

Colloque international de théorie politique – UNIL, IEPI
Lausanne, 23-24-25 avril 2010

La pensée et l'action dans le pouvoir. Colère : dynamiques soumission – insoumission et création politique.

Résister au démantèlement des droits Repenser radicalement la démocratie

Christophe Tafelmacher, avocat et militant, Lausanne (Suisse)

ch.tafelmacher@collectifave.ch

RÉSUMÉ

Après avoir évoqué son parcours personnel et son double ancrage professionnel et militant, l'auteur présente une synthèse des réflexions menées dans ses publications mises en rapport avec le thème du colloque. Les domaines des politiques d'asile et d'immigration, ainsi que des assurances sociales, ont constitué un terrain d'observation privilégié, dans la mesure où ils apparaissent comme des laboratoires sociaux. Ils révèlent les lacunes du droit, le démantèlement croissant des droits subjectifs et la remise en question des fondements de l'Etat de droit. On voit comment, dans le contexte général de la forte offensive réactionnaire du total-libéralisme, des notions comme la « lutte contre les abus » ont permis de transformer des droits opposables à l'Etat en mesures de contrainte sur les citoyen.ne.s. On voit également se multiplier de graves atteintes aux libertés qui inquiètent jusqu'à d'éminents juristes libéraux. Les discours sur la dangerosité ou la nécessité d'éloigner certains individus des territoires nationaux conduisent à des pratiques de destruction des personnes. Le démantèlement de l'Etat lui-même, marqué par la privatisation de tâches de sécurité ou de maintien de l'ordre public autrefois considérées comme régaliennes, rend particulièrement difficile la protection des droits individuels. Une position critique sur le fossé entre loi et droits, certes importante, ne suffit plus. Comment conjuguer colère, devoir de fidélité des travailleurs.euses public.que.s et privé.e.s face à de tels faits? L'auteur s'interroge sur la pertinence de l'obéissance et du respect de lois consacrant l'injustice. Il plaide pour un engagement ancré dans une position de résistance aux démantèlements des droits et des cadres qui les garantissent. Comment alors intégrer la désobéissance civile dans un système juridique à reconstruire, dans une perspective radicale de respect des droits fondamentaux existants et à construire ? La distinction entre public et privé a-t-elle encore un sens lorsque l'on privatise des fonctions et tâches déléguées historiquement à la souveraineté étatique, dont le monopole de la violence ? Quelle place accorder à l'Etat face au constat de sa violence quand celle-ci remet en cause les droits fondamentaux ? Peut-on imaginer de créer de nouveaux droits, ou de modifier l'ancrage étatique et national des droits ? Par ailleurs, face à l'évolution décrite, comment concevoir l'articulation entre le rôle d'avocat et celui de militant-résistant ? Comment éviter de renforcer la légitimité des pratiques étatiques inscrites dans la violence d'Etat en utilisant les moyens de droit ? Ne doit-on pas articuler le travail de résistance à la fois dans un cadre étatique et extra-étatique ? Le champ d'interrogation est vaste : l'auteur se centre ici sur une réflexion critique autour de la désobéissance civile. Quels apports utiles peut nous fournir l'histoire de la désobéissance civile ? Afin d'identifier les nœuds de conflits et d'apporter des éléments de réponse, l'auteur s'inspire des questions posées par l'engagement dans la résistance au jour le jour d'avocat.e.s et de magistrat.e.s,

ainsi que des conceptions de la lutte pour les droits comme lutte politique.

1. Parcours de vie et cheminement d'une réflexion

Je parle aujourd'hui à la fois comme avocat travaillant dans un collectif d'avocat.e.s à Lausanne (Suisse), et comme militant engagé dans diverses structures politiques et mouvements de résistance. Ma réflexion s'est élaborée à partir de ce double ancrage professionnel et militant, sur lequel j'ai bâti mon existence tout au long de ces 25 dernières années. J'introduirai cette contribution en revenant rapidement sur mon propre parcours et sur les principaux constats que j'ai été amené à faire lorsque j'ai tenté d'articuler pratique professionnelle et militante avec une réflexion plus théorique, avant de faire un point de la situation du démantèlement des droits, pour terminer en élaborant en deux temps une ébauche de réponse à apporter à cette évolution politique et juridique.

De 1982 à 1986, j'ai étudié à la faculté de droit de l'Université de Lausanne. Dès la fin de ces études, j'ai déployé une activité dans des mouvements associatifs militants : permanence juridique du Mouvement SOS-Asile Vaud, permanence de droit du travail de la Confédération romande du travail, prise de mandats juridiques pour la section vaudoise de l'Association Suisse des locataires (ASLOCA). En 1988, j'ai effectué un voyage d'une année en Uruguay pour retrouver la terre où je suis né, et pour y découvrir un riche terreau de pratiques sociales et militantes, ainsi qu'une histoire passionnante de mouvements sociaux. A mon retour en Suisse, j'ai travaillé pendant près de neuf ans comme juriste au Service des réfugiés de l'Entraide protestante (EPER), et j'ai participé en 1998 à la création du Service d'aide juridique aux exilé-e-s (SAJE) à Lausanne. J'ai ainsi expérimenté de l'intérieur le travail au sein d'une œuvre d'entraide liée à l'Eglise, active sur le plan national et reconnue par les autorités. Fort de cette expérience, j'ai effectué ma formation d'avocat en 1998, avant de m'installer comme avocat indépendant début 2002. Toutefois, mon but n'était pas de travailler seul dans cette profession libérale, mais plutôt de viser à la création d'un collectif de défense dont la pratique serait orientée vers la défense des dominés. Ce collectif a vu le jour en 2007, comprenant aujourd'hui 5 avocat.e.s et 2 avocat.e.s stagiaires ; articulé aux associations, syndicats et mouvement de luttes, il veut choisir ses dossiers en fonction de cette orientation, ce qui va à l'encontre de la vision habituelle de l'avocat mercenaire.

Sans que ce ne soit une stratégie adoptée consciemment dès le départ, j'ai poursuivi mon engagement militant associatif en parallèle à mon activité professionnelle. Avec le recul, je crois pouvoir dire que cela a été un élément extrêmement important, voire même déterminant pour moi. Il y a eu tout d'abord le choc vécu en confrontant le droit que j'avais appris théoriquement à l'Université avec la pratique du droit d'asile, ce qui m'a amené à remettre en question certaines notions¹. Cette double appartenance m'a permis de développer une réflexion autonome par rapport à l'institution qui m'employait, tout en donnant du sens à mon travail et à mon action. Je pouvais, par exemple, m'exprimer librement dans le journal « SOS-Asile » ou dans « Vivre Ensemble, bulletin de liaison pour la défense du droit d'asile », tandis que la liberté de pensée et surtout d'expression n'existait pas de la même manière au sein de l'EPER, dont les prises de position au niveau national étaient élaborées sans que je n'aie pu donner mon avis.

Par mon double ancrage, j'ai été à la fois plongé dans le concret du « droit positif » avec ses

1 Tafelmacher, Christophe, « Droit contre Raison d'État » in : Schmidlin, Irène, Tafelmacher, Christophe et Küng, Hélène (éds), *La politique suisse d'asile à la dérive. Chasse aux « abus » et démantèlement des droits*, Editions d'En Bas, Lausanne 2006, pp. 18-23.

procédures rigoureuses et ses limitations, et dans des activités militantes ou des mouvements collectifs avec leurs revendications qui relèvent du « droit souhaitable », pour reprendre des catégories classiques de la théorie juridique. A titre d'exemple pris dans le domaine du droit d'asile, d'un côté, lorsque j'ai rédigé des recours contre des décisions de refus ou d'expulsion, j'ai dû débattre dans le cadre juridique existant, très dégradé sur le plan des droits. De l'autre côté, j'ai notamment participé à un mouvement de résistance dans le canton de Vaud qui, entre 2004 et 2008, s'est opposé aux renvois considérés comme choquants de centaines de personnes déboutées de l'asile. Ce mouvement, dit « des 523 », a regroupé largement, sous la bannière de la « Coordination Asile Vaud », individus et associations ; son histoire, multiple, complexe et très riche, reste encore à écrire². Dans ce cadre, j'ai pu porter le slogan « un renvoi est un renvoi de trop », souvent perçu comme très excessif, plus utopique, mais aussi plus proche de mes propres valeurs. Un autre aspect a consisté à fournir des arguments juridiques, sous diverses formes, pour appuyer les revendications ou interventions des mouvements ; typiquement, dans cette perspective-là, j'ai été souvent amené à mettre en opposition les législations ou pratiques administratives nationales et les droits fondamentaux découlant des conventions internationales ou de la Constitution fédérale.

A côté de cette implication professionnelle et militante, j'ai été amené à rédiger divers textes, pour prendre du recul par rapport à la pratique concrète, non sans devoir me faire violence, tant il m'est parfois difficile de m'arracher au travail quotidien et au suivi des dossiers individuels, et de m'accorder ce temps de réflexion sur ma pratique. Dans un premier temps, il s'est agi d'une description de violations des garanties de procédure, du traitement différencié entre personnes suisses et étrangères sous l'angle des protections constitutionnelles (principe d'égalité), pour dénoncer une politique d'asile restrictive sans base légale³. Une analyse, pour le moins prémonitoire en 1992, des conséquences des accords de Schengen sur la politique suisse à l'égard des étrangers et des réfugiés m'a fait exprimer la crainte d'une grave remise en cause du droit d'asile par le jeu des renvois des personnes dans les pays de premier accueil, par le discours de criminalisation des débouté.e.s de l'asile et par la confusion entretenue entre asile et immigration ; on discernait clairement une ambiguïté entre une logique quantitative et policière et le devoir de solidarité affirmé comme principe fondamental par le gouvernement suisse⁴.

Dans le cadre d'une rencontre internationale en septembre 1993 du « Groupe de Genève – Violences et Droit d'Asile en Europe », j'ai évoqué les violences liées au droit d'asile et aux exclusions : dans la procédure administrative de reconnaissance du statut de réfugié, par le traitement discriminant dès l'arrivée et par la pratique restrictive de l'Office fédéral des réfugiés ; dans les conditions de vie en Suisse par la baisse des prestations d'aide sociale, par les attaques racistes, et par les discriminations au quotidien ; à l'encontre des personnes travaillant dans le

2 On peut déjà s'en faire une idée au travers des textes suivants : Tafelmacher, Christophe, « Asile: les enjeux d'une mise au pas cantonale », *Plaidoyer, Revue juridique et politique*, Zurich, 1/2005, pp. 52-55 ; Tafelmacher, Christophe, « Canton de Vaud : la résistance continue », *Plaidoyer*, 1/2006, pp. 52-55 ; Dolivo, Jean-Michel, Tafelmacher, Christophe, « Migrations : état des luttes en pays de Vaud », *Plaidoyer*, 3/2007, pp. 52-55. Voir aussi : Sancey, Yves, « Du refuge de Bellevaux à la lutte des « 523 » débouté.e.s », in : *La politique suisse d'asile ...*, op. cit., pp. 47-54.

3 Okitundu, Léonard She, et Tafelmacher, Christophe, *La situation actuelle du droit d'asile*, Editions ELISA, Lausanne 1988.

4 Okitundu, Léonard She, et Tafelmacher, Christophe, « Commentaire sur le papier de discussion intitulé : Problèmes nationaux et internationaux dans le domaine de la sécurité intérieure », in : Coordination Asile Suisse, Mouvement pour une Suisse ouverte, démocratique et solidaire, SOS-Asile Vaud, *Europe ! Montrez patte blanche ! Les nouvelles frontières du Laboratoire « Schengen »*, CETIM, Genève 1993, pp. 185-191.

domaine de l'asile⁵. J'ai effectué une description plus minutieuse de la politique suisse de dissuasion d'asile et de ses conséquences, à la fois dans le cadre d'une session du Tribunal permanent des peuples en 1994⁶, puis dans un livre achevé lorsque j'ai décidé de me réorienter professionnellement vers la pratique d'avocat⁷. A la lumière de la politique des autorités suisses à l'égard des réfugié.e.s de Bosnie-Herzégovine, j'ai montré comment on avait glissé vers une logique de séparation par la fermeture des frontières et l'octroi de statuts précaires, puis de contrainte au travers des pressions en vue de l'exécution des renvois, ce qui finissait par renforcer une logique de partition dans le pays d'origine⁸.

