

La citoyenneté : un concept juridique flou

Danièle Lochak

▶ **To cite this version:**

Danièle Lochak. La citoyenneté : un concept juridique flou. Dominique Colas; Claude Emeri; Jacques Zylberberg. Citoyenneté et Nationalité. Perspectives en France et au Québec, PUF, pp.179-207, 1991. hal-01659774

HAL Id: hal-01659774
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01659774

Submitted on 8 Dec 2017

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.

La citoyenneté : un concept juridique flou

DANIÈLE LOCHAK

Bicentenaire aidant, on redécouvre la « citoyenneté » : on se plonge avec délice dans l'étude de ses fondements historiques et philosophiques, on réclame son extension à ceux qui en sont encore exclus, on s'attache à promouvoir les « nouvelles citoyennetés ». Mais sait-on vraiment, au fond, ce qu'est la citoyenneté, est-on capable de définir rigoureusement cette notion, dont la charge idéologique et la signification politique apparaissent avec plus de clarté à l'observateur que le contenu conceptuel ?

Les mots « citoyen » et « citoyenneté » ne figurent — sauf erreur — dans aucun texte du droit positif français, sinon dans la Déclaration de 1789, dite précisément des droits de l'homme et du citoyen; mais si ce texte fait désormais partie du droit positif, puisque le Conseil constitutionnel en a décidé ainsi, sa lecture n'est pas de nature à débarrasser le terme « citoyen » du flou conceptuel qui l'entoure.

Le droit positif français ne connaît que deux notions : la nationalité d'un côté, les droits civiques de l'autre. La nationalité est un concept juridique aux contours parfaitement définis, qui permet de distinguer à tout coup le national de l'étranger; mais si elle entretient des rapports étroits avec la citoyenneté, elle ne se confond pas avec elle (bien que les Américains utilisent le mot *citizenship* là où nous employons le mot « nationalité »). Quant aux droits civiques, qui représentent, logiquement, les attributs de la citoyenneté et pourraient donc permettre de mieux cerner la notion, on s'aperçoit qu'ils ne se laissent pas appréhender si aisément.

Citoyenneté et nationalité.
Perspectives en France et au Québec

Mais les difficultés ne s'arrêtent pas là : il n'est pas certain, en effet, que la citoyenneté puisse se résumer dans le seul droit de vote, ni même dans les seuls droits civiques. En deçà des droits politiques, elle suppose la liberté et l'égalité, sans lesquelles il n'est pas de citoyenneté véritable; au-delà du politique, il existe d'autres formes de participation à la vie collective, d'autres formes d'exercice de la citoyenneté dont on découvre l'importance à mesure que l'aspiration à la démocratie se fait plus exigeante et s'étend au-delà du domaine où elle était traditionnellement cantonnée : des formes de participation entérinées par le droit et qui, n'étant plus nécessairement réservées aux seuls « citoyens », aux seuls nationaux, remettent en cause la conception traditionnelle de la citoyenneté en même temps qu'elles en élargissent le contenu.

LE CITOYEN, FIGURE INSAISISSABLE

La citoyenneté, au départ, se définit par référence à une communauté politique, et son attribut essentiel, c'est le droit de participer, directement ou indirectement, à l'exercice du pouvoir politique. Dans le cadre de l'Etat-nation, le citoyen est celui qui est titulaire d'une parcelle de la souveraineté nationale. Seuls les nationaux, par conséquent, sont citoyens, et seuls ils sont admis à l'exercice des droits politiques.

Ainsi, le citoyen se définit d'abord par opposition à l'étranger, et la citoyenneté apparaît à cet égard comme un sous-ensemble de la nationalité, laquelle désigne le lien juridique qui rattache une personne physique à un Etat déterminé (cf. en allemand *Staatsangehörigkeit*). Ceci laisse toutefois en suspens le point de savoir si tous les nationaux sont citoyens, et conduit à analyser plus attentivement les rapports entre nationalité et citoyenneté.

Mais la citoyenneté a aussi un contenu positif, elle se concrétise par la jouissance d'un certain nombre de droits : droits politiques, sans doute, mais aussi, plus largement, droits civiques. D'où la nécessité d'examiner ce que recouvre cette dernière notion, dont les contours restent flous et, paradoxalement, ne coïncident pas exactement avec ceux de la citoyenneté.

NATIONALITÉ ET CITOYENNETÉ

Si la nationalité paraît bien, dans l'état actuel du droit, être une condition nécessaire de l'accès à la citoyenneté, on peut se demander en

revanche si elle en est la condition suffisante : car si les étrangers sont assurément exclus de la citoyenneté, il est moins certain que tous les nationaux doivent être considérés comme des citoyens.

La nationalité, condition nécessaire de la citoyenneté

Le lien entre nationalité et citoyenneté, qui trouve ses racines dans la tradition constitutionnelle française, se traduit aujourd'hui dans le droit positif par l'incapacité politique qui continue à frapper les étrangers. Toutefois, on assiste depuis quelques années à une évolution qui pourrait déboucher dans un avenir relativement proche sur un assouplissement de cette incapacité.

La tradition constitutionnelle française. — Dans la tradition française, qui, sur ce point, a déteint largement sur les autres pays, seul le national est citoyen, tandis que l'étranger n'a aucun titre à exercer les droits liés à cette qualité. L'accès à la nationalité française est le point de passage obligé pour l'accès à la citoyenneté. Il y a donc un lien nécessaire entre nationalité et citoyenneté et, pour comprendre la force de ce lien, il faut remonter à la Révolution.

L'apparition du mot « citoyen » est bien antérieure à 1789. Dans l'acception la plus neutre, il désigne l'habitant d'une cité ou d'un pays, y compris par opposition à l'étranger, originaire d'un autre pays. Mais il a aussi un sens marqué, connoté positivement : on parlera ainsi d'un roi, d'un ministre, d'un soldat « citoyen », c'est-à-dire sensible au bien général, dévoué aux intérêts de son pays (Littré).

A la Révolution, toutefois, le mot se charge d'un sens radicalement nouveau : le citoyen, ce n'est plus simplement l'habitant, c'est le membre de la nation — concept neuf, lui aussi, qui désigne l'entité collective formée par l'ensemble des citoyens et seule dépositaire de la souveraineté dans l'État. Le mot citoyen condense donc désormais en lui deux significations conceptuelles distinctes, mais indissociables : il désigne le national du pays et le titulaire des droits civiques en tant qu'ils sont une seule et même personne. La citoyenneté française, c'est la nationalité française en tant qu'elle confère les prérogatives attachées à la qualité de citoyen.

Paradoxe ou effet pervers de l'idéologie révolutionnaire : en transférant la souveraineté de la tête du roi à la nation, en faisant de chaque citoyen, en tant que membre de la nation, le titulaire d'une parcelle de la souveraineté nationale, la Révolution a créé les conditions du développement de la démocratie; mais elle a simultanément verrouillé l'Etat-nation en instituant une frontière plus étanche que jamais entre le

national-citoyen et l'étranger non citoyen, en réservant aux nationaux la jouissance et l'exercice des droits civiques.

La conception actuelle de la citoyenneté remonte donc bien à ce moment historique, à deux réserves près :

— en premier lieu, il a fallu encore longtemps pour que l'équation national = citoyen se traduise intégralement dans les faits et dans le droit, puisqu'un siècle et demi s'est écoulé entre l'affirmation de la souveraineté de la nation et l'établissement du suffrage universel masculin et féminin;

— en second lieu, la transformation de l'idée nationale en mécanisme d'exclusion à l'encontre des étrangers n'a pas été non plus immédiate. Aux débuts de la Révolution, une conception ouverte et universaliste de la nation a prévalu : fidèles à l'idéologie cosmopolite de la fin du XVIII^e siècle, les révolutionnaires ont accordé généreusement la citoyenneté française aux étrangers, dont certains siégeront à la Convention. Pour Robespierre, la patrie à défendre, c'était une fidélité à des principes, et non un territoire borné par des frontières, c'était, tout simplement, le pays où l'on est citoyen[1]. De façon significative, les constitutions révolutionnaires se préoccupent moins de définir qui est national que de déterminer les conditions d'accès à la qualité de citoyen, et les premières constitutions ouvrent largement l'accès à la citoyenneté française, en accordant la même place à la filiation, à la naissance et à la résidence en France.

Mais, déjà, les constitutions suivantes réintroduisent une distinction entre les citoyens français d'origine, nés en France d'un père français, et les étrangers, qui peuvent devenir citoyens français après une certaine durée de résidence (sept ans sous le Directoire, dix ans sous le Consulat). D'une conception universaliste de la citoyenneté, on passe imperceptiblement à une conception à la fois territoriale et « nationaliste » au sens que revêt ce terme aujourd'hui; la citoyenneté se rétrécit en conséquence pour se confondre finalement avec la nationalité, définie par référence à un territoire. L'accès à la citoyenneté est désormais verrouillé, puisque subordonné à la naturalisation préalable de l'étranger, faveur accordée discrétionnairement. Et même si, par la suite, l'accès à la nationalité française s'ouvre progressivement, à mesure que tout au long du XIX^e siècle une place de plus en plus importante est faite à la naissance et à la résidence en France pour l'attribution de la nationalité française, le lien entre nationalité et citoyenneté ne se démentira plus.

