

X. DIJON, *LES FRONTIÈRES DU DROIT. QUELLE JUSTICE POUR LES MIGRANTS ?*, COLL. DONNER RAISON - PHILOSOPHIE, BRUXELLES, LESSIUS, 2020, 384 P.

[Diletta Tatti](#)

Université Saint-Louis - Bruxelles | « [Revue interdisciplinaire d'études juridiques](#) »

2020/1 Volume 84 | pages 293 à 300

ISSN 0770-2310

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2020-1-page-293.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Université Saint-Louis - Bruxelles.

© Université Saint-Louis - Bruxelles. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

X. DIJON, *Les frontières du droit. Quelle justice pour les migrants ?*, coll. Donner raison – Philosophie, Bruxelles, Lessius, 2020, 384 p.

Diletta TATTI

Assistante et chercheuse à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Membre du GREPEC

Quelle justice migratoire pour les politiques migratoires ?

Au départ de ce livre il y a un double constat : celui de l'inadéquation des politiques migratoires actuelles et celui des drames quotidiens qui en découlent ; inadéquation à cueillir les enjeux d'un système globalisé, et multiplication des situations tragiques qui se jouent aux frontières des pays de destination des personnes qui émigrent.

La rationalité juridique des déplacements entre pays repose aujourd'hui essentiellement sur la Convention de Genève de 1951. Elle est fondée sur le risque de persécutions ou de violences graves et est incarnée par les figures du réfugié et du bénéficiaire de la protection subsidiaire. Figure de la mondialisation de l'économie et des échanges, le *migrant* questionne cette rationalité et, partant, les fondements du droit des gens et des droits particuliers des États.

C'est l'objet du livre que de questionner le statut juridique du *migrant*, cette figure qui a fait une apparition remarquée sur les scènes médiatique et politique au cours des dernières décennies. Le migrant peut être défini, de manière négative, en référence à la figure du réfugié, comme celui qui ne fuit pas le risque de persécutions ou de violences graves. De manière positive, le migrant est celui qui ne trouve pas, dans son pays, les conditions de vie qui permettent sa survie ou son épanouissement et fuit la *misère*, qu'elle soit économique ou encore climatique. Un *droit des migrants* est-il dès lors envisageable ? Telle est la première question que pose l'ouvrage.

Les migrations dont nous sommes témoins révèlent une tension qui semble irréconciliable entre d'une part les politiques migratoires restrictives basées sur la fermeture des frontières, largement incarnées par les gouvernements des pays du Nord, et, d'autre part, les appels à construire une *justice migratoire*, émanant d'institutions académiques et d'organisations non gouvernementales. En trame de fond, l'auteur nous montre que se joue ici la

divergence entre la sauvegarde de la communauté nationale en tant que forme politique particulière et le respect des droits et libertés individuels en tant que valeurs de la démocratie libérale qui se veulent universelles. Partant de ce dilemme, il s'interroge sur les fondements et les contours que pourrait prendre une *justice migratoire*. Puisant au cœur de la définition de la justice, à savoir la part juste qui revient à chacun.e, Xavier Dijon nous demande « sur quelles bases pouvons-nous affirmer que telle ou telle ligne de conduite est *juste* ? ».

Le livre opère une exploration fouillée des fondements théoriques des tensions actuelles du droit, avec la frontière comme matérialisation et point d'interrogation du rapport entre l'universel et les communautés. Xavier Dijon mobilise trois disciplines qui se répondent et s'enrichissent de leurs apports mutuels : au droit est laissé le soin d'expliquer la distinction entre droit des gens et droit national, à la philosophie est confiée la tâche de questionner la *ratio iuris* des normes et la théologie nous rappelle, au-delà des frontières, à une forme de transcendance. En première partie de l'ouvrage, l'auteur opère un retour sur les théories aux *sources du droit* et se livre à un tour d'horizon d'auteurs qui ont réfléchi les *raisons des frontières*. Fort de ces apports théoriques, il s'attèle en seconde partie à dégager une réflexion sur les fondements d'une justice migratoire, qui inclut une lecture critique du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières (ONU, 2018) à l'aune des réflexions que son approche interdisciplinaire a mises à jour.

Nous présentons ici quelques lignes qui se dégagent de la lecture de l'ouvrage, une présentation plus complète de la richesse des références et du détail de leur mise en liens nécessiterait une plus longue contribution. En espérant que cette recension permettra d'éveiller l'intérêt pour les pistes esquissées au long de l'ouvrage.

