

AUX FRONTIÈRES DU DROIT, DE L'AIDE HUMANITAIRE ET DE LA POLITIQUE¹

François RIGAUX

1. Les frontières dont il est question dans l'intitulé du thème de la rencontre sont celles, bien visibles et, le plus souvent, infranchissables, des Etats-nations.

Les réflexions qui suivent se proposent de recourir à la même notion dans un sens figuré: entre les différentes approches de la condition des réfugiés dans l'Europe de 1993, il existe aussi des frontières conceptuelles, qui justifient une analyse plus serrée de notions dont la polysémie prête à nombre d'ambiguïtés. Pour ce faire, on s'efforcera d'appliquer cette méthode aux principaux concepts qui apparaissent dans le titre et le sous-titre de la rencontre.

I. L'Etat-nation

2. Le concept qui accroche de prime abord l'attention est celui d'Etat-nation. Ont ainsi été accouplées deux notions d'origine différente, dont la première avait un passé chargé. Le terme utilisé au Moyen-Age, celui de *respublica* prend ses racines dans le droit romain. Toutefois, les Romains n'auraient pu concevoir la notion moderne, demeurée contemporaine, de l'Etat, laquelle implique la coexistence d'Etats différents dotés d'un attribut qui leur est commun et qui les sépare, la souveraineté. Ce n'est qu'au XVI^e siècle que Machiavel et Jean Bodin posent les premiers linéaments de l'Etat moderne sans encore adhérer à la terminologie nouvelle.

L'ouvrage principal de Bodin — Les six livres de la République, 1576 — est une apologie de la monarchie absolue, tempérée par le respect des lois constitutives du royaume. En ce qui concerne la terminologie, la *République (Politeia)* de Platon et le *De Republica* de Cicéron ont assurément servi de guide. Antérieur d'un demi-siècle (1532), l'ouvrage de Machiavel annonce

¹ Publié in, Caloz-Tschopp Marie-Claire, Clévenot Axel, Tschopp Maria-Pia, Asile, violence, exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective, Genève, co-éd. Cahiers de la Section des Sciences de l'Éducation de l'Université de Genève et Groupe de Genève « Violence et droit d'asile en Europe », 1994.

plus franchement la couleur. L'auteur florentin écrit en italien mais le titre du livre — comme les intitulés des chapitres — est donné en latin: *De principatibus*, pluriel un peu trahi par la traduction usuelle: *Il Principe, Le Prince* ².

3. D'abord écrit en latin (1642) et connu sous son titre abrégé *De cive*, l'ouvrage de Hobbes parut quelques années plus tard en anglais (1651). Le titre complet de la première édition est: *Elementarum philosophiae sectio tertia de cive* et il fut simplifié dans les éditions ultérieures: *Elementa philosophica de cive* ³. Le titre de la version anglaise est plus élaboré — *Philosophical Rudiments concerning Government and Civill Society* — ⁴ et il servira de modèle un demi-siècle plus tard à Locke. Dans la version anglaise du *De Cive*, le mot *civitas* est rendu par *civil government*.

Un autre ouvrage de Hobbes, qu'il publia en 1651 uniquement en anglais, est connu sous son titre abrégé — *Leviathan* — l'intitulé complet étant: *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Common-wealth ecclesiastical and civill* ⁵.

La connotation antique de la terminologie de Hobbes est à première vue frappante: *civitas* se réfère à la *polis* de Platon et d'Aristote, *commonwealth*, qui survit jusqu'à ce jour aux Etats-Unis pour désigner le système politique d'un Etat fédéré, est une adaptation de *respublica*. Comme l'indique déjà le titre de l'ouvrage de Jean Bodin, *république* n'implique pas de choix entre la forme républicaine et la forme monarchique de gouvernement. Il en va de même, et de manière plus accusée chez Hobbes, qui, dans le chapitre VI du *De Cive*, constate l'attribution du pouvoir suprême à un monarque (*one Person*) ou à une assemblée (*Assembly*) et dans le chapitre suivant reprend la distinction antique entre la démocratie, l'aristocratie et la monarchie: *of the three kinds of government: Democracy, Aristocracy, and Monarchy*.

