

LES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES MIGRANTS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE



NATIONS UNIES



NATIONS UNIES
DROITS DE L'HOMME
HAUT-COMMISSARIAT

LES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES MIGRANTS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE



NATIONS UNIES



NATIONS UNIES
DROITS DE L'HOMME
HAUT-COMMISSARIAT

New York et Genève, 2014

NOTE

Les appellations employées dans la présente publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

AVANT-PROPOS.....	1
INTRODUCTION	3
I. PRINCIPES GÉNÉRAUX	24
A. Égalité et non-discrimination	25
B. Obligations des États en matière de droits économiques, sociaux et culturels	36
II. LE DROIT À LA SANTÉ	40
A. Obstacles juridiques et pratiques empêchant les migrants en situation irrégulière d'exercer leur droit à la santé	42
B. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à la santé	52
III. LE DROIT À UN NIVEAU DE VIE SUFFISANT, NOTAMMENT POUR LE LOGEMENT, L'EAU ET L'ASSAINISSEMENT, ET L'ALIMENTATION	64
A. Obstacles juridiques et pratiques empêchant les migrants en situation irrégulière d'exercer leur droit à un niveau de vie suffisant.....	69
B. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à un logement convenable.....	74
C. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à l'eau et à l'assainissement.....	78
D. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à l'alimentation	80

IV. LE DROIT À L'ÉDUCATION.....	84
A. Obstacles juridiques et pratiques empêchant les migrants en situation irrégulière d'exercer leur droit à l'éducation.....	86
B. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à l'éducation.....	91
V. LE DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE	102
A. Obstacles juridiques et pratiques empêchant les migrants en situation irrégulière d'exercer leur droit à la sécurité sociale.....	105
B. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à la sécurité sociale	109
VI. LE DROIT AU TRAVAIL ET LE DROIT À DES CONDITIONS DE TRAVAIL JUSTES ET FAVORABLES.....	118
A. Obstacles juridiques et pratiques empêchant les migrants en situation irrégulière d'exercer leur droit au travail et leur droit à des conditions de travail justes et favorables.....	120
B. Cadre politique et juridique : le droit des travailleurs migrants en situation irrégulière au travail et à des conditions de travail justes et favorables	124
CONCLUSION	135
BIBLIOGRAPHIE	146

AVANT-PROPOS

Aujourd'hui, il y a plus de 232 millions de migrants internationaux dans le monde. S'ils se rassemblaient pour former un pays, ils constitueraient le cinquième pays le plus peuplé de la planète. Pourtant, cette population demeure largement invisible. De nombreux migrants, en particulier ceux qui sont en situation irrégulière, vivent et travaillent dans l'ombre, n'osent pas se plaindre, ne bénéficient pas des droits et libertés pourtant consacrés et sont démesurément vulnérables à la discrimination et à la marginalisation.

En 2010, sous la direction du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), les organisations internationales composant le Groupe mondial sur la migration ont exprimé leur profonde inquiétude, dans une déclaration conjointe historique, quant aux droits fondamentaux des migrants internationaux en situation irrégulière. Le Groupe a indiqué que les migrants en situation irrégulière sont davantage exposés à la discrimination, à l'exclusion, à l'exploitation et à la violence à toutes les étapes du processus de migration. Ils sont souvent détenus pendant de longues périodes ou subissent de mauvais traitements et, dans certains cas, sont confrontés à l'esclavage, au viol ou au meurtre. Ils sont plus susceptibles d'être la cible de xénophobes et de racistes, et d'être victimes d'employeurs sans scrupules et de prédateurs sexuels, et peuvent facilement tomber entre les mains de trafiquants et de passeurs. Vulnérabilisés par leur situation irrégulière, ces hommes, ces femmes et ces enfants ont souvent peur ou sont incapables de demander à être protégés ou secourus par les autorités du pays d'origine, de transit ou de destination. En tout état de cause, la situation irrégulière dans laquelle se retrouvent certains migrants internationaux ne devrait pas les priver de leur humanité ou de leurs droits fondamentaux.

Le droit international relatif aux droits de l'homme dispose que chacun, sans discrimination, doit avoir accès aux droits fondamentaux consacrés par la Charte internationale des droits de l'homme. Lorsqu'un traitement différencié entre ressortissants et non-ressortissants ou entre différents groupes de non-ressortissants est envisagé, ce traitement doit être

conforme aux obligations internationales en matière de droits de l'homme et poursuivre un objectif légitime, et les mesures prises pour atteindre cet objectif doivent être proportionnées et raisonnables.

Les migrants en situation irrégulière ne sont pas des criminels. De toute évidence, ils ne migrent pas dans l'objectif de frauder les systèmes de sécurité sociale ni de faire une utilisation abusive des services du pays de destination. Ils sont davantage susceptibles de travailler dans un hôpital que d'en utiliser indûment les installations. Ils tendent à travailler dans des secteurs salissants et dangereux, où ils occupent souvent des emplois dont les travailleurs locaux ne veulent pas. De fait, les gouvernements ont tout intérêt à promouvoir et protéger les droits fondamentaux de tous les migrants, y compris les migrants en situation irrégulière, car aucune société ne peut développer son véritable potentiel si des obstacles juridiques, sociaux ou politiques empêchent des franges entières de sa population d'y participer.

La présente publication est une ressource précieuse permettant aux décideurs des gouvernements, aux institutions nationales des droits de l'homme, à la société civile, aux avocats, aux juges et aux migrants eux-mêmes de comprendre la portée et la teneur des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. En s'attachant tout particulièrement aux droits économiques, sociaux et culturels, cette publication s'efforce de combattre les idées fausses sur le droit des migrants en situation irrégulière à des droits aussi fondamentaux que la santé, l'éducation, un niveau de vie suffisant, la sécurité sociale et des conditions de travail justes et favorables. Les migrants en situation irrégulière sont des êtres humains et, en tant que tels, sont protégés par le droit international relatif aux droits de l'homme.



Navi Pillay
Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme

INTRODUCTION

Les personnes qui se déplacent n'ont jamais été aussi nombreuses : on recense aujourd'hui quelque 232 millions de migrants internationaux dans le monde¹. La quête d'une vie et de conditions de travail meilleures, les inégalités croissantes entre et dans les pays, la discrimination et autres violations des droits de l'homme, la pauvreté, la dégradation de l'environnement, les conflits et la violence, et la demande des marchés du travail continuent de pousser des migrants à franchir les frontières internationales. Selon les estimations, les migrants en situation irrégulière représentent 15 à 20 % de tous les migrants internationaux², soit 30 à 40 millions de personnes dans le monde. Contrairement aux idées reçues, les migrants ne se déplacent pas seulement du Sud vers le Nord : ces dernières décennies, la migration Sud-Sud s'est accrue et les études montrent qu'un grand nombre de ces migrants sont en situation irrégulière³.

¹ Département des affaires économiques et sociales des Nations Unies, Division de la population, *Trends in International Migrant Stock : The 2013 Revision* (base de données des Nations Unies, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2013), consultable à l'adresse : www.unmigration.org.

² Organisation internationale pour les migrations (OIM), rapport *État de la migration dans le monde 2010 : L'avenir des migrations : Renforcer les capacités face au changement* (Genève, 2010). Consultable à l'adresse : http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_ENGLISH.pdf. Il est toutefois très difficile de dénombrer avec précision les migrants en situation irrégulière à l'échelon national, régional ou international. Le *Rapport mondial sur le développement humain 2009* relève que la plupart des estimations portant sur le nombre de migrants sont tirées de recensements et qu'il existe de bonnes raisons de soupçonner que les chiffres des recensements en matière de migration illégale sont largement inférieurs à la réalité, car les personnes concernées peuvent éviter les agents du recensement de peur qu'ils ne transmettent leurs informations aux autorités. Voir Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Rapport mondial sur le développement humain 2009 : Lever les barrières : mobilité et développement humains* (Basingstoke, Royaume-Uni, Palgrave Macmillan, 2009), p. 25.

³ De nombreux facteurs expliquent cet état de fait, dont certains sont communs à toutes les régions du monde : la migration peut faire l'objet de conditions strictes; règles de l'immigration peu claires; frais de migration régulière élevés; contrôles aux frontières insuffisants et ampleur des secteurs de travail informel. D. Ratha et W. Shaw, « South-South migration and remittances », document de travail n° 102 (Washington D.C., Banque mondiale, 2007), p. 26 et 27.

La majorité des migrants en situation irrégulière entrent dans le pays de destination par un circuit légal et ne se retrouvent en situation irrégulière que par la suite, par exemple en prolongeant leur séjour après l'expiration de leur titre de séjour⁴. Seule une petite minorité franchit la frontière illégalement. Pourtant, les discours populaires, voire officiels, sur la migration irrégulière sont souvent dominés par un paradigme sécuritaire cherchant à « lutter » contre la migration irrégulière ou à la « combattre », souvent par des mesures strictes de contrôle aux frontières et l'incrimination des migrants en situation irrégulière.

Définitions

S'il n'existe aucune définition universellement admise du terme, la « migration irrégulière » s'entend du déplacement de migrants internationaux qui entrent ou séjournent dans un pays sans autorisation officielle. D'autres termes sont employés pour décrire les migrants en situation irrégulière, dont « sans papiers », « non autorisés » et même « illégaux ».

La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille énonce :

Aux fins de la présente Convention, les travailleurs migrants et les membres de leur famille :

- a) Sont considérés comme pourvus de documents ou en situation régulière s'ils sont autorisés à entrer, séjourner et exercer une activité rémunérée dans l'État d'emploi conformément à la législation dudit État et aux accords internationaux auxquels cet État est partie;

⁴ En 2005, la Commission mondiale sur les migrations internationales a estimé que seuls 2,5 à 4 millions de migrants, sur un total mondial d'environ 200 millions à l'époque, franchissaient chaque année des frontières internationales sans autorisation. « Migration at a glance », 2005, consultable à l'adresse : <http://web.mnstate.edu/robertsb/308/Migration%20at%20a%20glance.pdf>.

- b) Sont considérés comme dépourvus de documents ou en situation irrégulière s'ils ne remplissent pas les conditions prévues à l'alinéa a) du présent article (art. 5).

Le Groupe mondial sur la migration, organisme interinstitutions composé de 16 organes des Nations Unies et autres instances internationales travaillant sur les migrations, définit un « migrant en situation irrégulière » comme « toute personne qui, entrée sans papiers dans un pays où dont le visa a expiré, n'a pas de statut légal dans le pays de transit ou d'accueil »⁵.

Les mots comptent

En 1975, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la résolution 3448 (XXX), dans laquelle elle priait « les organes de l'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées intéressées d'utiliser dans tous les documents officiels les termes "travailleurs migrants sans documents ou irréguliers" pour désigner les travailleurs qui pénètrent illégalement ou subrepticement dans un autre pays pour se procurer du travail ».

Dans son observation générale n° 2 (2013) sur les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et des membres de leur famille, le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille a exprimé le point de vue que les expressions « en situation irrégulière » ou « sans papiers » constituent la terminologie appropriée pour désigner ce statut. L'emploi du terme « illégal » pour qualifier les travailleurs migrants en situation irrégulière n'est pas approprié et doit être évité car il tend à stigmatiser les migrants en les associant à la criminalité.

« Les personnes qui se rendent ou qui travaillent à l'étranger sans autorisation légale sont qualifiées d'immigrés illégaux, clandestins, sans papiers ou en situation irrégulière. La catégorie des "migrants illégaux" [...] possède une connotation normative et suggère un lien avec la criminalité. » (Bureau international du Travail, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée* (Genève, 2004)).

⁵ Groupe mondial sur la migration, *International Migration and Human Rights : Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights* (2008), p. 7.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe explique dans sa résolution 1509 (2006) qu'elle préfère l'expression « migrants en situation irrégulière » à d'autres comme « migrants illégaux » ou « migrants sans papiers ». Cette expression est plus neutre et, contrairement au terme « illégal », par exemple, n'est pas stigmatisante.

Dans la présente publication, le terme « migrants en situation irrégulière » couvre toutes les catégories de migrants internationaux en situation irrégulière, dont les migrants sans papiers (notons que tous les migrants en situation irrégulière ne sont pas sans papiers) et les demandeurs d'asile déboutés.

Données

La migration irrégulière est un phénomène complexe et les données sur la migration irrégulière et les migrants en situation irrégulière sont plutôt limitées. La plupart des systèmes de données officiels ne collectent d'informations ni sur le nombre ni sur la situation personnelle des migrants et de nombreuses données internationales ne recensent pas avec précision les migrants en situation irrégulière. On dispose de certaines données sur les migrants en situation irrégulière placés en détention ou impliqués dans une procédure officielle quelconque comme les arrestations aux postes frontière, les placements en centre de rétention pour migrants et les procédures de retour, mais elles ne suffisent pas à établir le nombre total de migrants en situation irrégulière. Ces personnes figurent rarement dans les recensements démographiques, qui restent la principale source statistique d'information sur les populations migrantes.

Pour établir s'ils remplissent leurs obligations conventionnelles et s'assurer que leur action ne crée pas des inégalités en ce qui concerne l'exercice des droits fondamentaux, les États sont tenus de suivre les effets de leurs politiques et actions, y compris leurs politiques sociales. Pour ce faire, ils doivent collecter des données ventilées⁶. De fait, la Convention (n° 143)

⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 14 (2000) sur le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint. Les données statistiques doivent être ventilées par sexe, nationalité et autres descripteurs.

La demande et l'utilisation d'indicateurs des droits de l'homme s'inscrivent dans un processus plus vaste de travaux systématiques visant à mettre en œuvre, contrôler et réaliser les droits de l'homme. Parallèlement aux plans d'action nationaux relatifs aux droits de l'homme, aux études de référence et aux approches fondées sur les droits concernant le développement et la bonne gouvernance, au travail de surveillance des mécanismes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme ainsi que des institutions régionales et nationales de défense des droits de l'homme, les indicateurs constituent des outils concrets et pratiques permettant de mettre en application les droits de l'homme et de mesurer leur mise en œuvre. On a reconnu que l'on doit cesser d'utiliser des statistiques générales et qu'il est préférable de s'orienter vers la définition d'indicateurs spécifiques applicables aux droits de l'homme.

Source : Indicateurs des droits de l'homme : Guide pour mesurer et mettre en œuvre (Publication des Nations Unies, numéro de vente 13.XIV.2). Cette publication traite de la relation entre les droits de l'homme et les statistiques, et propose un ensemble d'outils visant à améliorer les systèmes statistiques nationaux et à assurer une mise en œuvre et une surveillance plus systématiques des droits de l'homme.

de l'Organisation internationale du Travail (OIT) sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité des chances et de traitement des travailleurs migrants impose expressément aux États de réunir des informations sur la présence de travailleurs migrants hommes et femmes employés irrégulièrement⁷.

Le Comité des droits de l'enfant a noté que le manque de données sur les enfants dans le contexte de la migration empêche de concevoir, de mettre en œuvre et de suivre des politiques publiques protégeant les droits économiques et sociaux des enfants migrants. Par exemple, on ne dispose pas de chiffres fiables sur le nombre d'enfants en situation irrégulière. Le Comité a recommandé que l'absence d'estimations et de chiffres nationaux sur les migrants en situation irrégulière, en particulier

⁷ La Convention énonce : « Tout Membre pour lequel la présente Convention est en vigueur doit s'attacher à déterminer systématiquement s'il existe des migrants illégalement employés sur son territoire et s'il existe, en provenance ou à destination de son territoire ou en transit par celui-ci, des migrations aux fins d'emploi dans lesquelles les migrants sont soumis au cours de leur voyage, à leur arrivée ou durant leur séjour et leur emploi à des conditions contrevenant aux instruments ou accords internationaux, multilatéraux ou bilatéraux, pertinents ou à la législation nationale. » (art. 2.1).

les enfants, soit traitée avec une plus grande priorité par tous les débiteurs d'obligations concernés, notamment en renforçant la collecte de données ventilées, avec les garanties qui s'imposent pour prévenir toute utilisation abusive, en veillant à ce que les ménages concernés par la migration soient identifiés dans les systèmes locaux de statistiques et de données, ainsi que dans les études représentatives à l'échelon national sur les niveaux de vie, les dépenses et la main-d'œuvre, et en faisant en sorte que le suivi de la situation des enfants migrants soit partagé par tous les pays concernés, à savoir les pays de transit et de destination, en plus des pays d'origine⁸.

Le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille a dit craindre que le manque de données sur la situation des migrants en situation irrégulière, notamment en ce qui concerne la scolarisation des enfants, n'empêche pas les États de mesurer la situation des enfants migrants et d'y remédier comme il convient⁹.

En coopération avec Caritas, le service de santé publique de la ville de Reggio Emilia, en Italie, dispense des services ambulatoires et des traitements médicaux aux étrangers. Le *Centro per la salute della famiglia straniera* (Centre de santé pour les familles étrangères) dispose d'un service de médiation culturelle et fournit des services à des groupes spécifiques, notamment une aide aux femmes et aux enfants, et des services obstétricaux.

Le Centre tient des statistiques précises sur ses patients, leur attribue un code d'identification et gère leur dossier en préservant leur anonymat. Il partage sa base de données avec le centre médical de Caritas *Querce di Mamre*, qui offre des services dans 11 spécialités (soins dentaires, soins de médecine générale, gynécologie, pédiatrie, chirurgie, neurologie, urologie, cardiologie, ophtalmologie, orthopédie, oto-rhino-laryngologie et dermatologie). Les services des deux centres s'adressent essentiellement aux migrants en situation irrégulière.

⁸ Voir Comité des droits de l'enfant, « Rapport sur la Journée de débat général de 2012 sur les droits de tous les enfants dans le contexte des migrations internationales », par. 63 à 67.

⁹ CMW/C/DZA/CO/1, par. 20.

Les parcours vers l'irrégularité

La forme que prend la migration irrégulière tient à un éventail complexe de facteurs faisant entrer en jeu les intérêts individuels des migrants et des employeurs, des intérêts économiques plus larges, des intérêts politiques, des questions de sécurité et des cadres juridiques et normatifs. En 2005, la Commission mondiale sur les migrations internationales a indiqué que : « La problématique de la migration irrégulière est inextricablement liée à la sécurité des personnes. Beaucoup des personnes qui migrent de manière irrégulière le font parce que leur pays est en proie à un conflit armé, à l'instabilité politique ou au déclin économique. »¹⁰. Dans le monde, les possibilités de migration légales sont généralement insuffisantes et celles qui existent souvent difficiles d'accès¹¹. Les individus les moins nantis sont affectés de façon disproportionnée par l'absence de voies régulières et par les obstacles à leur utilisation lorsqu'elles existent.

Il existe de nombreux « parcours » vers l'irrégularité. Les migrants, dont les demandeurs d'asile déboutés, peuvent être dans l'impossibilité de retourner dans leur pays d'origine par peur que leurs droits fondamentaux soient violés. Des procédures lourdes et coûteuses peuvent entraîner la perte accidentelle ou le retrait de leur statut légal. Dans les pays où les permis de travail et de séjour sont liés à l'emploi, les migrants sont susceptibles de basculer dans l'irrégularité pour échapper au traitement abusif de leur employeur. Dans certaines circonstances, un migrant peut se retrouver dans une situation à la fois régulière et irrégulière, par exemple s'il est entré dans un pays avec un visa pour rejoindre des membres de sa famille mais est ensuite obligé, pour des raisons financières, de trouver un emploi alors qu'il n'a pas de permis de travail. Certains migrants peuvent se mettre à la recherche de voies d'entrée illégales pour retrouver leur famille ou chercher un emploi. Les enfants se retrouvent souvent dans

¹⁰ Commission mondiale sur les migrations internationales, « Les migrations dans un monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action », octobre 2005, p. 33. Consultable à l'adresse : www.queensu.ca/samp/migrationresources/reports/gcim-complete-report-2005.pdf.

¹¹ Franck Düvell, « Paths into irregularity : the legal and political construction of irregular migration », *European Journal of Migration and Law*, vol. 13, n° 3 (2011).

l'irrégularité parce que leur statut est lié à celui de leurs parents et les enfants nés de parents migrants dans le pays de destination « héritent » souvent de leur situation irrégulière.

La recherche nous indique que la majorité des migrants en situation irrégulière sont entrés légalement dans le pays de destination et ne se sont retrouvés qu'ensuite en situation irrégulière. Certains sont restés au-delà de leur autorisation de séjour parce qu'ils n'ont pas pu régulariser leur situation et d'autres ont basculé dans l'irrégularité en raison d'obstacles bureaucratiques ou en voulant échapper à l'exploitation et au traitement abusif de leur employeur. Certains migrants en situation irrégulière ont des besoins de protection qu'ils n'ont pas pu ou voulu exprimer auprès des autorités publiques ou qui ont été écartés lors de procédures d'asile laissant à désirer.

Les droits de l'homme n'ont rien à voir avec la charité, pas plus qu'ils ne sont une récompense pour avoir respecté les règles d'immigration. Les droits de l'homme sont les droits inaliénables de chaque être humain, où qu'il soit et quel que soit son statut.

Source : Navi Pillay, Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, « Equal rights for all migrants : a call for ratification of the Internationale Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families », discours prononcé à l'Institut de hautes études internationales et du développement, Genève, 14 décembre 2011.

Vulnérabilité des migrants en situation irrégulière

Quelle que soit la raison de leur statut, les migrants en situation irrégulière sont exposés de façon démesurée aux violations des droits de l'homme. En 2010, le Groupe mondial sur la migration a exprimé sa profonde inquiétude quant au respect des droits fondamentaux des migrants internationaux en situation irrégulière dans le monde entier, concluant qu'ils sont davantage exposés aux discriminations, à l'exclusion, aux mauvais traitements et à l'exploitation. Le Groupe a noté que la situation irrégulière des migrants internationaux ne doit pas les priver de leur humanité et de leurs droits¹².

¹² Déclaration du Groupe mondial sur la migration sur les droits de l'homme des migrants en situation irrégulière, 30 septembre 2010.

Or, dans le monde entier les migrants en situation irrégulière sont confrontés à de nombreuses violations de leurs droits fondamentaux. Ils sont souvent l'objet d'une détention arbitraire sur une longue période en raison de politiques migratoires restrictives et dans des conditions inappropriées. Pour des questions de législation ou de réglementation administrative, nombre d'entre eux ne peuvent accéder aux soins de santé publics, à un logement ou à un hébergement convenable, à l'éducation et à la sécurité sociale. En droit ou en pratique, il est fréquent que les enfants migrants en situation irrégulière ne puissent pas être scolarisés. Beaucoup de migrants en situation irrégulière n'ont pas droit à des soins de santé adéquats ou à un hébergement décent ni même à l'exercice de la liberté syndicale. Nombreux sont ceux qui n'osent pas s'adresser à la police lorsqu'ils sont victimes d'un acte criminel et n'envoient pas leurs enfants à l'école par peur d'être expulsés.

Par ailleurs, obligés de rester en marge de la société et souvent exclus de l'économie formelle, la plupart d'entre eux travaillent dans des secteurs peu qualifiés et non réglementés du marché de l'emploi, et occupent des emplois souvent salissants, dangereux et difficiles. Certains rejoignent des membres de leur famille travaillant déjà dans ces secteurs. Leurs conditions de travail sont souvent dangereuses et leurs droits du travail sont peu ou pas protégés. Ils sont couramment soumis à des conditions d'exploitation, notamment la violence, la torture et le travail forcé, et n'ont guère de recours compte tenu de leur situation irrégulière.

Pourtant, les stratégies ou les plans d'action nationaux concernant les logements sociaux, les soins de santé ou l'éducation prennent rarement en compte la situation et les besoins de ces migrants vulnérables. Elles tiennent peu compte de leurs contributions essentielles à la société et à l'économie ni des nombreuses façons dont ils peuvent être privés de leurs droits fondamentaux.

Les autorités publiques croient souvent que garantir les droits économiques, sociaux et culturels consiste à assurer gratuitement des soins de santé, de l'eau, une instruction, de la nourriture et autres biens et services. Le

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) a rappelé que le cadre international des droits de l'homme n'exige pas toujours des États de fournir une aide sociale, indiquant que la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que toute personne a droit à la sécurité sociale en cas de chômage, de maladie, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. Toutefois, cela ne veut pas toujours dire qu'elle ait droit à une aide financière. La sécurité sociale devrait permettre d'éviter que des gens ne se retrouvent dans des situations désespérées et de les aider à reprendre leur vie en main pour qu'ils puissent être des individus libres qui contribuent à la vie de la communauté¹³. Il s'agit donc, pour les États, d'envisager une gamme de mesures, du versement de prestations à l'élimination des barrières sociales qui font obstacle à la pleine participation de tous à la vie économique et sociale.

Les migrants sont fréquemment accusés, souvent à tort, de prendre les emplois des populations locales, de surcharger les systèmes de santé publique et de prendre la place d'autres dans les listes d'attente pour un logement¹⁴. Les mécanismes des droits de l'homme s'inquiètent de la résurgence de partis politiques aux idéologies et programmes racistes et xénophobes incitant à la discrimination envers les migrants, auxquels ils imputent la responsabilité de l'insécurité et des problèmes socioéconomiques¹⁵. Les idées fausses sur l'ampleur et la nature des migrations peuvent renforcer les préjugés et la xénophobie. Le fait que, aujourd'hui, les migrations Sud-Sud soient presque aussi importantes que les migrations Sud-Nord et que près d'un tiers de tous les migrants viennent

¹³ HCDH, *Fiche d'information n° 33 : Questions fréquemment posées concernant les droits économiques, sociaux et culturels*, p. 28.

¹⁴ Ces idées fausses sont clairement réfutées par des études qui ont analysé les données statistiques sur les migrants en situation irrégulière dans le monde. Voir, par exemple, OIM, *rapport État de la migration dans le monde 2011 : Bien communiquer sur la migration* (Genève, 2011), p. 27 à 29. Consultable à l'adresse : http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2011_English.pdf.

¹⁵ Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, Mutuma Ruteere (A/HRC/20/33), par. 28.

de l'hémisphère Sud et y résident fait rarement la une des journaux¹⁶. D'un autre côté, des sondages d'opinion révèlent que le nombre des migrants est toujours surestimé dans les pays de destination¹⁷.

La migration irrégulière est désormais une priorité politique dans différents pays et régions du monde, de telle sorte que les migrants se retrouvent malgré eux au centre de conflits internes sur l'identité nationale¹⁸. La peur que les étrangers « volent » les prestations sociales et les emplois, et menacent la sécurité ne sont pas de simples craintes concernant les migrations et l'immigration. En réalité, le nombre de migrants en situation irrégulière dans les communautés est inférieur à ce que craignent les populations et ces migrants sont moins susceptibles de réclamer des prestations sociales que les résidents. Le débat sur la migration, et plus particulièrement la migration irrégulière, est donc de plus en plus marqué par la « peur par procuration » sur l'emploi, la viabilité des systèmes de protection sociale et d'autres aspects de la mondialisation.

Une question essentielle se pose : comment lutter contre les perceptions et les opinions hostiles largement répandues dans le public, et contre le ressentiment et la xénophobie à l'égard des étrangers, et surtout des travailleurs migrants en particulier, lorsqu'ils sont communément présentés comme des concurrents illégitimes dans le domaine de l'emploi et du logement, ou comme des personnes bénéficiant injustement ou illégalement des prestations sociales ou associées à la criminalité.

Source : Rapport du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille à ses septième et huitième sessions (A/63/48), annexe VI, par. 13.

¹⁶ Département des affaires économiques et sociales des Nations Unies, Division de la population, « Migrants by origin and destination : the role of South-South migration », Population Facts, n° 2012/3, juin 2012. Il est important de rappeler que, en tout état de cause, la xénophobie est tout aussi présente dans les pays d'accueil du Sud que du Nord.

¹⁷ Une étude portant sur huit pays accueillant des migrants (Allemagne, Canada, Espagne, États-Unis, France, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni) a révélé que, dans tous ces pays, les personnes interrogées avaient tendance à surestimer considérablement la population migrante. Les Américains, par exemple, ont estimé à 37,8 % en moyenne la part de population née à l'étranger, alors qu'elle n'est que de 12,5 % (*Transatlantic Trends 2010*). Voir aussi OIM, rapport *État de la migration dans le monde 2011*, p. xiv.

¹⁸ OIT et al., *International Migration, Racism, Discrimination and Xenophobia* (août 2001), p. 1.

La crise économique et financière mondiale a exacerbé la tendance de nombreux États à limiter les possibilités de migration régulière (y compris le regroupement familial), de sorte qu'il ne reste que les voies illégales pour migrer. Ce type de décisions politiques ne tient pas compte des faits prouvant que, dans le monde entier, la migration n'a généralement pas un impact économique négatif sur les pays de destination¹⁹.

Incrimination de la migration irrégulière

Selon le droit international, l'entrée et le séjour irréguliers sont des infractions administratives et non pénales, et doivent donc être sanctionnés en conséquence. En soi, ils ne constituent pas une atteinte aux personnes, aux biens ou à la sécurité nationale. Le Comité des travailleurs migrants a indiqué dans son observation générale n° 2 (2013) que « le fait de franchir la frontière d'un pays sans y être autorisé ou sans être en possession des documents nécessaires, ou de demeurer dans un pays après l'expiration d'un permis de séjour ne constitue pas une infraction. Incriminer l'entrée irrégulière dans un pays va au-delà de l'intérêt légitime des États parties de contrôler et régler l'immigration clandestine, et conduit à des détentions inutiles. Si l'entrée et le séjour irréguliers peuvent constituer des infractions administratives, il ne s'agit pas en soi d'atteintes aux personnes, aux biens ou à la sécurité nationale. » (par. 24). Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants affirme que « La migration irrégulière n'est pas un crime. Les autorités publiques emploient de plus en plus la terminologie criminelle pour parler de la migration irrégulière, certains États allant jusqu'à incriminer la migration irrégulière et/ou le fait d'aider des migrants en situation irrégulière. Le fait de passer des frontières peut constituer une infraction à la loi, mais c'est une infraction abstraite, puisque le fait de se

¹⁹ Bimal Ghosh, *The Global Economic Crisis and Migration : Where Do We Go from Here?* (Genève, OIM, 2011). Une étude récente du Royaume-Uni révèle que les migrants arrivés depuis 2000 sont moins susceptibles de bénéficier de prestations sociales ou de vivre dans un logement social que les résidents natifs. De plus, entre 2001 et 2011 les migrants ont apporté une contribution nette considérable au régime fiscal du pays et ont donc contribué à alléger la charge fiscale des travailleurs natifs. Voir Christian Dustmann et Tommaso Frattini, « The fiscal effects of immigration to the UK », Série de documents de discussion, CDP n° 22/13 (Londres, Centre for Research and Analysis of Migration, novembre 2013).

déplacer d'un pays à un autre ne constitue en soi aucune menace contre les personnes et les biens. »²⁰.

Certains États, qu'ils soient pays d'origine ou de destination, ont élaboré des lois et des politiques pour protéger les droits des migrants en situation irrégulière. Selon la Constitution équatorienne de 2008, la migration est un droit fondamental. L'article 40 énonce expressément que nul ne peut être considéré comme étant en situation irrégulière du fait de son statut migratoire.

La criminalisation des migrants qui entrent dans un pays ou y séjournent irrégulièrement aggrave leur exclusion sociale et les pousse à vivre dans des conditions encore plus précaires²¹. Si la gestion des frontières demeure une prérogative des États souverains, il convient de noter que le droit relatif aux droits de l'homme en limite l'exercice.

Le principe de non-refoulement, par exemple, interdit aux États d'expulser de leur territoire un étranger, quelle que soit sa nationalité ou son statut, vers un État où il risque d'être persécuté ou soumis à la torture ou autres violations graves des droits de l'homme²². On continue de se demander, par exemple, si renvoyer des personnes dans un pays où elles n'auraient pas accès à des soins de santé adéquats constitue un traitement inhumain ou dégradant. À cet égard, le Comité des travailleurs migrants, comme indiqué dans son observation générale n° 2 (2013), est d'avis que ce principe « comprend le risque d'être soumis à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, y compris le fait d'être détenu dans des conditions inhumaines et dégradantes et l'impossibilité de recevoir

²⁰ François Crépeau, Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, déclaration orale à l'Assemblée générale, New York, 21 octobre 2011.

²¹ Voir, par exemple « La criminalisation des migrations en Europe : Quelles incidences pour les droits de l'homme? ». Document thématique, CommDH/IssuePaper (2010) 1 (Strasbourg, France, Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme, 4 février 2010). Consultable à l'adresse : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605>.

²² Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 3) et Convention relative au statut des réfugiés (art. 33).

des soins médicaux nécessaires dans le pays de retour, ainsi que le risque d'atteinte au droit à la vie [...]. Le principe de non-refoulement s'applique aussi lorsqu'une personne ne serait pas protégée contre un refoulement subséquent. Le Comité est également d'avis que les migrants et les membres de leur famille devraient être protégés dans les cas où l'expulsion constituerait une immixtion arbitraire dans leur vie privée et leur famille. » (par. 50). La Cour européenne des droits de l'homme, dans sa jurisprudence la plus récente, semble suggérer que l'expulsion d'une personne dans un état de santé critique ou en phase terminale d'une maladie qui ne pourrait poursuivre son traitement dans son pays d'origine ne constituerait un traitement dégradant interdit par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme que dans des circonstances exceptionnelles²³.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a souligné dans sa recommandation générale n° 26 (2008) concernant les travailleuses migrantes que « les travailleuses migrantes sans papiers sont particulièrement vulnérables à l'exploitation et à la violence du fait de leur statut d'immigrées en situation irrégulière, ce

²³ La Cour européenne des droits de l'homme a statué en 1998 qu'une personne dans un état de santé critique ou en phase terminale d'une maladie qui ne pourrait poursuivre son traitement dans son pays d'origine peut ne pas être expulsée car cela précipiterait son décès dans des circonstances particulièrement pénibles et constituerait une forme de traitement inhumain contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Voir *D. c. Royaume-Uni*, requête n° 30240/96, arrêt du 2 mai 1997; et *BB c. France*, requête n° 39030/96, rapport de la Commission du 9 mars 1998. Toutefois, la jurisprudence la plus récente de la Cour semble suggérer que ce principe ne s'applique que dans des circonstances exceptionnelles. Voir *Ndangoya c. Suède*, requête n° 17868/03, arrêt du 22 juin 2004, et *Amegnigan c. Pays-Bas*, requête n° 25629/04, arrêt du 25 novembre 2004. Les deux requêtes ont été déclarées irrecevables. Dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni*, requête n° 26565/05, arrêt du 27 mai 2008, la Cour a statué à la majorité que l'expulsion d'une ressortissante ougandaise séropositive gravement atteinte n'emporterait pas violation de l'article 3. La Cour a estimé que le seuil élevé fixé n'était pas atteint dans un cas comme celui-ci et que « le préjudice futur allégué proviendrait non pas d'actes ou d'omissions intentionnels des autorités publiques ou d'organes indépendants de l'État mais bien d'une maladie survenant naturellement et de l'absence de ressources suffisantes pour y faire face dans le pays de destination » (par. 43).

qui accentue leur exclusion et augmente les risques d'exploitation. Par peur de la dénonciation, elles sont parfois soumises au travail forcé et privées de leurs droits les plus élémentaires en matière de travail. Elles sont parfois aussi harcelées par des fonctionnaires de police. En cas d'arrestation, elles sont généralement accusées de violations de la législation relative à l'immigration et placées dans des centres de détention, où elles sont exposées à la violence sexuelle avant d'être déportées. » (par. 22).

Les travailleuses domestiques migrantes courent des risques supplémentaires du fait de leur sexe, notamment le risque de violence sexiste. Le Comité des travailleurs migrants a noté dans son observation générale n° 1 (2011) sur les travailleurs domestiques migrants que ces risques et cette vulnérabilité se posent avec encore plus d'acuité pour les travailleurs domestiques migrants, en particulier parce qu'ils risquent d'être expulsés s'ils demandent aux autorités de l'État de les protéger contre un employeur qui les maltraite. Le Comité a par ailleurs recommandé aux États de tenir compte des différences entre les sexes et de trouver des solutions pour lutter contre la discrimination fondée sur le sexe que subissent les travailleuses domestiques migrantes (par. 7 et 60).

Les restrictions aux droits des adultes migrants obèrent les droits de leurs enfants. Selon le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), « les conditions de travail des travailleurs migrants, les restrictions à leur droit au travail et l'absence de politiques de régularisation contribuent à marginaliser les migrants. Cette marginalisation, à son tour, prive leurs enfants du droit à un niveau de vie suffisant. »²⁴.

²⁴ UNICEF et Université nationale de Lanus (Argentine), « Economic, social and cultural rights of migrant children and children born to migrant parents : challenges, good practices and recommendations », avant-projet, mars 2010. Consultable à l'adresse : www.ohchr.org/Documents/Issues/MHR/Consultation2010/3a.UNICEF_ESCR_Migrants.pdf.

Protection de la famille

Il est universellement admis que la famille, élément fondamental de la société, a droit au respect, à la protection, à une assistance et à un soutien (Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 16.3, et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 10.1). La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille protège tous les travailleurs migrants et les membres de leur famille contre toute immixtion arbitraire ou illégale dans leur vie de famille (art. 14). Le droit de l'enfant à une vie de famille est consacré par la Convention relative aux droits de l'enfant (préambule et art. 3, 7 à 10, 16 et 18). Celle-ci impose aux États de veiller à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre son gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de contrôle juridictionnel, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit à la vie de famille offre une protection importante aux enfants dans le contexte de la migration, surtout pour les enfants non accompagnés et séparés, et s'applique dans les procédures d'admission, de rétention et d'expulsion.

De nombreuses politiques migratoires et familiales partent du principe que le regroupement familial, voire la vie de famille elle-même, doit avoir lieu dans le pays d'origine du migrant en situation irrégulière. D'un autre côté, la plupart des experts en migration considèrent que les restrictions fondées sur ce principe risquent de provoquer une hausse des entrées irrégulières d'enfants cherchant à rejoindre leurs parents et de prolonger le séjour de certains d'entre eux dans le pays de destination^o. Ces experts reconnaissent qu'en l'absence de possibilités légales de migrer, de nombreux individus, dont des enfants, se sentent obligés de migrer dans des conditions précaires et dangereuses à des fins de regroupement familial et, pour ce faire, se soustraient aux contrôles en matière d'immigration. En outre, de nombreux enfants nés de parents migrants en situation irrégulière dans les pays de destination risquent d'être privés de leurs parents et de leur vie familiale si leurs parents sont expulsés.

Dans son observation générale n° 6 (2005) sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, le Comité des droits de l'enfant a réaffirmé que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, y compris pour les questions de regroupement familial. Le regroupement familial dans le pays d'origine de l'enfant ne devrait pas être imposé s'il existe un « risque raisonnable » que ce retour débouche sur la violation de droits fondamentaux de l'enfant (par. 82). Dans sa recommandation générale n° 30 (2004) concernant la discrimination contre les non-ressortissants, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a recommandé aux États parties de

s'abstenir de procéder à toute expulsion de non-ressortissants, en particulier de résidents de longue date, qui se traduirait par une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale (par. 28). Le Comité des droits de l'enfant a par ailleurs recommandé dans son rapport sur la Journée de débat général de 2012 sur les droits de tous les enfants dans le contexte des migrations internationales, qui s'est tenue en septembre 2012, que « les États devraient veiller à ce que leurs politiques migratoires, leur législation et les mesures qu'ils prennent respectent le droit de l'enfant à la vie de famille et qu'aucun enfant ne soit séparé de ses parents par l'action ou l'inaction de l'État, sauf si cela est dans son intérêt supérieur. De telles mesures devraient comprendre, entre autres, une attention positive, humanitaire et diligente aux demandes de regroupement familial, des moyens de régulariser le statut migratoire lorsque c'est possible et des politiques de regroupement familial, à toutes les étapes de la migration, pour permettre aux enfants laissés au pays de rejoindre leurs parents (ou les parents de rejoindre leurs enfants) dans les pays de transit et/ou de destination. » (par. 83).

Le respect du droit à la vie de famille impose aux États de s'abstenir de commettre des actes provoquant la séparation des familles et de prendre des mesures positives pour préserver l'unité de la famille et regrouper les membres qui ont été séparés. Les États sont également tenus de prendre des mesures spéciales pour retrouver et réunir les parents et les enfants non accompagnés qui ont été séparés. Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a conseillé aux pays d'origine et de destination d'élaborer des stratégies facilitant la réunification familiale dans un délai raisonnable^b.

^a Comité des droits de l'enfant, « Journée de débat général de 2012 sur les droits de tous les enfants dans le contexte des migrations internationales », document d'information, août 2012, p. 22.

^b A/HRC/11/7, par. 87.

Aperçu de la présente publication

La présente publication vise à combler un important déficit de connaissances en matière de droits de l'homme des migrants en situation irrégulière. Tout en prenant acte des inquiétudes concernant les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, elle expose spécifiquement les cadres juridiques et politiques relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels des migrants en situation irrégulière, en soulignant les orientations fournies par le droit international relatif aux droits de l'homme, ainsi que les cadres juridiques connexes tels que le droit international du travail. Le HCDH

a décrit les droits économiques, sociaux et culturels comme « les droits fondamentaux qui concernent le lieu de travail, la sécurité sociale, la vie familiale, la participation à la vie culturelle et l'accès au logement, à l'alimentation, à l'eau, aux soins de santé et à l'éducation »²⁵.

Cette publication tente de décrire les obstacles auxquels les migrants en situation irrégulière doivent faire face pour exercer ces droits, de même que les tendances et les politiques nationales, en donnant, lorsque c'est possible, des exemples de pratiques prometteuses observées dans le monde entier. Ces exemples de pratiques nationales ne sont pas exhaustives, bien entendu, mais donnent un éclairage sur les lois, politiques et autres initiatives en rapport avec la situation en matière de droits de l'homme des migrants en situation irrégulière.

Le premier chapitre porte sur les principes généraux et, en particulier, le principe d'égalité et de non-discrimination, et examine la nature des obligations des États en termes de droits économiques, sociaux et culturels. Les chapitres suivants analysent cinq droits : le droit à la santé, à un niveau de vie suffisant, dont le logement, l'alimentation, l'eau et l'assainissement, à l'éducation, à la sécurité sociale et au travail. Chaque chapitre présente la portée et la teneur du droit concerné au regard du droit international relatif aux droits de l'homme, en commençant par la norme universelle consacrée par la Charte internationale des droits de l'homme, suivie des cadres juridiques spécifiquement dédiés aux migrants en situation irrégulière. Dans chaque chapitre figurent les « obligations fondamentales minimums »²⁶ que le Comité

²⁵ Fiche d'information n° 33 : *Questions fréquemment posées concernant les droits économiques, sociaux et culturels*, p. 2.

²⁶ Dans son observation générale n° 3 (1990) sur la nature des obligations des États parties, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels considère que les États parties ont les « obligations fondamentales minimums » au titre du Pacte d'assurer la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits économiques, sociaux et culturels. Le Comité note qu'« un État partie dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l'essentiel, qu'il s'agisse de nourriture, de soins de santé primaires, de logement ou d'enseignement, est un État qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le Pacte serait largement dépourvu de sa raison d'être si de sa lecture ne ressortait pas cette obligation fondamentale minimum. » (par. 10). Notons que les Directives de Maastricht relatives aux violations des droits économiques, sociaux et culturels réaffirment ce principe.

des droits économiques, sociaux et culturels a identifiées pour chaque droit, ainsi que les recommandations et orientations des mécanismes des droits de l'homme des Nations Unies²⁷ et les avis des systèmes régionaux des droits de l'homme. En outre, chaque chapitre expose brièvement les obstacles juridiques et pratiques auxquels les migrants en situation irrégulière sont confrontés et s'achève sur des messages clés à l'intention des États et autres parties prenantes.

Avant toute chose, il est important de reconnaître que les migrants qui entrent, vivent et travaillent légalement dans un pays peuvent eux aussi être vulnérables à la discrimination et à la violation des droits de l'homme. Dans différents pays du monde, les migrants en situation régulière ou irrégulière sont traités de la même façon. Compte tenu de leur vulnérabilité spécifique, l'intention de la présente publication est de faire le point sur la situation des migrants en situation irrégulière et de dissiper les préjugés tenaces concernant les droits que leur confère le droit international relatif aux droits de l'homme. Enfin, considérant la vulnérabilité spécifique des enfants, leur situation est mise en exergue tout au long de la présente publication²⁸.

²⁷ Il s'agit notamment des organes conventionnels créés pour suivre l'application par les États des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et des rapporteurs spéciaux et autres experts indépendants désignés par l'ancienne Commission des droits de l'homme et son successeur, le Conseil des droits de l'homme, pour enquêter et faire rapport sur les problèmes les plus urgents en matière de droits de l'homme.

²⁸ Dans ce contexte, il est important de noter que, dans la présente publication, sont inclus dans la vaste catégorie des « enfants » les enfants de migrants en situation irrégulière qui peuvent être citoyens du pays d'accueil ou être en situation régulière, de quelque façon, mais qui ne peuvent exercer pleinement leurs droits fondamentaux en raison du statut de leurs parents.

Faits nouveaux récents concernant les droits de l'homme des migrants en situation irrégulière

Les politiques internationales sur la migration régulière et irrégulière ont évolué ces dernières années :

Le 27 août 2013, le Comité des travailleurs migrants a adopté l'observation générale n° 2 (2013) sur les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et des membres de leur famille.

Le Comité a souligné dans cette observation générale que, quelles que soient les modalités du séjour, un travailleur migrant ne peut jamais être privé, en raison de l'irrégularité de sa situation, des droits fondamentaux que lui confère la troisième partie de la Convention.

L'observation générale n° 2 (2013) guide la conduite des États parties envers les travailleurs migrants en situation irrégulière, en particulier pour ce qui concerne la non-discrimination, la protection contre la violence, la protection contre l'arrestation et la détention arbitraires, la protection contre les traitements inhumains, la protection dans le cadre des procédures d'expulsion, la protection contre l'exploitation par le travail, le droit à la sécurité sociale, le droit de recevoir des soins médicaux d'urgence et le droit à l'éducation.

L'article 77 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille donne compétence au Comité pour recevoir et examiner les communications présentées par des particuliers. Ce mécanisme de plainte entrera en vigueur lorsque 10 États parties auront fait la déclaration prévue dans le même article.

* * *

L'entrée en vigueur, le 5 mai 2013, du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels est un fait nouveau important. Bien que la Déclaration universelle des droits de l'homme ait promis, voici plus de soixante ans, le respect de tous les droits fondamentaux de tous les êtres humains, pendant longtemps les droits économiques, sociaux et culturels n'ont pas bénéficié de la même attention ni du même statut en droit. Le Protocole facultatif remédie à cette lacune en reconnaissant la justiciabilité de ces droits sur un pied d'égalité avec les droits civils et politiques. Concrètement, pour ce qui est des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, le Protocole facultatif :

- Fournit aux migrants en situation irrégulière un mécanisme international de responsabilisation pour lutter contre la violation de leurs droits;
- Permet au Comité des droits économiques, sociaux et culturels d'interpréter les droits économiques, sociaux et culturels dans certains cas spécifiques, clarifiant ainsi leur contenu et fournissant des orientations aux États et aux tribunaux.

Un mécanisme international de plainte incite à renforcer la protection nationale des droits économiques, sociaux et culturels et constitue une norme robuste pour la protection des droits de tous les migrants. Il impose aux États parties de prévoir des recours dans des cas spécifiques, d'orienter les tribunaux nationaux et autres mécanismes de protection des droits de l'homme, et d'analyser la teneur de ces droits et les obligations qu'ils impliquent pour les États. La jurisprudence internationale peut également documenter la jurisprudence nationale et régionale.

I. PRINCIPES GÉNÉRAUX

A. Égalité et non-discrimination

Les principes d'égalité et de non-discrimination sont au cœur du droit international relatif aux droits de l'homme et sont directement liés à celui de l'universalité, qui affirme que tout être humain a des droits fondamentaux. Aux termes de la Déclaration universelle des droits de l'homme, « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » (art. 1) et « chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune » (art. 2). Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels garantit à « tous » les droits qu'il consacre, dont le droit au travail, à des conditions de travail justes et favorables, à la liberté syndicale, à la sécurité sociale, à un niveau de vie suffisant, à la santé et à l'éducation²⁹.

La discrimination est interdite par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, en toutes circonstances. Le Pacte impose aux États une obligation immédiate et absolue à cet égard. Toutefois, bien que ce principe soit fermement établi dans le droit international relatif aux droits de l'homme, des malentendus à propos de son application aux non-ressortissants empêchent la pleine mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels. Les migrants en situation irrégulière, en particulier, sont souvent confrontés à la discrimination, même lorsqu'elle est explicitement interdite par la législation ou les réglementations en vigueur.

²⁹ Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels entend par discrimination : « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence ou tout autre traitement différencié reposant directement ou indirectement sur les motifs de discrimination interdits, et ayant pour but ou pour effet d'annuler ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur un pied d'égalité, des droits énoncés dans le Pacte. La discrimination comprend également l'incitation à la discrimination et le harcèlement. ». Observation générale n° 20 (2009) sur la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, par. 7.

La discrimination compromet la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels d'une partie importante de la population mondiale. La croissance économique n'a pas, en elle-même, conduit au développement durable, et des individus et des groupes de population continuent de se heurter à des inégalités socioéconomiques, souvent à cause de formes de discrimination tenaces héritées de l'histoire et contemporaines.

Source : Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 20 (2009), par. 1.

Le droit relatif aux droits de l'homme énonce que toute personne doit, sans discrimination, avoir accès aux droits fondamentaux consacrés par les deux Pactes relatifs aux droits de l'homme. Les États ont obligation de veiller à ce que toute différence de traitement entre les ressortissants et les non-ressortissants ou entre différents groupes de non-ressortissants serve un objectif légitime et que toute mesure qu'ils prennent pour atteindre cet objectif soit proportionnée et raisonnable³⁰. Les États doivent donc faire en sorte que leurs lois, règlements et pratiques administratives ne soient pas discriminatoires à l'égard des migrants.

À l'appui de cette position, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a déclaré que « la philosophie du Pacte [est] basée sur le principe de non-discrimination »³¹. Toute différence de traitement doit tendre vers un objectif légitime compatible avec le caractère des droits énoncés dans le Pacte et avoir pour but de promouvoir l'intérêt général dans le cadre d'une société démocratique. En outre, il doit exister un lien clair et raisonnable de proportionnalité entre l'objectif qu'un État cherche à atteindre et les mesures qu'il prend ou évite de prendre pour atteindre cet objectif³².

³⁰ Voir aussi la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic*, arrêt du 8 septembre 2005, série C, n° 130, par. 155. « L'obligation de respecter et de garantir le principe de [...] non-discrimination ne dépend pas de son statut migratoire dans un État. En d'autres termes, les États sont dans l'obligation de garantir ce principe fondamental à leurs citoyens et à tout étranger se trouvant sur leur territoire, sans aucune discrimination fondée sur le séjour régulier ou irrégulier, la nationalité, la race, le sexe, l'âge ou toute autre cause. »

³¹ E/C.12/1995/17, par. 16.

³² Voir, par exemple, l'observation générale n° 20 (2009), par. 13, du Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

La situation des enfants et autres groupes vulnérables susceptibles de faire l'objet de multiples formes de discrimination (les personnes handicapées, les femmes vulnérables ou les migrants plus âgés) devrait bénéficier d'une attention particulière. Par exemple, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a indiqué dans son observation générale n° 20 (2009) que le droit de tous les enfants à une éducation, à une nourriture suffisante et à des soins de santé abordables doit être pleinement protégé (par. 30).

Enregistrement des naissances : le « droit d'avoir des droits »

Posséder la personnalité juridique est souvent la condition préalable pour accéder à un certain nombre de droits fondamentaux. Les enfants de migrants en situation irrégulière, en particulier ceux nés dans un pays hôte qui ne reconnaît pas leur existence, sont vulnérables toute leur vie. Aux termes de la Convention relative aux droits de l'enfant, un enfant devrait être enregistré « aussitôt sa naissance » et avoir, dès celle-ci, le droit à un nom et le droit d'acquérir une nationalité (art. 7.1). La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille énonce que « tout enfant d'un travailleur migrant a droit à un nom, à l'enregistrement de sa naissance et à une nationalité » (art. 29). Quel que soit le statut de leurs parents au regard de l'immigration, les États sont tenus de veiller à ce que les enfants se voient délivrer un certificat de naissance et autres documents d'identité.

De la même façon, le Comité des travailleurs migrants a noté dans son observation générale n° 2 (2013) que les États parties sont tenus de veiller à ce que les enfants de travailleurs migrants soient enregistrés rapidement après leur naissance, quelle que soit la situation de leurs parents au regard de la législation relative à l'immigration, et qu'un certificat de naissance et d'autres documents d'identité leur soient délivrés (par. 79).

Le droit d'être enregistré à la naissance détermine si l'enfant pourra accéder, en droit et en pratique, à d'autres droits fondamentaux. C'est pourquoi la violation de ce droit peut provoquer une série de conséquences préjudiciables aux enfants non enregistrés. Selon l'observation générale n° 7 (2005) du Comité des droits de l'enfant sur la mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, « les services globaux en faveur de la petite enfance commencent à la naissance. Le Comité note que l'enregistrement de tous les enfants à la naissance reste un défi majeur pour beaucoup de pays et de régions. Cette situation peut donner à l'enfant le sentiment qu'il ne possède pas d'identité personnelle,

ou l'empêcher de bénéficier des prestations de base auxquelles il a droit en matière de santé, d'éducation et de protection sociale. ». Pour garantir le droit à la survie, au développement et à l'accès à des services de qualité pour tous les enfants (art. 6), le Comité « recommande que les États parties prennent toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que tous les enfants soient enregistrés à la naissance. Cet objectif peut être réalisé en mettant en place un système d'enregistrement universel bien géré et accessible à tous gratuitement [...] tous les enfants devraient être enregistrés à la naissance, sans distinction aucune (art. 2). Le Comité rappelle en outre aux États parties l'importance qu'il y a à faciliter l'enregistrement ultérieur des enfants non enregistrés à leur naissance et à faire en sorte que les enfants, y compris ceux qui n'ont pas été enregistrés, bénéficient d'un accès égal aux soins de santé, à l'éducation et autres services sociaux. » (par. 25).

Pour donner effet dans la pratique au droit à l'enregistrement des naissances, les États ne devraient pas demander aux migrants de produire un titre de séjour pour enregistrer un enfant car cela priverait les enfants migrants en situation irrégulière de leur droit à l'enregistrement de leur naissance et, de ce fait, cela pourrait aussi les empêcher d'accéder à l'éducation, aux services de santé, à l'emploi, au logement et à d'autres droits. Le fait que les migrants ne s'acquittent pas de leur obligation de faire enregistrer leur enfant à la naissance ne devrait jamais justifier l'exclusion de l'enfant de l'éducation et autres services.

Le principe de non-discrimination est consacré par tous les principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et dans la Charte des Nations Unies. La mesure dans laquelle ce principe est reconnu comme élément clef de la protection des droits de l'homme a conduit la Cour interaméricaine des droits de l'homme à déclarer qu'il « fait partie intégrante du droit international général » et qu'il « est entré dans la catégorie du *jus cogens* ». Il s'applique donc à tous les États, qu'ils soient ou non parties à un instrument international spécifique³³. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdisent tous

³³ Avis consultatif OC-18/03 sur la situation juridique et les droits des migrants sans papiers, 17 septembre 2003, série A, n° 18, par. 101 et 173 4).

deux la discrimination en toutes circonstances³⁴. Dans sa recommandation générale n° 30 (2004), le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a demandé à tous les États parties de veiller à ce que les lois interdisant la discrimination raciale s'appliquent aux non-ressortissants quel que soit leur statut migratoire, et à ce que la mise en œuvre de la législation n'ait pas d'effet discriminatoire sur eux (par. 7).

Le droit international relatif aux droits de l'homme circonscrit donc les circonstances dans lesquelles les États peuvent légitimement autoriser des différences de traitement entre les ressortissants et les non-ressortissants ou entre différents groupes de non-ressortissants (tels que les migrants en situation régulière et ceux en situation irrégulière), y compris au regard des droits économiques, sociaux et culturels, et affirme que toute différence de traitement doit être fondée sur des critères raisonnables et objectifs³⁵. Si les États jouissent d'une certaine latitude pour apprécier quelles différences justifient – et dans quelle mesure – un traitement différent dans des situations par ailleurs similaires, ils doivent néanmoins expliquer en quoi cette différence de traitement, fondée exclusivement sur la nationalité ou la situation au regard de la législation relative à l'immigration, est compatible avec le principe de non-discrimination.

L'origine nationale fait expressément partie des motifs de discrimination interdits dans tous les instruments universels relatifs aux droits de

³⁴ Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels énonce : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. » (art. 2.2). Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. » (art. 2.1).

³⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 20 (2009), par. 13, et Cour européenne des droits de l'homme, *Gaygusuz c. Autriche*, requête n° 17371/90, arrêt du 16 septembre 1996. Voir aussi Pia Oberoi, « Defending the weakest : the role of international human rights mechanisms in protecting the economic, social and cultural rights of migrants », *International Journal on Multicultural Societies*, vol. 11, n° 1 (2009).

l'homme comportant une disposition antidiscrimination, à l'exception de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille dispose que la nationalité est un motif de discrimination interdit (art. 7).

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a reconnu que la discrimination varie selon les contextes et les époques. Il a déclaré qu'il fallait une approche souple afin de rendre compte d'autres formes de traitement différencié qui n'ont pas de justification raisonnable ou objective et sont comparables aux motifs de discrimination prohibés. Le statut juridique et le statut migratoire sont moins souvent énumérés explicitement dans les motifs de discrimination interdits dans les principaux instruments. Néanmoins, le Comité a affirmé que les droits découlant du Pacte s'appliquent à tous, dont les non-ressortissants tels que les réfugiés, les demandeurs d'asile, les apatrides, les travailleurs migrants et les victimes de la traite internationale des personnes, *indépendamment de leur statut juridique ou de leurs titres d'identité* [italiques ajoutées]³⁶.

De la même façon, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a indiqué dans sa recommandation générale n° 30 (2004) que les différences de traitement fondées sur la citoyenneté ou le statut migratoire constituent une discrimination si les critères de différenciation, jugés à la lumière des objectifs et des buts de la Convention, ne visent pas un but légitime ou ne sont pas proportionnés à l'atteinte de ce but (par. 4).

Le Comité des droits de l'enfant a noté dans son observation générale n° 6 (2005), que « La jouissance des droits énoncés dans la Convention [...] [doit] être accessible à tous les enfants [...] sans considération de

³⁶ Les motifs interdits comprennent la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Voir le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 2.2) et l'observation générale n° 20 (2009), par. 27 et 30, du Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

leur nationalité, de leur statut au regard de l'immigration ou de leur apatridie » (par. 12).

La non-discrimination dans la pratique

L'interdiction de la discrimination porte à la fois sur la discrimination *formelle* et *concrète*³⁷. Les États doivent veiller à ce que leur constitution ainsi que leurs lois et politiques nationales n'entraînent pas de discrimination fondée sur des motifs interdits à l'encontre d'un individu ou d'un groupe particulier. Ils doivent également adopter des mesures pour prévenir, atténuer ou éliminer la survenue de conditions ou de comportements susceptibles de causer ou de perpétuer la discrimination au regard des droits consacrés par le Pacte. Dans son observation générale n° 2 (2013), le Comité des travailleurs migrants a déclaré que remédier à la discrimination *de jure* ne suffit pas à garantir l'égalité *de facto*. Il a demandé aux États parties de protéger pour tous les travailleurs migrants les droits garantis par la Convention, en adoptant des mesures positives afin de prévenir, de réduire et d'éliminer les situations et les comportements qui génèrent ou perpétuent une discrimination *de facto* à leur égard (par. 19).

Par ailleurs, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a indiqué que, dans la pratique, mettre fin à la discrimination suppose que les États prêtent une attention suffisante aux groupes d'individus qui sont en butte à des préjugés hérités de l'histoire ou tenaces. Il ne suffit pas de comparer formellement le traitement des individus en dehors du contexte. Il est important de souligner que, compte tenu de leur vulnérabilité, de leur exclusion et de leur situation défavorisée, ces individus et groupes pourraient inclure les migrants en situation irrégulière et les communautés de migrants en situation irrégulière. La Haut-Commissaire a indiqué dans ce contexte que : « Traiter toutes les personnes de façon égale au plan

³⁷ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 20 (2009), par. 8.

formel peut littéralement signer l'arrêt de mort de ceux qui travaillent en silence, chaque jour, sous le joug de la discrimination structurelle. »³⁸.

Les États ont par ailleurs été appelés à lutter contre la discrimination tant *directe* qu'*indirecte*. Une loi, une politique ou une pratique peut sembler neutre mais avoir un effet discriminatoire disproportionné sur les droits des migrants. Par exemple, le fait d'exiger un certificat de naissance pour l'inscription d'un enfant à l'école constitue une discrimination à l'égard des enfants migrants en situation irrégulière qui ne possèdent pas un tel certificat ou ne peuvent s'en procurer un facilement. Les systèmes de santé payants qui ont pour effet d'exclure les migrants en situation irrégulière des soins de santé peuvent également être considérés comme discriminatoires³⁹.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2.1) interdit la discrimination en toutes circonstances concernant les droits qu'il consacre. En outre, il impose aux États de garantir l'égalité de protection de la loi, disposition qui peut être invoquée indépendamment d'autres garanties concrètes⁴⁰. Le Comité des droits de l'homme a indiqué clairement que le principe d'égalité de protection, sans discrimination, s'applique à l'ensemble de la législation nationale (et non uniquement aux domaines couverts par le Pacte) et a constamment réaffirmé qu'il s'applique à la législation relative aux droits économiques, sociaux et

³⁸ Navi Pillay, Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, « The equality imperative », déclaration faite lors de la réunion des dirigeants sur le thème du traitement des inégalités dans le cadre du programme de développement pour l'après-2015, Copenhague, 19 février 2013. Consultable à l'adresse : www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13024&LangID=e.

³⁹ Voir Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des migrations, des réfugiés et de la population, « Les enfants migrants sans papiers en situation irrégulière : une réelle cause d'inquiétude », doc. 12718, 16 septembre 2011.

⁴⁰ « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. » (art. 26). Voir aussi Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18 (1989) sur la non-discrimination, par. 12.

culturels⁴¹. Dans son observation générale n° 15 (1986) sur la situation des étrangers au regard du Pacte, le Comité explique que chacun des droits énoncés dans le Pacte doit être garanti, sans discrimination entre les citoyens et les étrangers (par. 2).

La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille contient une disposition générale sur l'interdiction de la discrimination au regard des droits qu'elle consacre⁴². Le droit à des conditions de travail égales, à la sécurité sociale et aux soins médicaux d'urgence, entre autres, s'applique à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille, qu'ils aient des papiers ou soient en situation irrégulière. La quatrième partie de la Convention garantit certains droits supplémentaires aux migrants pourvus de documents ou en situation régulière.

La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale dispose que les mesures spéciales ne doivent pas être considérées comme discriminatoires lorsqu'elles sont prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes d'individus et la pleine réalisation de l'égalité⁴³.

⁴¹ Voir, par exemple, *J. Vos v. Netherlands*, communication n° 786/1997, constatations adoptées le 29 juillet 1999; *Pauger v. Austria*, communication n° 415/1990, constatations adoptées le 26 mars 1992; *Carlos Orihuela Valenzuela v. Peru*, communication n° 309/1988, constatations adoptées le 14 juillet 1993; *Hendrika S. Vos v. Netherlands*, communication n° 218/1986, constatations adoptées le 29 mars 1989; *Blom v. Sweden*, communication n° 191/1985, constatations adoptées le 4 avril 1988; et *Oulajin and Kaiss v. Netherlands*, communication n° 406/1990 et 426/1990, constatations adoptées le 23 octobre 1992.

⁴² « Les États parties s'engagent, conformément aux dispositions des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, à respecter et à garantir à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille se trouvant sur leur territoire et relevant de leur juridiction les droits reconnus dans la présente Convention sans distinction aucune, notamment de sexe, de race, de couleur, de langue, de religion ou de conviction, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale, ethnique ou sociale, de nationalité, d'âge, de situation économique, de fortune, de situation matrimoniale, de naissance ou de toute autre situation. » (art. 7).

⁴³ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale n° 32 (2009) sur la signification et la portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, par. 21.

Restrictions au principe d'accès universel aux droits de l'homme

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit deux exceptions au principe d'universalité : les migrants en situation irrégulière ne peuvent pas exercer de droits politiques ni, sous certaines réserves importantes, bénéficier de la liberté de circulation⁴⁴. Toute autre différence de traitement entre les ressortissants et les non-ressortissants, y compris les migrants en situation irrégulière, doit être fondée sur des critères raisonnables et objectifs⁴⁵.

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit également une exception à la règle générale d'accès égal et universel. Son article 2.3 énonce que :

Les pays en voie de développement, compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale, peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le présent Pacte à des non-ressortissants.

Toutefois, il est important de noter que l'article 2.3 doit être interprété de façon restrictive, ne concerne que les pays en développement et ne porte que sur les droits économiques⁴⁶. C'est pourquoi, s'agissant des droits sociaux et culturels, les États ne peuvent pas traiter différemment les

⁴⁴ Le Pacte réserve aux citoyens le droit de voter et de prendre part à la direction des affaires publiques (art. 25) et accorde la liberté de circulation aux étrangers qui se trouvent légalement sur leur territoire (art. 12). Pour autant, le Comité des droits de l'homme a précisé dans son observation générale n° 15 (1986) que tous les étrangers peuvent bénéficier de la protection du Pacte, même en ce qui concerne l'entrée ou le séjour, si des considérations relatives à la non-discrimination, aux traitements inhumains ou au respect de la vie familiale entrent en jeu (par. 5). Il est important de noter, par ailleurs, que le Pacte garantit à toute personne, sans discrimination, le droit de quitter n'importe quel pays, y compris le sien, et d'entrer dans son propre pays (art. 12 2) et 4)).

⁴⁵ Comité des droits de l'homme, *F. H. Zwaan-de Vries v. The Netherlands*, communication n° 182/1984, constatations adoptées le 9 avril 1987, par. 13.

⁴⁶ Notons qu'il n'existe pas de définition universelle de la teneur des « droits économiques ». Si le droit au travail peut être considéré comme l'exemple typique de ces droits, il peut aussi être considéré comme un droit social. Dans son observation générale n° 11 (1999) sur les plans d'action pour l'enseignement primaire, le Comité a indiqué que « le droit à l'éducation [...] a été selon les cas classé parmi les droits économiques, les droits sociaux et les droits culturels. Il appartient en fait à ces trois catégories » (par. 2).

ressortissants et les non-ressortissants. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a affirmé dans son observation générale n° 20 (2009) que l'insuffisance des ressources disponibles ne peut pas être considérée comme une justification objective et raisonnable de différence de traitement « à moins que tous les efforts aient été faits afin d'utiliser toutes les ressources dont dispose l'État pour, à titre prioritaire, entreprendre de remédier à la discrimination et de l'éliminer » (par. 13).

L'article 4 du Pacte est également à prendre en considération à cet égard :

Les États parties au présent Pacte reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent Pacte, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique.

