



HAL
open science

La protection internationale du travailleur migrant

Camille Papinot

► **To cite this version:**

Camille Papinot. La protection internationale du travailleur migrant . Droit. UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE, 2014. Français. NNT : . tel-01369482

HAL Id: tel-01369482

<https://shs.hal.science/tel-01369482>

Submitted on 29 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE

Thèse

Pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE

Présentée et soutenue publiquement le 15 décembre 2014, par

Camille PAPINOT

Le travailleur migrant en droit international

Directeur de recherche :

- Monsieur Jean-Marc THOUVENIN, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre - La Défense, directeur du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN).

Rapporteurs :

- Hélène TIGROUDJA, Professeure à l'Université d'Aix-Marseille.
- Jean-François AKANDJI-KOMBE, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

Assesseurs :

- Catherine-Amélie CHASSIN, Maître de conférences Habilitée à diriger des recherches à l'Université de Caen Basse-Normandie.
- Myriam BENLOLO-CARABOT, Professeure à l'Université Paris Ouest Nanterre - La Défense
- Jean-Claude JAVILLIER, Professeur émérite de Droit de l'Université Paris-II Panthéon – Assas.

*L'Université Paris Ouest Nanterre – La Défense
n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses.*

*Ces opinions doivent être considérées comme
propres à leur auteur.*

REMERCIEMENTS

Je remercie mon directeur de thèse pour m'avoir encouragée à me dépasser.

Je tiens à remercier tout particulièrement Messieurs les Professeurs Jean-Claude Javillier et Antoine Lyon-Caen pour leurs précieux conseils sur la manière d'effectuer mes recherches.

J'adresse également ma gratitude à l'Union d'associations latino-américaines en France, organisation non-gouvernementale d'aide aux migrants, au sein de laquelle mon expérience en tant que bénévole de la permanence juridique a été très utile à la compréhension des enjeux du sujet de cette étude. Ma gratitude s'adresse aussi au GISTI et particulièrement à Claudia Charles pour sa disponibilité.

Je remercie ma mère sans le soutien de laquelle il m'aurait été difficile de mener à bien ce projet. Je remercie également chaleureusement Stéphanie Millan, Annick, Michel et Brigitte Pérol, Marie-France Planeix ainsi que Philippe Raymond pour leurs encouragements. Je remercie de tout cœur tous mes amis, tous les membres de ma famille, chercheurs ou non, et particulièrement Léa Papinot, Valentine Hiblot, Denis Bourgeois, Marie Cuq, et Marina Pantoja, pour leur soutien inconditionnel pendant mon doctorat.

A ma famille.

SOMMAIRE

PARTIE I

L'ACQUISITION ET LA PERTE DE LA QUALITE DE TRAVAILLEUR MIGRANT

CHAPITRE I – La liberté souveraine d'admission de l'Etat d'accueil

CHAPITRE II – Le retour comme objectif

PARTIE II

LES DROITS DU TRAVAILLEUR MIGRANT LIES A SON SEJOUR

TITRE I – L'encadrement en droit international du traitement des travailleurs étrangers

CHAPITRE I – Un encadrement *a minima* : l'interdiction de la discrimination

CHAPITRE II – Etendue du principe de non-discrimination dans les instruments relatifs aux travailleurs migrants

TITRE II – Le travailleur migrant : un travailleur, un individu

CHAPITRE I – La qualité de travailleur, fondement de l'égalité de traitement « dans l'entreprise »

CHAPITRE II – Le traitement indiscriminé de l'individu : l'« intégration dans la cité »

PARTIE III

L'EFFECTIVITE DES DROITS DU TRAVAILLEUR MIGRANT

TITRE I – La garantie des droits du travailleur migrant par l'Etat d'accueil

CHAPITRE I – Les droits du travailleur migrant, des droits difficiles à garantir

CHAPITRE II – Le suivi international de la mise en œuvre des droits du travailleur migrant

TITRE II – Les droits de l'homme au secours de la justiciabilité des droits du travailleur migrant

CHAPITRE I – La disponibilité de voies de recours complémentaires

CHAPITRE II – Le recours aux droits civils et politiques pour garantir la justiciabilité des droits des travailleurs migrants

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ACTRAV	Bureau des activités pour les travailleurs du Bureau international du travail
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
AJIL	American Journal of International law
AFDI	Annuaire français de droit international
AGCS	Accord général sur le commerce des services
ALENA	Accord Nord-américain de libre-échange
BIT	Bureau international du travail
CAT	Comité contre la torture
CDH	Comité des droits de l'homme
CDESC	Comité des droits économiques sociaux et culturels
CDI	Commission du droit international
CE	Conseil d'Etat
CEDAW	Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes
CEDEAO	Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest
CEDR	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
ComEDH	Commission européenne des droits de l'homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CESDH	Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales

CESEDA	Code
CourADHP	Cour africaine des droits de l’homme et des peuples
ComADHP	Commission africaine des droits de l’homme et des peuples
CICM	Commission internationale Catholique pour les Migrations
CIT	Conférence internationale du travail
CJCE/CJUE	Cour de Justice des Communautés européennes/Cour de justice de l’Union européenne
CTM	Comité des travailleurs migrants
ComIADH	Commission interaméricaine des droits de l’homme
CourIADH	Cour interaméricaine des droits de l’homme
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CPJI/CIJ	Cour permanente de justice internationale/Cour internationale de justice
DUDH	Déclaration universelle des droits de l’homme
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies
EPU	Examen périodique universel
EUROSUR	Système européen de surveillance des frontières
FIDH	Fédération internationale des droits de l’homme
FNUAP	Fonds des Nations Unies pour la population
GCIM/CMMI	Commission mondiale sur les migrations internationale
GISTI	Groupe d’information et de soutien aux immigrés
HCDH	Haut-Commissariat aux droits de l’homme
HCR	Haut-Commissariat
ICFTU	Confédération internationale des syndicats
IDE	Investissement direct étranger
IDI	Institut de Droit international
IPMWC	Plate-forme internationale des ONG pour la Convention sur les travailleurs migrants

MERCOSUR	Marché commun du Sud
MIDSA	Dialogue sur la migration en Afrique australe
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEA	Organisation des Etats américains
OIM	Organisation internationale pour les migrations
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
PCR	Processus consultatifs régionaux
PIDCP	Protocole international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Protocole international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
RCADI	Recueil des cours de l'académie de droit international
RGDIP	Revue générale de droit international public
RQAN	Retour et réintégration de nationaux africains qualifiés
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RTNU	Recueil des traités des Nations Unies
SDN	Société des Nations
SFDI	Société française pour le droit international
SICREMI	Système continu de rapports sur la migration internationale des Amériques
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
ZLE	Zone de libre-échange

*« Si je diffère de toi, loin de
te léser je t'augmente »*

Antoine de Saint-Expupéry.

INTRODUCTION

1. Contexte actuel des migrations internationales. Selon Georges Tapinos, « *la migration internationale apparaît comme l'une des empreintes indélébiles de l'Histoire des Nations. [...] Elle fait partie des phénomènes à évolution lente, qui transforment profondément et imperceptiblement une société et dont l'on ne prend conscience qu'à l'occasion d'un incident révélateur, souvent éphémère* »¹. Si les migrations de personnes sont un phénomène ancien, à l'heure de la mondialisation les individus n'ont jamais circulé aussi facilement. La mondialisation a en effet conduit à un changement de la perception de l'espace ; les distances se sont réduites grâce à l'essor des technologies de l'information et de la communication, et au développement de moyens de transports plus rapides et moins coûteux. L'apparition de communautés transnationales, c'est-à-dire de personnes originaires d'un même territoire, réparties entre plusieurs pays mais maintenant un sentiment d'appartenance², a permis de développer et de consolider des parcours migratoires³.

Dans son rapport de 2005, la Commission mondiale pour les migrations internationales établissait que le nombre des migrants sur la planète avait doublé depuis 1980⁴. L'Organisation internationale du travail (OIT), quant à elle, estimait qu'en 2010 les migrants

¹ G. TAPINOS, *L'économie des migrations internationales*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences politiques, 1974, p. 1, cité par R. CHIROUX, « Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales », in SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont –Ferrand, Editions E. Pedone, Paris, 1979, p.4.

² C. WIHTOL DE WENDEN, *Atlas mondial des migrations : réguler ou réprimer...gouverner*, Paris, Éd. Autrement, Collection Atlas-monde, 2009, p.14.

³ V. CHETAÏL, *Code de droit international des migrations*, Codes en poche, Bruxelles, Bruylant, 2008, introduction.

⁴ Commission mondiale sur les migrations internationales, *Les migrations dans un monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action*, Genève, 2005, p.1.

internationaux représentaient 214 millions de personnes soit 3% de la population mondiale⁵. En 2013, selon l'Organisation de Coopération et de Développement économiques (OCDE), l'on comptait 232 millions de migrants internationaux, bien que depuis 2010 elle l'on pouvait noter une baisse de l'augmentation annuelle du nombre de migrants⁶. A la migration majoritaire Sud-Nord s'est ajoutée une importante migration Sud-Sud. Chaque pays est aujourd'hui concerné par la migration, comme pays d'origine, de transit ou de destination. Les migrations concernent des cas de figure très divers. Elles peuvent être temporaires ou définitives, volontaires ou involontaires et répondre à des motivations ou objectifs variés. Parmi les principales causes de migration volontaire, on trouve les inégalités socio-économiques entre les pays ainsi que les conflits et les violations des droits de l'Homme dans le pays d'origine (voir Annexe n°1)⁷.

2. Les notions de « migrant » et d'« étranger ». Comme l'a souligné en 1927 le Professeur Louis Varlez dans son cours à l'Académie de La Haye, *« pour l'étude d'un phénomène juridique, le premier besoin est de définir clairement les termes employés; [...] Ce besoin se fait particulièrement sentir pour l'étude du droit international de migrations, car s'il est facile de citer une centaine de définitions nationales du « migrant », il n'existe malheureusement aucune définition universellement reconnue et l'abondance des formules de définition que nous possédons, contribue plus à obscurcir qu'à éclaircir le problème »*⁸. Aujourd'hui, la « migration », tous types de migrations confondus, est communément perçue comme un mouvement de personnes quittant un Etat ou sur le point de le quitter, pour entrer dans un autre Etat afin d'y séjourner à titre durable ou temporaire⁹. La définition couvre donc à la fois l'émigration (le départ voire le voyage), l'immigration (l'arrivée dans le pays d'accueil), le séjour et éventuellement le retour. La notion de séjour nous permet d'exclure les touristes¹⁰.

