—

«Le droit des migrations tel que nous le connaissons aujourd'hui entraîne un sous-investissement en capital humain et l'apparition d'un ‹capital mort› – une richesse qui aurait pu être générée, mais ne l'a pas été à cause d'une attribution sous-optimale du droit de propriété sur la migration.»

—

Une manière évidente de réduire ce «capital mort» serait d'attribuer plus souvent le droit de propriété sur la migration aux candidat·e·s à la migration qu'aux États d'accueil potentiels. Cependant, une telle politique est peut-être trop radicale pour être applicable. Une alternative à la réattribution du droit de propriété sur la migration est de faciliter son transfert aux migrant·e·s dans des cas spécifiques. Si les coûts de la transaction du droit de propriété sont bas, l'allocation sous-optimale du droit de propriété initiale pose moins problème parce que les individus peuvent obtenir ce droit de propriété à bas coût. La mise en place de mesures faciles, prévisibles et abordables pour obtenir un ticket d'entrée – permettant à la personne de gagner les droits de propriété sur sa propre migration – pourrait à terme réduire le gaspillage substantiel des opportunités, de revenus et de capital humain causé par notre manière de gérer la migration.

Lectures complémentaires

Calabresi, Guido, and Douglas A. Melamed. «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral». *Harvard Law Review* 85, no. 6 (1972): 1089–1128.

Cassee, Andreas. *Globale Bewegungsfreiheit. Ein philosophisches Plädoyer für offene Grenzen*. Berlin: Suhrkamp (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2202), 2016.

Demsetz, Harold. «Toward a Theory of Property Rights». *The American Economic Review* 57, no. 2 (1967): 347–359.

Mona, Martino. *Das Recht auf Immigration. Rechtsphilosophische Begründung eines originären Rechts auf Einwanderung im liberalen Staat.* Basel: Helbing Lichtenhahn, 2007.

Trebilcock, Michael J., and Matthew Sudak. «The Political Economy of Emigration and Immigration». *New York University Law Review* 81 (2006): 234–293.

Les aspects juridiques et économiques de la politique migratoire

Projet de «nccr – on the move»
Alberto Achermann, Université de Berne

Quelle est la structure idéale pour le cadre législatif relatif à la migration? Si l'on envisage un cadre comportant différents niveaux de prise de décisions, l'attention est portée sur les aspects devant être régulés et sur la manière dont les droits doivent être attribués aux différents acteurs. Ce projet mobilise des apports et des concepts économiques pour évaluer les règles juridiques et analyser l'élaboration des politiques.

en bref #6 est basé sur la thèse de l'auteur rédigée dans le cadre du projet.

Contact pour in en bref #6: Stefan Schlegel, post-doctorant à l'Institut Max Planck, Institut pour l'étude de la diversité religieuse et ethnique à Göttingen, ancien étudiant en doctorat du nccr – on the move, schlegel@mmg.mpg.de

Le «nccr – on the move» est un Pôle de recherche national (PRN) consacré aux études de migration et de mobilité. Il a pour but d'améliorer la compréhension des dynamiques contemporaines de la migration. Créé pour élaborer de nouvelles perspectives sur la réalité changeante de la migration et de la mobilité, le «nccr – on the move» rassemble des projets de recherche en sciences sociales, économie et droit. Géré depuis l'Université de Neuchâtel, le réseau inclut dix-neuf équipes de recherche de huit universités suisses, soit à Neuchâtel, Bâle, Berne, Fribourg, Genève, Lausanne, Lucerne et Zurich.

«en bref» fournit des réponses à des questions actuelles dans le domaine des migrations et de la mobilité – sur la base des résultats de la recherche qui ont été élaborés dans le cadre du «nccr – on the move». Les auteurs assument la responsabilité de leurs analyses et arguments.

