



HAL
open science

Les instruments universels de protection : quelle effectivité ?

Olivier de Frouville

► **To cite this version:**

Olivier de Frouville. Les instruments universels de protection : quelle effectivité?. Habib Gherari; Rostane Mehdi; CERIC, Aix-en-Provence. La Société Internationale face aux défis migratoires sous la direction de Habib Gherari et Rostane Mehdi, Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires - C.E.R.I.C., Pedone, pp.93-115, 2012, 978-2-233-00637-0. hal-04362441

HAL Id: hal-04362441

<https://univ-panthéon-assas.hal.science/hal-04362441v1>

Submitted on 9 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES INSTRUMENTS UNIVERSELS DE PROTECTION : QUELLE EFFECTIVITÉ ?

OLIVIER DE FROUVILLE

*Professeur à l'Université de Montpellier 1
Membre du Groupe de travail des Nations Unies
sur les disparitions forcées ou involontaires,
Membre de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme**

La question de l'effectivité du droit en général pourrait bien relever d'une discipline autre que le droit... C'est la raison pour laquelle j'ai hésité à demander, lorsque j'ai lu le sujet qui m'était proposé, d'en changer la formulation. Mais je me suis dit que, somme toute, le juriste pouvait bien de temps en temps s'interroger sur l'effectivité des normes, même si ses moyens sont limités pour ce faire.

Il est donc évident que je n'ai pas mené d'enquête sociologique tendant à chercher à déterminer l'existence d'un lien de cause à effet entre la formulation d'une norme et l'adoption d'un comportement par un acteur du droit¹...

Plus simplement, je me bornerai ici à un certain nombre de jugements *a priori* sur l'effectivité des normes en procédant : à une typologie des « instruments universels » au regard de la question de l'effectivité, sans chercher bien évidemment à être exhaustif quant à l'inventaire et aux questions pertinentes² (I) ; à une tentative d'identification des obstacles à l'effectivité des normes (II) ; à une autre tentative d'identification des remèdes à apporter pour surmonter ces obstacles (III).

* Les vues exprimées dans cet article le sont à titre purement personnel et ne reflètent nullement la position des institutions auxquelles il appartient.

¹ Ce n'est certainement pas le lieu de faire une théorie générale de l'effectivité du Droit. Pour expliquer ma démarche, je dirais simplement que je me rattache à ce courant de la doctrine qui considère que l'effectivité du droit n'est pas conditionnée – ou pas seulement – par l'existence d'une sanction juridiquement ou même socialement organisée. L'effectivité de la norme peut découler d'une multiplicité de facteurs sociaux, pour certains structurels (le type d'organisation de la société, son caractère plus ou moins centralisé, la robustesse de ses institutions, la structuration plus ou moins grande de l'espace public...), pour d'autres conjoncturels (état des relations sociales à un moment donné, type d'exercice du pouvoir politique par les responsables en place, capacité de mobilisation de la « société civile », incidence de certaines décisions faisant face à des situations exceptionnelles...). Les facteurs d'effectivité du Droit sont communs aux différents droits internes des États et au droit international. Le droit international ne présente, à cet égard, aucune spécificité, c'est la « société internationale » qui présente des particularités.

² V. le *Guide du praticien* récemment publié par la Commission internationale des Juristes, qui fournit un inventaire très complet et contextualisé des normes et mécanismes de protection des droits de l'Homme des migrants : International Commission of Jurists, *Migration and International Human Rights Law*, Practicioners Guide n° 6, Genève, 2011.

I. TYPOLOGIE DES INSTRUMENTS UNIVERSELS DE PROTECTION AU REGARD DE L'EFFECTIVITÉ

Il faut tout d'abord dire de quoi l'on parle lorsqu'on évoque des instruments universels de protection. Comme Vincent Chetail l'a noté au début de ce colloque, si « droit international des migrations » il y a, il s'agit nécessairement d'une reconstruction doctrinale, parce qu'il est certain qu'à aucun moment n'a été élaboré un *corpus* cohérent de normes portant sur tous les aspects de la migration³. Il y a différents régimes, qui ont chacun leur histoire propre, avec des cadres institutionnels et sociaux distincts⁴. Ce qui fait par conséquent que les déterminants de l'effectivité ne sont pas les mêmes. A propos de chacun de ces régimes, on peut porter un jugement *a priori* relatif à la question de l'effectivité – ce sont des jugements qui n'ont pas la valeur d'une enquête de terrain, mais qui permettent peut-être d'ouvrir quelques pistes de réflexion.

A. Les instruments de protection des droits de l'Homme

Je commencerai par rappeler une évidence : c'est que la question de la « protection » des migrants se pose d'abord en termes de protection des droits de l'Homme. Tous les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme, y compris les instruments universels, comportent une clause de non discrimination sur la base de la nationalité et il n'y a, somme toute, que peu de droits pour lesquels une discrimination est admise⁵. Ce qui signifie que les

³ V. aussi V. Chetail, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in V. Chetail (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*. Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 13-133, p. 19.

⁴ Pour ne pas alourdir la démonstration, je m'en tiendrai ici aux trois principaux régimes applicables aux migrants, à savoir le droit international des droits de l'Homme, le droit international du travail et le droit international des réfugiés. J'écarte en revanche certains régimes n'ayant pas pour objet direct la protection des migrants mais comportant certaines obligations dans ce domaine. C'est le cas du régime essentiellement pénal de répression de la *traite* personnes et du *trafic illicite de migrants* (voir Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 et ses deux protocoles : le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants du 15 novembre 2000 ; et le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, également du 15 novembre 2000. Voir sur ce point l'approche « droits de l'homme » de la *traite* élaborée par le Haut Commissariat aux droits de l'Homme des Nations Unies : *Principes et directives concernant les droits de l'homme et la traite des êtres humains : recommandations*, doc. E/2002/68/Add.1 et les rapports du Rapporteur spécial sur la traite. C'est le cas également du *droit de la mer* dans le cadre de la Convention de Montego Bay (pour le secours des naufragés). Pour davantage de détails sur le contenu de ces normes de protection : le *Guide du praticien* de la CIJ cité n° 2.

⁵ Il s'agit essentiellement du droit de vote et à la participation politique en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : voir article 25 du Pacte. Voir également l'article 2, § 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, largement tombé en désuétude (v. notre thèse : *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international public. Régime conventionnel des droits de l'Homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, p. 111). Et l'interprétation des comités sur les droits des « non ressortissants » : Comité des droits de l'Homme, observations générales n°15 (1986) « Situation des étrangers au regard du Pacte » et n° 18 (1989) (non discrimination). Comité droits de l'enfant : Observation générale n°6 (2005) sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine ; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : Recommandation générale n° 30 (2005) concernant la discrimination contre les non ressortissants.

migrants, qui bénéficient par ailleurs de la protection des instruments régionaux des droits de l'Homme⁶ sont également protégés par les neuf « *core treaties* », les traités fondamentaux de l'ONU assortis d'un comité de supervision et de procédures de protection plus ou moins étendues, allant du contrôle sur rapport aux visites *in situ* en passant par l'examen de plaintes individuelles.

Il faut toutefois remarquer qu'en pratique, au-delà de la procédure d'examen des rapports périodiques⁷, les mécanismes de plaintes individuelles ont été utilisés essentiellement à propos d'aspects assez restreints de la migration, et en particulier en lien avec l'éloignement du territoire. Le Comité contre la torture semble à cet égard être progressivement devenu avec les années un Comité anti-expulsion, avec une jurisprudence abondante dans ce domaine sur la base de l'article 3 de la Convention qui consacre le principe de non refoulement⁸. Le Comité des droits de l'Homme a lui aussi été saisi d'un certain nombre de cas impliquant la figure de la protection par ricochet ou, autrement dit, l'obligation pour un État de ne pas éloigner un étranger qui risquerait de subir des violations graves des droits de l'homme dans son pays d'origine⁹. Par ailleurs, il s'est aussi prononcé, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme, sur un certain nombre d'affaires impliquant une violation du droit à la vie familiale normale

⁶ Voir en particulier les deux décisions rendues coup sur coup par la Cour européenne des droits de l'Homme puis par la Cour de Justice de l'Union européenne : Cour E.D.H., Grande Chambre, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, 21 janvier 2011, qui met frontalement en cause le bien-fondé de la procédure de détermination de « l'État membre responsable de l'examen de la demande d'asile » établi par le règlement n° 343/2003 en lien avec les conditions d'accueil – contraires à l'article 3 de la Convention – prévalant en Grèce, ainsi qu'avec les risques de refoulement sans examen sérieux de la demande ; Cour J.U.E., première chambre, *Hassen El Dridi alias Soufi Karim*, C-61/11 PPU, 28 avril 2011 (question préjudicielle de la Corte d'appello di Trento), dans lequel la Cour condamne, en application de la directive « retour » 2008/115/EC, le prononcé d'une peine de détention à l'encontre d'un étranger en situation irrégulière pour le seul motif qu'il refuse quitter le territoire, en contravention avec une injonction dans ce sens.

⁷ Voir à cet égard la présentation plus complète de Vincent Chetail, *op. cit.* ainsi que le *Guide du praticien* de la CIJ cité *supra* note n° 2.

⁸ Voir not. les premières constatations du Comité sur le fondement de l'article 3 : *Mutumbo c. Suisse*, CAT/C/12/D/13/1993, 27 avril 1994. V. aussi l'Observation générale n°1 (1996) du Comité sur l'article 3 de la Convention (refoulement) dans le contexte de l'article 22 (communications).