⁵ OIT, « Etude du BIT sur la migration internationale de main-d'œuvre », *La Semaine Juridique Sociale*, n° 14, 6 Avril 2010, act. 201.

⁶ OCDE – Nations Unies, *Les migrations internationales en chiffres. Contribution conjointe des Nations Unies/DAES et de l'OCDE au Dialogue de haut niveau des Nations Unies sur les migrations et le développement*, 3-4 octobre 2013, p.1.

⁷ V. CHETAİL, *Code de droit international des migrations*, op. cit, introduction.

⁸ L. VARLEZ, « Les migrations internationales et leur réglementation », *RCADI*, 1927, V, p.171.

⁹ V. CHETAİL, *Code de droit international des migrations*, op.cit, introduction.

¹⁰ *Ibid.*

Une personne qui migre vers un pays autre que le sien est donc une personne qui devient étrangère dans le pays d'accueil. Or, selon Danièle Lochak, la norme d'un Etat est conçue par référence à un individu « *normalisé* » et « *c'est à cet individu, au départ, et à lui seul, qu'est reconnue l'intégralité des droits, tandis que les autres définis négativement par référence à cette norme-étalon, s'exposent à faire l'objet de discriminations* »¹¹. La « normalité » dans un Etat concerne donc les nationaux. Dès lors, la « catégorie » des étrangers se définit négativement ; elle désigne l'ensemble des personnes qui n'ont pas la nationalité du pays où elles se trouvent. Selon Yaël Attal-Galy, la notion de catégorie se distingue de la notion de minorité qui se détermine par des éléments factuels (nombre inférieur, langue, religion culture, mais qui sont ressortissants de l'Etat). Elle se distingue également de celle de groupe qui renvoie à l'idée d'union volontaire en raison d'une communauté d'intérêt. La catégorie est conjoncturelle et abstraite, et résulte d'une construction juridique à partir de caractéristiques individuelles intrinsèques ou extrinsèques, la différence étant subie et non volontaire et elle le met en état de faiblesse. La catégorisation a alors pour objectif de rétablir l'égalité¹².

Le terme de « nationalité », qui n'est apparu qu'au début du XIXe siècle sous la plume de Madame de Staël, désigne, à partir de 1830, les liens unissant des hommes formant une communauté homogène de race, de langue, de religion, ou de culture. L'article 2 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité¹³, renvoie la détermination de la nationalité à la législation des Etats. La liberté de l'Etat de définir qui peut être son national a d'ailleurs acquis une valeur coutumière. La seule limite concerne la conformité au droit international¹⁴. Avec la multiplication des Etats-nations¹⁵, la nationalité devient une réalité juridique, mais la composition de ces Etats va progressivement évoluer. La nationalité ne relève pas seulement du droit mais suppose l'existence d'un lien substantiel entre l'Etat et ses ressortissants. Pour l'Etat, le national est un élément de sa dimension personnelle. Pour le ressortissant, la

¹¹ D. LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », in B. BADIE et M. SADOULIN (dir.), *L'Autre, Etudes réunies pour A. GROSSER*, Paris, Presses de la Fondation Nationale de Sciences politiques, 1996, p.181.

¹² Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, p.10 et s.

¹³ L.B., 20 janvier 1939, M.B., 13 août 1939.

¹⁴ CPII, avis du 7 février 1923, *Décrets tunisiens et marocains sur la nationalité*, Rec. 1923, p.4.

¹⁵ Cette notion s'est forgée au début du XXe siècle pour désigner « *des systèmes politiques et sociaux dans lequel l'Etat (le système institutionnel) coïncide avec la nation (la Communauté d'adhésion). [...] L'Etat-nation repose sur un système politique unitaire : la reconnaissance de l'unité nationale prime sur la diversité des communautés vivant sur le territoire. [...] Enfin, au niveau des droits individuels, l'exercice de la citoyenneté est étroitement liée à la nationalité* ». O. NAY (dir.), *Lexique de science politique. Vie et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 2008, p.190.

nationalité lui donne droit à une protection, au bénéfice de certains droits comme le droit de participer à la vie politique, et le soumet à certaines obligations comme le service militaire par exemple. Elle doit pour ce faire être effective. C'est la définition qu'en retiendra la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire *Nottebhom* de 1955 ; elle définit la nationalité comme « *un lien juridique ayant pour fondement un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts et de sentiments, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs* »¹⁶. La nationalité désigne donc un « *lien socio-juridique définissant, en droit interne et international, les droits et les obligations et leurs rapports réciproques entre une personne et un Etat* »¹⁷.

Les étrangers, définis négativement comme les personnes n'ayant pas la nationalité de l'Etat concerné, relèvent d'un régime spécifique. Depuis une trentaine d'années, l'expression « droit des étrangers » désigne ce régime. Auparavant l'on parlait de « droit de l'immigration » par référence au besoin de main-d'œuvre étrangère. Sur le fond, jusque dans les années 1990, le droit applicable encadrait peu la condition des étrangers. A partir des années 1970, la question du statut juridique des étrangers a commencé à faire l'objet d'un débat public et d'importantes modifications. Ce droit est un droit d'exclusion et de restriction : il fixe les conditions d'entrée et d'éloignement, et un régime moins favorable que celui des nationaux. Parallèlement, le droit des étrangers est aussi un droit d'insertion puisque l'étranger s'insère dans la société d'accueil et doit donc, à ce titre, bénéficier d'une certaine protection. Ce droit est en perpétuel mouvement¹⁸. Du reste, « les étrangers » n'est pas un concept qui désigne un groupe statique et isolé de personnes immuablement considérées comme en faisant partie ; chaque individu est un étranger potentiel dans sa relation avec tous les Etats dont il ne possède pas la nationalité, dès lors qu'il se déplace ou développe des activités par-delà les frontières¹⁹.

¹⁶ CIJ, arrêt du 6 avril 1955, *affaire Nottebhom – 2e phase (Liechtenstein c. Guatemala)*, Rec. 1955, p.23.

¹⁷ S. TOUZE, « La notion de nationalité en droit international, entre unité juridique et pluralité conceptuelle », in SFDI, *Droit international et nationalité*, colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, pp.11-20.

¹⁸ F. JULIEN-LAFERRIERE, « Etrangers – droits des », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp.319-320.

¹⁹ M.S. McDOUGAL *et al.*, « The protection of Aliens from discrimination and World public order : Responsibility of States conjoined with human rights », *AJIL*, 1976, vol. 70, n°3, pp.437-438.

3. L’appréhension fragmentée des migrations en droit international. Bien que les gouvernements aient tenté d’agir en fonction de leurs intérêts sur les flux migratoires, c’est-à-dire les mouvements de personnes²⁰, la reconnaissance de droits au profit des migrants a été tardive. Il a fallu attendre le XXe siècle pour que différents instruments internationaux bilatéraux, régionaux ou universels mettent en place un cadre de protection des migrants. Aujourd’hui, de nombreuses normes, spécifiques ou non, ont vocation à s’appliquer aux migrants, mais elles sont réparties en différentes branches du droit international (droit international des droits de l’homme, droit humanitaire, droit international social, droit des investissements). Le droit applicable en ressort « fragmenté ». Pour reprendre une citation de Richard B. Lillich, « *la condition de l’étranger en droit international peut être comparée à un puzzle géant dont les pièces sont apparues au fil du temps, mais le nombre définitif est encore incertain, si bien que le tableau d’ensemble reste à inventer* »²¹.

Ceci s’explique par le fait que le droit international s’intéresse aux migrants pour ainsi dire « au cas par cas », ou plutôt « par catégorie », en déterminant des catégories d’étrangers qui méritent que les Etats y prêtent une attention toute particulière. Il s’est ainsi traditionnellement intéressé aux réfugiés et aux migrations aux fins d’emploi. Mais, bien que facteur permanent d’évolution, l’éclatement et la multiplicité des règles applicables aux migrants rendent leur articulation peu claire, ce qui nuit à la compréhension et à l’application de ces normes. Pourtant, comme le soulignait déjà Louis Varlez en 1927 « *l’étude du droit international des migrations [expression entérinée par l’auteur] montre qu’on se trouve actuellement en présence d’une activité réglementaire extrêmement vivace et luxuriante, où il est possible, mieux peut-être que pour aucun autre phénomène, de suivre la vie du Droit, en voie de constante évolution* »²².

4. Choix de l’étude de la catégorie des travailleurs étrangers. L’expression de « droit international des migrations » laisse transparaître qu’il existe des principes communs applicables aux processus migratoires. Malgré l’existence de règles communes, l’objet de cette étude se concentrera sur la catégorie des « travailleurs migrants ». De manière très générale, on peut définir le travailleur migrant comme « *une personne physique qui quitte ou*

²⁰ L. MARMORA, *Las políticas de migraciones internacionales*, Organización Internacional para las Migraciones, Buenos Aires, Editorial Paidós SAICF, 2002, introduction.

²¹ R.B. LILLICH, *The Human Rights of Aliens in Contemporary international Law*, Manchester University Press, 1984, p.3 et 123.

²² L. VARLEZ, « Les migrations internationales et leur réglementation », *op.cit.*, p.171.

qui a quitté le pays dans lequel elle est résidente avec l'intention de s'établir dans un autre pays, dont elle ne possède pas la nationalité »²³. Au cours de notre étude, nous utiliserons à la fois les expressions de « travailleur migrant » et de « travailleur étranger ». La première fera référence à l'ensemble du processus migratoire comprenant le départ, le voyage, le séjour dans l'Etat d'accueil et éventuellement le retour dans l'Etat d'origine. La deuxième, quant à elle, sera employée une fois que le travailleur aura immigré, c'est-à-dire qu'il aura atteint le pays de destination.