Le pas suivant a été pour moi de poser l'hypothèse que le droit d'asile constituait un laboratoire social, en établissant des liens entre les politiques adoptées à l'égard de populations stigmatisées, (réfugié.e.s, chômeurs.euses, toxicomanes)⁹. Ces liens révèlent l'existence de politiques d'exception contre les besoins sociaux et la définition de nouveaux ennemis avec la fin de la guerre froide. Elaborées à partir de réflexions collectives en 1995, ces hypothèses aboutissent à identifier la portée du slogan de la « lutte contre les abus » et les contre-sens que celle-ci induit pour les droits sociaux. J'ai développé cette thématique par la suite dans la mesure où elle me paraît revêtir une importance déterminante, entraînant un renversement des rapports entre Etat et citoyen.ne.s avec l'apparition d'un Etat méfiant, au point de pouvoir affirmer que la « lutte contre les abus » est devenue une arme de destruction massive des droits¹⁰.

Je me suis interrogé sur la dérive de l'Etat suisse vers une démocratie purement formelle et rituelle, où toute loi apparaît légitime dès qu'elle est adoptée dans les formes, à partir de la situation des réfugié.e.s kosovar.e.s en 1997 : pour ces personnes, le droit n'a été d'aucun secours, dès lors qu'on leur déniait la qualité de sujet de droit, tout en accordant un très large pouvoir de décision aux autorités¹¹.

Frappé par le caractère de laboratoire social des politiques d'asile et d'immigration, je me suis

5 Tafelmacher, Christophe, « Affrontements entre réfugiés, citoyens et administration », in : Caloz-Tschopp, Marie-Claire, Clevenot, Axel, et Tschopp, Maria-Pia, *Asile, violence, exclusion en Europe, Histoire, analyse, prospective*, Cahiers de la Section des Sciences de l'Education de l'Université de Genève et Groupe de Genève « Violence et droit d'Asile en Europe », Genève 1994, pp. 141-151.

6 « Rapport sur les infractions imputées à la Suisse en matière d'asile pour la période 1979-1994, déposé dans le cadre de l'accusation à la séance sur le droit d'asile du Tribunal Permanent des Peuples », Coordination Asile Suisse, Berne 1994 et sentence prononcée le 12.12.1994 à Berlin. Tafelmacher, Christophe, « Länderbericht Schweiz », in : Basso-Sekretariat Berlin (Hrsg.), *Festung Europa auf der Anklagebank, Dokumentation des BASSO-Tribunals zum Asylrecht in Europa*, Westfälisches Dampfboot Verlag, Münster 1995, pp. 90-102.

7 Maillard, Alain, et Tafelmacher, Christophe, « Faux Réfugiés » ?, *La politique suisse de dissuasion d'asile 1979-1999*, Editions d'En Bas, Lausanne 1999.

8 Tafelmacher, Christophe, « Quand la « protection provisoire » et les renvois forcés du droit d'asile en Suisse rejoignent l'épuration ethnique », in : Action sociale, action humanitaire, de la protection à la contrainte, *Cultures & Sociétés, Cahiers du Cemric*, Strasbourg, n° 16-17, printemps 2002, pp. 155-172.

9 Tafelmacher, Christophe, « Emergence d'une démocratie sécuritaire. Assignation, armée, arrêtés fédéraux urgents en Suisse », in : *Flagrants Délits*, Lausanne, n° 13, printemps 2002, pp. 21-24. Publié ultérieurement comme suit : « Assignation, armée, arrêtés fédéraux urgents : émergence d'une démocratie sécuritaire », in : Caloz-Tschopp, Marie-Claire, *Le Devoir de fidélité à l'Etat entre servitude, liberté, (in)égalité, Regards croisés*, Editions L'Harmattan, Paris 2004, pp. 95-103.

10 Tafelmacher, Christophe, « La « chasse aux abus » : une arme pour démanteler les droits », in : *Luttes au pied de la lettre 1976-2006*, Editions d'En Bas, Lausanne 2006. Egalement publié in : *La politique suisse d'asile ...*, op. cit., p. 33-54.

11 Tafelmacher, Christophe, « Les Sans-Etat face au droit », in : Caloz-Tschopp, Marie-Claire (éd.), *Hannah Arendt, Les sans-Etats et le « droit d'avoir des droits »*, volume 1, Editions L'Harmattan, Paris 1998, pp. 220-223.

efforcé de décrire les dispositifs de pouvoir et d'exclusion expérimentés sur les personnes migrantes et réfugiées, soit au travers des projets de camps spéciaux¹², soit par le recours à de nouvelles armes dites « non létales »¹³, en érigeant la ruse et la dissimulation comme manière d'agir habituelle de l'Etat, et sans que l'on ne s'interroge, du côté officiel, sur les limites à apporter à l'usage de la force. D'un autre côté, à partir de la création et de l'extension de la détention administrative, j'ai montré le glissement vers une « objectivation » des motifs de détention, révélatrice d'une conception de la personne étrangère comme pur objet de l'activité étatique¹⁴.

A l'occasion du 20^{ème} anniversaire de l'association « SOS-Asile Vaud », j'ai posé l'hypothèse d'un conflit irréductible entre Droits et Raison d'Etat, que l'on discerne dans le recours croissant à des statuts de séjour précaires comme « l'admission provisoire » en lieu et place de l'asile découlant de la reconnaissance de la qualité de réfugié au sens de la Convention des Nations Unies de 1951, voire dans les disparitions massives des personnes déboutées de l'asile. Ce conflit apparaît aussi dans le constat que la figure du clandestin, être humain persuadé d'être dépourvu de tout droit du fait de l'illégalité de son séjour, est celle du citoyen rêvé par les dominants¹⁵.

Cette question du séjour illégal présente d'ailleurs de multiples paradoxes : cette illégalité est le plus souvent subie, voire niée, plutôt que choisie, par les personnes étrangères concernées ; l'expérience montre qu'il faut passer par l'illégalité pour être légalisé, sans qu'il ne soit possible d'éviter le recours à l'Etat pour régulariser le séjour¹⁶.

Poursuivant mon analyse des conséquences délétères du processus de la « lutte contre les abus », j'ai montré comment un droit opposable à l'Etat est devenu un outil de contrainte contre les individus¹⁷. J'y reviendrai plus bas.

Ainsi, constater que les politiques migratoires ont constitué un laboratoire d'essai des politiques de régression sociale conduit à remettre en cause un postulat pourtant fondamental de notre ordre juridique : la garantie des droits fondamentaux par l'Etat de droit devrait servir à défendre les plus faibles de la société. En effet, les traitements réservés aux personnes réfugié.e.s et sans-papiers illustrent que, dans la réalité, c'est le contraire qui se vérifie. Pour tenter de sortir de cette impasse, j'ai suggéré de développer une nouvelle construction juridique des droits à partir d'un « droit d'être là »¹⁸.

Lorsqu'on aborde les politiques étatiques, il paraît logique de s'intéresser au statut spécifique des fonctionnaires et au « devoir de fidélité » à l'Etat qui en constitue la pierre angulaire. J'ai décrit

12 Tafelmacher, Christophe, « Camps et centres spéciaux: vers un «Guantánamo» helvétique ? », in : *SolidaritéS, Pour une alliance socialiste*, Genève, n° 98, 6 décembre 2006, p. 5.

13 Tafelmacher, Christophe, « Propositions de contrainte pour expulser les requérants d'asile », in : *SolidaritéS*, Genève, n° 61, 1er février 2005, pp. 6-7.

14 Tafelmacher, Christophe, « Aspects répressifs de la législation en matière d'immigration ou d'asile », in : *Revue de droit administratif et fiscal*, Partie I, Lausanne, 59 (2003), n° 1, pp. 61-83.

15 Tafelmacher, « Droit contre raison d'Etat », art. cit.

16 Tafelmacher, Christophe, « En porte-à-faux. Réfugié.e.s ou personnes sans-papiers face à l'illégalité », in : *Réfractations, recherches et expressions anarchistes*, n° 22, Paris printemps 2009, pp. 53-61.

17 Tafelmacher, Christophe, « Droit à l'aide d'urgence, le grand retournement », *Plaidoyer*, Zurich, 3/09, pp. 56-61.

18 Dolivo, Jean-Michel, Tafelmacher, Christophe, « Sans-papiers et Demandeurs d'asile: faire reconnaître le droit d'être là », in : Caloz-Tschopp, Marie-Claire, et Dasen, Pierre (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme, un nouveau paradigme pour les sciences sociales et la citoyenneté*, Volume I, Editions Bruylant, Bruxelles 2007, pp. 460-518.

l'émergence d'un droit, voire d'un devoir, de désobéissance, même si l'on doit s'interroger sur sa place et son opportunité en droit positif. Dans le cadre d'un colloque pluridisciplinaire portant sur le rôle de l'Etat, ainsi que sur le malaise et les dilemmes existant au sein de la fonction publique, j'ai étudié la figure et le parcours de Paul Grüninger, commandant de police ayant choisi de désobéir aux ordres de sa hiérarchie en 1938 pour sauver des milliers des personnes juives, puis le processus de réhabilitation politique et juridique dans les années 1990¹⁹, dont l'influence sur la jurisprudence et la théorie juridique à venir devrait encore être étudiée. Poursuivant dans cette direction pour proposer des critères d'action et un cadre permettant de penser la désobéissance, je me suis inspiré des travaux de Hannah Arendt, envisageant les résistances nécessaires face aux atteintes aux droits fondamentaux, repoussant l'idée que les agent.e.s étatiques devraient se contenter d'obéir, mais appelant à ne pas en rester à des actes individuels, à une simple objection de conscience, pour privilégier l'action collective²⁰.

2. Démantèlement des droits : vivons-nous une guerre sociale ?

Après avoir présenté ma pratique – professionnelle et militante – et les réflexions que j'en ai tirées, j'aimerais revenir sur cet outil essentiel politiquement et juridiquement qu'est « la chasse aux abus », et le règne de « l'Etat méfiant », pour reprendre l'expression suggérée par Nicholas Busch, un des auteurs auxquels le colloque rend hommage.

Le remplacement de l'Etat Providence par « l'Etat méfiant » implique concrètement une remise en cause de la présomption de la bonne foi de chaque individu, ancrée à l'article 3 du Code Civil Suisse. Ceci est loin d'être anodin, si l'on précise que ce principe est enseigné comme un fondement de notre ordre juridique, en tant que condition nécessaire d'une vie en société pacifiée : contester *a priori* la bonne foi, soit l'opération qu'a permis la « chasse aux abus », est la traduction matérielle et juridique d'une forme de guerre sociale. On peut signaler que, dans cette logique, l'Etat peut même en venir à pratiquer ouvertement la mauvaise foi, comme ce fonctionnaire qui avait découpé la signature d'un réfugié tamoul apposée au bas d'un procès-verbal pour la coller sur une demande de document d'urgence faisant office de passeport adressée au consulat sri-lankais²¹.

J'illustrerai la portée de la « chasse aux abus », concept juridique à portée politique, en m'arrêtant quelques instants sur l'exemple édifiant de l'aide d'urgence. Cette notion a été précisée en 1995 dans une jurisprudence du Tribunal fédéral suisse²², qui crée, à charge de l'Etat, une obligation de garantir « *la couverture des besoins élémentaires pour survivre d'une manière conforme aux exigences de la dignité humaine* », ce droit à un « minimum de survie » appartenant à tout individu, quelle que soit

19 Tafelmacher, Christophe, « Le « devoir de fidélité » à l'Etat à l'épreuve de la théorie juridique, de l'histoire et de la pratique, à propos de l'affaire Grüninger », in : Caloz-Tschopp, Marie-Claire, Dasen, Pierre, Spescha, Flurim, *L'action « tragique » des travailleurs du service public, Actes du colloque international de Genève, 15/16/17 septembre 2004*, Editions L'Harmattan, Paris 2005, pp. 341-394.