L'une des principales originalités de Hobbes consiste à avoir centré son analyse sur les individus, membres de la *civitas* (*civill government*), d'où l'intitulé *De cive*, et de placer en tête de chacun des deux ouvrages une partie consacrée à la liberté. Dans le *De cive*, la première des

² Niccolò Machiavelli, *Il Principe*, dans *Le grande opere politiche* (Bollati Boringhieri, Torino, 1992), t. Ier.

³ Thomas Hobbes, *De Cive*, The Latin Version, edited by Howard Warrender (Oxford, Clarendon Press, 1983).

⁴ Thomas Hobbes, *De Cive*, The English Version, edited by Howard Warrender (Oxford, Clarendon Press, 1983).

⁵ Thomas Hobbes, *Leviathan*, edited by Richard Tuck (Cambridge Univ. Press, 1991).

trois parties est intitulée *Sub titulo libertatis, Of Liberty*, la première partie du Leviathan a pour titre *Of Man*⁶.

4. Quant au concept d'*Etat*, dans le sens usuel aujourd'hui, il ne remonte pas au-delà de la fin du XVI^e siècle⁷ mais, ce qui est plus notable, reste peu usité par les auteurs de philosophie politique du XVII^e siècle, ce qui inclut non seulement Hobbes⁸, mais aussi Locke⁹. A la même époque, il conserve des connotations partielles (les trois Etats de la monarchie française, d'où les Etats-généraux où ils étaient regroupés), indicatrices d'un statut particulier (l'état civil, l'état de bourgeoisie), se référant en définitive à des éléments factuels ou particuliers. Mais il faut surtout noter que la doctrine moderne de l'Etat s'est construite sur le modèle monarchique et, plus généralement, d'un système de pouvoir.

5. Le mot *nation* est beaucoup plus ancien que le sens actuel de l'Etat : comme le suggère l'étymologie, elle désigne un groupe d'hommes et de femmes unis par un lien de sang et l'usage d'une langue commune.

Deux acceptions anciennes du mot méritent d'être rappelés : dans le Nouveau Testament, les nations sont les païens (*gentes*, les *Gentils*) par opposition aux Juifs, auxquels appartenaient les premiers évangélistes; dans les universités médiévales et encore aujourd'hui dans la Rome papale, le mot «nation» désigne l'origine commune d'un groupe d'étudiants.

A partir du XVI^e siècle, grâce à l'identification entre *gens* et *nation*, une expression du droit romain qui avait une signification différente, *ius gentium*, sera reprise par les premiers théoriciens du droit international, notamment par Grotius, dans les premières années du XVII^e siècle, ce que l'on traduira en français par *droit des gens* et en anglais par *law of nations*, le terme *droit international* ayant été forgé par Bentham à la fin du XVIII^e siècle. Les expressions *Société des Nations* et *Organisation des Nations Unies* ont la même origine sémantique.

⁶ Voy. notamment le chapitre 14 sur le droit naturel à la liberté, ainsi que dans la deuxième partie (*Of Common-wealth*), le chapitre 21.

⁷ Jacques Donnedieu de Vabres, *L'Etat* (coll. «Que sais-je?», n° 616, éd. P.U.F., 4^e éd., 1971, pp. 5-6). Sur l'utilisation de «State» au sens de *Commonwealth*, voy. notamment: Thomas Starkey, *England in the reign of Henry the eighth, a dialogue between Cardinal Pole and Thomas Lupset*, 1538 (Early English Text Society, 1878, p. 48, p. 56, p. 67). Dans l'introduction du *Leviathan*, Hobbes écrit ce qui suit: For by Art is created that great LEVIATHAN called a COMMON-WEALTH, or STATE, (in latine CIVITAS) which is but an Artificial Man (p. 1). Toutefois, dans le corps de l'ouvrage, c'est la notion de *common-wealth* qui est la plus usuelle.

