

Titre de la communication : « **Migration et droits de l'homme** »

(Clément Mougombili, doctorant, Université Rennes1, ED. SHOS)

La multiplication de foyers de tension, la poussée du terrorisme, la pauvreté grandissante et la persistance des régimes dictatoriaux notamment en Afrique, au Proche et au Moyen-Orient, ont induit la crise migratoire que traverse l'Europe ces dernières années. Plusieurs milliers de personnes (femmes, hommes et enfants) sont ainsi forcées de quitter leurs pays d'origine pour des besoins naturels de survie et de sécurité. Destination l'Europe. Une Europe peu favorable à l'idée d'ouverture des frontières. Les conditions de ces déplacements forcés à travers le désert ou la méditerranée, de même que les conditions d'accueil réservées à ceux qui parviennent à atteindre les côtes européennes et les images médiatiques y relatives suscitent stupéfaction, émotion et vive indignation dans l'opinion nationale et internationale. Il s'en suit que des organisations humanitaires ou de simples citoyens, y compris les migrants eux-mêmes, dénoncent le traitement qui leur est réservé. Cette dénonciation se fait au nom des droits de l'homme bafoués et en s'appuyant sur le droit à la liberté de se déplacer consacré en son article 13 par la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948, ainsi que par de nombreux traités et conventions internationaux visant la garantie de ces droits (Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, article 12-2).

Cette dénonciation répond aussi à la relativisation des valeurs d'humanisme, d'égalité, de liberté des droits de l'homme et de leur portée universelle que l'on rencontre par exemple chez Michel Villey et bien d'autres dans la critique contre les droits de l'homme. Se pose alors la question de savoir si les conditions de traitement des réfugiés dans la crise migratoire actuelle permettent encore d'accorder crédibilité au discours des droits de l'homme dans les démocraties occidentales. Autrement dit, les conditions précaires, parfois inhumaines auxquelles sont exposés les migrants, de la traversée du désert à celle de la Méditerranée en passant par les conditions de leur accueil sur les côtes de l'Europe, sont-elles le signe que l'humanisme inhérent aux droits de l'homme et leur portée universelle sont définitivement devenus obsolètes ? Faut-il y voir plutôt le résultat d'une volonté de domination étatique qui aboutit à rogner toujours davantage les libertés ? En clair, les violations des droits humains observables dans la crise actuelle et dans les migrations en général, sont-elles le fait d'une désuétude des principes fondateurs des droits de l'homme, dont l'abstraction empêche leur

réalisation pratique, ou bien le fait d'une responsabilité des politiques en œuvre dans les Etats dits d'immigration qui, volontairement ou non, peinent à assumer cet héritage moderne et donc sa réalisation effective ?

Cette communication a pour objet d'analyser, à partir de la crise migratoire actuelle, la dénonciation du discours des droits de l'homme et leur violation, dans le cas du traitement des migrants en Europe, ainsi que dans d'autres parties du monde, notamment aux Etats-Unis. Elle vise ainsi à montrer que, si la dénonciation porte sur des éléments factuels tels que les conditions du voyage dans la Méditerranée, les conditions de vie des réfugiés dans les camps ainsi que le nombre très important de morts, ou encore sur le caractère abstrait des valeurs comme l'égalité, l'humanisme de ces droits, la mise en cause de ces valeurs tient aux contradictions des politiques migratoires, elles mêmes résultant d'une politique volontaire des Etats par un système de mesures sécuritaires et mécanismes de dominations axés sur la fermeture des frontières et foulant aux pieds le droit d'asile et, partant, les droits de l'homme. Cette politique présente les droits de l'homme comme une simple abstraction moderne qui ne peut trouver aucun champ d'application dans la réalité effective. Toutefois, la situation de négation du droit d'asile observable dans la crise actuelle des migrations forcées, qui s'inscrit dans le conflit entre l'agir humain et ses restrictions par la souveraineté de l'Etat-national, peut être saisie dans un rapport dialectique pouvant conduire à la restauration du droit d'asile et, partant, des droits de l'homme, en s'appuyant sur des volontés individuelles pouvant s'incarner dans les organisations de la société civile pour la défense des droits des migrants ou dans les organisations humanitaires défendant les mêmes causes.

Une crise migratoire violente : les faits

La crise migratoire que traverse l'Europe ces dernières années, avec l'arrivée de plusieurs milliers d'êtres humains sur ses côtes, est le fait d'une instabilité politique et sécuritaire dans les régions d'Afrique, du Proche et Moyen-Orient, où la dictature (Érythrée) et la violence du terrorisme (Syrie, Irak, Libye, sans oublier Boko Haram au Nigeria) forcent les populations à fuir. C'est ainsi que, depuis quelques années, plusieurs milliers de personnes en provenance de ces différentes contrées entreprennent de se déplacer en empruntant tous les chemins possibles pour tenter d'atteindre l'Europe, où ils cherchent à faire valoir le droit d'asile ou simplement leur droit à vivre. Ce droit d'asile n'est que rarement accordé du fait des politiques migratoires axées sur la fermeture des frontières.

