COMPARTIMENTUL
GUVERNAREA POLITICĂ SI ADMINISTRAREA PUBLICĂ

INFLUENȚA ȘI ROLUL „SOFT-LAW" ÎN REGLEMENTAREA MIGRAȚIEI INTERNAȚIONALE A MUNCII

Mihail CEBOTARI
Republica Moldova, Chisinau, Universitatea de stat din Moldova, Facultatea de Drept
Doctorand

From 1990s, the influence of soft-law instruments in the management of international migration has only increased. At this moment the latest ILO core initiative in this field is the Multilateral framework in the field of labor migration, a non-binding and soft law instrument. Therefore some of the questions this article wants to answer are why soft-law became so popular in the field of international labor migration and what is its utility. Also the analysis of trends in this field can offer answers both to policy makers and researchers on the actual and future developments of international labor migration regulation and management.

Introducere

Un eveniment de rezonanță în perioada recentă a fost ieșirea SUA din discuțiile în cadrul planului ONU în domeniul migrației - UN global compact on migration [15]. Ieșirea din cadrul acestui program a creat o reacție controversată pe arena internațională, mai ales în contextul crizelor migraționale cu care se confruntă UE și alte regiuni ale lumii. Pe de altă parte ar părea că acest plan în domeniul migrației nu este decât un instrument, non-obligatoriu de stabilire a intențiilor statelor neavând putere juridică. De ce totuși acest eveniment a trezit atâtea discuții?

În acest caz este vorba de instrumentele și actele care au primit denumirea de "soft-law" în literatura juridică. În contextul prezentei cercetări urmează să se stabilească importanța și ponderea soft-law în reglementarea migrației internaționale a muncii cât și care este impactul acestor reglementări și concluziile pe care ar trebui să le facă autoritățile în raport cu aceasta.

Soft-law și importanța sa

În opoziție cu dreptul clasic (hard-law), care presupune existența unei sancțiuni care stimulează și asigură implementarea nomei juridice, soft-law (dreptul moale) se prezintă ca un set de recomandări fără forță de constrângere.

Conceptul de ”soft law” desemnează mecanismele, procesele și actele internaționale ce nu au un caracter obligatoriu pentru părți, acestea evită principiul fundamental al funcționării tratatelor internaționale - ”Pacta sunt servanda”. O definiție reușită și concisă a acestui termen este oferită de cercetătorul finlandez Jan Clabbers: Avem tendința de a folosi termenul soft-law pentru a descrie lucrurile care sunt dificil de descris ca hard-law. Astfel, Ghidurile, codurile de conduită, rezoluțiile, recomandările și programele de acțiune, dispozițiile nedeterminate ale tratatelor, convențiile neratificate, poate chiar opiniile avocaților generali sau opiniile divergente ale judecătorilor individuali ai CIJ sau a diferitelor Curți ale drepturilor omului, ele toate pot, probabil fi calificate drept "soft-law" [1, p.385].

Conceptul de ”soft-law” nu este utilizat sau examinat în literatura juridică din Moldova. De asemenea trebuie să menționăm că acest concept este criticat de mulți cercetători în domeniul dreptului, care că consideră că ”soft law” nu este drept ca atare. Această abordare vine din doctrina pozitivistă a dreptului. Îl vom cita pe expertul în drept european Fabien Terpan, care exemplifică destul de clar această situație: Pe baza teoriei tradiționale a actelor juridice, pozitiviștii legali spun, de obicei, că legea este fie hard-law (drept dur), fie nu este lege, respingând simpla idee de soft-law (drept moale) [2, p.5]. Articolul 38 (1) din Statutul Curții Internaționale de Justiție nu face nicio referire la soft-law ca o posibilă sursă de drept internațional. Art.288 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene nu menționează soft-law ca un tip de legislație secundară a UE. Unii ar spune că soft-law este un concept inutil și înșelător care șterge distincția dintre normele juridice și politici, în loc să clarifice natura și impactul legii [2. p.5].

