



Centre d'études des politiques européennes (CEPS)

RAPPORT

***Cadre des Droits fondamentaux et des Droits de
l'Homme : Protection des immigrés clandestins dans l'UE***

Auteurs : Massimo Merlino et Joanna Parkin

Cette publication fait partie du projet « What Price the Tomatoes?! » (« Quel est le prix des tomates ?! ») financé par la DG Emploi, Affaires sociales et Egalité des chances de la Commission européenne et coordonné par la Confédération européenne des syndicats (CES).

Table des matières

Introduction

1. Le cadre de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux

- 1.1 La Charte des Droits fondamentaux de l'UE
- 1.2 Législation secondaire sur l'immigration de l'UE

2. Les Droits de l'Homme dans le cadre du Conseil de l'Europe

- 2.1 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH)
- 2.2 Charte sociale européenne

3. Loi internationale sur les droits de l'Homme

- 3.1 Charte internationale des Droits de l'Homme
- 3.2 Traités thématiques pour la défense des droits de l'Homme
- 3.3 Organisation Internationale du Travail (OIT)

Conclusions

Liste de références

Introduction

Des milliers d'immigrés clandestins vivent et travaillent dans l'Union européenne, dans des situations de grande vulnérabilité : sans la moindre protection de base, ils ont tendance à travailler pendant de longues heures dans des conditions inférieures aux normes en vigueur, pour des salaires peu élevés et dans des emplois précaires. Beaucoup se battent pour satisfaire les besoins humains les plus basiques : le logement, l'alimentation, les soins médicaux et l'éducation. En outre, ils risquent l'expulsion à tout moment.

Toutefois, les immigrés clandestins bénéficient des droits de l'Homme et ils sont protégés par un cadre des droits de l'Homme à divers niveaux. Ce rapport entend fournir une vue d'ensemble des droits fondamentaux et des droits de l'Homme applicables aux immigrés clandestins sur le territoire de l'Union européenne. Il résume les normes de travail de base ainsi que les droits sociaux et économiques garantis dans les trois différents cadres légaux : l'Union européenne (UE), le Conseil de l'Europe (CdE) et les traités internationaux sur les droits de l'Homme.

La première section analyse l'ensemble des droits fondamentaux accordés par le cadre légal au niveau de l'UE. Elle se concentre plus particulièrement sur la protection offerte par la Charte des droits fondamentaux de l'UE aux immigrés clandestins qui, depuis qu'elle a acquis un statut légalement contraignant avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en décembre 2009, est devenue l'instrument-clé de la protection des droits fondamentaux pour les immigrés clandestins au sein de l'ordre légal de l'UE.

La seconde section est axée sur le cadre des droits de l'Homme développé au niveau régional au sein du système du Conseil de l'Europe. Elle examine les deux principaux instruments relatifs aux droits de l'Homme de ce régime de protection (la Convention européenne des droits de l'Homme ou CEDH et la Charte sociale européenne), à l'égard desquels chaque Etat membre de l'UE est partie contractante. L'application de ces droits aux immigrés clandestins sera examinée dans le contexte des négociations en cours pour l'accession de l'UE à la CEDH, qui devrait renforcer la pertinence de la CEDH pour l'UE.

Enfin, la troisième section dresse le cadre de la protection accordée aux immigrés clandestins au niveau international. Elle présente les dispositions les plus pertinentes des instruments universels de défense des droits de l'Homme des NU, ceux-ci incluant la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles (ICRMW) et l'Organisation Internationale du Travail (OIT).

Chaque section analyse dans quelle mesure les textes qui garantissent les droits de l'Homme peuvent être applicables aux immigrés clandestins et les mécanismes de mise en application légale des droits. Aucune de ces sections n'examine les obstacles auxquels les immigrés clandestins font face pour accéder à ces droits dans la pratique, qui peuvent revêtir une importance significative. Par conséquent, cet article devrait être lu conjointement avec le rapport du CEPS qui l'accompagne : *Irregular Migration in Europe: EU policies and the Fundamental Rights Gap. (Immigration clandestine en Europe : politiques de l'UE et fossé des droits fondamentaux)*

1. Le cadre de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux

1.1. La Charte des Droits fondamentaux de l'UE

La Charte des Droits fondamentaux de l'UE (ci-après dénommée 'la Charte') constitue le principal instrument de la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE.¹ Ce texte unique fixe l'éventail des droits civils, politiques, économiques et sociaux accordés aux citoyens européens et à toutes les personnes résidant dans l'UE. Suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, la Charte est désormais légalement contraignante. Il devrait en résulter un renforcement du cadre des droits fondamentaux en ce qui concerne la loi de l'UE.

Tous les droits inclus dans la Charte s'appliquent aux immigrés clandestins, sauf mention contraire explicite.² Néanmoins, la Charte accorde une certaine latitude aux Etats membres, qui peuvent restreindre l'application de certains articles en précisant que ces droits sont garantis « dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales ».

En ce qui concerne les droits du travail, l'Article 15 de la Charte garantit le droit de travailler et l'Article 12 accorde à chacun le droit de créer et de rejoindre des syndicats. Un autre ensemble de droits du travail est fixé par la Charte au Titre IV « Solidarité », incluant l'Article 31 qui accorde à chaque travailleur le droit à des conditions de travail correctes et justes, ce qui comprend des conditions qui respectent la santé et la sécurité du travailleur. L'Article 31 limite le nombre d'heures de travail maximal et accorde le droit à des périodes de repos et à des congés payés.