Commençons par indiquer quelques éléments factuels exprimant la violence de cette crise. Les tragédies de la Méditerranée ont commencé à faire parler d'elles dès octobre 2013 au plus tard, lorsque plus de 368 personnes ont péri dans deux naufrages près de l'île italienne de Lampedusa.¹ Selon l'Organisation Internationale des Migrations (OIM) via *Missing Migrants Projects*, on dénombrerait plus de 580.688 arrivées par la Méditerranée, dont 3.092 morts ou disparus pour la seule région d'Europe en 2015,² encore en cours. Un rapport publié en 2014 par la même organisation (OIM) indique, sur la base d'un certain nombre de données cumulées, que la majorité des morts pour l'année 2014 est intervenue dans la méditerranée. La proportion serait d'environ 75% (plus de 3000 morts ou disparus) par rapport au nombre global de morts liés aux migrations à travers le monde. Le rapport poursuit en estimant que plus de 22.400 personnes ont trouvé la mort en tentant d'atteindre l'Europe depuis 2000³.

Ajoutons à ce tableau certaines conditions de détention, de reconduite aux frontières et de vie dans les camps, conditions souvent décriées par des organisations humanitaires comme la Croix-Rouge ou Amnesty International, liées à l'accueil des personnes qui parviennent au bout du voyage en Europe. En effet, la gestion des migrants de façon générale (migrants économiques et réfugiés) par les camps est bien connue à travers le monde. Et la vie à l'intérieur de ces *petits mondes clos* pose aussi bien des problèmes moraux que de droits. Les cas d'atteinte à la dignité humaine et aux droits fondamentaux sont en effet légion dans ces camps⁴. Leur situation géographique, souvent en périphérie des villes ou des quartiers concernés, témoigne de l'exclusion et de la « mise à l'écart des populations jugées indésirables ». La prolifération des camps des réfugiés à travers le monde et la surpopulation à l'intérieur de ces derniers rendent la vie de milliers d'êtres humains aussi difficile et pénible que précaire. Au point que pour la seule région d'Europe : « En ne tenant compte que des camps fermés, la cinquième édition de la « Carte des Camps » de Migreurop en dénombre 473 dans 44 pays pour une capacité totale connue de près de 37 000 places »⁵. Soulignons au passage que l'un des plus grands camps des réfugiés est installé au Kenya. Créé par l'Organisation des Nations Unies (ONU) dans les années 90, ce camp abriterait plus de 500

¹ Voir *Missing Migrants Projects*, en ligne, www.iom.int. Il s'agit d'une initiative commune du Centre d'analyse des données des Migrations Globales de l'OIM, qui suit le nombre de morts des migrants le long des routes migratoires à travers le monde.

² *Ibid.*

³ Rapport (OIM), *Fatal Journeys: tracking lives lost during migration*, p.20.

⁴ Cf., pour un exemple récent, Le Monde du 3 décembre 2015 : « A Calais, des 'atteintes graves aux droits ».

⁵ Migreurop, *Enfermement des migrants : le "mode de gestion" privilégié des migrations*, Note n°2, p.2.

mille personnes qui vivent dans la privation de libertés de tout genre, apatrides, sans travail ni possibilité de se déplacer. Les « dadaabéens », comme on les appelle désormais, sont certes pris en charge par l'ONU, mais, comme s'interroge Yann Arthus Bertrand dans *Human* : « peut-on appeler cela une vie ? ».

Tous ces faits doivent-ils nous induire à abandonner l'idée des droits de l'homme et, partant, un aspect central de la modernité ? Il est évident que les dénonciations consistant à fustiger les violations des droits et des libertés fondamentales, s'agissant particulièrement des réfugiés, reposent d'abord sur ces faits observables que sont les conditions de vie dans les camps, les conditions d'enfermement et de reconduite aux frontières, y compris le nombre de morts, qui ne cessent de s'aggraver. Mais les dénonciations portent également ou devraient porter d'avantage sur les pratiques sournoises par lesquelles les Etats ne cessent de rogner les droits et les libertés des êtres humains. Ces pratiques peuvent s'observer dans les contradictions des politiques migratoires des Etats démocratiques.

Des politiques migratoires contradictoires, mais volontaires ?

La mobilité humaine en ce temps de mondialisation est paradoxalement victime de la domination et de la violence d'Etat qui s'expriment dans des « dispositifs sécuritaires de mise à l'écart des étrangers à l'intérieur des Etats (politiques discriminatoires internes, citoyenneté restreinte, politiques d'intégration limitées, juridictions d'exceptions etc.), aux frontières (politiques de dissuasion, zones d'attente dans les aéroports, visas, pays tiers, emprisonnement en vue du renvoi forcé, camps, mesures « anti-terroristes », etc.) ou encore par l'externalisation de plus en plus étendue (accords de réadmission, politiques de contrôle, de développement liées) ». ⁶ Ce qui vide le droit d'asile de sa réalité juridique, qui consiste en la capacité de protéger des êtres humains en situation de danger réel ou potentiel dans leur pays d'origine, mais aussi de sa dimension universelle. Car on constate aujourd'hui, que les déplacements des individus sont libres pour certains d'entre eux, et limités pour d'autres à l'intérieur d'un monde où l'on prône pourtant l'ouverture. Ce qui fait du droit à se déplacer, la chose la moins bien partagée au monde ⁷.

⁶ M – C. Caloz-Tschopp, « Philosophie, Migration, Démocratie et Droits de l'homme », in *Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, (dir.) Marie-Claire Caloz-Tschopp et Pierre Dasen, V, I, Bruylant, p. 86.

⁷ C. Wihtol de Wenden, *Faut-il ouvrir les frontières?*, 2^e Ed., Presses de Sciences Po., p. 11.