Selon les Principes de Limburg concernant l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le paragraphe 3 de l'article 2 devrait donc être rigoureusement interprété⁴⁷. Compte tenu du fait que l'article 4 avait essentiellement pour objet de sauvegarder les droits des personnes et non de limiter les droits touchant leurs moyens de subsistance ou leur intégrité, les Principes de Limburg suggèrent que « favoriser le bien-être général » soit « interprété comme signifiant l'amélioration du bien-être du peuple dans son ensemble ». Cette orientation ne limiterait pas les droits fondamentaux des migrants. En vertu du Pacte, les actions d'un État visant à restreindre ou limiter les droits ne sont admissibles que pour promouvoir le « bien-être général » (et non, par exemple, à des fins d'immigration ou de contrôles aux frontières).

⁴⁷ Les travaux préparatoires du Pacte indiquent que cet article a été rédigé spécifiquement pour protéger les droits des ressortissants d'anciennes colonies devenues indépendantes par rapport aux groupes de non-ressortissants résidents (qui ont la nationalité de l'ancienne puissance coloniale) qui contrôlaient d'importants secteurs de l'économie de ces pays. C'est pourquoi les Principes de Limburg énoncent que, aux fins de cet article, le terme « pays en développement » doit être limité aux pays qui ont obtenu leur indépendance du pouvoir colonial. Voir E/CN.4/1987/17, annexe, par. 42 à 44.

B. Obligations des États en matière de droits économiques, sociaux et culturels

Les États qui sont parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ont l'obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels des individus relevant de leur juridiction. L'obligation de *respecter* requiert des États parties qu'ils s'abstiennent d'entraver, directement ou indirectement, l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels de ces individus. L'obligation de *protéger* requiert des États parties qu'ils empêchent des tiers d'entraver de quelque manière que ce soit l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels de ces individus. Enfin, l'obligation de *mettre en œuvre* requiert des États parties qu'ils adoptent les mesures nécessaires au plein exercice de ces droits.

L'article 2.1 du Pacte énonce :

Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives.

Les États ont donc pour obligation d'utiliser au maximum leurs ressources disponibles pour réaliser progressivement les droits économiques, sociaux et culturels. L'article reconnaît qu'un manque de ressources peut empêcher cette réalisation et que certains droits ne peuvent être réalisés qu'à plus long terme. Parallèlement, un manque de ressources ne peut justifier l'inaction ou l'ajournement *sine die* de la mise en œuvre de mesures. Un État dont l'action est entravée par l'insuffisance de ressources demeure obligé de « prendre des mesures », notamment pour protéger les groupes les plus défavorisés, vulnérables et marginalisés de la société. Dans de nombreux pays, les migrants font partie de ces groupes, en particulier les migrants en situation irrégulière.

Les États ont donc diverses obligations immédiates au regard des droits économiques, sociaux et culturels. Ils sont notamment tenus :

- D'éliminer la *discrimination*;
- De *prendre des mesures* pour mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels;
- De satisfaire aux *obligations fondamentales minimums*;
- D'éviter d'adopter des *mesures rétrogrades*.

La question de l'interdiction de la discrimination a été examinée plus haut.

Les États sont tenus de prendre des *mesures ciblées pour mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels* et devraient employer tous les moyens appropriés pour ce faire, notamment des mesures législatives, administratives, judiciaires, économiques, sociales et éducatives, sous réserve que leurs actions respectent les droits reconnus dans le Pacte⁴⁸. Les États disposent d'une grande latitude dans le choix des moyens; il revient toutefois au Comité des droits économiques, sociaux et culturels de déterminer si les mesures prises par un État sont adéquates et appropriées, et conformes aux obligations découlant du Pacte⁴⁹.

Les seules mesures législatives peuvent ne pas suffire. Si sa législation est contraire au Pacte, un État est tenu de la modifier au plus vite⁵⁰. Par ailleurs (s'inspirant des principes d'indivisibilité et d'interdépendance), le Comité a considéré dans son observation générale n° 3 (1990) que lorsque les droits découlant du Pacte ont été transposés dans le droit national, celui-ci doit prévoir l'accès à des recours judiciaires pour violation (par. 5). Pour donner effet à l'article 2.3 a) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et garantir que les droits économiques, sociaux et culturels soient pleinement mis en œuvre dans la pratique, il convient de prévoir des recours judiciaires ou autres recours utiles accessibles sans discrimination.

⁴⁸ E/CN.4/1987/17, annexe, par. 17.

⁴⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 3 (1990), par. 2 et 4.

⁵⁰ E/CN.4/1987/17, annexe, par. 18.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a indiqué dans son observation générale n° 3 (1990) que les États parties ont l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits consacrés par le Pacte à toutes les personnes relevant de leur juridiction, à titre prioritaire (par. 10). Cela signifie que, par exemple, ils doivent avoir accès à l'essentiel, qu'il s'agisse de nourriture, de soins de santé ou de logement et, au minimum, à l'enseignement primaire gratuit. De plus, même si les ressources sont extrêmement limitées, les membres vulnérables de la société doivent être protégés. À cet égard, le Comité a fait observer que le coût des programmes ciblés visant à protéger les droits fondamentaux de ces groupes n'est pas nécessairement élevé.

Tout laisse supposer que, au regard du droit international, les *mesures rétrogrades* prises en matière de droits économiques, sociaux et culturels constituent une violation du Pacte. Pour que de telles mesures soient justifiées, le Comité a indiqué dans son observation générale n° 19 (2007) sur le droit à la sécurité sociale que si un État prend une mesure délibérément rétrograde il lui appartient de prouver qu'il l'a fait après avoir mûrement pesé toutes les autres solutions possibles, que les groupes concernés ont véritablement participé à l'examen des mesures et que les mesures prises n'auront pas d'effet discriminatoire (par. 42). Des inquiétudes ont été exprimées sur le fait que, en raison de la crise économique mondiale et des mesures d'austérité prises en conséquence, les États ont légiféré pour limiter les prestations de santé dont bénéficiaient jusque-là les migrants, ce qui pourrait être considéré comme contraire à l'obligation de s'abstenir de prendre des mesures rétrogrades ayant un impact sur la santé. En Espagne, par exemple, une réforme de 2012 a restreint l'accès des adultes migrants en situation irrégulière aux seuls services de santé d'urgence et celui des femmes enceintes aux seuls soins obstétricaux⁵¹.

⁵¹ Décret-loi royal n° 16/2012 du 20 avril 2012 sur les mesures urgentes pour garantir la durabilité du Système national de santé et améliorer la qualité et la sécurité de ses prestations, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2012. Le Comité européen des droits sociaux considère que l'exclusion de l'accès aux soins de santé pour les étrangers adultes (plus de 18 ans) en situation irrégulière est contraire à l'article 11 de la Charte sociale européenne et précise que « la crise économique ne peut pas être le prétexte d'une restriction ou d'une exclusion au droit d'accès aux soins de santé qui touche à la substance même dudit droit ». (Conclusions sur l'application de la Charte sociale européenne par l'Espagne, en particulier l'article 11 (2013).)

Les organes conventionnels et autres mécanismes des droits de l'homme considèrent depuis longtemps les migrants en situation irrégulière comme un groupe vulnérable qui a droit à une protection particulière lorsque les États mettent en œuvre leurs obligations conventionnelles⁵². Il est largement reconnu que les migrants en situation irrégulière sont inévitablement vulnérables aux violations de leurs droits du fait de leur situation irrégulière dans le pays de destination et démesurément vulnérables à la discrimination, à l'exclusion et à différentes formes de violence⁵³.

Messages clefs

- En vertu du droit international relatif aux droits de l'homme, les migrants en situation irrégulière ont le droit de jouir de tous les droits économiques, sociaux et culturels.
- Il est interdit aux États d'exercer une discrimination à l'égard des migrants en situation irrégulière en raison de leur nationalité ou de leur statut juridique.
- Les États ont le droit d'opérer des distinctions légitimes (entre les ressortissants et les non-ressortissants ou entre les migrants en situation régulière et en situation irrégulière) tant qu'ils peuvent démontrer, dans chaque cas, qu'une telle distinction poursuit un objectif légitime et que les moyens employés pour atteindre cet objectif soient proportionnés et raisonnables.
- Les États sont tenus de prendre des mesures ciblées pour permettre aux migrants en situation irrégulière d'exercer leurs droits économiques, sociaux et culturels.
- Les mesures rétrogrades prises eu égard aux droits économiques, sociaux et culturels des migrants en situation irrégulière sont interdites.
- Les migrants en situation irrégulière, en tant que groupe vulnérable, peuvent prétendre à ce que leurs droits économiques, sociaux et culturels bénéficient d'une protection particulière.

⁵² Voir, par exemple, l'observation générale n° 1 (2011) du Comité des travailleurs migrants, par. 7 et 21.

⁵³ Voir la déclaration du Groupe mondial sur la migration sur les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière.

II. LE DROIT À LA SANTÉ

Teneur et composantes spécifiques

L'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels donne la définition la plus complète et la plus aboutie du droit à la santé. Il protège le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible.

Les États parties au Pacte sont tenus de garantir : l'accès rapide, dans des conditions d'égalité, aux services essentiels de prévention, de traitement et de réadaptation, ainsi qu'à l'éducation en matière de santé, la mise en place de programmes réguliers de dépistage, un traitement approprié, de préférence à l'échelon communautaire, des affections, maladies, blessures et incapacités courantes, l'approvisionnement en médicaments essentiels et la fourniture de traitements et de soins appropriés de santé mentale. Ils sont également dans l'obligation de prévenir, traiter et maîtriser les maladies épidémiques et endémiques, de même que les maladies professionnelles et autres. Aux termes de l'article 12.2 d), ils doivent créer des « conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie ».

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a indiqué dans son observation générale n° 14 (2000) que le droit à la santé incluait le droit à des soins de santé appropriés en temps opportun et les facteurs fondamentaux déterminants de la santé tels que : l'accès à l'eau salubre et potable, à des moyens adéquats d'assainissement, à une quantité suffisante d'aliments sains, à la nutrition et au logement, à l'hygiène du travail et du milieu, et à l'éducation et à l'information relatives à la santé, notamment la santé sexuelle et génésique.

Le Comité a également décrit les obligations d'un État au regard de la santé en termes de disponibilité, d'accessibilité, d'acceptabilité et de qualité. S'agissant de la *disponibilité*, les États doivent garantir que les installations, les services et les éléments fondamentaux déterminants de la santé existent en quantité suffisante. L'*accessibilité* impose aux États de garantir que les installations et les services soient physiquement accessibles et abordables, sans discrimination. En outre, l'information sur la santé doit être accessible (sous réserve de la confidentialité des données à caractère personnel). S'agissant de l'*acceptabilité*, les installations, biens et services doivent être respectueux de l'éthique médicale et appropriés sur le plan culturel. Enfin, ils doivent être de *bonne qualité*.

Le Comité a indiqué que les **obligations fondamentales** au regard de ce droit imposent aux États parties :

- a) De garantir le droit d'avoir accès aux équipements, produits et services sanitaires sans discrimination aucune, en particulier pour les groupes vulnérables ou marginalisés;
- b) D'assurer l'accès à une alimentation essentielle minimale qui soit suffisante et sûre sur le plan nutritionnel, pour libérer chacun de la faim;
- c) D'assurer l'accès à des services élémentaires d'hébergement, de logement et d'assainissement et à un approvisionnement suffisant en eau salubre et potable;
- d) De fournir les médicaments essentiels, tels qu'ils sont définis périodiquement dans le cadre du Programme d'action de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) pour les médicaments essentiels;
- e) De veiller à une répartition équitable de tous les équipements, produits et services sanitaires;
- f) D'adopter et de mettre en œuvre au niveau national une stratégie et un plan d'action [...]; la mise au point de la stratégie et du plan d'action, de même que leur contenu, doivent accorder une attention particulière à tous les groupes vulnérables ou marginalisés (par. 43).

A. Obstacles juridiques et pratiques empêchant les migrants en situation irrégulière d'exercer leur droit à la santé

Pour les migrants en situation irrégulière, tant dans les pays de transit que de destination, il est souvent très difficile d'accéder à presque toutes les formes de soins et de services de santé, dont la santé maternelle et infantile, les soins d'urgence, les médicaments et le traitement des maladies chroniques et des problèmes de santé mentale. En outre, la santé des migrants en situation irrégulière est souvent mise en danger par la précarité et l'insécurité de leurs conditions de vie et de travail, mais aussi par leurs conditions de détention dans les centres pour migrants.

L'accès aux soins de santé des migrants en situation irrégulière est entravé à la fois par l'absence de législation adéquate et par leur peur d'être signalés, placés en détention ou expulsés. Certains pays, pour

des raisons de santé publique, prennent la décision politique de fournir certains services aux migrants en situation irrégulière, notamment des services de vaccination et de soins prénatals, ainsi que le traitement des maladies transmissibles.

Il est reconnu que les indicateurs de santé des migrants, dont les migrants en situation irrégulière, sont souvent meilleurs que ceux des populations locales ou hôtes (ce que l'on appelle le « healthy migrant effect » ou « effet immigrant en bonne santé »)⁵⁴. Cependant, pour des raisons diverses, leur état de santé se dégrade souvent avec le temps. Tout d'abord, les migrants en situation irrégulière peuvent être confrontés à de nombreuses difficultés, notamment le placement en détention, le logement inadéquat, l'accès insuffisant à l'eau et à l'assainissement, des conditions de travail pénibles et le stress et l'insécurité dus à leur situation⁵⁵. En second lieu, leur santé mentale peut être affectée par leur isolement social dû à leur séparation de leur famille et de leurs réseaux sociaux, à la précarité de l'emploi, aux conditions de vie difficiles et à l'exploitation. Enfin, de nombreux migrants en situation irrégulière sont victimes de violence sexuelle et sexiste, deviennent vulnérables aux maladies ou perdent des documents médicaux importants pendant leur voyage souvent long et hasardeux jusqu'au pays de destination. Le Rapporteur spécial sur le droit à la santé a indiqué qu'« au cours du voyage vers leur pays de destination, les migrants en situation irrégulière peuvent être confrontés à des conditions périlleuses compromettant leur santé, par exemple être entassés ou cachés dans des bateaux ou des camions. Au cours de ce voyage ils risquent en outre de subir des violences physiques et sexuelles. »⁵⁶.

⁵⁴ B. Gushulak, P. Pace et J. Weekers, « Migration and health of migrants », dans *Poverty and Social Exclusion in the WHO European Region : Health Systems Respond*, Th. Koller, éd. (Copenhague, Bureau régional pour l'Europe de l'OMS, 2010), p. 258.

⁵⁵ C. Wyssmüller et D. Efonyai-Mäder, « Undocumented migrants : their needs and strategies for accessing health care in Switzerland – country report on people & practices », Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population, 2011, p. 15. Consultable à l'adresse : <http://research.icmpd.org/1354.html>.

⁵⁶ A/HRC/23/41, par. 3.

Il est également reconnu que les migrants en situation irrégulière font partie des groupes particulièrement vulnérables qui « se heurtent à des obstacles supplémentaires liés à leur statut juridique incertain, aux différences de culture et de langue et au fait qu'ils soient exclus des systèmes d'assurance maladie et de sécurité sociale »⁵⁷.

Dans la plupart des cas, le droit d'une personne aux soins de santé, hors les soins d'urgence, est lié aux documents à fournir : preuve de résidence légale, assurance, emploi, inscription administrative, etc.⁵⁸. En Turquie, par exemple, pour accéder aux services les plus essentiels, notamment les services de santé, il faut disposer d'un numéro d'identité pour étrangers, ce que les migrants en situation irrégulière ne peuvent pas obtenir⁵⁹. Au Costa Rica, aucun migrant en situation irrégulière ne peut prétendre à des soins de santé car la procédure pour y avoir droit nécessite un titre de séjour ou un permis de travail, alors même que la Cour constitutionnelle a toujours affirmé que tous les habitants doivent pouvoir accéder aux services de santé, indépendamment de leur statut au regard de l'immigration ou de leur admissibilité au régime de sécurité sociale⁶⁰.

En revanche, la réglementation de certains pays accorde aux migrants en situation irrégulière l'accès à certaines formes de soins de santé. En Argentine, la loi sur la migration (2004), par exemple, garantit à tous les travailleurs migrants l'accès aux services de santé, quel que soit leur statut⁶¹.

⁵⁷ Consultation d'experts sur l'accès aux médicaments considéré comme un élément fondamental du droit à la santé » (A/HRC/17/43), par. 34.

⁵⁸ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne* (Luxembourg, 2011), p. 84 et 85.

⁵⁹ « Le Rapporteur spécial des Nations Unies pour les droits de l'homme des migrants conclut sa deuxième visite de pays dans son étude régionale des droits de l'homme des migrants aux frontières de l'Union européenne : Visite en Turquie », 29 juin 2012. Consultable à l'adresse : www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12307&LangID=E.

⁶⁰ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Nicaragua v. Costa Rica*, Affaire interétatique 1-06, rapport n° 11/07, 8 mars 2007, par. 112.

⁶¹ CMW/C/ARG/CO/1, par. 27 et 28.

Dans de nombreux pays, le principal obstacle rencontré par les migrants en situation irrégulière est le coût des soins. Les migrants en situation irrégulière doivent souvent payer d'avance les services médicaux et régler les frais d'hôpital en raison de leur nationalité ou de leur statut de migrant alors que les ressortissants n'ont rien à payer⁶². Si, dans de nombreux pays, les soins d'urgence ne peuvent pas être refusés, dans d'autres les traitements restent totalement à la charge des migrants en situation irrégulière. Cela peut être dissuasif et retarder la prise en charge médicale et mettre la vie du patient en danger⁶³.

D'autres obstacles sont importants. Il est parfois demandé aux médecins de certifier la nécessité d'un traitement et aux patients de remplir certaines conditions préalables (par exemple, s'identifier, fournir une preuve de résidence ou de moyens financiers suffisants).

Dans de nombreux cas, les professionnels de santé et les migrants ne sont pas correctement informés sur les droits des migrants en situation irrégulière en termes de soins de santé. Ce problème est dû en partie à la complexité des dispositions légales et des procédures d'accès pour ces personnes. En outre, les migrants ne comprennent pas toujours les informations médicales qui leur sont fournies et ont rarement accès à des interprètes qualifiés⁶⁴.

⁶² Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante (A/HRC/14/30), par. 31.

⁶³ FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, p. 75. Selon la FRA, sur les 19 pays de l'Union européenne (UE) qui assurent des soins d'urgence aux migrants, 11 les font payer. Une autre étude européenne a montré que, selon le personnel de services d'urgence, de nombreux migrants en situation irrégulière ont éprouvé des difficultés à accéder aux soins de santé auxquels ils avaient droit du fait, par exemple, qu'ils devaient payer des frais supplémentaires ou n'avaient pas les moyens de payer des médicaments essentiels. Voir Marie Davrin *et al.*, « Health care for irregular migrants : pragmatism across Europe – a qualitative study », *BMC Research Notes*, vol. 5, n° 99 (2012). Consultable à l'adresse : www.biomedcentral.com/1756-0500/5/99.

⁶⁴ Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante (A/HRC/17/33), par. 36.

En Espagne, l'*Asociación Salud y familia* (Catalogne) travaille avec les autorités publiques et d'autres organisations non gouvernementales (ONG) pour aider les migrants à bénéficier de services de santé et à s'y retrouver dans le système de santé. Le projet consiste par ailleurs à informer les organisations de soins de santé sur les réglementations permettant aux migrants en situation irrégulière de bénéficier de soins. L'association gère un programme de maternité sans risque pour les femmes migrantes et leur famille en Catalogne, ainsi qu'un programme d'information et d'accueil pour les familles migrantes nouvellement arrivées, et propose des services de médiateur culturel dans ses bureaux, cinq hôpitaux et 19 centres de soins primaires.

Les migrants, en particulier ceux qui sont en situation irrégulière, peuvent être adressés à des ONG ou des prestataires de santé privés. En Suède, des ONG ont ouvert des dispensaires où les professionnels de santé traitent bénévolement les migrants en situation irrégulière : le premier a été inauguré en 1966 et les quatre plus grandes villes de Suède disposent désormais de dispensaires prodiguant des services médicaux, psychologiques et dentaires⁶⁵. En République de Corée, les migrants en situation irrégulière peuvent bénéficier de soins d'urgence gratuits dans les hôpitaux, qui se font ensuite rembourser par l'État. Toutefois, compte tenu de la longueur de la procédure de remboursement, il est courant que les hôpitaux demandent aux migrants en situation irrégulière de payer d'avance, un obstacle insurmontable pour nombre d'entre eux. Si le migrant n'a pas les moyens de payer, il arrive souvent qu'une ONG signe une déclaration de prise en charge financière pour son traitement médical⁶⁶. Si ce type de bonnes pratiques peut certainement améliorer l'accès des migrants en situation irrégulière aux soins de santé, il est important de noter que le recours à des prestataires de soins de santé alternatifs peut entraîner la création de systèmes

⁶⁵ En juin 2012, suite à une campagne de plaidoyer soutenue de la société civile, le Gouvernement suédois a annoncé l'élargissement de l'offre de soins de santé aux enfants de migrants en situation irrégulière sur un pied d'égalité avec les enfants suédois. Les droits des adultes ne sont étendus qu'aux soins d'urgence, comme pour les demandeurs d'asile adultes. « Sweden to give illegal immigrants healthcare », *Local*, 28 juin 2012. Consultable à l'adresse : www.thelocal.se/41702/20120628/.

⁶⁶ Irene Kohlmann, présentation lors de l'International forum on migrants' right to health in the eyes of human rights : migrants' health and civil society responses – developing strategies in human rights perspectives, Séoul, 25-27 septembre 2009.

de santé parallèles et une offre de soins de santé de moindre qualité pour les migrants. L'inaccessibilité des services officiels peut également pousser les migrants à se tourner vers d'autres solutions comme l'automédication.

Dans certains pays, les services sociaux et les professionnels de santé sont obligés de signaler les migrants en situation irrégulière aux services de l'immigration. C'est pourquoi, en Allemagne, par exemple, les migrants en situation irrégulière ne peuvent pas facilement s'adresser à la caisse de sécurité sociale pour demander une carte médicale ou le remboursement de services non considérés comme des soins d'urgence. La législation accorde aux migrants en situation irrégulière le même accès aux services de santé qu'aux demandeurs d'asile. Dans la pratique, cependant, la prise en charge est limitée aux soins d'urgence car la procédure de remboursement est confidentielle pour ces soins mais ne l'est pas pour les soins non urgents⁶⁷.

Même lorsqu'ils ont légalement droit à des soins de santé, les migrants peuvent se heurter à de nombreux obstacles financiers et pratiques dus à des problèmes de communication, à un système d'orientation inadéquat, au refus de certains médecins généralistes de les soigner, à la méconnaissance de la législation parmi les prestataires de santé et à la non-reconnaissance des besoins de santé spécifiques des migrants en situation irrégulière. Tous ces points constituent des obstacles pratiques évidents aux soins de santé.

Au Royaume-Uni, de nombreux migrants ne sont pas inscrits auprès d'un médecin généraliste parce qu'ils ne savent pas qu'ils y ont droit ou qu'on le leur a refusé à tort. Si les généralistes peuvent choisir d'accepter ou non de nouveaux patients, les personnes souhaitant s'inscrire n'ont pas à prouver leur identité ou leur statut migratoire. Par conséquent, les migrants devraient pouvoir s'inscrire pour bénéficier de soins primaires quel que soit leur statut au regard de l'immigration. En association avec plusieurs organisations partenaires, le maire de Londres a publié une brochure expliquant comment les groupes exclus, en particulier les migrants en situation irrégulière, peuvent accéder aux soins primaires à Londres.

⁶⁷ FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, p. 85 et 86.

Dans certains pays, les professionnels de santé peuvent appliquer aux migrants en situation irrégulière des politiques conçues pour améliorer l'accès des migrants aux soins ou à des soins de qualité. Parmi ces initiatives, citons le programme « Checking for Change » (« Se concerter pour le changement ») en Écosse (Royaume-Uni) et le réseau « Migrant-Friendly Hospitals » (« Hôpitaux amis des migrants »), qui est financé par la Direction générale Santé et protection des consommateurs de la Commission européenne. Ce type d'initiative peut sensibiliser les professionnels de santé aux besoins de santé des migrants et améliorer les soins dispensés aux migrants en situation irrégulière.

Du fait des préjugés associés à la maladie mentale et du manque de sensibilisation ou de compréhension à cet égard dans de nombreuses sociétés, les besoins des migrants en situation irrégulière en termes de santé mentale sont souvent négligés. Leur situation irrégulière, la peur permanente d'être repérés et expulsés, de mauvaises conditions de vie, l'exclusion sociale et le manque de communication avec leur famille et leurs réseaux sociaux, et un traitement abusif de la part de leur employeur peuvent nuire à leur santé mentale⁶⁸.

Dans de nombreux pays, les enfants migrants en situation irrégulière n'ont droit qu'aux mêmes soins de santé que les adultes migrants en situation irrégulière. Ainsi, ils se heurtent aux mêmes obstacles juridiques et pratiques que les adultes pour exercer leur droit à la santé. Les enfants non accompagnés ou séparés bénéficient parfois de meilleures conditions de traitement que ceux qui migrent dans l'irrégularité avec leur famille.

D'autres obstacles pratiques sont la peur des enfants migrants ou de leurs parents d'être signalés, le manque d'interprètes et la méconnaissance de leurs droits. Parce que leurs parents ont peur d'être signalés aux autorités, de nombreux enfants en situation irrégulière ne bénéficient pas des

⁶⁸ Voir H. Murphy, « Migration, culture and mental health », *Psychological Medicine*, vol. 7, n° 4 (novembre 1977); D. Bhugra, « Cultural identities and cultural congruency : a new model for evaluating mental distress in immigrants », *Acta Psychiatr Scand*, vol. 111, n° 2 (février 2005).

programmes destinés aux enfants à faible revenu qui dispensent des soins de santé quelle que soit la solvabilité du patient. Dans certains pays, un parent en situation irrégulière peut avoir des difficultés à se procurer un certificat de naissance pour son enfant, ce qui peut priver l'enfant de soins de santé. Les obstacles courants sont les documents à fournir, le refus de soins par méconnaissance des droits et la crainte d'être placé en détention, surtout dans les pays où les fonctionnaires ont l'obligation de signaler les migrants en situation irrégulière⁶⁹. La situation irrégulière des parents, leurs mauvaises conditions de travail ou leur situation économique précaire peuvent aussi affecter la santé et le bien-être des enfants migrants.

D'une façon générale, il est important de rappeler que des soins de santé inadéquats ont des effets à long terme sur le développement de l'enfant. La vaccination des enfants pose un problème particulier. Ne pas vacciner les enfants peut produire des effets à long terme sur leur santé⁷⁰.

Concernant les femmes et les filles, le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a reconnu que les femmes et les filles migrantes sont souvent confrontées à des problèmes de grossesse et de santé gynécologique plus compliqués que pour les populations d'accueil. Un accès inadéquat aux soins prénatals peut contribuer à la forte incidence de naissances prématurées, de prééclampsies et d'autres complications⁷¹.

Dans sa recommandation générale n° 26 (2008), le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a souligné la vulnérabilité des femmes migrantes à la maladie, en particulier pour ce qui concerne la santé sexuelle et génésique, indiquant que « les travailleuses migrantes sont parfois victimes des violations suivantes :

⁶⁹ En Allemagne, par exemple, les enfants en situation irrégulière peuvent être signalés, sauf en cas de soins d'urgence. Voir FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, p. 89.

⁷⁰ « Étude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les difficultés et meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations. » (A/HRC/15/29), par. 63.

⁷¹ A/HRC/14/30, par. 31.

obligation de passer des tests de grossesse et déportation en cas de résultat positif; avortement sous la contrainte ou impossibilité d'accéder à des services de santé de la procréation ou à des services d'avortement en toute sécurité, lorsque la santé de la mère est menacée ou même après des violences sexuelles; absence, ou insuffisance, de congés de maternité rémunérés, soins obstétriques inabordables, ce qui entraîne de graves risques sanitaires » (par. 18).

Les migrants peuvent par ailleurs devoir passer un test de dépistage pour des maladies comme le VIH/sida ou la tuberculose, bien qu'un tel dépistage soit contesté, tant du point de vue des droits de l'homme que de la santé publique⁷². Il est reconnu que les personnes qui tentent de se soustraire à ces tests obligatoires risquent de se retrouver en situation irrégulière. En outre, le Rapporteur spécial sur le droit à la santé a fait observer que « les travailleurs migrants testés séropositifs au HIV peuvent demeurer en situation irrégulière, ce qui les rend plus vulnérables à des abus par les employeurs et amoindrit leurs chances d'accès à un traitement médical »⁷³.

Placement en détention des migrants

De nombreux États abordent essentiellement la gestion des flux migratoires du point de vue de la répression, de l'incrimination ou du contrôle des frontières et ont élaboré des politiques menant à la rétention administrative des migrants à un moment ou un autre du processus migratoire. Pourtant, les résultats des recherches effectuées mettent de plus en plus en doute l'effet dissuasif de cette détention à mesure qu'apparaissent ses effets délétères sur la santé des migrants.

La dégradation de la santé mentale et physique des migrants en situation irrégulière est souvent liée à leurs conditions de détention, surtout si elle se

⁷² En particulier compte tenu de la complexité et de la diversité des flux migratoires contemporains et du fait que les maladies peuvent être latentes, ou présentes sans que des symptômes soient apparus. Voir H. Hogan *et al.*, « Screening of new entrants for tuberculosis : responses to port notifications », *Journal of Public Health*, vol. 27, n° 2 (juin 2005) et R. Coker, « Compulsory screening of immigrants for tuberculosis and HIV », *British Medical Journal*, vol. 328 (7 février 2004).

⁷³ A/HRC/23/41, par. 33.

prolonge. Ces migrants sont particulièrement vulnérables car ils dépendent totalement des administrateurs des centres de rétention publics ou privés pour accéder aux soins et services de santé. On a signalé dans certains pays des conditions de détention mettant la vie des migrants en danger, conditions qui, par ailleurs, sont souvent nettement inférieures à celles des populations non migrantes placées en détention⁷⁴. Les centres de détention pour migrants n'assurent pas toujours des services de santé et, lorsqu'ils existent, ils peuvent être difficiles d'accès ou de moindre qualité.

Une étude a révélé que la santé physique des migrants se détériore proportionnellement à la durée de la détention : un quart de ceux qui ont été détenus pendant un mois, mais 72 % de ceux qui ont été détenus entre quatre et cinq mois, ont indiqué être en mauvaise santé⁷⁵. La rétention administrative de longue durée est liée aux problèmes de santé mentale, en partie en raison du manque d'accès à des soins et services de santé mentale⁷⁶. Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a dénoncé le fait que :

la santé physique et mentale des migrants détenus est souvent négligée. Il se peut que les médecins et les infirmières ne soient pas toujours disponibles et qu'ils n'aient pas le pouvoir de traiter correctement leurs patients, notamment lorsque ceux-ci devraient être hospitalisés. Par ailleurs, les soins de santé génésique des femmes, en particulier des femmes enceintes, ne peuvent pas être assurés dans tous les lieux de détention⁷⁷.

Les enfants sont particulièrement vulnérables en détention, surtout lorsque les conditions de détention sont inhumaines et dégradantes⁷⁸. Le

⁷⁴ Human Rights Watch, *Rights on the Line : Human Rights Watch Work on Abuses against Migrants in 2010* (2010).

⁷⁵ Service des jésuites pour les réfugiés, *Becoming Vulnerable in Detention* (juin 2010), p. 9.

⁷⁶ K. Robjant, R. Hassan et C. Katona, « Mental health implications of detaining asylum seekers : a systematic review », *British Journal of Psychiatry*, vol. 194, n° 4 (avril 2009).

⁷⁷ Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau (A/HRC/20/24), par. 25.

⁷⁸ Human Rights Watch, *The EU's Dirty Hands* (2011). Voir aussi Cour européenne des droits de l'homme, *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09, arrêt du 21 janvier 2011, par. 229 à 234.

Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a constaté avec inquiétude que des enfants migrants souffrant de problèmes médicaux graves sont souvent maintenus en détention. Il a précisé que les problèmes de santé des enfants migrants placés en détention sont encore exacerbés par l'absence de services et de traitements médicaux appropriés⁷⁹. Les centres de détention sont souvent administrés par la police, les autorités pénitentiaires ou des sociétés de sécurité privées, qui ne sont pas formées comme il se doit aux droits de l'homme des enfants ou des migrants ni à la fourniture de services de santé.

B. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à la santé

Le principe de non-discrimination, consacré notamment par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 2) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 2.2), garantit aux migrants en situation irrégulière le droit à la santé. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation générale n° 14 (2000), a indiqué explicitement que les États ont l'obligation de garantir l'égalité d'accès de toutes les personnes, dont les migrants, aux soins de santé prophylactiques, thérapeutiques et palliatifs, indépendamment de leur statut juridique ou de leur titre d'identité (par. 34). De la même façon, invoquant l'article 5 e) iv) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a recommandé aux États parties dans sa recommandation générale n° 30 (2004) de veiller à respecter le droit des non-ressortissants à la santé, notamment en s'abstenant d'empêcher ou de limiter leur accès aux services de santé préventifs, curatifs et palliatifs (par. 36).

À Trinité-et-Tobago, tous les migrants ont droit aux soins de santé, quel que soit leur statut.

Source : A/HRC/15/29, par. 81 a).

⁷⁹ A/HRC/14/30, par. 38.

Les obligations énoncées dans la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille sont plus restrictives. L'article 28 confère à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille le droit à des soins médicaux d'urgence, sur la même base d'égalité que pour les ressortissants de l'État concerné, qui ne peuvent leur être refusés en raison d'une quelconque irrégularité en matière de séjour ou d'emploi. À cet égard, le Comité des travailleurs migrants a reconnu dans son observation générale n° 2 (2013) que, lu conjointement avec d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, cet article peut imposer des obligations plus larges aux États qui sont parties aux deux instruments (par. 72).

