Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

3 | 2019

Les migrations internationales de travail

Migrations internationales et droit social

Jean-Michel Servais

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rdctss/1453>

DOI : 10.4000/rdctss.1453

ISSN : 2262-9815

Éditeur

Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2019

Pagination : 6-11

ISSN : 2117-4350

Référence électronique

Jean-Michel Servais, « Migrations internationales et droit social », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* [En ligne], 3 | 2019, mis en ligne le 01 novembre 2021, consulté le 13 novembre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/rdctss/1453> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdctss.1453>

Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

MIGRATIONS INTERNATIONALES ET DROIT SOCIAL

JEAN-MICHEL SERVAIS

Professeur invité à l'Université de Gérone, Président d'honneur
de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale,
Ancien Directeur du Bureau international du travail

Les différents articles sur les migrations internationales rassemblés dans ce numéro mettent en évidence les conditions d'emploi - le plus souvent mauvaises - des travailleurs nouvellement arrivés. Ils les subissent, plus qu'ils ne les acceptent, vu la précarité de leur situation et la fragilité de leur droit de résidence quand ils ne sont pas clandestins. Partout un puissant, s'il manque d'éthique, peut abuser de la vulnérabilité des autres. Nous en trouvons ici des exemples, à l'instar de Risa L. Lieberwitz qui le rappelle à propos des Etats-Unis. La formule fameuse de Lacordaire retrouve son actualité : entre le riche et le pauvre, entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère. « Les faibles ont plus besoin que les forts de la certitude préalable des textes », ajoutait Jean-Jacques Dupeyrou¹. On revient aux origines du droit du travail.

Très solides apparaissent par conséquent les arguments avancés en faveur de garanties sociales rigoureuses pour ces damnés de la terre, quelle que soit la légalité de leur statut, par la législation nationale et internationale du travail et de la sécurité sociale. Ils se voient alors assurés, au moins sur le papier, des sauvegardes nécessaires à une vie décente. On sait malheureusement les difficultés de tous ordres, y compris électorales, qui retardent ou empêchent une véritable intégration du nouvel arrivé dans une société nationale donnée. Le souci est universel, comme le démontre la contribution de Nanga Silue sur le salarié étranger en Côte d'Ivoire. Que d'Etats pratiquent le vice s'ils prônent la vertu ! Certains même défendent des politiques odieuses que, par chance, ils n'exécutent pas complètement.

Malgré - et sans doute à cause de - l'internationalisation croissante des échanges, les migrants demeurent particulièrement vulnérables aux préjugés, aux différences de traitement fondées sur la race, la couleur, l'ascendance nationale, dans leur quotidien au travail et hors de celui-ci ; souvent ces réserves se conjuguent avec d'autres, comme le sexe ou la religion. Les cas de double voire de triple discrimination (femme africaine âgée) ne sont pas rares², ainsi que ceux de xénophobie y compris paradoxalement d'étrangers à l'égard d'autres, d'origine différente, comme les Gitans.

Des lois imposent des restrictions à la liberté syndicale fondées sur la nationalité, la résidence ou la citoyenneté, alors que les associations de travailleurs constituent l'un des

1 J.-J. Dupeyrou, « Et maintenant ? », *Droit social*, numéro spécial, juillet-août 1981, p. 487.

2 I. Daugareilh, « Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *Revue Hommes et Migrations*, n° 1292, Juillet-août 2011, p. 34 ; L. Mogueurou, T. Eremenko, X. Thierry, R. Prigent, « Les familles monoparentales immigrées : des familles doublement pénalisées ? », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2015-2, p. 68.

instruments de protection les plus efficaces. Des pratiques inacceptables touchent les ressortissants de pays tiers, même en séjour régulier, de la confiscation du passeport au non-versement des salaires, des mauvais traitements physiques ou sexuels aux restrictions à la liberté qui transforment l'emploi en travail forcé (système du *kafala* au Qatar, dénoncé à l'OIT³). Les enfants d'immigrés n'ont pas toujours égal accès à l'éducation, ce qui accroît le risque qu'ils soient mis au travail⁴.

Les rémunérations restent fréquemment inférieures à celles des nationaux. Une étude espagnole a montré que les accidents du travail sont plus nombreux chez les travailleurs étrangers que chez les Espagnols : ces derniers sont 34 % plus nombreux à s'exposer à des risques d'accident mortel et 13 % de plus à celui d'être blessés. Les raisons se superposent les unes aux autres : emplois dans des secteurs plus dangereux, postes de travail plus risqués (longues journées, travail par équipes successives), accès plus limité aux mesures de prévention, clandestinité qui ferme la possibilité de revendiquer des améliorations. La sécurité sociale espagnole n'exige pas de déclaration d'accident pour le travail domestique, l'une des branches où se rencontrent le plus d'étrangers⁵.