Les contradictions internes aux politiques migratoires axées sur la fermeture des frontières en Europe et dans d'autres parties du monde comme aux Etats-Unis, témoignent d'une relation conflictuelle entre individu, peuple et nation, Etats et intérêts économiques s'affrontant sur le terrain de la politique et des droits.⁸ Un conflit existe entre l'universalité des droits et des valeurs d'égalité et de liberté qu'ils portent, d'un côté, et l'exercice des prérogatives de la souveraineté des Etats de l'autre. Les contradictions des politiques migratoires qui remettent en cause le droit d'asile en particulier et le droit à la liberté de se déplacer en général, ainsi que d'autres droits relevant des Droits de l'homme, semblent volontairement et souterrainement entretenues par les Etats démocratiques et justifiées par leurs prérogatives souveraines, et notamment par le pouvoir discrétionnaire que leur a savamment conféré l'article 14.2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, repris par l'article 12.3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Prenons à titre d'exemple la politique migratoire menée par l'Agence Frontex.

L'Agence européenne pour la gestion de la coopération aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union Européenne (Frontex), créée en octobre 2004, à la suite d'une décision des Etats membres de mettre en place une politique commune d'asile et d'immigration (Sommet européen de Tampere, 1999), et mise en œuvre en octobre 2005, a pour « objectif principal d'améliorer la gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union Européenne ».⁹ Mais cette « gestion intégrée » qui constituerait son but principal ne semble pas avoir, ou n'avoir quasiment pas intégré la protection des droits humains, et notamment du droit d'asile, dans ses activités. L'ambivalence de ses missions peut légitimement laisser penser à un flou sciemment entretenu en vue de plus de restrictions en matière de droit d'asile et, partant, des autres droits et libertés fondamentales, comme la liberté de chacun à son autodétermination ou, disons simplement, le droit de vivre.

Ainsi, l'été 2015, au plus fort de la crise migratoire, conséquence de l'intensification de la guerre et des actions terroristes particulièrement en Syrie, et plus généralement en Irak, en Libye, et de la dictature en Erythrée, l'Europe a vu arriver sur ses côtes plusieurs milliers de personnes fuyant la persécution, la violence et l'incertitude, pour y solliciter la protection. Mais cette période a également été celle d'une grande inconstance quant à la volonté politique de l'Europe d'offrir la protection à ces êtres humains en situation de détresse. Les discours et

⁸M – C. Caloz-Tschopp, Op. Cit., p. 89.

⁹S. Casella, M. Charles, O. Clochard, C. Rodier, *Agence Frontex : quelles garanties pour les droits de l'homme ?*, p. 5.

décisions politiques ont plus été en faveur de la « fermeté » et donc de la fermeture des frontières que de l'accueil des réfugiés. Ainsi la décision prise à Bruxelles par les Ministres des affaires étrangères de l'UE au mois de mai 2015, mettant en place une opération militaire dénommée « EUNAVFOR MED », en vue de la destruction par des frappes sur les côtes libyennes des bateaux des passeurs¹⁰, témoigne de la « fermeté » de la politique migratoire européenne. L'Union Européenne a dû finalement revenir sur cette décision pour n'avoir pas obtenu l'assentiment du Conseil de sécurité de l'ONU.¹¹ Les missions de l'Agence Frontex, quant à elles, oscillent depuis quelques années entre contrôle et répression aux frontières, secours aux naufragés et protection des droits de l'homme. Quelques exemples. En 2004, les missions assignées à Frontex étaient exclusivement de contrôler les frontières de l'UE pour empêcher les entrées « indésirables ». Ici, pas d'évocation des droits de l'homme, encore moins le secours des naufragés dans la méditerranée. En 2012, de nouvelles missions lui sont confiées, cette fois en faveur du secours aux naufragés. En 2014, retour au contrôle et à la répression aux frontières.¹² L'année 2015 en cours, associe à la fois, contrôle, répression, secours aux naufragés et lutte contre les réseaux de passeurs. Y-a-t-il des conséquences négatives à cette politique ? La réponse est positive.

En effet, les conséquences d'une telle politique migratoire sont nombreuses, notamment en matière de violation des droits fondamentaux dans les opérations de reconduite aux frontières et de refoulement menées par Frontex. La Convention de Genève relative au statut de réfugié dispose en son article 33 que :

1. Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.
2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aurait des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.¹³

¹⁰ Le Figaro, « L'UE prête à lancer l'opération « Navfor Med » contre les passeurs », publié le 15/05/2015.

¹¹ Le Figaro, « Libye : l'UE réduit ses ambitions militaires contre les passeurs », publié le 18/05/2015.

¹² C. Colliot-Thélène, « *The right and the duty of hospitality in democracy* », Conférence, Berlin (2014), p. 3.

¹³ Convention de Genève relative au statut de réfugié (1951), article 33.