Soins médicaux d'urgence

La plupart des pays n'accordent aux migrants en situation irrégulière que l'accès aux soins médicaux d'urgence. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille énonce que les travailleurs migrants et les membres de leur famille ont le droit de recevoir « tous les soins médicaux qui sont nécessaires d'urgence pour préserver leur vie ou éviter un dommage irréparable à leur santé », même en cas de « quelconque irrégularité en matière de séjour ou d'emploi » (art. 28).

Dans de nombreux pays (la majorité sans doute), la législation en vigueur ne définit pas clairement à partir de quel moment un état de santé relève de l'urgence et la décision revient donc au professionnel de santé consulté^a. Si cet état de fait donne aux médecins une certaine latitude pour accepter de traiter les migrants, il peut également conduire à une sélection arbitraire, à la discrimination et à l'absence d'obligation de rendre des comptes^b. En Suisse, le Tribunal fédéral a considéré que l'article 12 de la Constitution fédérale, qui dispose que toute personne en situation de détresse a droit à une aide, induit que toutes les personnes devraient avoir accès à des « soins médicaux de base ». Dans la pratique, cependant, l'offre de services des municipalités et des cantons est extrêmement variable^c. En Pologne, les équipes de secours médical assurent des soins d'urgence gratuits, mais les services d'urgences des hôpitaux ne le font pas toujours car aucune loi n'établit qui supportera les

coûts^d. L'obligation de payer tout ou partie des frais médicaux peut également bloquer l'accès aux soins d'urgence. Aux États-Unis, la loi sur le traitement médical d'urgence et le travail impose aux hôpitaux d'examiner et de stabiliser l'état de tous les individus, dont les migrants en situation irrégulière, qui se présentent aux urgences, quelle que soit leur solvabilité.

Les spécialistes des droits de l'homme se sont demandé si les États qui ne permettent aux migrants en situation irrégulière de bénéficier que de soins d'urgence portaient atteinte à leurs obligations en matière de droits de l'homme et si de telles restrictions pouvaient être justifiées du point de vue de la santé publique. Les groupes vulnérables, dont les enfants, les personnes âgées et les femmes enceintes, devraient avoir un accès illimité aux soins d'urgence. Selon le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants :

Si les États ont élaboré des critères différents pour définir les soins d'urgence, la question du lien entre les prestations de santé et le statut du migrant n'est malheureusement pas résolue. À cet égard, limiter les soins à l'urgence est injustifié, non seulement du point de vue des droits de l'homme, mais également de celui de la santé publique, car ne pas dispenser de soins préventifs et primaires peut entraîner des risques sanitaires pour les migrants comme pour la communauté d'accueil^e.

Le Comité des travailleurs migrants a noté dans son observation générale n° 2 (2013) que, bien que les soins médicaux n'aient pas à être nécessairement gratuits, l'égalité de traitement exige que les règles appliquées aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille en ce qui concerne le paiement ou l'exonération des frais médicaux soient les mêmes que celles appliquées aux nationaux. Les États parties devraient faire en sorte qu'il soit interdit de facturer des frais excessifs aux travailleurs migrants en situation irrégulière ou d'exiger le paiement immédiat ou la preuve du paiement avant la prestation des services. Aucune personne ne devrait jamais se voir refuser des soins médicaux d'urgence au motif qu'elle ne peut pas les payer (par. 73).

Dans sa résolution 1637 (2008) sur les boat people de l'Europe : arrivée par mer de flux migratoires mixtes en Europe du Sud, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a appelé les États à « garantir aux migrants en situation irrégulière, aux réfugiés et aux demandeurs d'asile non seulement des soins de santé d'urgence, notamment les soins indispensables ne pouvant raisonnablement être différés et les soins nécessaires tels que les vaccinations et les rappels, mais également les soins médicaux de base, y compris les

soins dentaires essentiels » et a ajouté qu'« un soutien psychologique devrait également être offert à ceux qui présentent des besoins particuliers, comme les victimes de torture et de violence, notamment sexuelle ».

- ° Le projet *NowHereland* a identifié trois catégories de droits aux soins de santé pour les migrants en situation irrégulière en Europe : « aucun accès », « accès partiel » (droits explicites pour certains services et/ou groupes) et « plein accès ». *NowHereland* se propose de créer une base de données compilant les bonnes pratiques en matière de fourniture de soins médicaux aux migrants sans papiers en Europe. Pour plus d'informations, voir www.nowhereland.info/.
- ° Au Royaume-Uni, des rapports allèguent que certains patients ont été adressés à des responsables des visiteurs étrangers qui leur ont refusé un traitement « immédiatement nécessaire » ou « urgent » alors que, selon les instructions, les décisions relatives aux soins d'urgence doivent être prises par un médecin. Voir D. Biswas *et al.*, « Access to health care for undocumented migrants from a human rights perspective : A comparative study of Denmark, Sweden, and the Netherlands », *Health and Human Rights*, vol. 14, n° 2 (décembre 2012).
- ° V. Bilger *et al.*, *Health Care for Undocumented Migrants in Switzerland : Policies – People – Practices* (Centre international pour le développement des politiques migratoires, 2011).
- ° Plateforme pour la coopération internationale sur les sans-papiers (PICUM), « PICUM Submission to the CRC General Comment on the right of the child to the highest attainable standard of physical and mental health », 6 janvier 2012.
- ° A/HRC/14/30, par. 28.

La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille énonce que, eu égard à leurs conditions de travail, les travailleurs migrants doivent bénéficier, en matière de santé, d'un traitement non moins favorable que celui dont bénéficient les nationaux (art. 25). S'agissant du droit à la santé dans le travail, les migrants en situation irrégulière devraient donc être traités de la même façon que les ressortissants. La Convention n° 189 de l'OIT (2011) concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques garantit que « tout travailleur domestique a droit à un environnement de travail sûr et salubre » et invite les États à assurer à cet égard la sécurité et la santé au travail des travailleurs domestiques (art. 13.1).

En Suisse, la loi sur l'assurance maladie impose aux compagnies d'assurances d'affilier tous les demandeurs de prestations de base, quel que soit leur statut en matière de résidence. Ces prestations comprennent les traitements médicaux ambulatoires et en hospitalisation, les médicaments sur prescription, le suivi des grossesses et des accouchements et le traitement en cas d'accident. De plus, toute personne occupant un emploi rémunéré, dont les migrants en situation irrégulière, doit être assurée par son employeur contre les accidents du travail et les maladies professionnelles.

Aux Pays-Bas, une modification de la loi sur l'assurance maladie datant de 2009 dispose que les prestataires de santé peuvent demander le remboursement de 80 à 100 % des frais médicaux, selon le traitement prodigué. En principe, de nombreux services sont accessibles aux migrants en situation irrégulière dans le cadre de ce régime. Il s'agit des soins primaires, secondaires et tertiaires, dont les soins prénatals et postnatals, des soins psychiatriques, des services de santé pour les jeunes et le dépistage et le traitement du VIH et d'autres maladies infectieuses.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation générale n° 14 (2000), estime que l'une des obligations fondamentales des États au regard du droit à la santé est d'adopter et de mettre en œuvre une stratégie et un plan d'action en matière de santé publique pour protéger, respecter et mettre en œuvre le droit à la santé des individus et des groupes défavorisés et marginalisés. De toute évidence, dans de nombreux pays ces derniers peuvent être des migrants en situation irrégulière.

Le dépistage obligatoire du VIH, de la tuberculose et des grossesses, par exemple, dans le cadre de la politique migratoire est contraire au droit à la santé car il enfreint le principe de consentement éclairé et ne respecte pas les droits à l'autonomie, à la vie privée, à la dignité et à la confidentialité des informations médicales. Toute limitation du droit à la santé et au consentement éclairé, même lorsqu'elle sert manifestement l'intérêt de la santé publique, doit être fondée sur des preuves scientifiques, être l'option la moins restrictive et respecter la dignité, les droits et les libertés de la personne⁸⁰.

⁸⁰ Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible (A/64/272), par. 30 et 31.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a recommandé aux États membres d'adopter une série de mesures spécifiques pour protéger efficacement le droit à la santé des migrants, déclarant que « les procédures inutilement complexes ou lourdes pour obtenir ces services devraient être simplifiées » et que les personnes ou organismes en charge des soins de santé ne devraient pas être tenus d'informer les autorités lorsque des migrants irréguliers viennent leur demander de l'aide. Les recommandations qui suivent constituent les fondements de toute stratégie nationale relative à la santé des migrants.

Le Comité des Ministres recommande aux États :

- a) En accord avec la législation nationale sur la collecte et l'utilisation de données personnelles, de collecter des informations sur les caractéristiques démographiques, sociales, éducatives et financières des migrants, et sur leur situation juridique dans le pays d'accueil;
- b) De surveiller systématiquement l'état de santé des migrants et de déterminer les causes des disparités;
- c) D'examiner toutes les politiques et les pratiques touchant les conditions de vie et de travail des migrants en vue de minimiser les risques pesant sur leur santé;
- d) D'accorder aux migrants – eu égard à l'organisation, aux principes généraux et à la capacité financière du système de sécurité sociale de l'État membre concerné – le droit d'utiliser les services de santé et de faire en sorte que leurs droits soient connus et respectés;
- e) De faire mieux connaître, parmi les migrants, les questions relatives à la santé et au système de santé, et de prendre les mesures qui s'imposent pour améliorer l'accès aux services de santé;
- f) De surmonter les barrières linguistiques par des mesures appropriées, incluant des services d'interprétation et, le cas échéant, l'accès à des supports d'information traduits;
- g) De mieux adapter les prestations de santé aux besoins, à la culture et à la situation sociale des migrants.

Source : Recommandation CM/Rec(2011)13 sur la mobilité, les migrations et l'accès aux soins de santé.

Pour surmonter les obstacles dus à l'obligation faite aux professionnels de santé de signaler la présence de migrants en situation irrégulière, le Comité des travailleurs migrants a affirmé dans son observation générale n° 2 (2013) que « les États parties ne devraient pas utiliser les services de santé comme un instrument de contrôle de l'immigration, ce qui aurait pour effet de dissuader les travailleurs migrants en situation irrégulière de s'adresser aux établissements de santé publics de crainte d'être expulsés. C'est pourquoi les États parties ne doivent pas exiger de ces établissements qu'ils informent les services de l'immigration de la situation de leurs patients au regard de la législation relative à l'immigration, ou qu'ils échangent avec ces services des informations à ce sujet, et les professionnels de la santé ne devraient pas non plus être tenus de le faire. » (par. 74).

Pour donner effet à l'interdiction d'utiliser les soins de santé comme instrument de contrôle de l'immigration, le Comité des travailleurs migrants a considéré dans son observation générale n° 2 (2013) que les États parties ne doivent pas effectuer des opérations de contrôle de l'immigration dans les centres médicaux ou à proximité de ceux-ci, car cela aurait pour effet de restreindre l'accès des travailleurs migrants et des membres de leur famille à ces établissements (par. 74). De la même façon, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne a déclaré que les migrants en situation irrégulière ayant besoin d'une assistance médicale ne devraient pas être appréhendés aux abords ou à l'intérieur des établissements de soins⁸¹.

En 2008, l'Assemblée mondiale de la santé a engagé les États parties à promouvoir des politiques de santé qui tiennent compte des besoins des migrants et à favoriser un accès équitable à la promotion de la santé, à la prévention des maladies et aux soins pour les migrants, ainsi qu'à cerner et combler les lacunes dans la prestation des services de santé⁸².

⁸¹ FRA, « Arrestation de migrants en situation irrégulière – considérations relatives aux droits fondamentaux », principe 2.

⁸² Assemblée mondiale de la santé, santé des migrants, document WHA61.17.

La loi argentine n° 25.871 de 2004 sur la migration prévoit l'accès des migrants en situation irrégulière aux soins de santé. Elle énumère une large gamme de droits qui sont également accordés à ces migrants. L'article 8 affirme que tous les étrangers ont droit à la santé et à l'aide sociale, et qu'aucun étranger ayant besoin de soins médicaux ne doit être privé ou limité de quelque façon d'y accéder, quelle que soit sa situation au regard de l'immigration. Le même article impose aux prestataires de santé de conseiller les migrants en situation irrégulière sur les moyens de régulariser leur situation. Pour veiller à ce que le défaut de papiers n'entrave pas l'accès aux services de santé, le décret n° 616/2010 dispose que le Ministère de la santé définira des normes et prendra d'autres mesures pour s'assurer que les migrants, dont les migrants en situation irrégulière, aient accès aux services de santé et à l'aide sociale (art. 8). Ceux qui ont besoin de soins peuvent justifier leur identité au moyen des documents délivrés par leur pays d'origine ou leur consulat.

Les États ont des obligations spécifiques envers les enfants pour ce qui est du droit à la santé. En vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ils doivent prendre des mesures pour assurer « la diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant » (art. 12.2 a)). Par ailleurs, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a indiqué dans son observation générale n° 14 (2000), que les États doivent garantir des soins de santé pré et postnataux aux mères (par. 14).

Le Comité des droits de l'enfant a demandé aux États parties de veiller à ce que les enfants en situation de migration jouissent d'un accès égal aux services et prestations de base tels que les soins médicaux, quel que soit leur statut ou celui de leurs parents au regard de l'immigration, et que leurs droits figurent explicitement dans la législation. Selon le Comité, il convient de prêter attention à l'impact sexospécifique d'un accès limité aux services, notamment sur le droit à la santé sexuelle et génésique⁸³. Le Comité a par ailleurs reconnu que les enfants non accompagnés et séparés avaient le même droit d'accès aux soins de santé que les enfants

⁸³ « Rapport sur la Journée de débat général de 2012 », par. 86.

ressortissants⁸⁴. Le Comité a appelé les États à élaborer et mettre en œuvre des mesures adéquates et accessibles pour traiter les traumatismes subis par les enfants au cours de la migration. Il conviendrait en particulier de mettre les services de santé mentale à la disposition de tous les enfants, notamment dans le cadre de l'appréciation, de l'évaluation et de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant⁸⁵.

En août 2013, le Gouvernement thaïlandais a mis une police d'assurance maladie bon marché à la disposition de tous les migrants, quel que soit leur statut au regard de l'immigration. De plus, les enfants migrants âgés de moins de 7 ans peuvent contracter une police d'assurance spéciale coûtant 365 baht par an (environ 12 dollars É.-U.). Les prestations sont les mêmes que pour les citoyens thaïlandais couverts par le régime de la couverture maladie universelle, très appréciée, dont l'accès aux services de vaccination et aux médicaments antirétroviraux. Pour les enfants de plus de 7 ans, les parents migrants peuvent contracter une assurance au même tarif que les adultes (2 200 baht, soit environ 70 dollars É.-U. par an).

Le Comité européen des droits sociaux a considéré que limiter la fourniture de soins de santé aux enfants qui résident en France depuis un nombre d'années déterminé ou dont l'état met en jeu le pronostic vital était une violation des droits des enfants migrants⁸⁶. Considérant que les soins de santé constituent un préalable essentiel à la préservation de la dignité humaine, le Comité a estimé qu'une législation privant les enfants migrants du droit à l'assistance médicale, quel que soit leur statut, est contraire à la Charte sociale européenne.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a relevé dans sa recommandation générale n° 26 (2008) que les travailleuses migrantes sont souvent victimes d'inégalités qui mettent leur santé en péril. Elles n'ont parfois pas accès aux services de santé, notamment aux services de santé de la procréation, faute d'avoir accès

⁸⁴ Observation générale n° 6 (2005).

⁸⁵ « Rapport sur la Journée de débat général de 2012 », par. 89.

⁸⁶ *Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH) c. France*, réclamation n° 14/2003.

à un régime d'assurance ou au système de santé national, ou encore d'avoir les moyens financiers d'y accéder. Le Comité a fait observer que les besoins sanitaires des femmes sont différents de ceux des hommes et a appelé notamment les États parties à s'assurer que les femmes enceintes ne soient pas l'objet de discrimination pendant leur grossesse, notamment pour qu'elles aient accès à des services de santé génésique sûrs et à des soins obstétricaux abordables (par. 17 et 18).

Droit à la santé dans le cadre des expulsions et de la détention de migrants

La détention et l'expulsion des migrants en situation irrégulière peuvent être interdites pour des raisons de santé. Le Comité des droits de l'homme a conclu qu'un État qui ne libère pas un migrant gravement malade en raison d'une détention prolongée peut constituer une violation de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui interdit la torture et autres traitements cruels, inhumains et dégradants. L'expulsion d'un tel individu « vers un pays où il est peu probable qu'il puisse obtenir le traitement nécessaire pour soigner la maladie provoquée » emporterait violation du même article⁸⁷. La Cour européenne des droits de l'homme a conclu qu'un État porterait atteinte à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme s'il expulsait une personne gravement malade vers son pays d'origine, où elle ne bénéficierait pas de soins infirmiers ou médicaux et n'y avait pas de famille acceptant ou capable de s'occuper d'elle et de lui fournir de la nourriture, un toit ou un soutien social⁸⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme a statué qu'un État qui décide d'expulser un migrant ou des membres de sa famille doit considérer l'impact que cela aurait sur les enfants impliqués et tenir compte des effets préjudiciables à leur bien-être pour respecter ses obligations découlant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁹.

⁸⁷ *Mr. C. v. Australia*, communication n° 900/1999, constatations du 28 octobre 2002, par. 8.4 et 8.5.

⁸⁸ *D. c. Royaume-Uni*, requête n° 30240/96, arrêt du 2 mai 1997.

⁸⁹ *Zakayev et Safanova c. Russie*, requête n° 11870/03, arrêt du 11 février 2010.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont confirmé toutes deux que les États sont dans l'obligation de protéger la santé et le bien-être des détenus en leur prodiguant des soins médicaux réguliers et des soins spécialisés appropriés⁹⁰. Si la détention provoque de graves problèmes de santé, le détenu devrait être libéré.

Le Comité des droits de l'enfant a déclaré que les enfants ne devraient pas être incriminés ou faire l'objet de mesures punitives en raison du statut migratoire de leurs parents et a recommandé aux États de mettre fin sans délai et totalement à la détention d'enfants en raison de leur statut migratoire⁹¹. De la même façon, le Comité des droits de l'homme a fait observer que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale et maîtresse, et que, par conséquent, une mesure moins radicale que la détention devrait être prise concernant les enfants⁹².

Les Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention établis par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) qui, par analogie, s'appliquent également aux migrants en situation irrégulière, disposent qu'un examen médical et de santé mentale doit être proposé aux détenus le plus rapidement possible après leur arrivée et doit être effectué par le personnel médical compétent. Pendant leur détention, les détenus doivent être soumis à une évaluation périodique de leur bien-être physique et mental⁹³.

⁹⁰ Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Tehrani et autres c. Turquie*, requêtes nos 32940/08, 41626/08 et 43616/08, arrêt du 13 avril 2010, par. 83, et Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Vélez Loor v. Panama*, arrêt du 23 novembre 2010, série C, n° 218, par. 220.

⁹¹ Rapport sur la Journée de débat général de 2012, par. 78 à 81.

⁹² *Bakhtiyari v. Australia*, communication n° 1069/2002, constatations du 29 octobre 2003.

⁹³ Principe 8 (vi). Voir aussi les Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté et, pour les normes par analogie, les Règles des Nations Unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes (Règles de Bangkok).

Messages clefs

- Les législations nationales devraient accorder aux migrants en situation irrégulière l'accès à des soins de santé adéquats, notamment des services préventifs, curatifs et palliatifs, et protéger leur accès aux déterminants fondamentaux de la santé.
- Tous les migrants, notamment ceux en situation irrégulière, devraient au minimum avoir le même accès aux soins médicaux d'urgence que les ressortissants.
- Les migrants en situation irrégulière devraient avoir accès aux médicaments et produits pharmaceutiques essentiels. Tous les enfants devraient être vaccinés en temps voulu contre les principales maladies infectieuses.
- Il devrait être interdit aux établissements de santé de communiquer les données sur le statut juridique de leurs patients aux services de l'immigration. Il conviendrait d'informer explicitement les prestataires de santé qu'ils n'ont pas à le faire. Les migrants devraient être spécifiquement assurés du fait qu'ils ne seront pas signalés aux services de l'immigration s'ils demandent une aide médicale. Des opérations de contrôle de l'immigration ne devraient pas être effectuées dans les établissements de santé ou à proximité de ceux-ci.
- Assurer un accès en temps voulu, à un prix abordable et non discriminatoire aux services de prévention, de soins et de réadaptation, ainsi que d'éducation, en matière de santé mentale fait partie intégrante du contenu normatif du droit à la santé et devrait bénéficier aux migrants en situation irrégulière, en particulier les plus vulnérables à cet égard comme les victimes de torture, de traumatismes et de violence.
- Les États devraient protéger la santé et le bien-être des personnes placées en détention en leur prodiguant des soins médicaux réguliers et des soins spécialisés appropriés, y compris des services de santé mentale. Si la détention provoque de graves problèmes de santé, le détenu devrait être libéré.
- Expulser un migrant en situation irrégulière et interrompre ainsi un traitement médical vital pour lui peut s'apparenter à un traitement inhumain et dégradant, et doit être évité.

III. LE DROIT À UN NIVEAU DE VIE SUFFISANT, NOTAMMENT POUR LE LOGEMENT, L'EAU ET L'ASSAINISSEMENT, ET L'ALIMENTATION

Teneur et composantes spécifiques

Aux termes du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les États parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie. » (art. 11.1).

La Convention relative aux droits de l'enfant reconnaît « le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social ». C'est aux parents qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer ce droit. Toutefois, les États parties doivent prendre les mesures appropriées pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en œuvre ce droit. Il leur revient également d'offrir une assistance matérielle et des programmes d'appui « notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement » (art. 27).

Les composantes du droit à un niveau de vie suffisant sont indissociables du droit de jouir du meilleur état de santé susceptible d'être atteint et de la dignité inhérente à la personne humaine. Les termes de la Déclaration universelle en témoignent : « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. » (art. 25.1). La teneur spécifique du droit à un niveau de vie suffisant doit donc être interprétée, entre autres, dans le contexte du droit à la sécurité sociale.

Les composantes majeures du droit à un niveau de vie suffisant – logement convenable, eau et assainissement, et alimentation – sont examinées plus en détail ci-après.

Le droit à un logement convenable

Selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le droit au logement ne doit pas s'entendre dans un sens étroit de simple abri (des murs et un toit) mais comme le droit de vivre dans la sécurité, la paix et la dignité.

Le Comité a identifié les aspects du droit à un logement convenable à prendre en compte pour évaluer si ce droit a été réalisé :

- a) *Sécurité légale de l'occupation.* [...] Les États parties doivent [...] prendre immédiatement des mesures en vue d'assurer la sécurité légale de l'occupation aux individus et aux familles qui ne bénéficient pas encore de cette protection, en procédant à de véritables consultations avec les personnes et les groupes concernés;
- b) *Existence de services, matériaux, équipements et infrastructures.* Un logement convenable doit comprendre certains équipements essentiels à la santé, à la sécurité, au confort et à la nutrition. Tous les bénéficiaires du droit à un logement convenable doivent avoir un accès permanent à des ressources naturelles et communes : de l'eau potable, de l'énergie pour cuisiner, le chauffage et l'éclairage, des installations sanitaires et de lavage, des moyens de conservation des denrées alimentaires, un système d'évacuation des déchets, de drainage, et des services d'urgence;
- c) *Capacité de paiement.* [...] Les États parties devraient prévoir des allocations de logement en faveur de ceux qui n'ont pas les moyens de payer un logement, et des modalités et niveaux de financement du logement qui reflètent fidèlement les besoins en la matière. Conformément au principe du respect de la capacité de paiement, les locataires devraient être protégés par des mesures appropriées contre des loyers excessifs ou des augmentations de loyer excessives [...];
- d) *Habitabilité.* Un logement convenable doit être habitable, en ce sens qu'il doit offrir l'espace convenable et la protection contre le froid, l'humidité, la chaleur, la pluie, le vent ou d'autres dangers pour la santé, les risques dus à des défauts structurels et les vecteurs de maladies. La sécurité physique des occupants doit également être garantie [...];
- e) *Facilité d'accès.* Un logement convenable doit être accessible à ceux qui y ont droit. Les groupes défavorisés doivent avoir pleinement accès, en permanence, à des ressources adéquates en matière de logement. Ainsi, les groupes défavorisés tels que les personnes âgées, les enfants, les handicapés physiques, les incurables, les séropositifs, les personnes ayant des problèmes médicaux chroniques, les malades mentaux, les victimes de catastrophes naturelles, les personnes qui vivent dans des régions à risques naturels et d'autres groupes devraient bénéficier d'une certaine priorité en matière de logement [...]. Il faut définir les obligations des gouvernements à cet égard afin de donner un sens concret au droit de

toute personne à un lieu sûr où elle puisse vivre dans la paix et la dignité, y compris l'accès à la terre;

- f) *Emplacement.* Un logement convenable doit se situer en un lieu où existent des possibilités d'emploi, des services de santé, des établissements scolaires, des centres de soins pour enfants et d'autres services sociaux [...];
- g) *Respect du milieu culturel.* L'architecture, les matériaux de construction utilisés et les politiques en la matière doivent permettre d'exprimer convenablement l'identité culturelle et la diversité dans le logement [...].

Le droit à l'eau et à l'assainissement

Le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement découle du droit à un niveau de vie suffisant et est indissociable du droit au meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint, ainsi que du droit à la vie et à la dignité⁹. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a indiqué que « le droit à l'eau est indispensable pour mener une vie digne » et « est une condition préalable à la réalisation des autres droits de l'homme ». Le Comité a précisé qu'un approvisionnement suffisant en eau de boisson salubre est nécessaire à la santé et étroitement lié aux droits à un logement convenable et à une alimentation suffisante.

Le Comité a indiqué que les **obligations fondamentales** au regard de ce droit font obligation aux États parties :

- a) D'assurer l'accès à la quantité d'eau essentielle, suffisante et salubre pour les usages personnels et domestiques, afin de prévenir les maladies;
- b) De garantir le droit d'accès à l'eau, aux installations et aux services sans discrimination, notamment pour les groupes vulnérables ou marginalisés;
- c) D'assurer l'accès physique à des installations et services qui fournissent régulièrement une eau salubre en quantité suffisante, qui comportent un nombre suffisant de points d'eau pour éviter des attentes excessives et qui soient à distance raisonnable du foyer;
- d) De veiller à ce que la sécurité des personnes qui ont physiquement accès à l'eau ne soit pas menacée;
- e) D'assurer une répartition équitable de tous les équipements et services disponibles;

- f) D'adopter et de mettre en œuvre, au niveau national, une stratégie et un plan d'action visant l'ensemble de la population; cette stratégie et ce plan d'action devraient être élaborés et périodiquement examinés [...] une attention particulière devrait être accordée à tous les groupes vulnérables ou marginalisés lors de l'élaboration de la stratégie et du plan d'action, de même que dans leur contenu;
- g) De contrôler dans quelle mesure le droit à l'eau est réalisé ou ne l'est pas;
- h) D'adopter des programmes d'approvisionnement en eau relativement peu coûteux visant à protéger les groupes vulnérables et marginalisés;
- i) De prendre des mesures pour prévenir, traiter et combattre les maladies d'origine hydrique, en particulier en assurant l'accès à un assainissement adéquat.

Le droit à l'alimentation

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels garantit le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant, y compris une nourriture suffisante, et reconnaît le droit fondamental qu'à toute personne d'être à l'abri de la faim (art. 11). Le droit à une nourriture suffisante n'est réalisé que lorsque « chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès [...] à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer ».

Le Comité a indiqué que le droit à une nourriture suffisante impose aux États de garantir :

- a) La *disponibilité* de nourriture exempte de substances nocives et acceptable dans une culture déterminée, en quantité suffisante et d'une qualité propre à satisfaire les besoins alimentaires de l'individu. La disponibilité vise les possibilités de se nourrir soi-même en produisant ou en se procurant de la nourriture;
 - b) L'*accessibilité* ou possibilité d'obtenir cette nourriture d'une manière durable et qui n'entrave pas la jouissance des autres droits de l'homme. L'accessibilité est à la fois physique et économique.
- ° Voir la résolution 15/9 du Conseil des droits de l'homme sur les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement. Voir aussi la résolution 64/292 de l'Assemblée générale sur le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement.

Sources : Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observations générales n° 4 (1991) sur le droit à un logement suffisant, n° 15 (2002) sur le droit à l'eau et n° 12 (1999) sur le droit à une nourriture suffisante.

A. Obstacles juridiques et pratiques empêchant les migrants en situation irrégulière d'exercer leur droit à un niveau de vie suffisant

Il est souvent très difficile pour les migrants en situation irrégulière de parvenir à un niveau de vie suffisant. L'insécurité des conditions dans lesquelles vivent la plupart d'entre eux leur permet rarement d'accéder à un logement et à de l'eau et un assainissement convenables, et un accès insuffisant à l'un de ces droits risque de compromettre l'exercice d'autres droits. En zone urbaine, particulièrement, où les migrants en situation irrégulière ont tendance à s'installer, beaucoup d'entre eux sont obligés, par la loi ou les circonstances, à vivre dans des zones résidentielles isolées, vétustes et mal entretenues, où les services et les équipements sont médiocres.

Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a souligné les difficultés d'accès des migrants en situation irrégulière à un logement convenable, et fait observer que, du fait de leur accès limité au marché privé ou aux logements sociaux, ils sont souvent sans logement ou vivent dans des conditions de surpeuplement, d'insécurité et d'insalubrité⁹⁴.

Logement convenable

Les migrants en situation irrégulière ont des difficultés à louer des logements de bonne qualité. C'est particulièrement vrai dans les pays qui incriminent la migration irrégulière, où louer un logement à des migrants en situation irrégulière peut constituer une infraction pénale. Par exemple, l'Union européenne impose à ses États membres l'obligation de sanctionner quiconque aide sciemment, dans un but lucratif, un non-ressortissant à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État sur le séjour des étrangers⁹⁵.

⁹⁴ A/HRC/14/30, par. 47.

⁹⁵ Directive 2002/90/CE du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, art. 1.1 b). Selon la FRA, les pays de l'Union européenne suivants sanctionnent la location d'un logement aux migrants en situation irrégulière : Chypre, Danemark, Estonie, Grèce et Italie. Dans plusieurs autres pays de l'UE, les personnes qui louent un logement à des migrants en situation irrégulière peuvent être sanctionnées pour infraction générale à l'interdiction de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, p. 70.

Les migrants en situation irrégulière sont confrontés à de nombreux obstacles pour se loger, même lorsqu'ils sont légalement autorisés à louer un logement. Les propriétaires peuvent être tenus de signaler leur présence à la police; les locataires peuvent devoir s'inscrire au registre de la population local ou auprès de l'administration fiscale; pour signer un bail, les locataires peuvent devoir produire des documents que les migrants en situation irrégulière n'ont pas en leur possession ou ne peuvent se procurer (par exemple, titre de séjour, numéro de sécurité sociale, preuve de revenus, contrat de travail). La Rapporteuse spéciale sur le logement convenable a affirmé que les salaires et les conditions de travail des migrants en situation irrégulière les empêchent souvent d'avoir accès au marché immobilier sur le même pied d'égalité que les nationaux⁹⁶.

Ne pas trouver de logement pousse souvent les migrants en situation irrégulière à accepter un hébergement en mauvais état, sans hygiène, surpeuplé ou trop cher. Ils doivent parfois se partager le même lit à tour de rôle⁹⁷. Dans certains pays, les employeurs sont tenus de fournir un logement aux travailleurs. Dans ce cas, le logement fourni est souvent de mauvaise qualité ou l'employeur prélève un montant élevé sur le salaire en règlement du loyer⁹⁸. Les employés de maison qui vivent chez leur employeur peuvent être obligés d'accepter de très mauvaises conditions de vie et dorment souvent dans des vestibules ou des placards.

Dans d'autres cas, les migrants en situation irrégulière vivent dans des abris de fortune, des bâtiments abandonnés ou inachevés ou même en plein air. Dans un certain nombre de pays, l'accès aux refuges pour sans-abri est limité aux ressortissants nationaux ou aux migrants en situation régulière⁹⁹. Même lorsque les migrants en situation irrégulière y

⁹⁶ A/65/261, par. 30 et 31.

⁹⁷ Concernant les « lits chauds », voir le Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme (E/2010/89), par. 37, et le Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant, Miloon Kothari, sur sa mission en Espagne (A/HRC/7/16/Add.2), par. 74.

⁹⁸ E/2010/89, par. 37.

⁹⁹ FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, p. 73.

sont acceptés, la réglementation obligeant les refuges à les signaler aux autorités peut, dans la pratique, les empêcher de recourir à ces services.

Selon la Rapporteuse spéciale sur le logement convenable, « le manque d'information sur les possibilités et les programmes de logements, les procédures bureaucratiques, les réglementations existant dans le domaine du logement et les droits des locataires compliquent souvent l'accès des migrants à un logement convenable, même lorsque la législation locale et nationale ne leur est pas défavorable »¹⁰⁰. L'accès aux logements sociaux est presque impossible dans de nombreux pays. Une mauvaise compréhension de la langue locale et le manque d'accès à des services d'interprètes sont un autre obstacle à un logement convenable pour de nombreux migrants en situation irrégulière.

Dans sa recommandation générale n° 30 (2004), le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a reconnu que le lieu où les migrants sont logés peut accroître leur marginalisation (par. 32). Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est dit préoccupé par le fait que, en France, par exemple, « les personnes appartenant à des minorités nationales, raciales et ethniques, en particulier les travailleurs migrants et les personnes issues de l'immigration, vivent majoritairement dans des quartiers pauvres où les infrastructures sont de mauvaise qualité, les immeubles mal entretenus, les perspectives d'emploi limitées, l'accès aux établissements de santé et aux transports publics insuffisant, et où les écoles manquent de moyens et les risques de délinquance et de violence sont élevés »¹⁰¹.