Contact pour la série: Ursula Gugger Suter, responsable communication, ursula.gugger@nccr-onthemove.ch

nccr on the move

National Center of Competence in Research –
The Migration-Mobility Nexus
nccr-onthemove.ch

Université de Neuchâtel
Faubourg de l'Hôpital 106
2000 Neuchâtel, Suisse

nccr on the move

National Center of Competence in Research –
The Migration-Mobility Nexus
nccr-onthemove.ch

Stefan Schlegel

Le contrôle des mouvements migratoires est-il un bien? Et si oui, qui peut en tirer le meilleur parti?

en bref #6, mars 2017

FNSNF
Fonds national suisse de la recherche scientifique

Les Pôles de recherche nationaux (PRN) sont un instrument d'encouragement du Fonds national suisse

Messages aux décideuses et décideurs

Le «contrôle de la migration» est un bien précieux qui peut – théoriquement – être dans les mains de l'État de destination ou des migrants.

—

Le droit des migrations définit à qui revient ce bien et de quelle manière il peut être transféré.

—

La manière dont ce bien est attribué influence fortement la disponibilité et la distribution des richesses au sein d'une société.

—

Il n'est pas attribué de manière idéale dans le droit des migrations actuel. Le «gâteau» est ainsi bien plus petit qu'il ne pourrait l'être.

—

Parler d'«efficacité» des politiques migratoires est dénué de sens tant que l'on ne tient pas compte de tous les effets sur tous les acteurs concernés.

Que signifie l'«efficacité» dans le droit des migrations?

Le droit des migrations fait souvent référence à un objectif d'«efficacité». Cependant, les effets externes de la gouvernance de l'immigration sont souvent complètement ignorés. Ils sont pourtant fortement ressentis, notamment par les personnes qui ne peuvent pas migrer à cause d'une loi sur l'immigration, voyant ainsi leurs opportunités de vie réduites.

Il n'est pas pertinent d'évaluer l'efficacité d'une règle de droit sans tenir compte de son impact à l'étranger. Si l'on prend l'exemple du droit de l'environnement, il est clair qu'ignorer l'impact environnemental qu'une politique donnée pourrait avoir sur d'autres pays dans le but de la faire paraître plus efficace serait très problématique. Le droit des migrations devrait appliquer les mêmes standards. L'efficacité d'une règle de droit doit être évaluée en tenant compte de l'ensemble de ses retombées, ou le critère d'efficacité est vidé de son sens.

La migration est un bien. Les personnes ayant la liberté de migrer sont mieux loties que les autres. C'est pourquoi le fait d'avoir le contrôle de la migration d'une personne est également un bien. Le rôle du droit des migrations est alors de déterminer l'attribution de ce contrôle. Or les retombées du droit des migrations seraient plus positives, s'il attribuait ce bien de manière à permettre l'accroissement de la richesse et du bien-être de la société.

Commençons par une théorie du droit simple mais élégante
Ce projet de recherche développe une nouvelle approche du droit des migrations, le concevant comme un outil d'allocation de ressources au sein de la société. Une branche de l'analyse économique du droit soutient cette approche: la théorie des droits de propriété. Elle offre une explication simple mais élégante du rôle de l'ordre juridique. Selon cette théorie, l'ordre juridique vise principalement à éviter le développement d'une société où règne la loi du plus fort.

Cela passe par la définition de droits exclusifs sur le contrôle des biens et par l'attribution de ces droits à l'un ou l'autre des acteurs en concurrence dans la société. En principe, l'ordre juridique devrait définir et attribuer ces droits pour chaque bien d'une société. Ces droits sont appelés «droits de propriété». Ce qui constitue un bien est défini de manière très large dans cette théorie, couvrant tout ce qui augmente le niveau de satisfaction des acteurs.

Prenons l'exemple du «silence» pensé comme un bien. Le cadre juridique doit définir qui peut décider (à quels endroits et à quels moments) s'il peut y avoir du bruit ou non. Un autre exemple est le bien d'«avoir des enfants». Normalement, ce sont les personnes elles-mêmes à qui ce droit spécifique est attribué, mais il existe des exceptions.

Le droit de propriété sur la migration
Un troisième exemple de bien – et c'est l'idée centrale de ce projet – est le bien de la «migration» (de personnes spécifiques vers des endroits spécifiques). Le cadre juridique doit attribuer le contrôle du bien «migration» à l'un des acteurs en concurrence. Le droit de décider si une personne particulière peut migrer vers un certain lieu peut être défini comme le droit de propriété sur la migration.