La Charte fixe également un autre ensemble de droits sociaux et économiques, incluant le droit de chacun à l'éducation et à l'accès à la formation (Article 14) et le droit à l'accès aux soins préventifs et aux traitements médicaux (Article 35), bien que ce dernier droit soit garanti « dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales ». Les allocations de sécurité sociale sont limitées aux individus *qui résident ou se déplacent légalement* au sein de l'UE (Article 34.2).

Les dispositions de la Charte qui stipulent que toute personne a *droit à un recours effectif et à un procès équitable* devant un tribunal indépendant et impartial sont également pertinentes, celles-ci incluant la clause d'aide juridictionnelle pour les personnes n'ayant pas de ressources suffisantes (Article 47). Ces droits de procédure devraient être au centre de la prévention des violations des droits fondamentaux plus étendus des immigrés clandestins.

¹ La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne J.O. (2010/C 83/02), 30.03.2010.

² Seul un nombre restreint des droits garantis par la Charte (concernant, par exemple, le droit de vote lors d'élections parlementaires européennes ou le droit à une protection consulaire à l'étranger) sont limités aux ressortissants ou aux résidents légaux uniquement.

La Charte précise que la signification et la portée des droits fondamentaux qu'elle prévoit seront les mêmes que celles établies par la CEDH mais que cette disposition ne doit pas faire obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue (Article 52.3) Cela signifie que la Charte garantit à la fois, en tant que normes de protection minimales, les droits fixés par le système du Conseil de l'Europe (voir section 2), tout en autorisant la loi de l'Union à offrir des normes plus élevées.³

Application et contrôle

La Charte s'applique aux lois et aux politiques des institutions de l'UE et elle ne peut être utilisée pour surveiller des actions des Etats membres que lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit de l'UE (Article 51). Par conséquent, la Charte n'a aucune juridiction dans les domaines dans lesquels l'UE n'a aucune compétence.

En ce qui concerne la protection des droits des immigrés clandestins, la limite de portée d'application de la Charte ne devrait pas être trop restrictive étant donné le transfert de plusieurs aspects de la politique en matière d'immigration de la sphère nationale à la compétence légale (partagée) de l'UE.

La Commission européenne a la responsabilité de garantir que les politiques de l'UE sont conformes à la Charte et elle publie un Rapport annuel sur l'application de la Charte pour contrôler les progrès réalisés. La Commission peut également utiliser la Charte pour demander des explications aux Etats membres si elle pense que des droits fondamentaux ont été bafoués.

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) jouera également un rôle dans la mise en application de la Charte, par le biais de demandes de jugements préliminaires de tribunaux nationaux. La CJUE a développé une solide jurisprudence dans la protection des droits et devrait continuer de développer des droits fondamentaux par le biais de sa loi jurisprudentielle.

1.2. Législation secondaire sur l'immigration de l'UE

Un certain nombre d'instruments législatifs secondaires ont été adoptés par l'UE dans le domaine de l'immigration.⁴ Toutefois, la politique en matière d'immigration de l'UE s'est principalement axée sur le contrôle de l'immigration, par le biais d'instruments visant à l'expulsion des immigrés clandestins ou à la pénalisation de ceux qui les aident plutôt qu'à la protection des droits. Ces initiatives, qui accordent des droits minimums aux immigrés, sont réservées aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement dans le pays.

³ O. De Schutter (2007), Promoting and Protecting Fundamental Rights in the European Union: The Relation between the European Convention of Human Rights, the European Charter and the EU Member States Constitutions, Briefing, Parlement européen, DG Politiques internes de l'Union, Bruxelles.

⁴ Voir le rapport du CEPS : « Irregular Migration in Europe: EU policies and the Fundamental Rights Gap » (Immigration clandestine en Europe : politiques de l'UE et fossé des droits fondamentaux)

Néanmoins, les dispositions des deux instruments législatifs suivants de l'UE abordent en partie les droits des immigrés clandestins :

- La **Directive retour** (2008/115/CE)⁵ offre des normes et des procédures minimales communes pour que les Etats membres expulsent les ressortissants clandestins de pays tiers de leur territoire. Bien qu'elle soit controversée, notamment en ce qui concerne les dispositions prévoyant des périodes de détention prolongées, la Directive offre un certain nombre de garanties aux clandestins en attente d'expulsion, par exemple le droit d'interjeter appel ou de demander la révision des décisions liées au retour (Article 13) et de recevoir les soins médicaux essentiels et, dans le cas des enfants, d'accéder au système éducatif dans l'attente de l'expulsion (Article 14). En outre, la directive stipule qu'en cas d'utilisation de mesures coercitives pour des expulsions non volontaires, les Etats membres sont tenus d'appliquer ces mesures de manière proportionnée et conformément aux droits fondamentaux (Article 8.4) et elle prévoit la possibilité que les Etats membres accordent un permis de séjour autonome pour des motifs charitables, humanitaires ou autres, à un immigré clandestin (Article 6.4).
- La **Directive relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains** (2004/81/CE)⁶ définit les conditions d'octroi de permis de séjour à durée limitée pour les ressortissants de pays n'appartenant pas à l'Union européenne (UE) qui sont victimes de trafic d'êtres humains et (en option) pour les « ressortissants de pays tiers qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine, pour lesquels le titre de séjour constitue une incitation suffisante pour qu'ils coopèrent avec les autorités compétentes » (para. 9, préambule). Les Etats membres sont tenus d'offrir aux victimes de trafic une période de réflexion pendant laquelle ils ne risquent pas l'expulsion et ont accès au logement, aux soins médicaux et à une assistance juridique.

