

Collection de l'Académie de droit international humanitaire  
et de droits humains à Genève

Collection of the Geneva Academy of International  
Humanitarian Law and Human Rights

Mondialisation, migration  
et droits de l'homme :  
le droit international en question

Globalization, migration  
and human rights :  
international law under review

Volume II

Sous la direction de / Under the supervision of

Vincent Chetail



**BRUYLANT**

2 0 0 7

# LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT DANS LA DOCTRINE DU DROIT DES GENS

PAR

FRANÇOIS RIGAUX (1)

PLAN

I. — QU'EST-CE QUE LE DROIT DES GENS?.....	137
II. — LES JURISTES THÉOLOGIENS ESPAGNOLS DU XVI <sup>E</sup> ET DU XVII <sup>E</sup> SIÈCLE..	140
III. — LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT SELON L'ÉCOLE DU DROIT DE LA NATURE ET DU DROIT DES GENS .....	147
IV. — ESCLAVAGE ET LIBERTÉ DE MOUVEMENT .....	148
V. — LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT DES ÉTRANGERS DANS L'EUROPE DES LUMIÈRES .....	154
VI. — CONCLUSION.....	159

## I. — QU'EST-CE QUE LE DROIT DES GENS ?

Il s'agit de la traduction française littérale de l'expression latine *ius gentium*. *Gentes* signifie peuples ou nations, le mot *populus* désigne le peuple romain. Le contraste apparaît clairement dans la phrase suivante de Cicéron : «*Populus romanus victor dominusque omnium gentium*» (2).

Dans l'expression droit des gens, le mot latin francisé, «gens» est moins suggestif que les traductions anglaise *Law of nations* ou allemande *Völkerrecht*. Dans l'Ancien droit, à l'époque de l'école du droit naturel et du droit des gens, la deuxième expression désignait ce qu'en 1789 Jeremy Bentham remplace par un néologisme, *Inter-*

---

(1) Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain, Membre de l'Institut de droit international.

(2) CICÉRON, *Orationes philippicae*, 6, 5.

*national Law* (droit international), qui a triomphé de l'expression droit des gens, aujourd'hui teintée d'archaïsme (3).

En droit romain le *ius gentium* s'opposait au *ius civile* : alors que celui-ci était le droit des citoyens (*cives*) – nous dirions aujourd'hui au prix d'un anachronisme le droit national – le droit des nations était commun à tous les peuples. Le contraste est très vivement marqué dans un texte des Institutes de Gaius inclus dans la compilation de Justinien, au V<sup>e</sup> siècle après Jésus-Christ : «*Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur : vocatur ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utentur*» (4).

Le même texte apparaît en tête des Institutes de Gaius, mais il y est suivi de la phrase suivante : «*Populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur*» (5). Selon cette dernière phrase, le droit commun à tous les hommes fait partie du droit romain. Mais ne donne-t-elle pas aussi à entendre que le *ius gentium* est une émanation du droit romain. La phrase précédente confère à ce droit de l'humanité un double caractère : «*Mais le droit que les lumières de la raison ont établi chez tous les hommes, est également observé partout ; et on l'appelle droit des gens, parce qu'il oblige toutes les nations*» (6).

Le droit des gens émane donc du droit naturel, c'est la raison naturelle (*naturalis ratio*) qui l'inspire également à tous les hommes. La traduction «les lumières de la raison» se réfère explicitement à la philosophie des Lumières, familière au traducteur en 1805. Mais il appartient aussi au droit positif puisqu'il «est également observé partout». Si l'on veut, comme il est permis, tenir ce droit naturel commun à tous les hommes pour un lointain ancêtre du droit international en vigueur au XXI<sup>e</sup> siècle, il présente, comme ce dernier, un mélange de vertu rationnelle et d'effectivité, mais qu'il soit «observé partout» est une affirmation ambiguë : s'agit-il d'un *Sein* ou d'un *Sollen*? La dernière phrase paraît indiquer que le droit des gens a une force obliga-

(3) BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1<sup>re</sup> éd. 1789), University of London, The Athlone Press, 1970, p. 296. Dès 1802, un Genevois, Etienne DUMONT, adopte l'expression «droit international», dans un ouvrage intitulé *Traité de législation civile et pénale*.

(4) *Digeste*, I<sup>re</sup> partie, livre I<sup>er</sup>, §9.

(5) GAIUS, *Institutes*, texte établi et traduit par Julien REINACH, Paris, Les belles lettres, 1965.

(6) HULOT, *Les cinquante livres du Digeste ou Pandectes de l'Empereur Justinien*, Metz, Behmer et Lamort / Paris, Rondonneau, 1805, p. 43.

toire qui s'impose à toutes les nations. La phrase précédente pourrait avoir une signification différente : le droit des gens tire sa force obligatoire de ce qu'il est universellement accepté.

Un dernier enseignement ne s'applique pas moins au droit international en vigueur : en dépit de sa prétention à l'universalité tout système qui prétend régir les relations entre les peuples et entre les sujets d'États différents est frappé d'une double limitation : dans le temps et dans l'espace. Sur ce point le *ius gentium* est porteur d'une leçon qui n'a rien perdu de sa force : il y va d'une subdivision du droit romain dans laquelle la raison naturelle telle qu'elle est perçue dans le monde gréco-romain de l'Antiquité prend en compte d'autres sociétés pour autant que celles-ci se laissent, elles aussi, guider par la même raison naturelle.

La filiation entre le *ius gentium* et la *Law of nations* de la doctrine anglaise au XVIII<sup>e</sup> siècle n'est rien moins que directe. Le *ius gentium* a pour domaine des rapports entre des êtres humains, non point des relations interétatiques au sens où nous l'entendons aujourd'hui, et la lecture déformante du passage des *Institutes* que nous a léguée Francisco de Vitoria ( $\pm$  1483-1546) est à l'origine d'une bifurcation sémantique notable. Les institutions que le *ius gentium* tient pour communes à tous les hommes guidés par leur raison ont pour objet des rapports entre les individus, le mariage, le contrat, les successions, le testament, la responsabilité civile. La philosophie stoïcienne qui professe l'égalité entre tous les êtres humains est à la source de la définition romaine d'un droit inspiré par une raison commune à tous les hommes, telle du moins que la concevaient les philosophes et les juristes du début de l'ère chrétienne. Le message évangélique d'égalité de toutes les personnes face à leur Créateur, toutes appelées à répondre à la promesse de la vie éternelle, a opéré avec la doctrine de la Stoa une fusion qui sera l'œuvre du néo-stoïcisme chrétien de la Renaissance (7).

(7) Sur l'«harmonie préétablie entre les attitudes fondamentales de l'homme romain traditionnel et la spiritualité du Portique», voir notamment : GUSDORF G., *Les sciences humaines et la pensée occidentale*, t. II, *Les origines des sciences humaines*, Paris, Payot, 1967, pp. 103-104. Dans le même sens : BAKER H., *The Dignity of Man*, Cambridge, Harvard University Press, 1947, pp. 69-83; MAC INTYRE A., *Whose Justice? Which Rationality?*, London, Duckworth, 1988, pp. 147-149. Sur le néostoïcisme à la Renaissance : ZANTA L., *La renaissance du stoïcisme au XVI<sup>e</sup> siècle*, Thèse, Paris, Champion, 1914, réimpression Slatkine Reprints, Genève, 1975; OESTREICH G., *Neostoicism and the early modern state*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; BAKER H., *The Dignity of Man*, *op. cit.*, pp. 293-312. Voir encore : SCHMALENBACH H., «Die soziologische Kategorie des Bundes», *Die Dioskuren*, 1922, p. 102.

II. — LES JURISTES THÉOLOGIENS ESPAGNOLS  
DU XVI<sup>E</sup> ET DU XVII<sup>E</sup> SIÈCLE

C'est à la faveur de deux événements que va se cristalliser une manière nouvelle d'aborder les relations internationales. Le premier est l'émergence d'une pluralité d'États monarchiques. Même si les érudits signalent quelques exemples de rapports et même de traités internationaux dans l'Antiquité, les grands Empires ne concevaient pas un système de relations égalitaires avec leurs voisins. L'Empire chinois (dont l'Occident soupçonnait à peine l'existence), l'Empire éphémère d'Alexandre et l'Empire romain étaient des colosses qui ne se souciaient pas d'entrer dans des relations interétatiques au sens où on l'entend en Europe depuis la Renaissance. A son origine, le droit international est lié à l'émergence d'une pluralité d'États modernes.