1. Voir J.-Y. Guiomard, *L'idéologie nationale*, Ed. Champ Libre, 1974.

Le droit positif actuel. — L'incapacité politique des étrangers reste aujourd'hui en France une règle absolue qui ne souffre aucune exception.

L'article 3 de la Constitution dispose : « La souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum (...). Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes jouissant de leurs droits civils et politiques. » Il en résulte que les étrangers ne peuvent participer ni à l'élection des députés et des sénateurs, ni à l'élection du Président de la République, ni aux référendums. Par ailleurs, le Code électoral réserve aux Français le droit de vote et l'éligibilité pour l'élection des conseillers municipaux, généraux et régionaux.

Dans la mesure où, comme l'admettent la majorité des juristes, la souveraineté nationale n'est pas directement en jeu dans les élections locales (elle ne l'est tout au plus qu'indirectement, du fait que les élus locaux siègent dans le collège électoral appelé à désigner les sénateurs), on voit que l'incapacité politique des étrangers dépasse le cadre strict de l'expression de la souveraineté nationale. Cette incapacité électorale s'accompagne d'ailleurs d'autres incapacités, dont l'impossibilité d'accéder à la fonction publique est la plus connue, et elle justifie également certaines limitations à l'activité politique des étrangers : exclusion qui renvoie à la question plus générale, que nous évoquerons plus loin, du contenu exact des droits attachés à la qualité de citoyen.

Il est vrai — et ceci renforce l'idée que l'incapacité politique des étrangers est bien dans la « nature des choses » — qu'aucun principe du droit international n'impose aux Etats d'accorder des droits politiques aux étrangers résidant sur leur territoire. Ni la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1966, ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne reconnaissent de droits politiques aux non-nationaux ni ne considèrent comme discriminatoires les distinctions opérées en ce domaine entre étrangers et nationaux; quant à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, elle reconnaît même explicitement aux Etats le droit d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers.

Aussi « naturelle » que paraisse l'incapacité politique frappant les étrangers, l'éventualité d'une remise en cause du lien exclusif entre nationalité et citoyenneté n'en est pas moins actuellement débattue sous l'effet de deux facteurs : la présence en France, comme dans d'autres pays européens, d'une population étrangère importante (6 à 7 % de la population totale) qui, sédentarisée dans le pays d'accueil, se trouve privée durablement de l'exercice de droits politiques. De sorte que la question du droit de vote des étrangers, au moins au niveau local, est désormais à l'ordre du jour, même si l'idée rencontre encore de très

vives résistances; la construction européenne, qui pourrait déboucher sur l'idée d'une citoyenneté européenne dissociée de la nationalité[2].

La nationalité, condition suffisante de la citoyenneté ?

Si la nationalité reste donc, pour l'instant, une condition nécessaire de la citoyenneté, et s'il faut, pour être citoyen en France, avoir la nationalité française, il n'est pas certain que la réciproque soit vraie et que tout national doive être *ipso facto* considéré comme un citoyen.

A un premier niveau, il est aisé de constater que tous les nationaux ne jouissent pas de leurs droits politiques ou de l'intégralité de ces droits : les femmes jusqu'en 1945, les mineurs, les interdits, les condamnés à certaines peines pénales, les naturalisés étaient ou sont encore aujourd'hui privés du droit de vote. Auxquels il faut ajouter, pour être complet, les habitants des colonies, dont tous ne jouissaient pas, tant s'en faut, des prérogatives de citoyen. Mais si l'on quitte le niveau du constat pour celui de l'analyse conceptuelle, les choses deviennent plus complexes, et l'on s'aperçoit que la question de savoir si les nationaux privés de l'exercice du droit de vote restent ou non des citoyens ne reçoit pas de réponse claire.

Citoyenneté et droit de vote. — L'impossibilité d'exercer le droit de vote signifie-t-elle que l'on n'est pas citoyen ? Oui, serait-on tenté de répondre, puisque le droit de vote est la principale prérogative attachée à la qualité de citoyen. Mais, d'un autre côté, peut-on concevoir que, dans un pays démocratique, la qualité de citoyen soit si chichement attribuée, que des nationaux français ne soient pas reconnus comme citoyens alors que la conception française de la nation est précisément celle d'une nation souveraine, d'une nation de citoyens ?

Il faut reconnaître que les textes constitutionnels ne sont pas très éclairants sur ce point. La Constitution de 1791, en distinguant les citoyens actifs des citoyens passifs, répondait au moins indirectement à la question, mais l'abandon de la distinction l'a laissée sans réponse constitutionnelle précise. Et ce n'est peut-être pas un hasard si les constitutions récentes n'utilisent plus le terme « citoyen » : « Sont électeurs les nationaux français des deux sexes jouissant de leurs droits civils et politiques », dit très prosaïquement la Constitution de 1958 (qui malgré tout embrouille un peu la question en mêlant ici droits civils et politiques...).

2. Voir l'article de Christian Hen *infra*, p. 273 et s.

Il n'est donc pas étonnant que les analyses doctrinales sur ce point aient divergé dans le passé; et si aujourd'hui la controverse s'est tarie, c'est en raison d'un manque d'intérêt de la doctrine pour la question théorique qu'elle soulève et non parce qu'elle aurait été tranchée. Car les auteurs anciens, eux, consacraient de longs développements à l'exclusion du système politique des enfants, de femmes, des fous ou des délinquants. Il est vrai que l'octroi du droit de vote aux femmes, puis l'abaissement de l'âge de la majorité ont considérablement limité l'étendue de ces exclusions; mais ils n'ont pas fondamentalement modifié les données théoriques du problème.

Duguit, dans son *Traité de droit constitutionnel*[3], aborde directement la question : dans les pays qui ont mis à la base même de leur droit public le principe de la souveraineté nationale, écrit-il, se pose la question de savoir « si ce principe implique pour tous les membres de la nation le droit de faire partie du corps des citoyens, à l'exception, bien entendu *(sic)*, des individus incapables ou indignes ».

Il fait alors remarquer que l'idée dominante à l'assemblée constituante, en 1789, fut que l'électorat n'était pas un droit, mais une fonction. A tout individu vivant en société on reconnaissait un droit individue s'imposant au législateur, le droit de citoyen; mais ce droit n'était pas le droit de voter, c'était le droit d'être reconnu comme partie composante de la nation. Le citoyen ne pouvait voter que si le législateur lui avait conféré cette fonction. D'où la distinction opérée par la Constitution de 1791 entre citoyens passifs (droit) et citoyens actifs (fonction) : tous les Français sont citoyens, mais seuls les citoyens actifs votent. Ce qui, relève Duguit, contredit à première vue la Déclaration des droits de l'homme qui dispose : « La loi est l'expression de la volonté générale. *Tous les citoyens ont le droit* de concourir... à sa formation »; mais à première vue seulement, ajoute-t-il, car aux yeux de l'assemblée les électeurs expriment bien la volonté de tous.

En 1793 les idées de Rousseau triomphent et le droit électoral de tout citoyen est affirmé : tout homme âgé de 21 ans est citoyen, tout citoyen est électeur, l'électorat devient un droit. Et si la Convention n'accorde pas le droit de vote aux femmes, c'est simplement, dit Duguit, qu'elle n'est pas logique avec elle-même.

La Constitution de l'an III reproduit le système de 1791 : on revient à l'électorat fonction, que les constitutions ultérieures ne remettront plus en cause. Même en 1848, où l'on reconnaît théoriquement le droit de cité à tous les Français et où l'électorat est accordé dans des conditions très larges, le droit de vote n'est pas considéré comme un droit inhérent à la

3. Paris, de Boccard, t. II, 3e éd., 1928, p. 577 s.

qualité de Français : il n'est pas donné aux femmes, et la constitution renvoie à la loi électorale pour déterminer les causes qui peuvent priver un Français du droit de vote et d'éligibilité.

Ainsi, selon Duguit, dans la conception française, l'électorat est en même temps un droit et une fonction. Mais le droit est uniquement le droit à la reconnaissance de la qualité de citoyen, et n'entraîne le pouvoir de voter que si la qualité de citoyen est accompagnée des autres qualités exigées par la loi positive. Ce qui entraîne, implicitement, que dans son idée tous les nationaux ont la qualité de citoyens, même s'ils n'ont pas le droit de vote.

L'analyse de Carré de Malberg est assez proche. Selon lui, la Constituante est partie de l'idée que la nation, en qui réside la souveraineté, prend sa consistance uniquement dans les individus qui la composent. Chaque national possède la qualité de citoyen, et chacun a le droit de faire reconnaître en sa personne individuelle cette qualité civique. C'est là un droit individuel qui découle de la nature même de la nation telle que les constituants de 1789-1791 l'ont conçue, et qui est donc, si l'on veut, un droit « naturel ».