20 Tafelmacher, Christophe, « Manque de pensée et droit : plaidoyer pour une attitude de désobéissance en ces temps difficiles », in : Caloz-Tschopp, Marie-Claire, *Lire Hannah Arendt aujourd'hui, Pouvoir, guerre, pensée, jugement politique*, Editions L'Harmattan, Paris 2008, pp.427-434.

21 Les tribunaux se sont montrés compréhensifs en ne condamnant pas pénalement le fonctionnaire en question : ATS, « Fonctionnaire innocenté », *Le Temps*, Genève, mardi 7 juillet 1998.

22 Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 27 octobre 1995, publié en allemand au *Recueil des arrêts du Tribunal fédéral ATF*, Lausanne, n° 121, Ière Partie, p. 367. Peut être téléchargé sur: www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm. Traduit en français au *Journal des tribunaux*, Lausanne, 1997, Ière partie, p. 278.

sa nationalité et quel que soit son statut. Cette création de la jurisprudence a ensuite été ancrée à l'article 12 de la nouvelle Constitution fédérale, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, comme droit à l'aide d'urgence dans des situations de détresse, ce qui renforçait son statut du droit fondamental opposable à l'Etat.

Aujourd'hui, dans sa mise en œuvre, l'aide d'urgence, appliquée essentiellement aux personnes déboutées de l'asile, s'avère un régime particulièrement discriminant, n'offrant que des conditions de vie indignes et inhumaines²³, dénoncé par les mouvements de résistance²⁴. Je ne vais pas entrer dans les détails : pour cela, je renvoie les personnes intéressées aux articles publiés dans le bulletin « Vivre Ensemble »²⁵, et dans le bulletin « SOS-Asile » en 2008²⁶, y compris un petit dossier sur ce sujet²⁷, en 2009 et 2010²⁸.

Ainsi, sans que le texte constitutionnel n'ait été modifié, l'aide d'urgence est devenue un outil de contrainte, de découragement et d'humiliation aux mains des services de l'Etat chargés du droit d'asile et du droit des migrations²⁹. L'administration a renversé le sens de la survie, en contraignant les personnes déboutées de l'asile à s'en contenter pour les décourager et les pousser à quitter « volontairement » le territoire. On retrouve ici le modèle des « mesures incitatives » pratiquées par le Fond Monétaire International et par la Banque mondiale dans les pays du Sud. De manière révélatrice, c'est bien un ancien directeur exécutif et doyen au sein de la Banque mondiale de 1993 à 1997, Jean-Daniel Gerber, qui a préconisé et mis en place ces mesures lorsqu'il se trouvait à la tête de l'Office fédéral des migrations³⁰.

23 Tafelmacher, « Manque de pensée et droit ... », art. cit., pp. 428-429 ; « Droit à l'aide d'urgence, ... », art. cit.

24 Voir notamment : *Canton de Vaud : novembre 2007 – septembre 2008. Dix mois d'actionS contre la Réaction. Recueil des tracts diffusés*, Etats Généraux de l'asile et de la migration – Groupe, Lausanne, septembre 2008. On peut les consulter sur : <http://droit-de-rester-actions.blogspot.com/search/label/Manifeste-lettre-tract>. Egalement : « Débouté.e.s Debout », film produit par le Collectif Droit de rester : www.dailymotion.com/video/xcni0e_deboute-e-s-debout-1-2-migrant-e-s_news. Rodriguez, Michaël, « La piteuse aide d'urgence aux déboutés », *Le Courrier*, mardi 22 juillet 2008.

25 Sélection d'articles publiés dans *Vivre Ensemble, Bulletin de liaison pour la défense du droit d'asile*, Genève : Kopf Françoise, « NEM. Racisme d'état et désordre juridique. Tout et n'importe quoi », n° 104, septembre 2005 ; « Témoignage. Soleure. Une vie de NEM », n° 105, décembre 2005 ; « Centres d'urgence pour NEM. La logique de la dissuasion », n° 111, février 2007. Powlakic, Karine, « NEM en terre vaudoise. De la mise en boîte », n° 112, avril 2007.

26 Sélection d'articles publiés dans *SOS-Asile*, Lausanne, en 2008 : Masson, Sabine, « Déménagements forcés vers les centres d'aide d'urgence » et encadré « Centres d'aide d'urgence ou centres de détention? », Bulletin n° 86, 1er trimestre 2008, pp. 10-11. « Appel distribué aux député.e.s du Grand Conseil vaudois lors du piquet du mardi 29 avril » et « Aide d'urgence et bons d'achats », pp. 8-9, Bulletin n° 87, 2ème trimestre 2008. Powlakic, Karine, « Le centre du Simplon est plein », Bulletin n° 89, 4ème trimestre 2008, p. 7.

27 Dossier sur l'aide d'urgence publié dans *SOS-Asile*, Bulletin n° 88, 3ème trimestre 2008 : « Le chant des clous », pp. 2-3 ; « Petite réflexion du Nem de Vennes! Texte du 2 juillet 2008 à l'Espace autogéré » ; Masson, Sabine, « Débouté.e.s: la politique de déshumanisation », pp. 6-7 ; « C'est comme si l'Homme c'était le permis qu'il a dans sa poche ! Entretien avec Jeanne », pp. 8-9.

28 Sélection d'articles publiés dans *SOS-Asile*, en 2009 et 2010 : Sorcières en Colère, Collectif féministe contre le racisme, « Appel solidaire avec les femmes résidentes des centres d'aide d'urgence », Bulletin n° 90, 1er trimestre 2009, pp. 9-10. Collectif Droit de rester, « L'EVAM : une citadelle au Département de l'intérieur (DINT) ? », Bulletin n° 91, 2ème trimestre 2009, pp. 7-10. Gaillard, Stéphane et Schmidlin, Irène, « L'aide d'urgence selon le Conseil d'Etat », Bulletin n° 92, 3ème trimestre 2009, pp. 6-7. Powlakic, Karine, « L'aide d'urgence s'enlise », Bulletin n° 94, 1er trimestre 2010.

29 Powlakic, Karine, « Exclusion de l'aide sociale et dignité de la personne humaine », *Asyl*, Organisation suisse d'aide aux réfugiés et Stämpfli éd., Berne, n° 04/2008. « Discrimination et exclusion de l'aide sociale », in: *Annuaire suisse de la migration 2007/2008*, Stämpfli, Berne. Tafelmacher, Christophe, « Droit à l'aide d'urgence ... », art. cit.

30 Le curriculum vitae de Jean-Daniel Gerber est consultable sur le site du Secrétariat à l'économie (SECO): <http://www.seco.admin.ch/org/01307/index.html?lang=fr>

C'est ce que j'ai appelé « le grand retournement » : la notion de « lutte contre les abus » a permis de transformer des droits opposables à l'Etat en mesures de contrainte sur les citoyen.ne.s, débouchant sur des mesures contraires aux droits humains. La pratique de l'aide d'urgence semble en effet bien constituer un traitement cruel, inhumain ou dégradant prohibé par le droit international, en particulier l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ou l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT). Toutefois, jusqu'à présent, les juridictions suisses se sont refusées à faire ce constat. Dans un cas qui lui a été soumis, le Tribunal fédéral n'a rien trouvé à redire au caractère indéterminé dans le temps de l'aide d'urgence et ne s'est pas prononcé sur des éventuelles violations de l'article 3 CEDH³¹. Le point de vue des organisations internationales est inverse : j'en veux pour preuve les critiques sévères dont la politique de l'aide d'urgence a fait l'objet de la part du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) dans un document du 23 septembre 2008³², ainsi que de la part du Comité des droits de l'homme (CDH) dans un document du 3 novembre 2009³³.

Malgré ces critiques, la « chasse aux abus » et les conséquences délétères qu'elle entraîne pour les droits fondamentaux reste un concept central des politiques étatiques suisses, qui s'est même généralisé comme nouvelle forme de gouvernement et de résolution des problèmes sociaux³⁴.

Cette mise en péril de l'Etat de droit se manifeste aussi par un usage de plus en plus extensif de l'enfermement³⁵. La privation de liberté est devenue un outil de gestion de la misère³⁶. Les politiques restrictives d'immigration et d'asile recourent de plus en plus à la détention administrative, qui n'est pas liée à la commission d'un délit mais poursuit uniquement l'objectif d'expulser ou de mettre à l'écart³⁷. Le glissement déjà signalé vers une « objectivation » des motifs de cette détention administrative tend à dénier à la personne étrangère détenue la qualité de sujet de droit sensible, la réduisant à un objet susceptible d'être géré comme un stock de marchandise³⁸. On voit apparaître de nouvelles formes de détention, « internement à vie » ou « rétention de sûreté », qui ne sont pas non plus liées à la commission d'un délit, soit un acte concret, mais qui prétendent protéger la société d'une dangerosité fondée sur un pronostic d'avenir³⁹. Pour mémoire, on mentionnera encore le développement de la détention sans jugement dans le cadre des mesures

31 Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 20 mars 2009, publié en français au *Recueil des arrêts du Tribunal fédéral*, n° 135, 1ère partie, p. 119. Peut être téléchargé sur: www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm. Voir aussi : Povlagic, Karine, « L'aide d'urgence s'enlise », *SOS-Asile*, Bulletin n° 94, 1er trimestre 2010 ; Tafelmacher, « Droit à l'aide d'urgence ... », art. cit.

32 Nations Unies, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Suisse*, 23 septembre 2008, CERD/C/CHE/CO/6.

33 Nations Unies, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Suisse*, Genève, 3 novembre 2009, CCPR/C/CHE/CO/3.

34 Caloz-Tschopp, Marie-Claire, et Tabin, Jean-Pierre, « Que signifient les attaques répétées à l'assurance-chômage en Suisse? », in : *Le Devoir de fidélité...*, op. cit., pp. 435-445. Tabin, Jean-Pierre, « La dénonciation des « abus » », in : Masnata, François, & al. (eds.), *Suisse à Droite sans Limites?*, Editions de l'Aire, Lausanne 2009, pp. 51-74. « Dossier : Y'en a qui abusent », *Carnets de bord en sciences humaines*, Université de Genève, n° 13, septembre 2007.

35 Dossier « L'enfermement », *Pratiques, Cahiers de la médecine utopique*, Malakoff, février 2010, n° 48.

36 Wacquant, Loïc, *Les prisons de la misère*, Editions Raisons d'Agir, Paris 1999.

37 Kobelinsky, Carolina et Makareni, Chowra, *Enfermés dehors, Enquêtes sur le confinement des étrangers*, Editions du Croquant, Bellecombe-en-Bauges 2009. Caloz-Tschopp, Marie-Claire, *Les étrangers aux frontières de l'Europe et le spectre des camps*, Editions La Dispute, Paris 2004.

38 Tafelmacher, « Aspects répressifs de la législation ... », art. cit., p. 83.

39 Menétrey-Savary, Anne-Catherine, « Des peines qui rendent fou », *Le Courrier*, mardi 4 mai 2010.

de lutte contre le terrorisme. De l'avis même d'une éminente juriste libérale comme Mireille Delmas-Marty, toutes ces mesures constituent autant de graves atteintes aux libertés qui sapent en profondeur tout l'édifice de l'Etat de droit⁴⁰.

On a vu comment, en Suisse, la manière dont est concrétisée l'aide d'urgence entraîne une destruction sociale des personnes. Les discours sur la dangerosité ou sur la nécessité des expulsions conduisent à l'utilisation par l'Etat d'une contrainte mortelle, et à la destruction physique d'individus qui ne représentent pas une menace immédiate. Alors que le réseau Migreurop rend public son rapport sur les morts aux frontières européennes⁴¹, j'aimerais ici rendre hommage aux personnes décédées en Suisse, alors qu'elles se trouvaient en détention administrative : Hamid Bakiri, mort le 20 septembre 2001⁴², et Abdi Daoud, mort le 22 mars 2008⁴³ ; hommage aussi aux personnes décédées pendant leurs processus d'expulsion : Khaled Abuzarifeh, mort le 3 mars 1999⁴⁴, Samson Chukwu, mort le 1^{er} mai 2001⁴⁵, et Joseph Ndukaku Chiakwa, mort le 17 mars 2010⁴⁶.