Le second événement est la conquête de peuplades qualifiées de barbares ou de non civilisées et c'est là que les théologiens espagnols, aux avant-postes de la conquête de l'Amérique, vont promouvoir une réflexion à la fois théologique et juridique : à quel titre les Espagnols ont-ils pu conquérir et dominer pour plusieurs siècles les peuples occupant tout un continent au-delà de l'Atlantique et servir de « modèle » à la pénétration plus tardive de l'Afrique et de larges morceaux de l'Asie.

Dans la célèbre *relectio* de Vitoria, *De Indis recenter inventis*, la notion de titre occupe une place centrale. Au sens propre, le *titulus* est une inscription (placée sur un monument par exemple). Le sens figuré est celui d'une cause, source d'un droit. Quand Vitoria distingue les titres qui justifient la conquête de ceux qui ne sauraient le faire, il recherche de quel droit les Indiens ont été conquis et soumis. Que la question soit posée, au nom de la théologie, est une innovation, même au regard de la tradition scolastique de la doctrine de la guerre juste, à laquelle Vitoria se rattache par le thème de sa seconde lecture *De iure belli* (8).

(8) Faisant l'objet d'un enseignement oral à Salamanque, les deux relectures reçurent une publication posthume à Lyon en 1557, sans doute sur des copies ramenées d'un séjour en Castille. Voir notamment : TRUYOL Y SERRA A., « Les principales étapes dans la vie de Vitoria », in : *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Travaux de la Journée d'étude organisée à Louvain-la-Neuve par le Centre Charles De Vischer pour le droit international le 5 décembre 1986, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 1-9.

Le titre principal de la conquête des Indes est le *ius communicationis*, le droit de libre circulation des êtres humains. Il est de droit naturel que les hommes et les peuples puissent entretenir des relations pacifiques. S'y opposer est une juste cause de guerre. L'exercice de cette liberté est subordonné à une condition rigoureuse, dont Vitoria doute qu'elle ait été satisfaite par les Espagnols débarquant en Amérique, à savoir l'offre de nouer des relations pacifiques. Le *ius communicationis* ne couvre pas une invasion armée ni une guerre d'agression.

C'est dans la troisième section du *De Indis* que Vitoria fonde l'invasion espagnole sur le titre de la société naturelle de la communication : «*Primus titulus potest vocari naturalis societatis et communicationis*» (9). L'affirmation du principe est cependant tempérée d'un important *caveat* : «*Sine aliquo tamen nocumento barbarorum*».

Le droit des Espagnols est déduit du *ius gentium* que Vitoria paraît juger équivalent au droit naturel (*ex iure naturali*). Et de citer le passage des *Institutes* reproduit ci-dessus, moyennant une notable altération : «*Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*» devient «*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit*».

A la place des hommes (*homines*) ce sont les nations (*gentes*) qui, selon le texte de Vitoria, forment une société régie par un droit déduit de la raison naturelle, le droit des gens (*law of nations*). Bien que Vitoria les qualifie de «*barbares*» (*barbari*), les nations indiennes appartiennent à cette société universelle, et le droit international naissant est requis de justifier la guerre qui leur est faite. A l'époque des Croisades, la chrétienté occidentale ne mettait pas en doute la légitimité de la (re)conquête de la Terre sainte. L'appui donné aux Croisades par plusieurs Papes évoque les guerres menées par les tribus d'Israël sur l'ordre de Dieu. Plutôt que de la théorie de la guerre juste les Croisades relevaient de la doctrine de la guerre sainte (10). L'année même du premier débarquement des Espagnols dans une île des Bahamas qu'ils appelleront San Salvador, en 1492,

(9) VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, traduit et reproduit in : BROWN SCOTT J. (ed.), *The Classics of international law*, Washington, D.C., Carnegie Institution, 1917, Sect. III, I, p. 257.

(10) En ce sens, notamment : MICHEL VILLEY, *La Croisade*, Essai sur la formation d'une théorie juridique, Caen, Imprimerie caennaise, 1942.

la Reine de Castille conquiert Grenade et détruit le dernier royaume more de la Péninsule ibérique. L'analogie de la *Reconquista* avec les Croisades ne s'étend pas à la conquête de l'Amérique. Au demeurant Vitoria ne compare à aucun moment deux événements cependant contemporains. Le pape Innocent III (règne 1198-1216) avait mis à son programme diverses reconquêtes, non seulement celle de Jérusalem, reconquise puis perdue, mais aussi la destruction de l'hérésie des Albigeois et de celle des Bogomiles (en Bosnie-Herzégovine). La conquête de l'Amérique n'a pas été inspirée par Dieu ni encouragée par aucun Pape. Il est notable, et c'est l'une des originalités de Vitoria, que le titre premier retenu par lui, le *ius communicationis*, est la justification séculière d'une guerre qui ne prend jamais les apparences d'une guerre sainte, et qu'il ne considère qu'en second lieu le *ius predicandi et annuntiandi Evangelium in provinciis barbarorum* (11).

Non seulement l'évangélisation n'est considérée qu'à un second titre, mais elle est soumise au même *caveat* que le *ius communicationis* : ce n'est que si les Indiens se sont opposés par la force au débarquement des missionnaires et à leurs tentatives pacifiques d'évangélisation que naît au profit du Roi d'Espagne une juste cause de guerre. La propagation de la religion n'est qu'un appendice d'une notion plus globale, le *ius communicationis*. Vitoria est, sur ce point, un maillon d'une tradition théologique ininterrompue, la volonté de convertir les Indiens n'est pas une juste cause de guerre : non seulement on ne peut convertir par la coercition, mais c'est même un sacrilège.

Dans la première partie du *De Indis*, Vitoria affirme que tout barbares et païens qu'ils sont, les Indiens sont maîtres de leurs terres et qu'il faut un juste titre pour les en déposséder. «*Peccatum mortale non impedit dominium civile et verum dominium*» (12).

Dans la deuxième section, Vitoria cite de nombreuses sources qui interdisent de faire la guerre pour convertir les infidèles et il conclut dans les termes suivants : «*Ergo per bellum barbari non possunt moveri ad credendum, sed ad fingendum se credere et recipere fidem Christianam, quod immane et sacrilegium est*» (13).

(11) VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, op. cit., Sect. III, 9, p. 262.

(12) *Ibid.*, Sect. I, 6, p. 224. Et il cite à l'appui de cette affirmation de nombreuses sources chrétiennes, depuis saint Augustin jusqu'à Cajetan. La conclusion est très ferme : I, 19, p. 229.

(13) *Ibid.*, Sect. II, 15, p. 251.

La conversion des «barbares» n'est pas une juste cause de guerre, bien plus la coercition tend à obtenir des conversions feintes, ce qui est monstrueux et sacrilège. Ce qu'on appellera au XVI<sup>e</sup> siècle «guerres de religion» ne mérite pas cette qualification. La doctrine thomiste distingue la guerre de la rébellion. La guerre oppose des peuples maîtres de leur territoire, la rébellion est la désobéissance armée des sujets d'un souverain. L'expression «guerre civile» est aussi approximative que celle de guerre de religion. Dans la Somme théologique, la Question XL *De bello* est séparée de la Question XLII *De seditione* (14). Le souverain a le pouvoir, le droit et même le devoir de réprimer par la force la rébellion de ses sujets. Cela inclut le devoir de déraciner l'hérésie lequel demeure distinct de la prétention de détruire l'hérésie des sujets d'un autre souverain. L'idée de souveraineté est clairement exprimée dès la fin du Moyen Age et elle sortira renforcée de la formation des premiers États européens. La religion occupe une place trop considérable dans l'organisation des sociétés pour que celles-ci puissent tolérer la diversité des croyances. La liberté religieuse et le pluralisme des croyances ne sont acceptables que dans une société à ce point sécularisée que la religion y a été déchuée de son importance. Ce n'est pas encore le cas au XVI<sup>e</sup> ni au XVII<sup>e</sup> siècle. L'unité de religion dans un État peut être obtenue par l'exercice d'une contrainte mesurée. La Révocation de l'Édit de Nantes est en 1685 un acte politique dans lequel s'exprime une idéologie en voie d'extinction et qui ne satisfait plus la partie éclairée de l'opinion. Mais au XVI<sup>e</sup> siècle, l'unité de religion est encore tenue pour une composante essentielle de l'unité nationale. Un humaniste aussi indifférent aux querelles religieuses que Juste Lipse (1547-1604) (qui enseigna à Jena en pays luthérien, à Leiden, université calviniste, et termina sa carrière à Louvain sous le règne de Philippe II) estime néanmoins que le souverain doit déraciner les hérésies qui portent atteinte à l'unité de l'État : «Et ny doit point la Clemence trouver place : il y faut donner le feu, inciser et retrancher, afin qu'un membre meure et soit perdu, plutôt que tout le corps» (15).

