

Une question négligée dans le droit de la nationalité : la question de la nationalité dans une Fédération¹

Dans un ouvrage, par ailleurs fort intéressant, Rogers Brubaker a entrepris une analyse comparée de la législation sur la nationalité, au terme de laquelle il fait ressortir mieux la distinction entre la communauté civique française - « conçue comme collectivité territoriale » et la communauté civique allemande - conçue comme collectivité fondée sur l'ascendance². Il entend « expliquer cette différence frappante dans la définition de la nationalité et dans les modèles d'incorporation civique »³. L'ensemble de l'ouvrage repose sur le fait que la nationalité est nécessairement liée à l'État et à l'État nation. On observe ce présupposé dès l'Avant-propos à l'édition française, où figure la définition de la fonction sociale de la législation sur la nationalité. Celle-ci « est le système de classification qui permet à tout État moderne de se reconstituer en permanence comme collectivité de citoyens soigneusement délimitée, s'appropriant certains individus, le plus souvent indépendamment de leur volonté, et transformant tous les autres en étrangers ; c'est une pratique codifiée qui lui permet, à travers d'innombrables procédures diacritiques quotidiennes de distinguer ceux qui appartiennent à l'État (..) de ceux qui ne sont pas dans ce cas ; on le voit c'est une pratique essentielle pour tout État moderne »⁴. On perçoit encore mieux cette dimension stato-centrée de l'analyse dans les différents passages sur l'Allemagne et sur le droit de la nationalité en Allemagne. L'histoire allemande est divisée en deux périodes : avant et après l'État -nation, c'est-à-dire avant et après 1870.

Il est donc frappant de constater que, dans sa comparaison, l'auteur ne prend pas en considération le fait que les deux pays en cause ont une structure politico-juridique différente. En effet, si la France est bien un État-nation, l'Allemagne a été pendant très longtemps une

¹ Cet article, écrit d'abord en français, a été traduit en anglais et ensuite publié sous le titre suivant : "The Question of Nationality within a Federation : a neglected Issue in Nationality Law », in R. Hansen, P. Weil (eds), *Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the U.S. and Europe. The Reinvention of Citizenship*, New York, Berghahn Books, 2002, pp. 314-330. L'article n'a pas été actualisé. Sur cette question, il convient de lire outre l'article de Dieter Gösewinkel ici publié, l'article de Christoph Schönberger, "La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté . Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif" in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol. 1 (2009), pp. 255 et suiv.

² *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne, trad. fr.* , Paris, Belin, 1997, p. 14.

³ *Ibid.* p. 15.

⁴ *Ibid.* p. 8.

Fédération, de sorte que cette composante fédérative a continué à la marquer même lorsqu'elle a commencé à ressembler à un État, c'est-à-dire à partir de 1870 et surtout de 1919. Pourtant, Brubacker est bien obligé de faire droit à la question, décisive du point de vue d'une théorie constitutionnelle de la Fédération, de l'articulation entre la nationalité fédérale et la nationalité fédérée. Ainsi écrit-il à propos de la constitution de l'Empire allemand : « Il n'y avait pas de nationalité allemande unifiée : la *Reichsangehörigkeit* (la nationalité de l'Empire) dérivait de la *Landesangehörigkeit* (nationalité de l'un des États constituants) ... »⁵. Or, cette question de l'articulation entre la nationalité fédérale et la nationalité fédérée présuppose évidemment de s'interroger sur la spécificité de la Fédération.

Nous voudrions pour notre part *remettre au premier plan la question de la nationalité dans une Fédération* qui nous paraît être une question négligée dans l'analyse juridique de la nationalité. De ce point de vue, Rogers Brubacker ne fait qu'endosser la vision stato-centrée de la nationalité véhiculée par les juristes. En effet, dans les manuels de droit, la nationalité est exclusivement rapportée à l'État. La nationalité est définie comme « l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un État »⁶. Certains juristes se sont d'ailleurs interrogés sur la pertinence du mot employé : l'un d'entre eux notait dans l'entre-deux-guerres : « le droit positif accueille l'idée de nationalité comme une notion pleinement parachevée, parce qu'il suppose la Nation parvenue à ce stade définitif de son développement qui fait d'elle un État. Et alors, la nationalité c'est uniquement le lien juridique qui unit l'individu à l'État dont il est le sujet. On ne manquera pas de constater, à cette occasion, que le terme de nationalité est, par le fait même, assez mal choisi, est que celui d'*étatialité*, par exemple serait plus indicatif »⁷. En outre, on adoptera ici un autre regard sur la nationalité, à partir du point de vue du droit public interne. Alors que la doctrine juridique contemporaine associe le plus souvent le droit de la nationalité à la protection qu'elle accorde à ses bénéficiaires (aux nationaux), c'est-à-dire qu'elle a tendance à traiter le droit de la nationalité soit comme une institution de droit international (public ou privé) ou de droit privé (une question d'état civil), on voudrait ici faire ressortir sa dimension *interne* de droit public. Il s'agit donc d'étudier la nationalité principalement comme une institution de droit public interne, et pourquoi pas comme une institution « constitutionnelle ». C'est en tout cas ce mot qu'utilisait Marcel Prélot dans la première édition de son Manuel. Il y définissait le droit constitutionnel comme le droit déterminant « les règles ayant trait à la structure de l'État ». Or, parmi les différentes rubriques du droit public constitutionnel figurait selon lui le droit de la nationalité, au motif que : « les gouvernés eux-mêmes, dont nous avons déjà dit que de leur différenciation d'avec les gouvernants naissait l'État, appartiennent au droit constitutionnel. Les nationaux constituent physiquement la nation. C'est avec la nationalité de naissance ou d'acquisition 'que se crée non seulement la forme, mais l'être, la substance de l'État'. *Pour*

⁵ *Ibid*, p. 36.

⁶ H. Battifol, P. Lagarde, *Droit international privé*, 6^e éd. t. I, 1974, n° 59, p 66.

⁷ P. Louis-Lucas, *La nationalité française*, 1927, p 1.

comprendre le droit public constitutionnel, on doit descendre ainsi jusqu'au problème de la nationalité. »⁸

I. La double nationalité dans une Fédération envisagée du point de vue de la théorie constitutionnelle

La comparaison du droit de la nationalité entre les États-Unis et l'Europe exige de faire ressortir d'emblée la question spécifique de la nationalité dans une Fédération, car les États-Unis forment (ou formaient) - on le sait - le modèle du fédéralisme et l'Europe, dans sa nouvelle dimension institutionnelle - en tant qu'Union européenne donc - est confrontée au défi du fédéralisme, malgré les vocables utilisés pour le dissimuler (supranationalité, subsidiarité, etc.). Toutefois, un premier obstacle intellectuel s'offre à l'analyste : celui qui provient de ce que l'on a tendance ordinairement à tirer des conséquences décisives, pour l'étude de la nationalité dans une Fédération, de l'opposition schématique entre la Confédération et l'État fédéral. Cette manière déductive de procéder n'est pas nouvelle puisque, dès 1824, le juriste allemand Robert von Mohl, dans son premier ouvrage sur le droit fédéral américain, faisait découler de cette distinction des conséquences décisives sur le statut de la nationalité. Il écrivait :

« L'institution qui démontre le caractère incontestable de la distinction entre une Confédération (*Staatenbund*) et un État fédéral (*Bundesstaate*), est la citoyenneté fédérative, c'est-à-dire la relation immédiate des habitants à la Fédération en tant qu'État. Puisque la Fédération (*Bund*) consiste en une dualité d'États, l'État fédéral et les États membres (*Bundesgliedern*), les habitants bénéficient d'une double nationalité (*Bürgerrecht*), celle de l'État spécifique, où ils habitent et ensuite celle de la nationalité fédérale générale (*allgemeinen Bürgerrecht des Bundes*). Une telle liaison immédiate de l'individu avec la Fédération est impossible dans une Confédération, car il n'y a pas ici d'État dont les citoyens pourraient être ces individus (...). »⁹.