Hommage encore à Skander Vogt, maintenu en détention dans le canton de Vaud pendant des années et pour une durée indéterminée, après complète exécution d'une peine de 20 mois d'emprisonnement, car considéré comme dangereux. On l'a laissé mourir le 11 mars 2010 dans sa cellule à laquelle il avait mis le feu : les agent.e.s étatiques ne lui ont pas porté secours au nom de cette dangerosité, qui pourtant n'avait pas fait l'objet d'une expertise depuis plus de 7 ans⁴⁷.

Parallèlement à la montée en puissance du discours répressif, la lutte déclarée contre le « terrorisme » finit par s'étendre plus largement contre toute position ouvertement critique. Il suffit de songer à la mise au pilori en France d'une prétendue « mouvance ultra-gauche anarcho autonome » dans le cadre de « l'affaire de Tarnac ». Fin 2008, 9 personnes ont été arrêtées à Tarnac (Corrèze), et inculpées pour leur responsabilité supposée dans la dégradation de caténaires sur des lignes TGV ; après une longue détention préventive, elles ont été relâchées sans qu'aucune preuve tangible n'ait été fournie de leur implication jusqu'à aujourd'hui⁴⁸. En Suisse, on a assisté au déploiement parfois délirant de forces policières pour réprimer des manifestations jugées trop radicales comme celles dénonçant le « World Economic Forum »⁴⁹, ainsi qu'au développement de

40 Delmas-Marty, Mireille, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Editions du Seuil, Paris 2010.

41 *Les frontières assassines de l'Europe*, réseau Migreurop, Paris, octobre 2009. Peut être librement téléchargé sur : <http://www.migreurop.org/article1489.html>

42 Tafelmacher, Christophe, « Mesures de contrainte. Une 3ème victime. N'oubliez pas Hamid Bakiri ! », *Vivre Ensemble*, n° 85, décembre 2001.

43 « Abdi Daud, mort en mesures de contrainte », *SOS-Asile*, Bulletin n° 89, 4ème trimestre 2008.

44 *Khaled Abuzarifa : sein Leben. Sein Tod. Eine Ausschaffung aus der Schweiz*, Augenauf, Zurich mars 2001.

45 Tafelmacher, « Manque de pensée ... », art. cit., pp. 429-430. Aussi : www.augenauf.ch/bs/doku/chukwu/sc00.htm

46 Masson, Sabine, et De Coulon, Graziella, « La politique migratoire tue », *Le Courrier*, vendredi 9 avril 2010. Weidmann, Afra, « Sans répit », et « Mort lors d'un renvoi forcé », *Solidarités sans frontières*, Berne, bulletin n° 2, mai 2010.

47 Cette affaire a fortement ému l'opinion et a suscité de nombreux articles de presse. Citons notamment : Botti, Dominique, « La nuit où Skander Vogt est mort », *Le Matin*, Lausanne, vendredi 16 avril 2010. Eichenberger, Isabelle, « Derrière la mort d'un détenu, les failles d'un système », *Swissinfo.ch*, mercredi 28 avril 2010, http://www.swissinfo.ch/fre/societe/Derriere_la_mort_d_un_detenu_les_failles_du_systeme.html?cid=8761838. Mansour, Fati, « Le détenu maudit de Bochuz », *Le Temps*, samedi 24 avril 2010.

48 Lire entre autres : Cogné, Gaël, « L'incrimination préventive de Julien est bâtie sur du vent », *Libération*, Paris, mardi 22 décembre 2008. Mandraud, Isabelle, et Monnot, Caroline, « Tarnac : la défense dénonce un scandale d'Etat », *Le Monde*, Paris, vendredi 27 novembre 2009. Gay, Marcel, *Le coup de Tarnac*, Florent Massot, Paris 2009.

49 Chavaz, Olivier, « Le Conseil d'Etat étouffe la manifestation des anti-Davos », *Le Courrier*, lundi 2 février 2009. *Etat*

diverses mesures liberticides sous couvert de la lutte contre les hooligans, comme les interdictions de territoire, ancrées dans la Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI) ou dans la Loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS)⁵⁰.

Au niveau de l'Union européenne, les textes adoptés d'abord après le 11 septembre 2001, puis par les différents États, permettent de qualifier de « terroristes » tous les délits sans exception, y compris les actions politiques ou syndicales dès lors qu'elles sont en marge de la loi. La prolifération de lois sécuritaires, l'amalgame établi désormais entre délinquance, immigration et terrorisme, la portée du nouveau Mandat d'arrêt européen, applicable sans recours dans le pays destinataire, tous ces dispositifs, fondés sur la peur et l'alimentant, suscitent une « sidération de la pensée critique »⁵¹.

Au rôle sécuritaire réaffirmé de l'Etat à l'encontre d'une partie croissante de la population répondent des phénomènes de délocalisation de la répression⁵² ou de sous-traitance de la force publique⁵³. Mais on observe aussi la privatisation de tâches régaliennes comme la sécurité ou l'espionnage, comme l'ont révélé les affaires visant les salarié.e.s de la Deutsche Bahn en Allemagne⁵⁴, l'association Greenpeace France⁵⁵ et ATTAC Suisse⁵⁶. Il faut noter que la protection des droits individuels est rendue particulièrement difficile dans ces cas, à cause du caractère privé des organisations responsables, l'ordre juridique étant toujours régi par la distinction fondamentale entre Etat et secteur privé.

Comme on le voit, toutes ces atteintes profondes aux garanties de l'Etat de droit se manifestent en Suisse, mais aussi dans le reste de l'Europe. Ainsi, on peut encore signaler qu'en Allemagne, la loi Hartz IV, une réforme du marché du travail particulièrement controversée, mise en place en 2005 par le gouvernement du chancelier social-démocrate Gerhard Schröder, vient d'être déclarée incompatible avec la loi fondamentale qui garantit le droit à une existence digne⁵⁷. En France, dans le cadre de la démarche collective de « l'Appel des Appels », des professionnel.le.s du droit ont dénoncé le déclin des libertés, l'extension indéfinie du fichage, l'explosion des gardes à vue et la politique effrénée d'enfermement, les arrestations massives des sans-papiers, les dérives de la « rétention de sûreté », la destruction du service public de la justice, la mise à distance des justiciables et la mise au pas de la magistrature, et, d'une manière générale, la déshumanisation de la justice⁵⁸.

d'urgence, rapport du Groupe Anti-Répression (GAR), Lausanne, 29 janvier 2004. « Répression et criminalisation en Suisse et à Lausanne », in : Ecrits collectifs, *Ces libertés qu'on nous vole*, Editions T'Okup!, Infokiosk Lausanne, décembre 2008, pp. 25-36.

50 Dolivo et Tafelmacher, « Sans-papiers et demandeurs d'asile ... », art. cit., pp. 516-517. Tafelmacher, Christophe, « Investigation secrète et écoutes téléphoniques », *Vivre Ensemble*, n° 107, avril 2006.

51 Guillon, Claude, *La Terrorisation démocratique*, Editions Libertalia, Paris, septembre 2009.

52 Delmas-Marty, op. cit., pp. 181-187.

53 *Ibidem*, pp.198-206.

54 Schnee, Tomas, « Allemagne. Salariés espionnés : le patron des Chemins de fer démissionne », *Le Courrier / La Liberté*, mardi 31 mars 2009.

55 « Greenpeace France aurait été espionné par EDF », *Libération*, mardi 31 mars 2009.

56 Feuz, Alec, *Affaire classée. ATTAC, Securitas, Nestlé*, Editions d'En Bas, Lausanne 2009.

57 Calla, Cécile, « L'Allemagne va devoir réviser son dispositif d'aides aux plus démunis », *Le Monde*, Paris, mercredi 10 février 2010.

58 Portelli, Serge, « La Justice et l'Appel des appels », in : Gori, Roland, Cassin, Barbara, Laval, Christian (dirs.), *L'Appel des appels, Pour une insurrection des consciences*, Editions Mille et une nuits, Paris 2009, pp. 79-88.

Je terminerai ce triste panorama en évoquant la multiplication de violences racistes, comme observées en Espagne à El Ejido en 2000⁵⁹ ou en Italie à Rosarno en 2010⁶⁰, qui est une des manifestations de l'état d'exception permanent régnant à l'intérieur des frontières de l'Europe pour certaines catégories de personnes. Des phénomènes semblables surviennent aux Etats-Unis, allant aussi jusqu'à des assassinats haineux⁶¹. Par le jeu de l'illégalité du séjour, conséquence logique de législations nationales restrictives à l'encontre des personnes extra-européennes, et de besoins économiques non couverts par l'offre locale d'emplois, on tolère la présence de centaines de milliers de personnes qui travaillent souvent dans des conditions d'exploitation extrêmes, dont l'existence correspond à une « délocalisation » à l'intérieur même du pays⁶². L'absence de statut légal fragilise l'accès à tous les droits⁶³, au point que le sans-papier est ainsi l'image même du/de la citoyen.ne dont rêvent les classes dominantes de notre société : soumis.e, exploité.e, sans droits, et expulsable en tout temps.

3. Penser et pratiquer la résistance : défi pour le citoyen, gageure pour l'avocat

La transformation et l'érosion de l'Etat, la croissance exponentielle de l'injustice sociale inscrite dans les lois, le démantèlement des droits fondamentaux et l'usage immodéré de la contrainte étatique provoquent une forte émotion chez toutes celles et tous ceux qui y sont confronté.e.s, directement ou comme témoins. Nous nous trouvons ici au cœur du thème du colloque. Le premier choix qui doit être fait est de savoir que faire avec cette émotion, comment la traduire en acte politique.

Lorsque le rapport des forces sociales et politiques nous confronte à des lois iniques et qu'il apparaît écrasant, tout pousse vers le découragement qui entraîne pour effet pervers une apparente légitimation des injustices⁶⁴. On peut aussi choisir d'exprimer par la colère un refus émotionnel de ces injustices.

A ce stade, il me paraît essentiel de revendiquer la colère, plutôt que de se laisser circonscrire par l'expression favorite des médias, la « grogne sociale ». Car « grogner » renvoie d'abord au cri de certains animaux. Pour des personnes, le dictionnaire l'illustre par des expressions comme « grogner entre ses dents » ou, plus révélateur encore, « obéir en grognant »⁶⁵. Le discours dominant tente de nous convaincre que nous sommes comme les « grognards » de Napoléon, les soldats de la vieille garde qui, selon l'expression consacrée, grognaient mais suivaient toujours leur empereur. Postuler la colère face aux situations choquantes auxquelles nous sommes confronté.e.s, c'est ne pas se laisser gagner par le sentiment d'impuissance. Alors que le découragement paralyse

59 Bell, Nicholas, « El Ejido, 10 ans après », *Archipel, Journal du Forum civique européen*, Bâle, Mars 2010.

60 Dufлот, Jean, « Rosarno, laboratoire de la haine », *Archipel*, Bâle, Avril 2010.

61 Brooks, David, « Una ola xenófoba barre Estados Unidos », *Página 12*, Buenos Aires, 21 avril 2010.

62 Terray, Emmanuel, « Le travail des étrangers en situation irrégulière ou la délocalisation sur place », in : Balibar, Etienne, Chemillier-Gendreau, Monique, Costa-Lascoux, Jacqueline, et Terray, Emmanuel, *Sans-papiers : l'archaïsme fatal*, Editions La Découverte, Paris 1999.

63 Dolivo, Jean-Michel et Tafelmacher, Christophe, « Sans-Papiers, mais pas sans droits ! », in : Boroni, Stefano, Dolivo, Jean-Michel, et Rosende, Beatriz, *Voies clandestines*, Editions d'En Bas, Lausanne 2003, pp. 85-98. Dolivo, Jean-Michel et Tafelmacher, Christophe, « Sans-Papiers, mais pas sans droits ! » in : *Plaidoyer*, 1/2003, pp. 41-44.