⁵ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, (*JO 2008 L 348/98*).

⁶ Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes (*JO 2004 L 261/19*).

2. Les Droits de l'Homme dans le cadre du Conseil de l'Europe

Le cadre étendu des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, qui inclut environ 200 traités et conventions légalement contraignants, comportent deux instruments principaux concernant les droits de l'Homme : la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) et la Charte sociale européenne (CSE).

Ces deux instruments offrent un cadre de protection également applicable aux immigrés clandestins. La loi jurisprudentielle proactive tant de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) que du Comité européen des droits sociaux (CED), des organismes chargés de contrôler l'application de la CEDH et de la CSE, a été au centre de l'extension de leurs portées respectives en matière de protection des droits fondamentaux des immigrés clandestins. Toutefois, ...

2.1. La Convention européenne des droits de l'Homme

La CEDH est d'application générale, ce qui signifie que ses droits et ses libertés s'appliquent à toute personne de la juridiction des parties contractantes.⁷ Elle couvre principalement des droits civils et politiques tels que l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé, le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté d'association et de libre rassemblement, le droit à un recours légal efficace et l'interdiction de la discrimination.

Parmi cet ensemble de droits, deux articles en particulier occupent une place centrale dans la protection des immigrés clandestins dans l'UE : l'Article 3, le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants et l'Article 8, le droit au respect de la vie familiale et privée.

L'Article 3 de la CEDH, qui interdit la torture ainsi que tout traitement cruel, inhumain ou dégradant est pertinent en ce qui concerne les immigrés clandestins pour trois raisons. Tout d'abord, il protège les immigrés clandestins en détention.⁸ Ensuite, il empêche les autorités des Etats contractants de procéder à des expulsions qui pourraient conduire à un traitement interdit. Ici, les conditions dans le pays de destination ainsi que les caractéristiques personnelles de l'étranger (concernant son âge, sa santé, le fait qu'une femme soit enceinte, etc.) sont prises en compte dans la détermination de la légalité de l'expulsion. Enfin, l'Article 3 est pertinent dans le cadre de la protection des droits sociaux et économiques fondamentaux. Le refus d'offrir des services sociaux de base (comme l'alimentation, le

⁷ Voir Article 1 de la CEDH qui stipule que « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre 1 de la présente Convention ».

⁸ Dans l'affaire *Saadi*, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que la détention d'un étranger « peut être étroitement liée au but consistant à empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement sur le territoire » mais sous réserve de directives pour éviter toute mesure arbitraire, précisant que le lieu et les conditions de détention doivent être appropriés, « car une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays ». Cour européenne des droits de l'Homme *Saadi* contre le Royaume-Uni, N° 13229/03, 29 janvier 2008, paragraphe 74.

logement ou les soins médicaux) peut mener l'individu à des conditions de dénuement qui pourraient revenir à un traitement inhumain et/ou dégradant.⁹

L'Article 8 de la CEDH sur le droit au respect de la vie familiale et privée a également été invoqué pour limiter l'étendue du pouvoir d'un Etat contractant en termes d'expulsion ou de refus de droit d'entrée à un ressortissant d'un pays tiers. La Cour européenne des droits de l'Homme a développé une jurisprudence approfondie sur la base de l'Article 8, par laquelle elle peut limiter les décisions nationales en matière d'admission ou d'expulsion, en avançant que l'expulsion engendrerait une interférence injustifiée avec le droit au respect de la vie familiale dans le pays de résidence.¹⁰

En effet, en adoptant une approche proactive de l'interprétation des dispositions de la CEDH, la Cour européenne des droits de l'Homme a joué un rôle décisif dans le développement d'un organe de jurisprudence étendu, qui repose sur les fondements offerts par la Convention. Ainsi, elle a augmenté la portée de la Convention au-delà des droits politiques et civils, afin d'inclure également la protection de certains droits sociaux. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré la position légale de l'individu dans la loi sur la sécurité sociale comme une 'propriété', toute interférence disproportionnée constituant une violation du droit à la propriété fixé par l'Article 1 du premier protocole de la Convention.¹¹ Ce point pourrait être pertinent pour les travailleurs immigrés clandestins qui peuvent avoir à payer des droits à la sécurité sociale et qui bénéficient du droit à la propriété en vertu de la CEDH.

⁹ L'invocation de l'Article 3 pour la protection des droits sociaux et économiques fondamentaux a eu tendance à être réservée aux cas les plus graves de dénuement, comme ceux impliquant la suppression de soins médicaux pour une personne malade.

¹⁰ Voir par exemple les affaires suivantes : CEDH Berrehab contre les Pays-Bas, N° 10730/84, 21 juin 1988 ; CEDH Moustaqim contre la Belgique, N° 12313/86, 18 février 2001.

¹¹ Voir K. Kapuy (2009), 'European and International Law in Relation to the Social Security of Irregular Migrant Workers', dans D. Pieters et P. Schoukens (eds.) *The Social Security Coordination Between the EU and Non-EU Countries*, Oxford : Intersentia, p. 129-30.

