu des prestations réservées à ses membres, comme c'est le cas, notamment, des résidents des cités universitaires, des habitants des foyers ou des hôtels meublés (comme si la résidence universitaire ou le foyer représentaient une forme d'extra-territorialité), ou encore des gens du voyage⁶.

- Un autre critère d'appartenance est celui de la *filiation*, ou des « *liens de sang* » (les deux termes, généralement utilisés l'un pour l'autre, ne sont pas tout à fait équivalents, dans la mesure où la filiation peut aussi inclure la filiation adoptive). Selon ce critère, font partie du groupe les descendants de ceux qui en sont membres. Critère constitutif de la famille, à côté de l'alliance, la filiation se retrouve aussi dans la définition de l'appartenance à une communauté politique. La filiation a joué un rôle déterminant, et souvent exclusif, dans la définition de l'appartenance, lorsque le fondement de la solidarité du groupe résidait dans les relations de parenté : dans les sociétés primitives constituées autour du clan ou de la tribu, par exemple, ou encore dans la cité antique où la citoyenneté était un privilège transmis de père en fils. Mais la prise en compte de la filiation a perduré bien au-delà de la constitution des États modernes, dont l'assise est pourtant avant tout territoriale, et le *jus sanguinis* reste encore aujourd'hui, dans beaucoup de pays, le critère dominant pour l'attribution de la nationalité. En France même, en dépit de l'accent mis sur le droit du sol, volontiers assimilé à l'essence de la tradition républicaine, le droit du sang joue un rôle très important. En pratique, une large majorité des Français le sont par filiation, puisque est français dès la naissance l'enfant dont l'un des parents — la mère ou le père — est français, quel que soit le lieu où l'enfant est né. La naissance à l'étranger, et même l'établissement durable à l'étranger n'empêche pas de rester français et de transmettre cette nationalité à ses descendants sur plusieurs générations.

- D'autres critères, on l'a dit, peuvent aussi intervenir, mais à titre subsidiaire ou secondaire : soit pour conforter l'appartenance au groupe, soit, à l'inverse, pour dénier une appartenance qui pouvait sembler acquise sur la base des critères initiaux. Il s'agit en règle générale de vérifier soit que l'individu partage avec les autres membres du groupe une communauté de destin ou d'intérêt, soit qu'il ne présente pas des caractéristiques incompatibles avec les leurs.

Au niveau communal, la domiciliation, indépendamment même de la difficulté qu'il y a à la cerner, ne suffit pas toujours à être reconnu comme membre à part entière de la commune, apte à bénéficier de l'ensemble des prestations qu'elle distribue : est parfois exigée (pour l'accès au logement social, notamment) une certaine durée de résidence témoignant d'un enracinement durable. Inversement, l'accès à certains droits et services peut être élargi aux per-

⁶ V. le mémoire d'Anne du Quellenec, précité, qui analyse le cas de la ville de Nanterre.

sonnes qui ont un lien suffisant avec la commune, notion qui recouvrira, selon les cas, outre les personnes qui y sont domiciliées, celles qui y travaillent ou dont les enfants sont scolarisés dans une de ses écoles⁷. C'est bien l'idée d'une communauté d'intérêt qui est sous-jacente à cet élargissement du cercle des ressortissants de la commune.

Dans le droit de la nationalité, qui détermine les critères d'appartenance à la nation, on retrouve cette même idée sous des formes différentes. On relève d'abord qu'est dispensé de la condition de stage, en vue de sa naturalisation, l'étranger qui a rendu des services exceptionnels à la France ou dont la naturalisation présente pour la France un intérêt exceptionnel. À côté de cette disposition ancienne, une loi du 29 décembre 1999 a prévu que la nationalité française serait conférée sur sa demande « à tout étranger engagé dans les armées françaises qui a été blessé en mission au cours ou à l'occasion d'un engagement opérationnel ». La justification de cette réforme, de portée essentiellement symbolique, a tourné autour de la thématique du « sang versé ». Même s'il n'est bien entendu pas possible de demander à tous les candidats à la nationalité française de verser leur sang pour la France, a-t-on entendu dans la bouche d'un député exprimant la tonalité générale de la discussion parlementaire, « il paraît logique d'attribuer de plein droit et quasi automatiquement notre citoyenneté aux étrangers qui le souhaitent et qui ont payé dans leur chair le prix de leur engagement au service de notre pays », tandis que la ministre de la justice déclarait de son côté que « verser son sang au service de la France est la marque suprême de l'adhésion aux valeurs républicaines qui fondent notre pays ».