⁹ En lien avec le risque de torture, voir Observation générale n°20 (1992) sur l'article 7 du Pacte, § 9. D'une manière plus générale, voir l'Observation générale n° 31 (2004), § 12 : « ... l'obligation faite à l'article 2 aux États parties de respecter et garantir à toutes les personnes se trouvant sur leur territoire et à toutes les personnes soumises à leur contrôle les droits énoncés dans le Pacte entraîne l'obligation de ne pas extraditer, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte. Les autorités administratives et judiciaires compétentes doivent prendre conscience de la nécessité de veiller à ce que les obligations découlant du Pacte à cet égard soient respectées. » Pour les communications individuelles, voir en particulier la première décision condamnant l'extradition d'une personne risquant la peine de mort dans le pays de destination, en écho à l'arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'Homme : *Kindler c. Canada*, CCPR/C/48/D/470/1991, 30 juillet 1993. Voir également, en écho au fameux arrêt de la Cour E.D.H. *D. c. Royaume-Uni* du 2 mai 1997, *C. v. Australia*, CCPR/C/76/D/990/1999, 28 Octobre 2002, déclarant contraire à l'article 7 l'expulsion d'une personne vers un pays (l'Iran) dans lequel elle ne pourrait accéder au traitement médical nécessaire pour soigner sa maladie.

lorsque l'éloignement du territoire implique la séparation des familles (article 17 du Pacte)¹⁰, ou sur la question de la régularité de la privation de liberté d'un étranger en situation irrégulière¹¹.

Pourquoi cette attention particulière accordée à cette question de l'éloignement du territoire plutôt qu'à d'autres types de violations endurées par les migrants ? Il y a plusieurs facteurs, parmi lesquels le manque d'imagination des requérants compte sans doute. Mais il faut aussi observer que les procédures de requêtes individuelles étaient limitées jusqu'à il y a peu au Comité des droits de l'Homme (HRC), au Comité contre la torture (CAT) et au Comité pour l'élimination de la Discrimination Raciale (CERD). L'extension de ce type de procédure dans le cadre de la Convention pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes¹², de la Convention sur les personnes handicapées¹³, de la Convention des droits de l'enfant¹⁴, et, surtout, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁵ pourrait conduire à la multiplication des requêtes concernant les migrants dans l'avenir.

Le contrôle de l'application des instruments universels de protection des droits de l'Homme est également assuré, il faut le rappeler, par les « mécanismes non conventionnels » que sont les procédures spéciales de l'ex-Commission des droits de l'Homme et aujourd'hui du Conseil des droits de l'Homme. La Commission a créé en 1999 un mandat thématique spécialement consacré aux travailleurs migrants sous la forme d'un Rapporteur spécial¹⁶. Le Rapporteur spécial exerce toutes les fonctions généralement confiées à ce type d'organes, à savoir le traitement de communications individuelles et en particulier d'appels urgents, les visites sur place¹⁷ et l'étude thématique de problèmes spécifiques¹⁸, soit de sa propre initiative, soit sur demande de la Commission/Conseil ou de l'Assemblée générale, à laquelle il fait aussi rapport. Mais d'autres mécanismes

¹⁰ Voir par ex. *Winata c. Australie*, CCPR/C/72/D/930/2000, 26 Juillet 2001 ; *Madafferi c. Australie*, CCPR/C/81/D/1011/2001, 26 Juillet 2004.

¹¹ Voir par ex. *A. c. Australie*, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 avril 1997, en part. § 9.4.

¹² Voir Protocole facultatif à la Convention, adopté le 6 octobre 1999 (résolution de l'Assemblée générale 54/4), entré en vigueur le 22 décembre 2000, 102 États parties.

¹³ Protocole facultatif à la Convention, adopté le 13 décembre 2006, entré en vigueur le 3 mai 2008, 61 États parties en mai 2011.

¹⁴ Lors de sa 11^{ème} session, dans sa résolution 11/1 du 17 juin 2009, le Conseil des droits de l'Homme a mis en place un Groupe de travail chargé d'étudier la possibilité d'élaborer un Protocole facultatif à la Convention sur les droits de l'enfant établissant une procédure de communications. A sa 13^{ème} session, le 24 mars 2010, le Conseil a adopté une nouvelle résolution (13/3), demandant au Groupe de travail d'élaborer un tel Protocole, le Président du Groupe de travail étant chargé de présenter un projet.

¹⁵ Protocole facultatif au Pacte, adopté le 10 décembre 2008 par l'Assemblée générale (rés. 63/117), non entré en vigueur, 3 États parties en mai 2011.

¹⁶ Le poste de Rapporteur spécial a été occupé successivement par Mme Gabriela Rodríguez Pizarro (Costa Rica), de 1999-2005 et par M. Jorge A. Bustamante de 2005 jusqu'à 2011.

¹⁷ Les rapporteurs spéciaux ont effectué 20 visites en tout :

cf. <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/rapporteur/visits.htm>

¹⁸ Par exemple le rapport 2010 du Rapporteur spécial à l'Assemblée générale est consacré à « l'incidence de l'incrimination de la migration sur la protection et l'exercice des droits de l'Homme », doc. A/65/222, tandis que le rapport de la même année au Conseil des droits de l'Homme porte sur « le droit à la santé et le droit à un logement décent dans le contexte de la migration », doc. A/HRC/14/30.

thématiques sont également concernés, comme le Groupe de travail sur la détention arbitraire dont le mandat s'étend depuis 1997 à la détention administrative des migrants et des demandeurs d'asile¹⁹. Le Groupe de travail a adopté plusieurs « opinions individuelles » sur des cas de détention administrative de migrants²⁰. En 1999, il a adopté une « Délibération n°5 » sur les garanties dont les migrants et les demandeurs d'asile devraient jouir en détention²¹. Par ailleurs, le Groupe a effectué plusieurs visites dans des pays, au cours desquels son attention a porté en partie ou exclusivement sur des problèmes de détention de migrants (Australie en 2003²², Italie en 2008²³, Malte en 2009²⁴). Le Groupe de travail considère en général que la détention de migrants n'est pas incompatible avec le droit international des droits de l'Homme mais devrait néanmoins être progressivement abolie au profit d'un certain nombre de solutions alternatives. En tout état de cause, la détention doit respecter le principe de proportionnalité et n'intervenir qu'en dernier recours²⁵.

D'autres procédures spéciales se sont penchées sur la question des migrants : le Rapporteur spécial sur les violences contre les femmes²⁶, à travers la question de la traite et le Rapporteur sur la torture, sous l'angle du principe de non refoulement et de la rétention des migrants et des demandeurs d'asile²⁷. Ou encore le Rapporteur spécial sur le droit à un logement convenable²⁸ et le Rapporteur spécial sur l'esclavage, à travers la question de l'esclavage domestique²⁹, question examinée parallèlement par le Comité pour la protection des travailleurs migrants³⁰ et par l'OIT qui, à l'heure où nous écrivons ces lignes, est en passe d'adopter une nouvelle convention sur le sujet³¹.

¹⁹ V. la résolution 1997/50 de l'ancienne Commission des droits de l'Homme qui étend le mandat du Groupe de travail à la détention administrative des demandeurs d'asile et des migrants. Pour un bilan de l'activité du Groupe de travail dans ce domaine, voir le rapport annuel du Groupe pour 2009, A/HRC/13/30, §§ 54 et suiv.

²⁰ V. les « avis » 34/1999 (États-Unis, in E/CN.4/2001/14/Add.1), 45/2006 (Royaume-Uni, in A/HRC/7/4/Add.1), 18/2004 (États-Unis, in E/CN.4/2005/6/Add.1).

²¹ Cf. rapport annuel du Groupe de travail, A/CN.4/2000/4, annexe II.

²² E/CN.4/2003/8/Add.2.

²³ Doc. A/HRC/10/21/Add.5.

²⁴ Doc. A/HRC/13/30/Add.2.

²⁵ Cf. A/HRC/13/30, §§ 58-65.

²⁶ Pour un bilan de l'action du Rapporteur spécial sur la violence contre les femmes en général, et sur ce point en particulier, le rapport A/HRC/11/6/Add.5 « 15 years of the United Nations Special Rapporteur on violence against women, its cause and conséquences (1994-2009) – A Critical Overview », §§ 37 et suiv.

²⁷ Sur le principe de non refoulement, voir en particulier le dernier rapport du rapporteur spécial Manfred Nowak, A/HRC/13/39, §§ 65-67 et son rapport relatif à sa visite en Grèce en 2010, A/HRC/16/52/Add.4.

²⁸ Voir le rapport de la Rapporteuse spéciale à l'Assemblée générale (2010) consacré spécifiquement au droit au logement des migrants, A/65/261.

²⁹ Voir le rapport de 2010 consacré à cette question, doc. A/HRC/15/20.

³⁰ Voir l'Observation générale n° 1 adoptée par le Comité en 2010, doc. CMW/C/12/CPR.2/Rev.2.

³¹ Voir le rapport IV (2B) présenté pour la 100^{ème} session de la Conférence internationale du travail (juin 2011, Quatrième question à l'ordre du jour) : *Travail décent pour les travailleurs domestiques*, contenant un projet de convention et un projet de recommandation.

On se gardera bien de porter un jugement général sur l'effectivité de ces instruments universels de protection des droits de l'Homme, et en particulier sur l'efficacité des organes qui en assurent la supervision. Ce que l'on peut dire, en tout cas, c'est que la question de la protection des droits des migrants se retrouve saisie par un réseau serré d'obligations internationales sous la surveillance d'une multiplicité d'organes: il ne semble pas qu'il y ait, à cet égard, de lacunes en terme d'outils de protection. Si lacune il y a, elle vient peut-être du fait que ces mécanismes ne sont pas encore suffisamment – ou pas systématiquement – sollicités par les différents acteurs sur le terrain.