64 Tafelmacher, Christophe, Conférence donnée le 6 novembre 2009 à Genève, dans le cadre de la Journée des Centres Sociaux Protestants consacrée au thème « Dénoncer, témoigner ! Quel rôle ont les services sociaux privés tel que le Centre Social Protestant et comment peuvent-ils se positionner face aux changements sociaux et politiques dans la société d'aujourd'hui ? ».

65 *Le Grand Robert de la Langue française*, 2ème édition, Paris 2001, p. 1563.

et amène au repli, l'expression de la colère pousse à l'action.

Face aux constats faits quotidiennement depuis 25 ans, une position critique sur le fossé entre lois étatiques et droits fondamentaux, certes importante, ne suffit plus. Je ne peux, en tant que militant, que préconiser une position de résistance et l'expression publique et collective de la colère, articulée à l'action politique pour la défense des droits fondamentaux. La colère comme refus émotionnel de l'injustice demande ainsi à être pensée, élaborée et débattue dans l'espace public.

Exprimer résistance et colère est plus naturel pour le militant que pour l'avocat. Mais il s'agit tout de même d'un pas qui n'est pas aisé à franchir. Le discours dominant crée une apparence de consensus, au travers de l'utilisation du slogan de la « lutte contre les abus » ou au travers de la stigmatisation des victimes de la contrainte étatique⁶⁶. Le basculement de l'Etat-providence à l'Etat-pénitence s'accompagne de l'apparition d'un « sens commun » punitif⁶⁷. Pour les personnes potentiellement séduites par la manifestation d'une opposition, la répression contre les mouvements sociaux entraîne un effet de « terrorisation »⁶⁸. Enfin, les atteintes graves aux droits fondamentaux ont une forte apparence démocratique, puisqu'elles découlent de lois adoptées selon les formes démocratiques, ou alors de pratiques des autorités fondées sur ces lois et l'esprit qui a présidé à leur élaboration⁶⁹.

Remettre en question la pertinence de l'obéissance et du respect de lois consacrant l'injustice ne va donc pas de soi. Comme le souligne Howard Zinn, l'idéologie dominante ne nous laisse pas le loisir de réfléchir de façon sensée et humaine sur le devoir d'obéissance à la loi⁷⁰. Il est important, à l'instar d'Hannah Arendt, de revendiquer la désobéissance civile en cas de désaccord fondamental avec les autorités, y compris par le biais de violations ouvertes et publiques de la loi⁷¹. C'est pourquoi, en tant que militant, je rejette l'idée d'une obéissance absolue à la loi, et je plaide pour un engagement ancré dans une position de résistance aux démantèlements des droits et des cadres qui les garantissent, en évoquant la figure de Paul Grüninger à qui j'ai fait référence plus haut. Il s'agit de rechercher une cohérence avec sa propre révolte, avec ses propres convictions, avec une forme d'estime de soi, qui peut passer, selon les circonstances, par la remise en question de la loi⁷².

Par ailleurs, l'histoire de la désobéissance civile nous apporte des références qui peuvent nous inspirer encore aujourd'hui comme résistant.e.s. Le principe me semble bien résumé par Benjamin Constant : « *Un devoir positif, général, sans restriction, toutes les fois qu'une loi paraît injuste, c'est de ne pas s'en rendre l'exécuteur. Rien ne justifie l'homme qui prête son assistance à la loi qu'il croit inique* »⁷³. Un tel postulat pose évidemment un certain nombre de problèmes théoriques que je ne vais pas approfondir ici.

Howard Zinn rappelle les tensions et conflits apparus lors de l'adoption en 1850 par le Congrès des

66 Tafelmacher, « La chasse aux abus... », art. cit., p. 46. Tabin, Jean-Pierre, « La dénonciation des « abus » », art. cit., pp. 73-74.

67 Wacquant, op. cit.

68 Guillon, op. cit.

69 Tafelmacher, « Manque de pensée et droit ... », art. cit., p. 431.

70 Zinn, Howard, *Désobéissance civile et démocratie*, Editions Agone, Marseille 2010, p. 178.

71 Arendt, Hannah, « La désobéissance civile », in : *Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine*, Editions Calmann-Lévy, Paris 1972 ; [édition originale en anglais 1969], pp. 53-104.

72 Bernard, André, « Désobéir à la loi ? », in : *Réfractons* n° 22, pp. 83-84.

73 Constant, Benjamin, *Principes de politique*, Hachette Pluriel, Paris 2006 [édition originale 1815 numérisée par Google].

Etats-Unis d'Amérique, sur pression des Etats sudistes, du « Fugitive Slave Act » (loi sur l'esclave en fuite). Cette loi obligeait tous les officiels à arrêter toute personne suspectée d'être un esclave en fuite, sans que son propriétaire n'eût à prouver sa possession, remettant en cause une décision prise en 1842 par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire dite *Prigg v. Pennsylvania*⁷⁴. Défiant cette loi consacrant l'injustice suprême de l'esclavage, dont l'Etat devait être le garant, des personnes noires, rejointes par des personnes blanches sympathisantes, ont hébergé des esclaves en fuite ou libéré les personnes fugitives capturées. Dans ce contexte, le Révérend J. W. Loguen, ancien esclave noir ayant brisé ses chaînes et s'étant établi dans l'Etat de New York, a fait cette forte déclaration publique : « *Je ne respecte ni crains cette loi. Je ne lui obéirai donc pas ! Elle fait de moi un hors-la-loi et je lui rendrai la pareille.* »⁷⁵

Enfin, dernière citation historique, celle d'Alexandre Vinet en 1829, et qui lui a valu un procès intenté par le gouvernement du canton de Vaud : « *Une loi immorale, une loi irréligieuse, une loi qui m'oblige à faire ce que ma conscience et la loi de Dieu condamnent, si l'on ne peut la faire révoquer, il faut la braver.* »⁷⁶. Encore une fois, je n'analyserai pas les problèmes théoriques que pose par exemple cette référence à la divinité : si j'ai voulu mentionner cette citation, c'est que son appel à la désobéissance, émanant d'un intellectuel vaudois, a été mis en avant comme slogan par le mouvement « En 4 ans on prend racine », lorsque neuf kosovar.e.s ont pris refuge à l'église de Bellevaux en 2001 pour s'opposer aux ordres étatiques de départ⁷⁷. On peut d'ailleurs souligner que cette résistance aux mesures de l'Etat, qui s'est prolongée ensuite dans le mouvement des « 523 » évoqué au début de cette contribution, a abouti à la régularisation du séjour de milliers de personnes.

Cela étant, il faut bien reconnaître que, dans l'ordre juridique actuel, on affronte une réelle difficulté à intégrer la désobéissance en droit positif⁷⁸. Rares sont les normes juridiques existantes qui offrent un ancrage à cette notion⁷⁹. De même, il n'y a pas de reconnaissance d'un droit à l'insurrection⁸⁰, dont une rare et fugace existence juridique a été, en France, la « Déclaration Montagnarde », annexée à la Constitution de 1793, qui assurait au peuple un devoir sacré d'insurrection lorsque le gouvernement viole ses droits⁸¹. Toujours en France, le droit de résistance à l'oppression, de rang constitutionnel, pose de difficiles questions lorsqu'on cherche à en tirer des conséquences juridiques concrètes, comme l'a illustré un colloque international qui s'est tenu en 2002⁸².

En réalité, comme le relève Liora Israël, tout le courant de pensée qui s'est développé à partir de la désobéissance civile souligne la tension entre légalité et légitimité qui traverse la sociologie du droit. Comme l'illustre déjà la tragédie classique d'Antigone, le débat revient à déterminer s'il

74 Le texte de cette décision peut être consulté sur : <http://supreme.justia.com/us/41/539/case.html>.

75 Zinn, op. cit., p. 396.

76 Vinet, Alexandre, extrait d'un article paru dans *La Gazette de Lausanne* le 13 mars 1829. Repris dans : *Essai sur la conscience*, Paris et Genève, 1829 (édition originale numérisée par Google).

77 Sancey, « Du refuge de Bellevaux ... », art. cit.

78 Tafelmacher, « Manque de pensée et droit ... », art. cit., p. 431.

79 On ne peut pour le moment que citer l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture. Tafelmacher, « Le « devoir de fidélité à l'Etat » ... », art. cit., p. 364, 381.

80 Colombo, Eduardo, « Une action illégale parmi d'autres : la révolution », in : *Réfractions* n° 22, pp. 96.

81 Tafelmacher, « Le « devoir de fidélité à l'Etat » ... », art. cit., p. 365.

82 Gros, Dominique, et Camy, Olivier (dirs.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Revue *Le Genre Humain*, Editions Seuil, Paris 2005.

existe des principes transcendants permettant de contester le droit positif et de lui opposer un droit souhaitable. En s'interrogeant sur l'articulation entre légalité et légitimité, on cherche donc à déterminer les circonstances dans lesquelles le droit existant peut être considéré comme illégitime, et si cela constitue une raison suffisante pour s'y opposer⁸³. Une des manières de se situer sur le champ de la légitimité, en ne se laissant pas corseter par la légalité étatique, consiste à inscrire la conflictualité au sein même de l'ordre juridique, en invoquant des textes juridiques de rang supérieur, comme les conventions internationales, et en les opposant aux législations nationales⁸⁴. Un autre biais peut être d'en appeler à des principes jugés supérieurs, présentés comme droits même s'ils ne sont pas formellement inscrits dans une norme juridique nationale ou internationale⁸⁵.

Il n'est pas possible ici d'approfondir toutes les questions que ce débat soulève. Je soulignerai simplement que l'ordre juridique, pris dans son ensemble, connaît des tensions entre ses différents niveaux. Les Etats, comme typiquement la Suisse, sont enclins à adopter les normes de droit international consacrant des droits fondamentaux. Ils se montrent bien plus réticents à les inscrire dans leur ordre juridique national ou à les appliquer dans leur pratique concrète au quotidien. L'objection classique est que telle ou telle convention internationale ne serait que « programmatique » et n'offrirait aucun droit immédiatement applicable. C'est le cas par exemple pour la Convention des Nations unies sur les droits des femmes (CEDEF) : d'éminentes juristes ont souligné les obligations immédiates que la CEDEF pose pour les Etats afin d'abolir la discrimination à l'égard des femmes et rendre effectif leur droit à l'égalité, ainsi que les réticences des organes judiciaires suisses à intégrer la CEDEF dans leurs méthodes d'interprétation⁸⁶. Autre exemple, le système de la répartition des demandes d'asile entre pays membres de l'Union européenne, découlant de la Convention de Dublin, est utilisé par les Etats pour contourner les obligations découlant de la CEDH, comme le montre l'exemple des renvois de personnes vers la Grèce malgré les épouvantables conditions d'accueil qui les y attendent⁸⁷. Ces tensions entre normes juridiques internationales, lois nationales et pratiques étatiques concrètes ouvrent précisément le champ au refus de se plier aux règles du droit positif.

C'est aussi la question de la neutralité qui se pose. Comme le relève Howard Zinn, dans un monde traversé par de profondes injustices sociales et par des conflits d'intérêts, être neutre revient à accepter les choses telles qu'elles sont⁸⁸. On ne doit donc pas se laisser leurrer par l'apparente neutralité des lois impersonnelles qui traduisent en normes étatiques ces injustices⁸⁹.

Je n'ai abordé jusqu'ici ces différents thèmes que dans la perspective du citoyen-militant. On comprend que les questions soulevées sont encore plus difficiles pour l'avocat. En raison de la complexité des systèmes juridiques nationaux, l'avocat.e reste un recours indispensable pour la plupart des gens. Comme le rappelle Howard Zinn, les avocat.e.s sont formé.e.s et sélectionné.e.s

83 Israël, Liora, *L'arme du droit*, Editions Les Presses de Sciences Po, Paris 2009, p. 93.

84 *Ibidem*, pp. 94-95.

85 *Ibidem*, pp. 95-96.