De la communauté de destin, on passe insensiblement à l'adhésion aux valeurs, puis à l'« assimilation ». En dépit de son caractère flou, cette dernière notion occupe en effet une place centrale dans le droit de la nationalité, et sert à faire le tri entre les postulants à la nationalité française. Ainsi, les conjoints de Français peuvent acquérir la nationalité française sur simple déclaration, mais le gouvernement conserve la possibilité de faire obstacle à cette acquisition pour « défaut d'assimilation ». De même, « l'assimilation à la communauté française » est une des conditions de recevabilité de la demande de naturalisation : lors de l'instruction de la demande on vérifiera donc le degré d'assimilation du postulant « aux mœurs et aux usages de la France » et sa connaissance suffisante (évaluée en tenant compte de sa condition sociale) de la langue française. Plus concrètement encore, les instructions ministérielles recommandent aux services compétents de relever les éléments concernant « la manière de vivre » de l'intéressé, afin de s'assurer que « son mode de vie ne contrevient pas radicalement aux principes qui gouvernent la société française », à commencer par la monogamie, et que, par son comportement à l'égard de son épouse et de ses enfants, il ne manifeste pas « l'observance d'us et coutumes en contradiction avec les valeurs de la société française et notamment le principe d'égalité ». Cette condition d'assimilation conduira aussi à éviter « de naturaliser les étrangers qui se comportent en prosélytes actifs de valeurs en contradiction avec celles de la communauté française »⁸

⁷ Dans certains cas, il n'y a pas seulement possibilité mais obligation d'élargir le champ des bénéficiaires des prestations communales. En effet, le Conseil d'État a estimé que si la commune pouvait réserver l'accès des services publics qu'elle décide de créer à ses ressortissants, elle devait inclure dans cette catégorie non seulement les personnes domiciliées sur son territoire, mais également les « résidents permanents » qui vivent et travaillent toute l'année dans la commune, ou encore ceux qui ont avec elle un « lien particulier » ou un « lien suffisant », tels ceux qui y travaillent ou ceux dont les enfants y sont scolarisés.

⁸ Circulaire n° 2000-254 du 12 mai 2000 relative aux naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de la nationalité française.

Le droit ne se borne pas à énoncer les critères de l'appartenance au groupe : il détermine aussi le cas échéant les formalités que doit accomplir celui qui souhaite devenir membre du groupe, ainsi que les modes de preuve de cette appartenance. L'exemple de la nationalité est là pour rappeler l'importance que revêt la question de la preuve : car il ne suffit pas d'être français, il faut encore être en mesure de le prouver, en utilisant les seuls modes de preuve juridiquement acceptés. Quelqu'un peut bien affirmer qu'il est français puisque son père, sa mère, ses grands parents étaient français, il peut bien produire sa carte d'identité, exciper de sa qualité de fonctionnaire : rien de tout cela ne suffira pour qu'il soit considéré juridiquement comme français...

De façon générale, à chaque fois que quelqu'un entend faire valoir son appartenance à un groupe quel qu'il soit, il se voit réclamer une série de justificatifs attestant qu'il en est bien membre. Cette insistance mise sur les exigences de preuve s'explique par la crainte de voir certains individus bénéficier indûment des avantages découlant de cette appartenance.

Les enjeux de l'appartenance

L'enjeu véritable de l'appartenance au groupe n'est pas seulement ni même principalement symbolique : elle conditionne l'accès à un ensemble de droits et avantages dont le groupe entend réserver l'exclusivité à ses membres. Et c'est bien parce qu'il y a ces droits exclusifs à la clé que la question de l'appartenance se pose parfois de façon aussi cruciale et soulève des controverses aussi aiguës.