⁸ Chez Hobbes, le mot *State* désigne parfois la forme républicaine du gouvernement: And when Augustus Caesar changed the State into a Monarchy, ... (*Leviathan*, ch. 45, p. 365).

⁹ L'expression *commonwealth* est, chez Locke, beaucoup plus usuelle que celle de *state*.

6. C'est à l'époque de la Révolution française que la nation va acquérir une signification nouvelle par son association avec l'Etat. Celui-ci reçoit un fondement décidément nouveau, même s'il avait déjà été perçu par les théoriciens des siècles antérieurs : il est issu de la volonté populaire. Plus exactement, selon la formule de l'article 25, alinéa 1er, de la Constitution belge du 7 février 1831 : «Tous les pouvoirs émanent de la nation». L'Etat constitué selon ce principe est un *Etat-nation*. Les deux concepts demeurent distincts : l'Etat est l'institution succédant à la monarchie absolue, la nation désigne le peuple titulaire de la souveraineté¹⁰. Toutefois, ils s'interpénètrent : il n'est pas d'Etat démocratique sans le consentement de la nation, et, selon Hegel, l'Etat est la forme suprême d'organisation de l'humanité, construite par la nation. Les publicistes allemands du XIXe siècle et à leur suite Kelsen renforceront la symbiose de l'Etat et du peuple en affirmant qu'ils s'identifient, le peuple ne se distingue pas de l'Etat, il est «le peuple de l'Etat» (*das Staatsvolk*)¹¹.

En outre, la souveraineté (*sovereignty*) est elle-même une notion ambiguë. Pour les théoriciens du droit elle est un attribut de l'Etat plutôt que de la nation. Même dans l'ordre interne, la souveraineté qualifie un pouvoir qui ne connaît pas de supérieur, qui est autonome¹², d'où la discussion théorique à propos de la souveraineté des Etats fédérés¹³. Dans l'ordre juridique international, la souveraineté est sans doute possible un attribut de l'Etat en sa qualité de sujet primaire et quasi exclusif du droit international. Pour les juristes de droit positif, la souveraineté du peuple ou de la nation risque d'être réduite à un processus historique purement politique, la nation ayant, par la conclusion du contrat social, transféré son attribut originel aux institutions politiques dans lesquelles elle en a enfermé l'exercice.

¹⁰ Selon l'expression de Henri Capitant, «du droit subjectif de souveraineté»: *Vocabulaire juridique* (P.U.F., 1936, Paris), V° Nation, p. 393. Voy. aussi Ernest Renan, «Qu'est-ce qu'une nation?», conférence faite à Sorbonne, le 11 mars 1882, *Œuvres complètes* (Calmann-Lévy, Paris), t. Ier, pp. 887-906.

¹¹ Voy. par exemple: Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Springer, Berlin, 1925), § 26, pp. 149-150; *Théorie pure du droit* (2de éd., Paris, Dalloz, 1962), pp. 380-381). Sur l'identification de la nation et de l'Etat, voy. aussi: R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* (Paris, Sirey), t. Ier (1920), p. 2, note 2, n° 4, pp. 11-15.

¹² Selon une doctrine anglo-américaine qui remonte à Hobbes et est relayée au XIXe siècle par John Austin, la souveraineté est attribuée au pouvoir suprême dans l'Etat, en Angleterre *The King sitting in Parliament*. Voy. par exemple: Frederick Pollock, *A First Book of Jurisprudence* (1st ed., 1896, 6th ed., Macmillan, London, 1929), pp. 261-280; Roscoe Pound, *Jurisprudence* (St Paul, Minn., 1959), t. II, p. 306; H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Clarendon Law Series, 1st ed., 1961, repr., 1991), pp. 24-27, 49-76, 145-149, 215-221.