—

«Le droit de propriété sur la migration permet le contrôle sur un bien précieux – celui de migrer ou d'interdire la migration.»

—

La valeur de ce bien tient au fait que la migration est souvent une condition préalable à la sauvegarde de la vie et de la liberté d'une personne ou, plus souvent, à l'exercice d'un large éventail d'activités économiques. Contrairement au droit de propriété sur le bien «avoir des enfants», le droit de propriété sur la «migration» n'est généralement pas attribué aux individus concernés (les migrant·e·s potentiel·le·s), mais plutôt à l'État de destination.

Éminemment théorique – et très pratique
Le droit des migrations doit non seulement allouer le droit de propriété sur la migration, mais aussi résoudre un second problème, celui de savoir comment ce droit peut être transféré d'un acteur à un autre. Dans le contexte de la migration, cela signifie un transfert de l'État à un·e migrant·e potentiel·le et vice versa. Le système juridique doit définir un règlement sur cette transaction. Également, il doit mettre en place un mécanisme permettant l'exécution des décisions sur l'attribution et les transferts ultérieurs concernant ces droits de propriété.

Le niveau élevé d'abstraction qu'implique l'analyse du droit des migrations offre des avantages non seulement théoriques, mais aussi pratiques.

L'application pratique la plus importante pour la politique migratoire est la suivante: le droit de propriété sur la migration d'une personne Y vers un État X doit être attribué. Il n'est pas naturellement dans les mains de l'État X. Il aurait tout aussi bien pu être alloué aux migrant·e·s même si c'est l'État, ou l'organe législatif au sein de l'État, qui alloue ce droit de propriété. Par exemple, les États ont tendance à ne pas s'allouer le droit de propriété sur le bien «avoir des enfants», même s'ils le peuvent (la Chine était un contre-exemple jusqu'à récemment).

Le droit d'imposer un désavantage
Les droits de propriété impliquent le droit d'imposer un désavantage, un effet externe négatif à autrui. Si le droit de propriété du silence dans mon quartier m'appartient, je peux obliger mon voisinage à être silencieux. Si le droit de propriété sur ma migration m'appartient, je peux imposer mon mouvement migratoire à ceux qui auraient peut-être préféré en demeurer libres.

—

«D'un autre côté, si le droit de propriété sur ma migration vers un État X est dans les mains de l'État X, ce dernier peut m'imposer un désavantage. Ne pas avoir le droit de migrer réduit mes opportunités dans la vie.»

—

Allouer les droits de propriété sur la migration aux États plutôt qu'aux personnes migrantes ne démontre donc pas seulement une réticence à aider les personnes dans le besoin. Cette attribution compromet également les chances des migrant·e·s potentiel·le·s d'avoir une vie meilleure, en leur imposant ainsi qu'à leur pays d'origine (qui se prive donc des transferts de fonds et des avantages en faveur de sa population et de son capital humain) un effet externe négatif.

La possibilité pour un pays de destination d'imposer ou non cet effet externe aux migrant·e·s et à leurs pays d'origine est en grande partie déterminée par un rapport de force. Si les pays d'origine deviennent suffisamment puissants, ils pourront contraindre les potentiels pays d'accueil à internaliser cet effet. Internaliser signifie prendre en compte les coûts sociaux de son propre comportement. Dans le contexte de la migration, cela veut dire qu'un État qui voudrait bloquer la migration devrait tenir compte de l'effet négatif externe que ce comportement inflige à autrui. Il doit payer pour cet effet négatif ou renoncer à le provoquer. Sous cette condition, bloquer la migration devient rapidement trop coûteux. C'est pourquoi la conséquence la plus probable d'une internalisation imposée des coûts sociaux du contrôle de la migration est une autorisation plus fréquente de la migration – un transfert plus fréquent du droit de propriété sur la migration aux migrant·e·s potentiel·le·s.