De cette conception, conforme aux thèses de Rousseau, il semblerait devoir résulter que tout national, puisqu'il est citoyen, a le droit de participer individuellement à l'activité souveraine de la nation. Or la Constituante va dissocier la citoyenneté du droit de vote : tout membre de la nation est bien citoyen, mais tout citoyen n'est pas électeur. Et jusqu'à aujourd'hui, estime Carré de Malberg, l'électorat reste une fonction, non un droit, puisque même les constitutions qui établissent le suffrage universel sont loin de reconnaître le droit de vote à tous les citoyens : les femmes, les condamnés, les faillis en sont exclus, et les conditions d'âge, de résidence, d'inscription sur les listes électorales font que seul un quart des nationaux, soit 10 millions d'électeurs, est admis à voter. Et du point de vue juridique, ajoute Carré de Malberg, ces limitations ou exclusions sont inconciliables avec la théorie qui voit dans l'électorat un droit inhérent à la qualité de citoyen[4].

Hauriou, en revanche, dans la présentation et la terminologie qu'il adopte, semble prendre le contre-pied des deux auteurs précédents. Pour lui, en effet, si la capacité électorale appartient en principe à tout citoyen français majeur de 21 ans, tout sujet de la France n'est pas sujet français (les indigènes dans les colonies sont sujets de la France sans être sujets français), et tout sujet français n'est pas citoyen (ainsi la femme, qui a la qualité de sujet français, n'a pas — à tous égards, précise Hauriou — celle de citoyen français). Le citoyen est donc uniquement le sujet français du sexe masculin, étant entendu qu'il peut par ailleurs être privé de la

4. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. II, 1922, p. 424 s.

jouissance du droit de vote s'il est condamné ou failli, ou de l'exercice de ce droit s'il est mineur ou interdit[5]. Par conséquent, si l'on suit bien le raisonnement de Hauriou, on doit en déduire que les femmes ne sont pas des citoyens, mais que les hommes privés du droit de vote le demeurent.

La lecture des constitutions révolutionnaires semble à première vue donner raison à Hauriou (à ceci près qu'elles font bien entendu l'impasse sur la question des femmes), dans la mesure où elles distinguent entre la perte de la qualité de citoyen, résultant non seulement de la naturalisation dans un autre pays mais aussi de certaines condamnations pénales, et la suspension de l'exercice des droits de citoyen. On en déduit en effet qu'il y a des nationaux qui n'ont pas ou plus la qualité de citoyen. Mais une lecture plus attentive montre que les choses sont sensiblement plus embrouillées, puisque d'une constitution à l'autre les mêmes causes ne produisent pas les mêmes effets, et ce qui entraînait ici la perte de la qualité de citoyen n'entraîne plus ailleurs que l'incapacité électorale, et réciproquement.

Ainsi, aux termes de la Constitution de 1791 la qualité de citoyen français se perd par la naturalisation en pays étranger et par la condamnation aux peines qui emportent la dégradation civique, tandis que sont exclus de l'exercice des droits de citoyen actif ceux qui sont en état d'accusation et les faillis. Dans la Constitution girondine la qualité de citoyen français se perd par la naturalisation en pays étranger et par la peine de la dégradation civique, et il y a deux causes d'incapacité électorale : l'imbécillité ou la démence, la condamnation légale aux peines qui emportent la dégradation civique. La Constitution montagnarde opère une distinction entre les hypothèses où l'exercice des droits de citoyen se perd (naturalisation, condamnation à des peines infamantes ou afflictives), et celles où ce droit est seulement suspendu (état d'accusation, jugement de contumace), la Constitution de l'an III ajoutant à ces dernières hypothèses l'interdiction judiciaire pour cause de fureur, de démence ou d'imbécillité, la faillite, ou l'état de domestique à gage.

On le voit, les constituants n'avaient pas eux non plus les idées très claires sur la citoyenneté, et la ligne de démarcation entre le citoyen et le non-citoyen semble avoir été à toutes les époques bien délicate à tracer.

Les incapacités électorales dans le droit positif actuel. — La décolonisation d'un côté[6], la suppression des incapacités frappant les naturalisés de l'autre ont permis de faire mieux coïncider nationalité et citoyen-

5. *Précis de droit constitutionnel*, 1929, p. 569 s.

6. Sur le problème des rapports entre nationalité et citoyenneté dans le cadre de la colonisation, voir les contributions de François Borella, *infra*, p. 209 et s. et de Sylvie Guillaume, *supra*, p. 123 et s.

neté qui, dans ces deux hypothèses, étaient ouvertement dissociées.

Une fois le droit de vote accordé aux femmes, il n'y a plus guère que les enfants, les « fous » (les « majeurs en tutelle » dit le Code électoral) et les délinquants qui restent frappés d'une incapacité électorale. Sont-ils néanmoins des citoyens ? On l'a dit, la question ne préoccupe guère les auteurs, pas plus d'ailleurs que ne les préoccupe la question de la légitimité de ces exclusions, et notamment celle visant les condamnés.

Du point de vue du droit pénal, l'incapacité électorale est considérée comme une peine accessoire accompagnant la peine principale; elle est selon les cas automatique ou facultative, définitive ou temporaire. De son côté, le Code électoral énumère toutes les hypothèses de privation du droit de vote. L'article L 5 prévoit que certaines condamnations entraînent l'exclusion automatique et définitive des listes électorales : on y trouve, outre les condamnations pour crime et les condamnations pour certaines infractions électorales, les condamnations à une peine d'emprisonnement ferme d'une quelconque durée ou à une peine d'emprisonnement avec sursis supérieure à un mois pour certains délits énumérés, dont la gravité n'est d'ailleurs pas toujours évidente (tel le vol). L'article L 6 prévoit l'exclusion temporaire des listes électorales de ceux auxquels les tribunaux ont interdit le droit de vote à la suite d'une condamnation pénale, lorsque cette interdiction est permise par une disposition particulière d'une loi[7].

S'il est difficile d'évaluer avec exactitude le nombre de ces exclus de la citoyenneté, faute de statistiques pertinentes, on sait en tout cas qu'il est très élevé, et que quelques dizaines de milliers de personnes sont chaque année rayées des listes électorales sur la base de l'article L 5 du Code électoral. Une étude effectuée sous l'égide de l'INSEE en 1983 évaluait à 161 000 personnes environ la population privée de capacité électorale; encore ce chiffre était-il fortement minoré en raison du vote de la loi d'amnistie du 4 août 1981 qui avait effacé plus de la moitié des incapacités.

Comme le souligne par ailleurs Gérard Soulier, ces chiffres devraient inciter à s'interroger sur la légitimité des incapacités électorales frappant dans de telles proportions les condamnés. Or c'est le contraire qui se produit : un silence total règne sur cette question comme s'il allait de soi que celui qui a transgressé les règles ne doit pas voter. L'incapacité électorale n'est du reste qu'un aspect de la privation des droits civiques que subit le condamné, et qui lui interdit, entre autres, d'accéder à la fonction publique — ou de rester fonctionnaire s'il l'était déjà.

7. Les articles 42 et 43 du Code pénal prévoient la possibilité pour les tribunaux correctionnels d'interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques lorsque cette interdiction a été autorisée ou ordonnée par une disposition particulière de la loi (ex. : violence à magistrat, bris de scellés, menaces, coups et blessures volontaires, etc.). Voir la contribution de Gérard Soulier : « Citoyenneté et condamnation pénale. L'incapacité électorale », *infra*, p. 343 et s.

CITOYENNETÉ ET DROITS CIVIQUES

La citoyenneté, au sens strict, se définit d'abord et avant tout dans l'ordre politique, comme la participation à l'exercice de la souveraineté nationale; de sorte que dans une démocratie, le droit de vote apparaît comme l'attribut essentiel, l'attribut-phare de la citoyenneté. Mais elle ne se réduit pas à ce droit. Le droit positif français fait en effet référence à plusieurs reprises aux « droits civiques », et il serait logique de postuler une coïncidence entre le contenu de ces droits et les attributs de la citoyenneté. Dans cette optique, le citoyen ne se définirait plus comme le titulaire de droits politiques, mais plus largement comme le titulaire des droits civiques.

Mais cette idée *a priori* logique, et donc séduisante, s'avère peu opérationnelle lorsqu'on essaie de la mettre en œuvre, car ni les analyses doctrinales, ni l'examen du droit positif ne permettent de déterminer avec certitude où passe la frontière entre les droits politiques ou les droits civiques, en principe réservés aux citoyens, et les autres droits tels que les droits civils ou les droits sociaux.

Des droits politiques aux droits civiques

L'idée moderne de citoyenneté est la transposition de la conception en vigueur dans les cités démocratiques de la Grèce antique. De sujet, l'homme devient citoyen lorsqu'il acquiert les droits et libertés qui en font un être politique actif. Plus précisément, dans la conception moderne de la cité, le citoyen, c'est celui qui participe à la souveraineté nationale.

Le citoyen, c'est donc l'homme investi d'un statut politique, titulaire de droits politiques. Et ceci conduit à distinguer d'un côté les libertés civiles et les droits de l'individu, de l'autre les droits du citoyen et les libertés politiques. Mais dans la conception révolutionnaire il existe une solidarité entre ces deux catégories de droits : « Le but de toute association politique est la préservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme », proclame la Déclaration de 1789, qui fait ainsi des droits du citoyen tout à la fois le corollaire et la garantie des droits de l'homme. Le statut de citoyen est donc le corollaire de la reconnaissance de l'homme comme être libre, libre d'exercer les libertés individuelles dans la sphère privée et titulaire de droits politiques dans la sphère publique[8].