(14) St. Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, I a, I ae.

(15) LIPSE J., *Les politiques ou doctrine civile*, traduit par Charles LE BER, Edition de Paris, 1597. Livre IV, chap. III, pp. 75-76. L'original latin est particulièrement dur : *Clementiae non hic locus. Ure, seca, ut membrorum potius, aliquod, quam totum corpus intereat*. Juste Lipse est un représentant notable du courant néo-stoïcien, «one of the prophets of Neo-Stoicism», selon BAKER H., *The Dignity of Man*, *op. cit.*, p. 301. Dans le même sens : ZANTA L., *La renais-*

Les décrets du pape Innocent IV (règne 1243-1254) sur les hérétiques doivent se lire comme visant l'éradication de l'hérésie dans l'ordre interne, car il s'agit de directives adressées aux magistrats et aux organes du pouvoir séculier (16).

Présenté comme une disposition universelle de la loi naturelle, le *ius communicationis* est, en raison du contexte historique, frappé d'une double relativité : il autorise les Espagnols à se présenter paisiblement aux Indiens pour y faire le commerce et prêcher l'Évangile. Toutefois, Vitoria émet lui-même des doutes sur le caractère pacifique des ouvertures faites par des étrangers armés débarquant sur le sol des Indiens (17). Dès lors, une condition essentielle de la juste cause de guerre ne fait-elle pas défaut ? En second lieu, la loi de la nature est trop asymétrique pour pouvoir être jugée vraiment universelle : non seulement les Indiens n'ont pu concevoir l'idée de coloniser l'Espagne, mais les conquérants vont soumettre leurs colonies à un protectionnisme rigoureux, leurs navires seront seuls autorisés à y faire le commerce, ce qui sera plus tard une des causes de l'appui donné par l'Angleterre aux luttes de libération du début du XIX<sup>e</sup> siècle. En outre la frontière qui sépare de l'espace colonial espagnol le Brésil conquis par le Portugal est étanche, et une bulle du pape Alexandre VI a même conféré l'évangélisation des habitants de chacun de deux territoires aux seuls missionnaires envoyés respectivement par le roi d'Espagne et par le roi du Portugal (18).

Quand les conditions socio-économiques s'y prêtent, la liberté de mouvement est réciproque. Vitoria étend aux Indiens l'interdiction de s'opposer à l'entrée pacifique des Espagnols, qui vaut également pour le roi de France (19). La liberté de mouvement est ainsi reconnue, sous le bénéfice de la réciprocité, des Français en Espagne et des Espagnols en France.

sance du stoïcisme au XVI<sup>e</sup> siècle, *op. cit.*, pp. 1, 111-112, 147, 164, 334; POHLENZ M., *Die Stoa, Geschichte einer geistigen Bewegung*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1959, p. 469.

(16) *Magnum Bullarium Romanum*, Akademischer Drucker, Graz, Austria, 1964, t. III, pp. 323-324.

(17) VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, *op. cit.*, Sect. III, 12, p. 264.

(18) Dès le 7 juin 1494, les deux souverains concluent le traité de Tordesillas par lequel ils se reconnaissent des droits exclusifs sur leur empire colonial et le 4 mai 1493 la bulle *Inter cetera* du pape Alexandre VI avait déjà interdit aux missionnaires de chacune des deux puissances d'évangéliser les populations de l'autre puissance. Voir : RIGAUX F., *Guerres et interventions dans le Sud-Est européen*, Paris, Pedone, 2004, p. 30 et la note 22.

(19) VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, *op. cit.*, Sect. III, 2, p. 257 : «non liceret Gallis prohibere Hispanos a peregrinatione Galliae».

Dans les circonstances historiques où elle est formulée, la doctrine de Vitoria aboutit à reconnaître aux Rois catholiques un titre suffisant pour la conquête et l'occupation des territoires des Indiens. L'un des fondements de cette doctrine, à savoir que les peuples non européens sont, avant la colonisation, maîtres de leur territoire et qu'il faut, dès lors, une juste cause de guerre pour que la conquête soit justifiée, fut très vite oublié. Les acquisitions coloniales ultérieures se firent dans la conviction que les territoires occupés par des peuples non civilisés étaient une *terra nullius* ouverte au premier occupant. Sans doute l'idée de découverte, utilisée par Vitoria lui-même (*De Indis recenter inventis*), pouvait donner à croire que les Indiens n'existaient pas avant qu'ils ne fussent découverts. Mais il corrige cette impression en reconnaissant aux Indiens la qualité de *verus dominus*. Pareil correctif sera oublié par les générations ultérieures. Dans les affaires relatives aux Indiens d'Amérique du Nord, la Cour suprême des États-Unis l'exclut explicitement :

«The native tribes who were found on this continent at the time of its discovery have never been acknowledged or tested as independent nations by the European governments, nor regarded as the owners of the territories they respectively occupied. On the contrary, the whole continent was divided and parcelled as if it had been vacant, and inoccupied land, and the Indians continuously held to be, and treated as, subjects to this dominion and control» (20).

Cette doctrine sera réaffirmée aussi tard qu'en 1955, à propos du statut des Indiens de l'Alaska qui soutenaient que les Russes ne leur avaient jamais dénié la maîtrise de leur territoire et que la Convention de session de l'Alaska entre la Russie et les États-Unis signée à Washington le 20 mars 1867 (21) n'avait pu les dépouiller des droits consentis par la Puissance cédante. Sans rencontrer cette allégation, la Cour suprême des États-Unis se borne à considérer que les traités conclus par des nations civilisées à propos des territoires coloniaux engagent ces nations l'une à l'égard de l'autre sans avoir aucun effet sur la condition des peuples assujettis (22). Le partage

(20) Chief Justice Taney dans : US Supreme Court, *United States v. Rogers*, 45 US (4 How.) 567, 572 (1846). On reconnaît aussi l'europanisation du droit international : c'est aux gouvernements européens qu'il appartient de reconnaître ou non la maîtrise exercée par les nations indiennes sur leur territoire.

(21) *The Consolidated Treaty Series*, edited and annotated by Clive PARRY, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, vol. 134, p. 331.

(22) *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*, 348 US 272, 279 (1955). Sur la portée des cessions de territoires par les puissances européennes, voir aussi : Chief Justice Marshall dans : *Johnson v. McIntosh*, 21 US (8 Wheat) 543, 572-588 (1823).

de l'Afrique par le traité de Berlin du 26 février 1885 (23) a eu exactement le même caractère : les actes internationaux relatifs aux territoires coloniaux épuisent leurs effets dans les relations entre les Hautes Parties contractantes, ils demeurent sans incidence sur la condition des peuples assujettis et ne créent aucun droit dans le chef de ceux-ci.

Les conquêtes coloniales accomplies en Asie n'obéissent pas toutes au schéma de la *terra nullius*, sans doute parce que les puissances conquérantes étaient conscientes de l'existence de civilisations brillantes, souvent plus anciennes que les leurs, et elles respectèrent mieux les institutions locales. Telle fut notamment la politique suivie par l'Angleterre dans l'Empire des Indes.

La *ius gentium* de Vitoria se reflète encore dans la doctrine anglaise de la *Law of nations*, telle que Blackstone l'a fixée à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle :

«The law of nations is a system of rules, deducible by natural reason, and established by universal consent among the civilized inhabitants of the world, in order to decide all disputes, to regulate all ceremonies and civilities, and to insure the observance of justice and good faith, in that intercourse which most frequently arises between two or more independent states, and the individuals belonging to them» (24).