Deci vorbim despre o categorie juridică contestată de înșiși cercetătorii juriști. Cu toate acestea soft-law a devenit extrem de important în contextul reglementării internaționale al migrației muncii. Trebuie aici să răspundem de ce s-a întâmplat aceasta.

Astfel până în anii 1990 reglementarea fluxurilor internaționale a populației și a forței de muncă era realizatăprin acte juridice obișnuite, în mod special convenții. Vorbim aici în special de trei Convenții fundamentale în gestionare migrației internaționale muncii: Convențiile Organizației Internaționale a Muncii Nr.97 din 1949, cu privire la migrarea în scop de angajare, Nr.143 cu privire la muncitorii migrați din anul 1975 și ultima Convenția ONU cu privire la protecția drepturilor tuturor muncitorilor migranți și a membrilor familiilor lor din anul 1990. Astfel Convenția OIM Nr.97 are la moment 49 de ratificări [12], Convenția OIM Nr.143 are 23 de ratificări [13] și Convenția ONU din 1990 este ratificată de 51 de state părți [14]. După adoptarea Convenției ONU 1990, nu au fost adoptate alte Convenții fundamentale în domeniul migrației internaționale a muncii. Aceasta poate fi explicat prin reticența statelor de adopta Convențiile

deja existente cât și de percepția că aceste instrumente știrbesc suveranitatea statului de a-și stabili independent politica în domeniul migrației.

Corespunzător observăm după anii 1990 o creșterea a rolului instrumentelor soft-law în reglementarea internațională a migrației. De exemplu în cadrul Organizației Internaționale a Muncii a fost adoptat Cadrul multilateral cu privire la migrația de muncă. Cadrul e prezentat ca cel mai recent și multi-aspectual mecanism al OIM de reglementare a migrației internaționale a muncii. De asemenea cadrul este considerat ca fiind alternativa viabilă a reglementării migrației internaționale a muncii în contextul când statele se opun adoptării unor noi Convenții, hard-law care ar oferi mai multe drepturi migranților. Iată ce menționează în acest sens, cu privire la strategia OIM de a adopta instrumente soft-law un expert recunoscut în domeniul migrației internaționale Patrick Taran: „În identificarea opțiunilor pentru OIM, raportul a concluzionat notând că o opțiune ar fi menținerea status quo-ului, așa cum experiența pare să fi arătat că, în ceea ce privește migrația internațională, statele sunt reticente de a ratifica orice instrument internațional, indiferent de cat de libere și flexibile ele sunt" [3, p.93].

Există și alte mecanisme soft-law care au un impact semnificativ asupra migrației internaționale a muncii. Un prim exemplu este Declarația ONU cu privire la drepturile omului ale persoanelor care nu sunt cetățeni ai țării unde ei locuiesc: O astfel de declarație este un simplu soft-law care nu impune obligații legale statelor, dar ea a început expansiunea ONU în domeniul drepturilor omului ale migranților. Multe dintre prevederile ei au fost încarnate în următoarele convenții ale ONU. În plus, Declarația este adesea citată în materii juridice pentru a sprijini principiul general al nediscriminării împotriva străinilor. Mai important, ea a dat start instituționalizării drepturilor omului ale migranților [4, p.9].

Iar recent 19 septembrie 2016 a fost adoptată Declarația de la New York pentru refugiați și migranți. Declarația are ca scop de bază gestionarea fluxurilor migraționale de masă pentru asigurarea eficientă a drepturilor omului în acest context.