8. En ce sens, Gérard Soulier, *Nos droits face à l'Etat*, Seuil, coll. « Points », 1981, p. 51 s.

Il en résulte que la citoyenneté ne trouve à s'exercer véritablement que dans le cadre d'une démocratie, là où les individus sont admis à participer au pouvoir ou à son contrôle. Ce lien entre la citoyenneté et l'existence d'une vie politique démocratique paraît attesté par le fait que le mot « citoyen » disparaît des constitutions postrévolutionnaires : il n'est plus question que de « l'exercice des droits de cité » dans la Constitution de l'an VIII et des « droits publics des Français » dans les Chartes monarchiques.

Mais il est plus troublant de constater que même par la suite, et sauf pendant la parenthèse républicaine de 1848 où la Constitution énonce que « la souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français », le mot disparaît du vocabulaire constitutionnel. La souveraineté nationale appartient au peuple, le droit de vote appartient aux « nationaux » majeurs des deux sexes jouissant de leurs droits civils et politiques, dit par exemple la Constitution de 1958.

Le mot a même fini par disparaître des ouvrages de droit[9]. Dans les répertoires et dictionnaires juridiques du XIX^e^ et du début du XX^e^, la citoyenneté est encore définie comme la jouissance des droits politiques, entendus d'ailleurs dans un sens large incluant l'électorat et l'éligibilité aux assemblées politiques et administratives mais aussi l'exercice des fonctions et emplois publics et de juré d'assises (v. notamment *Nouveau dictionnaire de droit*, Dalloz, 1937). En revanche, après la seconde guerre mondiale, les mots citoyen et citoyenneté disparaissent de ces ouvrages en France.

La citoyenneté est devenue, juridiquement, introuvable ; seule subsiste dans le droit positif la notion de droits civiques, qui ne relève plus de la Constitution mais du Code pénal, où ils apparaissent en creux. Le Code de 1810 crée l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, peine correctionnelle régie par l'article 42, puis la loi de 1832 crée la dégradation civique, peine criminelle définie à l'article 34. Ces deux peines sont toujours en vigueur, et s'appliquent parallèlement aux condamnations qui emportent radiation des listes électorales.

L'interdiction de l'exercice des droits civiques est prononcée par le juge correctionnel, pour un temps limité, à titre facultatif ou obligatoire. Mais du fait que l'article 42 énumère pêle-mêle l'ensemble des « droits civiques, civils et de famille » qui peuvent être interdits — le vote, l'éligibilité, les fonctions de jurés ou autres fonctions publiques, le port d'armes, le vote et le suffrage dans les délibérations de famille, les fonctions de tuteur, curateur, expert, témoin, etc. — il n'est pas évident d'y repérer ceux qui constituent précisément des droits civiques. On peut

9. C'est ce que rappelle François Borella dans sa contribution précitée.

faire la même remarque à propos de la dégradation civique, qui consiste, aux termes du Code pénal : 1° Dans la destitution et l'exclusion de tout emploi et fonction publics; 2° Dans la privation du droit de vote et d'éligibilité, et « en général de tous les droits civiques et politiques », et du droit de porter des décorations; 3° Dans l'incapacité d'être juré, expert, témoin en justice; 4° Dans l'incapacité de faire partie d'un conseil de famille, d'être tuteur ou curateur ; 5° Dans la privation du droit de porter les armes, de servir dans l'armée, d'enseigner, etc.

L'impossible définition conceptuelle

Ce mélange des droits civiques et politiques d'un côté, des droits civiques et civils de l'autre est l'indice d'un grand flou conceptuel, que l'on relève également dans les analyses doctrinales.

Prenons d'abord la distinction entre droits politiques et droits civils. On se rend compte que l'énumération des droits politiques n'est pas chose aisée, car si quelques textes se réfèrent à cette notion, ils n'en donnent pas de définition.

Ainsi, l'article 7 du Code civil dispose que « l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent conformément aux lois constitutionnelles et électorales ». Constituent de façon certaine des droits politiques l'électorat et l'éligibilité aux assemblées législatives et administratives. Mais, au-delà, faut-il inclure dans les droits politiques, comme le font certains auteurs[10], le droit de participer à toute élection pourvoyant à la constitution d'une institution du droit public (notion qui n'est d'ailleurs pas elle-même des plus limpides, comme on s'en apercevra plus loin) ?

Et où convient-il de classer l'accès à la fonction publique ? Dans les droits politiques, assurément, si l'on s'arrête à cette classification dichotomique, et si l'on définit les droits politiques comme ceux qui permettent aux individus de participer aux organes de l'Etat exerçant la fonction législative, administrative ou judiciaire[11]. Mais, pour d'autres auteurs, il s'agit là d'un droit civique et non d'un droit politique. Ce qui pose une nouvelle question : où commencent les droits politiques et où finissent les droits civiques ? Selon une première conception, les droits politiques sont simplement un sous-ensemble des droits civiques, ce que paraît confirmer l'article 34 du Code pénal, qui fait de la privation des droits politiques un des aspects de la dégradation civique.

Pour Maurice Hauriou, en revanche, la distinction est plus radicale.

10. Comme H. Batiffol et P. Lagarde dans leur *Traité de droit international privé.*

11. Telle est la conception défendue par Colin et Capitant dans leur *Traité de droit civil.*

Les droits civiques sont ceux qui permettent la participation à l'autorité publique, à la fonction publique, à la chose publique, mais non au pouvoir de domination politique; ce sont l'aptitude aux fonctions publiques, places et emplois, le droit d'être juré et témoin dans les actes, le droit *(sic)* d'être soldat et celui de payer l'impôt. Ces droits civiques, dit-il, appartiennent à tout citoyen français, même non électeur, à moins qu'il n'en ait été privé par une condamnation (on remarque toutefois que parmi les droits civiques Hauriou fait figurer le « droit » de payer l'impôt, qui est reconnu aussi à ces non-citoyens que sont les étrangers). Les droits politiques, en revanche, qui permettent la participation au pouvoir de domination politique, autrement dit à la souveraineté nationale, n'appartiennent qu'au citoyen électeur : ils se ramènent donc aux diverses modalités du droit de suffrage.

Avec le développement de la démocratie économique et sociale, on a vu apparaître un autre problème : celui de la distinction entre droits politiques et droits sociaux.

Les tribunaux ont eu notamment à résoudre le problème de la nature des droits de vote et d'éligibilité conférés aux travailleurs dans l'entreprise. Il s'agissait concrètement de dire, à une époque où les étrangers n'étaient pas encore éligibles aux institutions représentatives du personnel (ils n'ont acquis l'éligibilité qu'en 1972), si les Algériens pouvaient se prévaloir des accords d'Evian pour accéder à ces fonctions. Les tribunaux se sont divisés sur le point de savoir s'il s'agissait de droits politiques, exclus de la réciprocité prévue par les accords d'Evian, ou non. Pour le ministre des Affaires étrangères, les droits politiques englobaient « la jouissance et l'exercice de tous les droits civiques, et d'une manière générale l'exercice de toutes fonctions qui, par leur nature ou leur objet, comportent une participation à la gestion d'un service public ou assimilé ». La Cour de cassation a estimé pour sa part que « l'éligibilité aux comités d'entreprise constituait un droit professionnel, privé, social et non politique, le rôle des comités d'entreprise s'exerçant dans l'intérêt de l'entreprise et de son personnel[12].

La question, aujourd'hui, n'a plus qu'un intérêt rétrospectif, puisque les lois de 1972, 1975 puis 1983 ont progressivement assimilé les étrangers aux nationaux dans ce domaine. Mais le fait qu'elle ait pu se poser, ainsi que le temps qu'il a fallu avant qu'on ne se résolve à accorder aux étrangers un droit qui aujourd'hui nous apparaît sans doute possible comme un droit social et non un droit politique, montre assez l'incertitude des frontières conceptuelles entre les différentes catégories de droits, qui ne

12. Plusieurs arrêts du 18 mars 1971. Voir sur ce point J.-F. Lachaume, L'accès des travailleurs algériens aux fonctions de représentants élus du personnel ou de délégué syndical dans les entreprises françaises, *Droit social*, juillet 1972, p. 300.

fait que refléter les incertitudes théoriques sur le contenu de la citoyenneté.

Face à ce flou conceptuel, on peut être tenté de renoncer à dégager le critère des droits civiques et de se rabattre sur une approche pragmatique : les droits civiques seraient tout simplement les droits réservés aux citoyens, et l'on pourrait les appréhender indirectement en examinant les droits refusés aux étrangers dans la sphère de la gestion des affaires publiques. Le défaut de cette méthode, c'est qu'elle présuppose l'existence d'un lien bi-univoque entre citoyenneté et droits civiques, existence qui est loin d'être démontrée. Car la ligne de partage entre les droits refusés aux étrangers et les droits qui leur sont accordés est loin de refléter une conception parfaitement cohérente du contenu de la citoyenneté[13].