Les contributions à ce numéro spécial expriment une préoccupation pressante, le besoin de raffermir la protection de ces personnes et le contrôle des mesures adoptées. Au-delà de l'octroi de conditions de travail et de sécurité sociale suffisantes, les inquiétudes portent sur le respect des droits de l'être humain. Point à relever, le changement de pays n'est plus toujours la condition de cette problématique, les cyber-migrants faisant face, comme le montre Amalia de la Riva, à des problèmes largement équivalents. Ces analyses conduisent encore à une autre conclusion, manifestée avec force par les articles de Kübra Dogan et de Ferran Camas : la vanité des différences de statut quand il faut protéger les droits sociaux des personnes qui quittent en masse un Etat pour d'autres. Dans bien des cas, mais pas dans tous, les distinctions entre travailleurs immigrés légaux sous toutes leurs formes (frontaliers, saisonniers, travailleurs itinérants, travailleurs employés au titre de projets, travailleurs admis pour un emploi spécifique ou encore travailleurs indépendants) et clandestins, réfugiés forcés ou économiques, chercheurs d'asile, perdent alors leur sens.

La mondialisation a affaibli les Etats et ouvert leurs frontières, facilitant grandement la mobilité de la main-d'œuvre. La comparaison des démographies africaine et européenne laisse supposer, comme l'observe Stephen Smith, que la pression migratoire ne s'arrêtera pas, sinon par des mesures brutales⁶. Cela dit, ce ne sont pas les plus pauvres qui migrent normalement vers les pays industrialisés car, pour entreprendre le voyage, il faut des moyens⁷.

3 Conférence internationale du travail (104^{ème} session, 2015), *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Rapport III (Partie 1A), Genève, BIT, 2015, p. 190.

4 Conférence internationale du travail (101^{ème} session, 2012), *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Rapport III (Partie 1B), Genève, BIT, 2012, § 967.

5 Voir J.-M. Servais, « Le droit international social des migrations ou les infortunes de la vertu », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2017-1, p. 111.

6 S. Smith, *La ruée vers l'Europe - La jeune Afrique en route pour le Vieux Continent*, Paris, Grasset, 2018.

7 François Héran interrogé par Laure Cailloce le 10.12.2018, « Les migrations à rebours des idées reçues », *Journal du CNRS*, décembre 2018 : <https://lejournel.cnrs.fr/articles> ; S. Smith, *op.cit.*, p. 142.

Les changements climatiques⁸, les bouleversements politiques violents ajoutent à la volonté de partir de ceux qui fuient la misère ou un environnement trop contraignant. Le système traditionnel d'accueil des travailleurs migrants et des réfugiés politiques établi par beaucoup de droits nationaux et par des conventions internationales contraignantes - mais peu ratifiées - a été conçu à une autre époque pour canaliser l'afflux de travailleurs étrangers et gérer les difficultés spécifiques de personnes venues de l'Est après la deuxième guerre mondiale. Il a manifesté son incapacité à traiter les problèmes contemporains.

Premier point : on s'accordera à reconnaître qu'un pays industrialisé ne peut pas prendre en charge toute le mal-être du monde, mais qu'il doit en assumer sa part, pour paraphraser l'ancien Premier Ministre français Michel Rocard. Plusieurs contributions ont rappelé que les pactes des Nations-Unies sur les droits de l'homme, ainsi que les autres instruments internationaux ou régionaux relatifs à cette même question, s'appliquent à tous les êtres humains, avec très peu d'exceptions⁹.

Les pays de transit des migrants, à la fois d'immigration et d'émigration, font également face à des difficultés considérables. Zina Yacoub le relève dans le cas de l'Algérie, soulignant en particulier les effets des flux d'étrangers sur l'accroissement de l'économie informelle. Des préoccupations analogues pourraient s'exprimer à propos du Liban ou de la Turquie par exemple, qui ont dû faire face à une arrivée massive de réfugiés syriens.