Le choix de cette catégorie de migrants se justifie par le fait que l'objectif de trouver un emploi et des conditions de vie meilleures constitue l'une des motivations principales à la migration. La part des travailleurs parmi les migrants internationaux était estimée, en 2010, à 105 millions sur 214 millions de personnes (travailleurs migrants économiquement actifs), soit près de la moitié²⁴. En 2013, les travailleurs migrants et les membres de leurs familles représentaient 90% du total des immigrés²⁵. De plus, la protection des travailleurs migrants est visée dans plusieurs instruments internationaux non spécifiques, mais a également conduit à l'adoption de normes protectrices qui leur sont propres. Pour autant, cette catégorie de personnes est mal connue. Nous verrons que la notion de « travailleur migrant » est une notion complexe et finalement assez restrictive (I). Les normes applicables à cette catégorie de migrants résultent d'un consensus international difficile à atteindre (II). Pourtant, la prise de conscience du besoin de protection des travailleurs migrants au niveau international va permettre à ces derniers de bénéficier de droits subjectifs contribuant à l'émergence d'un statut juridique international qui leur est propre (III).

I. La notion de « travailleur migrant »

L'étude des différentes définitions du « travailleur migrant » qui apparaissent dans les instruments internationaux pertinents, révèle que cette notion est en réalité beaucoup plus restreinte que celle de « migration aux fins d'emploi ». Cette dernière englobe toutes les migrations pour raisons économiques, autorisées ou non autorisées ; c'est la motivation à la migration qui est prise en compte et non pas les modalités de la migration. Parmi l'ensemble des personnes qui migrent pour trouver un emploi, la catégorie des « travailleurs migrants » se

²³ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001, p.1105.

²⁴ OIT, « Etude du BIT sur la migration internationale de main-d'œuvre », *op. cit.*, note 4.

²⁵ http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/media-centre/issue-briefs/WCMS_248855/lang--fr/index.htm, consulté le 20 septembre 2014.

distingue par l'objet et les modalités du travail (1). Mais elle se distingue également des autres catégories d'immigrés autorisés à travailler (2).

1. Une notion excluante à raison de l'objet et des modalités du travail : fragmentation entre différentes catégories de migration aux fins d'emploi

5. Difficile concertation internationale autour de la notion de « travailleur migrant ». Il n'existe pas de définition universellement admise du « travailleur migrant » car les définitions nationales varient. Par ailleurs, il est difficile de trouver une définition assez large pour couvrir tous les phénomènes de migration de main-d'œuvre, c'est-à-dire l'émigration de travail, l'émigration d'établissement (travailleurs indépendants), l'émigration temporaire ou saisonnière, l'émigration définitive ou permanente, et cela tant du point de vue du pays d'origine, du pays de transit que du pays de destination. Les pays ont certes pris conscience de l'intérêt d'une définition commune dès le début du XXe siècle, mais des hésitations sont clairement apparues dès les premières réunions internationales où la question a été débattue. Lors de la quatrième session de la Conférence internationale du travail, au cours de laquelle fut adoptée une recommandation relative à l'envoi régulier au Bureau International du Travail (BIT) d'informations s'agissant des migrants, les Etats se sont mis d'accord sur une définition commune du terme « émigrant ». Mais la Conférence internationale de l'émigration et de l'immigration tenue à Rome du 15 au 31 mai 1924 n'a pas permis l'adoption de cette définition. Les dissensions qui ont opposés les pays d'origine et les pays de destination ont concerné les questions de « durée » et d'« établissement » ; contrairement aux pays de départ, les pays d'immigration souhaitaient réserver le bénéfice des lois d'immigration aux seuls étrangers qui demeuraient sur leur sol²⁶. Le principe de la distinction du séjour en raison de la durée a été accepté mais n'a fait l'objet d'aucune précision²⁷. Certains instruments multipartites ont toutefois été adoptés à partir de la seconde moitié du XXe siècle.

²⁶ Pour plus de détails sur les difficultés liées à l'adoption d'une définition internationale, v. R. CHIROUX, « Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales », *op.cit.*, p.17 et s.

²⁷ Dans son cours donné à l'Académie de la Haye en 1927, le professeur Louis Varlez proposait de retenir quatre éléments :

Lorsque l'on s'intéresse aux conventions internationales relatives aux travailleurs migrants, on remarque que leurs champs d'application varient, mais que les définitions peuvent toutefois être rapprochées pour nous permettre d'identifier plus précisément la catégorie de personnes concernées par cette étude. L'ensemble des textes spécifiques définissent le travailleur migrant comme « *une personne qui émigre d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte ; il inclut toute personne admise régulièrement en qualité de travailleur migrant* » (art. 11 conv n° 97 de l'OIT²⁸, art. 11 conv. n°143 OIT²⁹, art. 1 de la convention du Conseil de l'Europe de 1977³⁰, art. 45 du TFUE³¹). La définition révèle deux éléments constitutifs. D'abord, l'expression « *autrement que pour son propre compte* » désigne un travail salarié. Ensuite, l'intéressé doit être « *régulièrement admis* », c'est-à-dire autorisé ; cela exclut donc les travailleurs étrangers en situation irrégulière. La définition énoncée à l'article 2 de la Convention des Nations Unies de 1990 est un peu plus large car elle ne précise pas que l'emploi doit être effectué pour le compte de quelqu'un d'autre³². Toutefois, la Convention distingue différentes catégories de travailleurs³³,

« 1° Le départ d'un pays et l'arrivée dans un autre ;

2° L'établissement à l'étranger ;

3° Un établissement d'une certaine durée ; ni « tout travail », ni « sans jamais revenir » ne sont les éléments essentiels de la définition.

4° Le besoin de gagner sa vie ou de satisfaire à des besoins essentiels. » (L. VARLEZ, « Les migrations internationales et leur réglementation », *op.cit.*, p.176).

²⁸ Convention n°97 de l'Organisation internationale du travail concernant les travailleurs migrants, 1^{er} juillet 1949, *RTNU*, vol. 120-I, n°1616, p.73. Entrée en vigueur le 22 janvier 1952.

²⁹ Convention n°143 de l'Organisation internationale du travail, concernant les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité des chances et de traitement des travailleurs migrants, 24 juin 1975, *RTNU*, vol. 1120-I, n°17426, p.325. Entrée en vigueur le 9 décembre 1978.

³⁰ Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant, 24 novembre 1977, *RTNU*, vol. 1496-I, n°25700, p.17. Entrée en vigueur le 1^{er} mai 1983 : « 1° Aux fins de la présente convention, le terme « *travailleur migrant* » désigne le ressortissant d'une Partie Contractante qui a été autorisé par une autre Partie Contractante à séjourner sur son territoire pour y occuper un emploi salarié. »

³¹ Sur la notion de « *travailleur salarié migrant* » en droit de l'Union européenne, voir M. MAUDET-BENDAÏHAN, *La mobilité géographique du travailleur salarié au sein de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2012, pp.15-21.

³² Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 18 décembre 1990, Doc. A/RES/45/158, *RTNU*, vol. 2220-I, n°39481, p.128. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003. L'article 2 énonce : « 1. L'expression "travailleurs migrants" désigne les personnes qui vont exercer, exercent ou ont exercé une activité rémunérée dans un Etat dont elles ne sont pas ressortissantes ». Cette définition est aussi un peu plus large car elle s'applique à tout le processus (art. 1^{er} §2) et concerne aussi des personnes qui viennent de perdre leur emploi. Mais ce texte, qui est le texte contraignant à vocation universelle le plus récent et qui a vocation à protéger l'ensemble des travailleurs, n'a eu que peu de succès en raison sans doute de sa trop grande ambition. Au 24 mai 2012, elle ne compte que 45 ratifications mais aucune des grands pays de destinations.

³³ Art. 2 h) de la Convention de New York.

et la partie V énumère les droits dont peut bénéficier chaque catégorie de migrants aux fins d'emplois.

6. Le migrant : un travailleur salarié autorisé. Le travailleur salarié est celui qui « rémunéré, en vertu d'un contrat de travail, fournit une prestation de travail à un employeur qui le paye et lui donne des ordres »³⁴. Cela exclut donc les autres catégories de travailleurs. Ne sont pas couverts par la définition des instruments internationaux précités les personnes explicitement mentionnées (dont la liste varie d'un texte à l'autre selon sa modernité), parmi lesquelles on trouve : les travailleurs frontaliers, les travailleurs saisonniers, les gens de mer, les stagiaires, les artistes, les personnes venues accomplir une tâche déterminée (notamment les prestataires de service ou les travailleurs détachés), ou encore les fonctionnaires internationaux³⁵. Cela s'explique notamment par le fait que certains emplois répondent à des caractéristiques spécifiques et peuvent faire l'objet d'instruments internationaux qui leur sont propres³⁶. Une autre catégorie de travailleurs implicitement exclue concerne les travailleurs indépendants, c'est-à-dire non-salariés, qui travaillent pour leur propre compte, et dont la situation est régie par les règles relatives à la liberté d'établissement. En effet, « *alors qu'elle est largement abandonnée en droit communautaire, la distinction entre liberté de circulation (travailleurs salariés) et la liberté d'établissement (investissement, travailleurs non-salariés), conserve toute sa vigueur en droit international général* »³⁷.

Concernant les modalités de travail, selon les définitions du travailleur migrant précitées, ne peut être considérée comme tel qu'une personne régulièrement admise par l'Etat de destination. Ne peut prétendre au bénéfice des droits mentionnés dans les instruments internationaux pertinents le travailleur clandestin, c'est-à-dire « *non titulaire d'une autorisation de travail et qui n'est généralement pas déclaré par son employeur* »³⁸. Toutefois, les travailleurs clandestins peuvent potentiellement constituer des « travailleurs migrants » dans l'hypothèse où le droit interne de l'Etat de destination prévoit la possibilité d'une régularisation de la situation par le travail. C'est notamment le cas en France, à l'article

³⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^e édition, 2007, p.844.

³⁵ Art. 11§2 Convention n° 97, art. 11§2 Convention n°143, art. 1§2 de la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant et art. 3 de la convention de New York.

³⁶ Par exemple, la Convention du travail maritime adoptée dans le cadre de l'OIT le 7 février 2006.

³⁷ P. DAILLIER *et al.*, *Droit international public*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, 8^e édition, pp.751-752.

³⁸ G. CORNU, *op.cit.*, p.158

L-313-14 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France (CESEDA) qui envisage, sous certaines conditions, la régularisation des étrangers par le travail³⁹.