La Convention a bien entendu pris le soin d'apporter, dans ce même article, une restriction importante. L'accueil des réfugiés, la jouissance du droit d'asile ne peuvent en effet se faire au détriment de la quiétude de la communauté d'accueil, si tant est qu'il est préalablement établi que ceux-ci seraient un danger pour celle-ci. Quand bien même il en irait ainsi, les réfugiés doivent pouvoir bénéficier d'un répit raisonnable leur permettant de chercher une autre protection ailleurs :

« Les Etats contractants accorderont à un tel réfugiés un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. Les Etats contractants peuvent appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune. »¹⁴

Cependant, à y regarder de près, toutes les opérations de reconduite aux frontières ou de refoulement, souvent menées en masse, ne tiennent pas toujours compte de ces réserves. Car dans ces opérations, toutes les personnes semblent identifiées à des immigrants clandestins, sans jamais prendre en compte la présence de réfugiés ou de personnes vulnérables comme les mineurs isolés.¹⁵ Car comment peut-on envisager la présence de réfugiés ou de personnes vulnérables dans ces arrivées, si elles sont a priori toutes tenues pour des clandestins ? S'il est vrai que, dans ces arrivées, il est difficile d'établir qu'il n'y a que des réfugiés et des personnes vulnérables, il n'est pas vrai pour autant qu'elles soient constituées que des clandestins en quête d'un mieux être en Europe. Or des exemples montrent que, dans les refoulements et autres opérations conduites par Frontex, ces distinctions ne semblent rarement prises en compte :

« L'exemple le plus caractéristique est la remise entre les mains d'une patrouille maritime libyenne, en juin 2009, par des garde-côtes italiens, assistés par un hélicoptère allemand dans le cadre de l'opération Nautilus IV, de 75 boat people interceptés à proximité des côtes de l'île italienne de Lampedusa. Cet événement a fait l'objet d'un rapport de l'organisation Human Rights Watch, (...). »¹⁶

La question est alors de savoir ce qui explique ces politiques migratoires dont l'analyse donne à constater qu'elles visent à plus de fermeté et donc de fermeture de frontières, au détriment

¹⁴ *Ibid.* article 32.3.

¹⁵ S. Casella, M. Charles, O. Clochard, C. Rodier, Op. Cit., p. 9.

¹⁶ *Ibid.*

du respect des droits fondamentaux et des normes internationales. Plusieurs facteurs sont ainsi souvent évoqués pour expliquer ou justifier la logique des politiques de fermetures, depuis les risques sécuritaires et parfois identitaires¹⁷ jusqu'aux difficultés économiques (tous ces facteurs étant encore aggravés par la crise et le terrorisme), en passant par le devoir moral qu'ont les Etats libéraux de réaliser le bien être social de leur communauté (cet argument fait partie des principales objections à une politiques des frontières ouvertes : une telle politique compromettrait la capacité de l'Etat libéral à réaliser le bien-être social de sa propre communauté).¹⁸ Mais le facteur le plus décisif semble être la souveraineté étatique. C'est à ce facteur que nous nous intéressons ici, et notamment au rapport conflictuel entre l'universalité des droits de l'homme, qui incluent le droit à la liberté de se déplacer, et la domination souterraine qu'exerce la souveraineté de l'Etat du fait de son pouvoir discrétionnaire à décider qui doit ou ne doit pas entrer dans son territoire. Ce pouvoir semble jeter un discrédit sur les droits de l'homme, remettant ainsi en cause le lien entre migration et droits de l'homme. Car « la tension entre l'universalité des droits de l'Homme qui définit la sortie et la souveraineté des Etats qui définissent l'entrée, le séjour et la citoyenneté »¹⁹ semble au cœur de la violation des droits fondamentaux en matière d'immigration.

Universalité des droits de l'homme et souveraineté étatique : un conflit insurmontable ?

La tension entre l'universalité des droits de l'homme et la souveraineté étatique est bien connue. Elle a alimenté un certain nombre de critiques des droits allant dans le sens d'une critique de l'abstraction de ceux-ci et des valeurs d'humanisme, d'égalité et de liberté qu'ils sont censés véhiculer, y compris de leur portée universelle. Certaines de ces critiques peuvent laisser penser que les droits de l'homme peinent à être transcrits en réalité du fait de leur caractère abstrait. Or il semble que cette critique doive aujourd'hui être déplacée pour pointer la responsabilité de la souveraineté étatique et donc de l'Etat national, plutôt que de maintenir une focalisation sur l'abstraction des valeurs sur lesquelles reposent les droits. Car,

¹⁷ C. Wihtol de Wenden, *Faut-il ouvrir les frontières?*, Op. Cit., p. 22. Voir aussi J. Lévy, « *La mobilité comme bien public* », qui évoque l'existence de courants importants du débat public affirmant « le devoir de non mobilité ». L'idée est que la sédentarité est le gage d'une identité « authentique ». D'où l'immobilité serait un devoir moral pour préserver cette identité. L'immigration serait dans ces conditions perçue comme quelque chose pouvant affecter l'identité de la communauté d'accueil.

¹⁸ C. Straehle, « *La migration et la libre circulation* », in *Ethique des Relations Internationales*, sous la direction de J.B. Jeangène Vilmer et R. Chung, PUF, ch. 14, p. 377-399.

¹⁹ C. Wihtol de Wenden, *Le droit d'émigrer*, Paris, Editions CNRS, p. 50.

comme l'indique Colliot-Thélène, la solution, bien que fragile et provisoire, de la tension évoquée était l'Etat national, s'imposant comme le lieu des revendications d'égalités et dont la responsabilité était d'assurer la transformation de ces revendications en droits et de leur apporter la garantie de la loi.²⁰ L'Etat national ne semble assurer cette responsabilité que de manière partielle. Puisque, écrit Colliot-Thélène : le « cadre nation, s'il permettait la garantie des ces droits, limitait aussi le cercle de leurs bénéficiaires. Pour le dire en bref, et sommairement : la nationalisation des droits a perverti le sens universel des déclarations des droits de la fin du XVIIIème siècle. Le noyau de ces déclarations (c'est particulièrement clair dans le cas de la Déclaration française de 1789) était l'abolition des différences statutaires. »²¹ Ainsi les restrictions des droits notamment en matière d'immigration, résultent non pas du fait de l'abstraction des principes qui sous-tendent les déclarations des droits, mais de l'usage que l'Etat national en fait.