86 « La Convention de l'ONU sur les droits des femmes CEDEF: questions d'actualité. Actes du colloque du 5 mars 2009 », *Questions au féminin*, organe de la Commission fédérale pour les questions féminines, Berne, n° 1.2009. Peut être téléchargée sur <http://www.ekf.admin.ch/dokumentation/00507/00569/index.html?lang=fr>.

87 Maiani, Francesco, « Fitting EU asylum standards in the Dublin equation : recent case law, legislative reforms, and the position of Dublin associates », *Asyl*, n° 2/2010.

88 Zinn, op. cit., p. 11.

89 *Ibidem*, p. 183.

de manière à ce qu'on soit assuré de leur conservatisme, au-delà de quelques exceptions⁹⁰.

Quant aux avocat.e.s engagé.e.s, ils.elles vivent une tension entre leur identité professionnelle et leur identité politique, un rejet de la plupart de leurs confrères et consœurs qui critiquent leur absence de neutralité ; ils.elles se trouvent souvent en porte-à-faux face à l'État, principal adversaire dans la plupart des luttes sociales, mais en même temps garant des droits revendiqués ou à mettre en œuvre⁹¹. De plus, l'avocat.e engagé.e est mal vu.e par l'État comme porte-parole des dominé.e.s, mais de l'autre côté, c'est lui.elle qui doit expliquer le contenu des décisions à ses client.e.s, et, d'une certaine manière, se faire le porte-parole des injustices du système juridique en vigueur. Articuler l'engagement militant et la pratique d'avocat indépendant pose très concrètement des difficultés dans la gestion du temps et dans les aspects financiers, sachant qu'il n'existe que très peu de possibilités de publier des analyses juridiques critiques.

Plus insidieusement, on attend des avocat.e.s, à l'instar des magistrat.e.s et des autres professionnel.le.s de la justice, qu'ils.elles participent à la normalisation des individus en fonction des exigences du pouvoir, au même titre que les professionnel.le.s des secteurs de la santé, de l'éducation ou du travail social, dans un contexte de nouvelles formes de domination et de subordination qui exigent un consentement volontaire des sujets⁹². Les transformations sociales en cours et la propagande massive à laquelle nous sommes toutes et tous soumis.e.s nous habituent à une domination invisible qui pousse à accepter des actes cruels, barbares et inhumains⁹³. Avocat.e.s et magistrat.e.s sont chargé.e.s de donner la caution du droit et de la norme à ces actes fondés sur une torsion du droit et sur la violation des droits fondamentaux.

On attend aussi des mandataires professionnel.le.s une grande maîtrise de leurs émotions. Pour l'avoir oublié, pour n'avoir pas réussi à cacher la colère que je ressentais face à une décision de renvoi, un blâme officiel m'a été infligé en 1989, confirmé sur recours par le Tribunal fédéral : selon les juges fédéraux, en utilisant un mot outrancier et en laissant entendre que les autorités auraient eu un comportement hautement répréhensible sur le plan moral, je m'étais conduit de manière intolérable et je méritais une sanction⁹⁴. Pour marquer le coup, cette affaire a été publiée dans une revue officielle de jurisprudence.

Comment faire pour résister, en tant qu'avocat.e, dans de telles circonstances ? C'est là que le recours à l'histoire apporte des éclairages utiles, par exemple en étudiant avec Liora Israël la manière dont avocat.e.s et magistrat.e.s se sont inscrit.e.s dans la résistance dans les années 1940-1944⁹⁵. Le premier pas de l'acte résistant consistant à se distancier de l'ordre légal en place, cela représente un obstacle justement pour celles et ceux dont l'activité consiste à faire appliquer le droit. L'émotion face aux bouleversements vécus en 1940 explique le passage du légalisme à l'opposition, et des formes d'engagement manifestant des fidélités à d'autres idéaux que le respect de l'ordre établi et de la loi dans le contexte du gouvernement de Vichy et de l'occupation nazie à

90 Zinn, op. cit., p. 186.

91 Israël, *L'arme ...*, op. cit., pp. 85-86.

92 Gori, Roland, « De l'extension sociale de la norme à l'inservitude volontaire », in : Gori, Cassin, et Laval, Christian, *L'Appel des appels ...*, op. cit., p. 267.

93 *Ibidem*.

94 Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 8 mars 1990, publié en français dans *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération* (JAAC), Berne, n° 56.36. Peut être consulté sur : www.vpb.admin.ch/franz/doc/56/56.36.html.

95 Israël, Liora, « Résister par le droit ? Avocats et magistrats dans la résistance (1940-1944) », *L'Année sociologique*, Presses universitaires de France, Paris, 2009/1, Volume 59, p. 149-175.

l'époque⁹⁶. Après une phase de résistance « malgré le droit », on observe des actions qui au contraire s'appuient sur les ressources offertes par les pratiques professionnelles, induisant une distanciation complexe avec la légalité dominante. Pour les avocat.e.s, rendre visite aux prisonnier.ère.s, ennemi.e.s du régime, ou accéder à leurs dossiers, furent des occasions de soutenir la résistance ; mieux, en plaidant devant les tribunaux, il était possible de justifier publiquement des actes qualifiés de terroristes ou dissidents⁹⁷. Cette résistance « à l'ombre du droit » impliquait une réévaluation constante de l'engagement et de sa portée, ou, en d'autres termes, une pensée toujours en mouvement. Finalement, il s'est aussi avéré possible de résister « au nom du droit », en articulant droit et résistance, en établissant des argumentaires juridiques justifiant la légalité et la légitimité des actions de résistance, et en contribuant à la construction d'une contre-doctrine : Liora Israël souligne l'efficacité du droit utilisé comme un contre-cadrage⁹⁸. Il est intéressant de noter que cela a contribué à donner une valeur à la notion de « légitimité », instrument dont les juristes répugnent en temps ordinaires à faire usage.

Cette analyse à partir d'un moment historique particulier montre que le droit et ses usages sont plurivoques, ce qui a rendu possible une articulation entre droit et résistance⁹⁹. Les professionnel.le.s étaient plus à même de jouer sur les modalités de l'application du droit par comparaison avec les profanes, obligés de passer par leurs offices. Ainsi, pour citer Liora Israël, « le droit n'interpelle pas directement le pouvoir (...) : il a besoin d'être mobilisé, le plus souvent par des professionnels, pour prendre toute sa mesure expressive et politique »¹⁰⁰. Ces enseignements tirés de l'histoire restent parfaitement actuels, même si les contextes sociaux et politiques sont différents.

L'avocat.e doit ainsi prendre sa part et ne pas hésiter à utiliser les voies de droit pour soumettre des situations inédites ou des raisonnements nouveaux, ou encore simplement pour présenter des cas subissant des injustices ou des indignités. Contrairement à ce qu'on imagine souvent, il est possible de faire preuve de créativité et d'imagination dans le domaine juridique. « Faire jurisprudence » implique souvent de prendre un risque en sortant des chemins battus. C'est aussi saisir les occasions de « prendre la parole », au sens fort de l'expression, pour plaider des causes qui heurtent parfois frontalement la logique du pouvoir. Défendre des squatters dans une société qui garantit la sacro-sainte propriété, ou contester l'illégalité dans laquelle on plonge les sans-papiers, peut parfois convaincre des présidents de tribunaux de rendre des jugements à contre-courant : squatters exemptés de toute peine en raison du comportement versatile du propriétaire¹⁰¹, père de famille sans-papiers condamné à une modeste amende, malgré des années de séjour et de travail sans autorisation, au vu de son excellente intégration¹⁰².

Mais il ne faut pas non plus se faire trop d'illusions et rester conscient de la limite des actions individuelles et des procédures juridiques formelles, d'autant plus si elles ne sont pas accompagnées de démarches collectives. Je ne rejoins pas Mireille Delmas-Marty quand elle ne voit de résistance à la tentation autoritaire et à la déraison d'Etat que dans les pratiques des juridictions

96 *Ibidem*, p. 155.

97 *Ibidem*, pp. 161-162.

98 *Ibidem*, p. 170.

99 *Ibidem*, p. 171.

100 *Ibidem*, p. 171-172.

101 Ebinger, Raphaël, « Propriétaire et squatters quittent le tribunal dos à dos », *24 Heures*, Lausanne, jeudi 18 septembre 2008.

102 Dolivo et Tafelmacher, « Sans-papiers et demandeurs d'asile ... », art. cit., pp. 496-497.

constitutionnelles ou internationales¹⁰³. Si l'on peut saluer les décisions de ces juridictions posant des limites aux agissements des Etats contraires aux droits humains, on doit constater que de telles décisions sont rares, difficiles à obtenir et soumises à des procédures souvent longues. Surtout, les Etats s'ingénient à ignorer ces arrêts, ou à leur donner la portée la plus ténue possible. Ainsi, la Suisse a été condamnée par le Comité contre la torture de l'ONU, appliquant la CAT, pour avoir rejeté une demande d'asile sur la base de motifs purement procéduraux, par le biais du système des décisions de non-entrée en matière (NEM)¹⁰⁴. La condamnation n'a pas entraîné de révision de ce système, qui est toujours en vigueur. Les condamnations de la Suisse par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) en 2001 et en 2008, pour deux cas d'expulsion de personnes étrangères ayant commis des délits et ayant des liens familiaux étroits en Suisse, n'ont pas non plus apporté de modifications à la politique suisse dans ce domaine¹⁰⁵. Une récente conférence s'est d'ailleurs tenue à Interlaken pour envisager d'éventuelles réformes de la Cour EDH, chroniquement surchargée, notamment à cause du manque de volonté d'un nombre croissant d'Etats ne tenant pas compte des arrêts de Strasbourg¹⁰⁶.

Les juridictions internationales, qui restent financées par les Etats, peuvent même se montrer ambiguës. Typiquement, lorsqu'elle se prononce sur des affaires relevant de la politique d'asile ou migratoire, la Cour EDH réaffirme dans chaque décision que, « *selon un principe de droit international bien établi* », les Etats ont le droit de contrôler l'entrée des personnes étrangères sur leur sol et que la CEDH ne garantit pas le droit de celles-ci d'entrer ou de résider dans un pays particulier¹⁰⁷. Or, en opérant une distinction aussi nette entre nationaux et non-nationaux, ce très grand respect pour la souveraineté étatique fragilise la protection des droits fondamentaux.

De plus, dans certains domaines juridiques, comme en matière d'asile ou d'immigration, le démantèlement est allé si loin que se défendre par le droit est parfois rendu presque impossible. C'est alors que l'avocat doit s'effacer et que l'on observe des pratiques de résistance individuelles qui sont un art de l'adaptation aux contraintes étatiques pour mieux les contourner : ainsi, l'absence de passeport empêche d'un côté la régularisation, mais, d'un autre côté, elle permet d'espérer l'échec de l'expulsion¹⁰⁸.

Au-delà de ces procédures individuelles, les avocat.e.s doivent participer à l'analyse et à la mise en lumière des rapports de forces sociaux et politiques qui sous-tendent des normes présentées comme des évidences « naturelles » ou des faits objectifs et neutres : il s'agit déjà là d'un acte de

103 Delmas-Marty, Mireille, op.cit., pp. 156-163.

104 CAT, Genève : Communication n° 299/2006 Jean-Patrick Iya c. Suisse, du 16 novembre 2007. Hertig Randall, Maya, « La nouvelle loi sur l'asile à l'épreuve des droits de l'homme », in : *Jusletter, revue juridique en ligne*, www.weblaw.ch, 28 avril 2008. Iya, Jean-Patrick, « Témoignage kafkaïen », in : *SOS Asile*, n° 86, 1er trimestre 2008, p. 6.

105 Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg : Arrêt *Boultif c. Suisse*, no 54273/00, rendu le 2 août 2001 ; arrêt *Emre c. Suisse*, n° 42034/04, rendu le 22 mai 2008. Tafelmacher, Christophe, Les « étrangers délinquants » jouissent aussi des droits fondamentaux », in : *SOS Asile*, n° 93, 4ème trimestre 2009.