Les principaux ingrédients de la doctrine de Vitoria se retrouvent dans la *Law of nations* : elles ont l'une et l'autre la même origine, la raison naturelle, et elles ont fait l'objet d'un consentement universel des nations civilisées. Ici apparaît une notable divergence avec le *ius gentium* de Vitoria. Le théologien espagnol ne semble pas s'être interrogé sur l'adhésion des barbares aux normes communes et il est donc possible que celles-ci soient l'émanation d'une raison naturelle propre aux «nations civilisées». Il ne serait, dès lors, pas nécessaire que les Indiens eussent consenti à un système rationnel instauré sans leur participation. On retrouve ici une des illusions du droit international classique : édifier un droit universel à partir de la culture propre à un peuple (le peuple romain) ou à un groupe de peuples (les nations dites chrétiennes ou civilisées), à un moment déterminé de l'histoire.

(23) *The Consolidated Treaty Series*, edited and annotated by Clive PARRY, *op. cit.*, vol. 165, p. 485.

(24) BLACKSTONE W., *Commentaries on the laws of England* (1<sup>st</sup> ed. 1765-1769), 14th ed. with the last corrections of the author, London, Strahan, 1803, t. IV, chap. V, p. 66.

Pareille émergence de la *Law of nations* dans le temps et dans l'espace est clairement et succinctement énoncée par Joseph Story au début du XIX<sup>e</sup> siècle : «*The truth is, that the law of nations, strictly so called, was in a great measure unknown to antiquity and is the sole growth of modern times, under the combined influence of Christianity and commerce*» (25).

Ce passage relève correctement que les racines romaines de la *Law of nations* sont très éloignées d'un système de relations fondé sur le christianisme et le commerce. L'ordre dans lequel les deux notions apparaissent chez le théologien espagnol est inversé par le juriste américain qui fut juge à la Cour suprême des États-Unis.

### III. — LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT SELON L'ÉCOLE DU DROIT DE LA NATURE ET DU DROIT DES GENS

Après le *De Indis*, le second acte de naissance du droit international est l'ouvrage d'un juriste hollandais, Hugo Grotius (1583-1645), *De iure belli ac pacis* (1<sup>re</sup> éd. 1625), lui-même à l'origine d'une école généralement dénommée *École du droit de la nature et du droit des gens*. En 1672, Samuel Pufendorf (1632-1694) publie un ouvrage très dépendant de Grotius : *De iure naturali et gentium libri octo*. Jean Barbeyrac (1674-1744) traduisit en français cet ouvrage ainsi que le *De iure belli*. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, le principal écrivain sur la matière du droit des gens est un philosophe, disciple de Leibniz, Christian Wolff (1679-1754). Il est l'auteur d'un traité de droit naturel comprenant huit tomes et publié de 1740 à 1748. Le plus connu de ses disciples est Emer de Vattel (1714-1767), originaire de la principauté de Neuchâtel, qui vulgarise la doctrine de Wolff dans *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758).

Christian Wolff reproduit très fidèlement la définition romaine du *ius gentium* et son identité avec le droit naturel : «*Gentes quoque originarie non alio utuntur jure sine naturali, consequenter Jus Gentium originarie non est nisi Jus naturae ad Gentes applicatum*».

(25) STORY J., *Commentaries on the Conflict of Laws, foreign and domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgements*, Boston, Hillard, Gray, and Company, 1834, §3, p. 4.

Et il souligne la formation d'une société suprême universelle (*civitas maxima*): «*Jus universarum Gentium in civitate maxima in singulas ex fine civitatis maximae metiendum*» (26).

Telle qu'elle sera pratiquée dans l'Europe des Lumières (*infra*, V), la liberté de mouvement maintient une distinction entre le droit en vigueur entre les «nations civilisées» et celui qui est appliqué par celles-ci dans l'espace de la colonisation. La liberté de mouvement y est, comme chez Vitoria, pratiquée à sens unique. Les métropoles organisent des émigrations tantôt volontaires, tantôt encouragées, tantôt forcées (27), de la métropole vers une de leurs possessions d'outre-mer. Les puissances coloniales avaient besoin d'administrateurs, de soldats, de policiers qui allaient, à des niveaux divers, occuper une position supérieure à celle des autochtones. A la fin de la période coloniale, plusieurs puissances européennes, notamment la France et la Grande-Bretagne, recruteront parmi leurs sujets d'outre-mer des soldats utilisés pour subjuguier des peuples voisins et même dans leurs conflits avec d'autres nations européennes (à partir de la Première Guerre mondiale). En outre les colonies ont longtemps maintenu une population d'esclaves remplacée ou accrue par la traite qui ne sera abolie qu'au XIX<sup>e</sup> siècle.

#### IV. — ESCLAVAGE ET LIBERTÉ DE MOUVEMENT

La justification de l'esclavage, tenu dans l'Antiquité pour une nécessité économique et réintroduit dans les colonies d'Amérique pour satisfaire aux besoins de main-d'œuvre, repose sur une scission entre la loi naturelle et le droit des gens. D'après une tradition constante depuis les juristes romains (28) et prolongée par la scolastique, tout être humain naît libre selon la loi naturelle, l'esclavage est une institution créée par l'homme et, à ce titre, rattachée

(26) WOLFF C., *Prolegomena*, §3 et §14.

(27) Le roman de l'abbé PRÉVOST, *La véritable histoire du Chevalier des Grieux et de Manon Lescaut* (1731) conserve un témoignage de l'envoi aux colonies d'Amérique de femmes devenues indésirables en France. Le peuplement de l'Australie fut, à l'origine, assuré par l'envoi de condamnés (*convicts*). Sur le transfert d'une garnison portugaise du Maroc au Brésil à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, voir: VIDAL L., *Mazagao, La ville qui traversa l'Atlantique. Du Maroc à l'Amazonie (1709-1783)*, Aubier (collection historique), 2005.

(28) ULPYEN, *Digeste*, 50, 17, 32: «*quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*». Voir aussi: *Institutes*, Libr. I, Tit. III, *De iure personarum*, 2-3. Pour une analyse de l'esclavage antique: VERNANT J.-P., *Mythe et société en Grèce antique*, Paris, Maspero, 1974; Paris, Ed. la Découverte, 1988, pp. 22-29, p. 94.

au *ius gentium*, sans qu'elle soit jugée contraire au droit naturel. D'après Saint Augustin, l'esclavage est le fruit du péché. Par une étymologie contestable, il fait dériver *servus* de *servare* : l'ennemi fait prisonnier et qui pourrait être mis à mort conserve une vie diminuée, celle d'un esclave. (29) Selon Duns Scott, «l'esclavage est légitime s'il est la compensation du geste libéral que le vainqueur a eu en laissant la vie à son captif; s'il est la punition d'un crime; s'il est le résultat d'un acte de soumission volontaire» (30).

Aucune des justifications ainsi avancées n'est très convaincante. Saint Thomas d'Aquin pose plus nettement le problème en assimilant l'esclavage à la propriété. Selon la loi naturelle, tous les humains sont égaux et libres et les biens de la terre sont communs à tous. Le mythe d'une communauté primitive sera encore très présent dans l'École du droit de la nature et du droit des gens. Or, poursuit Saint Thomas, il n'y a pas de raison naturelle pour que tel homme soit libre, tel autre esclave ni pour qu'un champ en soi et absolument doive appartenir à un individu plutôt qu'à un autre. C'est le *ius gentium* qui a créé ces situations d'inégalité. Non seulement l'identité de la loi naturelle et du droit des gens est rompue mais elle se réduit à une fiction pieuse. Le droit des gens est un droit naturel dérivé ou au second degré (31).

Vitoria donne une réponse affirmative à la question s'il est licite de réduire en esclavage les femmes et les enfants faits prisonniers durant une guerre juste mais il exclut la réduction en esclavage de prisonniers chrétiens (32). Toutefois le droit de la guerre en vigueur jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle autorise de ne libérer les prisonniers que moyennant le paiement d'une rançon. L'interdiction de réduire des coreligionnaires en esclavage est commune aux peuples chrétiens et aux musulmans. Dans l'Empire ottoman, elle s'étendait à tous les sujets du Sultan. Depuis la fin du Moyen Age, le commerce des esclaves était très actif et parfois dans les mains de commerçants juifs qui n'étaient pas touchés par la prohibition. Venise, Raguse

(29) St AUGUSTIN, *De civitate Dei*, XIX, XV. Il cite aussi les passages des Épîtres de Saint Paul où il est enseigné aux esclaves à être soumis à leurs maîtres : Ephésiens, VI, 5-9; Colosséens, III, 22-25; Tite, II, 9-10. Voir aussi, DE SÉVILLE I., *Etymologiae*, libr. 5, cap. 4. L'idée selon laquelle l'esclavage est une conséquence de la chute originelle est développée par St Bonaventure : «*Servitus est poena peccatii*», cité par DE LAGARDE G., *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge*, 6 vol : 1934-1940, t. III, pp. 136-137.