Ainsi, pour cet auteur, la Confédération impliquait une unicité de nationalité, celle de l'État membre (resté seul souverain), tandis que l'existence d'un État fédéral présupposait un double statut de nationalité, fédérée et fédérale. Cette analyse déductive du droit de la nationalité à partir de la *summa divisio* entre Confédération et État fédéral s'est maintenue jusqu'à aujourd'hui. Dans un très récent article d'un économiste, on lira, par exemple, que les sujets « dans une fédération sont des individus ; ceux d'une confédération sont les États qui la

⁸ *Droit constitutionnel*, 1^o éd., 1948, p. 12.

⁹ *Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten*, 1824, p. 381.

composent »¹⁰. De cette dualité découlerait un statut différent pour la nationalité : « dans une confédération, la définition de la citoyenneté [entendons ici la nationalité] est en principe du ressort de chacun des États membres" alors que dans une fédération, (un État fédéral), la définition serait « définie de façon unique »¹¹. Bref, l'État fédéral connaîtrait une nationalité unique et uniforme, définie par les instances fédérales, et la Confédération, en revanche, une multitude de nationalités différentes variant suivant les États membres. Au rebours de cette thèse commode, mais qui ne rend fidèlement compte ni du droit positif ni de l'histoire constitutionnelle, on soutient ici que la Fédération ne connaît qu'une véritable forme de nationalité, celle de *la double nationalité*. Par double nationalité, on entend, non pas évidemment la notion « étatique » classique selon laquelle un individu serait en même temps le national de deux États - ce qui est l'objet essentiel du présent volume -, mais la coexistence de deux nationalités qui ne sont pas nécessairement étatiques, celle de la Fédération (*nationalité fédérative* ou fédérale) et celle de l'État membre (*nationalité fédérée*).

Une telle opinion n'est pensable que si l'on admet notre hypothèse initiale : il existerait une différence intrinsèque entre l'État et la Fédération qui impliquerait de dépasser la distinction classique entre État fédéral et Confédération¹². Parmi les nombreuses conséquences juridiques issues de cette distinction entre l'État et la Fédération (statut de la Constitution, du pouvoir constituant, de la répartition des compétences, etc.) figure également le droit de la nationalité qui a un statut différent dans les deux cas. Alors que dans le cas de l'État, il n'y a ordinairement qu'une seule nationalité en raison du lien exclusif entre souveraineté et nationalité - la double nationalité (au sens étatique du terme) faisant figure d'exception, dans le cas de la Fédération, il existe par définition, une *double nationalité* (la nationalité fédérale et la nationalité fédérée) pour les ressortissants de cette Fédération qui sont à la fois ceux de l'État membre auquel ils appartiennent. Par voie de conséquence, *si la double nationalité est conçue comme une anomalie dans le cas de l'État, elle devient, au contraire, consubstantielle à la Fédération*. On peut exprimer cette idée autrement : une conception étatique de la nationalité présuppose une différence très marquée et bipolaire entre les nationaux et les étrangers - ceux qui ne sont pas des « nationaux » sont des « étrangers », ou pour parler comme Brubacker, ceux qui ne sont pas des « admis » sont des « exclus » -. En revanche, dans une Fédération, la nationalité introduit une notion tierce qui est la nationalité fédérative. La relation cesse d'être bipolaire (nationaux/étrangers) mais devient triangulaire : nationaux de l'État membre, nationaux de la Fédération et étrangers; c'est-à-dire étrangers à la

¹⁰ D. Mueller, « Fédéralisme et Union européenne une perspective constitutionnelle, *Revue d'économie politique*, 105, sept-oct; 1995, p. 789.

¹¹ *Ibid* p. 790.

¹² Nous nous permettons de renvoyer ici à trois articles qui visent à dessiner les premiers contours d'une théorie constitutionnelle de la Fédération : "La Fédération entre l'État et l'Empire" in B. Théret (dir.), *L'État, la finance, le social*, Paris, la Découverte, 1995, pp. 282-304; « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *Revue du droit public*, 1998, n° 1, pp. 83-122 ; « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel », in A. Auer, J.F. Flauss (dir.) *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 125-180.

Fédération. Du point de vue de la nationalité (de la *citizenship*), la grande originalité d'une Fédération tient justement à ce que les membres des États membres, qui, auparavant, étaient des étrangers les uns pour les autres, cessent de l'être lorsque leurs États deviennent partie d'une Fédération, sans pour autant devenir entre eux des nationaux du même type que ceux d'un État.

On voudrait néanmoins préciser que cette idée de la double nationalité dans une Fédération n'est pas entièrement originale. Elle a été effleurée par la doctrine juridique française lorsqu'eut lieu une discussion sur la « Communauté » des pays d'outre-mer prévue par la Constitution du 4 octobre 1958 et sur la nature de la nationalité et de la citoyenneté s'y rattachant¹³. Elle a surtout été affirmée dans un ouvrage collectif de référence sur le sujet thème du fédéralisme dans lequel on peut lire le propos suivant :

« The individuals in a federation have a dual relationship, as citizens of both the federation and a member State. Within their respective areas of competence, both the federation and the member States create rights and obligations for such individuals. Accordingly, in the fields of federal power the citizens of member States, upon the creation of the federation, become directly subject to the central authority. »¹⁴.

Mais à la différence de la majorité des auteurs (notamment de Bowie et de Friedrich), nous refusons d'associer cette « double nationalité » à la notion juridique de l'État fédéral et nous la rapportons uniquement à la notion de Fédération. En mettant l'accent ainsi sur la nécessaire double nationalité qui caractérise toute véritable Fédération, on peut - on l'espère du moins -, contribuer à une meilleure comparaison de l'expérience européenne avec les États-Unis, pays fédéral par excellence. En effet, avant de devenir l'Empire américain, avec l'unicité de nationalité et l'exclusivité d'obligation d'allégeance que cela implique, les États-Unis ont longtemps été une Fédération qui connaissait le système de la double nationalité. À cet égard, ce pays constitue un laboratoire digne d'intérêt pour l'étude de l'Europe en voie de formation, car s'il y a bien une institution qui s'approche progressivement de la Fédération, c'est bien l'Europe. En effet, la notion de ressortissant communautaire est en train d'effacer la distinction entre étrangers et nationaux qui caractérisait le statut des membres des anciens États européens indépendants¹⁵.

¹³ V. par exemple, P.F. Gonidec, Note sur la nationalité et les citoyennetés dans la Communauté", *Annuaire français de droit international*, 1959, pp. 748 et s.

¹⁴ R. Bowie, C. Friedrich (eds), *Studies on Federalism*, t. II, p. 655.

¹⁵ Les études se multiplient sur ce thème spécifique. V. trois thèses récentes de droit public, S. Barbou des Places, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, Nancy II, 1996, B. Dollat, *Liberté de circulation des personnes et mouvements migratoires*, Paris V, 1997 et E. Aubin, *La France face à la construction de la citoyenneté européenne*, Tours, 1999.