Application et contrôle

Les 27 Etats membres de l'UE sont des parties contractantes de la CEDH. Toute personne au sein de la juridiction d'une partie contractante, après avoir épuisé tous les recours judiciaires nationaux, peut porter plainte contre n'importe laquelle de ces parties contractantes devant la Cour européenne des droits de l'Homme à Strasbourg.

Les jugements de la Cour européenne des droits de l'Homme sont légalement contraignants à l'égard des Etats signataires. Si la Cour européenne des droits de l'Homme juge qu'il y a eu une violation de la CEDH, l'Etat membre responsable peut être contraint de payer une compensation à la victime dont les droits ont été bafoués et de prendre des mesures correctives adéquates pour se conformer aux obligations légales suite au jugement. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe est alors chargé de veiller à l'implémentation correcte de ces mesures correctives par l'Etat en question.

Actuellement, l'Union européenne ne fait pas partie de la Convention. Cela signifie que si un individu a l'impression que ses droits ont été bafoués par des actes et des organes des institutions de l'UE, y compris lorsque des Etats membres agissent conformément à la loi de l'UE, la Cour européenne des droits de l'Homme est limitée dans la surveillance qu'elle peut exercer. Cela a risqué de créer un fossé dans le cadre européen pour la protection des droits fondamentaux.

Cette disparité devrait être rectifiée une fois que l'UE deviendra signataire de la CEDH, comme le prévoit le Traité de Lisbonne (Article 6 du TdL). L'accession à la Convention devrait garantir que l'UE fait l'objet d'un contrôle et d'une surveillance externes plus rigoureux des questions relatives aux droits de l'Homme.

2.2. La Charte sociale européenne

La Charte sociale européenne (CSE)¹² complète la CEDH en offrant d'autres garanties de droits de l'Homme sur le plan économique et social, incluant le logement, les soins de santé, la sécurité sociale et l'éducation. Toutefois, la portée personnelle de la Charte sociale est plus limitée que celle de la CEDH. L'Annexe de la CSE stipule que la Charte est limitée aux « ... étrangers [uniquement] dans la mesure où ils sont des ressortissants des autres Parties *résidant légalement ou travaillant* régulièrement sur le territoire de la Partie intéressée... » (l'emphase est un ajout).

Bien que la formulation de la CSE exclue les immigrants clandestins de son champ d'application, il existe des exemples d'exceptions, notamment dans le cas d'enfants. Dans la plainte formelle *FIDH contre la France*¹³ le Comité européen des droits sociaux (l'organe chargé de surveiller les plaintes reçues concernant des violations de la Charte) a déclaré que « une législation ou une pratique qui nie le droit à

¹² Adoptée pour la première fois en 1961, la Charte sociale européenne a été révisée en 1996. Dans ce Chapitre, nous faisons référence à la Charte sociale européenne révisée.

¹³ Voir Comité européen des droits sociaux, *Fédération Internationale des ligues des Droits de l'Homme (FIDH) contre la France*, Réclamation collective n° 14/2003, Décision du 8 septembre 2004, disponible à l'adresse : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC14Merits_fr.pdf (14.06.2010).

l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, sur le territoire d'un Etat partie, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la Charte ». Le Comité a souligné que les soins de santé sont nécessaires à la préservation de la dignité humaine, qui est une valeur fondamentale dans la loi européenne sur les droits de l'Homme.¹⁴

De même, dans la réclamation *Defence for Children International contre les Pays-Bas*,¹⁵ le Comité européen des droit sociaux attire l'attention sur le fait que le droit à un abri est directement lié au droit à la vie, à la protection sociale et au respect de la dignité humaine et des meilleurs intérêts de l'enfant. Par conséquent, le Comité a conclu que : « au regard de l'Article 31.2 de la Charte révisée, les Etats doivent fournir un abri d'un niveau suffisant aux enfants qui se trouvent en situation irrégulière sur leur territoire aussi longtamps qu'ils relèvent de leur juridiction ».¹⁶

Application et contrôle

Les 27 Etats membres de l'UE sont signataires de la Charte sociale européenne.

Afin de garantir une mise en application efficace des droits sociaux, la Charte sociale est contrôlée par le système des « réclamations collectives ». Ce système permet aux partenaires sociaux et aux organisations non gouvernementales de déposer des réclamations collectives pour violation de la Charte avec le Comité européen des droits sociaux. Les réclamations recevables sont transmises au Comité des Ministres. Ce dernier peut alors adopter une résolution recommandant à l'Etat d'entreprendre une action afin de répondre à ses obligations vis-à-vis de la Charte.

¹⁴ Voir Comité européen des droits sociaux, *Fédération Internationale des ligues des Droits de l'Homme (FIDH) contre la France*, Réclamation collective n° 14/2003, Décision du 8 septembre 2004, paragraphes 31 et 32.

¹⁵ *Defence for Children International contre les Pays-Bas*, Réclamation n° 47/2008, Comité européen des droits sociaux.

¹⁶ *Defence for Children International contre les Pays-Bas*, Réclamation n° 47/2008, Comité européen des droits sociaux, paragraphe 64 de la Décision.