Le droit naturel et les théories issues du contrat social aux fondements des tensions du droit

C'est dans les sources-mêmes du droit contemporain que naît la tension entre l'universel et le particulier, si pressante en matière de migrations. C'est donc tout naturellement que le livre commence par rappeler les divergences entre les tenants des théories fondées sur le droit naturel et les tenants de la fiction juridique du contrat social. Parmi les premiers, Thomas d'Aquin, qui, dans la lignée d'Aristote, considère que la loi positive (de la Cité ou du Prince) ne peut contrarier la loi naturelle, produit du Créateur, et pense un droit naturel de seconde manière : le *ius gentium*. En reprenant cette notion de droit des gens, Francisco de Vitoria et Hugo

Grotius théorise cette norme universelle prééminente qui, sans les invalider, domine les frontières et les ordres juridiques locaux qui s'y développent, pour régir les rapports entre tous les humains.

La Modernité opérera un renversement en fondant le droit sur la convention conclue entre hommes libres et égaux, inaugurant le passage à la rationalité juridique dont procède le droit contemporain. La théorie de John Rawls¹ illustre le droit fondé sur la convention et est présentée dans ses deux étapes successives. D'abord le contrat est conclu au niveau étatique entre les hommes libres et égaux placés en situation d'ignorance de leur condition et privilèges singuliers, ensuite entre États, au niveau international. Alors que la fiction du voile d'ignorance et le principe de différence tendent vers un équilibre des droits et libertés de chaque individu au sein des États, ces principes ne s'appliquent pas au contrat conclu au niveau international, chaque État signant en connaissance de cause quant à sa situation géopolitique. S'applique alors un principe de responsabilité : les États se doivent assistance afin que chacun puisse assurer un gouvernement correct et une démographie mesurée, sans cependant que n'émerge une quelconque obligation qui découlerait d'une *justice* internationale.

Les limites avérées du contrat social : l'exclusion des étrangers et l'absence de légitimation de la frontière

D'emblée, la théorie de Rawls suscite un double questionnement : quelle serait la rationalité juridique qui inclut ou exclut des participants au contrat social ? Ensuite, quelle est la légitimation de la frontière dans son articulation avec les droits et libertés humains ? Dans une perspective libérale, Martha Nussbaum² met en évidence l'exclusion injustifiée de certaines catégories, dont les étrangers, du contrat social. Partant, l'auteure plaide pour un contrat unique conclu entre tous les individus, afin d'éviter le caractère discriminant de l'État et de sa frontière. La structure étatique est alors réduite au rôle d'un délégué. Celui-ci est chargé de représenter l'obligation qu'a chaque individu de promouvoir les droits subjectifs pré-politiques que sont les « capacités », auprès des instances internationales. Dans une perspective avoisinante, Joseph Carens³ plaide quant à lui, contre ou au-delà des particularités des États et des communautés qui vivent en

¹ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987.

² M. C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, nationality, species membership*, coll. The Tanner lectures on human values, Harvard University Press, 2006.

³ J. H. CARENS, *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, 2013.

son sein, pour l'ouverture des frontières, rappelant que, dans un contexte international marqué par les inégalités entre le Nord et le Sud, le hasard de la naissance procède d'une injustice. Le déplacement des migrants semble alors devoir, à l'instar de la fuite des réfugiés, être régi par une *éthique de l'immigration* qui oblige les États à réparer le *péché originel* de cette répartition inégalitaire. Les deux auteurs font donc émerger l'idée d'une *justice transfrontière*, qui veut s'affranchir des contraintes de la forme étatique, pensée au mieux en tant que déléguée institutionnelle des libertés individuelles, au pire en tant qu'obstacle au déploiement de ces mêmes libertés.

La nation comme affirmation positive des communautés humaines

Face aux représentations des théories libérales universalistes, Xavier Dijon nous rappelle l'importance et la consistance propre des nations. La théorie pluraliste des « communautés de caractère » de Michael Walzer⁴ nous enseigne que l'identité est un élément essentiel qui définit l'humain, et chaque communauté place en son centre sa propre histoire. Les règles propres d'admission et d'exclusion de membres de la communauté lui garantissent son indépendance et, partant, sa survie. Le chapitre concernant Ernest Renan, Maurice Blondel, Gaston Fessard et Pierre Manent permet quant à lui d'approcher les théories de la nation et de la patrie. Ces auteurs révèlent l'importance de la dimension historique et spirituelle de la nation. Il n'y a alors pas d'état de nature possible dans une conception « essentialiste » de la nation. Ils expriment ce que l'auteur résume par la formule de la « fidélité à la particularité politique ».