Si l'on se tourne maintenant vers la théorie constitutionnelle de la Fédération, on trouve une illustration de cette idée de double nationalité dans le rapport rédigé par Pellegrino Rossi, ce juriste italien exilé en Suisse au XIX^e siècle et naturalisé Genevois¹⁶, en vue de la révision du Pacte fédéral de la Suisse (1832). Dans ce magistral exposé doctrinal sur la nature d'une Fédération, il évoque aussi longuement qu'intelligemment la question du droit de libre établissement dans les cantons, faisant de ce droit l'un des traits caractéristiques de la nationalité fédérative, de la condition de membre de la Confédération helvétique. Il écrit notamment : « Si la libre circulation en Suisse, le libre commerce, le droit de succession, l'abolition de tout droit d'aubaine entre les cantons, l'égal traitement des cantons, l'égal traitement des créanciers, à quelque canton qu'ils appartiennent, n'étaient pas reconnus et garantis, nous ne serions pas dignes du titre de confédérés. »¹⁷ La fédération, en tant que telle, est donc inséparable d'un statut commun aux ressortissants des États membres qui cessent d'être des étrangers les uns pour les autres, même s'ils ne jouissent pas nécessairement de droits politiques communs¹⁸. Le traitement ici proposé du libre établissement et des droits fédératifs, vise à réaliser un compromis dans les rapports entre la Fédération et les États membres¹⁹. Mais si la nationalité fédérative, et son corollaire, le libre établissement d'un État membre à l'autre, sont décisifs, c'est qu'ils traduisent une identité commune, l'appartenance commune à une entité politique qui doit transcender, sans abolir, l'appartenance à l'entité fédérée. Dès lors, cet autre patriotisme (allégeance à la fédération) interdit de considérer les ressortissants d'un État membre différents comme étrangers les uns aux autres. Laissons ici encore la parole à Rossi décrivant l'idéal fédéral vers lequel la Suisse doit tendre :

« Et quoi, on réviserait le Pacte fédéral, on essaierait de replacer la Confédération sur des bases plus solides, on ferait effort pour satisfaire aux exigences du temps, aux lumières du siècle et à ce sentiment de nationalité qui s'est aussi développé et allié dans nos cœurs à celui de la souveraineté cantonale, et les Suisses des divers cantons n'en continueraient pas moins à se trouver comme des étrangers, comme les Suisses ne sont pas traités dans plus d'un état étranger !

Disons-le sans détour, si les Suisses n'avaient pas encore assez de civilisation et de patriotisme pour faire tomber aux frontières de leurs cantons ces barrières qui en repoussent leurs confédérés, et pour les recevoir chez autrement que par une tolérance dédaigneuse et précaire, il faudrait désespérer du noble essai de régénération fédérale que la Diète nous a chargés de préparer. Des Suisses interdisant à des Suisses l'eau et le feu. Des Suisses interdisant à des Suisses :

¹⁶ V. pour une étude récente, A. Dufour, *Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848)*. Genevois et Suisse à vocation européenne, Berne, Helbing & Lichtenhahn, 1998.

¹⁷ P. Rossi, *Per la patria comune*, (éd. Lacché), Barin, Piero Lacaita, 1997, p. 50 (avec une importante préface de Lacché).

¹⁸ « Nous ne demandons point - écrit Rossi - pour les domiciliés les droits politiques. Ils ne sont pas citoyens du canton ; ils ne sont pas membres de cette unité politique (...) Nous respectons la souveraineté cantonale. » *Ibid.* p. 48.

Nous vous chassons de chez nous, ou du moins vous n'y resterez que sous notre bon plaisir, nous voulons exercer sur vous un pouvoir arbitraire ; vous devez être le jouet de nos caprices ! »²⁰

C'est le patriotisme commun, le sentiment de la nationalité suisse (au sens d'un patriotisme helvétique) qui interdit, selon Rossi, l'expulsion d'un citoyen suisse d'un canton d'adoption vers son canton d'origine. Ici encore, il est utile de rappeler ses propos :

« Quels sont donc ces hommes que vous voulez expulser ? Ces hommes sont les mêmes qui, en cas de danger, iraient mourir avec vous aux frontières de la Suisse, les mêmes que vous embrasseriez sur le champ de bataille, vos frères d'armes par la sainte fraternité du drapeau national.

Ces hommes appartiennent peut-être à ce même canton qu'en cas de danger à l'extérieur ou à l'intérieur vous appelleriez à la défense de votre sol, de vos libertés et de votre gouvernement. Et aujourd'hui, parce que le danger est éloigné, parce que vous croyez n'avoir aucun besoin d'eux, aujourd'hui, vous leur diriez : il n'est point ici d'hospitalité pour vous : cette terre vous repousse : vous êtes des étrangers ; vous reviendrez nos frères , mais seulement le jour où nous aurons besoin de vos bras. »²¹

Ainsi, Rossi décrit parfaitement comment l'émergence d'un « esprit fédéral », d'un patriotisme commun implique la disparition de la notion d'étranger au sein de la catégorie des ressortissants de la même fédération. La solidarité entre de tels ressortissants n'est plus aléatoire et exceptionnelle (en cas de guerre par exemple), mais elle devient permanente et institutionnalisée. Le sens profond de l'aventure fédérale est de transformer en communauté politique (d'où le thème ici de la fraternité) l'ensemble des régions différentes, tout en sauvegardant ici l'allégeance initiale des individus-membres à l'égard de l'État membre (la « souveraineté cantonale » en l'occurrence). La double nationalité, propre à la Fédération, n'est donc que la duplication de cette règle fondamentale de la dualité des entités politiques constitutives d'une Fédération. À la différence de l'État, la Fédération se caractérise ici par un « dualisme politique » dans la mesure où « L'essence de la Fédération réside dans le dualisme de l'existence politique, dans une combinaison d'association fédérative (*Verbindung bundesmäßiges Zusammenseins*) et d'unités politiques d'un côté, et de persistance d'une pluralité (*Merhheit*) d'unités politiques, distinctes de l'autre côté »²².

¹⁹ *Ibid.* p. 48. En vous proposant ses garanties, - écrit -il nous avons été fidèles aux principes qui nous dirigent : nous avons fait part de la souveraineté cantonale et de la nationalité suisse. » *Ibid.* pp. 38-40.

²⁰ *Ibid.* pp. 38-40.

²¹ *Ibid.* pp. 40-42.

²² C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, coll. Léviathan, trad. fr. 1993, p. 518.

II. La double nationalité dans une Fédération envisagée du point de vue de la dogmatique juridique

Du point de vue de la Fédération, la nationalité pose un problème dans la mesure où il existe une double nationalité : la nationalité fédérative (ou nationalité fédérale) et la nationalité fédérée. La question la plus difficile concerne alors l'articulation entre les deux nationalités. Il s'agit de savoir si la nationalité fédérative procède ou non de la nationalité fédérée, ou, ce qui revient au même, si la nationalité fédérée qui détermine *de plein droit* la nationalité fédérale ou si ce n'est pas l'inverse. Selon nous, on peut soutenir que, de manière générale, dans une Fédération (distincte de l'État fédéral), la nationalité fédérale procède de la nationalité fédérée. Une formulation classique de cette règle figure à l'article 42 (alinéa 1) de la Constitution helvétique de 1848 (qui fonde l'État fédéral suisse) : « Tout citoyen d'un canton est citoyen suisse. »²³. Inversement, lorsque la nationalité fédérée commence à dépendre de la nationalité fédérale, on est dans une phase de « nationalisation » (ou de centralisation) de la nationalité qui témoigne d'une évolution que l'on peut appeler l'étatisation de la Fédération (sa mutation en un État fédéral).