3. Loi internationale sur les droits de l'Homme

La loi internationale sur les droits de l'Homme comprend la Charte internationale des droits de l'Homme (constituée par la Déclaration universelle des droits de l'Homme et deux pactes) et six autres traités centraux des NU sur les droits de l'Homme, connus sous le nom de traités thématiques. Ces instruments représentent l'ensemble des normes internationales pour la protection et la promotion des droits de l'Homme.¹⁷

Les normes internationales en matière de droits de l'Homme sont généralement applicables à toute personne en conséquence de sa nature d'être humain, quel que soit son statut d'immigration. De ce fait, en règle générale, les droits de l'Homme s'appliquent aux immigrés clandestins, à moins que ceux-ci soient expressément exclus de l'envergure personnelle d'application de la disposition.

Charte internationale des Droits de l'Homme	Date	Organe de contrôle
<ul style="list-style-type: none"> • Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) 	1948	
<ul style="list-style-type: none"> • Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ICCPR ou International Covenant on Civil and Political Rights) 	1966	CCPR
<ul style="list-style-type: none"> • Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ICESCR ou International Covenant on Economic Social and Cultural Rights) 	1966	CESCR
Instruments thématiques de défense des droits de l'Homme	Date	Organe de contrôle
<ul style="list-style-type: none"> • La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD ou Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) 	1965	CERD
<ul style="list-style-type: none"> • La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW ou Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) 	1979	CEDAW
<ul style="list-style-type: none"> • La Convention contre la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT ou Convention Against Torture) 	1984	CAT
<ul style="list-style-type: none"> • La Convention internationale des droits de l'enfant (CRC ou Convention on the Rights of Child) 	1989	CRC
<ul style="list-style-type: none"> • La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (ICRMW ou International Convention on the Protection of the 	1990	CMW

¹⁷ Le Haut-Commissariat aux droits de l'Homme a défini ces 9 Conventions comme étant « les principaux instruments des droits de l'Homme ». Liste disponible sur le site : <http://www2.ohchr.org/french/law/> (04.06.2010).

Rights of All Migrant Workers) <ul style="list-style-type: none"> • La Convention relative aux droits des personnes handicapées (CRDP ou Convention on the Rights of Persons with Disabilities) 	2006	CRPD
---	------	------

3.1 Charte internationale des Droits de l'Homme

La Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) établit les droits de l'Homme octroyés à tout individu dans 30 articles. Elle stipule clairement que toute personne jouit des droits et des libertés établis dans la Déclaration, « *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'* » (nous avons ajouté l'emphase).¹⁸ Etant donné que la DUDH est de nature déclaratoire, elle n'est pas légalement contraignante. Pour donner une force juridique aux normes de la DUDH, le Pacte sur les droits civils et politiques (ICCPR)¹⁹ ainsi que le Pacte sur les droits sociaux et culturels (ICESCR)²⁰ ont été développés. Ils fournissent un ensemble de droits politiques et civils (ICCPR) ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels (ICESCR) qui sont légalement contraignants pour les Etats qui les ratifient. Les deux pactes et la déclaration sont connus sous le nom de Charte internationale des droits de l'Homme.

Le Pacte sur les droits civils et politiques s'applique à tous, y compris aux immigrés clandestins, bien que certains droits (comme le droit de vote ou le droit de se présenter à une élection) soient limités aux citoyens et que d'autres stipulent qu'ils ne s'appliquent qu'aux étrangers résidant légalement sur le territoire.²¹

Le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, qui inclut des droits liés à des conditions justes et favorables, à la protection sociale, à l'éducation, à un niveau de vie adéquat et aux normes les plus élevées possibles de santé physique et mentale, ne fait pas de distinction sur la base de la nationalité ou du statut légal.

Toutefois, l'interprétation de l'envergure personnelle des droits sociaux de l'ICESCR (notamment en matière de sécurité sociale, de services sociaux, de soins médicaux et de protection de la santé) s'est avérée sujette à controverse. En 1985, la Déclaration des NU sur « les droits de l'Homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent » a limité l'application des droits sociaux aux immigrés résidant *légalement* sur le territoire de l'Etat uniquement. Par la suite, le Comité

¹⁸ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, Rés. A.G. 217A (III), Articles 2 et 3, Doc N.U. A/810 à 71 (1948).

¹⁹ International Covenant on Civil and Political Rights (Pacte international sur les droits civils et politiques). Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 2200A [XXI]. 16 décembre 1966.

²⁰ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels). Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 2200A [XXI]. 16 décembre 1966.

²¹ Comme le droit de se déplacer et de choisir sa résidence (Article 12) et les limites concernant l'expulsion d'étrangers (Article 13).

des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR)²² a précisé dans deux Commentaires généraux que les immigrés clandestins jouissent également du droit aux soins de santé.²³

3.2. Les autres traités thématiques sur les droits de l'Homme

Outre la Charte internationale des droits de l'Homme, cinq autres « traités thématiques » ont été conçus pour protéger des groupes spécifiques :

La **Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille** (ICRMW) est l'instrument universel le plus important concernant les travailleurs immigrés. Adoptée en 1990, elle est entrée en vigueur en 2003 et elle offre un cadre supranational commun de normes et de principes de base quant à la manière de concevoir des politiques d'immigration de la main d'œuvre.²⁴ Le fait qu'aucun Etat membre de l'UE n'ait encore ratifié l'ICRMW (non plus que les autres principaux Etats accueillant des immigrés comme les Etats-Unis et le Canada) crée un fossé important dans le cadre de la protection accordée aux travailleurs immigrés, notamment pour ceux qui sont en situation irrégulière.²⁵

L'ICRMW s'applique à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille « sans distinction aucune » (Article 1). Elle offre une définition complète et non discriminatoire du travailleur migrant en tant que « personne qui va exercer, qui exerce ou qui a exercé une activité rémunérée dans un Etat dont elle n'est pas ressortissante » (Article 2.1).