¹³ Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (Tübingen, Mohr, 1920).

7. Une première conséquence de la doctrine contemporaine de l'Etat-nation est la place occupée par la nationalité dans la nouvelle organisation de l'Etat. Critère d'appartenance à l'entité collective, la nationalité entraîne une distinction radicale entre le national et l'étranger. Ce n'est pas à dire que cette distinction était totalement inconnue de l'Ancien droit, qui soumettait à des régimes différents le régnicole et l'aubain. Toutefois, dans les pays soumis à l'influence française, la substitution du *ius sanguinis* au *ius soli* pour la détermination de la nationalité d'origine va renforcer l'exclusivisme national. Aujourd'hui on en trouve une expression très pure dans le système allemand d'attribution de la nationalité, aussi libéral à l'égard de tous ceux qui, hors du territoire national, peuvent se prévaloir d'une origine allemande qu'il est rigoureux pour l'octroi de la naturalisation aux étrangers résidant ou nés sur le territoire allemand.

L'institution et le renforcement de l'Etat-nation ont progressivement érigé des barrières rigides autour du territoire étatique. Jusqu'à la Révolution française et encore durant le XIXe siècle, les frontières étaient perméables. Sous l'Ancien Régime, les personnes aujourd'hui qualifiées de «réfugiés» se déplaçaient assez librement d'un pays à l'autre. Et l'on en trouve des traces dans le droit international naissant : pour justifier la conquête de l'Amérique, Vitoria se fonde sur le *ius communicationis*, c'est-à-dire le droit pour un groupe d'individus de se rendre sur le territoire d'un autre souverain¹⁴. La même doctrine apparaît chez Grotius, qui en fit d'ailleurs usage quand il fut contraint à s'exiler¹⁵. Dès le XVIe siècle apparurent des mouvements migratoires collectifs imputables aux persécutions subies dans le pays d'origine, à l'époque des guerres de religion, de l'expulsion des juifs par les rois d'Espagne et de Portugal, après la Révocation de l'Edit de Nantes. Les juifs trouvèrent asile dans des pays chrétiens ou musulmans, certains huguenots aux Pays-Bas autrichiens et en d'autres pays catholiques. L'octroi de l'asile ne s'explique dès lors pas uniquement par les affinités religieuses entre le pays d'accueil et la confession des réfugiés.

¹⁴ Voy. notamment: F. Rigaux, «Le pluralisme en droit international privé», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Diez de Velasco* (Tecnos, Madrid, 1993), pp. 1419-1436.

¹⁵ La doctrine de Grotius est encore bien attestée chez un de ses épigones, Christian Wolff, *Ius gentium methodo scientifica pertractum in quo...* (1740-1748), chap. Ier, §§ 145-149.

8. Force est dès lors de constater que la forme démocratique acquise par la plupart des Etats européens à partir du XIXe siècle s'est accompagnée d'un renforcement de la distinction entre le national et l'étranger et d'une maîtrise de plus en plus systématique de l'accès au territoire national. Il est permis de croire aussi que le racisme et la xénophobie, sans doute nourris d'idées pseudo-scientifiques sur les différences ethniques ou culturelles, ont également été entretenus par une perversion de l'idéologie nationale, certains diront par la perversité même de cette idéologie.

II. Droit international et Etat de droit

9. Les règles de droit international applicables aux réfugiés sont trop connues de ceux qui participent à cette rencontre pour qu'il soit nécessaire de beaucoup s'y attarder. Une observation suffira: la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et le Protocole de New York du 31 janvier 1967 se bornent pour l'essentiel à définir les conditions d'éligibilité et à régler le statut juridique du réfugié après qu'il a été reconnu. L'octroi de l'asile fait l'objet d'une évaluation discrétionnaire de chaque Etat. Les traités internationaux organisent un droit de l'asile non un droit d'asile. En l'état actuel du droit positif, il n'y a pas de droit à l'asile.