On prendra pour exemple le cas des États-Unis. La difficulté en l'occurrence vient de ce que le texte de la Constitution de 1787 est muet sur cette question délicate de la nationalité (*citizenship*). Et s'il est muet, c'est parce qu'il s'agit d'une question de souveraineté et que les Constituants américains ne voulaient pas trancher cette question de souveraineté entre la Fédération et les États membres²⁴. Ce texte contient seulement quelques allusions. L'article IV §2 de la constitution prévoit notamment: « *Les nationaux (citizens) de chaque État auront droit à tous les privilèges et immunités dont jouissent les nationaux dans les divers États.* ». On a également estimé qu'un embryon de « nationalité fédérale » (*federal citizenship*) avait été créé par les clauses de la Constitution faisant de cette nationalité l'une des conditions pour devenir Président des États-Unis ou Député ou sénateur (7 ans ou 5 ans de qualité de « *citizens of the United States* ») et accordant au Congrès le pouvoir de naturaliser les étrangers. Par ailleurs, le point certain dès 1787, était « que dorénavant, la citoyenneté aux États-Unis résulterait de la naissance sur le territoire, suivant en cela la doctrine *du jus soli*

²³ L'exemple allemand illustre la même idée. L'article 1er de la loi du 1er juin 1870 sur l'acquisition et la perte de nationalité dispose : « La nationalité fédérale (*Bundesangehörigkeit*) est acquise à toute personne qui a la nationalité de l'État fédéré (*Staatsangehörigkeit*) ». Autrement dit, la nationalité fédérale procède de la nationalité de l'État fédéré. En revanche, c'est une loi fédérale qui fixe les conditions générales d'accès à la nationalité de l'État membre de la fédération. La loi allemande du 22 juillet 1913, qui est la grande loi allemande sur la nationalité, reprend une formule quasiment identique. §1 : « Est allemand quiconque possède la nationalité d'un État fédéré (§3 à 32) ou quiconque possède directement la nationalité du Reich (§33 à 35). » La nationalité directe concerne en réalité les membres des États annexés.

²⁴ Mieux : « (...) un parti important contestait que la citoyenneté des États-Unis fut acquise seulement par l'intermédiaire de la citoyenneté des États. Cette contestation se plaçait dans le cadre du litige général sur les pouvoirs de la fédération dans des domaines que certains États considéraient comme à eux réservés ; les représentants de chacune des deux opinions soutenaient que l'allégeance du citoyen était due en priorité au gouvernement dont ils soutenaient la suprématie. » (Bowie, Friedrich, *Études sur le fédéralisme*, Bruxelles, trad. fr. pp. 426-427).

consacrée par le droit commun anglais."²⁵. Une leçon certaine de cette Constitution de 1787 tient à la reconnaissance simultanée d'une « nationalité américaine », c'est-à-dire d'une nationalité fédérale, et d'une nationalité fédérée.

Toutefois, on s'accorde à reconnaître l'ambiguïté du texte constitutionnel sur l'articulation entre les deux nationalités. « La Constitution ne détermine pas expressément la relation entre les deux nationalités, fédérée et fédérale »²⁶. C'est ce que confirme récemment Gerald Neuman : « La Constitution de 1787 ne spécifie pas la relation envisagée entre la nationalité dans un État fédéré et dans l'État fédéral »²⁷. Toutefois, l'opinion dominante avant l'arrêt *Dred Scott* (1856) était que la nationalité fédérée impliquait *ipso facto* la nationalité des États-Unis, c'est-à-dire la nationalité fédérale²⁸. Mais inversement, on admettait que la relation était réciproque, et que le simple fait pour un « national américain » (*a federal citizen*), de résider dans un État membre, lui accordait la nationalité de cet État, la nationalité fédérée. Ce qui restait discuté évidemment était la question de savoir si l'une des deux nationalités était prédominante. Et l'on ne s'étonnera pas de voir les juristes favorables aux « State's Rights », John Calhoun en tête, défendre la thèse de la prééminence et de l'antécédence de la nationalité des États (nationalité fédérée). De ce point de vue, la querelle politico-juridique épousait évidemment celle de la souveraineté.

L'arrêt *Dred Scott* (1856) mettra au premier plan la question de la *citizenship*. Il posait notamment la question de savoir si un Noir, ressortissant du Missouri (État esclavagiste) pouvait être considéré comme « un national » (*citizen*) et, si oui, s'il devait être considéré comme un national « américain, donc investi des "privilèges et immunités" consacrés par la Constitution fédérale dans l'article IV (§2) »²⁹. Pour soutenir que le requérant n'était pas un "citizen" des États-Unis au sens de la Constitution américaine, et donc qu'il ne pouvait pas ester en justice dans ce cas précis, la Cour Suprême, par la bouche de son Chief Justice Taney, excluait les Noirs (libres ou esclaves) de la catégorie des "citizens" américains (exclusion du corps politique des nationaux) et dissociait fortement la nationalité fédérale de la nationalité fédérée³⁰. La détention de la nationalité de l'État membre n'impliquait plus celle de la nationalité fédérale. En revanche, l'un des juges dissidents soulignait au contraire la

²⁵ Bowie, Friedrich, *op. cit.* trad. fr., t. II, p. 426.

²⁶ "The relationship between these two citizenships, state and national, (..) the Constitution did not expressly determine ». P. Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, 1910, t. I, p. 260.

²⁷ "The 1787 Constitution (..) did not specify the intended relationship between citizenship in a state and in the nation ». *Strangers to the Constitution*, Princeton Univ. Press, 1996, p. 64.

²⁸ Le juge Story, dans ses célèbres *Commentaries*, écrivait : "Every citizen of a State is *ipso facto* a citizen of the United States" Cité par Willoughby, *op. cit.*, p. 260.

²⁹ Willoughby, *op. cit.* p. 262.

³⁰ "In discussing this question, we must not confound the rights of citizenship which a State may confer within its own limits, and the rights of citizenship as a member of the Union. It does not by any means follow, because he has all the rights and privileges of a citizen of a State, that he must be a citizen of the United States. » (Judge Taney)

nécessité de maintenir cette liaison entre les deux nationalités³¹ et le droit des États membres de qualifier de "nationaux (*citizens*) les personnes relevant de sa juridiction. Selon le même juge dissident, les "privilèges et immunités" du citoyen américain sont attribués d'abord et avant tout aux nationaux des États fédérés³².

Ce très célèbre arrêt fut réduit à néant par l'édiction des XIII^o et XIV^o Amendements (Amendements dits de l'*Equal Protection*) et de la loi fédérale sur les *Civil Rights*, événement déterminant dans l'histoire américaine de la nationalité (de la *citizenship*)³³. Le XIII^o Amendement (1865) est rédigé intentionnellement contre la fameuse décision *Dred Scott*. Désormais, il est écrit dans la Constitution américaine que "*all persons born in the United States and not subject to any foreign power, excluding Indians not taxed, are hereby declared to be citizens of the United States.*" Quant à la loi du 1868 sur les Droits civiques, elle contient un Titre XXV expressément intitulé "droit de cité" (*citizenship*) qui contient la disposition suivante "*Toutes personnes nées dans les États-Unis, et qui ne sont sujettes d'aucune puissance étrangère, à l'exclusion des Indiens non soumis à l'impôt, sont déclarées être des nationaux (citizens) des États-Unis.*" (Sect. 1992).