Les droits inclus dans la Partie III (Articles 8 à 35) de l'ICRMW s'appliquent à *tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille, indépendamment de leur statut administratif*.²⁶ L'Article 25(1) garantit l'égalité de traitement (y compris en ce qui concerne les ressortissants) en matière de rémunération, des autres conditions de travail et d'autres conditions d'emploi. Les deux paragraphes suivants de l'Article 25 précisent qu'il n'est pas légal de déroger aux principes ci-dessus dans des contrats privés et que le statut irrégulier du travailleur ne modifie en rien les obligations légales ou contractuelles de l'employeur. Les travailleurs immigrés clandestins et les membres de leur famille ont également le droit de rejoindre des syndicats (Article 26) et, en ce qui concerne la sécurité sociale, « ...bénéficient, dans l'Etat d'emploi, de l'égalité de traitement avec les nationaux... » (Article 27).²⁷ Outre les droits du

²² Le CESCR est l'organe de contrôle de l'ICESCR. Pour une explication complète de la manière dont les organes de contrôle fonctionnent, voir l'encadré en page 12, Application et Contrôle.

²³ CESCR, Observation générale N.14 : le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (Article 12), E/C.12/2000/4, paragraphe 34 ; CESCR, Observation générale N.19 : le droit à la sécurité sociale (Article 9), E/C.12/GC/19, paragraphe 37.

²⁴ Pour avoir une vue d'ensemble plus détaillée de l'ICRMW, voir V.A. Leary (2003), 'Labour Migration', dans A.T. Aleinikoff et V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haye : TMC Asser Press, p. 234 ; R. Cholewinski, P. de Guchteneire et A. Pecoud (eds.) *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge : Cambridge University Press.

²⁵ Voir le Comité de pilotage international pour la Campagne de ratification de la Convention sur les droits des immigrés, le Guide de la ratification de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, disponible à l'adresse : www.migrantsrights.org (14.06.2010).

²⁶ La Partie IV (Articles 36 à 56) couvre uniquement les travailleurs titulaires de documents ou en situation régulière.

²⁷ L'Article 27 garantit l'égalité de traitement entre les immigrés et les nationaux en ce qui concerne la sécurité sociale, « dans la mesure où ils remplissent les conditions requises par la législation applicable dans cet Etat et les traités bilatéraux ou multilatéraux applicables. » Bien que cette disposition se trouve dans la Partie III (applicable à tous les travailleurs), l'Etat pourrait appliquer des exceptions afin que les sans-papiers ne soient pas couverts dans sa « législation applicable ».

travail, l'ICRMW accorde également des droits de procédure minimums en cas de détention (Articles 16 et 17) ou d'expulsion (Articles 22 et 23).

Outre l'ICRMW, des droits inclus dans les autres traités thématiques pourraient également s'avérer pertinents pour les immigrés clandestins :

- **La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale**²⁸ demande aux parties signataires d'entreprendre une politique visant à éliminer la discrimination raciale, qui est définie comme suit :

« toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique. » (Article 1(1)).

La CERD stipule qu'elle ne protège pas contre la discrimination sur la base de la citoyenneté, qui existe entre ressortissants et non-ressortissants (Article 1(2)). Toutefois, cela ne signifie pas que les « non-ressortissants » sont totalement exclus de la protection de la Convention. Comme l'a souligné le Comité de contrôle de la CERD dans son Observation générale n° 30 sur la « Discrimination à l'encontre de non-ressortissants »,²⁹ les garanties à l'encontre de la discrimination raciale s'appliquent également aux non-ressortissants, indépendamment de leur statut d'immigration.³⁰

- **La Convention sur l'Élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes**³¹ a été interprétée par le Comité correspondant comme accordant des droits de l'Homme de base (comme l'accès à des recours légaux et à la justice ainsi que des droits pendant la détention) aux travailleuses migrantes sans papiers.³²
- **La Convention des droits de l'enfant**³³ a également une grande étendue d'application personnelle, puisqu'elle établit (dans l'Article 2) que ses dispositions s'appliquent à tout enfant se trouvant dans un État signataire : « *sans distinction aucune*, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de

²⁸ Pour obtenir une vue d'ensemble plus détaillée de la CERD, voir P. Thornberry (2005), 'Confronting Racial Discrimination: A CERD Perspective', dans *Human Rights Law Review*, Vol. 5, N° 2, p.239-269.

²⁹ Comité sur l'élimination de la discrimination raciale, Observation générale N° 30 : Discrimination à l'égard des non-ressortissants, 01/10/2004, paragraphe 7.

³⁰ K. Kapuy (2009), 'European and International Law in Relation to the Social Security of Irregular Migrant Workers', dans D. Pieters et P. Schoukens (eds.) *The Social Security Coordination Between the EU and Non-EU Countries*, Oxford : Intersentia, p. 124-125.

³¹ Le Comité des NU sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Observation générale n° 26 sur les travailleuses migrantes, CEDAW/C/2009/WP.1/R, veille aux droits des travailleuses migrantes sans papiers : droit à bénéficier des normes de santé et d'équipement les plus élevées possibles pour le traitement des maladies et le rétablissement de la santé, le droit à l'éducation, etc.