(30) *Ibid.*, t. III, p. 137, note 35.

(31) *Somme théologique*, I a-II ae, qu. 57, est. 3.

(32) VITORIA, *De iure belli*, 42, p. 290.

(aujourd'hui Dubrovnik) et Kotor étaient des centres de la traite et les habitants d'Europe centrale et orientale en étaient les principales victimes, notamment les Bogomiles, tenus pour hérétiques par l'Église. Comme tous les sujets de l'Empire ottoman étaient protégés en cette seule qualité, aux marchés d'esclaves de l'Empire, notamment celui de Constantinople, ne pouvaient être offerts en vente que des chrétiens non régnicoles ou des païens extérieurs à l'Empire, tels les Circassiens (33). Tout baptisés qu'ils fussent, les Noirs d'Amérique ne bénéficièrent pas de cette immunité.

Au XVII<sup>e</sup> siècle, les derniers scolastiques demeurent fidèles à l'idée selon laquelle la propriété et l'esclavage, sans être voulus par la loi naturelle, sont conformes au *ius gentium* (34). Durant la controverse entre Bossuet et le pasteur Jurieu, le premier défend la légitimité de l'esclavage sur les arguments traditionnels, notamment le don de la vie sauve aux prisonniers (35). Constatant que la condamnation de l'esclavage est l'effet d'un grand progrès de la moralité, Frederick Pollock rappelle que trois siècles plus tôt les nations chrétiennes le tenaient pour légitime. (36) Aboli dans les colonies françaises par le décret du 18 pluviôse an II, l'esclavage y fut rétabli par la loi du 30 floréal an X (20 mai 1802) (37) et il ne fut définitivement aboli que par un décret de la Seconde République (1848). Le rétablissement de l'esclavage sous le Consulat remit en vigueur le *Code Noir* de 1685 (38).

(33) SEDLAR J.W., *East Central Europe in the Middle Ages, 1000-1500*, University of Washington Press, vol. 2 de *A History of East Central Europe*, 1994, p. 352; LEWIS B., *The Middle East, 2000 Years of History from the Rise of Christianity to the Present Day*, London, Phoenix, 2001, pp. 174-175, 208-209.

(34) SUAREZ, *De legibus ac Deo legislatore* (1612), Lib. II, cap. XIX, n<sup>os</sup> 13-17.

(35) BOEGNER M., «L'influence de la Réforme sur le développement du droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1925-I, p. 282. Sur le rôle des protestants dans l'abolition de la traite, voir pp. 312-313.

(36) POLLOCK F., *Essays in Jurisprudence and Ethics*, London, McMillan and Co. 1882, pp. 296-297.

(37) CARBONNIER J., «L'esclavage sous le régime du code civil», *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1957, pp. 53-63.

(38) Édit de mars 1685 touchant la police des îles de l'Amérique française, ISAMBERT F., *Recueil général des anciennes lois françaises*, vol. XIX, p. 494. L'Édit touchant la police des îles fut adopté la même année que l'acte royal révoquant l'Édit de Nantes. Sur le *Code Noir*, voir : PALMER V.V., «The Origin and Authors of the Code Noir», *Louisiana Law Review*, 1995, p. 363; WATSON A., «The Origins of the Code Noir Revisited», *Tulane Law Review*, 1997, pp. 1001-1072. Sous la Monarchie de juillet, Montalembert s'efforça vainement de réclamer devant la Chambre des Pairs l'abolition de l'esclavage : *Discours de M. le comte de Montalembert*, Paris, Jacques Lecoffre et Cie, 1860, t. I, pp. 64-67 (séance du 7 mai 1836); t. II, pp. 58-62 (séance du 7 avril 1845).

La survivance de l'esclavage dans les pays ou les territoires coloniaux qui ne l'avaient pas aboli était à la fois une entrave à la liberté de mouvement et un déni de la liberté tout court. Toutefois, l'esclave qui avait usurpé la liberté de se mouvoir et avait pu gagner un pays où l'esclavage était aboli conquerrait par là même sa liberté. Selon une opinion de Lord Mansfield, exprimée en 1772 :

«*The state of slavery is of such a nature that it is incapable of being introduced on any reasons, moral or political, but only positive law. [...] It is so odious that nothing can be suffered to support it but positive law*».

La conclusion du célèbre membre de la *House of Lords* est que l'esclavage est inconnu de la *common law* et qu'aucune loi ne l'a introduit en Angleterre (39). La situation était particulièrement critique aux États-Unis, divisés en États esclavagistes et États abolitionnistes. Les représentants des premiers États, qui avaient exercé une grande influence sur la rédaction de la Constitution fédérale, réussirent à déjouer les tentatives d'y insérer des dispositions condamnant l'esclavage, notamment un projet initial accusant le Roi d'avoir introduit l'esclavage dans les colonies (40). Ils firent aussi adopter une loi contraignant les États abolitionnistes à restituer à leur propriétaire les esclaves fugitifs : *An Act Respecting Fugitives from Justice and Persons Escaping from the Service of their Masters*, 1 Stat. 302 (1793).

L'application du *Fugitive Slaves Act* donna lieu à plusieurs arrêts de la Cour suprême des États-Unis ayant affirmé la constitutionnalité de la loi qui contraignait les États abolitionnistes à livrer un esclave fugitif qui aurait dû, selon les principes, conquérir sa liberté en touchant une terre libre (41).

(39) Voir FREDERICKSON G.L., «The Long Trek of Freedom», *The New York Review*, July 14, 2005, p. 40. La solution anglaise est attestée par STORY J. dans *Commentaries on the Conflict of Laws, foreign and domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgements*, op. cit., §96, p. 92 : «It has been decided, that the law of England abhors, and will not endure the existence of slavery within the nation; and consequently, as soon as a slave lands in England, he becomes ipso facto a freeman, and is discharged of the state of servitude».

(40) Opinion partiellement dissidente du juge Marshall dans : US Supreme Court, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 US 265, 387-391 (1978). Voir aussi : FINKELMAN P., «Story Telling on the Supreme Court : Prigg v. Pennsylvania and Justice Joseph Story's Judicial Nationalism», *The Supreme Court Review*, 1994; *Harvard Law Review*, 1995, pp. 247-294.

(41) FALLON R.H., «A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation», *Harvard Law Review*, 1987, pp. 1189-1286, p. 1285, n. 407, cite les arrêts suivants : US Supreme Court, *Prigg v. Pennsylvania*, 41 US (10 Pet.), 539 (1842); *Jones v. Van Zandt*, 46 US (5 How.), 215 (1847); *Moore v. Illinois* (14 How.) 13 (1855); *Ableman v. Booth*, 62 US (21 How.) 56 (1859).

Un esclave qui s'enfuit du Maryland trouve refuge en Pennsylvanie. Sans recourir à la procédure d'extradition analogue à celle des criminels visés par la même loi, le maître de l'esclave fait poursuivre le fugitif par un de ses agents qui le ramène en Maryland. Un tribunal de la Pennsylvanie condamne l'agent à la peine prévue par la loi locale qui réprime l'enlèvement ou l'éloignement du territoire de l'État d'une personne de couleur. Dans un arrêt rédigé par le juge Story, la Cour déclare la loi de la Pennsylvanie inconstitutionnelle en raison de son incompatibilité avec une loi fédérale adoptée à l'unanimité en raison de la nécessité politique d'établir l'harmonie entre les deux catégories d'États. Le *Fugitive Slaves Act* prime dès lors toute loi d'État qui y est contraire, et il implique une reconnaissance positive et absolue du droit du propriétaire sur l'esclave (« *a positive and unqualified recognition of the right of the owner in the slave* ») (42). Pareil droit inclut le pouvoir de se faire justice à soi-même (*self-help*) à condition qu'il soit exercé sans trouble de la paix ni violence. Non seulement l'esclave est privé de la liberté de mouvement qui lui permettrait de trouver refuge dans un État où il deviendrait libre, mais il est considéré comme une chose, un objet de propriété, non comme une personne (43).