Il s'avère particulièrement complexe, comme le révèle l'histoire récente de l'Italie, de concilier le strict respect de ces droits avec ceux tout aussi essentiels des citoyens d'un pays d'accueil à exprimer démocratiquement leurs craintes et à attendre qu'elles soient dissipées¹⁰. Inévitables paraissent les mesures prises pour endiguer les flux migratoires. Un objectif de base des politiques migratoires demeure : chercher un équilibre entre les mesures facilitant l'accès à l'emploi des nouveaux venus, privilégiant les secteurs manquant de main-d'œuvre, et les appréhensions liées au taux de chômage dans le pays d'accueil¹¹. Il n'est pas simple pour un gouvernement élu d'affirmer une responsabilité morale en faveur de pauvres hères sans droit de vote à un moment où des mouvements populistes remuent les peurs irrationnelles de la population face aux étrangers. D'autres facteurs rendent complexes les efforts d'intégration à mener par ces derniers comme par les citoyens des pays hôtes. La religion des uns et des autres peut constituer une source de repli sur sa communauté, de rejet par ceux qui ne partagent pas ces convictions. Accommoder la politique d'intégration et le respect de la personnalité¹² et de la différence de l'immigré, constitue un exercice délicat.

Des pays riches, comme Israël ou les monarchies du Golfe, ont restreint drastiquement les possibilités d'immigration, protégeant leur culture propre, interdisant dans la

8 C. Zickgraf, E. Hut, Fr. Gemenne (dir.), *The state of environmental migration 2018 : a review of 2017*, Liège, Presses universitaires de Liège, DL, 2018.

9 Voir cependant l'article 2§3 du Pacte des Nations-Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels, qui permet aux pays en développement, « compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale », de déterminer dans quelle mesure ils garantissent les droits économiques reconnus dans ledit Pacte à des non-ressortissants.

10 J. Hado, *Immigrants and Refugees. Social and Economic Impacts in Europe after 2015*, Document de fin d'étude, Venise, Université Ca'Foscari, GESAM, 2018.

11 Voir pour l'Allemagne M. Fuchs, «The Integration of Refugees into the Labour Market: The German Experience», in J. Pichrt, K. Kodinska (eds.), *Labour Law and Social Protection in a Globalized World*, Bulletin of Comparative Labour Relations, vol. 103, La Haye, Kluwer, 2018, p. 281.

12 J. Andriantsimbazovina (dir.), *Intégration et droits de l'homme*, Paris, Mare et Martin, 2018.

pratique l'intégration des gens venus d'ailleurs. Joanna Lowe souligne plus loin qu'en Australie, la migration temporaire est aujourd'hui devenue la règle pour les travailleurs. Le Japon en revanche tend aujourd'hui à assouplir une politique jusqu'ici très restrictive ; Chizuko Hayakawa nous en explique les raisons. Les pays occidentaux ont longtemps adopté une stratégie ambiguë, fermant les yeux sur l'entrée de nombreux clandestins tout en les maintenant dans une illégalité source de légitimes frustrations. Ils pouvaient dispenser soins de santé et enseignement gratuit aux familles d'immigrés clandestins, pour d'évidentes raisons humanitaires, reconnaissant ainsi leur présence sur le territoire mais leur refusaient le permis de séjour, voire les expulsaient eux-mêmes ou leurs enfants un peu plus tard. A travers un développement séparé et une assimilation imposée, ils ont ignoré les facteurs culturels et religieux qui font obstacle à l'intégration.

Deuxième point : les partis populistes n'ont pas manqué de dénoncer cette position, avec les succès que l'on sait. Les récents flux de réfugiés ont exacerbé les craintes et les attaques contre les politiques, celles de l'Allemagne ou du Royaume-Uni en particulier, jugées trop ouvertes. Confrontés à des vagues d'immigrés, des pays comme l'Italie n'ont pas reçu toute l'assistance souhaitée. Il est vrai que les attentats terroristes ont donné des arguments aux défenseurs d'une politique dure. Plaider dans ces conditions pour une libre circulation universelle des personnes tient, à mes yeux, de l'aveuglement. Entre la naturelle indignation à l'égard de la détresse des exilés et le choix d'une politique en faveur de l'accueil des migrants, il existe toute la différence qui sépare un concept moral de valeur de celui, plus juridique et politique, de principe. L'horizon normatif de celui d'hospitalité est le cosmopolitisme¹³ que personne ne peut raisonnablement attendre dans un avenir prévisible.

Outre les dérives que l'on connaît du système de développement séparé (*apartheid*), la plupart des pays tentés par ce régime et l'appliquant de manière équilibrée sont revenus à des politiques plus intégrationnistes¹⁴.