Mais c'est le XIV^o Amendement, proposé le 16 juin 1866 et ratifié le 28 juillet 1868, qui est le texte fondamental en la matière. Si l'on avait continué à admettre la prééminence de la nationalité fédérée, les États sudistes n'auraient jamais accordé la nationalité (*citizenship*) aux Noirs, qui n'auraient jamais pu devenir "nationaux américains" par référence à la nationalité de l'État membre. C'est pourquoi les rédacteurs de cet Amendement ont voulu protéger les Noirs en leur accordant directement la nationalité, ce qui supposait de faire prévaloir la nationalité américaine (fédérale) sur la nationalité étatique (fédérée). La première Section de cet Article ("*Toutes personnes nées ou naturalisées aux États-Unis et soumises à leur juridiction sont des nationaux (citizens) des États-Unis et de l'État où elles résident.*) contenait deux idées majeures : d'une part, "l'affirmation selon laquelle la nationalité fédérale (*national citizenship*) est première et supérieure à la nationalité fédérée (*state citizenship*), et d'autre part, l'octroi aux Noirs de la double nationalité, fédérale et étatique (*national and state*)"³⁴. Un tel Amendement interdit "aux États membres de retirer la nationalité fédérée (*state citizenship*) à ceux qui jouissent de la nationalité des États-Unis (*national citizens*)"³⁵. Cette supériorité de la nationalité fédérale sur la nationalité fédérée est en quelque sorte garantie par la seconde Section de cet Amendement qui dispose :

³¹ Judge Curtis : « .. My opinion is, that under the Constitution of the United States, every free person born on the soil of a State, who is a citizen of that State by force of its Constitution or laws, is also a citizen of the United States. »

³² Willoughby, *op. cit.* p. 268.

³³ V. sur ce point, le livre très important de B. Ackerman, *We the People, II, Transformations*, Harvard Univ. Press, 1997.

³⁴ Willoughby, *op. cit.* p. 270.

³⁵ G. Neuman, *op. cit.* p. 64.

« Aucun État ne fera ou n'appliquera une loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des nationaux (*citizens*) des États-Unis ; ni ne privera une personne de vie, de liberté ou de propriété sans procédure légale convenable (*without due process of law*); ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égal protection des lois (*equal protection of the laws*). »

Si l'on examine alors le XIV^o Amendement sous l'angle de la nationalité, on peut alors estimer qu'il "n'est pas nécessaire que quelqu'un soit citoyen d'un État membre pour être citoyen de la Fédération. Elle avait été votée essentiellement pour affirmer la suprématie de la citoyenneté fédérale et pour garantir que les Noirs soient considérés comme des citoyens s'ils étaient nés aux États-Unis"³⁶. Plus concrètement, celui qui a la nationalité fédérale acquiert *automatiquement* l'acquisition de la nationalité fédérée. Ainsi, "(..) le XIV^o Amendement fait de la citoyenneté {sic} dans l'État de sa résidence un droit pour tout citoyen des États-Unis. Ainsi, les notions d'acquisition des citoyennetés d'État par naissance ou par naturalisation n'existent pas : un citoyen américain qui fixe sa résidence dans un État, que ce soit lors de sa naissance ou plus tard, devient automatiquement citoyen de cet État. On peut par conséquent changer de citoyenneté d'État en changeant de résidence ; et, en fait, en allant résider à l'étranger, l'intéressé peut perdre toute citoyenneté sans compromettre sa citoyenneté fédérale »³⁷.

On sait que, dans un premier temps, la Cour Suprême, dans *Slaughter Houses Cases*, (1873) a considérablement restreint l'interprétation de la clause « privilèges ou immunités des nationaux » du XIV^o Amendement. Même si elle a admis la nationalité américaine des Noirs, elle a cependant rejeté la thèse de la primauté de la nationalité fédérale, et elle a repris la thèse antérieure de la dualité de nationalités³⁸. Le juge Miller, auteur de la décision, entendait défendre le fédéralisme et lutter contre l'impérialisme centralisateur des partisans de la Reconstruction et du XIV^o Amendement. Mais l'on sait aussi que, dans un second temps, la Cour suprême a donné une interprétation très extensive du XIV^o Amendement en utilisant cette fois les clauses du « *due process of law* » et de l'« *equal protection* » du XIV^o Amendement. Progressivement, le problème juridique a changé de sens puisqu'est apparu au premier plan, non plus la question de la nationalité, mais celle de savoir si la clause dite du « *due process* » implique l'application de la Déclaration des droits fédérale s'applique aux États membres (problème dit de « *l'incorporation* » de la Déclaration des droits). Cette jurisprudence a « radicalement changé l'entière théorie des relations entre la Fédération et les États membres »³⁹. En effet, par cette jurisprudence, l'Union américaine, la Fédération est désormais perçue comme le « protecteur suprême des droits individuels - des Noirs en tant

³⁶ Bowie, Friedrich, *Études sur le fédéralisme*, t. II, p 427.

³⁷ *Ibid.*, pp. 430-431.

³⁸ "It is quite clear that there is a citizenship of the United States and a citizenship of a State, which are distinct from each other and which depend upon different characteristics or circumstances in the individual. »

que citoyens comme les autres »⁴⁰. Cette légitimation de la Fédération par la défense des droits a un effet immanquablement centralisateur, comme l'a bien vu Theodore Löwi : « Si la notion de la citoyenneté [au sens de *citizenship*] a un sens, et si la citoyenneté comporte une notion inhérente de droits, alors une définition nationalisée de la citoyenneté devrait constituer une nationalisation de la citoyenneté elle-même »⁴¹.

On peut conclure sur ce point que le XIV^e Amendement a une incontestable « substance centralisatrice » (*nationalizing substance*)⁴² dans la mesure où, quoi qu'en ait dit la Cour Suprême, il a consacré la prééminence de la nationalité fédérale sur la nationalité de l'État membre. La dualité de nationalité qui reposait auparavant sur une égalité de nationalités et sur une égalité des supports (égalité entre la Fédération et les États membres) cède la place à une progressive hiérarchisation du droit de la nationalité, au profit de la Fédération. C'est un indice, parmi d'autres, que celle-ci devient progressivement un État fédéral fondé sur une hiérarchie juridique entre les deux composantes de l'ensemble fédératif - hiérarchie au bénéfice de l'État central.

III. Les droits fédératifs individuels comme effets de la nationalité fédérale

La dernière idée qu'on voudrait ici proposer vise à analyser de manière juridiquement différente la question de la nationalité. Aujourd'hui, les juristes de droit international (privé ou public) l'associent essentiellement à la protection qu'elle accorde à ses bénéficiaires (aux nationaux), tandis que dans les civilistes concentrent leur étude sur ses conditions d'acquisition et de perte de la nationalité, et donc, évaluent le droit de la nationalité en fonction de la part respective des critères du *jus soli* et du *jus sanguinis*. On comprend bien que cette perspective est commandée par l'actualité politique et par la tentative, en France par exemple, de certains partis politiques de revenir sur certains acquis du droit de nationalité et la prééminence du *jus soli*. Mais si l'on décentre l'examen de la nationalité et qu'on l'examine désormais du point de vue de la théorie constitutionnelle de la Fédération, alors les perspectives les plus riches sont moins l'étude des conditions d'acquisition de la nationalité que celle de ses effets juridiques. Parmi ces derniers - les effets de la nationalité donc -, il convient d'analyser principalement les droits spécifiques dont bénéficient certains individus parce qu'ils sont justement membres d'une Fédération. On qualifiera ces droits, découlant de

³⁹ A. Bickel, "Citizenship in the American Constitution" *Arizona Law Review*, Vol. 15 (1973) p. 379.