Cela a par exemple été le cas de la migration de l'UE/AELE vers la Suisse. La mise en place du marché unique européen et la nécessité subséquente pour l'économie suisse d'y prendre part a donné à l'UE les moyens d'exercer une pression politique sur la Suisse. L'UE a pu convaincre la Suisse de renoncer à son droit de propriété sur la migration des citoyen·ne·s européen·ne·s en faveur de ces dernier·ère·s. La Suisse n'a ainsi plus pu imposer un effet négatif à ces personnes, c'est-à-dire bloquer leur accès à un marché du travail attractif. L'UE s'est même avérée suffisamment puissante pour empêcher la Suisse de reprendre ces droits de propriété, même si l'acceptation populaire de l'«initiative contre la migration de masse» l'obligeait constitutionnellement à le faire.

Avec l'augmentation de leur pouvoir de négociation, d'autres pays tiers tenteront d'obliger l'internalisation des effets externes imposés à leurs citoyen·ne·s – engendrés par la suppression de leur liberté de migrer. Si l'Inde, par exemple, avait un marché de plus en plus attractif et une population qui bénéficiait de l'accès aux marchés du travail étrangers, qu'est-ce qui l'empêcherait de conditionner l'accès à son marché du travail par un meilleur accès aux marchés des États contractants pour ses propres citoyen·ne·s?

—

«Cette pression d'internaliser les coûts sociaux de la répression de la migration pourrait s'avérer importante pour le futur de la gouvernance de la migration internationale.»

—

La meilleure solution faute de mieux: une transaction facilitée du droit de propriété
Le second résultat important sur le plan pratique est qu'il est fort peu probable que le droit de propriété sur la migration se retrouvera dans les mains de l'acteur qui le valorise le plus, tant que ce droit demeure attribué au pays d'accueil potentiel.

Dans un marché idéal, où le commerce n'entraînerait aucun coût de transaction (les partenaires commerciaux sont faciles à trouver, l'exécution forcée des contrats est superflue, etc.), les personnes désirant migrer pourraient en principe acheter le droit de propriété sur leur propre migration. Imaginons un monde dans lequel tous les acteurs seraient contraints d'acheter tous les droits de propriété à une banque qui les vendrait au plus offrant. Chaque personne aurait la même somme d'argent au départ. Dans un tel monde, les personnes migrantes pourraient généralement faire la meilleure offre pour acquérir tous les droits de propriété sur leur propre migration. Les potentiels pays d'accueil (une sorte de consortium pour une telle vente aux enchères) ou leurs citoyen·ne·s ne seraient guère disposés à payer autant pour échapper à l'immigration que ce que seraient prêtes à payer des personnes souhaitant émigrer. Les États ayant mis en commun les ressources de nombreux individus ont bien sûr des moyens d'enchérir davantage que chaque migrant·e individuel·le. Cependant, comme ils seraient obligés de racheter le droit de propriété sur la migration de toutes les personnes souhaitant migrer pour avoir le contrôle général de l'immigration, ils dépenseraient rapidement tous leurs fonds en entrant en concurrence avec des individus enchérissant pour obtenir le droit sur leur migration. Au lieu d'essayer d'acheter l'ensemble des droits de propriété sur l'immigration vers leur territoire, ils devraient se concentrer sur l'achat de droits de propriété sur la migration d'individus qu'ils veulent absolument garder en dehors de leurs frontières (des individus dangereux par exemple).

Dans un environnement présentant des conditions idéales nécessaires à un accroissement général des richesses, les personnes migrantes finiraient par posséder le droit de propriété sur leur migration. De plus, les personnes souhaitant migrer sont celles qui peuvent accroître la valeur du droit de propriété sur leur propre migration. Si elles investissent dans leur capital humain, leurs chances d'accéder à de bons revenus grâce à la migration augmentent. Par conséquent, la valeur de leur migration – et du droit de propriété qui en donne le contrôle – augmente également. Une importante partie de cet investissement ne se fera cependant pas si les migrant·e·s potentiel·le·s n'ont pas le contrôle sur leur migration et ne peuvent pas être sûr·e·s que l'investissement sera rentable.