Ici encore, le droit joue un rôle déterminant. Après avoir fixé en amont les critères qui conditionnent l'appartenance au groupe, il énumère en aval les droits et prérogatives auxquels ses membres peuvent prétendre. Mais il énonce aussi les principes qui fondent ou au contraire excluent la possibilité pour une collectivité de réserver à ses membres le bénéfice de tel ou tel droit et de le refuser aux autres : conditionner l'accès aux droits à l'appartenance à une collectivité déterminée peut en effet entrer en conflit avec le postulat de l'universalité des droits fondamentaux.

Quels sont les droits ou les biens qui doivent être universellement distribués et ceux qu'une collectivité peut légitimement réserver à ses propres membres ? La question se pose d'abord et avant tout au niveau des États nations, conduisant à s'interroger sur la condition juridique des étrangers, mais elle se pose aussi au niveau des collectivités locales, lorsqu'elles réservent à leurs habitants l'accès aux services publics et le bénéfice de certaines prestations. Elle se pose du reste également au niveau de la famille, puisque l'existence ou l'absence de consécration juridique d'une relation de parenté ou d'alliance conditionne la jouissance d'une série de droits et prérogatives tels que l'autorité parentale ou les droits successoraux.

Parmi toutes les appartenances, il paraît assez évident que c'est l'appartenance ou la non appartenance à la communauté nationale qui produit les effets les plus forts. La nationalité conditionne en effet l'exercice d'un certain nombre de droits fondamentaux dont se trouvent de ce fait exclus les étrangers : les droits politiques, le droit d'accéder à la fonction publique, le droit absolu d'entrer et de demeurer sur le territoire national sans pouvoir être ni extradé ni expulsé, le droit d'exercer la profession de son choix – et même tout simplement le droit de travailler, qui reste subordonné, pour les étrangers, à une autorisation...

Jusqu'à quel point un État peut-il réserver à ses nationaux l'exercice de certains droits ? ou inversement : dans quelle mesure le principe d'égalité oblige-t-il à accorder le même traite-

ment aux étrangers qu'aux nationaux ? La réponse du droit est que le principe d'égalité n'oblige pas à traiter tous les individus de façon identique, à accorder à tous les mêmes droits et les mêmes avantages, qu'il interdit seulement d'établir des discriminations arbitraires, qui « manquent de justification objective et raisonnable » selon la formule de la Cour européenne des droits de l'homme. N'est pas contraire au principe d'égalité, par conséquent, une différence de traitement justifiée par une différence de situation ou par des considérations d'intérêt général prééminentes.

On déduit de ces prémisses que les étrangers peuvent ne pas bénéficier des mêmes droits que les nationaux en matière d'entrée et de séjour ou pour l'exercice des droits politiques, car il y a bien entre les uns et les autres, dans ces deux domaines, une différence de situation, eu égard à la conception dominante de l'État nation. La qualité d'étranger, en revanche, ne justifie pas d'être privé de l'exercice de ces libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, le droit à la sûreté, le droit au respect de la vie privée et familiale, ou même le droit de travailler. Pourtant, l'étranger ne peut jamais exercer aussi pleinement ces droits que le national, parce que leur exercice est entravé par la précarité de son droit au séjour.

L'appartenance ou la non-appartenance à la commune ne produit pas des effets aussi radicaux, on retrouve malgré tout à ce niveau une problématique analogue. La domiciliation dans la commune – éventuellement remplacée le cas échéant, on l'a vu, par une autre forme de lien « suffisant » avec elle – peut en effet être une condition pour bénéficier soit de certaines prestations, soit de tarifs préférentiels, soit encore d'une priorité d'accès aux services publics communaux (crèches, cantines scolaires, conservatoires musicaux, prestations sociales diverses...). Les « étrangers » à la commune sont alors exclus de l'accès à ces prestations et services, ou sont obligés d'acquitter des tarifs plus élevés pour en bénéficier, ou encore n'y ont accès qu'en fonction des places restées disponibles⁹.