B. Les instruments généraux de protection des travailleurs

Aux côtés des instruments généraux de protection des droits de l'Homme, les instruments généraux de protection des droits des travailleurs adoptés au sein de l'OIT jouent également un rôle important. La plupart des instruments de l'OIT (conventions ou recommandations), sauf indication explicite dans le sens contraire, s'appliquent à tous les travailleurs sans discrimination, notamment sur le fondement de la nationalité, et quel que soit le statut légal du migrant³². On sait que le système de l'OIT comporte de nombreux mécanismes de protection³³, dont la « jurisprudence » n'est malheureusement pas systématiquement dépouillée. A partir de sondages ponctuels, il apparaît toutefois évident que la question des migrants est bien présente et fait l'objet d'un contrôle régulier de la part des différents organes impliqués. Le Comité sur la liberté syndicale, par exemple, a « rappelé que tous les travailleurs, à la seule exception des forces armées et de la police, sont couverts par la convention n° 87 » sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical³⁴. Il s'est par ailleurs prononcé sur le caractère insuffisant des voies de recours offertes à des travailleurs migrants *en situation irrégulière* licenciés pour avoir tenté d'exercer leurs droits³⁵. Un aperçu du dernier rapport (2011) de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations montre également que la question des migrants est régulièrement évoquée dans le dialogue que la Commission entretient avec les États, et cela dans le cadre de plusieurs

³² Cf. BIT, *International Labour Migration. A Rights-based approach*, Genève, 2010, p. 120 ; V. Chetail, *op. cit.*, pp. 121 et 122, qui note par ex. p. 122 que la Convention (n°181) sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage ne s'applique qu'aux travailleurs migrants en situation régulière.

³³ Voir le cours classique de Nicolas Valticos à l'Académie de La Haye : « Un système de contrôle international : la mise en œuvre des conventions internationales du travail », *RCADI*, 1968-I, t. 123, pp. 311-408. Et pour une présentation par le BIT : *Les règles du jeu. Une brève introduction aux normes internationales du travail*, Genève, 2009.

³⁴ Comité de la liberté syndicale de l'OIT, 327^{ème} rapport, cas n° 2121 (*Union Générale des travailleurs d'Espagne c. Espagne*), 2002, § 561. Référence tirée du *Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale*, 5^{ème} édition, Genève, BIT, 2006, n° 214, p. 48.

³⁵ Comité de la liberté syndicale, 332^{ème} rapport, cas n° 2227 (*Fédération américaine du travail et Congrès des organisations industrielles (AFL-CIO) 2. Confédération des travailleurs du Mexique (CTM) c. États-Unis*), 2003, §§ 609 et 610. Référence tirée du *Recueil de décisions...*, *op. cit.*, n° 836, p. 176.

conventions générales³⁶. Le réseau de normes est, donc, là aussi, très serré et les mécanismes de contrôle ne manquent pas, deux éléments qui sont, *a priori*, de bonnes garanties d'effectivité du droit international.

*

Au-delà de ces instruments généraux de protection, on trouve deux catégories d'instruments spécifiques : ceux qui concernent la protection des réfugiés et ceux qui concernent la protection des migrants en particulier.

³⁶ *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Doc. Conférence internationale du travail, 100^{ème} session, 2011, ILC.100/III/1A. Par ex. : **Azerbaïdjan**, Convention (n° 29) sur le travail forcé, p. 234 : à propos d'une communication transmise par la Confédération syndicale internationale (CSI) qui contient des « allégations au sujet de la situation d'environ 700 travailleurs venant de Bosnie-Herzégovine, ex-République yougoslave de Macédoine ou de Serbie qui travaillent en Azerbaïdjan sur des sites de construction dirigés par l'entreprise SerbAz Design and Construction. (...) dans ce contexte, des pratiques de travail forcé ont été identifiées qui incluent notamment : l'usage de menaces et l'abus de la vulnérabilité des travailleurs, la contrainte, la tromperie concernant les conditions de travail et de vie, les sévices corporels, les frais de recrutement élevés, la retenue des salaires, les déductions de salaire, la confiscation des documents d'identité, l'absence de permis de travail, les restrictions à la liberté de mouvement et l'absence de contrats de travail réguliers. (...) Tout en notant ces infirmations, et compte tenu de la gravité des allégations, la commission exprime le ferme espoir que le gouvernement prendra les mesures nécessaires pour mener les enquêtes approfondies au sujet de ces allégations (...) **Maurice**, Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, p. 116 : la Commission entretient un dialogue avec le gouvernement sur les mesures prises par le gouvernement pour garantir aux travailleurs migrants la jouissance des droits syndicaux, en droit et en pratique et lui demande en particulier de « prendre les mesures nécessaires pour recueillir des données sur le degré de syndicalisation des travailleurs migrants dans les zones franches d'exportation et dans les entreprises *offshore*. » **Koweït**, Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), pp. 491-492 et Koweït, Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, pp. 101-102 : la Commission examine longuement la problématique des travailleurs domestiques migrants sous l'angle de ces deux conventions. **Malaisie**, Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, p. 113 : « La commission considère que l'obligation pour les travailleurs [migrants] d'obtenir l'autorisation du ministre des Ressources humaines pour être élus représentants syndicaux constitue une violation du droit des organisations syndicales de choisir librement leurs représentants aux fins de la négociation collective. Elle demande au gouvernement de prendre des mesures pour modifier la législation. » ; **Thaïlande**, Convention (n° 88) sur le service de l'emploi, pp. 697 et Convention (n° 122) sur la politique de l'emploi, p. 699 : « Dans le contexte des politiques de l'emploi, la commission souligne la nécessité de garantir l'égalité de traitement à tous les travailleurs migrants. (...) Sur cette question d'importance capitale, la commission se réfère à nouveau aux discussions tripartites ayant eu lieu au sein de la Conférence en juin 2010 et prie le gouvernement de fournir des indications détaillées sur l'impact des actions prises dans le cadre d'une politique active de l'emploi pour prévenir les abus dans l'embauche et l'exploitation des travailleurs immigrés en Thaïlande. » **Uruguay**, Convention (n° 181) sur les agences d'emploi privées, pp. 701-702 : « La commission prend note de la législation générale qui garantit le droit des travailleurs migrants au travail et à l'égalité des chances. De plus, le gouvernement fait mention de l'accord qui vise à lutter contre la traite illicite de migrants, qui a été conclu par les États du MERCOSUR, l'État plurinational de Bolivie et le Chili, le 16 décembre 2004 à Belo Horizonte. La commission invite le gouvernement à fournir dans son prochain rapport un complètement d'information sur la manière dont sont définies des sanctions à l'encontre des agences couvertes par la convention qui se livrent à des abus et à des pratiques frauduleuses (art. 8, par. 1). De plus, la commission demande au gouvernement de fournir des informations sur les accords bilatéraux conclus en dehors du MERCOSUR au sujet des domaines couverts par la convention (art. 8, par. 2). »

C. Le droit des réfugiés

A propos de l'effectivité du droit des réfugiés on fera deux brèves observations³⁷. La première, c'est que la notion de « réfugié » demeure restrictive, et ceci même si l'on prend en compte l'élargissement de la définition ou la mise en place de systèmes « complémentaires » de protection sur le plan régional³⁸.

Philippe Fargues nous a indiqué hier que parmi les quelques 220 millions de migrants dans le monde, les réfugiés ne représenteraient que 15 millions de personnes, dont 5 millions de réfugiés palestiniens protégés non par le HCR et la Convention de Genève, mais par l'UNRWA.

Dès lors, on peut dire d'emblée que, quand bien même le régime serait « effectif », c'est à dire correctement appliqué par les États, il resterait globalement ineffectif, parce qu'incapable de répondre véritablement au phénomène de la migration forcée, qui dépasse de bien loin la crainte de « persécution » ou même la fuite devant des événements « troublant gravement l'ordre public ». Les raisons qui poussent des personnes à s'exiler vont aujourd'hui bien au-delà de ces motifs. A cet égard, combien de personnes classées dans la catégorie des « migrants » pourraient en réalité être qualifiées de « réfugiés » au sens large, c'est à dire des personnes qui fuient leur pays parce que leurs droits élémentaires ne sont pas garantis par leur pays de nationalité ? C'est tout le problème de la *qualification* du migrant et de la détermination de son statut qui, on le sait, détermine également son destin, puisque dans un cas – la reconnaissance d'un statut de « réfugié » ou apparenté – il bénéficiera d'une protection, tandis que dans l'autre – la qualification de simple migrant « économique » – il sera au contraire soustrait à toute protection, voire considéré comme un délinquant³⁹.

³⁷ Pour une synthèse brillante des développements récents dans ce domaine, v. le cours à l'Académie de droit international de La Haye de Jean-Yves Carlier, « Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits », *RCADI*, 2007, vol. 332, pp. 9-354.

³⁸ Sur le plan africain, voir la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, Addis-Abeba, 10 septembre 1969 ; sur le plan latino-américain, la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés de 1984, endossée par l'OEA et le HCR ; sur le plan européen, cf. la directive « qualification » 2004/83 du 29 avril 2004 définissant la « protection subsidiaire » accordée aux personnes qui ne peuvent pas se prévaloir du statut de réfugié mais qui « pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale » ; la directive « protection temporaire » 2001/55 du 20 juillet 2001 permettant « l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées ».