Troisième point : des voix s'élèvent pour rechercher une voie moyenne, rationnelle et pragmatique. Ceux qui tentent l'exercice ont le triste privilège de réunir contre eux les voix de la droite frileuse et de la gauche idéaliste, sans compter celles des stratèges politiques qui espèrent, par leur laxisme, s'attirer l'appui électoral des citoyens d'origine étrangère qui conservent très naturellement le souci de leurs traditions.

La question revient à se demander comment concilier la fidélité à une culture particulière (avec ses dimensions linguistiques, religieuses, mémorielles) et la loyauté à une citoyenneté, à une identité nationale collective, comment transcender par le civisme et l'appréhension des valeurs communes, les traits propres à une tradition, à une origine spécifique. Les immigrations ont constitué des groupes minoritaires au sein des sociétés nationales, singulièrement des Etats industrialisés. Leurs autorités publiques ont réagi avec les instruments juridiques à leur disposition qui n'ont pu empêcher la montée des tensions, de l'incompréhension à l'égard des - nombreuses - raisons qui poussent les uns à partir, et les autres à les accueillir avec méfiance, sinon à les repousser. L'histoire de l'intégration des Juifs dans les Nations européennes révèle à la fois les vertus et les failles des régulations mises en place¹⁵. Il ne s'agit

13 Y. Cusset, « Hospitalité », *Esprit*, juin 2018, p. 96. Voir également A. Frachon, *Le Monde*, 29 juin 2018, p. 24.

14 D. Schnapper, *La citoyenneté à l'épreuve. La démocratie et les Juifs*, Paris, Gallimard (NRF essais), 2018.

15 *Ibid.*

certes pas de détruire les édifices socio-juridiques construits au cours des siècles, mais de les aménager, de rechercher une nouvelle synthèse, de repenser le phénomène migratoire dans sa globalité.

L'ONU a élaboré un pacte mondial sur les migrations adopté en 2018. Cet instrument promeut la coopération pour réduire le chaos des migrations irrégulières et contient un guide de bonnes pratiques, comme l'expliquent Ferran Camas et Rachid Filali. Il faut espérer qu'il puisse aller au-delà des formules incantatoires et avoir un effet réel, comme c'est déjà le cas au Maroc. Son caractère non contraignant en fait toutefois la fragilité. Plus généralement le recours à la *soft law* manifeste les hésitations des Etats à s'engager vis-à-vis des autres; l'efficacité des dispositions proposées reste sans commune mesure avec l'ampleur des situations. Tout au plus, ces déclarations et autres instruments non obligatoires permettent-ils aux gouvernements de bonne volonté, n'usant pas d'un double langage, de s'engager politiquement à « faire quelque chose ».

Les auteurs réunis dans ce numéro expriment leurs préoccupations sur le sort des migrants. Ils plaident pour une égalité réelle dans le travail, pour une protection sociale adéquate et pour un traitement digne de situations humainement déplorables. Un contrôle plus strict des flux migratoires semble pourtant inévitable si l'on veut éviter les dérives autoritaires et xénophobes que certains pays connaissent déjà. L'Union européenne s'est attelée à la tâche; elle cherche à réaliser un équilibre acceptable entre un traitement solidaire des plus pauvres et les mesures réclamées par les citoyens européens pour la protection de leur emploi, de leur sécurité personnelle et en vue d'une action plus efficace des services publics face aux problèmes nouveaux créés par l'arrivée en masse des migrants¹⁶. Les trois grandes lignes de sa politique portent sur l'action avec des partenaires de pays tiers (les programmes européens de réinstallation), l'action à ses frontières extérieures (le rétablissement total du système dit de Schengen, mais le renforcement du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes¹⁷ et la révision de la directive « retour ») et l'action au sein de l'UE (la réforme du régime d'asile européen commun et du règlement dit de Dublin).

Il faut aller au-delà, élaborer un nouveau pacte social de cohabitation qui dépasse la notion d'hospitalité - car éternellement reçu, l'hôte ne serait jamais vraiment chez lui -, mais qui se forme autour de celle d'appartenance¹⁸. Il implique l'acceptation de l'intégration, la recherche d'une confiance réciproque¹⁹, l'adhésion à une vision commune de la société, le respect non seulement de la légalité, mais des us et coutumes du pays d'accueil. Il suppose également la reconnaissance des bénéfices économiques que l'on retire de l'arrivée de nouveaux venus dans une population vieillissante puisque ces derniers stimulent la consommation intérieure et payent des charges sociales.