Il s'avère donc délicat, voire impossible, de tirer de la liste des prérogatives refusées aux étrangers des éléments concluants sur la consistance des droits civiques. Faute de pouvoir déceler derrière ces exclusions une logique précise, définir les droits civiques comme les droits réservés aux nationaux reviendrait à en faire une catégorie au contenu contingent, et de surcroît extensible à l'envi, puisque incluant potentiellement l'ensemble des droits dont l'exercice est subordonné à une condition de nationalité. Force est donc de se rabattre sur le constat — décevant mais raisonnable — qu'il n'existe qu'un rapport approximatif et non pas nécessaire entre les droits reconnus ou déniés aux étrangers et les droits civiques.

UNE CITOYENNETÉ AUX MULTIPLES VISAGES

L'impossibilité de définir rigoureusement le concept de citoyen, qui résulte notamment du fait que la citoyenneté ne peut manifestement se résoudre dans le droit de vote, invite à élargir le champ de la réflexion en deçà et au-delà du politique.

La citoyenneté, on l'a dit, est intimement liée, conceptuellement et concrètement, à celle de démocratie. Or le droit de vote ne suffit ni à définir, ni à garantir la démocratie. La démocratie, c'est d'abord la liberté et l'égalité ; c'est aussi la participation aux affaires publiques. Et à cet égard, les restrictions apportées aux droits de certaines catégories de

13. Nous avons tenté par ailleurs un inventaire des droits respectivement reconnus et refusés aux étrangers dans la sphère publique, que l'on trouvera dans le fascicule n° 525-A du *Jurisclasseur de droit international*.

« citoyens », les discriminations qui les frappent, apparaissent indéniablement comme des entraves à l'exercice de la citoyenneté. Inversement, il existe sans doute d'autres formes d'exercice de la citoyenneté que la participation au pouvoir politique.

On pourrait ainsi, dans cette perspective, distinguer trois niveaux de la citoyenneté, à la fois distincts et solidaires :

— la citoyenneté conçue comme l'égalité des droits, l'absence de discriminations, puisque aussi bien les droits de l'homme — les libertés « civiles », mais aussi les droits économiques et sociaux — sont le soubassement nécessaire des droits du citoyen;
— la citoyenneté conçue comme la capacité de participer aux décisions dans un ensemble de domaines variés, non réductibles au politique : une citoyenneté sociale, en somme;
— la citoyenneté conçue comme la participation à la souveraineté nationale et impliquant la jouissance pleine et entière des droits politiques[14].

Bien entendu, ces trois niveaux entretiennent des rapports les uns avec les autres. Il existe d'abord un rapport de réciprocité entre les droits « passifs » et les droits « actifs » : on ne peut participer si l'on ne bénéficie pas d'un minimum de sécurité — économique, sociale, juridique —, comme l'attestent aussi bien l'expérience de la participation dans l'entreprise que le constat de la pauvreté comme facteur d'exclusion; réciproquement, la participation concourt à garantir l'effectivité des droits « passifs ». Il y a également une continuité entre la participation aux décisions dans la vie quotidienne et l'exercice du droit de vote politique, comme le montre, entre autres, la difficulté qu'il y a à tracer une frontière nette entre droits politiques et droits sociaux, ou encore l'ambiguïté du statut des élections locales, tantôt qualifiées de « politiques » et tantôt d'administratives.

Ce qui apparaît clairement, en effet, et dont il faut par conséquent tenir compte dans l'analyse, c'est que ni la jouissance des droits politiques, ni même la jouissance des droits civiques ne suffisent à définir la citoyenneté dans sa plénitude. Les droits du citoyen ne valent rien sans les droits de l'homme, tandis que la citoyenneté ne s'arrête pas aux frontières du politique.

14. On retrouve en somme ici, sous une forme un peu différente, la trilogie proposée par T. H. Marshall, pour qui la citoyenneté comporte trois éléments : un élément civil, c'est-à-dire les droits nécessaires à la liberté individuelle; un élément politique consistant dans le droit de participer à l'exercice du pouvoir politique et à son contrôle; enfin un élément social, à savoir le bien-être économique et la sécurité sociale (*Citizenship and social class*, Cambridge Univ. Press, 1950).

LA CITOYENNETÉ EN-DEÇA DU POLITIQUE : LA LIBERTÉ ET L'ÉGALITÉ

Si les droits politiques concourent à garantir les droits de l'homme, la simple jouissance des droits politiques ne suffit pas à assurer l'effectivité des premiers. La citoyenneté, conçue comme la participation à l'exercice de la souveraineté, peut même devenir une forme vide lorsque des rapports inégalitaires à l'extrême condamnent les citoyens les plus faibles à subir les choix politiques au lieu de concourir à les former.

D'où le constat que la liberté et l'égalité sont finalement de l'essence de la citoyenneté, tout autant que la jouissance des droits politiques. Un constat qui ressort, *a contrario*, de l'inventaire des droits refusés aux étrangers, qui dépassent de loin les seuls droits politiques ou civiques, mais aussi de la situation de certains nationaux qui, quoique jouissant de leurs droits politiques, apparaissent néanmoins comme des citoyens diminués ou de seconde zone.

Les discriminations frappant les non-citoyens

Le fait de ne pas être citoyen produit des effets bien au-delà de la sphère politique proprement dite. D'une façon générale, en effet, les différences de traitement entre nationaux et étrangers ne sont pas considérées *a priori* comme des discriminations illicites. Et si la dénégation de la citoyenneté conduit à la dénégation de l'égalité, n'est-ce pas la preuve que l'égalité est un privilège réservé aux citoyens, et donc un attribut de la citoyenneté ?

Sans doute la jouissance des libertés fondamentales, dans la mesure où elles sont la concrétisation des droits de l'homme dont tout individu, par hypothèse, peut se prévaloir, devrait-elle normalement être reconnue à l'étranger sur une base d'égalité avec le national. Trois éléments viennent toutefois contrarier l'application de ce principe :

— en premier lieu, certaines libertés s'exercent dans la sphère publique et non dans la sphère privée. Elles peuvent alors comporter une dimension politique — ce qui conduira le législateur ou l'exécutif à vouloir en contrôler plus étroitement l'exercice ;

— en second lieu, la jouissance des libertés est toujours soumise à une double condition suspensive et résolutoire : l'étranger ne peut exercer les droits qui lui sont reconnus qu'à partir du moment où il a été admis à résider sur le territoire, et aussi longtemps seulement qu'il est autorisé à y demeurer. Or l'admission au séjour reste une

prérogative souveraine des Etats : et c'est dans cette précarité que réside l'essence même de la condition d'étranger, ce par quoi elle se distingue fondamentalement et inéluctablement de celle du national;

— enfin, le souci de protéger les nationaux contre la concurrence étrangère peut aboutir à restreindre l'activité des étrangers, notamment dans le domaine économique, en contradiction avec le principe — il est vrai bien atténué aujourd'hui — de la liberté du commerce et de l'industrie.

Même s'agissant de la liberté individuelle, droit de l'homme par excellence puisque attribut imprescriptible de la personne humaine, sa reconnaissance de principe aux étrangers comporte des exceptions. Ainsi, la liberté d'aller et venir est soumise à un certain nombre de restrictions : possibilité de prononcer une interdiction de séjour ou une assignation à résidence à l'encontre de l'étranger, obligation de déclarer tout changement de domicile, possibilité de contrôles d'identité en dehors des hypothèses prévues par le code de procédure pénale, etc. De même, le droit à la sûreté est sérieusement entamé par la rétention administrative des étrangers en instance de départ forcé.

Les atteintes à la liberté d'expression sont bien plus importantes encore, car l'exercice de cette liberté rencontre sans cesse sur son chemin les exigences de l'ordre public strictement entendues. Ainsi, si aucun texte ne réglemente ni ne restreint le droit pour un étranger de s'exprimer librement, une doctrine gouvernementale constante, quoique appliquée avec une rigueur variable selon les époques et les circonstances, entend leur imposer une obligation de neutralité politique. Et la violation de cette obligation sera considérée le cas échéant comme constitutive d'une « menace pour l'ordre public » justifiant une mesure d'expulsion.

La liberté de la presse est également limitée de différentes façons : limitation de la part des capitaux étrangers dans les entreprises de presse, nécessité d'avoir la nationalité française pour être directeur d'une publication, et surtout régime dérogatoire de la presse étrangère institué par un décret-loi du 6 mai 1939 jamais abrogé et strictement appliqué. Quant à la liberté d'association, elle n'a été reconnue aux étrangers qu'en 1981 : jusqu'à cette date, les associations réputées étrangères (parce qu'ayant par exemple un quart de membres étrangers ou des administrateurs étrangers) ne pouvaient se constituer qu'avec l'autorisation du ministre de l'Intérieur qui exerçait un contrôle strict sur leur fonctionnement.

En matière de droits économiques et sociaux, il existe un net contraste entre les droits sociaux — qu'il s'agisse des prérogatives attachées à la qualité de travailleur ou de la protection sociale —, où l'assimilation des étrangers aux nationaux est très poussée et où les discriminations n'ont

plus qu'un caractère résiduel, et la liberté économique, entendue comme le droit d'exercer une activité lucrative, dont on peut dire qu'elle n'existe plus réellement, aujourd'hui, pour les étrangers[15].