³⁹ Voir le numéro spécial de la revue *Refugiés*, n°148, 2007 et not. l'éditorial, p. 2, « Réfugié ou migrant ». La problématique est également soulevée dans le Guide de la Commission internationale des Juristes, auquel il est fait référence dans la note n° 2 : « The distinction between the causes of migration is not straight forward and the boundaries drawn by international law do not always reflect the reality of migrant's lives. A migrant might leave his or her country because of persecution on grounds of race, for example, or due to extreme poverty there. In the first case, he or she will be entitled to claim refugee status, while the second will be considered a case of economic migration, attracting no particular international protection, even though the threat to the individual's life may be just as significant in the first case. The same must be said for people who leave their country due to natural catastrophes caused by climate change, (...) ».

Deuxième remarque qui a trait à l'évolution contemporaine de la pratique par les États du statut de réfugié. La fermeture des frontières dans les pays du Nord a progressivement dégradé les conditions d'accueil des réfugiés, dont le régime est de plus en plus aligné sur celui des migrants irréguliers. Les réfugiés sont d'abord considérés comme des migrants irréguliers et traités en tant que tel et ce n'est qu'incidemment et de plus en plus exceptionnellement que leur demande d'asile pourra être traitée sur la base d'un examen individuel. Il semble que l'on soit à cet égard plongé dans une spirale négative qui paraît difficilement pouvoir être arrêtée : d'un côté en effet, on l'a dit, le groupe des personnes *contraintes* de quitter leur pays pour chercher protection et refuge dépasse de bien loin la catégorie étroite des « réfugiés » ou même des personnes bénéficiant d'une protection complémentaire ; de l'autre, les États de destination prennent prétexte de cet élargissement *de facto* de la catégorie pour traiter sans différenciation les « réfugiés » au sens juridique et les autres personnes migrantes forcées à se déplacer. On en arrive ainsi à un certain nombre d'aberrations et de pratiques dégradantes, allant de l'interception des migrants avant même qu'ils ne puissent entrer sur le territoire des pays de destination – et notamment de souvent dramatiques interceptions en mer suivies d'un détournement vers un pays tiers – jusqu'à l'instauration d'une incrimination de sortie illégale du territoire dans certains pays d'origine ou de transit qui contrevient à l'article 12 de la DUDH⁴⁰, en passant par des accords de réadmission appliqués à la hâte et sans aucune garantie que les droits des personnes « réadmisées » seront respectés et que ces personnes ne seront pas renvoyées par la suite vers leurs pays d'origine, en violation du principe de non-refoulement.

Ces questions nouvelles ne sont évidemment pas ignorées par le HCR et ont notamment conduit à l'adoption en 2004, après des consultations très larges, d'un *Agenda pour la protection*, puis d'un *Plan d'action en 10 points sur la protection des réfugiés et la migration mixte*, publié en janvier 2007⁴¹.

La prise de conscience du problème est une chose, mais on est encore loin d'avoir trouvé des solutions convaincantes dans une atmosphère de montée en puissance des politiques sécuritaires. A cet égard, l'effectivité du droit des réfugiés reste sujette à caution. Sur le plan européen, il faudra attendre le nouveau train de réformes proposé par la Commission – dans un contexte de crise aiguë provoqué par les révolutions tunisienne et libyenne – pour savoir si l'Europe parviendra à replacer les droits de l'Homme au cœur de son système commun⁴².

⁴⁰ Cf. Danièle Lochak, « Des droits fondamentaux sacrifiés », in GISTI, *Liberté de circulation : un droit, quelles politiques ?*, Paris, GISTI, 2011, pp. 12-13.

⁴¹ <http://www.unhcr.fr/4b151b7816.html> (dernière visite mai 2011)

⁴² Voir Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions*, Bruxelles, COM(2011) 248 final, 4 mai 2011.

D. Les instruments spécifiques de protection des migrants

Dernière catégorie d'instruments de protection : les instruments s'adressant spécifiquement à la protection des migrants. Le procès verbal est plus simple à établir que pour les instruments généraux. Il suffit de se référer au nombre de pays ayant ratifié ces instruments :

La Convention OIT n°97 (révisée), de 1949, entrée en vigueur le 22.1.1952 : 49 États parties.

La Convention OIT n° 143 (dispositions complémentaires) de 1975 ou *Convention sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants*. Entrée en vigueur le 9.12.1978 : 23 États Parties.

La *Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants et de leurs familles*, de 1990. Entrée en vigueur le 1.7.2003 : 44 États parties.

Il est bien évident que ce faible taux de ratification ne va pas dans le sens de « l'effectivité » des instruments. Cela ne signifie évidemment pas que ces instruments ne soient pas « effectifs » dans les États qui les ont ratifiés. Mais en terme d'effectivité globale, pour un phénomène global et planétaire qui est celui des migrations – et à la veille d'une nouvelle grande vague migratoire que nous annonce Philippe Fargues – la non ratification par au moins une majorité des États de la communauté internationale représente un problème majeur.

Le problème s'aggrave lorsqu'on s'intéresse à la répartition géographique des ratifications et que l'on s'aperçoit que ces conventions ont été principalement ratifiées par des États qui, au moins au moment de la ratification, étaient essentiellement des pays d'origine – même si un certain nombre sont devenus également des pays de destination ou, à tout le moins, de transit, comme le Mexique ou le Maroc⁴³. Or on ne voit pas très bien comment un droit s'appliquant à la protection des migrants pourrait bien être effectif sans lier tout à la fois les pays d'origine et destination : certes, les premiers ont une responsabilité et leur rôle est important, mais de toute évidence, les seconds sont tout de même les premiers concernés !

*

⁴³ Plus précisément, la Convention n° 87 – qui, *ratione personae*, couvre uniquement les migrants réguliers – a été ratifiée par 12 États du Groupe occidental et autres (WEOG) : Allemagne, Belgique, Chypre, Espagne, France, Israël, Italie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni. En revanche, la Convention n° 143 – qui couvre également les migrants irréguliers – n'a été ratifiée que par quatre États du même groupe : Chypre, Italie, Norvège et Suède. Quant à la Convention des Nations Unies, elle n'a été ratifiée par aucun membre du WEOG, à l'exception de la Turquie, qui participe en pratique également au Groupe asiatique. Toutes les autres parties sont membres soit du Groupe africain, soit du Groupe asiatique, soit du Groupe d'Amérique latine et Caraïbe (GRULAC) ou du Groupe d'Europe de l'Est.

On voit qu'il était utile d'opérer une typologie des différents instruments puisque de toute évidence la question de l'effectivité ne se pose pas exactement dans les mêmes termes pour chacune des catégories : l'effectivité des instruments généraux renvoie aux conditions générales d'effectivité des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme : elle est *a priori* garantie par le fin maillage des obligations et des mécanismes, mais sans doute affaiblie par une utilisation trop peu systématique ; l'(in)effectivité du droit des réfugiés est liée à la tension qui résulte de l'étrécissement de la catégorie des « réfugiés » ou des personnes bénéficiant d'une protection internationale assimilée ; tandis que l'effectivité des instruments spécifiques semble compromise par la faiblesse du nombre des ratifications et surtout le caractère asymétrique de la participation, qui révèle la difficulté de placer dans un même cadre multilatéral pays d'origine et pays de destination.

Après avoir procédé à ces distinctions qui me paraissaient essentielles pour la compréhension du sujet, je voudrais maintenant revenir à une perspective plus générale, en abordant la question des migrations dans son ensemble, pour procéder à un essai d'identification des principaux obstacles à l'effectivité des instruments internationaux.

II. OBSTACLES

À L'EFFECTIVITÉ DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

Les principaux obstacles à l'effectivité des instruments internationaux sont liés aux problématiques particulières posées par le phénomène des migrations irrégulières (A). Dans ce contexte, les instruments universels apparaissent de plus en plus inadaptés (B), de même que l'agencement institutionnel chargé de mettre en œuvre ces normes, caractérisé par l'éclatement (C).

A. Des obstacles liés au phénomène des migrations irrégulières

Bien sûr, on pourrait identifier des obstacles à la mise en œuvre des instruments de protection appliqués aux migrations *régulières*, les premiers résultant sans doute du racisme et de la xénophobie présents dans toutes les sociétés : la peur de l'Autre, de l'étranger identifié comme un intrus, voire un danger, précarise inévitablement la situation des migrants et constitue un obstacle à leur protection, y compris sur la base des régimes généraux de protection des droits de l'Homme⁴⁴.

⁴⁴ Voir les conclusions de la Commission d'experts sur l'application des conventions et recommandations de l'OIT, rapport 2001, doc. ILC.100/III/1A, p. 829, à propos de l'application par la France de la Convention (n° 97) sur les travailleurs migrants : outre le fait que « le rapport de la France n'a pas été reçu », la Commission fait part de sa préoccupation en matière d'accueil et d'intégration des migrants en situation régulière. Il est d'ailleurs intéressant (ou inquiétant quant à l'autonomie de la Commission et à sa capacité à trouver des informations ?) de noter que ses conclusions sont en grande partie fondées sur celles d'organes de protection des droits de l'Homme des Nations Unies.

Toutefois, on peut avancer que la question de l'effectivité se trouve vraiment posée face au phénomène de l'immigration irrégulière⁴⁵. L'immigration irrégulière résulte d'un certain nombre de facteurs qui se sont développés dans la deuxième partie du XX^{ème} siècle et surtout à partir des années 70 : la crise économique et la montée du chômage ont abouti à la saturation du marché du travail dans les pays d'émigration, entraînant ainsi une fermeture des frontières. Parallèlement, l'extension du modèle néo-libéral fondé sur le dogme de la théorie des avantages comparatifs a aggravé les inégalités entre le « Nord » et le « Sud » et fait des politiques de « développement » à l'échelle internationale un dérisoire « filet de protection » contre les effets indésirables de la libéralisation mondiale de l'économie.