Les expulsions forcées affectent tout particulièrement les groupes très vulnérables, dont les migrants en situation irrégulière. Elles ont souvent lieu sans préavis, sans consultation préalable et sans proposition de relogement. Après une telle expulsion, les migrants en situation irrégulière peuvent se retrouver sans abri et être repoussés vers des zones où ils n'ont aucun accès à des services de base ou des moyens de subsistance. Ils peuvent également être placés en détention et renvoyés arbitrairement vers leur pays d'origine. Le Rapporteur spécial sur les

¹⁰⁰ A/65/261, par. 31.

¹⁰¹ E/C.12/FRA/CO/3, par. 21, 41 c) et 43.

droits de l'homme des migrants a reconnu que les expulsions de force entravent non seulement le droit des migrants à un logement, mais également leur droit à la santé, à l'alimentation, à l'eau et à l'éducation¹⁰².

On entend souvent dire que les autorités locales n'acceptent pas les migrants en situation irrégulière dans les centres d'hébergement pour les sans-abri ou les indigents et ne garantissent pas leur protection, sauf dans les cas les plus extrêmes de vulnérabilité (par exemple, les mères accompagnées de leur nouveau-né) et pour une durée déterminée. En conséquence, les enfants migrants sont souvent obligés de vivre avec leurs parents dans des conditions mauvaises ou malsaines (en surnombre, dans un logement délabré, une usine abandonnée ou une cabane près d'une rivière, etc.)¹⁰³. Des solutions de logement sont parfois proposées à l'enfant, mais pas à sa famille, ce qui place l'enfant et la famille devant un dilemme insoutenable.

Il est également très préoccupant que, lorsqu'ils atteignent l'âge de 18 ans, les enfants en situation irrégulière ne puissent régulariser leur situation et risquent d'être exclus de l'accès à l'aide sociale¹⁰⁴.

Minimum vital (nourriture et eau)

Souvent, les États ne s'assurent pas que les migrants en situation irrégulière aient accès aux ressources minimums de subsistance, dont une quantité suffisante de nourriture et d'eau salubre.

Les travailleurs domestiques migrants qui vivent chez leur employeur sont dans une situation particulièrement vulnérable en termes d'alimentation, surtout s'ils sont en situation irrégulière. Il arrive que leur employeur les prive de nourriture pour les punir ou les maltraiter, ou qu'il ne leur donne pas assez de nourriture ou une nourriture de mauvaise qualité, ce qui a des conséquences sur leur santé. Les migrants en situation irrégulière peuvent ne

¹⁰² A/HRC/14/30, par. 52.

¹⁰³ PICUM, *Enfants sans papiers en Europe : victimes invisibles d'une immigration restrictive* (Bruxelles, 2008), p. 74.

¹⁰⁴ Aux Pays-Bas, par exemple, le Gouvernement a décidé ne plus assurer d'aide financière et d'aide au logement aux enfants migrants non accompagnés lorsqu'ils atteignent l'âge de 18 ans. Human Rights Watch, *Rapport mondial 2012 – Événements de 2011* (New York, 2012), p. 453.

pas bénéficier d'une aide alimentaire (sous forme de coupons alimentaires, par exemple), soit du fait de la loi, soit qu'ils craignent d'être repérés et déportés s'ils tentent de faire valoir leurs droits auprès des autorités.

Conditions de vie dans les centres de détention pour migrants

Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, la situation des migrants en situation irrégulière placés dans un centre de détention pour migrants est un problème récurrent. Les migrants privés de liberté dépendent totalement de l'État en matière de nourriture et d'eau et peuvent être obligés de vivre dans des conditions inadéquates.

La Rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme des migrants a attiré l'attention sur le fait que les migrants placés en détention n'ont pas toujours accès à une alimentation suffisante¹⁰⁵. La nourriture peut aussi avoir d'importantes connotations culturelles pour certains migrants et la Rapporteuse spéciale a noté que de nombreux établissements de détention ne prévoyaient pas de dispositions pour fournir aux migrants une nourriture adaptée à leur culture¹⁰⁶.

Au Mexique, la *Ley de Migración* (2011) garantit un niveau de vie suffisant aux migrants placés dans les centres d'accueil migratoires (*estaciones migratorias*). L'article 107 énumère les besoins spécifiques devant être satisfaits, notamment :

1. Aide médicale, psychologique et juridique;
2. Nourriture suffisante, dont trois repas de qualité suffisante par jour. Les repas doivent satisfaire les besoins particuliers des enfants, des adolescents, des personnes âgées, des femmes enceintes ou allaitantes, des personnes dans un état de santé spécifique et d'autres personnes vulnérables, et respecter les traditions religieuses;
3. Lieux séparés pour les hommes et les femmes. Les enfants doivent être maintenus avec leur mère, leur père ou autre personne les accompagnant, sauf si cela ne sert pas l'intérêt supérieur de l'enfant;
4. Suffisamment d'espace; les locaux ne doivent pas être surpeuplés;
5. Installations récréatives, sportives et culturelles.

¹⁰⁵ E/CN.4/2003/85/Add.4, par. 61.

¹⁰⁶ E/CN.4/2003/85, par. 53.

Le Groupe de travail sur la détention arbitraire a lui aussi invoqué les mauvaises conditions dans lesquelles les migrants en situation irrégulière sont détenus dans de nombreux centres de détention. Dans son rapport sur sa mission en Malaisie, il a indiqué que l'un des centres de détention pour migrants était surpeuplé, que l'accès à l'eau potable était insuffisant et que les installations sanitaires laissaient à désirer. Il a également fait état de plaintes quant au manque de nourriture et de ventilation. Le surpeuplement et le manque d'hygiène favorisent la transmission des maladies, en particulier les maladies de la peau¹⁰⁷.

Concernant le Guatemala, le Comité des travailleurs migrants s'est dit préoccupé par les conditions d'hébergement dans les centres d'accueil pour migrants. Il a noté en particulier l'exiguïté et la mauvaise ventilation des locaux et l'accès restreint aux services sociaux¹⁰⁸.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a statué que les mauvaises conditions de détention subies par un migrant en situation irrégulière, notamment le surpeuplement, des installations sanitaires inadéquates et des services médicaux insuffisants, constituaient un traitement cruel, inhumain et dégradant. Dans le même arrêt, la Cour a considéré que l'absence de conditions minimums pour garantir une quantité d'eau potable suffisante dans un centre de détention constitue un manquement de l'État à son obligation de garantir les droits fondamentaux des personnes placées sous sa responsabilité¹⁰⁹.

B. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à un logement convenable

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a demandé instamment aux États parties de s'acquitter de leurs obligations fondamentales au titre du Pacte et de veiller à ce qu'au minimum les éléments essentiels des droits au logement, à la santé et à l'éducation des migrants en situation irrégulière soient respectés, protégés et mis en œuvre.

¹⁰⁷ A/HRC/16/47/Add.2, par. 81.

¹⁰⁸ CMW/C/GTM/CO/1, par. 24 et 25.

¹⁰⁹ *Vélez Loor v. Panama*, par. 227 et 216.

Le Comité a indiqué explicitement dans son observation générale n° 4 (1991) que « le droit à un logement suffisant s'applique à tous » et que garantir le droit à un logement suffisant est essentiel à la dignité inhérente à la personne humaine (par. 6, 7 et 9). Par ailleurs, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale prévoit « le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance [...] [du] droit au logement » (art. 5 e) iii)). Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a par ailleurs recommandé « l'application effective de la législation visant à combattre la discrimination dans le logement, y compris les pratiques discriminatoires du secteur privé »¹¹⁰.

En Espagne, la Communauté autonome de Catalogne a élaboré un plan pour le droit au logement 2004-2007 qui, contrairement au plan public, compte les migrants parmi les groupes ayant besoin de mesures spécifiques.

Source : A/HRC/7/16/Add.2, par. 77.

La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille ne reconnaît pas explicitement le droit au logement des migrants en situation irrégulière¹¹¹. Une analyse de la Convention à la lumière d'autres instruments universels relatifs aux droits de l'homme tenant compte de l'interdiction universelle de la discrimination indique toutefois que la Convention impose au minimum aux États parties de veiller à ce que les migrants en situation irrégulière aient accès à un logement¹¹².

¹¹⁰ E/C.12/FRA/CO/3, par. 41 c).

¹¹¹ Le droit à un logement convenable n'est reconnu explicitement qu'à l'article 43 d), qui dispose que les migrants en situation régulière bénéficient du même traitement que les nationaux concernant « l'accès au logement, y compris les programmes de logements sociaux, et la protection contre l'exploitation en matière de loyers ».

¹¹² À cet égard, l'observation générale n° 2 (2013) du Comité des travailleurs migrants est instructive : « Le Comité rappelle que la Convention ne prévoit qu'un niveau minimal de protection. Le paragraphe 1 de l'article 81 précise que rien n'empêche un État partie d'accorder aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille, y compris ceux en situation irrégulière, des droits et libertés plus larges que ceux énoncés dans la Convention, en vertu de son droit ou de sa pratique ou de tout traité bilatéral ou multilatéral auquel il aurait souscrit. Le Comité est d'avis que les États parties doivent interpréter les obligations découlant de la Convention au regard des principaux traités relatifs aux droits de l'homme et autres instruments internationaux pertinents auxquels ils sont parties. Bien que distincts et autonomes, ces traités sont complémentaires et se renforcent mutuellement. » (par. 7).

Par ailleurs, l'article 10 de la Convention, qui interdit les traitements inhumains et dégradants, devrait inciter les États à prendre des mesures positives pour s'assurer que les migrants en situation irrégulière ne soient pas forcés de vivre dans des conditions de logement inhumaines ou dégradantes et contraires à la dignité humaine.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a indiqué dans sa recommandation générale n° 30 (2004) que les États parties devaient « supprimer les obstacles empêchant ou limitant l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels par les non-ressortissants, notamment dans [le domaine] [...] du logement » et qu'ils devaient « garantir la jouissance égale du droit à un logement adéquat pour les ressortissants et les non-ressortissants, notamment en évitant la ségrégation dans le logement et en veillant à ce que les organismes de logement s'abstiennent de recourir à des pratiques discriminatoires » (par. 29 et 32).

En vertu de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, les travailleurs migrants, y compris ceux qui sont en situation irrégulière, doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui dont bénéficient les nationaux de l'État d'emploi en matière de conditions de travail (art. 25). Cela s'applique à la situation des travailleurs migrants logés par leur employeur, notamment les travailleurs domestiques. La Convention n° 189 de l'OIT énonce que les travailleurs domestiques logés au sein du ménage ont droit à des conditions de vie décentes qui respectent leur vie privée (art. 6).

Le Comité européen des droits sociaux a examiné les droits au logement des migrants en situation irrégulière au regard du principe de non-discrimination et a reconnu que des conditions de logement extrêmement mauvaises peuvent produire un impact négatif sur l'exercice de leur droit à la vie et à la dignité. Dans une affaire portant sur les mesures de sécurité d'urgence visant les migrants roms et sintis (en situation régulière ou irrégulière) en Italie, le Comité a conclu que l'Italie avait violé différentes dispositions de la Charte révisée, notamment le droit au logement (art. 31), le droit à la protection contre la pauvreté et

l'exclusion sociale (art. 30), le droit des familles à une protection sociale, juridique et économique (art. 16) et le droit des migrants à la protection et à l'assistance (art. 19)¹¹³. Il a souligné l'impact de l'exclusion sociale sur l'accès aux soins de santé et d'un logement non convenable sur la santé.

La Rapporteuse spéciale sur le logement convenable a indiqué que « le logement ne peut être refusé à des migrants en situation irrégulière [...] ils doivent avoir la possibilité de recevoir un minimum d'assistance en matière de logement de façon à garantir des conditions de dignité humaine »¹¹⁴. Selon le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, « les États devraient, au minimum, fournir aux migrants en situation irrégulière et risquant de se retrouver sans abri un logement garantissant leur dignité et allouer des fonds aux refuges hébergeant des migrants en situation irrégulière »¹¹⁵. Le HCDH a souligné que les stratégies nationales dans le domaine du logement prennent rarement en compte les migrants et pratiquement jamais les migrants en situation irrégulière¹¹⁶.

Le Comité européen des droits sociaux a reconnu que les enfants en situation irrégulière et sans papiers ont le droit au logement. Dans l'affaire *Defence for Children International (DCI) v. the Netherlands*, il a déclaré que le droit à un abri est étroitement lié au droit à la vie, à la protection sociale, au respect de la dignité humaine et à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, quelle que soit sa situation en termes de résidence. Pour prévenir l'état de sans-abri, les États sont dans l'obligation de fournir un abri aux enfants, quelle que soit leur situation, aussi longtemps qu'ils relèvent de leur juridiction¹¹⁷.

¹¹³ *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, réclamation n° 58/2009, décision du 25 juin 2010.

¹¹⁴ A/65/261, par. 93.

¹¹⁵ A/HRC/14/30, par. 88.

¹¹⁶ HCDH et Programme des Nations Unies pour les établissements humains (ONU-Habitat), *Fiche d'information n° 21/Rev.1 : Le droit à un logement convenable*, p. 30.

¹¹⁷ Réclamation n° 47/2008, décision du 20 octobre 2009. Concernant les expulsions, le Comité a estimé que « dans la mesure où aucune solution de relogement ne peut être exigée des États pour les personnes en situation irrégulière, l'expulsion d'un abri doit être interdite car elle place les intéressés, en particulier les enfants, dans une situation d'extrême détresse, qui est contraire au respect de la dignité humaine » (par. 63).

C. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à l'eau et à l'assainissement

Si le droit à l'eau n'est pas expressément reconnu en tant que droit de l'homme autonome dans les instruments internationaux, le droit international des droits de l'homme prévoit certaines obligations concernant l'accès à l'eau potable. En vertu de ces obligations, les États sont tenus de garantir progressivement l'accès à des installations sanitaires appropriées, lesquelles constituent un élément fondamental de la dignité humaine et de la vie privée, mais aussi de veiller à la qualité de l'approvisionnement et des ressources en eau de boisson¹¹⁸. Dans son observation générale n° 15 (2002), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a précisé que les États « ont en particulier l'obligation de fournir l'eau et les installations nécessaires à ceux qui ne disposent pas de moyens suffisants, et de prévenir toute discrimination fondée sur des motifs interdits par les instruments internationaux concernant la fourniture d'eau et des services correspondants » (par. 15).

D'autres instruments internationaux consacrent le droit à l'eau et à l'assainissement. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes énonce que les États parties doivent veiller à ce que les femmes exercent leur droit « de bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne [...] l'assainissement, l'approvisionnement [...] en eau » (art. 14.2 h)). La Convention relative aux droits de l'enfant demande aux États parties de lutter contre la maladie et la malnutrition « grâce à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable » (art. 24.2 c)).

En 2006, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a adopté des directives pour la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement. Ces directives définissent le droit à l'assainissement comme le droit de chacun à un service d'assainissement adéquat et sûr de nature à protéger la santé publique

¹¹⁸ HCDH, ONU-Habitat et OMS, *Fiche d'information n° 35 : Le droit à l'eau*, p. 3.

et l'environnement¹¹⁹. Dans sa résolution 64/292, l'Assemblée générale des Nations Unies a reconnu que « le droit à l'eau potable et à l'assainissement est un droit de l'homme, essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l'exercice de tous les droits de l'homme ». En 2011, le Conseil des droits de l'homme a adopté la résolution 18/1 sur le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement.

Pour vérifier s'ils ont réalisé le droit à l'eau, les États devraient prendre en compte les facteurs suivants : la disponibilité de l'eau pour les usages personnels et domestiques¹²⁰, la qualité de l'eau disponible¹²¹ et le degré d'accessibilité de l'eau. Ce dernier facteur devrait indiquer dans quelle mesure l'eau est physiquement et économiquement abordable, si elle est accessible sans discrimination et si les informations sur les questions concernant l'eau peuvent être obtenues.

Dans son observation générale n° 15 (2002), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels inclut explicitement les migrants dans les groupes particulièrement vulnérables ou marginalisés pour ce qui est du droit à l'eau, considérant que « les États parties devraient prêter une attention spéciale aux particuliers et aux groupes qui ont traditionnellement des difficultés à exercer ce droit, notamment les femmes, les enfants, les groupes minoritaires, les peuples autochtones, les réfugiés, les demandeurs d'asile, les personnes déplacées dans leur propre pays, les travailleurs migrants ainsi que les prisonniers et les détenus » (par. 16).

¹¹⁹ E/CN.4/Sub.2/2005/25. Voir aussi *Fiche d'information n° 35 : Le droit à l'eau*, p. 5.

¹²⁰ Selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, la disponibilité implique que « l'eau disponible pour chaque personne doit être suffisante et constante pour les usages personnels et domestiques » et que « la quantité d'eau disponible pour chacun devrait correspondre aux directives de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) ». Observation générale n° 15 (2002), par. 12 a).

¹²¹ Selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, la qualité implique que « l'eau nécessaire pour chaque usage personnel et domestique doit être salubre et donc exempte de microorganismes, de substances chimiques et de risques radiologiques qui constituent une menace pour la santé » et « doit avoir une couleur, une odeur et un goût acceptables pour chaque usage personnel ou domestique ». *Ibid.*, par. 12 b).

D. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à l'alimentation

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a souligné dans son observation générale n° 12 (1999) le lien étroit entre le droit à l'alimentation et la dignité intrinsèque de la personne humaine et reconnu que le droit à l'alimentation était indispensable à la réalisation des autres droits fondamentaux consacrés par la Charte internationale des droits de l'homme (par. 4). Les obligations fondamentales en matière de droit à la santé invoquées par le Comité dans son observation générale n° 14 (2000) incluent, par exemple, « l'accès à une alimentation essentielle minimale qui soit suffisante et sûre sur le plan nutritionnel, pour libérer chacun de la faim » (par. 43 b)).

Le droit à l'alimentation est également consacré par la Convention relative aux droits de l'enfant, qui demande aux États parties de veiller à ce que les enfants aient accès à une alimentation suffisante, y compris par une assistance matérielle et des programmes d'appui, en cas de besoin (art. 27.3).

L'interdiction de la discrimination et le droit à l'égalité imposent aux États de garantir aux migrants en situation irrégulière le droit à l'alimentation. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a indiqué dans son observation générale n° 12 (1999) que « toute discrimination en matière d'accès à la nourriture, ainsi qu'aux moyens et aux prestations permettant de se procurer de la nourriture, que cette discrimination soit fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, l'âge, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, dans le but d'infirmer la jouissance ou l'exercice, en pleine égalité, des droits économiques, sociaux et culturels, ou d'y porter atteinte, constitue une violation du Pacte » (par. 18). Le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation a fait le même constat : « En ce qui concerne l'accès à la nourriture, la discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou autre situation, ne peut se justifier en aucune circonstance, y compris par le faible niveau des ressources. »¹²².

¹²² E/CN.4/2002/58, par. 41.

Le Comité a indiqué dans son observation générale n° 12 (1999) que les ressources comme l'eau et la nourriture devraient être distribuées en priorité aux groupes de population les plus vulnérables ou marginalisés, même en cas de « sévères limitations de ressources » (par. 28 et 38). Le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation a souligné que les États ont l'obligation directe de veiller à ce que les personnes détenues, dont les migrants, aient droit à une nourriture suffisante parce qu'ils sont incapables de se nourrir¹²³. Les migrants en situation irrégulière étant eux aussi en situation de vulnérabilité à cet égard, les États devraient garantir leur accès à la nourriture.

Les besoins des enfants devraient également être une priorité. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation générale n° 20 (2009), a reconnu explicitement que « le motif de la nationalité ne doit pas empêcher l'accès aux droits consacrés par le Pacte; par exemple, tous les enfants vivant dans un État, même ceux qui sont en situation irrégulière, ont le droit de recevoir une éducation et d'avoir accès à une nourriture suffisante et à des soins de santé abordables » (par. 30).

Des informations appropriées sur la nourriture sont essentielles pour réaliser le droit à la nourriture. Dans le cas des migrants en situation irrégulière, les employeurs peuvent participer à la fourniture de telles informations. Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a souligné que devraient figurer dans les contrats de travail « toutes les autres informations pertinentes [...] (lieu de travail, durée, rémunération, horaire de travail et conditions de séjour, notamment permis de séjour et de travail, logement adéquat et propre, alimentation suffisante, accès aux services médicaux et informations sur les sources d'assistance en cas de problème) »¹²⁴.

L'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) a publié des directives volontaires à l'appui de la concrétisation

¹²³ Ibid., par. 46.

¹²⁴ A/HRC/14/30/Add.2, par. 106 d).

progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale. Ces directives aident les États à mettre en œuvre le droit à une alimentation adéquate. La directive 12.5, notamment, invite les États « à prendre des mesures appropriées et à proposer des stratégies visant à contribuer à la sensibilisation des familles de migrants, de manière à encourager l'utilisation efficace des devises qui leur sont envoyées au travers d'investissements susceptibles d'améliorer leurs moyens de subsistance, y compris la sécurité alimentaire de leur famille ».

Les Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention du HCR énoncent qu'une nourriture d'une valeur nutritionnelle suffisante adaptée à l'âge, à l'état de santé et à l'origine culturelle ou religieuse doit être fournie en détention. Un régime alimentaire spécial doit être prévu pour les femmes enceintes ou qui allaitent. Les lieux dans lesquels la nourriture est préparée et consommée doivent respecter les règles élémentaires de propreté et d'hygiène¹²⁵. Ces normes devraient s'appliquer à tous les migrants placés en détention, quel que soit leur statut au regard de l'immigration.

¹²⁵ Principe directeur 8 (xi).

Messages clefs

- Les États devraient adopter des mesures pour prévenir et sanctionner la discrimination à l'égard des migrants en situation irrégulière, qui compromet leur droit à un niveau de vie suffisant, et empêcher la marginalisation et l'exclusion sociale de ces migrants, notamment en raison de la localisation de leur logement.
- Louer un logement à un migrant en situation irrégulière ne devrait pas être une infraction pénale. Ces personnes devraient être protégées comme il se doit contre la pratique de loyers déraisonnables ou excessifs.
- Les migrants sans abri devraient pouvoir accéder à des refuges convenables quels que soient leur nationalité et leur statut. Les personnes qui gèrent les refuges ne devraient pas être tenues de signaler aux autorités les personnes qu'ils hébergent.
- Les États devraient prendre des mesures juridiques et administratives pour garantir la sécurité juridique de l'occupation et empêcher les expulsions forcées de migrants en situation irrégulière, en particulier si aucune solution de relogement n'est proposée.
- Les États devraient veiller à ce que tous les migrants puissent subvenir à leurs besoins minimums et avoir un accès adéquat à la nourriture, à l'eau salubre et à l'assainissement, quel que soit leur statut migratoire.
- Les États devraient veiller à ce que les conditions de vie dans les centres de détention respectent les droits fondamentaux et la dignité humaine des migrants. En particulier, les installations ne devraient pas être surpeuplées ni manquer d'hygiène, de ventilation ou d'espaces ouverts et, au minimum, devraient fournir un couchage approprié, de la nourriture acceptable culturellement et de l'eau salubre.

IV. LE DROIT À L'ÉDUCATION

Teneur et composantes spécifiques

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaît le droit de toute personne à l'éducation visant au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité (art. 13.1). Ses rédacteurs ont également reconnu que l'éducation doit favoriser « la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux ».

Le Pacte énumère les composantes spécifiques de ce droit (art. 13.2) : par exemple, l'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible gratuitement à tous; l'enseignement secondaire doit être généralisé et rendu accessible à tous par tous les moyens appropriés; l'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en fonction des capacités de chacun.

Dans son observation générale n° 13 (1999) sur le droit à l'éducation, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a indiqué que l'enseignement, sous toutes ses formes et à tous les niveaux, doit répondre aux caractéristiques suivantes :

- a) *Disponibilité* : les établissements d'enseignement et les programmes éducatifs doivent exister en nombre suffisant à l'intérieur de la juridiction de l'État partie [...];
- b) *Accessibilité* : les établissements d'enseignement et les programmes éducatifs doivent être accessibles à tout un chacun, sans discrimination, à l'intérieur de la juridiction de l'État partie. L'accessibilité revêt trois dimensions qui se chevauchent : i) *non-discrimination* – l'éducation doit être accessible à tous, en droit et en fait, notamment aux groupes les plus vulnérables, sans discrimination fondée sur l'un ou l'autre des motifs proscrits [...]; ii) *accessibilité physique* – l'enseignement doit être dispensé en un lieu raisonnablement accessible (par exemple dans une école de quartier) ou à travers les technologies modernes (par exemple l'enseignement à distance); iii) *accessibilité économique* – l'éducation doit être économiquement à la portée de tous [...];
- c) *Acceptabilité* : la forme et le contenu de l'enseignement, y compris les programmes scolaires et les méthodes pédagogiques, doivent être acceptables (par exemple, pertinents, culturellement appropriés et de bonne qualité) pour les étudiants et, selon que de besoin, les parents [...];
- d) *Adaptabilité* : l'enseignement doit être souple de manière à pouvoir être adapté aux besoins de sociétés et de communautés en mutation, tout comme aux besoins des étudiants dans leur propre cadre social et culturel (par. 6).

Le Comité a indiqué que les **obligations fondamentales** au regard de ce droit font obligation aux États parties :

- a) D'assurer l'accès, sans discrimination, aux établissements d'enseignement et aux programmes éducatifs publics;
- b) De veiller à ce que l'éducation dispensée soit conforme aux objectifs exposés au paragraphe 1 de l'article 13 du Pacte;
- c) D'assurer un enseignement primaire à tous;
- d) D'adopter et de mettre en œuvre une stratégie nationale en matière d'éducation;
- e) De garantir le libre choix de l'éducation, sous réserve qu'elle soit conforme aux normes minimales en matière d'éducation (par. 57).

A. Obstacles juridiques et pratiques empêchant les migrants en situation irrégulière d'exercer leur droit à l'éducation

Pour les enfants de migrants en situation irrégulière, l'école offre la possibilité de s'intégrer dans la société dans laquelle eux ou leurs parents se sont installés. Leur scolarisation peut même leur permettre d'obtenir un permis de séjour à l'âge de 18 ans. En France et en Italie, par exemple, les enfants peuvent obtenir un permis de séjour à leur majorité s'ils remplissent les conditions de durée de résidence et de fréquentation scolaire¹²⁶.

Pour les migrants en situation irrégulière, les principaux obstacles à l'exercice du droit à l'éducation sont :

- Ne pas avoir les documents requis pour l'inscription à l'école;
- Obligation de signalement;
- Accès de la police et autres autorités aux données des élèves;
- Pratiques répressives des services de l'immigration;
- Droits et frais de scolarité;
- Difficulté à obtenir un diplôme.

¹²⁶ Voir PICUM, *Enfants sans papiers en Europe*, p. 11.

Dans de nombreux pays, les enfants en situation irrégulière ne peuvent pas exercer leur droit à l'éducation. Même lorsque la loi reconnaît ce droit, son application n'est pas cohérente en raison des pratiques discriminatoires persistantes dans de nombreux États¹²⁷. La loi n'autorise pas toujours les adolescents en situation irrégulière à poursuivre leurs études au-delà du primaire. Dans les pays dont la législation nationale précise que « tous les enfants » ont droit à l'éducation, ce droit n'est qu'implicite pour les enfants en situation irrégulière et, dans certains cas, les directeurs d'établissement scolaire hésitent à inscrire ces enfants. En Pologne, la scolarisation des enfants est un droit et est obligatoire entre 6 et 18 ans, mais les enfants en situation irrégulière ne peuvent pas être pris en compte dans les demandes de financement, ce qui est inquiétant car cela incite les écoles à refuser de les inscrire¹²⁸. La Constitution turque énonce que nul ne peut être privé du droit à l'éducation (art. 42), mais également que l'enseignement primaire n'est obligatoire que pour les citoyens turcs.

Le nonaccès à l'éducation peut aussi tenir à la situation générale des migrants en situation irrégulière dans le pays de destination. Lorsque la peur de la violence pousse ces migrants à s'isoler de la communauté, leurs enfants risquent de ne pas pouvoir aller dans un établissement scolaire ordinaire. La peur de la violence, les crimes de haine, les propos haineux, l'exclusion et autres manifestations de xénophobie ont un effet extrêmement négatif sur les enfants, surtout lorsque l'on laisse la xénophobie s'installer dans les classes. En Afrique du Sud, des enfants migrants affirment faire régulièrement l'objet de commentaires xénophobes de la part des enseignants ou d'autres élèves¹²⁹.

Les enfants en situation irrégulière sont souvent tenus de justifier leur identité, leur lieu de résidence, leur date de naissance et, parfois, de

¹²⁷ « Aucun cas de discrimination directe n'a été mis en évidence par les entretiens ou l'examen des législations nationales pour les pays étudiés. [...] Toutefois, le niveau de protection des enfants étrangers et des enfants sans papiers varie selon les pays. », *ibid.*, p. 15. Voir aussi FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière*, p. 99. La FRA a observé que, dans la pratique, cinq pays européens (Bulgarie, Hongrie, Lettonie, Lituanie et Suède) limitent l'accès des enfants migrants en situation irrégulière à l'enseignement public gratuit.

¹²⁸ PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2009*, p. 65.

¹²⁹ *Ibid.*

produire leur dossier médical pour s'inscrire à l'école. En Europe, cinq pays exigent une forme ou une autre de document d'identité, une douzaine une attestation de domicile ou de lieu de résidence et plusieurs des documents médicaux. Dans certains cas, les enfants doivent également réussir un examen de langue pour s'inscrire dans une école publique¹³⁰. Au Maroc, il faut un certificat de naissance et un titre de séjour pour s'inscrire à l'école¹³¹.

Le Comité des travailleurs migrants a noté que la loi sur la migration de l'Argentine garantit à tous les migrants le droit d'accéder librement à l'éducation, à tous les niveaux. Toutefois, il s'est inquiété de ce que, dans la pratique, les enfants migrants se voient souvent refuser l'accès à l'école s'ils ne sont pas titulaires d'un document national d'identité¹³².

En Chine, tout résident doit s'inscrire dans le système d'enregistrement des ménages (*hukou*), qui donne lieu à la délivrance d'un document de type passeport (également appelé *hukou*). Les écoles demandent une copie de ce document pour inscrire les enfants et ceux qui ne l'ont pas ne peuvent donc pas être scolarisés¹³³.

Le Comité des travailleurs migrants s'est dit préoccupé par le fait qu'« un nombre considérable d'enfants migrants, et en particulier les enfants de travailleurs migrants en situation irrégulière, n'ont pas accès à l'éducation en Équateur et que cet état de choses peut être dû, notamment, au fait qu'un nombre élevé d'enfants de travailleurs migrants ne sont pas enregistrés à leur naissance ni après, soit parce que leurs parents ne les font pas enregistrer par crainte d'être expulsés, soit parce que cet enregistrement leur est refusé au motif que l'un des parents, ou les deux, sont clandestins »¹³⁴.

¹³⁰ FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière*, p. 87, 90 et 91.

¹³¹ Marie Diop, « Migration des enfants non accompagnés de l'Afrique de l'Ouest vers l'Afrique du Nord : État des lieux », janvier 2013, p. 34 et 35.

¹³² CMW/C/ARG/CO/1, par. 27.

¹³³ Human Rights Watch, *Denied Status, Denied Education : Children of North Korean Women in China* (New York, 2008), p. 8.

¹³⁴ CMW/C/ECU/CO/1, par. 35.

Dans les pires cas, les enfants en situation irrégulière ne peuvent tout simplement pas être scolarisés¹³⁵.

L'obligation de signalement d'une administration scolaire peut décourager les parents d'envoyer leurs enfants à l'école de crainte d'être découverts et expulsés. La divulgation à la police des données sur les élèves peut produire un effet similaire. En Allemagne, le Parlement fédéral a supprimé cette obligation pour les écoles, les crèches et les établissements d'enseignement en 2011, mais pas pour les autres services publics¹³⁶. Une loi adoptée par l'État de l'Alabama (États-Unis) impose aux écoles de vérifier le statut migratoire de leurs élèves, ce qui a entraîné une nette baisse de la fréquentation scolaire des enfants étrangers¹³⁷. Il a par ailleurs été porté à l'attention du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, qui s'en est inquiété, que « des enfants migrants sont arrêtés par la police sur le chemin de l'école en raison de leur statut au regard de l'immigration »¹³⁸.

Concernant l'Algérie, le Comité des travailleurs migrants a souligné que, même s'il n'existe aucun obstacle juridique à l'enregistrement des naissances et à l'accès à l'éducation des enfants de travailleurs migrants en situation irrégulière, dans la pratique les parents tendent à éviter tout contact avec les autorités, par crainte de sanctions et d'expulsion, ce qui peut empêcher les enfants de jouir effectivement de leurs droits fondamentaux¹³⁹.

Ainsi qu'il a été dit, même lorsque la législation nationale n'empêche pas expressément les enfants en situation irrégulière d'aller à l'école, dans

¹³⁵ Dans certaines provinces canadiennes, les enfants apatrides et les enfants migrants sans papiers ne peuvent pas être scolarisés (voir CERD/C/CAN/CO/18, par. 23). En Chine, l'accès à l'éducation des enfants migrants sans papiers n'est pas garanti dans la Région administrative spéciale de Hong Kong (CRC/C/CHN/CO/2, par. 81). En Turquie, les enfants ou leur tuteur légal doivent détenir un permis de travail ou de séjour pour avoir accès à l'éducation (voir Comité européen des droits sociaux, Conclusions sur l'application de la Charte sociale européenne (révisée) par la Turquie, en particulier l'article 17.2 (2011)).

¹³⁶ FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière*, p. 104.