Les privilèges accordés aux habitants de la commune demandent eux aussi à être appréciés à la lumière du principe d'égalité. Conformément aux principes rappelés plus haut, une jurisprudence classique et abondante du Conseil d'État énonce que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que les usagers des services publics soient traités de façon différenciée s'ils se trouvent dans des situations différentes, ou encore si cette différence de traitement répond à des considérations d'intérêt général en rapport avec l'objet du service.

La question se pose alors de savoir s'il existe entre les personnes appartenant à la commune et les autres une différence de situation justifiant qu'elles soient traitées de façon inégalitaire. La jurisprudence lui a apporté une réponse positive. Elle a admis, en premier lieu, que la commune pouvait faire profiter ses ressortissants de tarifs préférentiels, prenant notamment en considération le fait que les habitants de la commune participaient, en tant que contribuables, au financement de ces services¹⁰. Elle a également admis que la commune pouvait réserver

⁹ On a pu mettre ainsi en lumière, à partir de l'exemple de Nanterre, différentes formes d'exclusion du non-nanterrien : - l'impossibilité d'accéder à certains services (crèche, logement, soins dentaires) ou le refus d'octroyer une prestation ou une aide sociale facultative ; - l'accès différencié, c'est-à-dire à un coût supérieur à celui pratiqué pour le Nanterrien ; - l'accès conditionné (le service demandé n'existe pas dans la commune d'origine) ; - l'accès non prioritaire ; - l'accès différé (durée de présence dans la commune). Voir Christophe Daadouch, « Le domicile comme condition d'accès aux services publics locaux. L'exemple de la commune de Nanterre », in V. Carrère, Ch. Daadouch, C. Girola et A. Steiner, *Les limites de l'hospitalité communale : discours et réglementations. L'exemple de Nanterre*. Rapport réalisé dans le cadre du séminaire Ville et Hospitalité du PUCA, décembre 2000.

¹⁰ CE 5 octobre 1984, *Commissaire de la République du département de l'Ariège c/ Commune de Lavelanet*.

l'accès aux services municipaux dont la création n'est pas imposée par la loi (tel un conservatoire de musique) aux personnes qui ont avec elle un « lien suffisant » (notion plus large, on l'a vu plus haut, que les personnes qui y sont domiciliées)¹¹.

Faisant écho à la préférence nationale que l'État pratique au bénéfice de ses ressortissants, cette forme de « préférence communale », d'autant plus sensible que la commune met en œuvre une politique sociale dynamique, vient rappeler les implications très concrètes qu'ont, pour les individus, les règles qui définissent les critères et les modalités de l'affiliation au groupe.

*

On a conscience de n'avoir évoqué dans les développements qui précèdent qu'une petite partie des questions soulevées par la notion d'appartenance et auxquelles le droit est appelé à donner des réponses. En se focalisant sur la problématique de l'égalité, notamment, on a laissé de côté d'autres enjeux de l'appartenance au groupe, qui apparaissent par exemple lorsque cette appartenance déclenche la reconnaissance de droits spécifiques au profit de groupes minoritaires ou stigmatisés. Ces droits spécifiques visent soit à prendre en compte la « différence » de ceux qui, appartenant à un groupe qui se vit subjectivement ou apparaît objectivement comme minoritaire au sein de la collectivité nationale, revendiquent le droit de préserver leur identité et d'avoir leurs propres institutions éducatives, culturelles ou religieuses, soit à compenser le handicap subi par les membres d'un groupe victime de longue date de discrimination, l'appartenance au groupe pouvant alors être revendiquée en tant qu'elle commande l'accès à des programmes d'action positive.

Comment concilier « droit à l'indifférence » et « droit à la différence » ? comment articuler l'universel et le spécifique ? À ces questions-clés mettant en jeu l'appartenance, auxquelles sont confrontées les sociétés plurielles, on ne peut apporter de réponses, tant pratiques que théoriques, sans avoir recours au raisonnement juridique et au langage du droit.

¹¹ CE 13 mai 1994, *Commune de Dreux*.