Première conséquence, le maintien d'une main d'œuvre abondante à faible coût, considérée par les pays en développement comme un avantage comparatif dans un contexte de libéralisation mondiale des échanges. Avec pour double corollaire des délocalisations massives du Nord vers le Sud, aggravant le chômage dans les pays développés et, mouvement inverse, une exportation de main d'œuvre à bon marché, de préférence dans des conditions irrégulières, pour maintenir son faible coût.

Deuxième conséquence, la déliquescence des États en développement, avec son cortège de conflits armés internes, de crises politiques, aggravant la situation économique, d'accaparement des ressources naturelles par les élites politiques avec la complicité des sociétés transnationales et des élites du « Nord » etc... Ces différents facteurs entraînant eux-mêmes une immigration qui, pour paraître volontaire, est en réalité en partie contrainte, pour des millions de personnes qui fuient la misère, la violence et la corruption dans leur propre pays.

Tout semble aller à l'encontre de l'application des normes internationales de protection aux migrants irréguliers :

- l'argument économique – souvent avancé dans un contexte de mondialisation de l'économie – de l'utilité d'une main d'œuvre bon marché non soumise aux normes sociales internationalement reconnues ;
- le refus officiel de reconnaître aux migrants irréguliers leurs droits économiques et sociaux, refus fondé ouvertement sur l'argument selon lequel appliquer ces normes aurait pour conséquence un phénomène d'appel d'air qui encouragerait la migration irrégulière. De manière plus opaque, n'y-a-t-il pas un intérêt pour les pays de destination à exploiter une main d'œuvre à faible coût sans avoir à assumer la contrepartie sociale de ce travail, laissant aux pays en développement, en cas de retour, la charge de ces dépenses ?

⁴⁵ Suivant la terminologie de la Convention des Nations Unies sur les travailleurs migrants et les recommandations du Rapporteur spécial sur les migrants et d'autres institutions, on utilise ici délibérément le terme « irrégulier » et non celui d'« illégal » qui sous entend que le migrant viole la loi et comporte une connotation pénale. Cf. le rapport du Rapporteur spécial à l'Assemblée générale pour 2010, doc. A/65/222, § 28 et suiv.

- le racisme et la xénophobie ordinaires des opinions publiques qui s'opposent à ce que de personnes « illégales » puissent bénéficier d'un certain nombre de prestations sociales.
- le traitement de plus en plus sécuritaire de la question, correspondant à une politique du bouc émissaire, et conduisant à pénaliser l'entrée irrégulière sur le territoire, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent, et qui font que non seulement les migrants ne bénéficient d'aucune protection mais deviennent *in fine* potentiellement victimes de violations des droits de l'Homme.

Dans ce contexte extrêmement tendu, on est bien obligé de reconnaître que les instruments internationaux de protection sont largement inadaptés.

B. Des instruments de protection inadaptés

Ces instruments sont inadaptés en ce qu'ils se traduisent essentiellement sous la forme d'obligations unilatérales imposées principalement aux États de destination et, qui plus est – pour la Convention n° 143 de l'OIT et la Convention des Nations Unies sur les travailleurs migrants – s'appliquant indifféremment aux migrants réguliers et irréguliers.

L'aspect unilatéral ou « législatif » de l'obligation qui caractérise les conventions internationales devient problématique à partir du moment où il s'inscrit dans un contexte profondément asymétrique, opposant les États d'origine « exportant » leurs migrants et les États de destination qui les reçoivent et ont pour obligation de les protéger. Les États de destination se sentent seuls visés par ces instruments et peuvent avoir l'impression que, dans le contexte d'un accord multilatéral où chaque État partie est comptable de ses obligations devant les autres États parties, le principe d'égalité ne sera pas respecté et qu'il y aura d'un côté les créanciers et de l'autre les débiteurs d'obligations.

Cette perception est sans doute une des causes principales du refus des États développés de ratifier la Convention des Nations Unies sur les travailleurs migrants. Si beaucoup de prétextes officiels sont mis en avant (la France argue notamment de « difficultés fiscales » liées au retour vers le pays d'origine des fonds accumulés par les migrants⁴⁶), les vraies raisons sont politiques et sont

⁴⁶ Cf. Paul de Guchteneire, Antoine Pécoud, « Les obstacles à la ratification de la Convention des Nations Unies sur la protection des droits des travailleurs migrants », *Droit et société*, 2010, vol. 75, pp. 431-451, p. 440 : « En France, le ministère des Finances a des réticences à l'égard de la Convention parce que celle-ci appelle à faciliter les transferts de fonds des migrants vers leurs pays d'origine, ce qui aurait pour effet de réduire les commissions perçues par les banques et de contribuer à faire sortir du pays des sommes d'argent potentiellement considérables. » Voir toutefois l'Avis adopté par l'Assemblée plénière de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (C.N.C.D.H.) le 23 juin 2005 (disponible sur le site de la C.N.C.D.H. : <http://www.cncdh.fr/>) qui montre le caractère artificiel de ces réticences : « Rappelant que la seule réserve qui est expressément interdite par l'article 88 vise l'exclusion d'une « catégorie » de travailleurs migrants, la CNCDH recommande aux autorités françaises d'envisager le cas échéant des déclarations interprétatives pour permettre une ratification rapide, en levant les obstacles de principe qui s'y opposeraient. Cela pourrait être le cas pour l'article 31 sur « l'identité culturelle », au regard du principe de laïcité ou du

notamment liées au refus d'être placés en position d'accusés dans le cadre par ailleurs très politisé des Nations Unies.

A cela s'ajoute une autre raison fondamentale, liée au fait que la Convention s'applique et reconnaît explicitement des droits aux travailleurs irréguliers et que les États ne veulent pas, officiellement, « encourager l'immigration irrégulière » en ratifiant la Convention.

Ces arguments n'ont guère de validité. Pour ce qui est du premier, si l'on examine les travaux du Comité des Nations Unies sur les travailleurs migrants, on doit constater qu'il porte un regard fort critique sur la situation d'un certain nombre d'États qui, entre 1990 et le début des années 2000, sont devenus eux-mêmes des pays d'immigration ou de transit⁴⁷ et dans lesquels la situation des migrants est souvent catastrophique⁴⁸. Quant au deuxième argument, il n'a pas de sens, si l'on considère qu'en tout état de cause, les migrants irréguliers bénéficient de toute façon des droits de l'Homme reconnus par les conventions générales, et que la Convention ne fait que contextualiser. En tout état de cause, l'argument est bien entendu fallacieux dans la mesure où les migrations irrégulières sont le produit de la libéralisation de l'économie mondiale, dont les pays développés cherchent à capter les bénéfices sans en assumer les coûts. Mais la raison ne vaut pas dans ce contexte, et il est ici essentiellement affaire de perception. Cette inadéquation des normes internationales est encore aggravée par l'éclatement du paysage institutionnel.

principe de l'égalité des femmes et des hommes, ou des dispositions de l'article 47 relatives aux transferts de revenus, en matière de droit fiscal. Quant aux réticences exprimées par l'administration fiscale, la CNCNDH considère que leur bien fondé ne s'oppose en rien au fait que la France puisse marquer son accord sur les principes énoncés par la Convention, les mesures de mise en œuvre, notamment au travers de conventions fiscales bilatérales, pouvant être engagées par la suite. » La réponse du Gouvernement à l'avis, en date du 28 juillet 2005, réitère les mêmes arguments, tout en promettant un réexamen : « Certains éléments contenus dans la convention (dispositions fiscales) soulèvent des difficultés techniques (...) ». Jusqu'à aujourd'hui, la France n'a pas changé sa position, d'ailleurs alignée sur celle des autres États membres de l'Union européenne.

⁴⁷ V. par ex. les Observations finales adoptées par le Comité sur le rapport du Mexique, lors de la 14^{ème} session du Comité en avril 2011 : doc. CMW/C/MEX/CO/2. Le Mexique était l'un des promoteurs du projet de Convention, aux côtés du Maroc. Aujourd'hui, il est vertement critiqué en tant que pays d'immigration et de transit. Auparavant, le Comité a adopté des observations finales sur les pays suivants : Mali (2006), Mexique, Egypte (2007), Equateur, Syrie, Bolivie (2008), Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, Colombie, El Salvador, Philippines (2009), Albanie, Algérie, Equateur, Sénégal, Sri Lanka (2010).

⁴⁸ A titre d'exemple, sur la situation dramatique des migrants au Mexique, que ce soit pour les migrants mexicains vers les États-Unis ou pour les migrants d'autres pays d'Amérique centrale ou d'Amérique latine en transit : Amnesty International, *Invisible Victims. Migrants on the Move in Mexico*, Avril 2010. Et sur la situation prévalant dans les pays du Maghreb : Réseau Euro-Méditerranéen des Droits de l'Homme (R.E.M.D.H.)/Véronique Planès-Boissac, Mathieu André, Sara Guillet, Nejla Sammakia, *Etude sur la migration et l'asile dans les pays du Maghreb. Des cadres juridiques et administratifs insuffisants et incapables de garantir la protection des migrants, réfugiés et demandeurs d'asile*, juillet 2010.

C. Un agencement institutionnel éclaté

Force est en effet de constater que, en dehors du HCR dont le mandat porte précisément sur la protection des réfugiés et d'un certain nombre d'autres catégories de personnes, il n'existe pas d'institution opérationnelle en charge de la protection des migrants sur le plan international.