Des citoyennetés entravées

Il y a ceux à qui on refuse l'égalité parce qu'on leur refuse la citoyenneté. Mais il y a aussi ceux à qui on reconnaît en principe la qualité de citoyens, mais qui ne peuvent en exercer pleinement les prérogatives parce que, pour une raison ou pour une autre, ils n'accèdent pas à une entière égalité de droits avec les autres citoyens. Pleinement citoyens si l'on prend comme seul critère le droit de vote, ils apparaissent néanmoins à maint égard, au regard des discriminations dont ils sont l'objet, comme des exclus de la citoyenneté.

Les nationaux de la France d'outre-mer[16]. — Le fait que les habitants de certaines parties du territoire national soient soumis, dans certains domaines, à un régime spécifique n'est pas en soi constitutif d'une discrimination; et l'existence d'un régime législatif et réglementaire particulier dans les départements et territoires d'outre-mer ne signifie pas nécessairement qu'on considère leurs habitants comme des citoyens de seconde zone par rapport à ceux de la métropole. Il y a en effet d'autres façons de concevoir et de réaliser l'égalité que d'appliquer à tous des règles identiques[17]. Reste que la reconnaissance des spécificités locales et d'une certaine forme de droit à la différence masque parfois des discriminations bien réelles.

Pour justifier les dérogations à l'application du droit commun dans les départements d'outre-mer, en dépit du principe de l'assimilation législative, on invoque tantôt la nécessité d'adapter le droit aux particularismes locaux, tantôt, à l'inverse, la nécessité de résorber les différences qui subsistent. Cette motivation, déjà bien ambivalente en elle-même, apparaît de toute façon comme une tentative de rationalisation abstraite sans grand rapport avec les différences de traitement effectivement consacrées par les textes, que l'on serait souvent en peine d'expliquer

15. Voir la contribution de Jean Laveissière, « Citoyenneté et exercice d'une activité économique », *infra*, p. 293 et s.

16. Voir la contribution de Fred Constant, « Les nationaux de la France d'outre-mer : des citoyens comme les autres ? », *infra*, p. 243 et s.

17. Sur l'épineuse question de la conciliation entre le principe d'égalité et la reconnaissance d'une certaine forme de droit à la différence, voir D. Lochak, Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences, in *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989.

par l'une ou l'autre des raisons invoquées. Sans doute peut-on comprendre l'existence, dans les DOM, d'un régime douanier spécifique; mais quel particularisme local justifie que le salaire minimum y soit fixé à un taux moins élevé qu'en métropole, alors que les fonctionnaires affectés dans ces départements touchent, eux, une indemnité spéciale qui peut atteindre 40 % de leur traitement ? Comment expliquer, sinon par de « mauvaises » raisons, que le montant des allocations familiales y soit moindre qu'en métropole, ou encore que les indemnités journalières ne soient versées, en cas d'incapacité de travail, qu'au bout du dixième jour d'absence et non du quatrième comme en métropole ?

Force est donc de constater que bon nombre de différences instituées au nom des spécificités locales apparaissent comme des discriminations pures et simples. Et à partir du moment où une catégorie de citoyens est soumise à des règles discriminatoires, n'est-ce pas, au-delà du principe d'égalité, les fondements mêmes de la citoyenneté qui sont violés ?

Dans les territoires d'outre-mer, à l'inverse, on a maintenu le principe de la spécialité législative, qu'on justifie par la particularité des conditions locales existant dans des territoires éloignés de la métropole. Mais là encore, même si le principe de la spécificité législative n'est pas en lui-même discriminatoire, on s'aperçoit que la non-application de la législation métropolitaine outre-mer a parfois des conséquences choquantes, et qu'elle se traduit par un retard sur les progrès législatifs accomplis en métropole. Ainsi, l'ancien Code d'instruction criminelle est demeuré en vigueur dans les TOM jusqu'à une date toute récente, de sorte que les règles nouvelles du Code de procédure pénale sur la garde à vue, la détention provisoire, la tutelle pénale, la semi-liberté, ou les attributions du juge de l'application des peines n'y ont pas été appliquées. D'une façon générale, il apparaît que les libertés individuelles, mais aussi les droits économiques et sociaux sont moins bien garantis et protégés outre-mer qu'en métropole.

Et s'il est vrai que « la République assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », ne faut-il pas en déduire que ceux auxquels on refuse l'accès à l'intégralité des droits et libertés consacrés par la loi commune ne sont pas tout à fait des citoyens à part entière ?

Exclusion sociale et citoyenneté. — Parfois, les prérogatives attachées à la citoyenneté ne peuvent s'exercer faute d'un minimum d'incorporation à la société civile, d'un minimum d'intégration sociale. L'absence de rattachement territorial, d'un côté, l'absence de ressources, de l'autre, aboutissent ainsi à faire de bon nombre de citoyens théoriques de véritables « exclus de la citoyenneté ».

Les populations non sédentaires, qui ont de tout temps suscité

l'hostilité et la crainte, continuent aujourd'hui encore à être placées sous un régime d'exception, un régime de surveillance policière.

La circulation des nomades, mais aussi l'exercice des activités ambulantes font l'objet d'une réglementation contraignante, plus ou moins sévère selon la dangerosité supposée des catégories visées. Or cette population dépourvue de domicile fixe ou d'activité professionnelle reconnue, donc de tout rattachement territorial, est estimée, en France, à environ 500 000 personnes, soit 1 % de la population totale.

La loi du 3 janvier 1969 et le décret du 31 juillet 1970 ont certes assoupli le régime antérieur, en vigueur depuis 1912, qui imposait aux nomades la possession d'un carnet anthropométrique d'identité qu'ils devaient faire viser par la police dans chaque commune où ils séjournaient. Mais la nouvelle réglementation n'est pas pour autant libérale : les nomades sans domicile ni résidence fixe et sans ressources régulières doivent être en possession d'un carnet de circulation visé tous les mois et renouvelé périodiquement; les forains, qui exercent une profession reconnue mais n'ont pas de domicile ou résidence fixes, ont eux aussi un livret spécial, sans nécessité toutefois de le faire viser et renouveler (sauf s'ils sont étrangers); enfin, les personnes exerçant une activité ou profession ambulante, mais domiciliées ou résidant en France depuis plus de six mois, bénéficient, si elles sont françaises ou originaires d'un Etat membre de la Communauté, d'un régime plus libéral, puisqu'elles ne sont soumises qu'à une simple déclaration. Enfin, toutes les personnes sans domicile ni résidence fixes doivent choisir une commune de rattachement pour l'exercice de leurs droits électoraux et de leurs obligations fiscales et militaires.

Et cette dernière exigence vient rappeler, au-delà même du problème que soulèvent les populations non sédentaires, l'importance que revêt l'existence d'un domicile pour l'exercice d'un certain nombre de droits. On s'aperçoit en effet que certaines catégories de « citoyens » sont privées de tout ou partie des prérogatives attachées à cette qualité faute d'incorporation territoriale. Le domicile joue un rôle capital dans la détermination du lieu d'exercice des droits civils, politiques, économiques ou sociaux, et par conséquent dans la possibilité même d'y accéder[18].

De sorte que si les bateliers, les forains et nomades, les « sans domicile fixe » figurent au premier rang des « exclus de la citoyenneté », au-delà même de ces catégories l'absence de domicile ou l'impossibilité d'en déterminer un rend aléatoire la jouissance effective des droits que la loi reconnaît formellement à tous, sans discrimination. En témoignent par

18. Nous empruntons cette analyse, et notamment la notion d'incorporation territoriale, à Jean-Michel Belorgey, et à la communication qu'il nous a remise.

exemple les contestations qui naissent en matière d'aide sociale sur la notion de « domicile de secours », rendues plus aiguës encore avec la décentralisation, chaque collectivité locale étant tentée de se « défausser » sur les autres ou sur l'Etat des frais qui lui incombent[19].

Le phénomène de la pauvreté fait de son côté apparaître l'interdépendance entre les droits économiques et sociaux d'un côté, les libertés civiles et politiques de l'autre. On peut citer sur ce point le rapport Wresinski présenté devant le Conseil économique et social, *Grande pauvreté et précarité économique et sociale*, publié en 1987[20] :

« *Faute d'une sécurité minimum dans les domaines fondamentaux de l'existence, une partie de la population française ne peut disposer des moyens d'insertion sociale notamment par une participation à la vie associative. Faute de domicile reconnu, un citoyen ne peut obtenir sa carte d'électeur. Illettré, il ne peut pas prendre connaissance des programmes politiques... Les situations de grande pauvreté nous alertent sur une réalité longtemps ignorée, qui vaut pourtant pour tous les citoyens.* Il s'agit des conditions qui doivent être assurées pour que les droits civils et politiques demeurent accessibles. *Il ne suffit nullement qu'un Etat s'abstienne de toute intervention pour que tous les citoyens soient libres de penser, de s'associer, de se déplacer, de participer, particulièrement lorsqu'une quelconque précarité économique, sociale ou culturelle survient dans leur existence.* »

Toute une série de droits fondamentaux voit son exercice entravé, voire refusé, à ceux qui apparaissent décidément bien comme des « exclus de la citoyenneté » : le droit à une vie de famille, à l'habitat, à un minimum mobilier, le droit d'avoir des enfants, le droit à un domicile — dont on a montré plus haut l'importance pour l'exercice de toute une série d'autres droits : inscription sur les listes électorales, scolarisation des enfants, versement des prestations sociales, aide sociale... —, le droit de voter et de participer à la vie politique, etc.