Xavier Dijon conclut cette première partie en posant le constat de l'énigme de la frontière. Celle-ci se situe en effet au cœur des tensions entre l'universalisme des droits et libertés humains et le particularisme des communautés nationales. Sa nature est envisagée de manière radicalement différente par ces deux théories : de simple limite servant à désigner l'État responsable des droits et libertés du migrant qui se trouve sur son territoire, la frontière devient la clôture qui assure la protection d'une culture, d'une histoire, d'une « communauté de caractère ». Mais alors quelle est la justification de cette limite ? Et comment soutenir l'universalité des valeurs de droits humains et refuser aux non-participants au groupe national le bénéfice de ces mêmes droits ? L'auteur nous propose alors un changement

⁴ M. WALZER, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, trad. P. Engel, Paris, Seuil, 1997.

de perspective, et, partant, nous invite à repenser la frontière comme le lieu de la rencontre entre le Soi et l'autre, entre l'universel et le particulier.

Pour une conception dialectique du droit

Prenant appui sur les théories développées par Julien Freund⁵ d'une part, François Ost et Michel Van de Kerchove⁶ d'autre part, et Gaston Fessard⁷ enfin, Xavier Dijon nous livre alors sa vision du droit qui révèle une dimension essentiellement dynamique. Parcourons-en brièvement les fondements. D'après Freund, le droit n'est pas une *essence* en tant que telle, il n'est pas une « attitude fondamentale » qui définit l'homme, mais bien un rapport dialectique entre les deux essences que sont le politique et le moral, ou « en d'autres termes, le droit reste toujours tendu entre la source de sa formulation, l'entité politique, et la finalité de l'agir humain, l'éthique » (p. 218). Cette vision dynamique du droit est ensuite enrichie par la théorie des trois cercles de validité. Il s'agit, d'après François Ost et Michel Van de Kerchove d'une part du cercle strict de la légalité qui correspond aux pures formes d'énonciation de la loi, du cercle de l'effectivité ensuite, qui questionne la correspondance entre la norme et les situations sociales qu'elle est amenée en principe à régler et, enfin, du cercle de la légitimité, au sein duquel se pose la question de la validité de la norme au regard des valeurs que se donne la société humaine. Gaston Fessard enfin décrit le mouvement du droit comme le passage de la *force*, qui en constitue sa source, vers la *forme*, sous l'impulsion de la *valeur*. Cette dynamique refuse l'enfermement artificiel du droit dans sa seule légalité (la *forme*) et insère celle-ci dans une tension continue qui prend l'aspect d'un mouvement entre son origine (la *force*) et sa fin, à savoir une éthique du bien commun (la *valeur*). Fessard pousse la réflexion jusqu'à considérer que la fin, à savoir la jouissance par tous d'un bien commun, est non seulement la finalité de l'autorité, mais également sa suppression. Sans nécessairement le suivre dans cette logique, Xavier Dijon résume ces trois visions complémentaires du droit comme ceci : « au centre, la légalité rejoint la forme en laquelle s'identifie le droit. Mais pour être effectif, le droit a besoin de la force proprement politique dans laquelle il naît ; par ailleurs, par sa propre forme (légale), le droit délivre cette forme politique de la tentation de violence, car il l'attire vers la valeur, laquelle correspond au pôle de la légitimité » (p. 221).

⁵ J. FREUND, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1965 ; rééd. Paris, Dalloz, 2003.

⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

⁷ G. FESSARD, *Pax Nostra. Examen de conscience international*, Paris, Grasset, 1936.

Cette conception dynamique du droit amène l'auteur à une réfutation des théories fondées sur le contrat social, dès lors que celles-ci enferment le droit dans sa pure forme, sans que ne soient « dévoilés » les rapports de force qui le fondent. La tautologie de la logique contractuelle est alors pointée : « si la loi fonde l'obligatorité du contrat et que le contrat fonde celle de la loi, où se trouve finalement sa source ? » (p. 241). L'approche libérale, qui concentre son attention sur la question éthique du droit au détriment de toute considération du fait politique peine quant à elle à ancrer son propos dans la richesse de la constitution des communautés.

L'auteur semble alors rejoindre celle des théoriciens du droit naturel qui, s'appuyant en première instance sur une conception objective du droit, y voient un *corpus* juridique qui régit la société en se fondant sur un *rapport mutuel* entre la nature (ou la divinité) et l'humain ainsi qu'entre les humains entre eux. Revenant à une conception du droit brisée par l'individualisation et le repli sur soi induits par la Modernité, l'auteur nous propose, à l'instar de Thomas d'Aquin, de repartir, enrichis de l'approche dynamique du droit telle qu'énoncée précédemment, d'une complémentarité entre l'*objectivité* du droit naturel et la *subjectivité* des droits positifs.