Certes, les mécanismes droits de l'Homme de l'ONU offrent un début de réponse, avec la conjonction du Comité – mais qui ne supervise que 43 pays – et du Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'Homme, créé en 1999, dont le mandat s'étend à l'ensemble des États membres de l'ONU. Mais il ne faut pas se leurrer, ces mécanismes peuvent avoir un rôle de protection indirecte en faisant pression sur les États pour qu'ils prennent des mesures, éventuellement en incitant d'autres organisations internationales à agir, mais ils n'ont eux-mêmes aucune capacité opérationnelle et ne peuvent donc pratiquement organiser la protection de migrants sur le terrain.

En dehors de ces deux mécanismes qui envisagent tous les aspects de la protection, on ne trouve que des institutions sectorisées qui abordent la question dans le cadre de leur mandat spécifique⁴⁹. Ainsi l'Organisation Internationale des Migrations (O.I.M.) porte mal son nom car, outre le fait qu'elle ne fait pas partie du système des Nations Unies, elle ne constitue pas une organisation ayant vocation à édicter des normes en matière de migration ni même encore moins à protéger les migrants sur la base d'un mandat général, mais seulement une organisation prestataire de service aux États.

Quant à l'U.N.E.S.C.O., à l'U.N.I.C.E.F., au Fonds des Nations Unies pour la population (F.N.U.A.P.), ces organisations ne sont en mesure d'appréhender qu'un aspect très limité du problème. Finalement, l'organisation possédant le champ le plus large est l'O.I.T., puisqu'elle couvre toutes les migrations du travail qui, *a priori*, constituent l'essentiel du nombre des migrants.

Il n'en reste pas moins que ce paysage institutionnel éclaté est insatisfaisant, dans la mesure où il rend impossible toute action cohérente en faveur des migrants et surtout freine l'adoption d'une perspective globale et holistique de la migration qui permettrait de dépasser le paradigme de la Souveraineté.

Ayant identifié les obstacles à l'effectivité des instruments universels de protection des migrants, il convient maintenant d'essayer de tracer quelques pistes pour essayer de les surmonter.

⁴⁹ Voir Bertrand Badie, Rony Brauman, Emmanuel Decaux, Guillaume Devin, Catherine Wihtol de Wenden, *Pour un autre regard sur les migrations. Construire une gouvernance mondiale*, Paris, La Découverte, 2008, chapitre 5 « Un paysage institutionnel fragmenté et inefficace ». Voir également à cet égard les analyses de la Commission globale sur les Migrations Internationales mise en place au sein des Nations Unies : *Migration in an interconnected world : New directions for action. Report of the Global Commission on International Migration*, Octobre 2005, <http://www.gcim.org/attachements/gcim-complete-report-2005.pdf>, pp. 73 et suiv. La Commission souligne l'éclatement institutionnel, mais également – point important – la schizophrénie des États qui fait qu'un même État n'adoptera pas nécessairement la même position sur un sujet connexe dans des organisations différentes. La multiplication des instances de délibération prête le flanc à cette schizophrénie.

III. COMMENT SURMONTER LES OBSTACLES ?

La première chose consiste à (re)construire le cadre institutionnel global pour renforcer l'effectivité du cadre « législatif » et établir un lieu de délibération approprié à l'échelle universelle : c'est l'objectif de construction d'une gouvernance multi-niveaux de la migration à l'échelle globale (A). Sur cette base, le droit international de la migration doit associer à la logique de l'obligation unilatérale une logique de « partenariat » ou de contractualisation (pour le dire plus crûment) avec des obligations mutuelles et partagées, fondées sur le principe de réciprocité. Pour autant, les droits de l'Homme doivent être réaffirmés comme cadre fédérateur ou constitutionnel (B).

A. Une gouvernance multi-niveaux des migrations

Le processus de réforme du cadre institutionnel est en réalité entamé depuis la fin des années 90 et le milieu des années 2000, qui ont connu un essor sans précédent des initiatives multilatérales sur le sujet des migrations⁵⁰. En 2003, le Secrétaire général des Nations Unies met en place un Groupe de travail interne sur la question des migrations, qui lui recommande la création d'une *Commission Globale sur les Migrations Internationales*. Cette initiative part du constat qu'il existe une lacune sur le plan de la gouvernance globale des migrations⁵¹. La Commission est un organe composé de dix-neuf experts indépendants dont le mandat est défini par un « Groupe spécial d'États » sous la co-présidence de la Suisse et de la Suède⁵². Sa création est annoncée par le Secrétaire général le 9 décembre 2003 à Genève. Elle est chargée de rendre un rapport en 2005⁵³. Parallèlement, l'Assemblée générale des Nations Unies décide de tenir en 2006 un « Dialogue de Haut niveau » consacré au lien entre migration internationale et développement. Le Secrétaire général est chargé d'en définir les modalités⁵⁴. Le processus de construction de la gouvernance s'effectue alors sur un double plan, intergouvernemental et interinstitutionnel.

Sur le plan intergouvernemental, le *Dialogue de Haut niveau* aboutit à la création d'un « Forum mondial sur la migration et le développement » en vue de poursuivre la concertation intergouvernementale sur le sujet⁵⁵. Ce forum se réunit une fois par an, il s'agit d'un processus diplomatique autonome, situé en dehors de l'Organisation des Nations Unies, plusieurs États – dont les États-Unis – ayant exprimé leur franche hostilité à un processus susceptible d'aboutir à une action normative au sein de l'Assemblée générale. Il y a eu jusqu'ici quatre

⁵⁰ En dehors des Nations Unies, il faut mentionner l'« Initiative de Berne », un processus intergouvernemental de consultation lancé par la Suisse en 2001, et l'*Agenda international pour la gestion des migrations* qui en est issu. Le texte de l'agenda est téléchargeable à : <http://publications.iom.int/bookstore/free/IAMM.pdf>

⁵¹ <http://www.un.org/News/Press/docs/2003/sgsm9027.doc.htm>

⁵² http://www.gcim.org/mandate/GCIM_Summary_Note.pdf

⁵³ Voir le rapport cité *supra*, <http://www.gcim.org/attachements/gcim-complete-report-2005.pdf>

⁵⁴ Voir le rapport du Secrétaire général A/60/205 « Migration internationale et développement ».

⁵⁵ Voir le *Résumé du Dialogue de Haut niveau sur les migrations internationales et le développement. Note de la Présidente de l'Assemblée générale, A/61/515, §§ 20 et suiv.*

fora, le premier à Bruxelles, en 2007 ; le second à Manille en 2008 ; le troisième à Athènes en Grèce en 2009 et le quatrième au Mexique en 2010. En 2011, la présidence suisse du Forum a proposé de substituer à la rencontre annuelle une série de petites conférences dans différents endroits du monde, autour du thème général *Taking action on Migration and Development – Coherence, Capacity and Cooperation*⁵⁶, le résultat de ces conférences devant être discuté lors d'une rencontre de deux jours à Genève, en décembre 2011. L'objectif du Forum est essentiellement d'échanger entre délégations nationales sur les liens existant entre la migration et le développement, c'est-à-dire principalement de mettre en valeur comment et à quelles conditions les migrations peuvent avoir un impact positif sur le développement. Suivant le modèle d'un certain nombre de processus récents, les « bonnes pratiques » (ou supposées telles) sont mises en avant pour proposer des solutions concrètes et coordonnées aux différents acteurs, en lien avec les autres processus établis sur le plan régional ou bilatéral. Il s'agit de réunions interétatiques, les délégations étant en principe constituées par les différents départements impliqués dans la question des migrations (affaires sociales, intérieur, justice, affaires étrangères...) Au départ, la société civile était totalement exclue des délibérations, mais était seulement autorisée à tenir un forum parallèle « officiel ». Lors de l'édition 2009 du Forum, cette formule a été maintenue, à ceci près que s'y est ajoutée l'initiative d'un « espace commun », expression ronflante pour désigner deux conférences insérées dans le déroulement de la plénière du Forum et ouvertes aux acteurs de la société civile⁵⁷.

Sur le plan interinstitutionnel, les différentes agences et organisations internationales impliquées dans les questions migratoires ont constitué un *Global Migration Group*, conçu comme un outil de coopération interinstitutionnelle et de mise en commun des expériences. Le GMG est issu d'un groupe préalable – le Groupe de Genève sur les migrations – constitué en 2003 par les agences des Nations Unies ayant un mandat lié à la question des migrations. Son élargissement à d'autres institutions extérieures aux Nations Unies était une recommandation « urgente » de la Commission globale sur les migrations internationales. Le GMG participe au Forum et y apporte sa contribution. Il intervient de manière autonome sur un certain nombre de thématiques en adoptant des positions communes qui peuvent ensuite servir de lignes directrices au sein de chacune des institutions. Récemment, le Groupe – dirigé en 2010 par la Haut Commissaire aux droits de l'Homme – a ainsi publié une déclaration relative aux droits de l'homme des migrants en situation irrégulière (30 septembre 2010)⁵⁸.

Ces développements institutionnels sont très prometteurs, puisqu'ils permettent à une délibération ouverte de prendre place pour la recherche de solutions consensuelles. Que l'on ne se situe pas dans le schéma classique d'une (nouvelle) organisation internationale n'a guère d'importance à ce stade. A vrai dire, il y a peut être plus d'intérêt à créer un processus de délibération informel

⁵⁶ Voir le *concept paper* de la présidence suisse posté sur le site du Forum : <http://www.gfmd.org/>

⁵⁷ Voir le *report of proceedings* du Forum de Mexico, pp. 13 et suiv. sur le site du Forum.