106 Ochsenbein, Gaby, « La réforme de Strasbourg passe par Interlaken », *Swissinfo.ch*, mardi 16 février 2010, www.swissinfo.ch/fre/politique_suisse/La_reforme_de_Strasbourg_passe_par_Interlaken.html?cid=8310380. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Mise en oeuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Addendum au rapport d'activités*, AS/Jur (2009) 36 Addendum, 31 août 2009, à télécharger sur le site du Conseil de l'Europe : www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2009/fjdoc36ADD_2009.pdf

107 Par exemple, voir arrêt *Emre c/ Suisse*, § 60 et § 65.

108 Le Courant, Stefan, « Remettre son passeport à la police ? Coopérer, s'opposer à la procédure juridique d'expulsion du territoire français », in : *Enfermés dehors ...*, op. cit. p. 201.

résistance important¹⁰⁹.

Dans le milieu du droit comme dans d'autres milieux professionnels, on devrait aussi s'inspirer de la démarche française de « l'Appel des Appels », qui a réuni en France la signature de nombreux acteurs et actrices du monde judiciaire en revendiquant un certain nombre de valeurs contre l'idéologie dominante : primauté de l'humain, respect scrupuleux des libertés, équilibre des pouvoirs et indépendance professionnelle¹¹⁰. Le caractère collectif de cette démarche retient d'autant plus l'attention dans un milieu professionnel plutôt individualiste.

4. Repenser la démocratie et la construction des droits

Si le caractère plurivoque du droit fournit des armes pour lutter contre le pouvoir, on voit aussi les limites des actions fondées seulement sur les droits humains existants : un tel éclairage favorise des luttes plutôt défensives. De surcroît, l'évolution de l'Etat et de sa propre violence qui remet en cause les droits fondamentaux pousse à prendre distance par rapport à la sacralisation de la loi étatique. Plus largement, se cantonner dans un légalisme du droit positif empêche de proposer une alternative qui puisse déboucher sur un chemin de libération. Il apparaît au contraire indispensable d'adopter une vision constructiviste des droits fondamentaux, pour intégrer le fait que ces droits sont issus de luttes sociales, ou de la création de la jurisprudence des tribunaux devant répondre à l'expression de nouveaux besoins sociaux.

Au vu des constats sur la situation actuelle de nos sociétés et de l'Etat de droit, il faut aller un pas plus loin et repenser le cadre politique. D'un côté, nos sociétés modernes ont confié à l'Etat le rôle de garant des droits et d'un débat pluraliste. De l'autre côté, il est aussi vrai que ce que l'on nomme « l'ordre établi » est l'ordre hiérarchique d'un régime politique qui fait appel à la force de l'Etat devant tout désaccord et toute résistance, qui déclare illégales toutes les pratiques considérées comme dangereuses pour son existence, et qui réprime les rébellions¹¹¹.

Au-delà de la désobéissance individuelle ou collective, qui devrait se voir reconnaître un véritable statut légal, il s'agit donc de reconstruire un système juridique dans une perspective radicale combinant égalité et liberté. Liberté illimitée de chacun.e par la liberté de toutes et tous, liberté par la solidarité, liberté dans l'égalité, on s'inspire à cet égard des conceptions de Michel Bakounine, si actuelles : « (...) *en-dehors de cette égalité, la liberté, la justice, la dignité humaine, la moralité et le bien-être des individus aussi bien que la prospérité des nations ne seront jamais rien qu'autant de mensonges* » ; « (...) *c'est au contraire l'esclavage des hommes qui pose une barrière à ma liberté* »¹¹². On retrouve ce fil de réflexion dans l'élaboration par Etienne Balibar de la notion « d'égaliberté »¹¹³.

Au moment où l'on propose la création d'un nouveau cadre pour la vie en commun, il est intéressant de rappeler certaines leçons de « la Résistance » en France : le 15 mars 1944, des personnes représentant les mouvements de la résistance intérieure, les centrales syndicales et les partis ou tendances politiques, de la droite aux communistes, regroupées au sein du Conseil

109 Gori, « De l'extension sociale de la norme ... », art. cit., p. 267.

110 Portelli, « La Justice et l'Appel des appels », art. cit., p. 88.

111 Colombo, « Une action illégale ... », art. cit., p. 102.

112 Guérin, Daniel, *Ni Dieu ni Maître, Anthologie de l'anarchisme, Tome I, La Découverte/Poche, seconde édition, Paris 1999, pp. 165 – 167 et pp. 169 – 171.*

113 Balibar, Etienne, *La proposition de l'égaliberté*, Presses universitaires de France, Paris 2010.

national de la résistance, ont décidé de s'accorder sur un programme commun qui comportait non seulement un plan d'action immédiate contre la puissance occupante, mais aussi des mesures destinées à instaurer un ordre social plus juste une fois la libération atteinte. Programme relativement ambitieux, qu'on en juge : garantie d'un niveau de salaire et de traitement qui assure à chaque travailleur.euse et à sa famille la sécurité, la dignité et la possibilité d'une vie pleinement humaine ; un plan complet de sécurité sociale, visant à assurer à tou.te.s des moyens d'existence, lorsqu'il n'est pas possible de se les procurer par le travail, avec gestion paritaire par les représentant.e.s des intéressé.e.s et par l'Etat ; une retraite permettant de finir dignement sa vie¹¹⁴. Une grande partie de ce programme a été effectivement appliquée après la guerre, notamment en matière de sécurité sociale et de retraites, constituant une grande partie des acquis sociaux de la seconde partie du 20^{ème} siècle. Ainsi, dans cette recherche de justice sociale, la Résistance s'est proposée non seulement de conserver les droits acquis, mais aussi de poursuivre l'œuvre des générations précédentes et d'augmenter ces droits en en créant de nouveaux. Alors que nous parlons aujourd'hui aussi de résister contre les attaques féroces du total-libéralisme, la démarche ambitieuse des résistant.e.s de l'époque devrait nous inspirer.

Notons qu'en 2004, face au démantèlement de ces acquis ouvertement attaqués par les milieux libéraux¹¹⁵, des vétérans ont lancé un appel « à faire vivre et retransmettre l'héritage de la Résistance et ses idéaux toujours actuels de démocratie économique, sociale et culturelle », proposant ce slogan en parfaite adéquation avec la réflexion du colloque : « Créer, c'est résister. Résister, c'est créer. »¹¹⁶. Il est révélateur que, dans notre époque de remise en cause des conquêtes sociales, les médias dominants aient refusé de publier cet appel, malgré la signature de personnalités comme Lucie et Raymond Aubrac. Il vient par contre d'être réédité dans un tout récent ouvrage prônant une résistance constructive¹¹⁷.

M'inspirant des réflexions à la fois de Catherine Colliot-Thélène¹¹⁸ et de Howard Zinn, je postule que la notion de démocratie doit être repensée dans sa radicalité, ainsi que la place accordée au droit et à l'Etat.

Le terme « démocratie » fait apparemment consensus, car tout le monde s'en réclame. Il convient donc de préciser ce que l'on entend. Dans son acception majoritaire actuelle, on assimile la démocratie au système parlementaire représentatif et à l'Etat de droit, dans les limites du droit existant. On la considère donc comme limitation du pouvoir par le droit, où le peuple n'est vu que comme une entité abstraite d'où le pouvoir est supposé tirer sa légitimité. D'une telle conception de la démocratie, on tire avant tout des droits politiques, à savoir que le peuple peut, tout au plus et selon des modalités contraignantes, sélectionner ses dirigeant.e.s¹¹⁹. Cette vision de la démocratie représentative n'offre aucune véritable garantie de justice et de respect des droits. Tout d'abord, comme l'avait fait remarquer Benjamin Constant, « un peuple d'électeurs ne gouverne pas, s'il

114 Pour consulter le texte complet : http://fr.wikisource.org/wiki/Programme_du_Conseil_national_de_la_Résistance

115 Halimi, Serge, « Libéral ? L'un y tient, l'autre pas », *Le Monde Diplomatique*, février 2010 ; il cite les propos explicites d'Edouard Balladur contre « l'idéologie du Conseil National de la Résistance ».

116 « Appel à la commémoration du 60e anniversaire du Programme du Conseil national de la Résistance du 15 mars 1944 », publié sur : <http://www.alternatives-images.net>.

117 Collectif, *Gouverner par le chaos, Ingénierie sociale et mondialisation*, Editions Max Milo, Paris 2010, pp. 91-93.

118 Colliot-Thélène, Catherine, « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'Année sociologique* 2009/1, Volume 59, pp. 231-258.

119 *Ibidem*, p. 235.

exerce sa souveraineté, à des époques fixes, mais rares, ce n'est jamais que pour l'abdiquer »¹²⁰. Le peuple est ainsi invité à rester passif, à déléguer son autonomie, sa souveraineté et sa capacité d'agir : on est très éloigné de conceptions conseillistes, autogestionnaires, ou même de la radicalité de l'invention démocratique, telle que Cornelius Castoriadis l'a décrite dans son œuvre.

Dans son analyse de l'origine de la démocratie étasunienne, Howard Zinn montre bien comment, pour renverser le pouvoir monarchique, les révolutionnaires américains ont usé d'une rhétorique susceptible de rallier le soutien populaire pour instituer un gouvernement plus démocratique, car représentatif, idée précisément révolutionnaire à cette époque. Mais si l'on y regarde de plus près, on observe que ce gouvernement représentatif avant tout les intérêts des classes les plus fortunées : les textes juridiques fondateurs sont ainsi une combinaison de rhétorique et d'ambiguïté¹²¹. D'ailleurs, un des avantages du système représentatif, ouvertement exposé à l'époque, était précisément que la colère des protestataires perdrait de sa force lorsqu'elle serait relayée par les représentants. On a pu alors parler, pour les élites, d'un « pacte d'assistance mutuelle contre le reste de la société »¹²². En définitive, l'expérience faite par les mouvements sociaux – ouvrier, féministe ou noir – est que les canaux officiels et les procédures formelles du gouvernement représentatif ont été parfois utiles, jamais véritablement suffisants et bien souvent des obstacles au respect des droits fondamentaux des êtres humains¹²³.

Si ces mots nous parlent, c'est qu'en Suisse aussi, pays qui aime à se présenter comme « la meilleure démocratie du monde », la démocratie semi-directe n'a pas été un véritable vecteur du respect des droits fondamentaux. Ce ne sont pas les bienfaits du système qui ont permis de mettre fin au travail des enfants de moins de 16 ans, d'abolir le travail de nuit ou de limiter la durée de la journée de travail : ce sont bien des grèves massives et généralisées, sur une longue durée et dans toute la Suisse, qui ont contraint les dominants à adopter en 1873 la première Loi fédérale sur le travail en fabrique¹²⁴. Cette démocratie helvétique, présentée comme si parfaite, a élaboré une législation sur les étrangers profondément discriminatoire, et, à l'origine, marquée par un antisémitisme virulent qui a débouché sur la notion d'« Ueberfremdung », ancrée dans la loi jusqu'en 2007¹²⁵. Elle s'est aussi distinguée par une adoption lente des conventions internationales ; des menaces permanentes sont proférées en vue de leur dénonciation, puisqu'elles apparaissent non conformes aux agendas politiques du total-libéralisme¹²⁶.

Lors des campagnes référendaires, les discours politiques ne sont quasiment jamais axés sur le respect des droits fondamentaux. Des lois y portant atteinte ont ainsi été adoptées en votation populaire, comme la loi sur les mesures de contrainte en décembre 1994¹²⁷, ou la révision de la loi

120 Constant, Benjamin, *Ecrits politiques*, Gallimard, Paris 1997, p. 595, cité par Colliot-Thélène, art. cit., p. 235.

121 Zinn, op. cit., p. 391.

122 *Ibidem*, p. 425.

123 *Ibidem*, p. 432.

124 Garbani, Philippe, et Schmid, Jean, *Le syndicalisme suisse, Histoire politique de l'Union syndicale suisse*, Editions d'En Bas, Lausanne 1980, pp. 34-35 et p. 39.

125 Dolivo et Tafelmacher, « Sans-Papiers et demandeurs d'asile ... », art. cit., pp. 464-466. Weil-Lévy, Anne, Grünberg, Karl, et Isler Glaus, Joëlle, *Suisse : un essai sur le racisme d'Etat*, Editions CORA, Lausanne 1999 (1er volume : 1900-1942) et 2003 (2ème volume : 1942-2002).