Or certaines critiques des droits de l'homme semblent souvent d'abord viser leur abstraction, étant sous-entendu que cette invention moderne, qui repose sur l'humanisme et l'idée d'égalité en droits de tous les êtres humains, constitue le lieu même de la négation du droit, celui de la confusion entre l'ordre des faits et des valeurs. Nous avons choisi arbitrairement d'évoquer ici quelques éléments de la critique de M. Villey à ce sujet. D'abord parce que sa critique des droits de l'homme s'inscrit dans l'antimodernisme juridique, ensuite parce qu'elle est une invitation à délaisser l'idée même de l'humanisme pour rénover le droit.²² Michel Villey considère les droits de l'homme comme une invention moderne, fondée sur l'idée de l'« homme », et dont l'objectif est de subvertir le droit positif considéré, lui, comme trop autoritaire, pour avoir servi la domination de l'Ancien Régime : « Au positivisme juridique il fut besoin d'un antidote. Les modernes lui ont imposé la figure des « droits de l'homme », tirée de la philosophie de l'Ecole du Droit naturel ».²³ Villey semble contester que l'Ancien Régime ait été un régime de domination. Autrement dit, la justification des déclarations de la fin du XVIIIème siècle, notamment de la Déclaration Française de 1789- par la volonté d'abolir les différences statutaires, rompre avec l'absolutisme de l'Ancien Régime, afin d'élargir le bénéfice des droits politiques et sociaux (l'élargissement ne s'était pas fait en même temps) – est, pour Villey, non seulement un abus de langage en ce qui concerne « l'absolutisme », mais surtout le moment même de la négation du droit. Il écrire

²⁰ C. Colliot-Thélène, *"The right and the duty of hospitality in democracy"*, Op. Cit., p. 4.

²¹ C. Colliot-Thélène, *Ibid.*

²² L. Ferry et A. Renaut, « *Le fondement universel des droits de l'homme* », in *Communications*, n°43, p. 39.

²³ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Ed. Réimprimée « Quadrige », p. 9.

ainsi : « Elles [les déclarations] furent, je le répète, une arme défensive ; en 1789, contre l'absolutisme prétendu de la monarchie capétienne (il n'est pas sûr qu'elle méritait ce qualificatif) ». ²⁴

Cela signifie que l'invention moderne d'un droit posant l'égalité de tous en droits, relève selon Villey d'une simple fiction. Le jusnaturalisme moderne, à la suite du Christianisme, confond fait et valeur, faisant du premier l'instrument du second. Ou encore : il confond droit et morale. D'où l'idée que la « figure des droits de l'homme témoigne de la survivance de la philosophie de l'Ecole du Droit naturel, en son temps la continuatrice d'une tradition scolastique ; mainte école de théologie ayant fait du droit l'instrument de la loi morale. » ²⁵ Le problème que pose Michel Villey ici est que l'humanisme juridique, le fait de construire un droit déductible de la nature ou de l'essence de l'homme, implique une identification du droit à la morale, ce qui conduit à la négation de la distinction entre réel et idéal, fait et valeur. Le nœud du problème est l'affirmation de la subjectivité comme principe fondateur du droit. ²⁶ Si le droit se déduit de la nature du sujet humain, alors les exigences de celui-ci déterminent le juste. L'Homme est ainsi posé comme cause et fin du droit, ce qui nie la dimension transcendante du droit et entraîne le refus de distinguer fait et valeur. C'est pourquoi Villey propose de s'« attaquer à l'humanisme » juridique moderne pour restaurer l'idée de droit. La solution au problème de l'humanisme moderne se trouve selon lui dans le retour au droit naturel classique, dont Aristote fournit le cadre. ²⁷ Le droit, le « vrai » droit, est grec.

En effet, pour restaurer l'objectivité du droit, Villey part de la notion de « nature » chez les grecs, prise comme étalon du droit. C'est la nature en tant que critère du juste, qui était identifié à « un élément substantiel, l'ordre cosmique qui en tant qu'indépendant du sujet, constitue une dimension de l'objectivité [du droit] ». ²⁸ Contrairement à la « nature » des modernes qui déduit le droit de la subjectivité humaine, ou des exigences de la raison humaine, la nature des grecs permet de penser un « droit objectif » qui se laisse déduire de celle-ci. Se joue ici la distinction des différents sens de la notion de « nature » : chez les anciens elle renvoyait à l'objectivité cosmique, chez les modernes elle réfère à la subjectivité

²⁴ M. Villey, *Ibid.*

²⁵ M. Villey, *Op. Cit.*, p. 25.

²⁶ L. Ferry et A. Renaut, *Op. Cit.*, p. 38.

²⁷ M. Villey, *Op. Cit.*, p. 38.

²⁸ L. Ferry et A. Renaut, *Op. Cit.*, p. 31.

humaine fondée sur la raison de l'homme. Seule une cosmologie finaliste, à l'instar de celle d'Aristote, permet de déterminer le « juste » à partir de la nature.