⁵⁸ Accessible sur le site du Groupe : <http://www.globalmigrationgroup.org/>

que de créer une nouvelle organisation qui deviendrait un nouvel empire hégémonique et devrait, elle aussi, se coordonner avec les autres⁵⁹. Ceci d'autant plus que la question des migrations est une question *globale* tant sur le plan géographique (à l'échelle de la planète, même si ses déclinaisons locales ou régionales doivent être distinguées) que sur le plan matériel : l'apport d'un cadre de délibération ouvert et transversal est d'intégrer les différentes perspectives parfois conflictuelles que sont celles, par exemple, du HCR, du PNUD, de l'OMC ou de la Banque mondiale. Il est important que la perspective « humanitaire » puisse croiser et se confronter à la perspective « sécuritaire », à la perspective financière ou à la perspective commerciale... Pour ne prendre que cet exemple, il paraît impossible de raisonner aujourd'hui sur les migrations à l'échelle globale, sans inclure les dossiers pendants du *Doha Round*, au sein de l'OMC, relatifs aux subventions agricoles ou à la libéralisation des services.

Il est difficile de faire un bilan à ce stade du processus du FMMD. Ce qui est certain, c'est qu'une telle délibération facilite la structuration du débat à une échelle globale et transversale, à partir des bases posées par l'*Initiative de Berne*, la Commission globale sur les migrations internationales ou le Dialogue de Haut niveau de 2006. Autrement dit, la discussion part du principe que la question des migrations internationales est une question globale qui doit être traitée dans une perspective holistique, et non plus sous l'unique angle de la frontière, de la souveraineté ou de la sécurité. Le caractère strictement intergouvernemental du processus demeure toutefois une limite importante et il faut espérer un décloisonnement progressif qui permettrait, à travers des structures appropriées, une participation pleine et entière de la société civile et du secteur privé⁶⁰. Il est en effet évident que l'on ne peut pas penser aujourd'hui des solutions au problème des migrations sans faire participer directement les entreprises et les ONG à la délibération. Les entreprises, d'un côté, sont les employeurs des travailleurs migrants et la question rejoint alors celle de leur « responsabilité sociale » ou, plus largement, celle de leurs obligations au regard du droit international⁶¹. Quant aux ONG, elles sont, aux côtés des États et souvent en partenariat avec eux, des agents de protection fondamentaux. Un tel agencement institutionnel devrait aboutir à la formulation de nouvelles normes fondées sur une logique de partenariat et prenant pour cadre de référence les droits de l'Homme.

⁵⁹ A noter la proposition phare de la Commission globale pour les migrations internationales, tendant à créer une nouvelle agence, par la fusion de l'OIM et du HCR. Voir rapport de la Commission, *op. cit.*, pp. 75-76.

⁶⁰ Voir le commentaire très critique de la F.I.D.H., à l'issue du 4^{ème} Forum de 2010 au Mexique : « La manière dont sont structurées les réunions officielles du FMMD a suscité de nombreuses critiques de la part des ONG, en particulier sur le manque d'échanges entre les gouvernements et la société civile. Les gouvernements se réunissent à huis-clos et les ONG ne sont pas autorisées à assister à cette réunion, même en qualité de simples observateurs. » <http://www.fidh.org/4eme-Forum-Mondial-sur-les-Migrations-et-le-Sur-l'evolution-des-modalites-de-participation-des-acteurs-privés-aux-processus-de-deliberation-internationale>, cf. notre contribution « La place de la société civile dans les organisations internationales : quelle stratégie pour la France au XXI^{ème} siècle ? », in G. Cahin, F. Poirat, S. Szurek, *La France et les organisations internationales*, Paris, Pedone, à paraître en 2012.

⁶¹ Cf. E. Decaux (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Paris, Pedone, à paraître.

B. L'élaboration d'un droit international de la migration

On a vu que dans le contexte de la migration, la logique de l'obligation unilatérale « législative » propre au droit international des droits de l'Homme contemporain ne peut pas fonctionner en raison du caractère asymétrique de la position des acteurs sur le plan économique : les États de destination (ou qui se perçoivent comme tels) ne veulent pas être les seuls débiteurs des obligations qui sont perçues comme ayant un coût économique important, alors que par ailleurs, sur le plan politique, ils ont tout intérêt à ne pas s'engager pour satisfaire aux tendances xénophobes de leurs électeurs. De leur côté, les États d'origine, qui misent sur le « revenu » de leurs migrants pour assurer leur développement, n'ont pas le poids politique nécessaire pour imposer aux pays de destination la pleine reconnaissance des droits de leurs nationaux.

Il faut donc trouver un nouveau mode de relation qui recrée de l'utilité des deux côtés (pays d'origine et pays de destination), sans pour autant que la logique utilitariste l'emporte au préjudice du migrant. Si la rhétorique soutenue au sein du FMMD du « gagnant-gagnant-gagnant »⁶² peut susciter des doutes et des interrogations, elle n'en est pas moins l'expression assez juste d'une tentative pour créer un nouvel équilibre et une nouvelle dynamique potentiellement féconde. Toute la question est de parvenir à déterminer les conditions dans lesquelles tant les pays d'origine que les pays de destination et les migrants eux-mêmes ont quelque chose à gagner dans la migration. La réponse n'a, à vrai dire, rien d'évident dans le cadre d'une mondialisation économique libérale qui ne raisonne qu'en terme d'efficacité économique et omet trop souvent le facteur humain, ou le réduit à un facteur de production⁶³.

De ce point de vue, le choix stratégique consistant à placer la discussion sur le terrain des relations entre migrations et développement – s'il est « scientifiquement » discutable – semble stratégiquement approprié⁶⁴. On l'a dit plus haut : la querelle porte sur les migrations irrégulières, qui sont elles-mêmes, au moins en partie, le produit du sous développement et de ses conséquences.

⁶² « *Win, Win, Win* » : signifie que, dans le processus de migration, sont gagnants à la fois les pays d'origine, les pays de destination et les migrants eux-mêmes.

⁶³ Pour les ONG présentes au Forum Global de 2010 à Mexico, le slogan « *Win, Win, Win* » est fallacieux et ne cherche qu'à masquer les conséquences tragiques du libéralisme économique triomphant : « It is wrong to place the burden on poor, low-skilled migrant workers to help develop nations in the Global South through hard-earned remittances. This removes the responsibility of wealthy nations in the Global North to meet development aid commitments and to fulfil the North's responsibility to create an enabling environment for development. » *Statement of the People's Global Action on Migration, Development and Human Rights*. Mexico City, 2-5 November 2010. <http://www.accionglobalmexico.org/doc/PGA-FinalStatement.pdf>

⁶⁴ *Contra* Bertrand Badie et al., *Pour un autre regard...*, *op. cit.*, pp. 71-72 : « ... la seule articulation entre migration et développement ne permet pas, de toute évidence, aux différentes parties prenantes de définir le cadre commun de références attendu. La jonction des intérêts divers doit nécessairement se faire autour de perspectives politiques claires qui sont à l'heure actuelle absentes des différentes discussions internationales. » Voir aussi, pour une dénonciation du concept de « co-développement » associé à la question de la « maîtrise des flux migratoires », en particulier dans les contextes européen et français, Violaine Carrère, « L'illusion du codéveloppement », in GISTI, *Liberté de circulation...*, *op. cit.*, pp. 46 et suiv.

Le défi consiste à reprendre les mêmes objets mais à inverser la spirale pour en faire un cercle vertueux : au sous développement qui nourrit l'immigration irrégulière – et inversement, dans la mesure où la « fuite des cerveaux » est un facteur de sous-développement⁶⁵ – il conviendrait idéalement de substituer une immigration régulière productrice de développement.

Sur le plan politique, on comprend qu'un tel discours soit attirant pour les pays de réception : plutôt que de donner l'impression de céder à la pression migratoire face à leurs opinions publiques xénophobes, ils paraissent remettre de l'ordre dans les flux migratoires, favoriser leur réduction, tout en contribuant à la noble cause du développement et du respect des droits de l'Homme dans les pays d'origine. Par ailleurs, en contractualisant la relation sur une base de réciprocité, ils s'extraient d'une position inconfortable de débiteurs exclusifs de la protection.

Dans cette perspective, la protection – si elle continue bien entendu de relever en premier lieu de la responsabilité des États – semble devoir s'appuyer sur des partenariats multiples⁶⁶ impliquant tous les acteurs de la migration et à tous les niveaux. Partenariats migratoires tout d'abord entre États de réception et États d'origine, sous la forme d'accords bilatéraux ou plurilatéraux ; partenariats aussi avec les ONG qui assument une part de la protection ; partenariats plus largement avec les organisations de la société civile, et notamment les syndicats ; partenariat public/privé, lorsque les entreprises s'engagent à respecter un certain nombre de normes de protection dans leurs pratiques commerciales, y compris sur une base transnationale.

Voilà pour la théorie. La mise en pratique est, certes, loin d'être évidente. De nombreuses questions ne trouvent pas encore de réponse. On en mentionnera trois pour terminer :

- Comment s'assurer que ce nouvel utilitarisme ne se retourne pas contre les travailleurs migrants ? Autrement dit, comment être certain que, dans une logique de « partenariat » fondamentalement dirigée par des intérêts économiques, la dimension humaine ne soit pas laissée de côté, les migrants ne devenant finalement que des variables d'ajustement dans un processus interétatique ?⁶⁷

⁶⁵ V. sur ce point l'analyse économique de El Mouhoub Mouhoud, in GISTI, *Liberté de circulation...*, op. cit., pp. 82 et suiv.