Les procédures relatives à l'octroi de l'asile justifient deux observations. La première a pour objet la justiciabilité de la demande. En principe la décision émane d'une autorité administrative et elle n'est que rarement soumise à un recours de pleine juridiction, ce qui rend plus fragile la situation du demandeur d'asile. L'intérêt du requérant à obtenir d'être admis sur le territoire où il cherche un refuge est, en dépit de son ampleur, beaucoup moins bien protégé que des intérêts, parfois dérisoires mais qualifiés de droits subjectifs, au profit des nationaux et de ceux qui y sont assimilés. En d'autres termes, les principes de «l'Etat de droit» sont réduits au minimum là où un intérêt particulièrement précieux — la vie et la liberté du candidat réfugié — sont mis en péril.

La seconde observation a pour objet les interférences entre le droit de l'asile et la politique. Une notion qui tend à se répandre dans le droit des Etats européens, celle de «pays sûr», contredit la notion même de réfugié. Les pays ainsi qualifiés de «sûrs» ne garantissent pas nécessairement la sécurité de tous leurs habitants. Avant même que cette notion n'ait été inventée, les Etats ne laissaient pas de trier les demandeurs d'asile selon leurs affinités avec les conceptions politiques ou les opinions religieuses dominantes dans ces Etats.

10. Voilà pourquoi la condition des demandeurs d'asile dans l'Europe de 1993 invite à deux réflexions supplémentaires.

La première a pour objet la nature démocratique des Etats qui pratiquent une politique de plus en plus restrictive à l'égard des demandeurs d'asile, dont les traités récemment conclus par les Etats membres des Communautés européennes sont une mise en forme juridique d'autant plus pernicieuse qu'elle s'inscrit formellement dans un ordre juridique de coopération, le droit international. Mais alors que la coopération internationale devrait normalement poursuivre l'amélioration du statut des réfugiés comme l'avaient fait de manière incomplète mais positive la Convention de Genève et le Protocole de New York, les instruments internationaux nouveaux tendent à unir les Etats européens qui y ont souscrit dans l'interprétation la plus restrictive des obligations qu'ils ont assumées en vertu des traités de 1951 et de 1967.

La politique nouvelle est une politique d'Etat, sans égard à la solidarité entre les peuples.

La seconde observation a pour objet la distorsion qui s'aggrave entre la pratique effective des Etats européens à l'égard des candidats réfugiés et le discours humaniste ou les déclarations politiques en faveur du respect des droits de l'homme que les gouvernants des mêmes Etats ne cessent de tenir. Que ce soit en Allemagne ou en France, les réformes constitutionnelles ou législatives récentes ont mis en œuvre avec l'appui de la majorité des forces politiques le programme de partis se présentant comme nationalistes et dont est seul récusé le discours, jugé indécent comme il mérite de l'être. Une véritable démocratie ne saurait s'accommoder de pareille dérive, qui trahit un schisme entre l'ordre du discours et celui de la pratique.

11. A la vérité, les textes de droit international révèlent eux aussi une forme de camouflage verbal. L'Organisation des *Nations Unies* est une organisation d'Etats et ce sont les gouvernements, y compris ceux qui n'ont guère de crédibilité démocratique, qui en déterminent la politique. Le droit international est souvent bavard mais peu effectif et il partage la rhétorique déclamatoire des Etats.

III. Droit d'asile et aide humanitaire

12. L'accueil des réfugiés n'est correctement perçu que s'il est tenu pour une obligation de la communauté internationale. Toutefois, seuls les Etats sont en mesure d'attribuer au candidat

réfugié la sécurité d'un lieu d'asile et de séjour. La manière discrétionnaire dont l'Etat assume son devoir de coopérer à l'accueil des réfugiés confère aux décisions octroyant l'asile la nature d'un acte de grâce. Dans les sociétés traditionnelles, la charité des citoyens devait suppléer les défaillances d'une organisation économique fondée sur le principe impitoyable du droit de propriété, Savigny étant un excellent témoin d'une distinction tranchée entre le droit du propriétaire et la morale qui impose d'user de sa propriété dans l'intérêt général ¹⁶. L'octroi de l'asile a un peu la même nature d'un acte humanitaire qui n'appartient que très partiellement à l'ordre du droit.