La nivelul UE poate fi menționat Open Method of Coordination (OMC) al UE, care este un mecanism ce combină abordările hard și soft pentru crearea unei singure politici, sociale și inclusiv de mobilitate a muncii la nivelul UE. Expertul în drept european Fabien Terpan menționează că în cadrul Open method of coordination procesele hard și cele soft operează în unison și afectează aceiași actori" [2, p.34]. O componentă de bază a OMC este Strategia Europeană de Ocupare (SEO): "Ca mijloc interguvernamental al UE, instrumentele SEO nu sunt obligatorii, ci constau în recomandări, ghiduri și standarde. Acest lucru face din SEO un instrument multilateral, ce exercită diferite niveluri de influență asupra statelor membre. Această caracteristică face SEO în mod deosebit potrivită pentru a realiza comparații longitudinale între țări, exercitând o influență

care variază în funcție de țări și de-a lungul timpului" [5, p.4].

Un exemplu de soft-law care se concentrează pe un singur domeniu este Codul Global de Practici cu privire la Recrutarea Internațională a Personalului Medical al Organizației Internaționale a Sănătății (OMS). Acesta este voluntar și stabilește principii pentru încurajarea statelor să protejeze drepturile migranților lucrători medicali și să gestioneze mai eficient migrația forței de muncă în acest domeniu.

Utilitatea soft-law și gestionarea migrației internaționale a muncii

Deci vedem că una dintre cauzele popularității instrumentelor soft-law, este ne-dorința statelor de adopta instrumente "hard-law", cum ar Convențiile, aceasta a motivat multe organizații ce activează în acest domeniu să caute alte soluții. Pe de altă parte soft-law au și multe alte beneficii care contribuie la popularitatea lor și utilizarea foarte largă în domeniul reglementării migrației internaționale. Mai jos vom analiza câteva dintre ele.

• *Importanța soft-law în organizațiile multi-statale cum este EU.*

Un rol deosebit instrumentele soft îl au în activitatea structurile interstatale cum sunt UE sau CSI. Aici soft-law intervine în cazurile când statele nu pot găsi un consens în adoptarea unor acte normative clasice. Astfel există o tendință de a găsi un punct de compromis în cadrul acestor mecanisme regionale, care deseori se soldează cu adoptarea unui spectru bogat de instrumente soft-law, ceea ce nu se observă atât de mult la nivelul internațional.

Aici soft-law este de multe ori unicul mecanism care permite depășirea blocajelor inevitabile: "...statele-membre ale UE folosesc în principal soft-law, ca răspuns la dezacordurile de fond. Aceasta reflectă evoluțiile anterioare ale OCDE și FMI, unde supravegherea multilaterală a fost de asemenea introdusă pentru a rezolva blocajele. În fiecare caz, statele-membre au optat pentru o soluție procedurală fără caracter obligatoriu pentru a depăși viziunile concurente a scopurilor organizațiilor. Organizațiile internaționale au selectat soft-law-ul mai puțin pentru eficacitatea sa cât pentru capacitatea sa de a promova compromisurile" [6, p.194].

Deci chiar dacă vorbim despre politica de mobilitate sau de gestionare a migrației în interiorul UE, vom observa că deseori este vorba de instrument soft. Lucru datorat în mare parte necesității găsirii unui compromis între state în aceste probleme destul de specifice pentru state.

• *Importanța în stabilirea de standarde noi.*

Un rol important aceste acte non-obligatorii îl au în crearea de standarde legale noi. Aici are loc așa numită trecere de al standarde non-obligatorii (soft) la acte legale obligatorii (hard-law). De exemplu Carta Drepturilor Fundamentale a UE a trecut transformarea de la o culegere de principii soft-law, la un cadru normativ multi-național în sfera drepturilor omului, obținând un caracter obliga-

toriu pentru statele membre UE și instituțiile sale prin intermediul prevederilor tratatului de la Lisabona. Inițial ea acționat ca o culegere de recomandări / sugestii, pentru ca în final să fie consfințit caracterul ei obligatoriu. Această situație a trecerii normelor soft, spre norme legale clasice este destul de răspândită.