Nous pouvons donc conclure qu'une personne peut bénéficier de la qualité de travailleur migrant si elle a légalement franchi une frontière internationale, pour occuper un emploi salarié pour lequel elle a été autorisée. L'autorisation de l'Etat d'accueil concerne donc à la fois le séjour et l'exercice d'une activité rémunérée. Par ailleurs, il convient de distinguer la notion de travailleur migrant d'autres catégories d'étrangers autorisés à travailler.

2. Une notion excluante à raison de l'objet de la migration : distinction vis-à-vis des autres catégories d'étrangers autorisés à travailler

7. Distinction de la catégorie des étudiants étrangers. D'autres catégories d'étrangers venus dans le pays de destination pour une raison autre que pour y occuper un emploi, peuvent être autorisées à travailler, et notamment à occuper un emploi salarié. Cette hypothèse concerne les réfugiés et les étudiants. Concernant les étudiants, l'objet de la migration, qui justifie l'autorisation de circulation et de séjour, est la poursuite d'études⁴⁰. Si certains pays exigent des garanties financières pour autoriser un étranger à venir étudier, d'autres pays autorisent les étudiants étrangers à travailler pour subvenir à leurs besoins. Par exemple, la France autorise les étudiants étrangers à travailler jusqu'à 60% du taux plein, soit 964 heures par an⁴¹. Les restrictions liées au travail se justifient par le fait que l'objet de la migration doit rester la poursuite des études ; l'obtention d'un visa ou d'un titre de séjour étudiant ne doit pas servir, en réalité, à exercer une activité au détriment des études. Les étudiants étrangers sont généralement explicitement exclus des conventions relatives à la protection des travailleurs migrants⁴².

Toutefois, il est intéressant de souligner que les étudiants étrangers peuvent potentiellement devenir des travailleurs migrants si à la fin de leurs études ils obtiennent un « changement de

³⁹ Pour plus de détails sur la régularisation des travailleurs sans-papiers en France, voir GISTI, *L'admission exceptionnelle au séjour par le travail dite « régularisation par le travail »*, GISTI, Paris, 2009, 40 p.

⁴⁰ L'exception concerne le cadre de l'Union européenne ; les étudiants ressortissants des pays membres sont également titulaires de la citoyenneté européenne et bénéficient d'une liberté de circulation. Leur présence dans un autre Etat membre n'est donc pas soumise à autorisation. La citoyenneté européenne a été introduite par le Traité de Maastricht de 1992 et la définition a été reprise dans le traité de Lisbonne (art. 17 du TFUE) en précisant simplement que la citoyenneté de l'Union s'ajoute à celle des Etats membres mais ne la remplace pas.

⁴¹ Articles L5221-9, R5221-3 (3°), R5221-5, R5221-8, R5221-26 et R5221-28 du Code français du travail.

⁴² Art. 11 al. 2, d) de la Convention OIT de 1975 ; art. 3 e) de la Convention de New York de 1990.

statut ». Cette question révèle les enjeux de la migration des personnes qualifiées, qu'elles aient suivi ou non leurs études dans le pays dans lequel elles peuvent être autorisées à travailler. Les migrations de main-d'œuvre qualifiée apparaissent bénéfiques tant du point de vue individuel qu'au niveau sectoriel pour les pays de destination. Mais elles sont une source de déséquilibre en termes de perte pour le développement du pays d'origine. On parle alors de « brain drain », phénomène qui a augmenté au cours des dernières décennies⁴³. Un « migrant hautement qualifié » revêt cette qualité selon son niveau d'étude (qui doit être d'au moins deux années universitaires)⁴⁴ ou selon sa catégorie professionnelle. Les fonctions occupées sont généralement très productives et à valeur hautement qualifiée. En général, les gouvernements combinent les deux critères. Beaucoup de grands pays de destination tentent d'attirer les migrants hautement qualifiés depuis les années 1990. L'Organisation internationale pour les Migrations (OIM) comptait, en 2008, qu'environ 10% des personnes hautement qualifiées originaires des pays en développement vivaient en Amérique du Nord ou en Europe, mais que ces chiffres étaient encore plus importants pour l'Amérique latine, l'Afrique et les Caraïbes⁴⁵. Toutefois, la migration des personnes qualifiées a lieu plus facilement si la personne a fait ses études dans le dans lequel elle souhaite travailler. Mais tant que le changement de statut étudiant à celui de travailleur salarié n'a pas lieu, l'étudiant étranger qui travaille est exclu des instruments internationaux relatifs aux travailleurs migrants.

8. Distinction de la catégorie des réfugiés. La seconde catégorie d'étrangers autorisés à travailler est celle des réfugiés. Selon l'article 1^{er}, A, 2) de la Convention relative aux Réfugiés de 1951⁴⁶, un réfugié est une personne qui « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si*

⁴³ L. MARMORA, *Las políticas de migraciones internacionales*, Organización Internacional para las Migraciones, Editorial Paidós SAICF, Buenos Aires, 2002, p.42-43.

⁴⁴ Une initiative qui peut être citée, est le *Manuel sur la mesure des ressources humaines consacrées à la science et à la technologie (dit Manuel de Canberra)* de 1995, adopté par l'OCDE et la Commission européenne. Il propose des définitions des qualifications en fonction du domaine et du niveau d'études, et des types de profession, et offre des statistiques comparatives. OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008 – Gestion de la mobilité de la main-d'œuvre dans une économie mondiale en mutation*, Genève, 2008, p.57.

⁴⁵ *Ibid*, p.55-56. Pour plus de détails sur les migrations de main-d'œuvre hautement qualifiée, voir p.55 et s. du présent rapport.

⁴⁶ Convention relative au statut des réfugiés, adoptée le 29 juillet 1951, RTNU 1976, vol. 995, A-2545, p.399 et s. Entrée en vigueur le 22 avril 1954.

elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ». L'Etat qui examine favorablement une demande d'asile⁴⁷, et qui reconnaît à une personne le statut de réfugié, l'autorise à travailler. En effet, le réfugié a vocation à vivre dans l'Etat d'accueil tant que le risque de persécution n'a pas cessé. L'article 17 de cette même Convention prévoit la possibilité pour les réfugiés d'exercer une profession salariée ; l'accès et l'exercice de cette profession devront se faire dans les mêmes conditions que pour les travailleurs nationaux. Cette catégorie d'étrangers n'est pas spécifiquement exclue des conventions relatives aux travailleurs migrants, mais ces dernières ne s'appliquent pas aux réfugiés car ils font l'objet d'une protection spécifique.

Mais qu'il s'agisse d'étudiants étrangers ou de réfugiés, n'ont-ils pas les mêmes garanties que les travailleurs étrangers lorsqu'ils exercent une activité salariée ? Hormis les restrictions relatives aux heures de travail pour les étudiants, ils bénéficient comme les travailleurs étrangers d'une égalité de traitement avec les travailleurs nationaux. Dès lors, on peut se demander si la catégorisation des travailleurs migrants est pertinente. Elle l'est car la question de la protection ne concerne pas uniquement les conditions de travail une fois que la personne a migré, mais aussi l'autorisation de séjour. Il convient donc de s'intéresser à l'objet de la migration. Pour les travailleurs migrants, c'est l'exercice d'une activité rémunérée qui constitue l'objet principal de la migration, tandis que pour les étudiants et les réfugiés, le travail est accessoire à l'autorisation de séjour. Or, les migrations de travail sont sensibles aux tendances protectionnistes des Etats de destination. Par ailleurs, nous verrons au cours de notre étude, que les travailleurs migrants soulèvent des difficultés spécifiques, pas uniquement liées au risque de discrimination au travail. La spécificité des besoins de protection du travailleur migrant va progressivement conduire à un consensus international autour de cette question.

⁴⁷ Nous pouvons préciser que dans l'Union européenne, la demande d'asile a constitué pendant longtemps la seule entrée légale, même si elle est déboutée dans 90% des cas. Elle est en baisse dans les pays européens, première destination pour 85% des demandeurs. C. WIHTOL DE WENDEN, *op.cit.*, p.10.

II. L'émergence d'un consensus international autour du besoin de protection des travailleurs migrants

Assez rapidement, le besoin d'une protection internationale du travailleur migrant apparaît, en raison de la vulnérabilité dans laquelle il peut se trouver. Les Etats d'origine tentent notamment d'obtenir certaines garanties de la part des Etats de destination. Mais la divergence d'intérêts des Etats concernés rend la concertation difficile (1). Certains accords voient tout de même le jour, mais l'hétérogénéité plus ou moins grande des Etats parties peut parfois limiter la portée des accords (2).

1. La difficile concertation entre les Etats d'origine et les Etats de destination

9. L'identification de la vulnérabilité du travailleur migrant. L'émergence d'une concertation internationale autour du besoin de protéger les travailleurs migrants vient du fait que les Etats ont rapidement réalisé qu'ils ne pouvaient traiter unilatéralement de la question migratoire. Ils ont par ailleurs pris conscience de la vulnérabilité dans laquelle se trouvent certains travailleurs migrants. Les Etats tentent alors de concilier leurs intérêts qui sont souvent contradictoires. La vulnérabilité des travailleurs migrants peut s'apprécier au cours du voyage ainsi que dans le cadre du séjour dans le pays d'accueil. Malgré un discours récent sur les contributions de la migration au développement des pays d'origine et de destination⁴⁸, les pays conservent la vision sécuritaire des migrations internationales développée depuis les années 1990. Par ailleurs, les fluctuations du marché du travail conduisent souvent à une

⁴⁸ Dans ce sens voir le rapport du Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *Rapport mondial sur le développement humain. Lever les barrières : mobilité et développement humain*, 2009, 237p. ; Organisation de Coopération et de développement économique (OCDE), *Perspectives des Migrations Internationales*, 2010, 381p. ; ou encore Organisation internationale pour les Migrations (OIM), *Etat de la Migration dans le monde – Bien communiquer sur la migration*, Genève, 2011, 161p. Ces deux rapports mettent en évidence les contributions positives des migrations sur le développement des pays d'origine et de destination, à moyen et long terme. Tout d'abord, les migrations s'inscrivent dans le cadre d'un déséquilibre démographique à l'échelle du globe. Pour les pays d'origine, les migrants constituent une ressource économique grâce aux transferts de fonds et allègent la pression sur l'emploi. Pour les pays de destination, les migrants occupent les emplois « boudés » par les nationaux, comme le service à la personne, notamment auprès des personnes âgées, la population des pays développés étant vieillissante. On peut aussi mentionner le fait que la migration attire les investissements directs étrangers (IDE) qui conduisent à la création d'emplois dans les entreprises bénéficiaires.

fermeture au moins partielle des frontières, ce qui soulève la question des clandestins et des passeurs⁴⁹ ; les coûts très élevés du passage conduisent bien souvent à des formes d'esclavage moderne pour les payer⁵⁰. Certes, cette question concerne les travailleurs clandestins alors que les travailleurs migrants sont des personnes régulièrement admises, mais elle reste pertinente dans la mesure où certains travailleurs clandestins peuvent obtenir une régularisation par le travail. Par ailleurs, même si les travailleurs étrangers sont régulièrement admis, les conditions de voyage peuvent être déplorables ; l'une des premières conventions adoptées au sein de l'OIT a d'ailleurs été la Convention n°21 relative la simplification de l'inspection des émigrants à bord des navires⁵¹. Nous verrons également que l'un des objectifs des accords internationaux a été de mettre fin au monopole des agences privées de recrutement⁵².