Autre façon de rappeler que les libertés formelles ne sont rien sans les libertés réelles, et qu'il n'est pas de citoyenneté véritable sans une sécurité matérielle minimale.

LA CITOYENNETÉ AU-DELÀ DU POLITIQUE : VERS UNE CITOYENNETÉ SOCIALE

Si les droits politiques ne suffisent pas à donner un contenu concret à la citoyenneté, c'est aussi parce qu'on a fini par s'apercevoir que la citoyenneté réduite au droit de vote était une citoyenneté pauvre, étriquée

19. Voir par exemple Jean-Michel Belorgey, *La gauche et les pauvres*, Syros, 1988.
20. Rapport publié au *Journal officiel*, 28 février 1987.

incapable d'assurer à chacun une emprise réelle sur les décisions collectives qui affectent son existence dans son travail ou dans sa vie quotidienne.

Car ce citoyen, détenteur théorique d'une parcelle de la souveraineté nationale, se retrouve en bien des circonstances dans la situation de sujet : tel le salarié soumis au pouvoir patronal ou le fonctionnaire tenu à l'obéissance hiérarchique, pour ne prendre que les exemples les plus fréquents et les plus frappants.

La revendication ancienne d'une participation accrue sur les lieux de travail trouve aujourd'hui un prolongement dans la thématique de la « nouvelle citoyenneté », dont les contours sont assurément flous, dans la mesure où elle exprime une aspiration plus qu'elle ne prétend définir un concept, mais qui mérite néanmoins d'être prise en compte par la réflexion juridique : cette citoyenneté élargie, cette citoyenneté sociale, on la voit en effet peu à peu prendre corps et s'inscrire dans les textes, brouillant parfois les frontières traditionnelles de la citoyenneté lorsque sont accordées aux étrangers les mêmes prérogatives qu'aux nationaux.

Des citoyens-sujets

En dépit des tentatives pour introduire ici ou là certaines formes de participation, la citoyenneté trouve difficilement à s'exprimer sur les lieux de travail : l'administration comme l'entreprise restent encore argement régies par le principe de l'autorité hiérarchique ou patronale.

Le principe hiérarchique contre la citoyenneté[21]. — Il faut commencer par insister ici sur l'ambiguïté même du statut, pierre angulaire de la condition des fonctionnaires. Historiquement, l'idée de statut est née au XIX^e^ siècle chez les libéraux, qui y voyaient un moyen d'arracher le fonctionnaire à l'arbitraire du prince, mais aussi d'introduire de l'ordre dans les services administratifs. La gauche socialiste et syndicale, en revanche, a rejeté pendant longtemps toute idée de statut, symbole de l'aliénation des fonctionnaires à l'Etat, pour revendiquer l'alignement des rapports entre l'Etat-patron et ses agents sur les rapports entre employeurs et salariés privés. Puis les syndicats se sont ralliés au statut et aux avantages qu'il procure, tout en continuant à réclamer l'allégement des obligations qu'il impose[22].

21. Voir la contribution de Pierre Bouretz, « Le fonctionnaire français : divorce de la citoyenneté et du service public ? », *infra*, p. 231 et s.

22. Voir par exemple Danièle Lochak, Les syndicats dans l'Etat ou les ambiguïtés d'un combat, in *L'actualité de la charte d'Amiens*, Publications du CURAPP, PUF, 1987, p. 121.

Cette ambivalence n'a pas disparu aujourd'hui. Le statut, même s'il apporte des garanties contre l'arbitraire, reste en même temps l'expression du principe hiérarchique qui caractérise le fonctionnement de l'administration et fait qu'à l'intérieur du service les fonctionnaires ne sont pas « citoyens » mais sujets.

La spécificité de la condition des fonctionnaires se traduit par leur soumission à un statut réglementaire modifiable à tout moment et exorbitant du droit commun, qui leur impose des obligations spéciales, s'étendant bien au-delà des obligations strictes de service et jusque dans la vie privée. Alors que le salarié privé est, formellement au moins, dans un rapport contractuel et égalitaire avec son employeur, le fonctionnaire apparaît comme un sujet de l'administration : aussi bien a-t-on considéré pendant longtemps que les fonctionnaires, serviteurs de l'intérêt général, n'avaient pas d'intérêts professionnels à défendre, pas plus qu'ils n'avaient d'intérêts propres à opposer à l'Etat dont ils étaient de simples rouages. Enfin, le statut induit — et traduit — un fonctionnement autoritaire de l'administration, ne laissant pas de place pour une quelconque participation des fonctionnaires aux décisions, et très peu pour leur participation à la gestion.

La prégnance du principe hiérarchique se manifeste d'abord dans les contraintes qui pèsent sur le fonctionnaire dans son service. Il doit non seulement obéir aux instructions de son supérieur, mais en cas d'ordre illégal il n'est délié de l'obligation d'obéissance que sous certaines conditions. Le chef hiérarchique a toute latitude pour organiser le travail au sein du service et répartir les tâches entre ses subordonnés, et le juge refuse aux fonctionnaires et à leurs syndicats le droit d'exercer des recours contre ces « mesures d'ordre intérieur » : ce qui renvoie à l'idée que le fonctionnaire, simple exécutant, n'a pas de droit à défendre contre son supérieur, et que le service est « la chose » du supérieur hiérarchique. Il n'est pas jusqu'au droit syndical lui-même qui ne doive se concilier avec le respect de la discipline et avec l'obligation de réserve, dont les responsables syndicaux ne sont pas entièrement déliés.

Mais des obligations pèsent aussi sur le fonctionnaire dans sa vie privée, qui montrent bien qu'il n'est pas un citoyen comme les autres. Il demeure en effet de façon permanente le représentant de la puissance publique, et au nom de l'intérêt du service on admet que l'administration puisse exiger de lui un certain comportement, caractérisé par les mots de dignité, solidarité et loyalisme, même si les contraintes qui en résultent se sont atténuées à mesure que les mœurs évoluaient et que les tâches remplies par les agents étaient moins régaliennes.

Ce fonctionnement autoritaire de l'administration, qui contrastait avec la démocratisation du régime politique, a été dénoncé au début du XX^e siècle par la gauche socialiste et plus particulièrement par la doctrine

du syndicalisme intégral d'inspiration anarcho-syndicaliste : la démocratisation de l'administration impliquait la suppression de l'autorité et de la discipline imposées d'en haut, et la prise en charge du service par les fonctionnaires eux-mêmes, regroupés au sein d'associations corporatives organisées démocratiquement et élisant librement leurs chefs. Ces thèses étaient évidemment irrecevables du côté des responsables politiques. On a néanmoins introduit dans la fonction publique, à partir de 1946 notamment, des procédures de participation, à l'instar de ce qui se faisait dans l'entreprise. A vrai dire, l'objectif était moins de démocratiser l'administration que d'améliorer son fonctionnement par l'établissement d'un consensus de nature à atténuer les conflits internes et à assurer la paix sociale. Et la participation n'a pas fait disparaître le principe hiérarchique, elle a dû se concilier avec lui.

Reste à savoir jusqu'à quel point le processus de démocratisation interne de l'administration est compatible avec les principes de la démocratie politique qui impose que les décisions intéressant la collectivité soient prises par des organes représentatifs, investis d'une légitimité élective. La réponse est tout sauf évidente. Et ceci prouve simplement que la citoyenneté n'est pas quelque chose d'homogène, d'uniforme, qui est donné une fois pour toutes et peut s'exercer indifféremment dans les diverses sphères de la vie sociale : il peut y avoir hiatus, contradiction entre l'exercice de la citoyenneté au niveau de la société globale et son exercice au sein des institutions partielles qui composent cette société.

Le pouvoir patronal contre la citoyenneté[23]. — Les termes de « citoyenneté dans l'entreprise » sont aujourd'hui couramment utilisés; mais ils expriment plus une aspiration qu'ils ne caractérisent un état de choses effectif.

L'impossibilité d'établir une véritable citoyenneté dans l'entreprise provient pour l'essentiel de ce que les prérogatives patronales entrent nécessairement en conflit avec les droits reconnus aux salariés. Dès lors que le principe de « l'employeur seul juge » n'est pas remis en cause, ces droits ne peuvent s'exercer que dans des domaines secondaires, et ne donnent à leurs titulaires aucun droit de regard sur la marche de l'entreprise.

A ces obstacles structurels s'ajoutent des obstacles conjoncturels. L'analyse des progrès réalisés en ce qui concerne la citoyenneté dans l'entreprise et des limites auxquelles se heurte son développement fait clairement apparaître, ici encore, le rapport étroit qui existe entre la

23. Voir sur ce point les analyses développées par Jacques Le Goff dans sa contribution, *infra*, p. 317 et s.

garantie des droits passifs et l'exercice effectif des droits actifs : la crise est venue rappeler que la citoyenneté active, la participation, ne pouvait se développer que sur fond de sécurité de l'emploi, car en temps de crise et de chômage les salariés hésitent à exercer leurs droits, quand ils ne sont pas tout simplement dans l'incapacité de les exercer.