Le premier État ayant rendu la Traite punissable aurait été la principauté de Raguse (actuellement Dubrovnik), qui aurait prévu des sanctions pénales contre les marchands d'esclaves (44).

En 1808, les États-Unis abolissent la Traite (*Slave-Trade*), c'est-à-dire l'importation d'esclaves originaires de pays étrangers, ce qui va donner à la jurisprudence américaine l'occasion de revenir à la distinction entre la loi naturelle et le *ius gentium*. L'abolition de la Traite a

(42) *Prigg v. The Commonwealth of Pennsylvania*, 41 (16 Pet.), 608, 613 (1842). Dans la doctrine, voir notamment : FINKELMAN P., «Story Telling on the Supreme Court : Prigg v. Pennsylvania and Justice Joseph Story's Judicial Nationalism», *op. cit.*; HOLDEN-SMITH B., «Lords of Lash, Loom and Law : Justice Story, Slavery and Prigg v. Pennsylvania», *Cornell Law Review*, 1993, pp. 1086-1151; COVER R.M., *Justice Accused, Antislavery and the Judicial Powers*, New Haven and London, Yale University Press, 1971, pp. 239-241.

(43) Voir notamment : US Supreme Court, *Groves v. Slaughter*, 40 (15 Pet.) US 449 (1841), sur la cause (*consideration*) d'un billet à ordre (*promising note*) signé en paiement de la vente d'esclaves au Mississippi. Selon le juge Baldwin : «slaves were embraced by the Constitution as the subjects of commerce and commercial regulations, to the same extent as other goods, wares, or merchandises», p. 514. Voir aussi : HIGGINBOTHAM A.L. JR and KOPYTOFF B.K., «Racial Punitive and Interracial Sex in the Law of Colonial and Antebellum Virginia», *The Georgetown Law Journal*, 1959, pp. 1986-1988.

(44) EVANS A.J., *Through Bosnia and Herzegovina on foot during the insurrection, august and september 1875*, London, Longmann, Green and Co., 1876, pp. 405-406. Le voyageur (qui découvrit plus tard Cnossos) cite aussi, sans autre référence, une loi anglaise ayant mis fin à la Traite pratiquée à Bristol.

fait l'objet de plusieurs actes internationaux : la Déclaration relative à l'abolition universelle de la Traite contenue dans l'Acte XV du Congrès de Vienne du 8 février 1815, la Déclaration de Vérone du 20 novembre 1822, adoptée par l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, la Prusse et la Russie, le traité de Londres du 20 décembre 1841 pour la suppression de la traite des esclaves d'Afrique et l'Acte général de la Conférence de Bruxelles relatif à la traite à l'intérieur de l'Afrique, signé le 2 juillet 1890 par un grand nombre d'États. Il ne faut toutefois pas se méprendre : la suppression de la Traite n'entraîne pas l'abolition de l'esclavage. Le chapitre IV de l'Acte général de Bruxelles s'applique «aux pays de destination dont les institutions comportent l'existence de l'esclavage domestique», et qui s'engagent seulement à prohiber «l'importation» de nouveaux esclaves (art. LXII).

Les rapports entre les États ayant supprimé l'esclavage et ceux qui ne l'ont pas fait n'ont qu'une analogie incomplète avec les relations entre les États américains esclavagistes et ceux qui ont aboli l'esclavage. Dans le second cas mais non dans le premier, il existe une norme commune, de nature fédérale, qui oblige les États abolitionnistes à coopérer avec les États esclavagistes notamment pour le retour des esclaves fugitifs. Rien de tel en droit international : non seulement l'abolition de la traite n'est que partielle, mais les États ayant interdit le commerce international des esclaves ne peuvent imposer cette solution aux autres États. Sans doute la Traite est-elle, comme l'esclavage lui-même, contraire à la loi naturelle mais elle n'est pas prohibée par la *Law of nations*. Dans deux affaires au moins où un aviso américain avait intercepté en haute mer un navire français s'approchant des côtes américaines avec l'intention d'y décharger des esclaves, la Cour suprême a ordonné la restitution des esclaves au propriétaire du navire étranger, pour le motif que la traite n'était pas prohibée par la loi du pavillon :

*«That it is contrary to the law of nature will scarcely be denied. [...]*

*No principle of general law is more universally acknowledged, than the perfect equality of nations. [...]*

*As no nation can prescribe a rule for others, no one can make a law of nations; and this traffic remains lawful to those whose governments have not forbidden it» (45).*

(45) US Supreme Court, *The Antelope*, 10 (10 W.66) US 337, 343-344 (1825). Voir aussi : C.C.D. Mass, *United States v. La Jeune Eugénie*, 26 F. Cas. 832 (1822). Alors que cet arrêt est rédigé par le juge Story, siégeant comme circuit judge, l'opinion de la Cour dans *The Antelope* est écrite par le Chief Justice Marshall.

De même que l'esclavage selon la doctrine thomiste n'est pas prohibé par le *ius gentium*, bien qu'il soit contraire à la loi naturelle, le respect par chaque État de la souveraineté des autres États interdit d'étendre la prohibition de la traite à un État dans l'ordre juridique duquel elle est demeurée licite. Le juge Story va confirmer cette règle dans une affaire où n'était impliqué aucun État étranger : «*The state of slavery is deemed to be a mere municipal regulation, founded upon and limited to the usage of the territorial law*» (46).

#### V. — LA LIBERTÉ DE MOUVEMENT DES ÉTRANGERS DANS L'EUROPE DES LUMIÈRES

A l'instar du droit de la guerre qui se divise en *ius ad bellum* et *ius in bello*, la première partie déterminant les justes causes de guerre, la seconde étant relative aux restrictions à observer dans l'exécution des opérations militaires, la liberté de mouvement a un double objet : à quelles conditions les individus peuvent-ils circuler d'un pays à l'autre (ce que l'expression «liberté de mouvement» désigne de la manière la plus adéquate) et quel est le statut des personnes (les «étrangers») dans un pays dont elles n'ont pas la nationalité ?

Le contraste entre les États esclavagistes et ceux qui ont aboli l'esclavage est un exemple éclatant des bienfaits qui peuvent résulter de l'exercice de la liberté de mouvement : le bien le plus précieux, la liberté, est conquis par le seul passage de la frontière. Celui qui a réussi la traversée se transforme lui-même d'objet en sujet. Le principal obstacle à un exercice aussi profitable de la liberté de mouvement se localise dans le pays d'origine. L'esclave est soumis à une domination, à une surveillance qui le tiennent enfermé. L'obstacle devient infranchissable pour celui qui a une famille qu'il ne veut pas abandonner et qui est empêchée de le suivre. La force des liens affectifs et familiaux, la résignation à la loi du maître prêchée par une religion qui demeure le principal environnement culturel de l'esclave, autant de freins sur la voie qui pouvait, qui devait mener à la liberté. Les principaux empêchements se localisent dans le pays d'origine. L'esclave qui a réussi à gagner un espace de liberté n'a

(46) *Prigg v. The Commonwealth of Pennsylvania*, p. 611.

pas à craindre d'en être refoulé : la morale abolitionniste et, sans doute aussi, l'apport d'une main-d'œuvre appréciée lui font espérer un accueil bienveillant. En outre, ce sont les sujets les plus jeunes, les mieux portants, les plus actifs et les plus imaginatifs – le plus souvent de jeunes hommes, parfois des adolescents – qui ont conçu une telle initiative et l'ont menée à bien. Il s'agit d'un schéma qui se vérifie encore aujourd'hui pour la sélection des candidats à l'émigration qui fuient la misère et parfois encore la servitude.

Les avantages que les États industrialisés recueillent de l'exercice de la liberté de mouvement et de la sélection selon laquelle elle s'opère sont bien mis en relief par un industriel américain ayant réussi à acquérir une réputation de philanthrope, Andrew Carnegie :

*«The value to the country of the annual foreign influx however, is very great indeed. [...]*

*Those adults were surely worth \$ 1.500 (£ 300) each – for in former days an efficient slave sold for this sum [...].*

*The emigrant is the capable, energetic, ambitious, discontented man – the sectary, the refugee, the persecuted, the exile from despotism» (47).*

Le calcul de la valeur d'un immigrant au prix d'un esclave est significatif. Dans la suite du même texte, l'auteur relève l'intérêt que devrait avoir le pays d'émigration à freiner l'exode d'un capital humain aussi précieux (48). Ici aussi, le parallèle s'impose avec la fuite des esclaves. A une époque plus récente, l'Union soviétique faisait obstacle à l'émigration de Juifs éduqués et intellectuellement formés, occupant des fonctions où ils seraient difficilement remplacés et tandis que les pays occidentaux critiquaient pareille atteinte à la liberté de mouvement, ils n'étaient guère disposés à donner accueil à ceux qui l'avaient exercée.