¹³⁷ Human Rights Watch, *No Way to Live : Alabama's Immigrant Law* (New York, décembre 2011), p. 44 et 45.

¹³⁸ A/HRC/14/25, par. 61.

¹³⁹ CMW/C/DZA/CO/1, par. 20.

la pratique ceux-ci souffrent de discrimination ou du manque de mesures positives qui permettraient leur pleine intégration dans le système scolaire¹⁴⁰.

Les enfants migrants en situation irrégulière n'ont souvent pas droit à l'enseignement préscolaire parce qu'il n'est pas obligatoire. En Italie, une mesure empêchant ces enfants de s'inscrire en maternelle a été considérée comme discriminatoire et contraire au droit à l'éducation¹⁴¹. Des adolescents peuvent être privés du volet formation de l'enseignement secondaire et les stages sont souvent considérés comme du travail lorsqu'ils sont obligatoires dans le programme, ce qui pose des problèmes aux migrants en situation irrégulière. Il arrive qu'ils ne puissent pas passer les examens officiels pour obtenir leur certificat de fin d'études. Ces obstacles limitent le plein exercice de leur droit à l'éducation et les empêche de passer de l'éducation à l'emploi.

Par ailleurs, les migrants en situation irrégulière peuvent se heurter à des obstacles pour accéder à un enseignement de qualité. Le Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation a observé que de nombreux migrants n'ont pas accès à un enseignement de qualité. Il a noté que, dans de nombreux pays, les élèves migrants sont confrontés à un risque de marginalisation bien plus élevé face aux systèmes et aux possibilités d'éducation que les élèves natifs¹⁴².

Le fait que des migrants en situation irrégulière soient exclus des possibilités d'apprentissage tout au long de la vie a également suscité

¹⁴⁰ Un certain nombre de rapports des organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme soulignent l'écart qui existe entre le droit et la pratique. Voir, par exemple, certaines de leurs observations finales sur les rapports de l'Azerbaïdjan (CMW/C/AZE/CO/1, par. 24 et 25), de la République tchèque (CRC/C/15/Add.201, par. 54 et 55), de l'Italie (CRC/C/ITA/CO/3-4, par. 59 e), de l'Égypte (CMW/C/EGY/CO/1, par. 20 et 21) et de la République de Corée (CRC/C/KOR/CO/3-4, par. 68).

¹⁴¹ UNICEF, « Access to civil, economic and social rights for children in the context of irregular migration », Exposé écrit pour la Journée de débat général de 2012 sur les droits de tous les enfants dans le contexte des migrations internationales du Comité des droits de l'enfant, p. 7 et 8 et 21. Consultable à l'adresse : www.unicef.org/socialpolicy/files/Access_to_Civil_Economic_and_Social_Rights_for_Children.pdf (consulté le 11 mars 2014).

¹⁴² A/HRC/14/25, par. 34 et 35.

des préoccupations car cela peut s'ajouter au processus cumulatif de marginalisation. Le Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation a relevé que « les obstacles législatifs, politiques et pratiques entravant l'intégration dans la communauté et la participation à l'éducation signifient pour les individus qu'ils ne sont pas les bienvenus et, en outre, qu'ils doivent apprendre à survivre sans être intégrés dans la société »¹⁴³.

Enfin, notons que de nombreux enfants migrants placés en détention sont privés de leur droit à l'éducation. Il est rare que ces enfants aient accès à des infrastructures d'enseignement, de jeu et de loisirs appropriées. Et lorsqu'une forme quelconque d'enseignement leur est dispensée, elle n'est pas toujours de qualité. En Pologne, par exemple, des organisations de la société civile ont exprimé leur inquiétude quant au fait que les enfants migrants en détention ne vont pas à l'école mais suivent un programme scolaire limité dans les centres de détention¹⁴⁴.

B. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à l'éducation

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a reconnu dans son observation générale n° 13 (1999) que l'éducation est le « principal outil qui permette à des adultes et à des enfants économiquement et socialement marginalisés de sortir de la pauvreté et de se procurer le moyen de participer pleinement à la vie de leur communauté » (par. 1).

La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille énonce que « tout enfant d'un travailleur migrant a le droit fondamental d'accès à l'éducation sur la base de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État en cause » (art. 30). La Convention élargit explicitement ce droit aux enfants en situation irrégulière :

¹⁴³ Ibid., par. 62.

¹⁴⁴ Réseau des maisons des droits de l'homme, « Detention of migrant children must be put to stop, say NGOs », communiqué de presse, 19 décembre 2012. Disponible à l'adresse : <http://humanrightshouse.org/Articles/18983.html>.

L'accès aux établissements préscolaires ou scolaires publics ne doit pas être refusé ou limité en raison de la situation irrégulière quant au séjour ou à l'emploi de l'un ou l'autre de ses parents ou quant à l'irrégularité du séjour de l'enfant dans l'État d'emploi¹⁴⁵.

Le Comité des travailleurs migrants a précisé que ce droit porte sur l'enseignement primaire comme secondaire. Dans son observation générale n° 1 (2011), il a indiqué que « les États doivent veiller à ce que tous les enfants migrants, quel que soit leur statut migratoire, aient accès à un enseignement primaire gratuit et obligatoire, ainsi qu'à une éducation secondaire sur la base de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État concerné [...] » (par. 57). Le Comité des droits de l'enfant, dans son observation générale n° 6 (2005), a appelé les États parties à veiller à assurer la continuité de l'accès à l'éducation durant toutes les phases du cycle de déplacement (par. 41).

L'Italie garantit le droit à l'éducation aux enfants migrants, sans distinction de statut, dans les mêmes conditions qu'aux enfants italiens. La loi sur l'immigration de 1998 a intégré le droit à l'éducation dans la législation nationale. Elle prévoit la scolarité obligatoire pour les enfants migrants, l'enseignement de l'italien et la promotion de la culture et de la langue des pays d'origine des enfants migrants.

La Belgique a inscrit la protection du droit à l'éducation dans sa Constitution et sa législation d'application. Pour autant qu'ils accompagnent leurs parents ou la personne investie de l'autorité parentale, les mineurs séjournant illégalement sur le territoire francophone sont admis dans les établissements scolaires locaux. Les directeurs d'école doivent par ailleurs accepter les mineurs non accompagnés. Dans ce cas, ils doivent s'assurer que le mineur prend les mesures nécessaires pour s'inscrire auprès d'une institution apte à exercer l'autorité parentale sur lui. En Flandres, une circulaire du Ministre de l'éducation flamand donne le droit à ces enfants d'aller à l'école. Les directeurs d'école ne sont pas tenus d'informer la police du statut administratif des enfants et de leurs parents et les enfants sans papiers ne pourront être arrêtés dans le voisinage de l'école. Ce principe a été étendu à l'ensemble du territoire belge par une circulaire du Ministère de l'intérieur en date du 29 avril 2003, qui rappelle que les services de police ne sont pas autorisés à pénétrer dans les écoles pour procéder à des expulsions.

Source : PICUM, *Enfants sans papiers en Europe*, p. 16 et 17.

¹⁴⁵ Ce principe a également été réaffirmé par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans ses observations générales n° 20 (2009), par. 30, et n° 13 (1999), par. 34.

La Convention relative aux droits de l'enfant énonce que « les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération [...] de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale [...] ou de toute autre situation » (art. 2). Par ailleurs, la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) engage les États à : « accorder aux ressortissants étrangers les mêmes droits d'accès à l'enseignement qu'à leurs propres nationaux. » (art. 3 e)).

Un certain nombre d'organes conventionnels ont insisté sur le fait que l'interdiction de la discrimination consacrée par les instruments s'appliquait aux enfants en situation irrégulière et à leur enseignement. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, par exemple, a confirmé dans son observation générale n° 13 (1999) que « le principe de non-discrimination s'étend à toutes les personnes d'âge scolaire qui résident sur le territoire d'un État partie, y compris les non-nationaux, indépendamment de leur statut juridique » (par. 34)¹⁴⁶. Pour éliminer les disparités dans l'accès à l'éducation des enfants en situation irrégulière, les États doivent adopter des mesures spéciales visant tant la discrimination directe qu'indirecte. Le Comité a relevé par ailleurs dans son observation générale n° 20 (2009) que « tous les enfants vivant dans un État, même ceux qui sont en situation irrégulière, ont le droit de recevoir une éducation » (par. 30).

Aux États-Unis, la Cour suprême a statué dans l'affaire emblématique *Plyler v. Doe*^a, en 1982, que refuser la scolarité obligatoire gratuite aux enfants migrants en situation irrégulière dans les mêmes conditions qu'aux enfants citoyens et en situation régulière était contraire à la Constitution. Les dispositions légales ont été complétées par des directives claires publiées, par exemple, par la National School Boards Association et la National Education Association^b sur les questions de droit et les écoles spécifiques^c. Un certain nombre d'États ont pleinement mis en œuvre ces dispositions en incluant l'accès à d'autres services

¹⁴⁶ Voir aussi CRC/C/THA/CO/3-4, par. 33.

scolaires comme les repas gratuits ou à prix réduit et l'aide pédagogique aux enfants ayant des difficultés d'apprentissage.

- ° « En tout état de cause, il est indéniable que de nombreux enfants sans papiers désavantagés par cette classification resteront pour toujours dans ce pays et que certains deviendront des résidents légaux ou des citoyens des États-Unis. Il est difficile de comprendre précisément ce que l'État espère obtenir en favorisant la création et la pérennisation d'une classe inférieure d'analphabètes à l'intérieur de nos frontières, qui ne feront qu'aggraver les problèmes et les coûts du chômage, de l'aide sociale et de la criminalité. De toute évidence, quelles que soient les économies réalisées en refusant à ces enfants l'accès à l'éducation, cela n'est rien au regard de ce que cela coûte à ces enfants, à l'État et à la nation. ». *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).
- ^b The National School Boards Association et the National Education Association, *Legal Issues for School Districts related to the Education of Undocumented Children* (2009).
- ^c Voir, par exemple, J. Hunter et C. B. Howley, « Undocumented children in the schools : successful strategies and policies », 1990. Consultable à l'adresse : www.ericdigests.org/pre-9217/children.htm (consulté le 11 mars 2014).

La Convention relative aux droits de l'enfant impose aux États parties de rendre ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles et de prendre des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire (art. 28.1 d) et e)). Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a affirmé dans son observation générale n° 13 (1999) que l'enseignement secondaire « est destiné à compléter l'éducation de base et à affermir la base d'une éducation permanente et de l'épanouissement de la personnalité » (par. 12). L'enseignement secondaire doit préparer les élèves à l'enseignement professionnel et supérieur.

Plan d'action pour donner effet au droit à l'éducation

« Tout État partie au présent Pacte qui, au moment où il devient partie, n'a pas encore pu assurer dans sa métropole ou dans les territoires placés sous sa juridiction le caractère obligatoire et la gratuité de l'enseignement primaire s'engage à établir et à adopter, dans un délai de deux ans, un plan détaillé des mesures nécessaires pour réaliser progressivement, dans un nombre raisonnable d'années fixé par ce plan, la pleine application du principe de l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous. »^a

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a souligné que le plan doit porter sur l'ensemble des mesures à prendre pour garantir la mise en œuvre de chacun des éléments indispensables du droit et être suffisamment détaillé pour garantir la réalisation complète de ce droit. La participation de tous les secteurs de la société civile à l'élaboration du plan s'avère cruciale, et il est essentiel de prévoir des procédures de révision périodique qui soient garantes de transparence.

° Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 14.

Pour garantir le droit à l'enseignement primaire, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation générale n° 11 (1999), a appelé les États parties à éliminer tous les frais directs de l'enseignement tels que les frais d'inscription et de réduire l'impact négatif des coûts indirects tels que le matériel et l'uniforme scolaires (par. 7).

Le Comité des droits de l'enfant a appelé les États à fournir des garanties efficaces, en droit et en pratique, sur l'échange d'informations entre les bureaux de l'état civil, les prestataires de services publics et les services de l'immigration. Il s'agit de s'assurer que cette pratique ne soit pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et n'expose pas les enfants ou leur famille à d'éventuels préjudices ou sanctions, notamment en publiant des orientations claires à l'intention des prestataires de services et en mettant en place des programmes de sensibilisation sur ces garanties auprès des personnes en situation irrégulière¹⁴⁷. Le Comité des travailleurs migrants a spécifié dans son observation générale n° 2 (2013) que les États parties ne doivent pas exiger des établissements scolaires qu'ils informent les services de l'immigration de la régularité ou de l'irrégularité de la situation des élèves ou de leurs parents, ou qu'ils échangent avec ces services des informations à ce sujet, ni effectuer des opérations de contrôle de l'immigration dans les écoles ou à proximité de celles-ci, car cela aurait pour effet de restreindre l'accès des enfants de travailleurs migrants à l'éducation. Les États parties devraient aussi faire clairement savoir aux directeurs d'école, aux enseignants et aux parents qu'ils ne sont pas tenus

¹⁴⁷ Rapport sur la journée de débat général de 2012, par. 87.

de donner de telles informations, et leur dispenser une formation sur les droits en matière d'éducation des enfants de travailleurs migrants (par. 77). De la même façon, les principes communs élaborés par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne afin d'aider les services répressifs en matière d'immigration dans le cadre de leurs pratiques d'arrestation indiquent que les écoles ne devraient pas être tenues de partager les données à caractère personnel des migrants avec les services répressifs en matière d'immigration aux fins d'un retour éventuel¹⁴⁸.

La Constitution de la République bolivarienne du Venezuela garantit le droit à l'éducation sans restrictions, à tous les niveaux d'études, et les migrants ont droit à la scolarité gratuite de l'enseignement préscolaire aux études supérieures. Par ailleurs, les écoles sont expressément tenues de permettre l'inscription des enfants migrants en situation irrégulière.

Le 5 juillet 2005, le Gouvernement thaïlandais a rendu l'éducation accessible à toutes les personnes vivant en Thaïlande, y compris les enfants migrants, quel que soit leur statut, sauf pour les personnes déplacées vivant dans un centre d'accueil temporaire, où leur scolarité est assurée. En 2005, le Ministère de l'éducation a donné pour instruction aux écoles d'inscrire tous les élèves, y compris ceux qui n'ont pas les documents d'identité requis.

Sources : OIM, *Thailand Migration Report 2011 : Migration for development in Thailand – Overview and tools for policymakers* (Bangkok, 2011), p. 97; et Comité des droits de l'enfant, « Journée de débat général de 2012 », document d'information, annexe II, consultable à l'adresse : www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2012/2012DGDBBackgroundPaperAnnexII.pdf (consulté le 18 mars 2014).

Le Comité des droits de l'enfant encourage vivement les États « à réformer rapidement la législation, les politiques et les pratiques qui empêchent les enfants touchés par la migration, ou discriminatoires à leur égard [...], en particulier ceux qui sont en situation irrégulière, d'accéder effectivement aux services et aux prestations tels que [...] l'éducation [...], entre autres »¹⁴⁹. Dans son observation générale n° 6 (2005), il a par ailleurs identifié plusieurs mesures à prendre pour protéger l'accès à

¹⁴⁸ FRA, « Arrestation de migrants en situation irrégulière – considérations relatives aux droits fondamentaux », principe 5.

¹⁴⁹ « Rapport sur la journée de débat général de 2012 », par. 86.

l'éducation des enfants séparés et non accompagnés. En particulier, il a affirmé que « tout enfant non accompagné ou séparé, sans considération de son statut, doit avoir pleinement accès à l'éducation dans le pays dans lequel il est entré [...]. Cet accès devrait être accordé sans discrimination et, en particulier, les filles séparées ou non accompagnées doivent jouir de l'égalité d'accès à l'éducation formelle et informelle, y compris à tous les niveaux de la formation professionnelle. » (par. 41). « Les enfants non accompagnés ou séparés devraient être enregistrés auprès des autorités scolaires compétentes aussitôt que possible et bénéficier d'une assistance visant à maximiser leurs possibilités d'apprentissage. » (par. 42).

Plusieurs organismes internationaux ont invoqué que la scolarisation ne devrait pas être subordonnée à la présentation de documents d'identité ou de permis de travail ou de séjour. Le Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation a déclaré que de telles conditions produisaient un effet discriminatoire direct à l'encontre des migrants en situation irrégulière voulant s'instruire ou se former¹⁵⁰.

Des mécanismes des droits de l'homme ont recommandé aux États de mener des campagnes d'information pour lutter contre la discrimination susceptible d'empêcher les enfants de s'intégrer pleinement dans le système scolaire. Ces campagnes devraient s'adresser tant aux fonctionnaires s'occupant des questions de migration qu'à la population en général¹⁵¹.

Tous les enfants résidant aux Pays-Bas sont légalement tenus d'aller à l'école. Cette exigence s'étend à tous les enfants d'âge scolaire des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière. La législation interdit expressément aux écoles de partager les informations personnelles dont elles disposent (par exemple, avec les services de l'immigration) et de refuser d'inscrire un enfant en raison de son statut migratoire.

Source : UNICEF, « Examples of good practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration », avant-projet, 26 mai 2010, p. 14. Consultable à l'adresse : www.ohchr.org/Documents/Issues/MHR/Consultation2010/2.Good_practices_Migration_children_UNICEF.pdf.

¹⁵⁰ A/HRC/14/25, par. 59 et 62.

¹⁵¹ CMW/C/AZE/CO/1, par. 25 b) et CMW/C/EGY/CO/1, par. 21 b).

Citant le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, le Comité européen des droits sociaux a également reconnu qu'exiger un titre de séjour ou un permis de travail pour scolariser les enfants entrave la scolarisation des enfants en situation irrégulière et que « refuser l'accès à l'éducation à un enfant en situation irrégulière, c'est le rendre plus vulnérable encore ». Il a considéré qu'un enfant auquel est refusé l'accès à l'éducation en subira les conséquences dans sa vie et que chaque enfant, quelle que soit sa situation en termes de résidence, entre dans le champ d'application de l'article 17.2 de la Charte sociale européenne (révisée), qui protège le droit des enfants et des jeunes à l'enseignement primaire et secondaire gratuit. Le Comité a déclaré que les non-ressortissants devraient pouvoir accéder aux écoles des minorités religieuses¹⁵².

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaît aux parents ou tuteurs légaux le droit « de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics » et « de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions » (art. 13.3). La Convention relative aux droits de l'enfant définit les buts de l'éducation (art. 29.1) et reconnaît qu'il est important d'adopter des mesures pour « inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne ». Tout en notant que le droit de bénéficier de l'enseignement de leur langue maternelle et de leur culture ne concerne que les enfants migrants en situation régulière (conformément à la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, art. 45.3), le Comité des travailleurs migrants a souligné dans son observation générale n° 2 (2013) que le droit au respect de l'identité culturelle (art. 31 de la Convention) est reconnu à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille, y compris les enfants. Au vu de ces deux dispositions lues conjointement, ainsi que du paragraphe 1 c) de l'article 29 de

¹⁵² Conclusions sur la Turquie (2011).

la Convention relative aux droits de l'enfant, qui s'applique à tous les enfants, le Comité des travailleurs migrants est d'avis que les États parties devraient aussi assurer un enseignement de la langue maternelle aux enfants de travailleurs migrants en situation irrégulière, dès lors que les enfants de travailleurs migrants pourvus de papiers ont cette possibilité (par. 78).

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a rappelé, dans son observation générale n° 13 (1999), que « l'enseignement primaire doit être universel, apporter une réponse aux besoins éducatifs fondamentaux de tous les enfants et tenir compte de la culture et des besoins de la communauté ainsi que des possibilités offertes par celle-ci » (par. 9).

Messages clefs

- Les enfants migrants en situation irrégulière devraient avoir accès à l'éducation sur un pied d'égalité avec les nationaux. La législation nationale devrait indiquer explicitement que tous les enfants de migrants en situation irrégulière doivent jouir du droit à l'éducation.
- Les États devraient simplifier les formalités d'inscription scolaire des enfants migrants et ne devraient pas leur demander de produire des documents que les migrants en situation irrégulière ne peuvent pas se procurer.
- Les directeurs d'école ne devraient pas être obligés de signaler aux services de l'immigration la présence d'enfants en situation irrégulière ni de communiquer à la police les données sur ces enfants. Il conviendrait de ne pas procéder à des opérations de contrôle de l'immigration dans l'enceinte ou aux abords des écoles.
- Tous les enfants migrants devraient avoir accès à tous les niveaux d'enseignement, qu'il soit formel ou informel, y compris l'enseignement préscolaire et la formation professionnelle.
- Tous les enfants migrants devraient pouvoir préserver leur identité culturelle, notamment par l'enseignement de leur langue maternelle et de leur culture, lorsque c'est possible.
- Les États devraient élaborer des stratégies éducatives qui renforcent les capacités des communautés marginalisées dans leur ensemble tout en tenant compte spécifiquement des besoins éducatifs des migrants en situation irrégulière dans ces communautés.

V. LE DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE

Teneur et composantes spécifiques

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaît le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales (art. 9). Dans son observation générale n° 19 (2007) sur le droit à la sécurité sociale, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels indique que ce droit englobe :

le droit d'avoir accès à des prestations, en espèces ou en nature, et de continuer à en bénéficier, sans discrimination, afin de garantir une protection, entre autres, contre : a) la perte du revenu lié à l'emploi, pour cause de maladie, de maternité, d'accident du travail, de chômage, de vieillesse ou de décès d'un membre de la famille; b) le coût démesuré de l'accès aux soins de santé; c) l'insuffisance des prestations familiales, en particulier au titre des enfants et des adultes à charge (par. 2).

Le Comité a également énuméré les conditions devant être remplies pour que ce droit soit effectif. Premièrement, un système en place doit parer aux risques et aléas sociaux. Deuxièmement, il devrait comporter au moins les neuf volets suivants de la sécurité sociale : soins de santé, maladie, vieillesse, chômage, accidents du travail, aide à la famille et à l'enfant, maternité, invalidité et survivants et orphelins. Troisièmement, les prestations « doivent être d'un montant et d'une durée adéquats afin que chacun puisse exercer ses droits à la protection de la famille et à l'aide à la famille, à un niveau de vie suffisant et aux soins de santé ». Enfin, les prestations devraient être accessibles. Cela induit que chacun devrait être couvert par le système de sécurité sociale, en particulier les personnes qui appartiennent aux groupes les plus défavorisés et marginalisés. L'accessibilité signifie également que les conditions d'admissibilité au bénéfice des prestations doivent être raisonnables, proportionnées et transparentes.

Le droit à la sécurité sociale comprend à la fois un régime contributif et un régime non contributif. Le régime contributif ou régime d'assurance suppose le versement de cotisations obligatoires par les bénéficiaires, les employeurs et parfois l'État, conjugué au financement des prestations et des dépenses administratives par une caisse commune. Le régime non contributif comprend les régimes universels et les programmes ciblés qui aident les personnes dans le besoin. Le Comité a reconnu que les régimes non contributifs seront nécessaires dans presque tous les pays car il est improbable qu'un système d'assurance parvienne à couvrir chacun de façon adéquate. Les régimes privés et les assurances personnelles peuvent également entrer dans le champ d'application du Pacte.

Le Comité a également indiqué que « les États parties sont tenus de prendre des mesures, au maximum de leurs ressources disponibles, pour faire en sorte que les régimes de sécurité sociale couvrent les personnes qui travaillent dans l'économie informelle ». Ces mesures comprennent : « a) lever les obstacles qui empêchent ces personnes d'avoir accès à des mécanismes informels de sécurité sociale – du type assurance communautaire; b) garantir une couverture élémentaire des risques et aléas, qui serait étendue progressivement; et c) respecter et soutenir les régimes de sécurité sociale élaborés dans le secteur informel de l'économie, tels que la microassurance et d'autres mécanismes liés au microcrédit. » (par. 34).

Le Comité a indiqué que les **obligations fondamentales** au regard de ce droit font obligation aux États parties :

- a) D'assurer l'accès à un régime de sécurité sociale qui garantisse, au minimum, à l'ensemble des personnes et des familles un niveau essentiel de prestations, qui leur permette de bénéficier au moins des soins de santé essentiels, d'un hébergement et d'un logement de base, de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement, de denrées alimentaires et des formes les plus élémentaires d'enseignement;
- b) De garantir le droit d'accès aux systèmes ou régimes de sécurité sociale sans discrimination, notamment pour les individus et les groupes défavorisés et marginalisés;
- c) De respecter les régimes de sécurité sociale existants et de les préserver de toute interférence déraisonnable;
- d) D'adopter et d'appliquer, au niveau national, une stratégie et un plan d'action pour la sécurité sociale;
- e) De prendre des mesures ciblées en vue de la mise en œuvre des régimes de sécurité sociale, en particulier de ceux destinés à protéger les individus et les groupes défavorisés et marginalisés;
- f) De contrôler dans quelle mesure le droit à la sécurité sociale est réalisé ou ne l'est pas (par. 59).

A. Obstacles juridiques et pratiques empêchant les migrants en situation irrégulière d'exercer leur droit à la sécurité sociale

Il est reconnu que la sécurité sociale, par sa nature redistributive, joue un rôle important dans la réduction et l'atténuation de la pauvreté en évitant l'exclusion sociale et en favorisant l'insertion sociale. La réticence à reconnaître le droit des migrants en situation irrégulière à la sécurité sociale peut être due à la non-prise en compte des contributions des migrants, dont ceux en situation irrégulière, à l'économie et au régime d'assurance sociale de leur pays d'emploi. Même ceux qui ne versent pas de cotisations contribuent souvent aux régimes et programmes de protection sociale en payant des impôts indirects¹⁵³. Certains employeurs exploitent des travailleurs migrants en situation irrégulière pour réduire leurs coûts salariaux en ne payant pas les cotisations sociales et en versant des salaires moins élevés¹⁵⁴.

Selon des estimations, aux États-Unis les migrants en situation irrégulière contribuent à hauteur de quelque 6 à 7 milliards de dollars des États-Unis au système de sécurité sociale sans bénéficier d'aucune prestation sociale. Une estimation indique que près de 3,8 millions de ménages dirigés par un migrant en situation irrégulière ont versé 6,4 milliards de dollars des États-Unis de cotisations de sécurité sociale en 2002¹⁵⁵. Le Conseil national de la recherche américain a estimé que les « immigrants sans papiers » (migrants en situation irrégulière) paient 80 000 dollars des États-Unis de plus par personne en cotisations qu'ils ne perçoivent de prestations sociales de toute leur vie¹⁵⁶.

¹⁵³ E/2010/89, par. 46.

¹⁵⁴ M. Jandl, C. Hollomey et A. Stepien, « Migration and irregular work in Austria : results of a Delphi-study », Cahier des migrations internationales n° 90 (Genève, OIT et Centre international pour le développement des politiques migratoires, 2007), p. 25.

¹⁵⁵ E. Porter, « Illegal immigrants are bolstering social security with billions », *New York Times*, 5 avril 2005. Consultable à l'adresse : www.nytimes.com/2005/04/05/business/05immigration.html.

¹⁵⁶ Conseil national de la recherche (National Research Council), *The New Americans : Economic, Demographic, and Fiscal Effects of Immigration*, James P. Smith et Barry Edmonston, éd. (Washington, D.C., National Academies Press, 1997).

Au Royaume-Uni, une enquête sur la population active menée en 2008 a révélé que, en règle générale, très peu de migrants non originaires de l'Union européenne bénéficient de la sécurité sociale, ce qui induit que le pourcentage de migrants en situation irrégulière faisant valoir leurs droits à des prestations sociales était négligeable¹⁵⁷ :

Prestation	Pourcentage de migrants non originaires de l'UE ayant demandé la prestation
Allocation de complément de revenu (pour ceux qui ont un emploi)	4
Maladie ou handicap (hors crédit d'impôt pour les personnes handicapées)	2
Pension d'État	2
Allocations familiales (hors allocation et crédit d'impôt pour enfant à charge)	0
Allocation pour enfant à charge	14
Allocation-logement/allègement de taxe d'habitation (Grande-Bretagne), réduction de loyer/dégrèvement sur la taxe d'habitation (Irlande du Nord)	5
Allocations-chômage, crédits d'assurance nationale	1
Autres	1

Les migrants en situation irrégulière ne peuvent pas accéder aux régimes de sécurité sociale pour trois raisons principales. La première est que, dans nombre de cas, ils ne satisfont pas aux conditions requises. On peut leur demander, par exemple, de fournir une preuve de leur statut juridique et de leur résidence, ou de justifier d'une longue période d'affiliation. La

¹⁵⁷ Les auteurs de cette étude s'accordent à dire que « les migrants en situation irrégulière sont encore moins susceptibles de [faire valoir leurs droits] (presque par définition, ils ne sont pas en droit de le faire). [...] Cela signifie que le coût des prestations que les migrants en situation irrégulière imposent au [Royaume-Uni] est infime. ». Laura Chappell *et al.*, « The impacts of irregular migration », Institute for Public Policy Research, 2011. Disponible à l'adresse : http://migration.etuc.org/en/docs_en/6%20The%20impacts%20of%20irregular%20migration.pdf.

deuxième est que de nombreux migrants perdent leurs droits à la sécurité sociale pour transférabilité insuffisante. En troisième lieu, de nombreux migrants en situation irrégulière travaillent dans des secteurs du marché du travail qui ne sont pas couverts par la sécurité sociale ou dans lesquels le droit de la sécurité sociale est peu appliqué.

Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a relevé que dans de nombreux cas « les travailleurs migrants, en situation régulière ou irrégulière, [...] sont employés dans des conditions précaires et discriminatoires, avec des contrats de travail temporaire qui ne leur donnent pas accès aux services de sécurité sociale »¹⁵⁸. Leur situation précaire est aggravée par le fait que l'accès à la sécurité sociale est souvent la condition préalable à d'autres droits essentiels¹⁵⁹. Avoir un numéro de sécurité sociale est généralement demandé pour les inscriptions scolaires ou les séjours dans les centres d'accueil de longue durée, par exemple. Cela pénalise les migrants en situation irrégulière, qui ne peuvent entrer dans le système.

Les organes conventionnels ont exprimé leur inquiétude sur ce problème, notamment sur le fait que de nombreux États excluent les migrants en situation irrégulière du régime public de sécurité sociale et ne prévoient rien pour les migrants, même sur une base volontaire. S'agissant du Canada, par exemple, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a souligné que « les migrants sans papiers et les apatrides, en particulier ceux dont la demande d'obtention du statut de réfugié a été rejetée mais qui ne peuvent être expulsés du Canada, ne sont pas admis au bénéfice de la sécurité sociale et des soins médicaux, puisqu'il faut pour ce faire fournir une attestation de domicile dans une des provinces de l'État partie »¹⁶⁰. Dans son observation générale n° 1 (2011), le Comité des travailleurs migrants a également reconnu que, lorsque les travailleurs domestiques

¹⁵⁸ « Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante : Mission au Japon » (A/HRC/17/33/Add.3), par. 70.

¹⁵⁹ Voir l'observation générale n° 19 (2007) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, par. 28.

¹⁶⁰ CERD/C/CAN/CO/18, par. 23.

sont exclus des programmes de sécurité sociale, leur vulnérabilité et leur dépendance vis-à-vis de leur employeur en est accrue (par. 24).

Le 18 juillet 2012, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a reconnu l'inconstitutionnalité de la loi sur les prestations au bénéfice des demandeurs d'asile (1993), qui accorde des prestations nettement inférieures, et plutôt en nature qu'en espèces, à certaines catégories de migrants (dont les migrants en situation irrégulière et les migrants qui ont fait l'objet d'une mesure de renvoi exécutoire) et à leurs conjoints, leur partenaires enregistrés et leurs enfants mineurs.

Depuis 1993, par ailleurs, les prestations servies à ces groupes n'ont pas été revalorisées malgré les hausses de prix considérables et le fait que la période d'ouverture des droits de ces personnes avait été étendue à quatre ans.

Le Gouvernement a invoqué que ces différences étaient nécessaires pour lutter contre la migration irrégulière. La Cour a réfuté cet argument et l'a jugé irrecevable, retenant le critère selon lequel tout individu a droit au minimum vital. La Cour a statué que la loi sur les prestations au bénéfice des demandeurs d'asile était incompatible avec le droit à la dignité humaine consacré par la Constitution allemande, qui affirme le principe de l'État social.

L'arrêt de la Cour a obligé le Parlement à réexaminer les termes de la loi sur les prestations au bénéfice des demandeurs d'asile. Les prestations en espèces ont été revalorisées et ont remplacé les prestations en nature.

Les migrants éprouvent des difficultés particulières à accéder aux programmes d'aide sociale non contributifs, qu'ils soient universels ou ciblent des besoins spécifiques. Certains pays refusent toute aide sociale à tous les migrants en situation irrégulière; d'autres ne leur reconnaissent qu'un droit à des formes d'aide minimales. De nombreux pays leur accordent certaines prestations d'aide sociale, notamment, en règle générale, une aide non financière pour les adultes (nourriture, vêtements, etc.), ainsi qu'une allocation-logement et des prestations pour les enfants¹⁶¹.

¹⁶¹ O. Dupper, « Migrant workers and the right to social security : an international perspective », *Stellenbosch Law Review*, vol. 18, n° 2 (2007), p. 251.