Apparaissent ensuite des difficultés liées au séjour des travailleurs migrants. En effet, ces derniers sont particulièrement en proie à des discriminations dans le cadre du travail ou du séjour en général, en raison de la perception négative souvent prédominante de l'étranger par la société d'accueil. En effet, comme le souligne Lelio Mármora, on assiste de nos jours à une réapparition de la xénophobie dans les pays de destination, qui réagissent différemment en termes de rejet ou de solidarité selon les époques. Au XXe siècle, le rejet du migrant se fonde sur la préservation de l'ordre social. Dans les années 1930, l'argument est celui de l'incompétence professionnelle et dans les années 1940, on craignait l'influence négative du migrant sur la culture des pays de destination. Récemment, le migrant est davantage perçu comme une charge indésirée. Le rejet peut à la fois résulter de la détérioration des conditions sociales et d'une réaffirmation du pouvoir d'auto-détermination politique et économique dans un contexte de compétitivité internationale. Pourtant, il n'y a paradoxalement jamais eu autant de solidarité au sein de la société civile⁵³.

⁴⁹ Par exemple, s'agissant de la frontière entre le Mexique et les Etats-Unis, les premiers passeurs ou « coyotes » datent des années 1920. A partir des années 1990, les prix ont augmenté et les stratégies se sont améliorées. Le prix dépend de l'éloignement de la destination. Il faut compter en moyenne 300 dollars pour un voyage « direct » Tijuana – Los Angeles. Pour les ressortissants sud-américains et d'Amérique centrale, il faut compter de 500 à 1000 dollars, et pour les ressortissants asiatiques, plus de 1000 dollars. J. DURAND, *Migrations mexicaines aux Etats-Unis*, Paris, CNRS Editions, 1996, p.78. Sur la violence subie par les migrants, voir aussi D. SPENER, « Le coyotage et les barrières imposées à la mobilité humaine par les Etats nationaux. Le cas des Mexicains et des Centraméricains migrants vers les Etats-Unis », *Le Mexique dans les migrations internationale, Hommes & Migrations* n°1296, mars-avril 2012, pp.46-52.

⁵⁰ C. WIHTOL DE WENDEN, *op.cit.*, p.10-11.

⁵¹ Convention n°21 concernant la simplification de l'inspection des émigrants à bord des navires, 5 juin 1926, *RTNU* vol. 38-I-604, p. 282 ; entrée en vigueur le 29 décembre 1927.

⁵² M. LÔ DIATTA, « L'évolution des accords bilatéraux sur les travailleurs migrants », *Journal du droit international*, 2008, volume 135, issue 1, p.110-111.

⁵³ L. MARMORA, *Las políticas de migraciones internacionales, op.cit.*, pp.43-45.

S'agissant des conditions de travail, la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines d'esclavage, y compris leurs causes et leurs conséquences dénonce, dans son rapport de 2013, le fait que « *la discrimination, l'exclusion sociale, l'inégalité entre les sexes et la pauvreté sont au cœur des formes contemporaines d'esclavage et que les travailleurs migrants sont particulièrement vulnérables* »⁵⁴. La discrimination peut s'expliquer par un manque d'information sur la législation du travail dans les pays d'accueil. Mais parfois, les travailleurs migrants, en connaissance de cause, acceptent des conditions de travail inférieures à celles des nationaux, afin de rester dans le pays d'accueil et garder leur emploi. Le volume horaire est alors beaucoup plus élevé et les salaires sont nettement inférieurs. Cette tendance ne concerne pas uniquement les travailleurs étrangers peu qualifiés (même si le risque pour les migrants qualifiés est moindre). On peut citer l'exemple des médecins étrangers ressortissants de pays en voie de développement qui reçoivent des salaires nettement inférieurs à ceux des médecins nationaux, mais toutefois supérieurs aux rémunérations proposées dans les pays d'origine⁵⁵. S'agissant de l'éloignement, il arrive aussi que les travailleurs migrants soient expulsés individuellement ou collectivement, en fonction des aléas du marché du travail dans la société réceptrice. L'enjeu de la concertation internationale a donc comme objectif principal de réguler le « désordre »⁵⁶ migratoire.

10. Des intérêts étatiques difficilement conciliables ? La régulation des migrations de main-d'œuvre, bien que nécessaire en raison du désordre dans lequel elle s'inscrit, oppose les Etats intéressés dont les objectifs varient. Pour les pays de destination, l'OIM compte quatre types d'objectifs. Tout d'abord, il s'agit de mieux gérer les flux de main-d'œuvre pour répondre aux besoins de leur marché du travail en faisant coïncider l'offre et la demande. Le deuxième objectif est la réduction de la migration irrégulière, en offrant des possibilités, certes limitées, de migration régulière. Troisièmement, il s'agit de collaborer sur la question avec des pays avec lesquels ils souhaitent développer les relations économiques. Et enfin, certains pays de destination souhaitent maintenir des relations avec des pays avec lesquels ils ont des liens

⁵⁴ Conseil des droits de l'homme, *Rapporteur spécial sur les formes contemporaines d'esclavage, y compris leurs causes et leurs conséquences*, Point 3 de l'ordre du jour Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme n°24/3, Vingt-quatrième session, 8 octobre 2013, p.2.

⁵⁵ Pour plus de détails sur la migration du personnel de santé, voir OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op. cit.*, p.67-68.

⁵⁶ Lelio MARMORA évoque, à propos du désordre dans lequel s'inscrivent les migrations et du manque de réponses sociopolitiques adéquates, la « *desgovernabilidad migratoria* ». L. MARMORA, *op. cit.*, p.47.

historiques⁵⁷. S'agissant des pays d'origine l'objectif principal est de permettre à leurs ressortissants d'accéder plus facilement au marché international du travail, en les protégeant contre le trafic et l'exploitation. Les impacts économiques et sociaux des migrations occupent une place importante⁵⁸. Le problème majeur de la concertation concerne le déséquilibre politique et économique des Etats d'origine et de destination. Les Programmes *Bracero* conclus entre le Mexique et les Etats-Unis à partir de la Première guerre mondiale offrent un bon exemple. L'objectif de ces programmes était de répondre à un besoin de main-d'œuvre des Etats-Unis tandis que le Mexique tentait d'obtenir un traitement décent pour ses ressortissants. Pourtant, à chaque fois, la position du Mexique s'est dégradée et n'a pas empêché les expulsions massives et collectives de travailleurs par les Etats-Unis⁵⁹.

Les mécanismes de l'offre et de la demande de main-d'œuvre agissent aujourd'hui à l'échelle internationale, sous l'effet de la recherche constante de productivité et de la place des travailleurs migrants dans les équations complexes censées produire les meilleurs résultats économiques⁶⁰. Mais la société internationale post-industrielle révèle des contradictions : il convient de concilier la mondialisation avec des restrictions à la liberté de circulation des personnes ; le maintien d'un ordre économique caractérisé par les inégalités qui provoquent un désordre au niveau de la population mondiale ; et la défense de la souveraineté avec le respect des droits de l'homme⁶¹. Trois grands enjeux politiques de la coopération internationale sont mis en évidence par l'OIM : la mise en place de stratégies internationales de gestion de la mobilité de la main-d'œuvre ; la possibilité du point de vue du commerce international de considérer que les restrictions à la libre circulation des personnes empêchent des avantages commerciaux ; et la mise en corrélation de la migration et du développement⁶². Les différents instruments relatifs à la protection des travailleurs migrants vont tenter de concilier au moins partiellement les différents objectifs.

2. Un consensus international variable à échelle de la protection plurielle

⁵⁷ *Ibid*, p.404.

⁵⁸ *Ibid*.

⁵⁹ Pour plus de détails sur les Programmes Braceros voir J. DURAND, *op.cit.*, pp.66-77.

⁶⁰ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op. cit.*, p.4.

⁶¹ L. MARMORA, *op.cit.*, pp.45-46.

⁶² *Ibid*, p 5.

11. Le travailleur migrant, objet de compétences concurrentes. La première difficulté pour réglementer les migrations de travailleurs au niveau international résulte du fait que ces derniers vont être soumis à une double compétence étatique. Tout d'abord, le traitement du travailleur étranger est régi par la compétence territoriale exclusive de l'Etat d'accueil, c'est-à-dire la compétence que cet Etat exerce dans les limites de son territoire, à l'égard des hommes qui y vivent, des choses qui s'y trouvent, et des faits qui s'y passent⁶³. Cette compétence est exclusive car l'Etat est souverain. Dans l'ordre interne, la souveraineté exprime la puissance suprême de gouverner, de commander et de décider, inséparable de la qualité d'Etat, et l'exclusivité vis-à-vis des autres Etats s'explique par le fait que cette souveraineté équivaut dans l'ordre juridique international à ne pas avoir de supérieur⁶⁴. Par ailleurs, le travailleur migrant va être soumis à la compétence personnelle de son Etat national, en vertu de laquelle il peut être soumis à son ordre juridique⁶⁵. Cette situation soulève plusieurs difficultés : éviter que le travailleur migrant ne soit soumis à des obligations contradictoires ou identiques vis-à-vis des deux pays ; et l'acceptation par le pays d'accueil de limiter sa compétence pour accorder un certain « traitement » aux travailleurs étrangers. Ce traitement désigne le niveau de protection que le souverain territorial doit accorder, conformément au droit international, aux étrangers résidant sur son territoire⁶⁶. C'est donc un niveau de protection pour les travailleurs migrants que les instruments internationaux vont tenter de définir.