La représentation grecque de la nature peut être saisie à partir des critères de la phusis d'Aristote. Elle était d'abord perçue comme un monde clos, circulaire où toutes les composantes occupent une position bien déterminée. Ensuite elle se présentait comme un monde hiérarchisé : la hiérarchisation de l'univers selon un ordre absolu, chaque corps occupant dans l'espace, la place qui lui revient de droit. Les corps pesants se dirigent toujours vers le bas, non parce qu'ils y sont forcés, mais parce qu'ils rejoignent leur lieu naturel, celui correspondant à leur nature propre. Et enfin, elle était considérée comme un monde fini : le mouvement était expliqué sur la base de cette théorie des lieux naturels. Selon cette théorie, le mouvement est donc inhérent à la nature des corps, laquelle est à la fois la cause et la fin du mouvement. C'est parce que chaque corps doit naturellement rejoindre son lieu d'origine qu'il y a mouvement. En cela, la nature est juste. Car elle ne peut permettre qu'un corps occupe la place d'un autre, chacun réalisant son essence en son lieu naturel.²⁹

La nature constitue donc le critère du « juste » permettant de fonder le droit, le juste étant ici ce qui correspond pour chaque chose à sa fin, son telos. Le juste, fondement objectif du droit, se détermine par le fait que chaque chose occupe la place qui lui revient de droit. Ainsi, le droit serait, non pas une science dont l'objet est d'établir des règles de bonne conduite (belle tâche pour la morale), mais « la science du partage, ou de la répartition ». L'objet de la justice et donc du droit est « le juste partage des biens et charges dans un groupe », dont les parts ne sont pas égales, contrairement à l'idée moderne d'un droit ancré sur les droits de l'homme, lesquels promettent à tous les Hommes « le rêve d'une liberté totale et d'égalité », une conception du droit dont Michel Villey invite à nous « débarrasser » :

Les déclarations des droits de l'homme promettent à tous identiquement la liberté, et le respect de la dignité. Mais la liberté ni la dignité ne sont pas au nombre des « biens extérieurs » qui sont partagés ; ils n'offrent pas la matière au droit. La justice (...) n'a trait qu'aux objets qui se répartissent : les fonctions publiques, les honneurs, biens matériels, obligations. Le droit de chacun, qu'elle

²⁹ Voir le détail de ces critères de la nature chez Aristote dans le commentaire de L. Ferry et A. Renaut dans l'article déjà cité, p. 31-32.

défini, est le produit de cette division, une quantité toujours finie. Et les parts des uns et des autres ne seront pas égales.³⁰

Il apparaît donc clair que la critique que fait Villey des droits de l'homme vise la déconstruction du droit comme droit subjectif. Elle vise la déconstruction du jusnaturalisme moderne qui, à travers l'invention des droits de l'homme, prétend assurer à tous de façon identique « pouvoir, liberté et égalité ». D'où la préconisation d'un retour au droit naturel antique en vue de retrouver l'objectivité du droit de jadis, oublié par la modernité. Mais cela ne manque pas de conséquences, parmi lesquelles l'inégalité caractéristique du droit naturel grec. Car comme l'indiquent Ferry et Renaut, le droit naturel classique est caractérisé par l'idée d'inégalité. Dans ce contexte, ce n'est pas l'égalité qui est le principe déterminant de la justice, mais plutôt l'inégalité, c'est-à-dire la proportionnalité ou « l'établissement d'un ordre hiérarchique qui imite l'ordre cosmique ».³¹

Toutefois, si le retour à l'objectivité du droit naturel classique apparaît à l'évidence impossible, doit-on se défaire des droits de l'homme au motif que leurs fondements abstraits empêchent d'en assurer la réalisation effective? Ne faudrait-il pas au contraire interroger la prise en charge politique de cet héritage moderne pour pointer la responsabilité de leur réalisation (ou non réalisation) effective? Plus précisément, les restrictions que connaissent aujourd'hui le droit d'asile et le droit à la liberté de se déplacer, sont-elles le fait des fondements abstraits et illusoire des droits de l'homme ou le fait d'une volonté politique qui n'assume pas leur conversion en réalité?

L'interrogation sur la responsabilité politique par rapport à la traduction concrète de l'idéal des droits de l'homme nous semble la plus pertinente. Car les restrictions des droits et des libertés fondamentales que l'on constate aujourd'hui, notamment en matière d'immigration, traduisent une volonté de domination étatique, que la politique justifie souvent par la souveraineté démocratique, plutôt qu'un problème lié à un défaut de valeurs ou d'une confusion entre valeur et fait. Dans sa quête effrénée d'autorité et de puissance, l'Etat national domine et aliène les individus en les privant d'un certain nombre de droits et libertés, à travers des mécanismes savamment orchestrés à cette fin. La complexification des procédures et des documents de voyage, la multiplication des méthodes de contrôle et de surveillance, sont autant d'éléments qui traduisent cette volonté d'assujettissement.

³⁰ M. Villey, *Op. Cit.*, p. 49-50.

³¹ L. Ferry et A. Renaut, *Op. Cit.*, p. 37.

Dans son livre, *L'invention du passeport* (2000), qui traite des vicissitudes des contrôles et des documents obligatoires en Europe et aux Etats-Unis depuis la Révolution Française, J. Torpey évoque cette domination par la monopolisation étatique des « moyens légitimes de circulation ». L'Etat moderne et le système international auquel il appartient ont assujetti les individus en monopolisant les documents légitimes du voyage.³² Les restrictions liées au droit d'asile et à celui de se déplacer en général se justifient fondamentalement par la souveraineté démocratique, puisque dans la configuration actuelle du monde, divisé en Etats, l'Etat est encore la principale instance qui octroie et garantit des droits. La question est alors de savoir si la souveraineté des Etats est totalement exempte d'obligations par rapport au respect du droit de circulation et des droits de l'homme. Autrement dit, est-ce que le pouvoir que les Etats ont de contrôler les frontières de leur territoire est illimité ?