B. Cadre politique et juridique : le droit des migrants en situation irrégulière à la sécurité sociale

La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (art. 27) traite de la sécurité sociale et affirme le droit de tous les travailleurs migrants, quel que soit leur statut, de bénéficier du même traitement que les nationaux « dans la mesure où ils remplissent les conditions requises par la législation applicable dans cet État et les traités bilatéraux ou multilatéraux applicables ». La Convention énonce également que les autorités compétentes de l'État d'origine et de l'État d'emploi peuvent « prendre les dispositions nécessaires pour déterminer les modalités d'application de cette norme ». Si les travailleurs migrants n'ont pas droit à une certaine prestation, « les États concernés examinent la possibilité de rembourser aux intéressés les montants des cotisations qu'ils ont versées au titre de cette prestation, sur la base du traitement qui est accordé aux nationaux qui se trouvent dans une situation similaire ». Cela remédie à l'injustice dont sont victimes les migrants obligés de cotiser à un régime social sans pouvoir bénéficier de ses prestations. Le Comité des travailleurs migrants a par ailleurs indiqué dans son observation générale n° 2 (2013) que les États parties doivent donner des raisons objectives chaque fois qu'ils jugent que le remboursement de cotisations est impossible et souligné que « la décision de ne pas rembourser les cotisations versées par un travailleur migrant ou un membre de sa famille serait discriminatoire si elle était motivée par la nationalité de l'intéressé ou par sa situation au regard de la législation relative à l'immigration » (par. 69). Le Comité a également considéré que dans les cas de pauvreté et de vulnérabilité extrêmes les États parties devraient assurer une assistance sociale d'urgence aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille en situation irrégulière¹⁶².

Soulignant l'importance du droit à la sécurité sociale, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a noté son « importance centrale pour garantir la dignité humaine de toutes les personnes confrontées à des

¹⁶² CMW/C/ARG/CO/1, par. 30.

circonstances qui les privent de la capacité d'exercer pleinement les droits énoncés dans le Pacte »¹⁶³. De la même façon, l'OIT fait observer que la sécurité sociale est « la protection que la société accorde à ses membres, grâce à une série de mesures publiques, contre le dénuement économique et social où pourraient les plonger, en raison de la disparition ou de la réduction sensible de leur gain, la maladie, la maternité, les accidents du travail et les maladies professionnelles, le chômage, l'invalidité, la vieillesse et le décès; à cela s'ajoutent la fourniture de soins médicaux et l'octroi de prestations aux familles avec enfants »¹⁶⁴.

En mars 2012, la municipalité de Séoul a annoncé qu'elle fournirait une aide médicale aux migrants en situation irrégulière qui n'ont pas droit à la sécurité sociale et à l'assurance maladie. Seront couverts les actes chirurgicaux, les frais d'hôpital (jusqu'à un certain plafond) et les services d'interprètes et de soins infirmiers, pendant un mois maximum selon l'état du patient. Les services infirmiers seront dispensés dans des langues autres que le coréen comme le chinois, le thaï et le mongolien.

Source : « Medical support set for undocumented migrants », *Korea Herald*, 7 mars 2012. Consultable à l'adresse : www.koreaherald.com/national/Detail.jsp?newsMLId=20120307001296.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels déclare explicitement dans son observation générale n° 19 (2007) que « les non-ressortissants, dont les travailleurs migrants, qui ont cotisé à un régime de sécurité sociale devraient pouvoir bénéficier de leurs cotisations ou se les voir restituer s'ils quittent le pays. Le droit à prestations d'un travailleur migrant ne devrait pas non plus être affecté par un changement de lieu de travail. » (par. 36). Par ailleurs, les migrants devraient pouvoir bénéficier des « régimes non contributifs de soutien du revenu et de la famille et accéder à des soins de santé abordables ». Toute restriction à l'accès à de tels régimes, notamment toute durée d'affiliation requise, doit être proportionnée et raisonnable (par. 37). Dans la même observation

¹⁶³ Observation générale n° 19 (2007), par. 1.

¹⁶⁴ OIT, *Introduction à la sécurité sociale*, 3^e éd. (Genève, 1986), p. 3.

générale, le Comité a également souligné « l'importance que revêt la conclusion aux niveaux bilatéral et multilatéral d'accords internationaux de réciprocité ou d'autres instruments visant à coordonner ou harmoniser les régimes de sécurité sociale contributifs pour les travailleurs migrants » (par. 56). Notons que le Comité n'a pas fait de distinction entre les migrants en situation régulière et irrégulière à ce sujet.

Aux termes de la Convention n° 143 de l'OIT sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité des chances et de traitement des travailleurs migrants de 1975, les migrants en situation irrégulière doivent bénéficier de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale en ce qui concerne les droits découlant d'emplois antérieurs (art. 9.1)¹⁶⁵. La Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations a précisé que les avantages consacrés à l'article 9.1 ne semblent pas subordonnés à la légalité de l'emploi ou du séjour dans le pays au moment de l'exercice du droit car de telles conditions priveraient la disposition de son principal effet. Par ailleurs, principalement dans le but d'acquérir des droits à des prestations à long terme, il faut entendre cet article « comme englobant également, en particulier pour l'acquisition de droits à des prestations à long terme, toute période d'emploi légal dans le pays considéré qui aurait précédé l'emploi illégal, ainsi que tout emploi dans un autre pays qui pourrait normalement être pris en considération en vertu d'accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux »¹⁶⁶.

La Convention n° 189 de l'OIT (2011) demande aux États de « prendre des mesures appropriées, conformément à la législation nationale et en tenant dûment compte des caractéristiques spécifiques du travail

¹⁶⁵ En revanche, les travailleurs migrants ou les membres de leur famille se trouvant légalement sur le territoire d'un État bénéficient de l'égalité des chances et de traitement en matière de sécurité sociale (art. 10).

¹⁶⁶ OIT, *Étude d'ensemble des rapports sur la Convention (n° 97) et la recommandation (n° 86) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, et sur la Convention (n° 143) et la recommandation (n° 151) sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), 1975* (Genève, 1999), par. 308. Consultable à l'adresse : www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/r3-1b.htm.

domestique, afin d'assurer que les travailleurs domestiques jouissent, en matière de sécurité sociale, y compris en ce qui concerne la maternité, de conditions qui ne soient pas moins favorables que celles applicables à l'ensemble des travailleurs » (art. 14.1).

Quelque 12 millions de migrants mexicains vivent aux États-Unis d'Amérique, dont beaucoup n'ont pas de papiers ni d'assurance maladie. Pour aider ces migrants, le Mexique a élaboré la Stratégie globale en matière de soins de santé pour les migrants, qui comprend un programme de communication visant à faire connaître aux Mexicains et à leur famille l'assurance maladie dans les États du Colorado et de Washington, proposant ainsi aux Mexicains ayant migré aux États-Unis une assurance maladie peu coûteuse et des soins de santé primaires dans 65 000 dispensaires, ainsi qu'un dispositif de renseignements téléphoniques.

Source : OIM, « Empowerment of migrants by ensuring their health and well-being », contribution à la table ronde 3.1 du Forum mondial pour la migration et le développement, document d'information, novembre 2013, p. 6. Consultable à l'adresse : www.gfmd.org/iom-input-empowerment-migrants-ensuring-their-health-and-wellbeing.

Le Comité des droits de l'enfant a déclaré que les politiques, programmes et mesures visant à protéger les enfants contre la pauvreté et l'exclusion sociale doivent inclure les enfants migrants, quel que soit leur statut. Ainsi, il a affirmé que la capacité des systèmes nationaux de protection sociale à prévenir et traiter toutes les situations de vulnérabilité liées directement ou indirectement à la migration devrait être renforcée et que les enfants et leur famille touchés par les migrations constituent un groupe cible spécifique des politiques et programmes sociaux dans les pays d'origine, de transit et de destination, quel que soit leur statut migratoire et sans discrimination aucune. Le Comité a également déclaré que les politiques de protection sociale devraient inclure des dispositions spécifiques pour soutenir, y compris au travers de services sociaux de proximité, les familles et les aidants en situation de migration afin de les aider à exercer leurs responsabilités éducatives. Ces dispositions devraient également prévoir des services spéciaux pour les enfants bénéficiant d'une protection de remplacement et s'attacher à atténuer l'impact psychosocial de la migration sur les enfants¹⁶⁷.

¹⁶⁷ « Rapport sur la Journée de débat général de 2012 », par. 88.

Transférabilité des droits

Les droits sociaux doivent être transférables si l'on veut que les migrants puissent bénéficier de prestations sociales. Sur ce point, de nombreux migrants sont pénalisés à plusieurs titres : ils perdent souvent leur droit à la sécurité sociale dans leur pays d'origine lorsqu'ils partent à l'étranger; leur accès au régime de sécurité sociale du pays de destination peut être restreint; et, enfin, ils peuvent perdre leurs droits dans leur pays d'adoption s'ils retournent dans leur pays d'origine. L'efficacité de la couverture sociale pour les migrants dépend donc largement des accords signés entre gouvernements sur la transférabilité des droits^a.

Le Secrétaire général des Nations Unies, dans son rapport sur les migrations internationales et le développement, a insisté sur l'importance de la coopération internationale d'améliorer la transférabilité des droits sociaux, en particulier des prestations de retraite, sans distinction entre migrants réguliers et irréguliers. Il a notamment déclaré qu'« il y a lieu de renforcer la coopération entre pays d'origine et pays de destination en vue d'améliorer la transférabilité des pensions et de garantir que les migrants ne sont pas pénalisés pour avoir travaillé dans plusieurs pays tout au long de leur vie productive. Les pratiques optimales dans ce domaine consistent à permettre aux migrants de cumuler les périodes de contribution et à veiller à ce qu'ils bénéficient d'un taux de remplacement équitable de la part de chacun des régimes auxquels ils ont contribué. »^b.

Le Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre recommande aux États de conclure des accords bilatéraux pour offrir aux travailleurs migrants, même en situation irrégulière, une couverture et des avantages en matière de sécurité sociale, ainsi que la transférabilité des droits à des prestations de sécurité sociale (ligne directrice 9.9).

^a Voir OIT, *La migration internationale de main-d'œuvre : une approche fondée sur les droits* (Genève, 2010), p. 111 à 113. Par exemple, l'Accord sur la sécurité sociale de la Communauté des Caraïbes (CARICOM) et du Marché commun, et la Convention générale de sécurité sociale adoptée par la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO).

^b A/60/871, par. 98.

À l'échelon régional, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a affirmé les deux principes suivants : « la protection sociale découlant de la sécurité sociale qui est nécessaire pour lutter contre la pauvreté et préserver la dignité humaine ne devrait pas être refusée aux migrants en situation irrégulière » et « les migrants en situation irrégulière qui ont cotisé à la sécurité sociale devraient pouvoir profiter des cotisations versées ou être remboursés en cas d'expulsion du pays, par exemple ». Elle a également souligné la situation particulièrement vulnérable des enfants, qui « devraient avoir droit à la protection sociale, sur un pied d'égalité avec les enfants des nationaux »¹⁶⁸.

Si, à ce jour, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas pris de décision spécifique concernant l'accès des migrants en situation irrégulière aux prestations sociales, elle a fait valoir que les États ne doivent pas faire de discrimination entre les ressortissants et les non-ressortissants s'agissant du bénéfice des prestations sociales contributives et non contributives¹⁶⁹. Dans l'affaire *Gaygusuz*, la Cour européenne a statué que « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité ». Elle a donc considéré que les arguments avancés par l'État pour justifier la différence de traitement entre ressortissants et non-ressortissants quant à l'attribution de l'allocation d'urgence contributive ne suffisaient pas et qu'un tel traitement différencié était, par conséquent, discriminatoire¹⁷⁰. Concernant le versement d'allocations familiales aux non-ressortissants, la Cour a condamné toute différence de traitement entre les titulaires et les non-titulaires d'un permis de séjour permanent¹⁷¹.

Le Comité européen des droits sociaux a reconnu explicitement que l'assistance sociale d'urgence devrait être fournie à « toutes les personnes en

¹⁶⁸ Résolution 1509 (2006) sur les droits fondamentaux des migrants irréguliers, par. 13.3 et 4.

¹⁶⁹ *Koua Poirrez c. France*, requête n° 40892/98, arrêt du 30 septembre 2003, par. 39 et 46 à 50.

¹⁷⁰ *Gaygusuz c. Autriche*, requête n° 17371/90, arrêt du 16 septembre 1996, par. 42, 50 et 52.

¹⁷¹ *Niedzwiecki c. Allemagne*, requête n° 58453/00, arrêt du 25 octobre 2005, par. 33.

ayant besoin, en particulier celles en situation irrégulière, aussi longtemps qu'elles continuent d'en avoir besoin et chaque fois que le besoin s'en fait sentir »¹⁷². Le Comité a conclu que ne pas fournir une telle assistance constitue une violation de l'article 13.4 de la Charte sociale européenne, qui protège le droit des non-résidents à l'assistance d'urgence.

La première Convention multilatérale ibéro-américaine de sécurité sociale a été adoptée lors du dix-septième Sommet des chefs d'État et de gouvernement, à Santiago du Chili, en novembre 2007, et est entrée en vigueur en 2011. L'objectif de la Convention est de préserver les droits des travailleurs migrants ibéro-américains et de veiller à ce qu'ils conservent tous leurs droits sociaux et l'accès à une protection sociale adéquate quel que soit leur statut juridique. La Convention est le premier instrument international de cette nature au sein de la communauté ibéro-américaine. Elle prévoit le maintien des droits à la mobilité et s'applique aux prestations en espèces d'invalidité, de vieillesse, de survie, d'accidents du travail et de maladies professionnelles, mais elle exclut les soins médicaux dispensés en vertu de la législation nationale.

¹⁷² Conclusions sur l'application de la Charte sociale européenne par le Luxembourg, en particulier l'article 13.4 (2009).

Messages clefs

- Les migrants en situation irrégulière qui ont cotisé à un régime de sécurité sociale devraient pouvoir bénéficier de leurs contributions ou les récupérer lorsqu'ils quittent le pays.
- Toutes les restrictions concernant l'accès des migrants à un régime non contributif, dont la durée d'assurance ouvrant droit à prestations, devraient être non discriminatoires, raisonnables, proportionnées et justifiées dans chaque cas.
- L'accès à un régime de sécurité sociale non contributif devrait être accordé aux migrants en situation irrégulière, à tout le moins lorsque c'est nécessaire pour atténuer la pauvreté et préserver la dignité humaine.
- Les États devraient prendre des mesures pour s'assurer que leur régime de sécurité sociale couvre la totalité des personnes travaillant dans l'économie informelle, y compris les migrants en situation irrégulière.
- Les pays d'origine et de destination devraient coopérer pour améliorer la transférabilité des droits sociaux des migrants, y compris ceux en situation irrégulière.
- Tous les enfants migrants en situation irrégulière et les enfants de migrants en situation irrégulière devraient avoir droit à la même protection sociale que les enfants des citoyens.

VI. LE DROIT AU TRAVAIL ET LE DROIT À DES CONDITIONS DE TRAVAIL JUSTES ET FAVORABLES

Teneur et composantes spécifiques

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels énonce que « les États parties [...] reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit » (art. 6.1).

Le Pacte reconnaît également « le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment : [...] un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune [...]; une existence décente pour eux et leur famille [...]; la sécurité et l'hygiène du travail; la même possibilité pour tous d'être promus, dans leur travail [...]; le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés périodiques [...] » (art. 7).

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a clairement indiqué que le droit au travail ne saurait se comprendre comme « un droit absolu et inconditionnel d'obtenir un emploi ». Il induit qu'une personne peut choisir ou accepter librement un travail, ce qui suppose « de ne pas être forcé de quelque manière à exercer une activité ou à prendre un emploi », qu'une personne ne peut être « injustement privée d'emploi » et qu'elle a « le droit de bénéficier d'un système de protection » garantissant l'accès à l'emploi^a.

Les principes de disponibilité, d'accessibilité, d'acceptabilité et de qualité permettent de définir plus clairement les obligations des États au regard du droit au travail. La *disponibilité* impose à un État de disposer de services spécialisés ayant pour fonction d'aider et de soutenir les individus pour qu'ils trouvent un emploi. L'*accessibilité* impose à un État de veiller à ce que le marché du travail soit accessible à toute personne relevant de sa juridiction, sans discrimination. L'*acceptabilité* et la *qualité* imposent à un État d'assurer que chacun ait des conditions de travail justes, favorables et sûres.

Le Comité a indiqué que les **obligations fondamentales** au regard de ce droit font obligation aux États parties :

- a) De garantir le droit d'accès à l'emploi, en particulier pour les individus et groupes défavorisés et marginalisés, leur permettant d'avoir une existence digne;
- b) D'éviter toute mesure engendrant des discriminations et des traitements inégaux des individus et groupes défavorisés et marginalisés dans les secteurs privé et public ou de fragiliser les mécanismes de protection de ces individus et groupes;

- c) D'adopter et de mettre en œuvre au niveau national une stratégie et un plan d'action en matière d'emploi, reposant sur les préoccupations de l'ensemble des travailleurs et y répondant, dans le cadre d'un processus participatif et transparent qui associe les organisations d'employeurs et de travailleurs. Cette stratégie et ce plan d'action devraient viser plus particulièrement les individus et groupes défavorisés et marginalisés, et reposer sur des indicateurs et critères permettant de mesurer périodiquement les progrès.

° Observation générale n° 18 (2005) sur le droit au travail, par. 6.

A. Obstacles juridiques et pratiques empêchant les migrants en situation irrégulière d'exercer leur droit au travail et leur droit à des conditions de travail justes et favorables

En règle générale, les migrants en situation irrégulière n'ont pas le droit de travailler. Dans la pratique, cependant, nombre d'entre eux sont employés irrégulièrement, essentiellement dans l'économie informelle. Certains déclarent même leurs revenus et paient des impôts¹⁷³. La plupart d'entre eux sont dans une situation d'extrême vulnérabilité. Ils risquent fortement d'être exploités, travaillent souvent dans des conditions pénibles, voire inhumaines, et perçoivent un faible salaire par rapport aux ressortissants ou aux migrants en situation régulière pour le même travail. Ils peuvent avoir affaire à des agents recruteurs qui leur font signer des contrats frauduleux ou leur donnent des informations erronées lors de la procédure de recrutement, ce qui est pour eux l'une des nombreuses façons de se retrouver en situation irrégulière. La législation peut empêcher les migrants de changer d'emploi et les rend donc dépendants d'un seul employeur. Pour échapper à un employeur abusif, les migrants peuvent être obligés de basculer dans la clandestinité.

¹⁷³ FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière*, p. 53 et 54. Le rapport cite la législation du Luxembourg sur les étrangers, qui oblige l'employeur à verser un salaire aux travailleurs sans papiers et à payer les cotisations sociales correspondantes. Voir aussi FRA, *Migrants en situation irrégulière employés dans le secteur du travail domestique : les défis en matière de droits fondamentaux pour l'Union européenne et ses États membres* (Luxembourg, 2011), p. 22.

Dans le monde entier, des travailleurs migrants sont victimes de nombreuses formes d'exploitation, en particulier les migrants en situation irrégulière. Les secteurs dans lesquels ils sont nombreux à travailler, comme la construction, l'agriculture, l'industrie alimentaire, la pêche, le travail domestique et les soins à la personne, peuvent ne pas être réglementés ni protégés. Les migrants en situation irrégulière sont particulièrement vulnérables au travail forcé et à la servitude, y compris la servitude pour dettes. L'Organisation internationale du Travail (OIT) estime que 20,9 millions de personnes dans le monde sont victimes du travail forcé, dont des migrants en situation irrégulière¹⁷⁴. Les employeurs les paient parfois en dessous du salaire minimum ou pratiquent des retenues sur salaire excessives, ou les soumettent à des horaires de travail extrêmement lourds. Dans tous les secteurs, les travailleurs migrants en situation irrégulière sont exposés à des violences physiques et psychiques sur le lieu de travail, notamment des violences sexuelles et sexistes.

Par ailleurs, ils ne peuvent pas toujours se plaindre lorsque leur employeur pratique des retenues sur salaire ni saisir la justice en cas de licenciement abusif¹⁷⁵. En règle générale, il leur est difficile de faire valoir leurs droits ou de demander réparation en cas d'abus compte tenu de leur situation irrégulière et de leur crainte d'être identifiés et expulsés. De plus, ils peuvent être confrontés à la discrimination et rencontrer des obstacles pour accéder à la justice et exercer un recours.

Les migrants en situation irrégulière sont fréquemment exposés à des conditions de travail dangereuses et différentes études ont révélé que, en règle générale, le taux d'accident du travail est plus élevé parmi les migrants que les ressortissants. En 2011, le Bureau sri-lankais de la

¹⁷⁴ « Travail forcé est le terme qu'utilise la communauté internationale pour désigner les situations dans lesquelles des personnes – femmes et hommes, filles et garçons – sont contraintes malgré elles de travailler par le recruteur ou l'employeur, qui ont recours par exemple à la violence ou des menaces de violence, ou à des moyens plus subtils – dettes accumulées, retenue des documents d'identité, menace de dénonciation aux services d'immigration ». OIT, « Estimation du travail forcé dans le monde 2012, Résumé ».

¹⁷⁵ Voir A/HRC/17/33/Add.3, par. 70. Voir aussi Haina Lu, « The personal application on the right to work in the age of migration », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 26, n° 1 (2008), p. 68.

main-d'œuvre à l'étranger a reçu 9 994 plaintes de travailleurs migrants à l'étranger, dont 2 992 portaient sur la maladie ou le harcèlement. Le décès de 302 travailleurs migrants sri-lankais a été signalé pour la même période¹⁷⁶. Une étude menée en Autriche a révélé que quelque 30 % des travailleurs migrants se sentaient exposés à un risque élevé d'accident et de blessures sur le lieu de travail, contre 13 % d'Autrichiens¹⁷⁷.

Les migrants en situation irrégulière ne sont souvent pas en mesure de prouver la relation de travail parce qu'ils n'ont pas de contrat de travail ou ne peuvent pas prouver le nombre d'heures travaillées¹⁷⁸. À cet égard, beaucoup ont du mal à faire appliquer leur droit à réparation pour retenues sur salaire et sont plus vulnérables face aux employeurs pratiquant de telles retenues.

Par ailleurs, les migrants en situation irrégulière ne parviennent souvent pas à obtenir une indemnisation en cas d'accident de travail. En Thaïlande, la loi de 1994 sur l'indemnisation des travailleurs les empêchent d'être indemnisés car il faut être titulaire d'un permis de travail ou d'un passeport prouvant qu'ils sont entrés légalement dans le pays pour bénéficier des prestations du Fonds d'indemnisation des travailleurs¹⁷⁹. Dans certains pays européens, les migrants en situation irrégulière semblent ne pas avoir droit à une indemnité en cas d'accident du travail¹⁸⁰. Même s'ils y ont droit, les actions en réclamation peuvent être difficiles à mener car les migrants ont peur d'être signalés ou ne peuvent pas prouver la relation de travail ni produire des témoins¹⁸¹.

¹⁷⁶ Bureau sri-lankais de la main-d'œuvre à l'étranger, *Annual Statistical Report of Foreign Employment : 2011*.

¹⁷⁷ Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, « Employment and working conditions of migrant workers », 2007.

¹⁷⁸ Voir, par exemple, FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, p. 57.

¹⁷⁹ Human Rights Watch, *From the Tiger to the Crocodile : Abuse of Migrant Workers in Thailand* (New York, 2010), p. 73.

¹⁸⁰ L'Estonie, par exemple, dans FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, p. 58.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 52.

Les enfants migrants sont particulièrement vulnérables aux conditions de travail dangereuses. Concernant la Thaïlande, le Comité des droits de l'enfant a relevé que les enfants de travailleurs migrants vivent souvent dans la pauvreté et que nombre d'entre eux travaillent dans des conditions dangereuses et sont soumis à des horaires de travail extrêmement lourds¹⁸². Le Comité des travailleurs migrants a fait état d'une inquiétude similaire concernant les enfants migrants qui travaillent dans les plantations de bananes en Équateur¹⁸³. La Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations a noté, concernant l'application par l'Albanie de la Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (n° 182), que les enfants migrants non accompagnés étaient souvent exposés à des risques sérieux, notamment de mauvais traitements, de violence physique et sexuelle, et d'un certain nombre d'activités illégales¹⁸⁴.

Le Comité des travailleurs migrants a reconnu dans son observation générale n° 1 (2011) que les travailleurs domestiques migrants sont davantage exposés à l'exploitation et à des conditions assimilables à la servitude. Il a souligné que leur vulnérabilité tient essentiellement :

à leur isolement et à leur dépendance, qui peuvent prendre les formes suivantes : l'isolement que représente le fait de vivre à l'étranger – et souvent dans une langue étrangère – loin de sa famille; l'absence de systèmes de soutien de base et la méconnaissance de la culture et de la législation nationale relative au travail et à l'immigration; la dépendance vis-à-vis de l'emploi et de l'employeur en raison d'une dette liée à la migration, du statut juridique, de pratiques d'employeurs tendant à restreindre la liberté de l'employé de quitter le lieu de travail, du simple fait que le lieu de travail du migrant peut aussi être son seul abri et du fait que les membres de la famille restés au pays dépendent des envois de fonds de l'employé de maison (par. 7).

¹⁸² CRC/C/THA/CO/3-4, par. 72 et 73.

¹⁸³ CMW/C/ECU/CO/1, par. 30.

¹⁸⁴ Observation sur l'Albanie, adoptée en 2008. Voir aussi, concernant la Convention n° 182, la demande directe du Comité au Koweït, adoptée en 2012.

Le Comité a ajouté que leur vulnérabilité se pose avec encore plus d'acuité s'ils sont en situation irrégulière, en particulier parce qu'ils risquent d'être expulsés s'ils demandent aux autorités de l'État de les protéger contre un employeur qui les maltraite.

B. Cadre politique et juridique : le droit des travailleurs migrants en situation irrégulière au travail et à des conditions de travail justes et favorables

La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (art. 25) dispose que tous les travailleurs migrants doivent bénéficier de l'égalité de traitement avec les nationaux en matière de rémunération, d'heures supplémentaires, d'horaires de travail, de repos hebdomadaire, de congés payés, de sécurité, de santé, de cessation d'emploi et de « toutes autres conditions de travail qui, selon la législation et la pratique nationales, sont couvertes par [ce terme] ». Les travailleurs migrants doivent bénéficier de l'égalité de traitement pour les autres « conditions de travail, c'est-à-dire l'âge minimum d'emploi, les restrictions au travail à domicile et toutes autres questions qui, selon la législation et les usages nationaux, sont considérées comme une condition d'emploi ». Il ne peut être dérogé légalement au principe d'égalité, même dans les contrats de travail privés.

La protection de tous les travailleurs contre l'exploitation et les abus est un élément central des droits fondamentaux liés au travail, en particulier dans les situations de vulnérabilité et de rapport de force entre travailleurs et employeurs. Le droit international relatif aux droits de l'homme et le droit international du travail convergent sur ce point¹⁸⁵. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a souligné dans son observation générale n° 18 (2005) que le droit au travail « est indispensable à l'exercice d'autres droits de l'homme; il est inséparable et fait partie intégrante de la dignité humaine »; il concourt à la survie de l'individu et de sa famille, ainsi qu'à son épanouissement et sa reconnaissance au

¹⁸⁵ E/2010/89, par. 51.

sein de la communauté (par. 1). C'est pourquoi le Comité a confirmé que le terme « travail » doit pouvoir être qualifié de « travail décent ». Un travail décent respecte « les droits fondamentaux de la personne humaine ainsi que les droits des travailleurs concernant les conditions de sécurité au travail et de rémunération ». Le Conseil d'administration de l'OIT a identifié huit Conventions de l'OIT fondamentales pour les droits des personnes qui travaillent, qui s'appliquent donc à tous les travailleurs¹⁸⁶.

Le cadre international des droits de l'homme comme celui des droits du travail reconnaissent donc les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement comme des principes fondamentaux pour ce qui concerne les droits des migrants en situation irrégulière.

En Chine, dans la province de Taiwan, il est interdit aux employeurs de confisquer les papiers d'identité des travailleurs migrants, notamment leur passeport ou leur permis de séjour. Il leur est également interdit de retenir leurs salaires ou leurs biens, de porter atteinte à leur intégrité physique ou de leur dénier l'exercice de leurs droits. Les employeurs qui commettent de tels actes peuvent se voir interdire l'emploi de travailleurs migrants.

Source : Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre : *Principes et lignes directrices non contraignants pour une approche des migrations de main-d'œuvre fondée sur les droits* (Genève, 2006), annexe II, par. 80.

¹⁸⁶ Il s'agit des Conventions de l'OIT n^{os} 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 et 182 concernant le travail forcé ou obligatoire, sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, sur le droit d'organisation et de négociation collective, sur le travail des enfants et sur la discrimination dans l'emploi et la profession. Par ailleurs, la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (1998) comprend l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'élimination effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession, et la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective. De plus, les Conventions n^{os} 97 et 143 de l'OIT s'appliquent spécifiquement aux travailleurs migrants. Notons qu'elles prévoient toutes deux des restrictions concernant les migrants en situation irrégulière : la Convention n^o 97 prévoit l'égalité de traitement en termes de rémunération et de sécurité sociale pour les seuls migrants se trouvant légalement sur le territoire (art. 6) et la Convention n^o 143 dispose qu'un migrant en situation irrégulière doit « bénéficier pour lui-même et pour sa famille de l'égalité de traitement en ce qui concerne les droits découlant d'emplois antérieurs en matière de rémunération, de sécurité sociale et autres avantages » (art. 9).

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a également affirmé, dans son observation générale n° 18 (2005), que :

Le principe de non-discrimination consacré à l'article 2.2 du Pacte et à l'article 7 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille devrait s'appliquer à l'accès à l'emploi des travailleurs migrants et des membres de leur famille (par. 18).

Aux États-Unis, la législation nationale sur le travail et l'emploi (sur les salaires et la durée du travail, le travail des enfants, la sécurité et la santé, l'activité syndicale et la discrimination dans l'emploi, par exemple) s'applique à tous les travailleurs migrants, même en situation irrégulière. Elle considère comme une infraction l'action d'un employeur qui, à titre de représailles, dénonce auprès des autorités d'immigration la situation irrégulière d'un migrant qui a tenté de remédier à des violations de la législation du travail. Le Gouvernement a poursuivi en justice les employeurs qui se sont rendus coupables de telles représailles. Les travailleurs migrants en situation irrégulière sont en droit d'accéder aux voies de recours pour le travail qu'ils ont déjà effectué, sur les mêmes bases que les ressortissants nationaux.

Source : Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre, annexe II, par. 69.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a indiqué dans sa recommandation générale n° 30 (2004) que les États parties devraient prendre des mesures « en vue d'éliminer la discrimination à l'encontre des non-ressortissants dans le domaine des conditions de travail et des exigences professionnelles, en ce qui concerne notamment les règles et pratiques relatives à l'emploi discriminatoires par leur but ou par leurs effets » et « pour prévenir et régler les problèmes graves auxquels les travailleurs non ressortissants sont généralement confrontés » (par. 33 et 34). En outre, le Comité a reconnu que « s'il est vrai que les États parties peuvent refuser d'offrir des emplois aux non-ressortissants démunis de permis de travail, tous les individus doivent pouvoir jouir de droits relatifs au travail et à l'emploi, notamment le droit à la liberté de réunion

et d'association, dès le début et jusqu'à la fin d'une relation d'emploi » (par. 35). De la même façon, le Comité des travailleurs migrants a déclaré dans son observation générale n° 2 (2013) que « si les États parties peuvent refuser l'accès à leur marché du travail aux travailleurs migrants qui n'ont pas de permis de travail, une fois que la relation d'emploi est créée et jusqu'à ce qu'elle ait pris fin, tous les travailleurs migrants, y compris ceux qui sont en situation irrégulière, ont droit aux mêmes conditions de travail et d'emploi que les autres travailleurs » (par. 62).

Dans un contexte similaire, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a affirmé qu'« en s'engageant dans une relation de travail, le migrant acquiert des droits en tant que travailleur qui doivent être reconnus et garantis, que sa situation soit régulière ou irrégulière dans l'État d'emploi »¹⁸⁷.

La directive 89/391/CEE du Conseil de l'Union européenne, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail définit le « travailleur » comme « toute personne employée par un employeur [...] » (art. 3), définition qui ne concerne donc pas uniquement les travailleurs ressortissants ou les migrants en situation régulière.

Dans le contexte spécifique des travailleurs migrants, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a souligné que les États parties doivent concevoir des plans nationaux et adopter d'autres mesures appropriées pour respecter et promouvoir l'égalité de traitement. Ce point est particulièrement important pour les migrants en situation irrégulière. Le Comité a également déclaré que les États devaient prendre des mesures législatives et autres pour réduire le nombre de travailleurs non déclarés qui, de ce fait, ne sont pas suffisamment protégés par la loi. Dans le même ordre d'idées, le Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre énonce que les gouvernements devraient adopter des mesures pour prévenir les pratiques abusives, le trafic illicite des migrants, la traite des personnes et les migrations irrégulières de main-d'œuvre. Il

¹⁸⁷ Avis consultatif OC-18/03 sur la situation juridique et les droits des migrants sans papiers, par. 134.

appelle aussi les gouvernements à renforcer les mesures visant à déceler et mettre en évidence les pratiques abusives auxquelles sont soumis les travailleurs migrants; faire bénéficier les travailleurs migrants (quel que soit leur statut) de mesures correctives, y compris en cas de violation du contrat de travail et de non-versement des salaires; imposer des sanctions aux employeurs qui commettent des abus; et décourager les publicités mensongères relatives aux migrations de main-d'œuvre¹⁸⁸.

Dans son observation générale n° 18 (2005), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a reconnu la vulnérabilité et l'exploitation qui accompagnent souvent l'emploi dans l'économie informelle et appelé les États parties à « prendre les mesures législatives et autres nécessaires pour réduire au maximum le nombre de travailleurs non déclarés, qui de ce fait ne disposent d'aucune protection. Ces mesures obligeront les employeurs à respecter la législation du travail et à déclarer les personnes qu'ils emploient, leur permettant ainsi d'exercer l'ensemble des droits des travailleurs. ». Pour faire en sorte que les questions de protection soient au cœur des politiques dans ce domaine, le Comité a indiqué aux États parties que ces mesures « doivent prendre en compte le fait que les personnes vivant d'activités économiques informelles le font le plus souvent par nécessité de survivre et non par choix » (par. 10).