Il est vrai qu'on a vu surgir, au cours des dernières années, un nouveau discours et de nouvelles pratiques mettant l'accent sur la nécessité de « responsabiliser » les acteurs dans l'entreprise et d'y instaurer ainsi de nouvelles formes de citoyenneté. Mais, comme le montre Jacques Le Goff, ces techniques modernes de gestion des ressources humaines infléchissent le sens de la citoyenneté qu'elles prétendent instaurer : l'insistance est mise sur les devoirs plus que sur les droits, sur le civisme plus que sur la citoyenneté, et on peut y voir une tentative de fonctionnalisation, d'enrôlement de la citoyenneté. Car si tous les comportements doivent converger vers un « bien commun », postulant une communauté foncière d'intérêts, si le fait de contester, de s'opposer est considéré comme un manquement au civisme d'entreprise, peut-on encore, sans abus de mot, parler de citoyenneté ?

D'autant que l'on assiste parallèlement à une re-individualisation des relations sociales dans l'entreprise, facilitée par la crise de la représentation syndicale, d'un côté, par la diffusion des techniques managériales privilégiant l'instauration de relations directes entre la base et le sommet court-circuitant les institutions représentatives du personnel, de l'autre. Or l'exercice de la citoyenneté suppose l'existence d'institutions permettant l'expression collective des salariés; elle s'accommode mal d'une soi-disant démocratie directe fondée sur le postulat de l'harmonie des intérêts en présence et visant, plutôt qu'à susciter des contre-pouvoirs, à évacuer le conflit.

Vers de « nouvelles citoyennetés » ?

La formule « citoyenneté dans l'entreprise », même si elle exprime plus une aspiration à limiter la toute-puissance patronale qu'une réalité tangible, manifeste en tout cas la dissociation possible entre le concept de citoyenneté et la sphère politique : dissociation possible et même nécessaire si l'on considère que le droit de vote ne suffit pas à assurer l'émancipation des citoyens dans tous les domaines de l'existence; dissociation explicitement revendiquée, en tout cas, par tous les discours sur la nouvelle citoyenneté.

Les mots de « nouvelle citoyenneté », qui appartenaient plutôt au vocabulaire militant, ont reçu une consécration institutionnelle avec le discours de Pierre Mauroy, alors Premier Ministre, devant l'Assemblée

nationale, le 9 juillet 1981. « Nous allons jeter les bases d'une "nouvelle citoyenneté", déclare-t-il, c'est-à-dire d'un pouvoir exercé autrement... Nous donnerons aux citoyens, aux usagers, aux consommateurs, les moyens de participer, vraiment, à l'organisation de leur vie quotidienne. » Bâtir une nouvelle citoyenneté, dit-il encore, cela veut dire tout à la fois rendre l'Etat aux citoyens, rapprocher la justice des justiciables, garantir le droit à une information pluraliste, mais surtout offrir partout où cela est possible à la démocratie quotidienne de « nouveaux espaces de liberté et de responsabilité » et « associer les Français à l'édification et la gestion du cadre de vie »[24].

Remarquons néanmoins que si le mot était nouveau, l'idée l'était peut-être moins, si l'on en juge par la façon dont s'exprimait le général de Gaulle, en mars 1969, estimant que pour transformer la condition de l'homme et l'adapter à notre époque il convenait, « partout où des hommes sont ensemble pour vivre ou pour travailler, de rendre leurs rapports plus humains, plus dignes, par là plus efficaces », et que « chacun, là où il fournit son effort, ne soit pas un instrument passif, mais participe activement à son propre destin »[25]. N'y avait-il pas là, en germe, derrière le mot de participation, l'idée de cette « nouvelle citoyenneté » développée quinze ans plus tard par la gauche ?

Toujours est-il que, prononcés en 1981, les propos de Pierre Mauroy sont parfaitement cohérents avec l'ambition — partagée d'ailleurs aussi par la droite libérale — de renforcer la « société civile » face à l'Etat : la citoyenneté ne saurait s'exercer dans la seule sphère publique; pour qu'elle soit complète, elle doit aussi s'exercer dans le champ de la société civile...

Le but n'est pas ici de passer en revue tous les aspects — réels ou virtuels — de cette « nouvelle » citoyenneté, élargie à l'ensemble du champ social. Il est incontestable que dans des domaines de plus en plus nombreux des réformes ont tendu à encourager et institutionnaliser la participation des « citoyens » aux décisions ou à la gestion des services publics en dehors de la sphère politique proprement dite. Et cela, bien avant 1981, puisque c'est dès la Libération qu'a été instaurée l'élection des représentants des salariés dans les caisses de Sécurité sociale ou encore qu'ont été mises en place les institutions représentatives du personnel dans l'entreprise.

Mais ce qu'il importe ici de souligner, c'est que, de cette nouvelle

24. « L'habitat et le cadre de vie seront terre d'élection de la nouvelle citoyenneté, comme ils seront terre d'élection de la décentralisation, Le mouvement associatif en sera le support privilégié », ajoutait le Premier Ministre.

25. Allocution télévisée du 22 mars 1969.

citoyenneté, les étrangers ne sont plus nécessairement — et, en pratique, de moins en moins fréquemment — exclus.

Alors qu'ils étaient traditionnellement écartés, on l'a vu, de toute une série de fonctions qui font concourir leurs titulaires à la gestion ou à l'exécution du service public, on constate sur ce point une évolution sensible, précisément dans les hypothèses où il est pourvu à ces fonctions par la voie de l'élection, c'est-à-dire là où des éléments de participation ont été introduits. A l'instar de ce qui s'est passé dans l'entreprise, en effet, la condition de nationalité a été supprimée pour l'accès à l'électorat et même à l'éligibilité dans un nombre croissant d'organismes : dans les établissements d'enseignement, dans le secteur du logement social, dans les caisses de Sécurité sociale, dans les entreprises publiques... De sorte que la ligne de démarcation étanche qui sépare encore nationaux et étrangers dans la sphère politique a tendance à s'estomper lorsque la citoyenneté trouve à s'exercer dans le champ social.

Au-delà du phénomène de mode que traduit l'usage du vocable — mode réactivée par la perspective du bicentenaire de la Révolution française —, et en dépit du flou qui l'entoure, l'expression « nouvelles citoyennetés » renvoie bien, on le voit, à des formes de participation spécifiques à la vie de la cité, à des formes de *citoyenneté*, au sens étymologique du terme. Et dès lors que ces formes de participation sont effectivement prises en compte par le droit on ne peut les ignorer, même si cette prise en compte rend encore plus diffuses les expressions de la citoyenneté, encore plus confuse la notion de citoyen, et finalement encore plus difficile l'entreprise consistant à tenter de cerner ces concepts...

CONCLUSION

Au départ, la citoyenneté paraît présenter tous les signes extérieurs d'un concept juridique : être citoyen est un statut défini par le droit (objectif), qui se concrétise en une série de prérogatives ou droits subjectifs, les fameux « droits du citoyen » consacrés par la Déclaration de 1789.

Un examen plus attentif montre toutefois que ce concept juridique est flou, bien difficile à cerner et plus encore à mettre en œuvre. Une fois quitté le terrain des évidences les mieux ancrées du type : « seuls les nationaux sont citoyens », ou encore « l'attribut essentiel de la citoyenneté, c'est le droit de vote », les incertitudes se multiplient. Qui est citoyen ? Qu'est-ce que la citoyenneté ? Force est de reconnaître que le droit n'apporte pas de réponses claires et univoques à ces questions. Car il n'y a pas coïncidence, paradoxalement, entre la représen-

tation la plus immédiate et la plus commune du citoyen — le national pourvu du droit de vote — et les attributs de la citoyenneté, ou si l'on préfère : certains nationaux sont privés des attributs habituels de la citoyenneté, tandis qu'à l'inverse des étrangers peuvent se voir reconnaître des prérogatives faisant partie des « droits civiques », dont logiquement liées à la citoyenneté.

Est-ce à dire que l'on peut exercer des attributs de la citoyenneté sans être citoyen ? Et que, à l'inverse, on peut conserver la qualité de citoyen sans avoir la jouissance intégrale de ses droits civiques ? Si la qualité de citoyen n'est pas rigoureusement liée à la jouissance des prérogatives nominalement attachées à cette qualité, c'est, en tout cas, que le concept de citoyen ne peut pas se définir à travers les attributs de la citoyenneté...

N'est-on pas dès lors contraint d'admettre qu'il existe des degrés dans la citoyenneté ? Sans doute cette idée cadre-t-elle mal avec la conception dominante, nettement dichotomique, selon laquelle *on est ou on n'est pas* citoyen. Mais cette dernière se révèle finalement peu opératoire pour appréhender l'infinie variété des situations concrètes. Tant que le droit ne permettra pas de dire avec exactitude où passe la frontière entre citoyens et non-citoyens, il n'est pas déraisonnable d'admettre que l'image du *continuum* rend mieux compte de l'état du droit existant que celle de la frontière.