12. Les accords bilatéraux, source privilégiée. La première source des droits des travailleurs migrants, dans l'ordre juridique international, est constituée par les accords bilatéraux, dont la terminologie et le fond varient. Au XIXe siècle, quelques traités de paix, d'amitié et de commerce contenaient parfois des dispositions sur l'immigration, comme le Traité de 1857 entre le Royaume-Uni et la Chine. Les premiers accords datent du début du XXe siècle. Mais c'est à partir de la Première Guerre mondiale que les accords bilatéraux applicables à la migration de travailleurs vont connaître un véritable essor ; les restrictions liées au

⁶³ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.210-211.

⁶⁴ *Ibid*, p.1045.

⁶⁵ La compétence personnelle se définit comme une aptitude d'un Etat à soumettre à son ordre juridique et, en particulier, à incriminer et juger des faits commis à l'extérieur de ses frontières en raison d'un lien d'allégeance de l'auteur (compétence personnelle active) ou de la victime (compétence personnelle passive) de l'infraction à l'égard de l'Etat qui exerce la compétence. *Ibid*, p.210.

⁶⁶ *Ibid*, p.1096.

protectionnisme d'avant-guerre et le besoin de main-d'œuvre vont conduire les pays d'origine, excédentaires en main d'œuvre, à conclure avec les pays déficitaires des accords de transfert de travailleurs. On peut citer par exemple, la Convention du 7 septembre 1919 entre la France et la Pologne relative à l'émigration et à l'immigration. A cette époque, les accords bilatéraux de main-d'œuvre étaient encore relativement marginaux car la plus grande partie des migrations de main d'œuvre s'effectuait à l'intérieur des empires coloniaux. Une deuxième génération d'accords bilatéraux voit le jour après la Seconde Guerre mondiale, mais surtout à partir des années 1950-1960, en raison des besoins en main-d'œuvre pour la reconstruction. On peut par exemple citer la Convention d'émigration entre la Belgique et l'Espagne du 28 novembre 1956 ou encore la Convention de main-d'œuvre entre la France et le Maroc du 1^{er} juin 1963. L'objectif principal, à cette époque, est de lutter contre le monopole des organismes privés de recrutement. A partir de la fin des années 1980, la troisième génération d'accords bilatéraux, dont le développement est soudain, prend davantage en considération les intérêts des travailleurs et des employeurs. La dernière vague d'accords date des années 2000, et concerne notamment les pays déficitaires de main-d'œuvre autrefois excédentaires⁶⁷. Aujourd'hui, les accords bilatéraux comprenant des dispositions relatives aux travailleurs étrangers sont de différents types. Ils peuvent avoir pour objet principal la migration de personnes ou alors concerner des traités bilatéraux d'investissement. En matière d'investissement, l'investisseur est généralement un travailleur indépendant ou un prestataire de service, mais ce dernier peut avoir besoin d'employer du personnel étranger ; le principe de ces accords est la liberté d'exercer d'une activité professionnelle, à l'exception des secteurs fermés, sans consacrer un droit à l'établissement⁶⁸. Le nombre d'accords bilatéraux est difficile à établir car la plupart d'entre eux ne sont pas publiés, malgré l'obligation faite aux Etats d'enregistrer les accords auprès du Secrétariat des Nations Unies, en vertu de l'article 102 de la Charte⁶⁹.

13. L'adoption de normes universelles consensuelles. *« Alors que traditionnellement, les conventions bilatérales d'établissement et les traités d'amitié, de commerce et de navigation ne concernent pas les salariés, les accords multilatéraux visent ceux-ci au premier chef, soit*

⁶⁷ M. LÔ DIATTA, « L'évolution des accords bilatéraux sur les travailleurs migrants », *op.cit.*, pp.101-131. Voir également R. PLENDER, *International migration law*, Kluwer Academic Publishers, 1998, Netherlands, second édition, p. 309s.

⁶⁸ D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2013, 5^e édition, pp.424-428.

⁶⁹ Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945. Voir J.-P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU, *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Economica, Paris, 2005, 1366 p.

exclusivement, soit parmi d'autres catégories de travailleurs »⁷⁰. Au niveau universel, un premier pas a été franchi par la Société des Nations (SDN), qui a recensé, avec l'aide du Bureau International du Travail (BIT) les différents traités et accords conclus en la matière⁷¹. Mais l'organisation internationale qui a réellement fait office de précurseur en la matière est l'Organisation internationale du Travail (OIT). Au terme du préambule de sa Constitution⁷², une des missions de l'OIT est de protéger les intérêts des travailleurs étrangers. Si certaines conventions s'appliquent aux travailleurs migrants en vertu du principe de non-discrimination, deux conventions spécifiques ont été adoptées. Ces textes sont, d'une part, la Convention n°97 sur les travailleurs migrants du 1^{er} juillet 1949⁷³ et la Recommandation n°86 de la même date, et d'autre part, la Convention n°143 sur l'égalité de traitement des travailleurs migrants du 24 juin 1975⁷⁴ et sa Recommandation n°151 adoptée le même jour. En 1949, la préoccupation des Etats est d'encadrer les modalités de recrutement et les conditions de travail des travailleurs migrants. En 1975, le contexte est celui du chômage lié à la crise pétrolière ; l'objectif est alors de prévenir la migration irrégulière et l'emploi non autorisé des migrants, tout en leur reconnaissant les droits fondamentaux de l'homme. Les deux conventions traitent de l'ensemble du processus migratoire et prévoient l'égalité de traitement entre les travailleurs étrangers et nationaux⁷⁵. Une autre convention est adoptée en 1976, la Convention n° 181 sur les agences d'emploi privées⁷⁶.

Notons qu'au niveau de l'OMC, les travailleurs étrangers *stricto sensu* n'ont pas fait l'objet d'une concertation particulière. Or, la concurrence internationale soulève la question de

⁷⁰ DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, pp.751-752.

⁷¹ Traités de travail, de recrutement et de déplacement conclus entre les gouvernements et les administrations ; contrats-types de travail établis simultanément ou à la suite de ces accords ; traités réglant l'admission à certains métiers ou professions ; traités relatifs à la formation professionnelle ; traités relatifs à l'application de la législation ouvrière aux travailleurs étrangers. R. CHIROUX, « Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales », *op.cit.*, p.27.

⁷² Constitution de l'Organisation internationale du travail, 28 juin 1919, consultable sur http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO.

⁷³ *Supra* n°28. Cette Convention compte, au 15 octobre 2014, 49 Etats parties, dont quelques grands pays européens de destination comme le Royaume-Uni, la France, ou encore l'Espagne. Il est intéressant de relever qu'un pays comme le Brésil par exemple, auquel la Convention est opposable depuis le 18 juin 1966, est depuis cette date devenu un pays de destination en raison de son développement économique récent.

⁷⁴ *Supra* n°29. Au 15 octobre 2014, cette Convention ne compte que 23 Etats parties dont aucun grand pays de destination hormis l'Italie. Son succès est donc très limité sans doute en raison du changement de contexte migratoire, ce en dépit de la souplesse de la Convention qui prévoit, à l'article 16 alinéa 1, la possibilité d'exclure l'une ou l'autre des deux parties (la partie I étant relative aux migrations dans des conditions abusives, et la partie II traitant de l'égalité des chances et de traitement pour les travailleurs réguliers). L'Albanie est le seul Etat à avoir utilisé cette option pour exclure la Partie II.

⁷⁵ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op. cit.*, p. 384s.

⁷⁶ Convention n°181 sur les agences d'emploi privées du 19 juin 1997, RTNU 2003, vol. 2115-I-36794, p.259 et s. Entrée en vigueur le 10 mai 2000.

l'égalisation des conditions de travail. Cette égalisation concerne à la fois des ressortissants nationaux, pour éviter le dumping social, la garantie des droits sociaux fondamentaux permettant le fonctionnement de marchés du travail libres, mais également des étrangers attirés par des centres productifs⁷⁷. Certains pays comme la France ou les Etats-Unis considèrent que la libéralisation des échanges doit s'accompagner du respect de certains engagements en matière sociale, les « clauses sociales », plutôt que de laisser à chacun le soin d'accompagner à sa guise la libération des échanges sur le plan social. Pourtant, le système OMC ne connaît aucune clause sociale, et la question du respect des normes sociales a été rapatriée à l'OIT⁷⁸. Quelques initiatives ont tout de même vu le jour concernant les étrangers, comme le *Mode 4 de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)* qui vise à instaurer la mobilité de la main-d'œuvre spécialisée dans le commerce des services⁷⁹. L'article I.2 d) de l'AGCS définit le mode 4 comme « *la fourniture d'un service [...] par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre* ». L'objet du mode 4 est de favoriser la libre prestation de services, mais les avancées restent limitées⁸⁰.

Au niveau des Nations Unies, l'adoption d'une convention internationale a été tardive : la Convention de New York sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille le 18 décembre 1990, par la résolution 45/158 de l'Assemblée générale⁸¹. Cette convention permet, au niveau universel, d'intégrer la question du traitement des travailleurs étrangers au droit international des droits de l'homme. Jusqu'alors, des résolutions du Conseil économique et social et de l'Assemblée générale avaient donné l'alerte, mais les réticences à l'adoption d'un texte juridique contraignant expliquent l'adoption tardive de la Convention. Le projet de la Convention de New York est le fruit d'une enquête sur le trafic illicite et clandestin de main-d'œuvre issue des pays en développement. A la fin des années 1970, les Nations Unies se sont intéressées au lien entre frontières et migrations de main-d'œuvre, et aux droits de l'homme de l'étranger en général.