⁶⁶ Voir la définition donnée du mot « partenariat » dans le « Document de travail de la Plate-forme pour les partenariats », FMMD, avril 2010, cité dans le « Document de réflexion » pour la Table ronde session I.1. « Partenariats pour une migration plus régulière et mieux protégée, » établi par les co-présidents (Brésil et France) de la Table ronde 1 « Partenariats pour la migration et le développement humain : prospérité partagée – responsabilité partagée » lors du FMMD 2010 à Mexico (document disponible sur le site du FMMD), p. 3, note n° 1 : « Les partenariats sont définis comme “des arrangements mutuellement acceptables entre des individus et/ou des groupes (gouvernements, secteurs publics et privés, migrants, diaspora, employeurs, communautés d'origine, ONG, organisations internationales, etc.) qui peuvent optimiser les bénéfices de la migration en termes de développement.” »

⁶⁷ Cf. le constat désabusé de Danièle Lochak dans « Evolution des discours et continuités politiques », in GISTI, *Liberté de circulation. Un droit, quelles politiques ?*, Paris, Gisti, 2011, p. 41 : « Au-delà de l'évolution du discours dominant qui ne présente plus l'immigration systématiquement

- Dès lors, comment être certain que les organisations de la société civile, mises à contribution dans l'effort tendant à transformer la migration en richesse, ne deviennent pas les auxiliaires d'un projet qui, loin de servir les intérêts qu'elles défendent, ne font qu'approfondir les causes de la détresse des populations migrantes ?

- Sur le plan interétatique, comment garantir que les inégalités de développement ne viennent pas fausser le mécanisme de la « contractualisation », lorsqu'on sait que la bilatéralisation est aujourd'hui privilégiée, notamment par les pays européens et par l'Union européenne elle-même ? La démarche de l'Union européenne, louable sur le principe, d'une « approche globale des migrations », tend en réalité à établir une conditionnalité pour l'aide au développement et à faire peser sur les pays d'origine ou de transit la charge de lutter contre l'immigration irrégulière. Loin de la spirale vertueuse évoquée plus haut, on assiste plutôt à un transfert de charge, à une externalisation de la répression. Sur le plan national, et dans la ligne de cette « approche globale » européenne, le précédent des « accords de gestion concertée des flux migratoires et de développement solidaire » signés par la France avec plusieurs pays d'origine montre à tout le moins que les choses ne vont pas de soi. Si ces accords sont présentés par la France au sein du FMMD comme une « bonne pratique » à suivre, ils sont dénoncés par les ONG – et par certains pays en développement eux-mêmes – comme déséquilibrés, uniquement conçus pour servir les intérêts de la France et comportant, qui plus est, des risques considérables de violation des droits des migrants⁶⁸.

comme une charge mais comme pouvant apporter certains avantages, la politique d'ouverture obéit exactement à la même logique que la fermeture des frontières : fondée sur le seul intérêt des États, elle ne prend pas en compte les droits, les souhaits ou les besoins des individus. On en revient à la philosophie des années 50 et 60 – qui était aussi celle de l'entre-deux guerres – où les étrangers étaient considérés comme un simple réservoir de main d'œuvre et une variable d'ajustement à la conjoncture économique. » Voir également, dans le même ouvrage, Antoine Pécoud, « Le scénario « migrations sans frontières », pp. 56 et suiv. et ici p. 62 : « La conception des migrations développées par le Pnud ou d'autres instances internationales s'expose ainsi à une critique "anti-libérale", selon laquelle elle ne ferait que rendre possible un nouveau type d'utilitarisme migratoire, adapté au capitalisme post-fordiste contemporain. »

⁶⁸ Voir la déclaration conjointe de plusieurs associations dont le Gisti et la Cimade : « Une gestion "concertée" des flux migratoires au détriment des droits des migrants. Les associations appellent les députés à refuser les accords de "gestion concertée" soumis à leur vote le 14 mai », sur le site du Gisti : <http://www.gisti.org/spip.php?article1484>. Et le *Document d'analyse* très détaillé et convaincant de la Cimade : *Les accords relatifs à la gestion concertée des flux migratoires et au codéveloppement. Version actualisée au 6 janvier 2009*. Parmi les risques les plus prégnants, le document évoque (pp. 11-13) le fait que les engagements de réadmission inclus dans les accords portent sur les migrants des pays tiers en situation irrégulière qui n'ont fait que transiter par l'État requis. Un rapport d'Amnesty International de 2008 dénonce justement « la situation dramatique des migrants renvoyés en Mauritanie, en application de l'Accord d'immigration signé en juillet 2003 avec l'Espagne et qui permet le renvoi en Mauritanie de migrants ayant transité par ce pays. Le rapport évoque des pratiques de détention prolongée, de mauvais traitements, d'absence d'accès à une procédure d'asile équitable, de renvois de mineurs isolés, etc... » V. Amnesty International, « *Personne ne veut de nous* ». *Arrestations et expulsions collectives de migrants interdits d'Europe*, 2008.

Ces trois questions soulèvent en réalité un seul et même problème : sous prétexte de « contractualiser », n'assiste-t-on pas en fait à un affaiblissement du cadre législatif et constitutionnel ? La nouvelle logique à la fois horizontale et transversale n'aboutit-elle pas à relativiser des droits reconnus comme étant universels ?⁶⁹

Pour conjurer ce risque – bien réel – il est fondamental que cette nouvelle approche de partenariats se développe dans un cadre fédérateur qui soit celui des droits de l'Homme, plaçant le migrant au centre à la fois du processus de migration mais également du développement.

Autrement dit, la contractualisation ne doit pas conduire à l'abandon ou à la mise au rebut des obligations unilatérales législatives. Il est donc essentiel, par exemple, de poursuivre activement la campagne en faveur de la ratification de la *Convention des Nations Unies pour la protection des travailleurs migrants et des membres de leurs familles*, en particulier par les États européens. Mais dans une situation de conflit d'intérêts divergents et d'asymétrie entre des acteurs divers (États, entreprises, ONG, migrants), la conclusion d'accords multi-niveaux fondés sur la logique du contractualisation/partenariat apparaît comme un passage obligé pour parvenir à l'effectivité des obligations unilatérales.

A cet égard, on peut déjà se réjouir de ce que la position des organisations parties prenantes au GMG semble clairement prendre cette direction. Déjà, en 2006, l'OIT avait adopté son *Cadre multilatéral pour les migrations de main d'œuvre – Principes et lignes directrices non contraignant pour une approche des migrations de main d'œuvre fondée sur les droits*. En 2008, le GMG publiait une étude sur les droits de l'Homme et les migrations préconisant une « approche droits de l'Homme des migrations ». La dernière déclaration déjà citée, à propos des droits de l'Homme des migrants irréguliers, vient confirmer cette tendance. Bien évidemment, la position des États est loin d'être aussi claire et l'on risque de retrouver dans les négociations le clivage entre pays d'origine et pays de destination, sans compter les pays de transit, dont la position risque à tout le moins d'être ambivalente au sujet des droits de l'Homme. Et c'est précisément face au risque de réapparition de ce clivage qu'il convient de promouvoir un cadre multilatéral de délibération comme le FMMD – à condition toutefois qu'il s'ouvre davantage aux acteurs privés. Le cadre multilatéral laisse en effet plus de marge de manœuvre aux États d'origine – qui ont intérêt à promouvoir l'approche droits de l'Homme – que la relation bilatérale, par nature inégale et à la réciprocité faussée. Le multilatéralisme permet également à la

⁶⁹ Dans son analyse citée dans la note ci-dessus, la Cimade relève que les possibilités de migrations légales offertes dans les différents accords bilatéraux « s'inscrivent dans le cadre d'une immigration choisie » et conduisent en réalité à une relativisation des droits, dans la mesure où seules certaines catégories d'étrangers sont désignées comme pouvant en bénéficier pleinement. Ainsi, les accords créent des cartes de séjour « compétences et talents » destinées aux étrangers « susceptibles de participer au développement économique ou au rayonnement (intellectuel, scientifique, culturel, humanitaire ou sportif) de la France ». La Cimade note : « Alors que les conditions de regroupement familial se durcissent, les familles accompagnant les titulaires de ces cartes ne sont soumises à aucune condition de ressource ou de logement. Le droit de vivre en famille serait-il uniquement réservé aux personnes que la France considère comme "compétentes et talentueuses" ? »

société civile de faire entendre sa voix et de faire valoir les valeurs universelles, face au cynisme et à l'utilitarisme à court terme des États, là où les négociations bilatéralisées sont systématiquement opaques et difficiles d'accès.

Autrement dit – et même si l'on ne saurait en faire une panacée – la voie d'un forum multilatéral est la meilleure chance non seulement de globaliser la question des migrations – c'est-à-dire de faire en sorte que la discussion internationale sur les migrations dépasse le paradigme classique de la Souveraineté et de la Frontière – mais également d'imposer une « approche par les droits », que les intérêts des États et des acteurs économiques tendront toujours à marginaliser.

*

Ne nous y trompons pas : il s'agit, à terme, de reconnaître un nouveau droit de l'Homme qui serait le *droit à la migration* – ou, si on veut, un droit plus complet à la liberté de circulation qui ne se limite plus au droit de sortir de son pays, mais également au droit de migrer vers un autre pays et de s'y établir, de manière temporaire ou permanente.

La reconnaissance de ce droit s'inscrit dans la logique d'une approche droit de l'Homme de la migration, comme reconnaissance du caractère avant tout humain de la migration, qui doit primer sur ses aspects économiques ou sécuritaires.

Elle s'inscrit également dans la perspective de la construction d'un droit cosmopolitique dont le sujet serait l'individu. On rejoint ainsi le vieux et pourtant si vigoureux projet kantien d'un droit cosmopolitique dont la première conséquence réside, rappelons-le, dans un « droit à l'hospitalité universelle », fondé sur « la possession commune de la surface de la terre » (*Troisième article définitif pour la paix perpétuelle* du *Projet de paix perpétuelle*).