³² K. Kapuy (2009), 'European and International Law in Relation to the Social Security of Irregular Migrant Workers', dans D. Pieters et P. Schoukens (eds.) *The Social Security Coordination Between the EU and Non-EU Countries*, Oxford : Intersentia, p. 124-125.

³³ Convention sur les droits de l'enfant, Résolutions de l'Assemblée générale 44/25, 20 novembre 1989.

l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou *de toute autre situation* » (nous avons ajouté l'emphase). L'Observation générale n° 6 du Comité des droits de l'enfant a encore précisé que les droits inclus dans le CRC, sauf indication contraire, s'appliquent à tous les enfants indépendamment de leur statut.³⁴

Application et contrôle

En général, tous les Etats membres de l'UE ont ratifié et sont donc contraints de respecter les traités internationaux ci-dessus (à l'exception de l'ICRMW).

Chacun des traités internationaux susmentionnés a constitué un comité d'experts chargé du contrôle de l'exécution de ses dispositions (et de ses protocoles éventuels) par les Etats signataires.* Chaque Etat signataire doit soumettre régulièrement des rapports détaillant son implémentation des droits prévus dans la convention correspondante. Les comités de contrôle envoient alors des commentaires et des recommandations aux Etats signataires, sur la base des rapports nationaux.

La procédure de rapports est complétée par trois autres mécanismes de contrôle :

- **Des plaintes individuelles** peuvent être présentées (sous certaines conditions) par toute personne invoquant une violation des droits du traité par un Etat signataire à l'un des organes de contrôle des traités suivants : HRC, CERD, CAT et CEDAW.
- Des **enquêtes** peuvent être initiées par le CAT et le CEDAW si des informations fondées indiquent des violations graves ou systématiques de la part d'un Etat signataire.
- **Les plaintes entre Etats** concernant des accusations de violation du traité par un autre Etat signataire sont prévues par certains traités de défense des droits de l'Homme (comme le CAT, CMW, CERD, CCPR et CEDAW) mais n'ont jamais été utilisées.

* Pour obtenir une liste des principaux instruments internationaux de défense des droits de l'Homme et de leurs organes de contrôle, référez-vous à la page Web du Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme : <http://www2.ohchr.org/french/law/index.htm> (14.06.2010).

3.3 Organisation Internationale du Travail (OIT)

L'OIT fixe des normes minimales de droits du travail de base par l'adoption de conventions et de recommandations non contraignantes.

³⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 : Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6. Cité dans PICUM (2007) *Undocumented Migrants Have Rights! An Overview of the International Human Rights Framework*, p.13.

En 1998, l'OIT a adopté la **Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail**.³⁵ Cette déclaration établit que tous les Etats membres, même s'ils n'ont pas ratifié les conventions de l'OIT, sont néanmoins tenus, en vertu de leur adhésion à l'OIT, de respecter les droits du travail de base qu'elles contiennent, y compris la liberté d'association et de négociations collectives, l'élimination du travail forcé ou obligatoire, l'abolition du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi.

Le principal instrument de l'OIT qui s'applique aux travailleurs immigrés clandestins est la **Convention sur les travailleurs migrants N.143**. Selon l'Article 1 de la convention, chaque Etat signataire devrait entreprendre de respecter les droits de l'Homme fondamentaux de *tous* les travailleurs migrants. La convention stipule que les travailleurs migrants ne devraient pas être considérés comme en situation illégale ou irrégulière du fait de la perte de leur emploi (Article 8) et ne devraient pas être privés de leurs droits acquis en vertu du travail qu'ils ont effectué. Selon l'Article 9, le travailleur migrant devrait bénéficier d'une égalité de traitement, pour lui-même et sa famille, en ce qui concerne les droits découlant d'emplois antérieurs en matière de rémunération, de sécurité sociale et autres avantages.

En marge de la Convention 143, les autres conventions de l'OIT s'appliquent en partie aux immigrés clandestins, sauf mention contraire expresse. Cette position a été affirmée en 2004, lors de la **Résolution concernant une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée**, qui établissait les faits suivants :

« Il est important de veiller à ce que les droits de l'homme des travailleurs migrants en situation irrégulière soient protégés. Il y a lieu de rappeler que les instruments de l'OIT s'appliquent à tous les travailleurs, y compris les travailleurs migrants en situation irrégulière, sauf mention contraire. Il convient de prendre en compte la situation des travailleurs migrants en situation irrégulière, en assurant que leurs droits de l'homme et leurs droits fondamentaux liés au travail soient protégés de manière efficace et qu'ils ne soient pas exploités ni traités arbitrairement. »³⁶

³⁵ OIT (1998), Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Genève.

³⁶ Organisation Internationale du Travail, « Résolution concernant une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée », extrait du Rapport du Comité sur les travailleurs migrants, Genève 2004.

Application et contrôle

L'OIT prévoit deux types de mécanismes de supervision pour l'application et la promotion de normes internationales du travail :

- La supervision classique consiste en un examen régulier de rapports périodiques présentés par les Etats membres.
- Les procédures spéciales, qui sont basées sur la soumission d'une représentation ou d'une plainte.

Conclusions

Ce rapport a offert une synthèse du cadre des droits de l'Homme couvrant les immigrés clandestins dans l'UE. Ce faisant, il montre clairement que, contrairement aux suppositions populaires et aux pratiques de certains corps législatifs, les immigrés clandestins ont des droits fondamentaux. Les instruments européens et internationaux de défense des droits de l'Homme incluent et font entrer en vigueur des droits qui, sauf mention contraire expresse, sont applicables à toute personne indépendamment de son statut. Le non-respect des conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans un Etat membre ne devrait pas priver un individu de certains droits de base qui sont partagés par tous les êtres humains.