Un alt exemplu e oferit de strategia europeană de ocupare a forței de muncă: o analiză a reformelor privind ajutoarele de șomaj în patru țări de către Van Gerven și Beckers (2009) a arătat o corelație între obiectivele stabilite de SEO și politica implementată a reformelor. Toate cele patru țări și-au stabilit obiectivele de politică în conformitate cu recomandările SEO, ceea ce a dus la o convergență a agendelor de reformă [5, p.5].

Putem menționa și exemplul Convenției contra torturii tratamentelor inumane și degradante [7, p.146], iar Fabien Terpan, menționează organizația Internațională a Comerțului, ca fiind unul dintre cele mai proeminent exemple când soft-law a devenit hard-law [2, p.38].

De asemenea instrumentele soft-law au o utilitate majoră în reglementarea aspectelor migrației internaționale nereglementate la un anumit moment. Astfel expertul ONU Alexander Betts menționează necesitatea creării unui cadru soft-law pentru migranții vulnerabili citând ca exemplu, precedentul unui act soft-law adoptat anterior pentru persoanele intern strămutate: ”Dezvoltarea unui cadru soft-law a fost aplicată pentru a aborda golurile din protecția internațională în trecut. În particular a existat o recunoaștere de durată a faptului că există goluri în protecția Persoanelor Intern Strămutate care ulterior a contribuit la dezvoltarea și negocierea unui set de principii de ghidare cu privire la Persoanele Intern Strămutate între anii 1992 și 1998… Aceste principii au fost ulterior relativ efective în acoperirea lacunelor de protecție și în satisfacerea cerințelor statelor pentru ghiduri clare și o divizare instituțională clară a responsabilității pentru protecția persoanelor intern strămutate” [8, p.13]. Ulterior aceste ghiduri s-au dezvoltat într-un act normativ regional pentru asigurarea protecției drepturilor persoanelor intern strămutate: Convenția Uniunii Africane pentru Protecția și Asistenta persoanelor Intern Strămutate în Africa (Convenția de la Kampala). Alexander Betts arată în articolul său cât de funcționale și utile pot fi abordările soft pentru a sparge gheața și a pune pe masa de discuții la nivel internațional adoptarea unor noi standarde în domeniul migrației internaționale.

O altă modalitate, de a transforma prevederile reglementărilor non-obligatorii în acte hard-law, este, cea jurisdicțională. Un exemplu este Decizia Curții de Justiție a UE pe cazul „Salvatore Grimaldi vs Fonds des maladies professionnelles”: ”Cu toate acestea, Curtea Europeanăa consideratîn hotărârea sa influentă Grimaldi că soft law "nu poate fi considerată ca neavând nici un efect juridic" [9, p.879].

În Grimaldi CJE a cerut judecătorilor naționali să"ia în considerare" soft-law ori de câte oridecid cu privire la cazuri; cu toate acestea, nici o explicație

suplimentară nua fost dată cu privire la ceea ce exact a însemnat această afirmație. Explicații privind efectele juridice ale soft-law, au fost oferite în cazuri ulterioare și o dezvoltare importantă în această direcție este recenta hotărâre Polska Telefonia Cyfrowa (PTC), care examinează problema executării ghidurilor Comisiei Europene în fața autorităților naționale de reglementare [9, p.880].

Jan Klabbers, un cercetător în domeniul dreptului internațional și a științelor politice menționează ambiguitatea și lipsa unei logici juridiceîn cazul soft-law, menționând că un act normativ există sau nu, ceva în mijloc nu poate fi citând notoriul cazul Grimaldi în 1991, în care CJE a dat un efect juridic la astfel de instrumente ca rezoluțiile, codurile de conduită, ghidurile etc." [1, p.388]. În acest context Jan Klabbers menționează posibilitățile unui risc de abuz din cauza utilizării soft-law, impunerea statelor a unor obligații neasumate, introducerea neargumentată în sfera dreptului a unor norme cu conținut și aplicabilitate neclară.