⁴⁰ M.F. Toinet, *Le système politique des États-Unis*, Paris PUF, p 92

⁴¹ Th. Löwi, « Le fédéralisme américain », in M.F. Toinet (dir.), *Et la Constitution créa l'Amérique*, P. U. Nancy, p 114.

⁴² B. Ackerman, *We the People, Transformations*, Harvard Univ. Press, 1998, p. 199.

la nationalité fédérative, des *droits fédératifs*. Il faudrait d'ailleurs déterminer non pas seulement les droits impliqués par la nationalité fédérative, mais aussi les droits exclus par cette appartenance commune⁴³.

Ainsi, parmi les plus importants effets de la nationalité dans un régime fédéral, il faut mentionner les droits que celle-ci confère aux individus à l'égard des États membres dont ils ne sont pas des nationaux, au sens strict du terme. Autrement dit, la reconnaissance de la nationalité fédérée a pour effet de créer de tels droits fédératifs que certains appellent également des « privilèges interétatiques ». Ce sont des droits que les nationaux de l'État membre peuvent opposer victorieusement aux autres « États membres » - des « privilèges *interétatiques* » au sens fédératif du terme (interétatiques = entre États membres d'une Fédération) et non pas au sens international (interétatiques = entre États souverains). On a vu que de tels droits étaient au centre du problème des Noirs aux États-Unis et de l'arrêt Dred Scott. Vue sous cet angle, la question que posait cette affaire était celui de savoir si un Noir pouvait librement s'installer dans un État membre voisin, État non-esclavagiste (droit de libre circulation et de libre établissement) et s'il pouvait ester en justice. Par ailleurs, toujours sous l'angle de la technique juridique, de tels droits sont des droits qui découlent de l'existence même d'une Fédération. Plus exactement, ils découlent d'un principe fondamental qui est l'impossibilité d'appliquer le concept d'étranger pour définir le statut du ressortissant d'un État membre par rapport à celui d'un État membre de la même fédération. Par conséquent, ces droits fédératifs ont pour particularité de pouvoir être des *droits non-écrits*, découlant du principe fédératif, même s'ils sont le plus souvent inscrits dans des dispositions constitutionnelles. On peut illustrer cette analyse des effets de la nationalité fédérative, d'un côté, par l'étude de la théorie fédérale, et de l'autre, par l'examen de certaines dispositions constitutionnelles.

Pour évoquer la théorie fédérale, on s'arrêtera au seul exemple, mais décisif, du libre établissement des citoyens. « L'Etat-membre - écrit Charles Durand - ne peut sauf exceptions éventuelles, empêcher un national quelconque de venir s'établir sur son territoire ; sans être toujours tenu (comme aux États-Unis, en Suisse, etc.) d'en faire à tous égards un de ses propres citoyens, il doit du moins le traiter comme ceux-ci quant aux droits privés et aux libertés, au régime pénal ou fiscal, à l'exercice des professions, même si aucune règle de la constitution fédérale ne vise les libertés individuelles, la procédure judiciaire. »⁴⁴ Mais, du point de vue de la théorie constitutionnelle de la fédération, la meilleure description de ce principe du libre établissement figure dans le rapport précité de Pellegrino Rossi. Ce dernier y soulignait l'importance de ce principe : « la commission aurait cru abdiquer son mandat si elle

⁴³ Nous avons suggéré cette perspective à propos du droit d'asile, dans notre article : « Théorie générale de l'État et droit d'asile », in *Les réfugiés en France et en Europe. (Quarante ans d'application de la Convention de Genève 1952-1992)*, Actes du Colloque OFPRA sur le droit d'asile des 11-13 juin 1992, Paris, OFPRA, 1993, pp.147-157.

⁴⁴ Ch. Durand, *Confédération d'États et l'État fédéral. Réalisation acquises et perspectives d'avenir*, Paris, M. Rivière, 1955 p. 49.

ne vous avait pas proposé de reconnaître comme principe fondamental, le droit du libre établissement, et de l'entourer des garanties nécessaires, pour en assurer l'exercice. »⁴⁵. Dans le projet de révision que la commission de 1832 proposera (en vain), l'article 36 dispose :

« La liberté d'établissement et de domicile est garantie à tous les Suisses, dans toute l'étendue de la Confédération. À cet effet,

a) Aucun Suisse ne peut être empêché de s'établir dans un canton quelconque, pourvu qu'il soit muni d'un acte d'origine ou d'un acte constatant qu'il appartient à un canton, d'un acte de mœurs, et d'une attestation qu'il est maître de ses droits.

b) l'autorité fédérale fixe un maximum des émoluments de chancellerie .

c) en s'établissant dans un autre canton, le Suisse entre dans la jouissance de tous les droits des citoyens de ce canton, à l'exception des droits politiques et de la participation aux biens des communes et des corporations. En particulier, la liberté d'industrie et le droit d'acquérir et d'aliéner des biens-fonds lui sont assurés, conformément aux lois et ordonnances du canton, lesquelles à tous ces égards doivent rendre la condition du Suisse, simplement domicilié, égale à celle du citoyen du canton.

d) Les communes ne peuvent pas imposer à leurs habitants appartenant à d'autres cantons des prestations plus fortes qu'à leurs habitants appartenant à d'autres communes de leur propre canton

e) le Suisse domicilié dans un autre canton que le sien peut être renvoyé dans celui-ci, soit lorsqu'il y est condamné par sentence juridique, soit lorsqu'il a été convaincu de contraventions aux lois et ordonnances sur les mœurs ou la police des pauvres. »⁴⁶

Comme on le voit à la lecture de cet article, le principe fondamental de libre établissement et de domicile intra-fédératif implique une série de droits fédératifs attribués à un ressortissant d'un État membre du seul fait qu'il appartient à une fédération. Ces droits sont surtout soit des droits privés, essentiellement des droits économiques et sociaux. Rossi relie étroitement cette dimension juridique du libre établissement au développement économique de la Fédération suisse. Le déplacement des habitants d'un canton à l'autre est source d'émulation industrielle et « source de richesse nationale »⁴⁷. Il plaide en faveur d'un marché unique sur le plan global de la fédération. Si le principe de libre établissement et de libre

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 38

⁴⁶ *Op. cit.* p. 222.