Au niveau de l'UE, des normes de travail de base ainsi que tout un éventail de droits socio-économiques, culturels et civiques sont protégés au sein de la Charte, qui est légalement contraignante. Ceux qui pourraient avoir l'impression que leurs droits sont menacés par des mesures adoptées par les institutions de l'UE ou par les Etats membres de l'UE peuvent les assigner devant les tribunaux nationaux et la CJUE.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'Homme et le Comité européen des droits sociaux ont joué un rôle central dans l'extension des dispositions à la CEDH et à la CSE et dans le respect des droits fondamentaux des immigrés clandestins. La future accession de l'UE à la CEDH devrait permettre à la Cour européenne des droits de l'Homme de renforcer son examen minutieux des institutions de l'UE et des Etats membres lors de l'implémentation de la loi de l'UE.

Enfin, les instruments internationaux de défense des droits de l'Homme établis dans les cadres des NU et de l'OIT offrent un ensemble de normes internationales pour la protection et la promotion des droits de l'Homme, y compris les droits du travail qui sont applicables aux migrants en situation irrégulière. Toutefois, la ratification par les Etats membres de l'UE de la Convention des NU sur la Protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille apporterait un renforcement bien plus nécessaire du cadre de protection de ce groupe.

Plus généralement, malgré la couverture d'un cadre complet au niveau de l'UE et au niveau international, les migrants en situation irrégulière rencontrent des obstacles de taille à la mise en application des droits de base dont ils bénéficient. Une meilleure prise de conscience de leurs droits, associée à un contrôle plus strict de leur application par les organes concernés, permettrait de garantir une mise en application plus stricte des droits des immigrés clandestins à l'avenir.

Liste de références

- Aleinikoff, T. A. et V. Chetail (eds) (2003), *Migration and International Legal Norms*, La Haye : TMC Asser Press.
- Cholewinski R. *Migrant Workers dans International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Cholewinski R., Bogusz B., Cygan A. et Szyszczak E. eds. *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.
- Cholewinski R. (Rapporteur). Report of the Ad Hoc Working Group on Irregular Migrants (MG-AD). Doc. MGAD (2003) 3. Strasbourg 12 mars 2004.
- Cholewinski R. *Study on Obstacles to Effective Access of Irregular Migrants to Minimum Social Rights*. Strasbourg: Council of Europe Pub., 2005.
- Cholewinski R. *Protecting Migrant Workers in a Globalized World*. Mars 2005. Disponible à l'adresse : <http://www.migrationinformation.org/Feature/display.cfm?id=293>
- Costello, C. (2006), 'The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe', dans *Human Rights Law Review*, Vol. 6, N° 1, p. 87-130.
- De Guchteneire P. et Pécoud A. *Migration, Human Rights and the United Nations: an Investigation Into the Low Ratification Record of the UN Migrant Workers Convention*. Genève : Global Commission on International Migration, octobre 2004. Disponible en ligne à l'adresse : <http://www.gcim.org/gmp/Global%20Migration%20Perspectives%20No%203.pdf>
- De Schutter, O. (2007), *Promoting and Protecting Fundamental Rights in the European Union: The Relation between the European Convention of Human Rights, the European Charter and the EU Member States Constitutions*, Briefing, Parlement européen, DG Politiques internes de l'Union, Bruxelles.
- De Tapia S. *New Patterns of Irregular Migration in Europe*. Strasbourg: Council of Europe Publications, 2004.
- De Varennes F. *Strangers in Foreign Lands: Diversity, Vulnerability and the Rights of Migrants*. 2003. Disponible en ligne à l'adresse : http://www.unesco.org/most/paper_devarennes.pdf
- Ghosh B. *Elusive Protection, Uncertain Lands: Migrants' Access to Human Rights*. Genève : International Organization for Migration, 2003.
- Guild, E. (2004), "Who is an Irregular Immigrant", dans B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan et E. Szyszczak (eds), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 3-28.

- Kapuy, K. (2009), 'European and International Law in Relation to the Social Security of Irregular Migrant Workers', dans D. Pieters et P. Schoukens (eds.) *The Social Security Coordination Between the EU and Non-EU Countries*, Oxford : Intersentia
- Leary, V.A. (2003), 'Labour Migration', dans A.T. Aleinikoff et V. Chetial (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haye : TMC Asser Press, p. 234
- LeVoy, M., N. Verbruggen et J. Wets (2004), *Undocumented Migrant Workers in Europe*, Compte-rendu de la conférence de la PICUM "Undocumented migrant workers" du 26 mai 2003.
- Pieters D. et Schoukens P.** (eds), *The Social Security Co-Ordination Between the EU and Non-EU Countries*, Social Europe Series volume 20, livre, publié, 1ère impression juillet 2009.
- Tonelli, S. (2004), "Irregular Migration and Human Rights: A Council of Europe Perspective", dans B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan et E. Szyszczak (eds), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 301-310.
- Van Dam, D. (2010), *Who's Rights: International Monitoring of Compliance with Human Rights of Migrants in the Netherlands 2000-2008*, Utrecht: FORUM; 18 décembre (2007), *The UN Treaty Monitoring Bodies and Migrant Workers: a Samizdat*.