13. La dégradation du droit d'asile a eu pour conséquence que, dans tous les pays, des organisations privées, émanation de la société civile ¹⁷, ont pallié les carences des autorités administratives et exercé sur celles-ci une action d'incitation que le pouvoir politique se refusait à assumer. Les quatre assises européennes sur le droit d'asile ont démontré le dynamisme de ce mouvement associatif non sans trahir son essoufflement. A la vérité, les responsabilités doivent être situées à leur véritable place. L'initiative privée ne saurait de manière durable exercer des fonctions qui sont celles de l'administration publique, à la manière dont les congrégations charitables du XIXe siècle recueillaient les laissés pour compte de la bourgeoisie triomphante. Là encore c'est la nature insuffisamment démocratique de l'Etat qui doit être mise en accusation.

IV. Droit d'asile et droit des peuples

14. «La responsabilité partagée dans un seul monde» appartient aux objectifs assignés à la présente rencontre. Comme d'autres problèmes actuels, les inégalités économiques, la croissance démographique, la paix, l'environnement, le statut des réfugiés est un problème global au double sens du terme. De par son universalisme géographique d'abord mais aussi et peut-être surtout en raison des relations que les différents problèmes nouent entre eux. Tant que n'auront pas été rencontrés la première série de défis, des millions de personnes seront contraintes de quitter leur pays et de chercher asile ailleurs. Mais on risque de s'enfermer dans

¹⁶ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (Veit und Comp.), Ier Band (1840), § 56, p. 365.

¹⁷ L'expression «société civile» a, elle aussi, connu un glissement sémantique qui remonte à Hegel (*die bürgerliche Gesellschaft*). Jusqu'à Kant, et selon l'enseignement de Hobbes, «société civile» désignait, conformément à l'étymologie latine (*civis*, citoyen), l'organisation politique par laquelle les hommes étaient sortis de l'état de nature: Kant, *Rechtslehre*, intitulé du § 8 (*im bürgerlichen Zustand*). Selon Hegel, la société civile désigne les rapports qui se nouent entre les hommes, indépendamment du pouvoir de l'Etat: *Grundlinien des Philosophie des Rechts* (1821), §§ 182-256.

un cercle vicieux puisque la communauté internationale est, en son état actuel, aussi impuissante à extirper les racines du mal qu'à en corriger les effets au profit des demandeurs d'asile.

Même si elle peut paraître utopique, une issue consiste à restituer aux peuples la souveraineté qu'ils ont, dans l'enthousiasme de la révolution ou de la décolonisation, imprudemment confiée à un Etat qui avait recueilli tous les attributs de l'homme artificiel décrit par Hobbes, le Leviathan. La communauté internationale a souffert du même mal puisqu'en dépit de son nom elle n'est qu'une assemblée d'Etats, un club de gouvernants.

Entre Etats, les solidarités sont fugaces, intéressées et presque toujours agressives: l'affrontement des deux blocs a pris fin en même temps que la guerre froide, ce qui donne aujourd'hui tout son relief au clivage Nord-Sud, sans que soient négligées les rivalités, en ce moment purement économiques, entre les trois sous-ensembles des pays du Nord¹⁸. Une «responsabilité partagée dans un seul monde» passe nécessairement par l'approfondissement de la solidarité entre les peuples et par une analyse nouvelle du rôle d'un Etat maîtrisé par des peuples véritablement souverains.

¹⁸ Voy. par exemple: Riccardo Petrella, «Pour un désarmement économique», *Le Monde diplomatique*, n° 473, août 1993, p. 32.