⁷⁷ F. MAUPIN, « La protection des travailleurs et la libéralisation du commerce international : un lien ou un frein ? », *RGDIP*, 1996, Tome 100, vol. n°1, p.47. Pour plus de détails sur la problématique de l'insertion d'une clause sociale dans le système OMC, voir D. CARREAU et P. JUILLARD, *op.cit.*, pp.398-400.

⁷⁸ F. MAUPIN, « La protection des travailleurs et la libéralisation du commerce international : un lien ou un frein ? », *op.cit.*, p.48.

⁷⁹ Pour plus de précisions, voir OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op. cit.*, encadré intro 1, p.6 et s.

⁸⁰ *Ibid.* Voir également T. BROUDE, *The WTO/GATS Mode 4, international labour migration regimes and global justice*, Jerusalem, International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty, research paper, 2007.

⁸¹ *Supra* n°32.

En 1974, Baroness Elles a produit un *Projet de Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne sont pas citoyennes dans le pays dans lequel elles résident*, pour la Sous-Commission sur la Prévention des Discriminations et la Protection des minorités. Après plusieurs révisions, un projet de Déclaration sur les Normes internationales protégeant les droits de l'homme des Non-citoyens a été adopté. En 1979, l'Assemblée générale a lancé le projet d'une Convention sur les droits de l'homme des travailleurs migrants et des membres de leurs familles, pour lequel a été constitué un groupe de travail. L'objet du projet est de considérer que les étrangers sont des membres de la population du pays d'accueil, même en cas de séjour irrégulier⁸². Cet objectif ambitieux ne permettra l'adoption de la Convention qu'en 1990. L'ancien président du Comité des travailleurs migrants (instauré par la convention), Prasad Kariyawasam, qualifia la Convention de « *secret le plus gardé des Nations Unies* »⁸³. Cet instrument détaillé et complet consacre et complète les avancées des autres instruments internationaux spécifiques, et concerne les différentes catégories des travailleurs migrants. Toutefois, elle ne remet pas en cause la liberté des Etats d'admettre des étrangers sur leurs territoires⁸⁴. Pourtant, les avancées majeures de la Convention lui valent un succès mitigé⁸⁵.

14. Des accords régionaux plus protecteurs. La dernière source des droits des travailleurs étrangers est constituée par les accords régionaux. Les organisations régionales regroupent des pays relativement homogènes, politiquement et économiquement, qui sont donc davantage susceptibles de négocier. Il convient toutefois de distinguer les régions tournées vers la protection des droits de l'homme, des zones régionales d'intégration économique. Le

⁸² R. PLENDER, *op. cit.*, p.311. Voir aussi P. DE GUCHTENEIRE, « La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants », *La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants : enjeux et perspectives*, *Revue Homme & Migrations*, n°1271, janvier-février 2008, Paris, Cité nationale de l'histoire de l'immigration, pp.6-19.

⁸³ Cité par Y. AGBETSE, « La convention sur les droits des travailleurs migrants : un nouvel instrument pour quelle protection ? », *Droits fondamentaux*, n° 4, janvier - décembre 2004.

⁸⁴ Article 79 de la Convention.

⁸⁵ Au 15 octobre 2014, elle compte 47 ratifications et 38 signatures, mais surtout aucun grand pays de destinations de la main-d'œuvre étrangère ne l'a ratifiée. Il est intéressant de noter que cette convention fait pourtant partie des « traités de base » prévoyant l'instauration d'un comité d'experts indépendants. Or, elle n'a été que peu ratifiée par rapport aux autres conventions, et principalement par des Etats africains, latino-américains et asiatiques. E. DECAUX, « Droit des travailleurs migrants : un grand absent », *Revue du service social d'aide aux émigrants*, mars 2007, n°241, p.22. Voir également, P. DE GUCHTENEIRE et A. PECOUD, « Les obstacles à la ratification de la Convention des Nations Unies sur la protection des droits des travailleurs migrants », *Droit et société : revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 2010, vol. 75, issue 2, pp.431-451 ; ou encore E. MACDONALD et R. CHOLEWINSKY, *The Migrant workers Convention in Europe. Obstacles to the Ratification of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families: EU/EEA Perspectives*, Paris, Unesco Migration Studies, 2007, 96p.

dynamisme des premières constitue un cadre propice, mais très peu d'instruments contraignants spécifiques à la protection des travailleurs migrants ont été adoptés (la seule Convention étant la Convention du Conseil de l'Europe relative au statut juridique du travailleur migrant⁸⁶). Les droits garantis vont l'être de manière indiscriminée au profit des ressortissants des Etats parties uniquement. Toutefois, nous verrons que les mécanismes de protection régionale des droits de l'homme développeront une jurisprudence protectrice au profit des étrangers qui pourront revendiquer le contenu des instruments de droits de l'homme. S'agissant des zones d'intégration économique, seuls les véritables marchés communs envisagent la libre circulation des personnes⁸⁷. Tel n'est pas le cas des zones de libre-échange (comme par exemple l'Accord de libre-échange Nord-américain – ALENA). L'OIM constate que les avancées sur les questions migratoires sont plus importantes si elles vont de pair avec des projets dans d'autres domaines politiques. Par ailleurs, ces avancées sont majeures lorsque le processus d'intégration politique est déjà entamé ; à l'inverse elles ne peuvent être un moteur d'intégration politique⁸⁸. Enfin, plus les Etats membres de ces zones sont homogènes, et donc les flux migratoires limités, plus ils sont libéraux. L'exemple le plus significatif est celui de l'Union européenne qui garantit la liberté de circulation, la liberté professionnelle et l'égalité de traitement aux ressortissants des Etats membres. D'autres espaces comme le Marché Commun du Sud (MERCOSUR) ou encore la Communauté Andine des Nations, qui ne sont pas allés aussi loin, ont toutefois adopté des dispositions favorables à la liberté de circulation⁸⁹. Les progrès au niveau régional dépendent de l'histoire de la région et de son niveau de développement économique.

Il convient de préciser que les différentes approches, bilatérales, universelles ou régionales ne s'excluent pas entre elles. Au contraire, elles sont complémentaires. Les conventions relatives aux travailleurs migrants précitées envisagent explicitement la conclusion d'autres accords,

⁸⁶ *Supra* n°30. Elle compte au 15 octobre 2014, 11 ratifications et 4 signatures. Si cette convention semble oubliée en raison de la double participation de certains pays membres du Conseil de l'Europe à l'Union européenne qui établit un régime favorable, elle reste pertinente pour les pays l'ayant ratifiée et qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe (Albanie, Moldavie, Norvège, Suède, Turquie, Ukraine).

⁸⁷ Le marché commun se définit comme un espace géographique regroupant deux ou plusieurs Etats, à l'intérieur duquel les conditions des échanges se déroulent dans des conditions analogues à celles d'un marché intérieur, pour un ou plusieurs secteurs de l'économie. Au niveau de l'Union européenne, l'établissement du marché commun a eu comme objectif la suppression dans les relations entre les Etats membres, de tous les obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. J. SALMON (dir), *op. cit.*, p.685.

⁸⁸ Voir par exemple, les difficultés liées à la mise en œuvre du Protocole sur la libre circulation des personnes, de la main-d'œuvre et des services et le droit d'établissement et de résidence du Marché commun d'Afrique orientale et australe (COMESA), et du Protocole sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO).

⁸⁹ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op. cit.*, p.391 et s.

bilatéraux, régionaux ou universels, dans ce domaine⁹⁰. Par exemple, la Recommandation n°86 contient en annexe un « Accord-type sur les migrations permanentes et temporaires de travailleurs, y compris les réfugiés et les personnes déplacées » qui propose un accord-type d'emploi. Par ailleurs, si des principes généraux et des droits sont adoptés dans les accords à vocation universelle, il est souvent admis qu'une coopération complémentaire est nécessaire au niveau régional ou bilatéral pour les mettre en œuvre⁹¹. Les Etats restent donc libres de la forme de la coopération. Si les instruments précités constituent une avancée considérable pour la protection des travailleurs migrants, en aucun cas un mécanisme de « gestion » n'est prévu, entendu comme l'élaboration méthodique et réfléchie des politiques nécessaires et le choix judicieux de mesures qui sauront répondre aux questions de fond⁹². Bien qu'il n'existe pas d'accord mondial de gestion de la migration, les travailleurs migrants vont progressivement se voir reconnaître des droits subjectifs.

III. La reconnaissance progressive de droits subjectifs aux travailleurs migrants

On peut se demander quelle évolution du contexte international a permis l'adoption d'accords internationaux qui reconnaissent aux travailleurs migrants des droits subjectifs tant matériels et procéduraux dans l'ordre juridique international. Le droit subjectif désigne le droit du sujet, une prérogative individuelle conférée à un sujet de droit. Il se distingue du droit objectif qui est constitué de règles de droit habilitant le sujet à agir. Toutefois, le droit subjectif ne désigne pas pour autant toute forme de prérogative accordée à l'individu. La notion est à distinguer d'autres notions. Tout d'abord le droit subjectif se distingue des libertés publiques, bien que les notions soient complémentaires. Les libertés publiques désignent de manière très large des possibilités conférées au sujet, tandis que le droit subjectif désigne des prérogatives plus précises, et présuppose un tiers auquel il est opposable ; il concerne le droit de faire valoir une prérogative donnée à l'encontre d'autrui. Mais toute possibilité d'action n'est pas pour autant constitutive d'un droit subjectif. A ce titre il convient de distinguer la notion de droit subjectif de celle de pouvoir. Le pouvoir désigne une prérogative conférée à un individu dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, tandis que le droit subjectif est une possibilité

⁹⁰ Notamment, art. 15 de la Convention OIT n°143 de 1975 ; préambule et article 81§1 de la Convention de New York de 1990.

⁹¹ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op. cit., p.387.

⁹² *Ibid*, p.1.

conférée dans l'intérêt exclusif de son titulaire. Le droit d'obtenir réparation confère au sujet le droit d'exiger d'autrui une prestation positive à son profit dès lors que les conditions légales sont réunies. Le droit subjectif s'attache donc à l'idée de prérogative individuelle opposable à autrui et à l'Etat. Cette notion fonctionnelle constitue « *le lien qui unit la modernité juridique au développement de l'individualisme* »⁹³. La reconnaissance de droits subjectifs aux travailleurs migrants s'explique tout d'abord par le fait que le travail, dans le cadre duquel s'inscrit initialement la protection internationale, constitue un domaine favorable à l'affirmation de droits (1). De même, le développement de cette protection s'inscrit dans le cadre de l'affirmation progressive de la personnalité juridique de l'individu, dont le droit international des droits de l'homme a été le moteur (2).