Cette question nous conduit à examiner deux pistes de réponse possibles. La première se situant sur le plan du droit positif étatique, la seconde sur le plan normatif. En ce qui concerne le droit positif, le principe de la souveraineté des Etats reste dominant, il l'emporte même sur les normes internationales, du moins en matière de réglementation de l'immigration sous toutes ses formes. C'est pour cette raison que Georges Scelle, en distinguant la réglementation de l'émigration et celle de l'immigration, indiquait que « le principe de la liberté s'impose d'une façon plus absolue au premier cas qu'au second ».³³ Autrement dit, en matière de migration, le droit d'émigrer, celui de sortir de son pays sans être empêché, est le seul à avoir été accepté par les Etats comme une expression de la liberté individuelle. Selon les spécialistes des questions migratoires, le droit d'émigration est celui qui s'est le plus universalisé au cours du temps. Le droit d'immigration au contraire peine à trouver sa place, et vacille au gré des intérêts économiques, sécuritaires et politiques des Etats. Mais ce pouvoir discrétionnaire ne signifie pas toujours que les Etats peuvent en user de manière à priver délibérément les individus de la liberté de mouvement, puisqu'ils sont également tenus au respect des principes internationaux. Le traitement de l'immigration, en Europe comme ailleurs, est aujourd'hui l'objet d'instrumentalisations politiques basées sur des critères arbitraires comme la qualification, la richesse ou l'origine des individus. La régulation des mouvements des individus, et particulièrement celle de l'immigration se fait désormais selon la direction, la qualification et la richesse³⁴ des personnes concernées. Il ne

³² J. Torpey, *L'invention du passeport*, Paris, Belin, p. 10.

³³ G. Scelle, *Précis du Droit des Gens*, Paris, CNRS, p. 75.

³⁴ C. Wihtol de Wenden, *Faut-il ouvrir les frontières?*, Op. Cit., p. 14-14 et 28.

reste plus qu'à imaginer l'apparition prochaine d'un autre critère qui conditionnerait l'immigration à la réalisation préalable d'un test de fécondité, pour les pays souffrant d'un déficit démographique. Pourtant, comme le précisait Georges Scelle, le pouvoir qu'ont les Etats de restreindre l'immigration ne les autorise pas à « refuser délibérément toute immigration ou établissement des étrangers, ni faire de discriminations de provenance basées sur la race, la nationalité ou l'origine ». ³⁵

Par ailleurs, s'il est admis que les Etats ont un pouvoir discrétionnaire leur permettant de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers au sein de leur territoire, pouvoir volontairement consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 14.2) et confirmé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 12.3), et s'il est également vrai qu'aucun texte international n'oblige en tant que tel les Etats en matière de contrôle des frontières, leur pouvoir n'est pas autant totalement exempt d'obligations normatives. Une des raisons en est que les normes internationales auxquelles les Etats adhèrent par des actes volontaires de signature, énoncent des obligations qu'ils sont tenus de respecter. Il en va ainsi du respect et de la garantie des droits de l'homme. Autrement dit, le pouvoir de contrôle des frontières des Etats ne les dispense pas du devoir d'observer les recommandations des normes internationales. Comme l'écrit Danièle Lochak :

on ne saurait pour autant interpréter le silence des traités relatifs aux droits de l'homme sur la question de l'entrée et du séjour des étrangers comme le signe que, contrairement à l'émigration, l'immigration appartient au seul domaine réservé de l'Etat. Car les prérogatives souveraines des Etats trouvent leur limite, en matière d'immigration comme dans d'autres domaines relevant de la souveraineté, dans les principes et les règles du droit international parmi lesquels figure la reconnaissance des droits fondamentaux sur une base universelle, incluant donc les étrangers comme les nationaux. ³⁶

Cette limitation de la souveraineté des Etats en ce qui concerne l'immigration se justifie par l'adhésion des Etats à la Charte des Nations Unies, dont l'objectif, au sortir de la Seconde Guerre mondiale, était de « favoriser « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous ». En y adhérant, les Etats se sont engagés « à agir tant conjointement que séparément en coopération avec l'Organisation » en vue d'atteindre ce but. » ³⁷ L'adhésion à ce principe universel impose aux Etats le respect et la garantie des droits

³⁵ G. Scelle, *Op. Cit.*, p. 79.

³⁶ D. Lachak (Gisti), *Liberté de circulation un droit, quelles politiques ?*, Penser l'immigration autrement, p. 17.

³⁷ D. Lachak (Gisti), *Ibid.*

sans distinction liée à l'origine des individus bénéficiaires, et semble limiter par la même la souveraineté étatique.

Conclusion

La critique des droits de l'homme par rapport aux restrictions du droit d'asile en particulier et à celui de se déplacer en général, et par rapport aux conditions de traitement des personnes en situation de demande d'asile ou d'établissement ne saurait être une critique des principes ou des valeurs qui sous-tendent les déclarations de la fin du XVIIIème, encore moins une invite à abandonner les droits de l'homme. Car les restrictions en matière d'immigration, à travers la complexification des procédés et des documents du voyage, les critères de sélection liées à la qualification, la richesse ou l'origine des personnes, qui semblent faire de l'immigration aujourd'hui un droit qui se vend au plus offrant, sont le résultat des choix conscients opérés par les Etats en vue de restreindre l'immigration. C'est à ces choix, qui traduisent une volonté de domination de l'Etat, qu'il nous semble important de s'attaquer en lui rappelant chaque fois les obligations internationales auxquelles il est soumis, dans le domaine de la migration et dans d'autres domaines. Une dénonciation visant les principes qui fondent les droits de l'homme apparaît pour le moins peu pertinente. La liberté, l'égalité et l'autonomie des êtres humains constituent un héritage de la modernité qu'il faut défendre contre la domination et la violence d'Etat, au moyen justement des droits de l'homme.