La liberté de mouvement ne doit pas s'analyser dans l'abstrait. Les circonstances de son exercice commandent la solution qu'elle doit recevoir. Sous l'Ancien Régime, les habitants de pays pauvres mais qui avaient une éducation et une instruction supérieures à la moyenne européenne, Allemands, Savoyards, Suisses, émigraient en

(47) CARNEGIE A., *Triumphant Democracy or Fifty Years' March of the Republic*, London, Sampson Low, Marshton, Searle and Livingstone, 1888, pp. 24-25.

(48) Dans un discours à la Chambre des députés, prononcé le 16 mai 1925, Gramsci juge contraire à l'intérêt national la dépopulation des zones d'émigration : GRAMSCI A., «L'intervento alla Camera sulla massoneria» in *Scritti politici*, t. III, p. 127. Comparer avec : VAN SANTUM U., *The Invisible Hand*, Economic Thought Yesterday and Today (trad. de l'allemand par Caroline HEMINGWAY), Spring 2004, pp. 168-171.

grand nombre et furent particulièrement bien accueillis dans l'Empire tsariste. Ils y formèrent et y encadrèrent des armées de mercenaires. En 1758, un des derniers théoriciens du droit naturel, Emer de Vattel, écrit ce qui suit : « En Europe, l'accès est libre par tout, à quiconque n'est pas ennemi de l'État, si ce n'est, en quelques pays, aux vagabonds et gens sans aveu » (49).

Grotius, qui vécut à l'époque des querelles religieuses, est soucieux de garantir un asile à ceux qui fuient les persécutions (50). La leçon sera retenue et au XVII<sup>e</sup> siècle les protestants français furent bien reçus aux Pays-Bas et dans les États allemands. Les affinités religieuses n'expliquent pas tout car certains protestants français trouvèrent refuge dans la Belgique catholique. En Prusse, notamment, les huguenots implantèrent des métiers et des industries qui y étaient inconnus auparavant. Ce sont des financiers florentins calvinistes qui sont à l'origine de la banque genevoise. Nul n'ignore que les Allemands chassés par le Troisième Reich ont fertilisé les arts et les sciences aux États-Unis d'Amérique du Nord.

Le même libéralisme caractérise la condition des étrangers en séjour. Sans doute sont-ils soumis aux lois territoriales, notamment pénales. Pour le surplus, il faut appliquer le *ius gentium* au sens de la partie du droit romain régissant les étrangers. Aucun des droits individuels que le *ius gentium* reconnaissait aux non-citoyens ne peut être refusé aux étrangers. Il en est ainsi du mariage (51), du droit de succession (52), ce qui implique l'abrogation du droit d'aubaine (53), de la propriété d'immeubles (54) et du droit de tester (55).

Entretenu par l'École du droit de la nature et du droit des gens, la doctrine du *ius gentium* laisse encore des traces dans le Code civil de 1804, que les commentateurs français font dépendre trop exclusivement de l'Ancien droit national. Dans les travaux préparatoires,

(49) VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Londres, 1758, L. II, chap. VIII, §100.

(50) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, 1612, II, II, 16; WOLFF C., *Institutions du droit de la nature et du droit des gens*, Leide, Elie Luzac, 1777, t. VI, p. 49.

(51) *Ibid.*, chap. III, §§332-337.

(52) *Ibid.*, chap. III, §§324-332.

(53) *Ibid.*, chap. III, §§328-331; VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, *op. cit.*, §112.

(54) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, *op. cit.*, II, III, 4; PUFENDORF, IV, VI, 4; WOLFF C., *Institutions du droit de la nature et du droit des gens*, chap. III, §289.

(55) WOLFF, *Institutions du droit de la nature et du droit des gens*, *op. cit.*, chap. III, §§326-327.

nombreuses sont les références au droit des gens. Ainsi, pour répondre à une objection, Portalis dit ceci :

«On reproche de n'avoir pas parlé des ambassadeurs, de leur famille et de leur suite. Ce qui regarde les ambassadeurs appartient au droit des gens. Nous n'avons pas à nous en occuper dans une loi qui n'est que de régime intérieur» (56).

Commentant les articles 11 et 13 du Code civil qui subordonnent à la réciprocité la jouissance des droits civils et le droit d'acquérir un domicile en France, Portalis écrit :

«Il est pourtant des droits qui ne sont point interdits aux étrangers : ces droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au droit des gens qu'au droit civil et dont l'exercice ne pourrait être interrompu sans porter atteinte aux diverses relations qui existent entre les peuples» (57).

En Belgique et en France la Cour de cassation entérine la distinction des droits civils et des facultés du droit des gens, suivant sur ce point l'enseignement d'Aubry et Rau (58).

L'article 11 ne s'occupe que des droits civils qui sont une pure création de la loi civile, cet article est tout à fait inapplicable aux droits civils qui ont leur source dans le droit des gens (59). C'est aussi du droit des gens que la Cour de cassation a déduit les règles de conflit des lois en vigueur en Belgique. Selon cette Cour :

«Attendu que s'il est admis en Belgique et ailleurs que l'état et la capacité des étrangers y sont régis par les lois de leur pays, ce n'est que par une application du droit des gens fondé sur l'usage universel des peuples, *quod apud omnes homines peraque custoditur* et seulement avec les restrictions que ce droit y apporte» (60).

La même solution a prévalu en France (61). Pour justifier l'application des lois territoriales aux étrangers «habitant le territoire», Portalis se fonde aussi sur une tradition commune à «toutes les nations» :

«Il est des lois, par exemple, sans lesquelles un État ne pourrait subsister. Ces lois sont toutes celles qui maintiennent la police de l'État et veillent à sa sûreté. [...]

Il ne peut, à cet égard, exister aucune différence entre citoyens et étrangers. Un étranger devient le sujet casuel du pays dans lequel il passe, dans lequel il

(56) LOCRÉ J.G., *Législation civile, commerciale et criminelle et complément des codes français*, Bruxelles, 1836, vol. I, p. 261, n° 52.

(57) *Ibid.*, vol. I, p. 330.

(58) AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français*, t. I, Bruxelles, 1847, §78.

(59) Cour de Cass. (Belg.), 3 août 1848, *Pasicrisie belge*, 1848, I, p. 376.

(60) Cour de Cass. (Belg.), 8 février 1849, *Pasicrisie belge*, 1849, I, p. 239; voir aussi : Cour de Cass. (Belg.), 6 août 1852, *Pasicrisie belge*, 1853, I, p. 155.

(61) Cour de Cass., Civ., 3 et 5 juillet 1863, *Recueil Sirey*, 1865, I, p. 441.

réside [...]. D'autre part, chaque État a le droit de veiller à sa propre conservation et c'est dans ce droit que réside la souveraineté. [...] Aussi, chez toutes les nations, les étrangers qui délinquent, sont traduits devant les tribunaux du pays» (62).

Dans le même Discours, les règles de conflit des lois (notamment l'application des lois personnelles) sont fondées sur des «principes enseignés par tous les publicistes, ils sont généralement admis chez les nations civilisées, et sans lesquels il serait impossible d'organiser un ordre social» (63).

Ainsi le législateur français de 1804 n'a-t-il pas prétendu faire une codification purement nationale, il a largement puisé dans les principes communs aux nations civilisées, selon les termes mêmes où ils avaient été transmis par l'École du droit de la nature et du droit des gens.

Dès ses premières réunions, l'Institut de droit international s'est préoccupé de la condition des étrangers. La 8<sup>e</sup> commission d'étude eut pour objet le thème suivant : «De quelle manière et dans quelles limites les gouvernements peuvent-ils exercer le droit d'expulsion vis-à-vis des étrangers?» (64). Les travaux furent poursuivis aux sessions de Hambourg (1891) et de Genève (1892). Le 9 septembre 1892, l'Institut adopta des *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* (65). La résolution distingue les «conditions auxquelles est subordonnée l'admission des étrangers» (chap. II, art. 4 à 13) des «conditions auxquelles est subordonnée l'expulsion des étrangers» (chap. III, art. 14 à 41).