⁴⁷ *Ibid.* p. 42.

industrie était garanti par les lois cantonales, alors cela « ferait de la Suisse un seul et vaste atelier, et de chaque ville, un marché commun de toutes les productions helvétiques, alors travail, capacités et capitaux, tout prendrait son niveau naturel et national. Il y aurait emploi pour tout et pour tous »⁴⁸. L'autre avantage de cette reconnaissance de libre établissement intra-fédératif est d'empêcher l'émigration hors de la fédération suisse. La richesse en population est conservée au sein de cet ensemble plus vaste qu'est la Fédération. Inversement, ces droits fédératifs constituent inévitablement des obligations à la charge des autorités fédérées ou fédérales. Pour les autorités fédérées ou communales, ces obligations sont par exemple celles de l'égal traitement, c'est-à-dire une interdiction de discrimination entre ressortissants d'États membres différents, ou encore la prohibition d'expulser des ressortissants d'un autre canton, sauf circonstances exceptionnelles. La constitution fédérale suisse du 12 septembre 1848 qui institue un État fédéral reconnaît cette liberté d'établissement, dans des termes qui reprennent assez largement le projet initial de Rossi. Selon l'article 41, « la Confédération garantit à tous les Suisses de l'une des confessions chrétiennes le droit de s'établir librement dans toute l'étendue du territoire suisse conformément aux dispositions » de cet article⁴⁹.

Pour poursuivre l'examen des dispositions constitutionnelles, on prendra comme second guide le cas allemand qui permet de constater une remarquable continuité d'inspiration entre les différents textes constitutionnels du XIX^e siècle. Cette continuité est révélée par la permanence de la structure logico-juridique et du contenu de ces droits.

D'abord, on trouve dans l'article 18 de l'acte fédératif (*Bundesakte*) du 8 juin 1815 qui crée la Fédération allemande (*Deutsche Bund*), une énumération très instructive des droits afférents à la nationalité fédérale, c'est-à-dire à l'appartenance au Bund. Cet article dispose en effet :

« Les Princes allemands et les villes libres conviennent d'assurer aux ressortissants (*Unterthanen*) des États membres (*Bundesstaaten*) allemands d'assurer les droits suivants :

- 1) le droit de propriété en dehors de l'État dans lequel ils habitent, c'est-à-dire le droit d'aliéner et de posséder, sans être soumis à davantage de dépenses et de charges que les membres originaires de cet État
- 2) Le pouvoir
 - a) de quitter un État membre allemand pour un autre qui est prêt à les accepter comme ressortissant

⁴⁸ *Ibid.* p. 46.

⁴⁹ Le texte de la Constitution de 1848 figure dans le très utile recueil de A. Kölz, *Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern, Stämpfli, 1992, p. 461.

b) d'entrer dans la fonction publique civile et militaire, toutefois sous réserve que le service militaire dans le nouvel État membre ne soit pas contraire aux obligations à l'égard de la mère-patrie » (*Vaterland*). " (..)

3) L'exemption de toute taxe d'émigration (*jus detractus, gabella emigrationis*) dans la mesure où le patrimoine est transféré dans l'autre État membre allemand et où il n'existe pas de mesures particulières prévues par des conventions bilatérales de libre établissement. (..)

d) La Diète s'occupera lors de sa première session de rédiger des dispositions communes relatives à la liberté de la presse et à la garantie des droits des auteurs et des éditeurs contre les pressions »⁵⁰

Deux leçons peuvent être immédiatement tirées d'une analyse dogmatique et systématique de cette longue disposition. La première, c'est que le seul fait d'appartenir à la Fédération allemande (*Deutsche Bund*) c'est-à-dire d'être un sujet (*Untertan* au sens strict) d'un État membre de cette Fédération implique la détention et la jouissance de droits particuliers, opposables aux autres États membres. La seconde, c'est que les droits fédératifs sont de nature très différente. Ce sont, soit des droits privés (droit de propriété), soit des droits politiques (par ex. égal accès aux emplois publics), soit mixtes (comment classer le droit de libre établissement ?). .

Une telle disposition n'assure pas à proprement parler un droit de libre circulation entre États, mais confère un droit d'émigration dans un autre État membre qui conserve la prérogative souveraine d'accepter ou non ce ressortissant sur son territoire. Cette reconnaissance est déjà en soi un progrès juridique. Toutefois, il serait anachronique, comme l'a montré une récente analyse historique, de voir dans de cette disposition de l'article 18 du Pacte fédéral la reconnaissance anticipée d'une distinction entre les Allemands (ressortissants de la Confédération) et les non-Allemands (ressortissants de la Confédération). Une telle thèse suppose d'admettre que la migration entre les États membres est « une migration

⁵⁰ « Die verbündeten Fürsten und freien Städte kommen überein, den Untertanen der deutschen Bundesstaates folgende Rechte zuzusichern :

a) Gemeindegürgerrecht außerhalb des Staates, den sie bewohnen, zu erwerben und zu besitzen, ohne deshalb in dem fremden Staate mehreren Abgaben und Lasten unterworfen zu sein, als dessen eigene Untertanen.

Die Befugniß

1) des freien Wegziehens aus einem deutschen Bundesstaat in den andern, der erweislich sie zu Unterthane annehmen will, auch

2) in Civil- und Militärdienste desselben zu treten, beides jedoch nur insofern keine Verbindlichkeit zu Militärdienste gegen das bisherige Vaterland im Wege stehe ; unddamit wegen der dormalen vorwaltenden Verschiedenheit der gesetzlichen Vorschriften über Militärflichtigkeit hierunter nicht ein gleichartiges für einzelne Bundesstaaten nachtheiliges Verhältnis entstehen möge, so wird bei der Bundesversammlung, die Einführung möglichst gleichförmiger Grundsätze über diesen Gegenstand in Berathung genommen werden.

c) Die Freiheit von aller Nachsteuer (*jus detractus, gabella emigrationis*) insofern das Vermögen in einen andern deutschen Bundesstaat übergeht und mit diesem nicht besonder Verhältnisse durch Freizügigkeits-Verträge bestehen.

d) Die Bundesversammlung wird sich bei ihrer erstern Zusammenkunft mit Abfassung gleichförmiger Verfügungen über die Preßfreiheit und die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck beschäftigen.

interne »⁵¹ et que seule la Confédération détermine les conditions de la nationalité et du droit d'établissement. Dans cette étude, Andreas Fahrmeir établit précisément le contraire : « En pratique comme en théorie, le droit de la nationalité demeurerait relever de la compétence des États de la Fédération »⁵². Autrement dit, la nationalité de l'État membre implique la nationalité fédérative, et la migration entre États est une émigration d'un État à un autre. De ce point de vue, l'article 18 du Pacte fédéral de 1815 ne rompt pas vraiment avec le droit antérieur⁵³. Le pacte fédéral ne reconnaît pas du tout une liberté de circulation au sein de l'Allemagne pour tous les ressortissants des États membres, comme le prouve la notion de *Freizügigkeit* (qui a seulement un sens fiscal à l'époque, et ne signifie pas l'idée de liberté de circulation), de sorte que le droit fédéral allemand de l'époque continue à traiter les Allemands comme des étrangers les uns par rapport aux autres avec les conséquences juridiques qui en découlent. Pour un ressortissant d'un État membre donné de la Confédération germanique, le déplacement dans un autre État allemand relève de l'émigration, et il peut être expulsé de ce même territoire. D'ailleurs, au milieu du XIX^e siècle, le droit de la nationalité allemande est contenu moins dans la constitution fédérale ou dans une loi fédérale que dans les traités bilatéraux ou multilatéraux.

Ainsi, dans la réalité historique, cette disposition de l'article 18 est restée largement lettre morte ; elle exprimait surtout un idéal de « fédéralisation » de la nationalité allemande. Mais cette réalité historique - qu'il faut d'ailleurs relier à l'inexistence d'un concept fixe et moderne de nationalité étatique (*Staatsangehörigkeit*), comme l'indique le vocabulaire fluctuant - n'invalide pas le lien systématique existant entre ces droits fédératifs et la nationalité fédérative.