126 Pour un exemple récent : Zurcher, Caroline, « Minarets: la Cour des droits de l'homme saisie », *Tribune de Genève*, mercredi 16 décembre 2009.

127 Pour une analyse critique : Auer, Andreas, « La constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contraintes à l'égard des étrangers », *Pratique Juridique Actuelle (AJP/PJA)*, Zürich 1994, pp. 749-760.

sur l'asile étendant le champ d'application de l'aide d'urgence en 2006¹²⁸. Pire, nous avons assisté à l'adoption de plusieurs normes contraires à ces droits, précisément par le biais des instruments de la démocratie semi-directe. On signalera à titre d'exemples récents l'acceptation de l'initiative populaire « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés dangereux et non amendables » en février 2004¹²⁹, ou de l'initiative populaire « contre la construction de minarets » en novembre 2009¹³⁰.

Si l'on revient à l'histoire des Etats-Unis, Howard Zinn souligne que les Noirs du Sud ont pu imposer des progrès véritablement significatifs en matière d'égalité et de droit de vote par leur propre mobilisation, en se montrant capables de peser directement sur l'exécutif fédéral et sur le Congrès¹³¹. D'une manière générale, l'étude des conquêtes obtenues par différents mouvements sociaux montre que, dans les faits, ce qui a été véritablement efficace « *c'est l'action directe entreprise par des collectifs d'individus engagés, acceptant collectivement de faire des sacrifices et de prendre de nombreux risques au service d'une juste cause* »¹³².

On ne peut que saluer cette remise en valeur de l'action directe, notion trop souvent confinée à la propagande par le fait, prônée par un certain courant de l'anarchisme. Ce concept est pourtant bien plus riche : comme le disait non sans lyrisme Émile Pouget, dans un texte publié en 1904 et sur le point d'être réédité¹³³, il signifie que les dominé.e.s n'attendent rien des personnes, des puissances ou des forces qui leur sont extérieures, mais créent leurs propres conditions de lutte et puisent en eux et en elles leurs moyens d'action. L'action directe implique donc de se réclamer des notions de liberté et d'autonomie, au lieu de plier sous le principe d'autorité. C'est l'appel à toutes et tous pour participer à l'œuvre commune. L'action directe enseigne à vouloir, au lieu de se borner à obéir, à faire acte de souveraineté, au lieu d'en déléguer une parcelle. Bien loin de n'être qu'un geste violent et impulsif, elle est « *la Force accouchant du droit nouveau – faisant le droit social !* ». Emile Pouget n'écartait pas le recours aux moyens de la démocratie semi-directe, comme le référendum, à condition de n'en point faire un dérivatif de l'action directe.

A cette critique indispensable de la démocratie limitée à la représentation politique, il faut ajouter l'importance des luttes dans la création des droits. Ces propos de Frederick Douglass, ancien esclave et farouche combattant abolitionniste, tirés d'un discours prononcé en 1857, restent très actuels : « *Laissez-moi vous dire ce que je pense de la philosophie réformiste. Toute l'histoire des progrès de la liberté humaine démontre que toutes les concessions qui ont été faites jusqu'ici en son auguste nom ont été arrachées par la lutte. S'il n'y a pas de lutte, il n'y a pas de progrès. Ceux qui prétendent aimer la liberté mais méprisent l'agitation sont comme ceux qui veulent la récolte sans avoir à labourer la terre. Ils veulent la pluie sans tonnerre ni éclairs. Ils veulent l'océan sans le rugissement des eaux agitées. La lutte peut être morale mais elle peut également être physique. Ou bien elle peut être à la fois morale et physique. Mais il faut que ce soit la lutte. Le pouvoir ne cède rien qu'on ne lui ait arraché. Il ne l'a jamais fait et ne le fera*

128 Tafelmacher, Christophe, « Après les votations du 24 septembre. Une Suisse euro... incompatible », *Vivre Ensemble*, bulletin n° 110, décembre 2006.

129 « Internement à vie : nouvelles règles (CN 4/07) », *Plateforme d'information humanrights.ch* : http://www.humanrights.ch/home/fr/Suisse/DH-et-politique-interieure/Poursuite-Punition-Detention/Detention/idcatart_5404-content.html

130 « L'initiative interdisant les minarets est contraire au droits humains », *Plateforme d'information humanrights.ch* : http://www.humanrights.ch/home/fr/Suisse/DH-et-politique-interieure/Groupes/Culturel/idcatart_9243-content.html

131 Zinn, op. cit., p. 423.

132 *Ibidem*, p. 432.

133 Pouget, Émile, *L'Action directe, et autres écrits syndicalistes (1903-1910)*, Agone, Collection « Mémoires sociales », Marseille, à paraître en octobre 2010.

jamais. »¹³⁴

Pour reprendre les mots de Howard Zinn, nulle constitution, nulle déclaration de droits, nul système électoral, nulle loi ne peuvent garantir la paix, la justice et l'égalité. Tout cela exige un combat permanent, des débats incessants impliquant l'ensemble des citoyen.ne.s et un nombre infini d'organisations et de mouvements qui imposent leur pression sur tous les systèmes établis¹³⁵.

Comme le soulignait aussi Hannah Arendt, de nombreux changements fondamentaux ont bel et bien été le fruit d'actions collectives et extra-juridiques¹³⁶. C'est dans cette perspective que je rejoins Catherine Colliot-Thélène : à l'encontre de la théorie positiviste du droit de Hans Kelsen, qui influence profondément les juristes, et notamment la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, il faut admettre que la contestation de l'ordre légal lui-même, dans son ensemble ou dans l'une ou l'autre de ses manifestations, par le biais de luttes collectives débouchant sur la reconnaissance de droits nouveaux, appartient de plein droit à la réalité de la création démocratique moderne¹³⁷.

Si l'on admet que la pratique de la démocratie a été, depuis l'époque des révolutions, un processus jamais stabilisé d'institutionnalisation et de contestation des institutions, ceci nous amène nécessairement à comprendre la démocratie comme un mouvement, et non simplement comme un régime, une forme d'Etat ou de gouvernement : sa réalité n'est pas dans la gestion ou dans la gouvernance, mais dans sa remise en question continue¹³⁸. Dans cette perspective, il faut aussi se défaire de la conception étroitement juridique qui disqualifie et réprime comme subversion toute contestation des pouvoirs institués.

Outre la notion de démocratie qu'il s'agit de redécouvrir dans sa radicalité, c'est l'Etat en tant que garant des droits qu'il faut remettre en question. Alors que l'Etat moderne a prétendu mettre fin aux statuts et communautés de l'Ancien régime, on continue aujourd'hui à comprendre la subjectivité politique comme une citoyenneté nationale, ce qui revient à maintenir une forme d'appartenance communautaire réduite à l'Etat-Nation : penser la construction des droits dans le cadre exclusif de l'Etat national, c'est, d'une certaine manière, penser de manière inachevée et c'est surtout se heurter à des impasses quand on aborde la question des personnes non-nationales¹³⁹. Cette analyse justifie l'élaboration du « droit d'être là », à savoir la détermination des droits de chaque être humain et de leur exercice par le choix de s'établir sur un territoire avec l'intention d'y séjourner durablement, indépendamment de la nationalité¹⁴⁰ : pour novatrice qu'elle puisse apparaître dans le cadre du droit positif actuel, cette proposition n'est que la transposition aux êtres humains du « droit au traitement national » déjà bien établi par l'Organisation mondiale du commerce en faveur des sociétés commerciales¹⁴¹.

A l'heure où l'on observe une forte érosion du monopole juridique de l'Etat, et dans un contexte où l'on privatise des tâches qui relevaient classiquement de la souveraineté étatique, il faut interroger

134 Zinn, op. cit., p. 401.

135 Zinn, op. cit., p. IX de la préface.

136 Arendt, « La désobéissance ... », art. cit., p. 82.

137 Colliot-Thélène, art. cit., p. 248.

138 *Ibidem*, pp. 236-237.

139 *Ibidem*, p. 238.

140 Dolivo et Tafelmacher, « Sans-papiers et demandeurs d'asile ... », art. cit., pp. 517-518.

141 Chomsky, Noam, *Sur le contrôle de nos vies*, Editions Alia, Paris 2003, p. 43.

le sens de la distinction entre droit public et droit privé et, au-delà, penser un droit non-étatique : Catherine Colliot-Thélène cite à ce sujet l'exemple du boycott pour suggérer que la garantie des droits peut aussi reposer sur des formes de rétorsion exercées par des collectifs privés¹⁴².

Les critères d'actions et de stratégie peuvent être résumés dans l'opposition à toute injustice et dans le besoin de justice, dans l'égalité radicale de tous les êtres humains, en postulant un même droit à la liberté et à la prospérité. En cohérence avec la vision de la démocratie radicale que j'ai esquissée, ces critères devraient aussi faire l'objet d'une redéfinition constante : qu'entend-on par justice, par prospérité ? Comment définit-on l'égalité ? Il s'agit de rester dans le mouvement de résistance et de création politique, contre les identités figées.

En définitive, il s'agit à la fois de placer les droits et les conditions de leur acquisition et de leur garantie au centre de la politique, dont la question principale ne doit pas être l'appropriation du pouvoir¹⁴³. Je rejoins à la fois Catherine Colliot-Thélène et Hannah Arendt pour affirmer que l'identité du sujet politique ne réside pas dans sa participation au pouvoir, mais bien dans son droit à avoir des droits.

Si l'on parvient à concevoir la démocratie comme un mouvement permanent de création de la politique et de construction des droits, on arrive alors à intégrer les luttes et la désobéissance dans la vie sociale, au lieu de les confiner en les délégitimant dans l'exception et l'extra-juridique, à l'instar des juristes emprisonnés dans le carcan du positivisme et de la neutralité.

La tâche et l'ambition sont vastes, sans aucun doute. Mais les attaques que nous avons à affronter aujourd'hui sont elles aussi d'une grande ampleur. Comme nous y invite Emile Pouget, par nos actions, irradians en force et en beauté ! Et écoutons, pour conclure, cette mise en garde de Howard Zinn : « *La contestation, j'en suis conscient, peut produire son propre dogme. C'est pourquoi il faut réexaminer constamment nos façons de penser, en utilisant les preuves de ce que nous entendons et nous voyons, la réalité de nos expériences, pour penser de manière nouvelle.* »¹⁴⁴

142 Colliot-Thélène, art. cit., p. 252.

143 *Ibidem*, p. 253.

144 Zinn, op. cit., p. 13.

PUBLICATIONS

« Droit à l'aide d'urgence, le grand retournement », *Plaidoyer, Revue juridique et politique*, Zurich, 3/2009, pp. 56-61.

« Manque de pensée et droit : plaidoyer pour une attitude de désobéissance en ces temps difficiles », in Caloz-Tschopp, Marie-Claire : *Lire Hannah Arendt aujourd'hui, Pouvoir, guerre, pensée, jugement politique*, Editions L'Harmattan, Paris 2008, pp. 427-434.

« Sans-papiers et Demandeurs d'asile: faire reconnaître le droit d'être là », en collaboration avec Jean-Michel Dolivo, in Caloz-Tschopp, Marie-Claire et Dasen, Pierre (dir.): *Mondialisation, migration et droits de l'homme, un nouveau paradigme pour les sciences sociales et la citoyenneté*, Volume I, Editions Bruylant, Bruxelles 2007, pp. 460-518.

« Droit contre raison d'Etat » et « La « chasse aux abus » : une arme pour démanteler les droits », in Schmidlin, Irène, Tafelmacher, Christophe et Küng, Hélène : *La politique suisse d'asile à la dérive. Chasse aux abus et démantèlement des droits*, Editions d'En Bas et SOS-Asile Vaud éditeurs, Lausanne 2006, pp. 18-32 et pp. 33-46.

« Faux Réfugiés » ?, *La politique suisse de dissuasion d'asile 1979-1999*, en collaboration avec Alain Maillard, Editions d'En Bas, Lausanne 1999.