Le chapitre II porte la trace de discriminations usuelles à cette époque. Non seulement sont exceptées des règles suivantes «les colonies où la civilisation européenne n'est pas encore dominante» (art. 5), mais la disposition relativement libérale de l'article 6 contient une exception motivée par la même préoccupation :

«L'entrée libre des étrangers sur le territoire d'un État civilisé ne peut être prohibée, d'une manière générale et permanente, qu'à raison de l'intérêt public et de motifs extrêmement graves, par exemple à raison d'une différence fondamentale de mœurs ou de civilisation, ou à raison d'une organisation ou accumulation dangereuse d'étrangers qui se présenteraient en masse».

(62) Voir le discours de Portalis in *Code civil français. Discours et exposé des motifs qui ont déterminé la Rédaction et l'Adoption de chaque partie de ce Code*, Bruxelles, G. Huyghe, l'an XI, 1803, pp. 26-27.

(63) Commentaire de l'article 3 par le Tribun Grenier, *Code civil français. Discours et exposé des motifs qui ont déterminé la Rédaction et l'Adoption de chaque partie de ce Code*, op. cit., p. 42.

(64) Session de Lausanne, 1888, *Annuaire*, éd. nouvelle abrégée, vol. II (1885-1891), p. 760.

(65) *Annuaire*, vol. III (1892-1896), p. 219.

Il résulte assez clairement de la combinaison des deux articles que le principe relativement libéral applicable au « territoire d'un État civilisé » vaut essentiellement à l'égard des ressortissants d'un autre État civilisé. Le racisme qui inspire l'article 6 est en concordance avec les obstacles opposés par l'Administration américaine à l'immigration de travailleurs chinois (66).

## VI. – CONCLUSION

Au début du troisième millénaire, les conditions socio-économiques sont radicalement différentes de ce qu'elles ont été dans l'Antiquité, à la Renaissance et jusqu'à la Seconde Guerre mondiale. La Terre est surpeuplée et les inégalités entre les peuples sont massives. Si la liberté de mouvement préconisée par les anciens auteurs et tenue pour une réalité par Vattel dans le milieu étroit de l'Europe à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle devait être réalisée, on assisterait à un déferlement migratoire vers les pays riches qui présentent à la vue des pauvres du reste du monde une vitrine d'opulence. Il existe toutefois des freins à l'émigration (l'extrême pauvreté, l'absence de ressources, le coût des moyens de transport et des services des passeurs) et des obstacles à l'immigration ayant pour principales causes une politique sélective d'accueil, la xénophobie, l'égoïsme des nantis qui font monter la garde autour des murs de leur forteresse. Les doctrines classiques n'ont pas perdu tout intérêt, elles procurent une information sur les termes dans lesquels les penseurs du passé ont analysé le problème de la liberté de mouvement.

Les progrès déjà observés et ceux qu'on peut espérer en trois branches du droit sont de nature à favoriser la liberté de mouvement au début du troisième millénaire. Le droit international, spé-

(66) Dans le dernier quart du XIX<sup>e</sup> siècle, l'Administration américaine s'efforça de freiner l'immigration chinoise, avec l'appui de la Cour suprême des États-Unis. Voir notamment : Chinese Exclusion Cases, US Supreme Court, *Chae Chon Ping v. United States*, 130 US 581 (1889); US Supreme Court, *Fong Yue Ting v. United States*, 149 US 698 (1893); US Supreme Court, *Wong Wing v. United States*, 169 US 228 (1896). Aux États-Unis divers procédés furent suivis pour restreindre l'immigration asiatique, tantôt l'adoption de *quota* par pays, tantôt l'exclusion pure et simple qui visa au premier chef les Chinois, mais après une visite du maréchal Chiang Kai-Shek en 1943, le Congrès abrogea le Chine Exclusion Act : PLENDER R., *International Migration Law*, Rev. 2<sup>nd</sup> ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, p. 80. Sur la législation américaine, voir aussi : CALAVISTA K., « United States Immigration and Policy Responses », in : CORNELIUS W.A., MARTINS P.L. and HOLLIFIELD J.F. (eds.), *Controlling Immigration. A Global Perspective*, Stanford, Stanford University Press, 1994, pp. 55-82.

cialement dans sa dimension économique, a fait une large place à la mondialisation des échanges. La liberté de mouvement des personnes devrait bénéficier d'un progrès parallèle. Les instruments internationaux de protection des droits de l'homme ont reconnu à « toute personne », étrangers comme nationaux, la jouissance de droits fondamentaux. Les efforts timides de la Cour européenne des droits de l'homme en faveur des étrangers devraient être poursuivis et intensifiés. Le droit constitutionnel des États « civilisés » tend à mettre fin à l'enfermement des non-nationaux dans des zones de non-droit. Les juridictions administratives et constitutionnelles de ces États ont le devoir d'armer les étrangers de droits nouveaux favorisant leur liberté de mouvement.

# Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question

## Globalization, migration and human rights : international law under review

Le présent ouvrage est le résultat du programme international de recherche *Mondialisation, Migration et Droits de l'Homme* financé par le Réseau universitaire international de Genève (RUIG).

Le programme a eu lieu dans le cadre d'un partenariat entre la Faculté de psychologie et des sciences de l'éducation de l'Université de Genève (FPSE) et l'Institut universitaire de hautes études internationales (IUHEI), avec la contribution de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, l'Institut d'études politiques et internationales de l'Université de Lausanne (IEPI), le Bureau international du Travail (BIT) et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR).

La recherche intervient à un moment crucial. La migration est placée au cœur de tous les agendas internationaux et nationaux. Les multiples initiatives lancées au sein des Nations Unies, de l'Union européenne et de divers autres forums multilatéraux en témoignent.

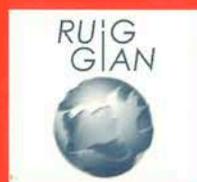
Elle a réuni durant deux ans (2004-2006) 46 chercheurs provenant de diverses disciplines et régions du monde. Les chercheurs ont intégré une donnée essentielle souvent déniée de la migration : les besoins fondamentaux et le respect des droits de l'homme du migrant. Le contenu de la recherche repose sur deux axes essentiels : un volet « société » (volume I), à vocation pluridisciplinaire, et un volet « droit » (volume II), consacré au droit international des migrations. Chacun de ces axes fait l'objet d'une publication distincte.

Le volume II a été réalisé sous la direction de Vincent Chetail. Il procède à une évaluation d'ensemble d'un domaine encore méconnu et souvent négligé des sciences juridiques : le droit international des migrations. La migration permet mieux que tout autre phénomène social de saisir la vie du droit international, ses points de rupture et la dynamique qui l'anime. La présente publication s'interroge sur la place et l'effectivité des droits fondamentaux des migrants, en prenant pour appui le droit international existant, ses failles et ses orientations possibles.

L'étude a été réalisée, à cette fin, autour de quatre pistes de réflexion. Une première partie retrace les *principes et perspectives du droit international des migrations*, dans ses dimensions historiques, conceptuelles et normatives. La deuxième partie est consacrée à l'un des principaux enjeux de notre temps : *la question sécuritaire au sens large et la migration dite irrégulière* qui lui est si souvent associée. Les *régimes spécifiques de protection internationale pour les travailleurs migrants et les réfugiés* sont également l'objet d'un examen à part entière, tandis que la dernière partie est dédiée à l'un des domaines où les violations des droits de l'homme sont les plus fréquentes : *la détention et le renvoi des migrants*.

L'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève (anciennement Centre universitaire de droit international humanitaire) a été créée par la Faculté de droit de l'Université de Genève et l'Institut universitaire de hautes études internationales. L'Université de Lausanne et le Comité international de la Croix-Rouge contribuent à la réalisation de ses objectifs. La mission de l'Académie porte principalement sur l'enseignement supérieur et la recherche académique dans les domaines suivants : le droit international humanitaire, les droits de l'homme, le droit de la sécurité collective et du maintien de la paix, le droit pénal international, ainsi que le droit des réfugiés et des personnes déplacées.

Site internet : [www.cudih.org](http://www.cudih.org)



[www.bruylant.be](http://www.bruylant.be)

ISBN : 978-2-8027-2338-7



9 782802 723387