Ainsi, la critique de l'abstraction, du caractère illusoire ou utopique l'illusion ou l'utopie des fondements des droits de l'homme dans leurs rapports à la migration, devrait se transformer en une critique des méthodes et pratiques des Etats dont l'objet est de restreindre encore et toujours plus certaines libertés. Autrement dit, le problème que posent la garantie et l'effectivité des droits de l'homme n'est pas le fait de l'abstraction des principes de liberté, d'égalité ou d'autonomie, laquelle commanderait de s'en débarrasser (comme le préconise Michel Villey, Léo Strauss et bien d'autres), mais plutôt le résultat d'une volonté politique qui peine à assurer leur traduction en pratique.

Par ailleurs, s'il est vrai que les droits de l'homme sont l'objet de vives critiques, il est aussi vrai qu'ils constituent indéniablement un instrument d'émancipation, comme en témoignent les revendications concernant le droit d'immigration. Les difficultés des rapports

entre migration, droits de l'homme et souveraineté étatique ne tiennent pas au caractère désuet des droits de l'homme, mais à des pratiques politiques.

Note de bibliographie

Rapport (OIM), *Fatal Journeys: tracking lives lost during Migration*, 2014.

Les note de Migreurop, « *Enfermement des migrants: le « mode de gestion » privilégié des migrations* », n° 2/avril 2013.

Casella S., Charles M., Clochard O., Rodier C., *Agence Frontex, quelles garanties pour les droits de l'homme ? Etude sur l'Agence européenne aux frontières extérieures en vue de la fonte de son mandat*, novembre 2010.

Amilhat Szary A-L., *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui*, Paris, PUF, 2015.

Wihtol de Wenden C., *Faut-il ouvrir les frontières ?*, Presses de Sciences Po, 2^e Ed. 2013.

Wihtol de Wenden C., *Le droit d'émigrer*, Ed. CNRS, 2013.

Lochak Daniel, *Liberté de circulation. UN droit, quelles politiques ? Penser l'immigration autrement*, GISTI, 2010.

Breyer Insa, Dumitru Speranta, « *Les sans-papiers et leur droit d'avoir des droits* », In *Raisons Politiques*, 2007(n°26), p.125-147.

Dumitru S., « *Des visas, pas de l'aide ! De la migration comme substitut à l'aide au développement* », *Ethique publique* [En ligne], vol. 15, n°2/2013.

Atak I. et Dumitru S., « *Pourquoi penser l'ouverture des frontières* », *Ethique publique* [En ligne], vol. 17, n°1/2015.

Strauss L., *Droit naturel et histoire*, Paris, Flammarion, 1986.

Straehle C., « *La migration et la libre circulation* », in *Ethique des relations internationales*, sous la direction de J.B. Jeangène Vilmer et R. Chung, Paris, PUF, ch. 14, p. 377-399.

Torpey J., *L'invention du passeport*, Paris, Belin, trad. anglais américain par Elisabeth Lamothe, 2005 pour cette Ed.

Lévy J., « *La mobilité comme bien public* », *Métropolitiques*, 2011.

Caloz-Tschopp M-C, « *Philosophie, Migration, Démocratie et Droits de l'Homme* », in *Mondialisation, migration et droit de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, V, 1, sous la direction de M-C, Caloz-Tschopp et P. Dasen, Bruxelles, Bruyant, 2007.

Pena, Lorenzo, « *Le droit d'émigrer* », in *Revue internationale de philosophie politique* n° 3, *L'Étranger*, PUF, Paris, 1993, p. 97-110.

Scelle G., *Précis du Droit des Gens*, Paris, CNRS, 1984 pour cette Ed.

Villey M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2009.

Binoche B., et Cléro J.P., *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2007.

Arendt H., *L'impérialisme*, Paris, Fayard pour l'édition française, 1982.

Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 1999. Ed. Française.

Ferry L. et Renaut A., « *Le fondement universel des droits de l'homme* », In *Communications*, 43, 1986, p. 27-54.

Colliot-Thélène C., *La démocratie sans démos*, PUF, Paris, 2011

Colliot-Thélène C., « *The right and the duty of hospitality in democracy* », Conférence, Berlin, 2014.

Lacroix J., « *Le droit d'avoir des droits* » et *la citoyenneté cosmopolitique*, Conférence, Collège de France, 20 mars 2013.

Balibar E., *La proposition de l'Egaliberté*, ch. 12, « *Vers la co-citoyenneté* », Paris, PUF, 2010.

Renaut A. et Sosoe L., *Philosophie du droit*, Paris, PUF, « *Recherches politiques* », 1991.

Kant, Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle, Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ?*, Trad. par J.- F. Poirier et F. Proust, Flammarion, Paris, 2006.

Austregésilo de Athayde & Daisaku Ikeda, *Les Droits humains au XXIème siècle, un dialogue*, Paris, l'Harmattan, 2013.