• *Monitorizarea eficienței soft-law.*

Pe lângă faptul că soft-law poate crea standarde și prevederi legale noi, unele mecanisme soft, au instrumente de monitorizare a funcționării lor: "Cu toate acestea, acordurile care nu sunt tratate, pot fi executate într-o manieră "soft" prin crearea mecanismelor de control la care părțile aplică în mod voluntar, dar sub presiune internațională sau internă și a căror rezultate pot avea un impact asupra opiniei publice (ex. Conferințele follow-up ale OSCE). Respectarea obligațiilor poate fi de asemenea ca precondiție pentru a obține servicii de care statele pot fi dependente. Obligațiile Soft law pot astfel fi suplimentate de „sancțiuni soft", un exemplu bun fiind ghidurile investiționale ale Băncii Mondiale [10, p.511].

Iar în cazul Codului Global de Practici cu privire la Recrutarea Internațională a Personalului Medical al Organizației Internaționale a Sănătății (OMS): "autorii au elaborat ghiduri privind monitorizarea implementării, inclusiv crearea unei propuse autorități naționale în țările semnatare, precum și un instrument național de auto-evaluare care ar constitui baza unei raportări voluntare de către state la fiecare trei ani. Până în prezent, 69 de țări au stabilit o autoritate națională pentru a promova punerea în aplicare a Codului, inclusiv Statele Unite, dar mai puțin de jumătate au prezentat rapoarte. Deși au existat declarații că rapoartele vor fi disponibile publicului prin site-ul Web al OMS ca mijloc de creștere a responsabilității, începând din martie 2013, OMS nu a făcut public niciun raport" [16, p.11].

Alte argumente cu privire la funcționalitatea soft-law

Francis Snyder, specialist în drept internațional oferă o listă completă a efectelor juridice pe care soft-law European îl poate produce. Ele pot consta în

asigurarea unui cadru normativ pentru viitoarele negocieri și pentru posibilele argumente sau conflicte; obligarea instituției care a adoptat o normă și acele instituții care sunt părți la un acord inter-instituțional; concretizarea obligației de cooperare instituțională; crearea așteptărilor că instituția care a adoptat actul normativ va respecta normele instituite de ea într-un instrument de soft-law; producerea unui efect de încetare în raport cu comportamentul neconform al unui stat sau instituții; și influențarea drepturilor legale și obligațiilor unor părți terțe. Soft-law, poate avea un impact asupra legislației naționale și europene prin exprimarea principiilor generale ale legislației UE, făcând parte din acquis-ul comunitar, interpretând dispozițiile hard-law, și servind ca temei juridic pentru adoptarea legislației naționale [9, p.881].

De asemenea utilizarea largă a soft law în domeniul migrației internaționale este foarte bine exemplificată de cercetătoarea Oana Stefan: Cu toate acestea, din punctul de vedere al activiștilor pentru drepturile migranților, ei sunt astfel confruntați cu alegerea de a exploata angajamentele anterioare ale statelor cu privire la drepturile de bază ale migranților (în mare parte fără executare), sau să pună în pericol oportunitatea unui astfel de angajament prin susținerea unui set mai elaborat de drepturi complete care probabil vor fi respinse de către state, dar care ar putea în schimb stabili un standard internațional mai mare pentru tratamentul acestora [11, p.172].

Vedem aici că în absența altor mecanisme și norme juridice cu capacitatea de influență asupra state cât și care corespund realităților mobilității internaționale a forței de muncă soft-law rămâne, acel instrument care este utilizat de factorii de decizie în întreaga lume.

Concluzii

- Actele și abordările soft-law, tind în continuare să suplinească actele și Convențiile juridice clasice. Această tendință se va păstra în condițiile actuale.
- În condițiile unui domeniul foarte mobil, așa cum este migrația internațională a muncii, soft-law este poate unul dintre cele mai efective mecanisme de a gestiona schimbările și noile fenomene. Ele pot interveni eficient în mod provizoriu, până la adoptarea unor norme juridice clasice care să gestioneze aceste situații.