Un constat similaire pourrait être dressé à propos de l'Article sur les « droits fondamentaux du peuple allemand » de la Constitution du Parlement de Francfort de 1848. Cet article fixe d'abord comme principe : « Tout Allemand possède la nationalité allemande du Reich. Les droits qui lui en dérivent peuvent être exercés par lui dans tous les États allemands »⁵⁴. On retrouve ainsi la même structure logique que dans le pacte fédéral de 1815 : l'octroi de la nationalité fédérale (celle du Reich ici) a pour effet d'attribuer certains droits qui peuvent être exercés dans toute l'Allemagne, c'est-à-dire comme l'indique le texte constitutionnel dans « tous les États allemands ». La Fédération et donc la nationalité fédérale gomme l'effet des partages interétatiques au sein d'une identité appelée Allemagne. En outre, les droits fédératifs individuels qui découlent de cette nationalité allemande sont assez proches de ceux reconnus par la Confédération de 1815. On y trouve d'abord la liberté

⁵¹ A. Fahrmeir, "Nineteenth Century German Citizenship : A Reconsideration", *Historical Journal* 40, 3, 1997 p p. 728

⁵² *Ibid.* p. 731.

⁵³ *Ibid.* pp. 730-731.

⁵⁴ §132 : "Jeder Deutsche hat das deutsche Reichsbürgerrecht. Die in ihm kraft dessen zustehenden Rechte kann er in jedem deutschen Lande ausüben. (..)"

d'établissement et la liberté d'industrie⁵⁵, et ensuite et surtout, le principe de non-discrimination entre Allemands de différents États membres en matière civile et criminelle⁵⁶. Mais le *statu quo* demeure sur un point capital : la nationalité fédérative était seulement une conséquence de la nationalité de l'État membre⁵⁷.

On a pu interpréter ces dispositions du projet de Constitution comme manifestant « l'intention de créer une nationalité directe du Reich en supprimant la nationalité des différents états. C'est une idée qui ne fut réalisée que par la Loi du 5 février 1934. »⁵⁸. Cette interprétation est largement anachronique, même s'il est vrai que les révolutionnaires allemands de 1848 ont voulu créer une nation allemande et l'unité du Reich. Mais du point de vue de la nationalité, le plus intéressant réside ici dans cette association entre un principe (l'unité de statut des Allemands) et l'ensemble des droits afférents à cette nationalité commune, c'est-à-dire à la nationalité fédérale.

La disparition de la Confédération germanique, après la guerre austro-prussienne, n'a pas fait disparaître la nationalité fédérale. On trouve une illustration de cette permanence dans l'importante loi sur la libre circulation à l'intérieur de l'Allemagne du 1er novembre 1867⁵⁹ qui énumère les principaux droits (droit de séjour, d'établissement, d'acquisition du droit de propriété et de libre industrie) reconnus à tout ressortissant fédéral (*Bundesangehörige*) au sein du territoire fédéral (*Bundesgebiet*). Cette loi préfigure très largement l'article 3 de la constitution du Reich allemand du 16 avril 1871 (la « constitution Bismarck » dit-on quelquefois) contient une définition de la nationalité fédérative allemande qu'on pourrait qualifier de « fonctionnelle ». La structure du texte reste identique : le lien de causalité entre la question de la nationalité fédérale en énumérant la liste suivante des droits fédératifs.

« Il existe pour toute l'étendue du territoire de la Confédération un indigénat (*Heimatsrecht*) commun en vertu duquel tout ressortissant (sujet, citoyen, etc.) de chacun des États Confédérés sera traité comme national (*Inländer*) dans tout autre État membre de la Fédération.. Par conséquent, il est admis qu'il peut avoir d'un domicile fixe, bénéficier d'une libre industrie, de l'égal accès aux emplois publics, de l'acquisition des biens et jouir de tous les autres droits privés aux mêmes

⁵⁵ §133 - "Jeder Deutsche hat das Recht, an jedem Orte des Reichsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen Liegenschaften jeder Art zu erwerben und darüber zu verfügen, jeden Nahrungszweig zu betreiben, das Gemeindebürgerrecht zu gewinnen."

⁵⁶ §134 - "Kein deutscher Staat darf zwischen seinen Angehörigen und anderen Deutschen einen Unterschied im bürgerlichen, peinlichen und Prozeß-Rechte machen, welcher die letzteren als Ausländer zurücksetzt".

⁵⁷ A. Fahrmeir, *op. cit.* p. 746.

⁵⁸ M. Ruby, *L'évolution de la nationalité allemande*, Baden-Baden, 1949, p. 24

⁵⁹ *Gesetz über die Freizügigkeit*, BGBl, p. 55.

conditions que les habitants de ces autres États, et qu'il doit être traité également en ce qui concerne la protection juridique de ces droits. »⁶⁰

Le corollaire de toute acquisition de nationalité, c'est-à-dire l'effet de protection, est repris dans l'article 3 *in fine* qui pose le principe de l'obligation de protection du Reich par rapport à ses ressortissants. « Tous les Allemands ont un égal droit à revendiquer la protection du Reich par rapport à un État étranger. »⁶¹. Ainsi, l'effet juridique classique de la nationalité - la protection - passe après l'octroi de droits fédératifs individuels aux nationaux fédéraux. Cette dernière disposition confirme l'importance du principe d'égalité juridique entre Allemands qui interdit une quelconque discrimination *politique et civile* entre eux. La conséquence juridique de cette assimilation du statut des membres des États membres de la Fédération réside dans la protection de ce droit, c'est-à-dire dans le fait que ces différents droits doivent être respectés par les États membres de la Fédération (du Reich allemand). » Aucun Allemand ne peut être limité, dans l'exercice de ces droits, par les autorités de son propre pays ou par les autorités d'un autre État membre. »⁶²(art. 3 al. 2)

Dès lors qu'ils ont l'obligation de respecter ces droits fédératifs individuels, ces droits d'autres Allemands (c'est-à-dire de ressortissants d'autres États de la fédération), les États membres de la Fédération allemande sont limités dans leur souveraineté. Le seul fait de posséder la nationalité fédérative entraîne de plein droit (*de iure*) une protection au profit d'un ressortissant d'un État membre à l'égard des autres États membres. Quant au contenu de ces droits fédératifs, on voit immédiatement qu'il n'a pas beaucoup changé depuis l'Acte fédératif de 1815.

Olivier Beaud

Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et membre sénior de l'Institut Universitaire de France (IUF). Il est l'auteur notamment aux PUF (coll. « Léviathan ») de *La puissance de l'État* (1994) et de *Théorie de la Fédération* (2007) et chez Dalloz de *Les libertés universitaires à l'abandon ?* (2010).

⁶⁰ "Für ganz Deutschland besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Untertan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaates als Inländer zu behandeln, und demgemäß zum festen Wohnsitz, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Ämtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechtes und zum Genusse aller sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen, auch im betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes demselben gleich zu behandeln ist".

⁶¹ "Dem Auslande gegenüber haben alle Deutschen gleichmäßig Anspruch auf den Schutz des Reichs. »

⁶² "Kein Deutscher darf in der Ausübung dieser Befugnis durch die Obrigkeit seiner Heimat oder durch die Obrigkeit eines anderen Bundesstaates beschränkt werden. »