Il convient d'aborder, sans lâcheté mais sereinement, les questions sensibles qui divisent : les différences culturelles, ces formes acquises de comportements dans les sociétés²⁰ du pays

16 Communication de la Commission européenne, *Gérer la migration sous tous ses aspects : progrès réalisés dans le cadre de l'agenda européen en matière de migration*, COM (2018), 798 final, Bruxelles 4 décembre 2018.

17 C. Chevalier-Govers, R. Tinière, *De Frontex à Frontex : vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruxelles, Bruylant, DL, 2019.

18 F. Brugère, G. Le Blanc, « Le conflit des hospitalités », *Esprit*, juillet-août 2018, p. 63.

19 E. M. Uslaner (dir.), *The Oxford handbook of social and political trust*, Oxford University Press, 2018.

20 C'est-à-dire la question culturelle selon la définition de la culture par le *Nouveau Petit Robert*. Voir aussi P. Ory, *L'histoire culturelle*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2004.

d'origine et de celui de réception, le rôle de la religion et de ses manifestations extérieures, celui du clergé des différentes obédiences, mais également la protection efficace contre une discrimination rampante, le besoin d'aménager l'enseignement scolaire pour les enfants d'immigrés sans ralentir l'apprentissage de ceux des natifs, les relations interpersonnelles, y compris entre femmes et hommes. Ne sous-estimons pas les éléments subjectifs d'un côté comme de l'autre, ni l'habileté de ceux qui en tirent profit. Ayons la volonté de les rationaliser dans des textes juridiques recevant l'appui d'une majorité des uns et des autres.

Les mesures adoptées peuvent relever du bon sens, comme le montre l'expérience allemande²¹ : la promotion de la langue du pays ou de la région d'accueil, une politique dynamique d'emploi et de formation professionnelle, des programmes de travail provisoire en attendant la légalisation de la résidence. La Suède a établi une voie rapide (*fast-track*) pour l'incorporation des nouveaux arrivés au marché du travail²². Leur participation aux systèmes de sécurité sociale et d'assistance sociale apparaît certes complexe²³ vu sa dimension financière, mais combien nécessaire à traiter. Des institutions internationales ou régionales, comme la Banque de Développement du Conseil de l'Europe, y apportent leur contribution²⁴.

Dans le processus d'intégration par l'emploi de l'ensemble de ces migrants, y compris les réfugiés, les syndicats ont une mission importante²⁵ mais délicate à mener car ils doivent surmonter les résistances de leurs membres qui voient dans l'étranger un concurrent, voire un intrus²⁶. Un dialogue bi- ou tripartite s'est cependant instauré en Allemagne et au Danemark, pays de longue tradition de concertation sociale²⁷. Au-delà, les potentialités de la négociation collective et la fonction des pouvoirs publics, plus tuteurs que contrôleurs de cette intégration, restent à développer.

On ne peut faire enfin l'impasse sur une autre interrogation. Les ressortissants africains, latino-américains ou asiatiques qui quittent leur lieu de naissance ne sont pas tous peu qualifiés. Nombreux sont les universitaires et les autres diplômés qui viennent parfaire leurs études en Europe ou en Amérique du Nord, puis y restent, ou qui émigrent plus tard, soucieux de s'organiser une vie meilleure. Ils sont mieux accueillis dans des pays qui souhaitent profiter de leurs qualifications. Ils privent en revanche les régions qui en ont le plus besoin de citoyens susceptibles de participer utilement à leur développement. On garde souvent un silence embarrassé concernant l'influence délétère de la fuite des cerveaux sur leur progrès économique. Elle touche aussi les pays européens. Mais comment prendre parti entre la liberté des uns de choisir la vie qu'ils souhaitent, et le souci des gouvernants de favoriser l'intérêt général ?

21 M. Fuchs, *op.cit.*

22 EurWORK 5 février 2016.

23 P. Melin, *The external dimension of the EU social security coordination: towards a common EU approach*, Oosterwijk, Wolf Legal Publishers (WLP), 2018.

24 Council of Europe Development Bank, *The integration of Migrants in Europe*, Paris, CEB, 2015.

25 C. Charcartegui, « Trade Unions' Action for Refugees and Asylum Seekers: Mapping the Process to Agency », in J. López López (dir.), *Collective Bargaining and Collective Action. Labour Agency and Governance in the 21st Century*, Oxford, Hart Publishing, 2019, p. 148.

26 S. Marino, J. Roosblad, R. Penninx (eds.), *Trade unions and migrant workers: New contexts and challenges in Europe*, Cheltenham, E. Elgar, Genève, BIT, 2017.

27 Eurofound, 1^{er} février 2016 et 17 décembre 2015.