Recomandări

- Autoritățile naționale trebuie să acorde mai multă atenție actelor și instrumentelor soft-law și obligațiilor asumate în cadrul acestora. Ori chiar dacă acestea din start aparent nu creează obligații părților semnatare, pe parcurs acestea pot deveni obligatorii.
- Autoritățile naționale ar trebui să se implice mai activ în adoptarea unor mecanisme și instrumente soft-law, care sunt importante pentru țara noastră. Or

practica arată că în condițiile unei promovări și susțineri suficiente aceste mecanisme au șanse mari să servească ca standarde în domeniu, sau chiar ulterior să fie transformate în acte juridice clasice.

• Mediul academic din Republica Moldova, ar trebui să acorde o atenție mai mare acestui fenomen juridic, relativ nou având în vedere impactul demonstrat de soft law în gestionarea migrației internaționale a muncii și continuitatea acestui trend pe viitor.

Bibliografie

1. Klabbers J. The Undesirability of Soft Law. // Nordic Journal of International Law 1998, #67, pp.381-391,
2. Terpan F. Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law. // European Law Journal, Wiley, 2015, vol.21 (1), pp.68-96.
3. Taran P.A. Status and Prospects for the UN Convention on Migrants' Rights. // European Journal of Migration and Law, 2000, #2: pp.85-100.
4. Wexler L. The Role of International Law in Addressing Immigration: The Contributions of Human Rights Approaches, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/wexler_YJIL1.pdf (Accesat la 25.07.2014)
5. Paetzold J., Vliet, van, O. Convergence without hard criteria: Does EU soft law affect domestic unemployment protection schemes? November 2012, Working Paper No.2012-09, http://media.leidenuniv.nl/legacy/ovv-2012-08.pdf
6. Schäfer A. Resolving Deadlock: Why International Organisations Introduce Soft Law. // European Law Journal, March 2006, Vol.12, #2, pp.194-208.
7. Colectiv de Autori, International Law, cases and materials. - St. Paul, Minnesota: West Publishing CO. 2001
8. Betts A. New Issues In Refugee Research, Research Paper No.62, Towards a 'soft law' framework for the protection of vulnerable migrants, August 2008, Geneva, http://www.unhcr.org/48b7f9642.pdf (Accesat la 26.07.2014)
9. Stefan O. European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects. // The Modern Law Review Limited. 2012, #75(5), pp.879-893.
10. Hillgenberg H. A Fresh Look at Soft Law, European Journal of International Law EJIL. 1999, Vol.10, #3, pp.499-515,
11. Gest J., Armstrong C., Carolan E., Fox E., Hölzer V., McLellan T., Mogan A.Ch., Talib M. Tracking the Process of International Norm Emergence: A Comparative Analysis of Six Agendas and Emerging Migrants' Rights. // Global Governance 2013, #19, pp.153-185,

12. Ratifications of C097 - Migration for Employment Convention (Revised), 1949 (No.97), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312242 (Accesat la: 09.12.2017)
13. Ratifications of C143 - Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No.143), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312288 (Accesat la: 09.12.2017)
14. Status of Ratification Interactive Dashboard, http://indicators.ohchr.org/ (Accesat la: 09.12.2017)
15. Donald Trump pulls US out of UN global compact on migration, https://www.theguardian.com/world/2017/dec/03/donald-trump-pulls-us-out-of-un-global-compact-on-migration (Accesat la: 08.12.2017)
16. Pittman P. Alternative Approaches to the Governance of Transnational Labor Recruitment a Framework for Discussion, 2013, http://www.macfound.org/media/files/Alternative_Approaches_to_the_Governance_of_Transnational_Labor.pdf (Acesat la: 25.07.2014)

11.12.2017