La frontière comme limite heureuse

Partant de cette conception dynamique du droit, Xavier Dijon nous invite à reconsidérer l'origine de la frontière et à briser l'énigme qui l'entoure. Rejetant définitivement la fiction du contrat social, l'auteur nous invite, dans une perspective réaliste, à reconnaître que l'entité politique, ce que certains nommeraient la nation, procède de la *force* du pouvoir. La frontière devient alors dans cette perspective « un *pur fait* de l'existence [d'un] *demos* » (p. 249), qui délimite les contours de la Cité. À cette origine factuelle de l'entité politique et sociale, l'auteur en ajoute une autre qui est de l'ordre de l'affection. Il nous rappelle que la naissance crée des liens charnels qui, *naturellement*, se tissent avec celles et ceux qui nous engendrent, nous entourent et nous éduquent : la famille, la communauté, le corps social.

Dès lors, Xavier Dijon met en avant le caractère anormal de la migration, en ce qu'elle ne constitue pas la norme vers laquelle tend naturellement l'humain dont l'affection se porte vers sa Cité de naissance. La migration devient un mal nécessaire pour lui, faute de pouvoir rencontrer en son pays les conditions de sa survie et de son épanouissement. Dans la dynamique du droit telle que présentée par l'auteur, « l'irruption » des migrations apparaît elle aussi comme un *pur fait* qui précède le droit.

La frontière est alors perçue comme une convenance qui permet de dépasser la tension entre l'universel et le particulier : « cette limite politique est bénéfique, non seulement parce qu'elle transpose dans le champ social (de la patrie) l'unicité de chaque personne qui vit en son sein, mais aussi parce qu'elle ouvre le temps de la rencontre, d'une culture à l'autre. Cette humanité que chacun porte en soi, il y a encore à la découvrir dans l'autre. La limite politique, perçue comme telle, montre d'elle-même en effet qu'il existe un au-delà de la limite, mais qui fait encore partie de l'humanité commune » (p. 259).

Les jalons d'une justice migratoire

Les théories *statiques* abordées en première partie de l'ouvrage n'apportent pas de réponse satisfaisante à la question posée en introduction : « Qui décide ce qui est juste ? ». Prenant appui sur la théologie, Xavier Dijon appelle au dépassement de l'immanence du droit hérité de la Modernité, pour que soit pensée la justice dans sa dimension transcendante. La doctrine chrétienne n'est pas ici envisagée comme une *doctrine exhaustive* qui tendrait à imposer les vues d'une religion particulière, mais comme une *convenance* qui pourrait équilibrer la tension entre universalisme et particularisme dans la détermination d'une *justice des migrants*. La justice, en tant que part juste qui revient à chacun, dépasse la simple assistance qui consiste à aider celui qui se trouve dans une situation défavorable. Thomas d'Aquin rappelle le fondement de cette justice qui repose sur une relation dialectique du *droit naturel de première manière* qui crée la destination universelle des biens sur *le droit naturel de seconde manière* qui régit l'appropriation privée de ces mêmes biens en vue de leur gestion rationnelle. Et l'auteur de conclure : « voilà une indication précieuse donnée sur la finalité (la destination) des biens de ce monde : ils sont *pour tous* » (p. 301).

Xavier Dijon invite chaque État à se rappeler que « la frontière ne constitue pas une finalité de l'activité politique, mais seulement une condition de sa possibilité, en vue de la finalité éthique qui la déborde, à savoir la reconnaissance mutuelle des humains, de *tous* les humains » (p. 363). L'auteur nous engage enfin à enrichir notre cadre de pensée, centré sur la liberté et l'égalité, en nous retournant vers l'obligation naturelle de fraternité qui « veut la différence – des sujets comme des nations – pour vivre cette différence en liberté dans une dynamique qui vise la reconnaissance de l'égalité foncière des frères, même par-delà les frontières. Mais ne faudrait-il pas, pour y parvenir, un au-delà du droit lui-

même, une sorte de mystique ? » (p. 364). En déclinant le propos de l'auteur, une proposition qu'il nous paraît désirable d'habiter quelles que soient les croyances, est celle du (re)déploiement d'une métaphysique dans un ordre juridique qui, en matière de migrations tout particulièrement, nous trouve désenchanté.e.s.