Dans le contexte spécifique des enfants migrants qui travaillent, le Comité des droits de l'enfant a recommandé aux États de veiller à ce que leurs politiques migratoires et mesures prennent en compte la Convention relative aux droits de l'enfant et les Conventions de l'OIT n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, n° 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination et n° 189 concernant le travail décent pour les travailleuses

¹⁸⁸ Voir les lignes directrices 11.2-4 et 11.11. Le principe 8 affirme que « Les droits de l'homme de tous les travailleurs migrants, quel que soit leur statut, devraient être favorisés et protégés » et que les droits fondamentaux applicables figurent dans les huit conventions fondamentales de l'OIT et les conventions pertinentes des Nations Unies sur les droits de l'homme. Voir aussi R. Cholewinski, « The human and labor rights of migrants : visions of equality », *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 22, n° 2 (Hiver 2008), p. 206.

et travailleurs domestiques. Le Comité a également recommandé aux États d'envisager la création de mécanismes de suivi et de notification pour repérer les violations des droits de l'enfant sur le lieu de travail, en particulier dans le secteur informel et le travail saisonnier, et y remédier¹⁸⁹.

Travail décent

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation générale n° 18 (2005), a défini le *travail décent* : « Un travail décent respecte les droits fondamentaux de la personne humaine ainsi que les droits des travailleurs concernant les conditions de sécurité au travail et de rémunération. Il assure aussi un revenu permettant au travailleur de vivre et de faire vivre sa famille, conformément à l'article 7 du Pacte. Parmi ces droits fondamentaux figure le respect de l'intégrité physique et mentale du travailleur dans l'exercice de son activité. » (par. 7).

Selon l'OIT, le travail décent passe par quatre objectifs :

1. **Créer des emplois** – L'économie doit générer des possibilités d'investir, d'entreprendre, de développer les compétences, de créer des emplois et des moyens de subsistance durables;
2. **Garantir les droits au travail** – Obtenir la reconnaissance et le respect des droits des travailleurs. Tous les travailleurs, et en particulier les travailleurs pauvres ou défavorisés, ont besoin d'être représentés, de participer, et que des lois justes soient appliquées et servent leurs intérêts;
3. **Étendre la protection sociale** – Promouvoir l'insertion et la productivité en garantissant à chaque homme et chaque femme des conditions de travail sûres, la jouissance de temps libre et de repos, la prise en compte de la famille et des valeurs sociales, l'accès à une juste indemnisation en cas de perte ou de diminution de revenus et l'accès à des soins médicaux adaptés;
4. **Promouvoir le dialogue social** – La participation d'organisations d'employeurs et de travailleurs fortes et indépendantes est vitale pour améliorer la productivité, éviter les conflits au travail et construire des sociétés solidaires^o.

^o Voir www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang-en/index.htm (consulté le 28 avril 2014).

¹⁸⁹ « Rapport sur la Journée de débat général de 2012 », par. 90.

Les problèmes urgents en matière d'emploi des migrants en situation irrégulière sont l'absence fondamentale de travail décent, caractérisée notamment par des contrats de travail frauduleux ou le défaut de contrat, le non-paiement des salaires et les licenciements abusifs. À cet égard, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille dispose que tous les travailleurs migrants, quel que soit leur statut, doivent bénéficier du même traitement que les nationaux en matière de rémunération et d'autres conditions de travail et d'emploi (art. 25.1). Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaît le droit qu'a toute personne de bénéficier d'un salaire équitable et d'une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune (art. 7). La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille énonce que les employeurs ne peuvent être dispensés de leurs obligations légales ou contractuelles ni restreindre d'une manière quelconque la portée de leurs obligations en raison de l'irrégularité de la situation des travailleurs migrants en matière de séjour ou d'emploi (art. 25.3).

Le Comité des travailleurs migrants a demandé aux États parties d'exiger des employeurs qu'ils indiquent expressément, dans des contrats équitables, signés librement et en pleine connaissance de cause, les conditions d'emploi des travailleurs migrants, y compris lorsque ceux-ci sont en situation irrégulière, dans une langue qu'ils comprennent, en précisant les tâches, les horaires, la rémunération, les jours de repos et les autres conditions de travail. Dans son observation générale n° 2 (2013), il a prié les États parties de prendre des mesures efficaces contre les pratiques telles que le non-paiement des salaires, l'ajournement du paiement jusqu'au départ, le virement des salaires sur des comptes auxquels les travailleurs migrants n'ont pas accès, ou le paiement aux travailleurs migrants, en particulier ceux en situation irrégulière, de salaires inférieurs à ceux versés aux nationaux (par. 63). Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a demandé aux États de s'assurer que les contrats des travailleuses migrantes soient légaux. Ils devraient notamment faire en sorte que le droit du travail

protège les professions dans lesquelles les migrantes dominent, comme les emplois domestiques et certains emplois de l'industrie du spectacle. La Convention n° 158 de l'OIT (1982) concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur impose aux employeurs de fournir des motifs valables de licenciement et consacre le droit à la protection juridique et à réparation pour licenciement injustifié.

Travail forcé

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce sans équivoque que nul ne sera tenu en esclavage ou en servitude (art. 8). Ce principe est repris dans la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, qui dispose que « nul travailleur migrant ou membre de sa famille ne peut être tenu en esclavage ou en servitude » et que « nul travailleur migrant ou membre de sa famille ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire » (art. 11).

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a souligné la vulnérabilité des travailleurs migrants au travail forcé, affirmant dans son observation générale n° 18 (2005) que « les États parties sont en particulier liés par l'obligation de respecter le droit au travail, notamment en interdisant le travail forcé ou obligatoire et en s'abstenant de refuser ou d'amoindrir l'égalité d'accès de tous à un travail décent, surtout les individus et groupes défavorisés et marginalisés, dont les détenus, les membres de minorités et les travailleurs migrants » (par. 23).

L'interdiction de la servitude et du travail forcé est reconnue à l'échelon régional par la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que « nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude » et que « nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire » (art. 4). En estimant qu'une travailleuse migrante en situation irrégulière avait été soumise à la servitude et au travail forcé, la Cour européenne des droits de l'homme a tenu compte, entre autres facteurs, du fait que la victime était dans une situation d'extrême vulnérabilité étant adolescente dans un pays étranger et en situation irrégulière sur le territoire de l'État,

et craignant d'être arrêtée par la police. En outre, elle n'avait pas travaillé de son plein gré et n'avait disposé d'aucun temps libre et d'aucune liberté de mouvement¹⁹⁰. La Cour a considéré que l'État défendeur avait enfreint l'interdiction de la servitude et de l'esclavage. Elle a indiqué que les gouvernements avaient l'obligation positive d'adopter et d'appliquer des dispositions pénales sanctionnant les pratiques visées à l'article 4.

Droit à la liberté syndicale

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels affirme que toute personne a le droit de former des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix, et que les syndicats ont le droit d'exercer librement leur activité (art. 8). Il reconnaît également le « droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays » (art. 8.1 d)).

La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille reconnaît le droit des migrants en situation irrégulière ou sans papiers d'adhérer librement à un syndicat, de participer aux réunions et activités de syndicats et de leur demander aide et assistance (art. 26). Dans ses orientations, le Comité des travailleurs migrants a encouragé les États à élargir la portée de ce droit et, dans son observation générale n° 1 (2011), il a indiqué que « la législation des États parties, notamment des pays d'emploi de travailleurs domestiques migrants, devrait reconnaître le droit de ces derniers de se constituer en association et d'adhérer à une organisation, indépendamment de leur statut migratoire (art. 26) et encourager l'auto-organisation » (par. 46)¹⁹¹.

¹⁹⁰ *Siliadin c. France*, requête n° 73316/01, arrêt du 26 juillet 2005, par. 121 à 129.

¹⁹¹ Notons également que le Comité de la liberté syndicale de l'OIT a déclaré que la Convention n° 87 de l'OIT accorde aux travailleurs migrants le droit de constituer un syndicat et d'y adhérer, quel que soit leur statut (cas n° 2121 (Espagne), plainte déposée par l'Union générale des travailleurs d'Espagne, rapport n° 327, vol. LXXXV, 2002, série B, n° 1, par. 561). L'article 2 de la Convention n° 87 énonce : « Les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières. ».

L'un des plus grands syndicats allemands du secteur des services, Ver.di, a mis en place des permanences hebdomadaires réservées aux migrants en situation irrégulière qui ont besoin de conseils ou d'une aide juridique. Grâce à son programme d'aide juridique, il a aidé des migrants en situation irrégulière à porter des violations du droit du travail devant le Tribunal du travail, par exemple pour réclamer des salaires impayés.

Source : FRA, Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne, p. 56.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 22.1) et la Convention n° 87 (1948) de l'OIT concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (art. 2) protègent le droit de chacun de constituer des syndicats et, par conséquent, s'appliquent aux migrants en situation irrégulière. À cet égard, et reconnaissant les difficultés particulières auxquelles les travailleurs domestiques sont souvent confrontés pour accéder effectivement à la liberté syndicale, la Convention n° 189 de l'OIT protège le droit de tous les travailleurs domestiques et de leurs employeurs de « constituer leurs propres organisations, fédérations et confédérations et, [...] de s'affilier aux organisations, fédérations et confédérations de leur choix » (art. 3.3). Dans sa recommandation générale n° 26 (2008), le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a indiqué aux États parties qu'ils devraient faire en sorte que le droit constitutionnel et civil, ainsi que le droit du travail, garantissent aux travailleuses migrantes les mêmes droits et la même protection qu'aux autres travailleurs du pays, dont le droit syndical et la liberté d'association (par. 26 b)).

Messages clefs

- Les États devraient s'assurer que les migrants en situation irrégulière peuvent accéder à l'emploi sans discrimination et vivre ainsi dans la dignité.
- Les migrants en situation irrégulière devraient être traités sur un pied d'égalité avec les nationaux en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération et d'emploi.
- En matière d'emploi, les États doivent garantir l'égalité de traitement entre les nationaux et les migrants en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les migrants en situation irrégulière, sans dérogation possible, même dans le cadre de contrats privés.
- Les travailleurs migrants en situation irrégulière devraient avoir accès à des recours, notamment en cas de mauvais traitements ou de violence physique, mentale ou sexuelle par l'employeur, de non-paiement du salaire et de licenciement illégal.
- Les États devraient instaurer un système d'inspection du travail et de suivi sur le lieu de travail, dont les compétences et les pouvoirs seront distincts de ceux des services de l'immigration.
- Les travailleurs migrants, y compris ceux en situation irrégulière, ont droit à la liberté d'association, y compris le droit de constituer une organisation et d'y adhérer, et devraient être encouragés à s'organiser.

Conclusion

À de très rares exceptions définies de façon précise, tous les migrants, y compris les migrants en situation irrégulière, ont les mêmes droits fondamentaux, dont les droits économiques, sociaux et culturels, que toute autre personne; toutes les restrictions fondées sur leur statut juridique doivent poursuivre un but légitime et être proportionnées à la réalisation de cet objectif. Les principes d'égalité et de non-discrimination s'appliquent aux migrants, y compris ceux qui sont en situation irrégulière, comme aux autres. Le message du cadre international des droits de l'homme est très clair sur ce point.

Il n'en reste pas moins que les migrants, dans la pratique, surtout les migrants en situation irrégulière, sont souvent empêchés de jouir effectivement de leurs droits par de nombreux obstacles juridiques et pratiques. L'un des principaux est l'obligation faite aux prestataires de services publics de signaler la présence de migrants en situation irrégulière. Parmi les autres obstacles, certains sont administratifs (nécessité de produire un document d'identité, un numéro de sécurité sociale ou un justificatif de domicile que les migrants en situation irrégulière ne peuvent se procurer) et d'autres tiennent à la complexité des systèmes administratifs, judiciaires et autres, au manque d'information et de formation (tant pour les prestataires de services que pour les migrants en situation irrégulière), aux problèmes financiers, aux barrières linguistiques, à la crainte qu'accéder aux services ne leur vaille d'être placés en détention ou expulsés et, plus généralement, à la peur de s'adresser aux autorités.

La présente publication a mis en exergue que les normes internationales relatives aux droits de l'homme imposent aux États parties de s'employer à ce que toutes les personnes relevant de leur juridiction, dont les migrants en situation irrégulière, puissent exercer leurs droits économiques, sociaux et culturels fondamentaux.

Le Comité des droits de l'enfant a donc formulé un certain nombre de recommandations appelant les États à s'assurer que tous les enfants en situation de migration aient accès, sur un pied d'égalité avec les enfants

nationaux, aux droits économiques, sociaux et culturels et aux services de base, quel que soit le statut migratoire de leurs parents, et que leurs droits figurent explicitement dans la législation. Les États sont invités à réformer rapidement la législation, les politiques et les pratiques discriminatoires à l'encontre des enfants touchés par la migration et leur famille, en particulier ceux qui sont en situation irrégulière, ou qui les empêchent d'accéder effectivement aux services et aux prestations tels que les soins de santé, l'éducation, la sécurité sociale à long terme et l'aide sociale. Le Comité a également recommandé de prêter attention à l'impact sexospécifique d'un accès limité aux services, notamment sur le droit à la santé sexuelle et génésique, et sur la sécurité face à la violence¹⁹².

Gestion des flux migratoires fondée sur les droits de l'homme

Le Groupe mondial sur la migration appelle les États à réexaminer la situation des migrants en situation irrégulière sur leur territoire et à œuvrer à ce que leurs lois et règlements soient conformes aux normes et garanties internationales relatives aux droits de l'homme applicables à toutes les étapes du processus de migration, et à les promouvoir.

Source : Déclaration du Groupe mondial sur la migration sur les droits de l'homme des migrants en situation irrégulière.

La Commission mondiale sur les migrations internationales, un organisme indépendant, a conclu en 2005 que des politiques restrictives ne sauraient mettre fin à elles seules à la migration irrégulière. Elle a appelé les États à s'attaquer aux conditions qui favorisent la migration irrégulière, à poursuivre ceux qui organisent les migrations irrégulières par le trafic de migrants et la traite des personnes et à procurer aux migrants des opportunités de migrer légalement¹⁹³.

À cet égard, l'adoption de politiques migratoires fondées sur les droits de l'homme est un préalable indispensable. La Cour interaméricaine des

¹⁹² « Rapport sur la Journée de débat général de 2012 », par. 86 à 88.

¹⁹³ Commission mondiale sur les migrations internationales, « Les migrations dans un monde interconnecté », p. 35 à 44.

droits de l'homme a fait observer que les États ne peuvent subordonner ou conditionner le respect des principes d'égalité devant la loi et de non-discrimination à la poursuite des objectifs de leurs politiques nationales, y compris celles de nature migratoire¹⁹⁴. Les *normes* en matière de droits de l'homme définies dans les principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, de même que les *principes* tels que la participation, l'autonomisation et la responsabilité, devraient donc guider toutes les étapes de l'élaboration des politiques migratoires¹⁹⁵.

Le cadre international des droits de l'homme fournit des orientations aux États sur une série de mesures relatives à la gestion des flux migratoires. Dans sa sixième partie, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille établit un cadre explicite pour les politiques migratoires fondées sur les droits de l'homme. Par exemple, les États parties sont invités à maintenir des services appropriés pour s'occuper des questions relatives à la migration internationale des travailleurs et des membres de leur famille et à formuler et mettre en œuvre des politiques concernant ces migrations, à échanger des informations avec d'autres États parties, à fournir des renseignements aux employeurs et aux travailleurs sur les politiques, lois et règlements, et à fournir des renseignements et une aide appropriés aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille (art. 65)¹⁹⁶.

Pour prévenir les risques d'exploitation et de travail forcé, le Comité des travailleurs migrants a indiqué dans son observation générale n° 1 (2011) que les États devraient prendre des mesures pour que le statut migratoire des migrants ne soit pas subordonné au parrainage ou à la

¹⁹⁴ Avis consultatif OC-18/03 sur la situation juridique et les droits des migrants sans papiers.

¹⁹⁵ Voir « Promotion et protection des droits de l'homme, y compris les moyens de promouvoir les droits de l'homme des migrants : Rapport du Secrétaire général » (A/68/292), par. 9 à 13.

¹⁹⁶ Le Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre fournit des orientations similaires. La ligne directrice 8.2 énonce que les migrants devraient bénéficier d'informations sur leurs droits et obligations, ainsi qu'une aide pour défendre leurs droits. La ligne directrice 8.3 énonce que les gouvernements devraient offrir des mécanismes d'application efficaces pour la protection des droits de l'homme des travailleurs migrants et offrir une formation sur les droits de l'homme à tous les fonctionnaires qui s'occupent des migrations.

tuelle d'un employeur donné (par. 53). De la même façon, le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a affirmé que le permis de séjour d'un travailleur migrant ne devrait pas être associé à un seul employeur et a exhorté les États à éliminer les systèmes de parrainage forcé, dont l'objectif est d'exercer un contrôle sur le migrant pendant tout son séjour¹⁹⁷. Reconnaissant que la confiscation arbitraire des documents d'identité pousse les migrants dans la clandestinité, le droit international relatif aux droits de l'homme insiste sur le fait que les États devraient interdire aux employeurs et aux agents de recrutement, par la loi, de confisquer les documents d'identité des migrants.

Les migrants en situation irrégulière resteront vulnérables aux violations de leurs droits s'ils ne bénéficient pas de la protection de la loi et ne peuvent exiger des comptes. Le principe de responsabilité impose aux États de mettre en place des mécanismes réglementaires robustes et indépendants pour faire appliquer les droits et suivre en continu la situation des migrants. Un tel suivi encouragera la transparence et aura un effet dissuasif, notamment sur les employeurs et les autorités publiques, en termes d'exploitation, de complicité et de mauvais traitements. Les États devraient par ailleurs prévoir un mécanisme de réparation sous forme d'indemnisation, de restitution ou de garanties de non-répétition. Cette réparation devrait comprendre des mesures temporaires, en tant que de besoin, telles que l'hébergement des travailleurs domestiques migrants qui ont été victimes de mauvais traitements.

Toute personne victime d'une violation de ses droits fondamentaux devrait avoir accès à des recours utiles, judiciaires ou autres, à l'échelon national. Les médiateurs, les institutions nationales des droits de l'homme et autres organisations professionnelles, dont les syndicats, jouent un rôle important en matière de défense des droits fondamentaux des migrants, quel que soit leur statut. Toutes les victimes de violations ont droit à une réparation adéquate. Reconnaissant l'importance des recours judiciaires à cet effet, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a

¹⁹⁷ A/HRC/14/30/Add.2, par. 106 f).

recommandé à l'Italie, par exemple, « de modifier sa législation afin de permettre aux migrants en situation irrégulière de faire valoir les droits que leur confère tout emploi occupé et de porter plainte quel que soit leur statut migratoire »¹⁹⁸. Les États devraient garantir des mécanismes de réparation quasi judiciaires ou judiciaires pour permettre aux migrants de faire valoir leurs droits contre les acteurs étatiques et non étatiques sans craindre d'être placés en détention ou expulsés¹⁹⁹.

Plusieurs mesures ont été adoptées au Mexique pour garantir aux migrants irréguliers l'accès à la justice, comme la création du ministère public pour les migrants dans l'État du Chiapas, ainsi que les protocoles adoptés par l'Institut national de la migration en 2010 pour identifier et assister les migrants victimes de crimes.

Source : A/68/292, par. 88.

La Convention n° 81 de l'OIT (1947) concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce impose aux États de créer un système d'inspection du travail dans les établissements industriels. Ce peut être un moyen efficace de lutter contre les abus à l'égard des migrants en situation irrégulière. En 2009, la Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations a reconnu le rôle des inspecteurs du travail après avoir étudié dans quelle mesure, en Italie, l'inspection du travail protégeait les travailleurs contre des conditions de travail contraires à la législation nationale et les amendes infligées dissuadaient les employeurs d'enfreindre le droit du travail lorsqu'ils employaient des migrants en situation irrégulière.

¹⁹⁸ CERD/C/ITA/CO/16-18, par. 23.

¹⁹⁹ La Cour interaméricaine des droits de l'homme a indiqué clairement que, pour permettre un accès effectif aux garanties judiciaires, les États étaient tenus de s'assurer que personne ne risquait d'être renvoyé, expulsé ou placé en détention en voulant exercer ce droit. Pour donner un effet concret à ce droit, la Cour a recommandé qu'un service d'aide juridictionnelle gratuite soit accessible à tous. Avis consultatif OC-18/03 sur la situation juridique et les droits des migrants sans papiers, par. 126. Voir aussi le document A/HRC/14/30/Add.2, par. 106 g), dans lequel le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants appelle les États à « mettre en place des mécanismes efficaces et accessibles qui permettent à tous les travailleurs migrants de porter plainte contre les violations de leurs droits sans crainte de représailles du fait de leur éventuelle situation irrégulière ».

La Commission d'experts a indiqué que, pour être efficaces, les inspecteurs du travail doivent gagner la confiance des employés, y compris ceux en situation irrégulière. Elle a donc recommandé aux gouvernements de veiller à séparer les compétences et les pouvoirs des inspecteurs du travail de ceux des services de lutte contre l'emploi illégal et la migration irrégulière.

La directive 2009/52/CE du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre d'employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier aide les migrants en situation irrégulière à porter plainte contre leur employeur, y compris aux fins de recouvrir des salaires impayés. Son article 13 impose aux États membres de veiller « à ce qu'il existe des mécanismes efficaces à travers lesquels les ressortissants de pays tiers employés illégalement peuvent porter plainte à l'encontre de leurs employeurs, directement ou par l'intermédiaire de tiers désignés par les États membres, tels que les syndicats ou d'autres associations ou une autorité compétente de l'État membre [...] ». Pour apporter la preuve de l'existence d'une relation de travail, ce qui est difficile pour les migrants en situation irrégulière, les États membres sont invités à « présumer que la relation de travail a duré au moins trois mois, de manière à ce que la charge de la preuve incombe à l'employeur au moins pour une certaine période » (par. 17 du préambule).

Par ailleurs, les États sont tenus de s'attaquer aux causes profondes de la migration irrégulière et d'instaurer des voies de migration régulière à tous les niveaux de compétence, y compris à des fins de regroupement familial, en adoptant et en mettant en place les mesures nationales, bilatérales et multilatérales appropriées. À cet égard, le Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre demande aux États d'examiner la possibilité de développer les moyens permettant des migrations de main-d'œuvre régulières, compte tenu des besoins du marché du travail et des tendances démographiques. Les lignes directrices connexes peuvent s'avérer utiles pour établir des systèmes et des structures permettant des analyses du marché du travail périodiques et objectives, et aussi pour établir des politiques transparentes applicables à l'admission, l'emploi et la résidence des travailleurs migrants fondées sur des critères clairs, dont les besoins du marché du travail²⁰⁰.

²⁰⁰ Principe 5 et lignes directrices 5.1 et 5.2.

En Italie, les travailleurs migrants en situation régulière non originaires de l'Union européenne qui perdent leur emploi ou démissionnent ne perdent pas automatiquement leur permis de séjour. Ils sont autorisés à s'inscrire sur une liste de placement jusqu'à expiration de leur titre de séjour, ou pour un minimum de six mois.

Source : Loi sur l'immigration (n° 286) du 25 juillet 1998, telle que modifiée par la loi n° 189 du 30 juillet 2002.

Régularisation

Par ailleurs, il est conseillé aux États de prendre des mesures permettant aux migrants en situation irrégulière de mener une vie plus sûre et décente. Cela induit l'adoption de mesures pour régulariser leur situation et leur ouvrir l'accès à l'économie formelle. Tout en rappelant que le droit international ne donne aucun droit à la régularisation, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, dans son article 69.2, demande aux États d'envisager la possibilité de régulariser la situation de ces personnes conformément aux dispositions de la législation nationale et aux accords bilatéraux ou multilatéraux applicables en tenant dûment compte des circonstances de leur entrée, de la durée de leur séjour dans l'État d'emploi ainsi que d'autres considérations pertinentes, en particulier celles qui ont trait à leur situation familiale. Le Comité des travailleurs migrants a rappelé dans son observation générale n° 2 (2013) que « la régularisation est le moyen le plus efficace de remédier à l'extrême vulnérabilité des travailleurs migrants et des membres de leur famille en situation irrégulière. Les États parties devraient donc envisager des mesures, y compris des programmes de régularisation, pour régler la situation des travailleurs migrants et des membres de leur famille qui sont ou risquent de devenir clandestins ainsi que pour prévenir de telles situations. » (par. 16).

Une étude menée en 2009 sur la régularisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière dans un État membre de l'Union européenne a révélé que les programmes de régularisation ont donné les résultats suivants, entre autres : intégration et cohésion sociales, protection accrue de la famille, recul de la marginalisation, prévention de la traite et de l'exploitation, données plus précises sur les populations immigrées, régulation des secteurs informels de l'économie et meilleure protection des travailleurs, tant étrangers que locaux.

Source : Centre international pour le développement des politiques migratoires, « REGINE : Régularisations en Europe – Étude concernant les pratiques de régularisation des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier en vigueur dans les États membres de l'Union européenne » (Vienne, 2009).

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a souligné que les migrants travaillant dans l'économie informelle sont privés de protection juridique et sociale et que les États devraient prendre des mesures concrètes pour régulariser les migrants en situation irrégulière et réduire le nombre de travailleurs employés hors de l'économie formelle. Ils devraient en particulier assouplir les systèmes d'enregistrement et de quotas, faire en sorte que les travailleurs migrants frappés d'un ordre d'expulsion aient accès à des voies de recours efficaces, exercer un contrôle strict sur les entités privées pour garantir aux travailleurs migrants une protection sociale et des conditions de travail égales et équitables et faciliter l'accès des travailleurs migrants au régime de prestations sociales²⁰¹.

De 2007 à 2010, l'Argentine a appliqué le programme de régularisation « Patria Grande » et accordé une autorisation de séjour temporaire ou permanente à 560 131 personnes. Cela a eu pour effet de diminuer le chômage et la pauvreté. Des rapports indiquent que, entre 2006 et 2013, le taux de chômage et de sous-emploi en Argentine est passé de 20 à 7,8 %, le taux de pauvreté de 54 à 13,2 % et le taux d'extrême pauvreté de 27,7 à 3,5 %.

Source : Ministère des affaires étrangères d'Argentine, « Informe elaborado en cumplimiento de la A/RES/67/172 : La perspectiva de derechos humanos en el tratamiento de la cuestión migratoria en la República Argentina », juillet 2013 (copie versée au dossier).

* * *

Le 2 juillet 2009, le Congrès national brésilien a approuvé la loi n° 11.961 permettant d'accorder une autorisation de séjour aux migrants en situation irrégulière.

Refuser aux migrants d'exercer leurs droits économiques, sociaux et culturels fondamentaux est parfois justifié par des motifs de dissuasion ou de sanction visant les migrants en situation irrégulière. Par exemple, de nombreux pays d'accueil justifient l'accès restreint des migrants aux soins de santé par le souci de protéger leur système de protection sociale contre une utilisation abusive et comme moyen de dissuader les migrations. Les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme et des experts remettent en question ce postulat, pour des raisons tant éthiques que factuelles²⁰². Des

²⁰¹ E/C.12/RUS/CO/5, par. 17.

²⁰² Voir, par exemple, A/HRC/14/30, par. 22.

travaux de recherche récents au sein de l'Union européenne suggèrent que le lien de causalité entre les dépenses de sécurité sociale et la migration est négligeable d'un point de vue statistique. En d'autres termes, rien ne prouve que « l'effet d'aimant de la protection sociale » soit une réalité²⁰³. De la même façon, il apparaît de plus en plus clairement que la rétention administrative n'a pas d'effet dissuasif sur la migration irrégulière²⁰⁴.

Les migrants en situation irrégulière ne sont pas des criminels [...] et ne devraient pas être traités comme tels.

Source : A/HRC/20/24, par. 13.

Si les politiques d'incrimination et d'exclusion sont peu susceptibles de dissuader efficacement la migration irrégulière, elles *peuvent* entraîner des conséquences d'une grande ampleur et préjudiciables, non seulement sur les droits fondamentaux et le bien-être des migrants à titre individuel, mais aussi sur les relations entre les communautés d'accueil et les migrants dans la société²⁰⁵. Dans cette perspective à plus long terme, il est dans l'intérêt des États, pour eux-mêmes et pour leurs relations avec d'autres États, de veiller à ce que la migration bénéficie à ceux qui sont concernés et touchés, et, à tout le moins, ne leur porte pas préjudice.

²⁰³ Corrado Giulietti *et al.*, « Unemployment benefits and immigration : evidence from the EU », *International Journal of Manpower*, édition spéciale sur le thème « Migration, the Welfare State, and European Labor Markets », vol. 34, n° 1-2 (2013).

²⁰⁴ Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a relevé que, en dépit des politiques de détention de plus en plus strictes appliquées partout dans le monde depuis les vingt dernières années, le nombre de migrants en situation irrégulière n'a pas diminué (A/HRC/20/24, par. 8). Ces dernières années, les États ont été appelés avec force à explorer des solutions de substitution à la détention des migrants fondées, notamment, sur le principe de proportionnalité établi dans le droit international, qui dispose que le placement en détention doit être une mesure de dernier recours. Voir, par exemple, le rapport de 2010 du Groupe de travail sur la détention arbitraire au Conseil des droits de l'homme (A/HRC/13/13).

²⁰⁵ Par exemple, le programme Patria Grande de l'Argentine (voir encadré plus haut) s'inscrivait dans le cadre des efforts du pays pour lutter contre la grave crise économique compte tenu des avantages économiques qui pourraient être obtenus en régularisant les migrants en situation irrégulière.

Toutes les données disponibles suggèrent donc que les mesures de contrôle ne suffisent pas à elles seules à éliminer la migration irrégulière et que réglementer cette migration nécessitera une approche plus globale et fondée sur les droits de l'homme. Le respect, la protection et la réalisation des droits des migrants en situation irrégulière, en particulier leur droit à la santé, à un niveau de vie suffisant, à l'éducation, à la sécurité sociale et au travail décent font partie intégrante d'une telle approche²⁰⁶.

Pour améliorer les droits de l'homme des migrants en situation irrégulière et veiller à ce que la dignité de tous les migrants soit respectée, les États devraient adopter des mesures, en droit et en pratique, qui respectent, protègent et réalisent les droits de l'homme et éliminent les barrières et obstacles qui empêchent les migrants d'exercer tous les droits que leur confère le cadre international des droits de l'homme.

²⁰⁶ Groupe mondial sur la migration, *International Migration and Human Rights*, p. 43 et 44.

Messages clefs

- Adopter des mesures juridiques et pratiques visant à prévenir la discrimination à l'égard des migrants en situation irrégulière. Supprimer les règles qui subordonnent l'accès aux services de base à la production de documents que les migrants en situation irrégulière ne peuvent se procurer.
- Supprimer toute obligation faite aux prestataires de services de signaler des migrants aux autorités au motif qu'ils sont en situation irrégulière et informer explicitement ces prestataires qu'ils ne sont pas tenus de signaler la présence de personnes en situation irrégulière.
- Améliorer la collecte des données de façon à suivre efficacement la situation des migrants en situation irrégulière en matière de droits de l'homme et veiller à ce que ces données soient ventilées par sexe, âge, nationalité et secteur d'activité. S'assurer que les règles internationales sur la protection des données et le droit à la vie privée soient scrupuleusement respectées lors de la collecte, du stockage et de l'utilisation de telles données et que des mécanismes de protection soient mis en place pour protéger les migrants contre des contrôles d'immigration fondés sur ces données.
- Ne pas renvoyer ou expulser un migrant vers un lieu où il risquerait d'être privé d'accès aux droits économiques, sociaux et culturels ou de vivre dans un dénuement s'apparentant à un traitement inhumain ou dégradant, ce qui serait contraire au principe de non-refoulement.
- Veiller à ce que les migrants en situation irrégulière aient pleinement accès, sans discrimination, aux recours administratifs et judiciaires appropriés. Fournir aux migrants en situation irrégulière des informations sur leurs droits.
- Élaborer des stratégies ou des plans d'action nationaux spécifiques pour réaliser les droits à la santé, au logement, à l'éducation, à la sécurité sociale et à un travail décent pour tous les migrants, et veiller à ce que ces programmes tiennent dûment compte de la situation des migrants en situation irrégulière.
- S'assurer que toutes les politiques migratoires et politiques ayant à voir avec la situation des migrants soient fondées sur les droits de l'homme; notamment, ne pas incriminer la migration irrégulière, ne pas subordonner le statut migratoire des migrants à un employeur spécifique et envisager des mesures pour régulariser la situation des migrants.

Bibliographie

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*. Vienne, 2014. Disponible à l'adresse : <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/criminalisation-migrants-irregular-situation-and-persons-engaging-them>.

_____. *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*. Luxembourg, 2011. Disponible à l'adresse : <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/fundamental-rights-migrants-irregular-situation-european-union>.

Bloch, Alice, et Milena Chimienti, eds. *Irregular Migrants : Policy, Politics, Motives and Everyday Lives*. Ethnic and Racial Studies. Routledge, 2012.

Bogusz, Barbara, et al., eds. *Irregular Migration and Human Rights : Theoretical, European and International Perspectives*. Leiden : Martinus Nijhoff Publ., 2004.

Cholewinski, Ryszard. *Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights*. Strasbourg : Conseil de l'Europe, 2005.

Conseil international pour l'étude des droits de l'homme. *Irregular Migration, Migrant Smuggling and Human Rights : Towards Coherence*. Genève, 2010.

Saul, Ben, David Kinley et Jacqueline Mowbray, eds. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Commentary, Cases, and Materials*. Oxford : Oxford University Press, 2014.

Ssenyonjo, Manisuli. *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*. Oxford et Portland, Oregon : Hart Publ., 2009.