1. Le travail : un domaine favorable à la reconnaissance de droits ?

15. Le travail, pierre angulaire des droits fondamentaux. La place centrale du travail pour la revendication de droits sociaux a été soulignée à plusieurs reprises. Selon Carlos Miguel Herrera, l'industrialisation s'est accompagnée de l'organisation des travailleurs autour de revendications propres : des revendications liées à leur activité professionnelle, ce qui donne à ces travailleurs une identité sociale ; et des revendications politiques en raison de leur situation économique⁹⁴. La Commission internationale de Juristes s'est interrogée sur le fait de savoir si le droit au travail pouvait remplacer les droits économiques sociaux et culturels. Elle souligne que le système de protection sociale qui a été instauré par les Etats au XXe siècle s'est fondé sur les relations de travail. La distribution des acquis (revenus, accès à des services de caractère social comme le logement, le crédit à la consommation, les assurances sociales et les soins de santé) a été rendue possible grâce à l'action de syndicats forts. Ces droits ont été considérés comme des prestations liées au travail, qu'il aurait été difficile de mettre en place en dehors du monde du travail. L'OIT a alors tenté d'étendre la portée de ces droits individuels et collectifs, en adoptant des définitions dans des conventions et des recommandations. A cette époque de croissance économique, l'idée était que des salaires convenables et de bonnes conditions de travail permettaient de satisfaire les besoins

⁹³ D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp.529-533.

⁹⁴ C. M. HERRERA, *Les droits sociaux, Que sais-je ?*, Paris, PUF, 2009, p.47.

fondamentaux⁹⁵, le « droit de tout homme à sa subsistance »⁹⁶. Le droit au travail, qui implique le développement d'un droit du travail, a donc permis l'adoption de règles protectrices au niveau international et constitue le socle du droit international social⁹⁷. Selon K. Vasak, « [...] *en définitive, tous les droits économiques et sociaux sont directement ou indirectement l'émanation du droit au travail. [...] Historiquement d'ailleurs, les droits économiques et sociaux de l'homme ont d'abord pris naissance sous les traits du droit au travail que Charles Fournier, père de cette expression, considérait comme le premier, le seul utile des droits de l'homme* »⁹⁸ Le contexte aujourd'hui est moins favorable en raison des taux de chômage élevés ou de longue durée, de la part importante des emplois instables et temporaires, et de la part du secteur informel. Cette différence de situation liée à l'emploi, remet en cause l'idée du travail pour satisfaire les besoins sociaux fondamentaux, raison pour laquelle de nouvelles politiques sociales sont mises en place dans ce sens⁹⁹. Mais s'il est aujourd'hui possible de remettre en cause l'idée que le travail peut satisfaire les besoins sociaux en général, il reste propice à la mobilisation sociale. Comme l'a rappelé le Comité des droits économiques sociaux et culturels (CDESC), « *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. Toute personne a le droit de pouvoir travailler, lui permettant ainsi de vivre dans la dignité. Le droit au travail concourt à la fois à la survie de l'individu et de sa famille et, dans la mesure où le travail est librement choisi ou accepté, à son épanouissement et sa reconnaissance au sein de la communauté* »¹⁰⁰.

16. La qualité de « travailleur » des migrants à l'origine de la protection internationale.

L'évolution de la concertation internationale relative à la protection des travailleurs migrants est relativement ancienne pour la coopération bilatérale. L'idée de droits des travailleurs migrants se développe surtout à partir du milieu du XXe siècle. Elle est incontestablement liée à l'idée de travail. C'est dans le cadre de l'OIT, organisation

⁹⁵ Commission internationale de Juristes, *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels*, Série droits de l'homme et Etat de droit, n°2, Genève, 2008, p.16

⁹⁶ C. M. HERRERA, *op.cit.*, p.48.

⁹⁷ M. BEULAY, « L'évolution du droit international social », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK, *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.62.

⁹⁸ K. VASAK, « Les problèmes spécifiques de la mise en œuvre internationale des droits économiques et sociaux de l'homme », in Université Catholique de Louvain, *Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux ? – Deuxième colloque du département de droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1973, p.24.

⁹⁹ Commission internationale de Juristes, *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels*, Série droits de l'homme et Etat de droit, n°2, Genève, 2008, p.17.

¹⁰⁰ CDESC, *Observation générale n°18, Article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 24 novembre 2005, Genève, Trente-cinquième session, U.N. Doc. E/C.12/GC/18.

internationale à vocation universelle parmi les plus anciennes, spécifiquement consacrée à l'élaboration et la promotion de normes internationales du travail¹⁰¹, que des droits des travailleurs migrants ont été affirmés au niveau international, soit par application non discriminatoire de conventions non spécifiques, soit par des instruments propres. « *C'est la guerre qui a donné à la législation du travail son importance primordiale* » ; selon le préambule de la partie XIII du Traité de Versailles, l'objectif était de fonder « *la paix universelle [...] sur la base de la justice sociale* »¹⁰². L'idée de justice sociale, qui a ensuite sans cesse été revendiquée depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, est donc liée à l'idée de travail. S'il est admis que le bénéfice des droits sociaux ne doit pas uniquement se limiter à la relation de travail, le travail occupe toujours une place centrale. Concernant les travailleurs migrants, c'est tout d'abord la qualité de travailleur qui leur a permis de bénéficier progressivement de droits au niveau national puis international ; cette qualité a été opposée aux Etats d'accueil pour dépasser la seule qualité d'étranger, et pour bénéficier de conditions de travail aussi favorables que celles des travailleurs nationaux. Les travailleurs étrangers ont d'ailleurs parfois associé leurs revendications avec celles des travailleurs nationaux pour obtenir une amélioration des conditions de travail, et ont par la suite créé des mouvements propres¹⁰³. Tel a été le cas notamment des travailleurs algériens en France, dont l'immigration était initialement conçue comme une immigration temporaire et qui a eu tendance à devenir permanente à partir des années 1970¹⁰⁴. Il convient de souligner que si la qualité de travailleur justifie l'égalité de traitement au travail, l'histoire ouvrière traduit toutefois une opposition entre nationaux et étrangers. En effet, la « nationalisation » du mouvement ouvrier s'explique aussi par le fait que les forces politiques issues de l'action ouvrière s'inscrivent dans le cadre national et tentent de conjuguer les intérêts de classes avec l'intérêt national¹⁰⁵. Il existe donc parfois des actions communes avec les travailleurs nationaux ou alors une mobilisation ouvrière propre des travailleurs étrangers.

¹⁰¹ Avant la Première Guerre mondiale une politique internationale du travail était déjà en formation grâce à la création de l'Association internationale pour la protection légale des travailleurs en 1901. Son bureau permanent a été établi à Bâle en 1901. Voir M. HERREN-OESCHT, « La formation d'une politique internationale du travail avant la Première Guerre mondiale », in J. LUCIANI (dir.), *Histoire de l'Office du travail*, Paris, Syros, 1992, pp. 409-425. Voir aussi R. PLENDER, *op.cit.*, p.295

¹⁰² I. LESPINET-MORET et V. VIET, *L'Organisation internationale du travail : origine, développement, avenir*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011, pp.13-14.

¹⁰³ Citée nationale de l'immigration, Paris, exposition permanente.

¹⁰⁴ Sur l'évolution de la migration algérienne de travail, voir M. KHELLIL, « L'émigration algérienne en France au XXe siècle. Un exil planifié », *Hommes & Migrations – Algérie-France, une communauté de destins*, n°1295, janv.-fév. 2012, pp.12-25.

¹⁰⁵ R. GALLISSOT *et al.*, *Ces migrants qui font le prolétariat*, Réponses sociologiques, Paris, Méridiens Klincksieck et Cie, 1994, p.5.

Au niveau international, la volonté de protection de leurs ressortissants par les Etats d'origine et la généralisation de la mobilisation des travailleurs étrangers ont permis l'émergence d'une protection internationale spécifique. Ce n'est que plus tard que les travailleurs migrants seront protégés par le droit international ou régional des droits de l'homme, et que leur qualité d'individu va être mise en avant pour dépasser l'approche national/étranger. Cependant, l'extranéité ne peut être complètement dépassée et une protection spécifique en raison de la qualité d'étranger reste parfois nécessaire. La contribution du droit international des droits de l'homme va toutefois être majeure car cette branche du droit international complète la protection des travailleurs migrants pour les aspects qui ne sont pas liés au travail. Surtout, les droits de l'homme vont permettre aux migrants de bénéficier des développements favorables à la personnalité juridique de l'individu dans l'ordre juridique international.

2. Le travailleur migrant, un individu bénéficiant de la prise en compte croissante des personnes privées en droit international

17. La consécration de la personnalité juridique de l'individu dans l'ordre juridique international. Il n'existe traditionnellement pas de consensus doctrinal sur la place des personnes privées dans l'ordre juridique international¹⁰⁶. Les partisans du droit des gens, comme Georges Scelle, considèrent que la société internationale est composée d'individus comme dans l'ordre interne, et que les règles internationales s'appliquent à eux directement. Il n'y aurait en réalité qu'un seul ordre juridique¹⁰⁷. En revanche, pour d'autres auteurs les individus n'occupent aucune place dans l'ordre juridique international. Le débat concerne donc la question de l'existence d'une personnalité juridique de l'individu en droit international, c'est-à-dire de savoir si, comme dans les ordres juridiques internes, il peut être titulaire de droits et obligations, assortis de mécanismes de mise en œuvre par voie de plainte

¹⁰⁶ L'ordre juridique international se définit comme l'ensemble des règles de droit, constituant un système régissant la société internationale. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, p.786.

¹⁰⁷ Pendant longtemps il y a eu une compétition entre les termes « droit des gens » et « droit international », le deuxième l'ayant emporté. S'il est communément admis que ces termes sont interchangeable, le « droit international » renvoie davantage à l'idée de droit *entre* les nations, tandis que le « droit des gens » évoque un droit *commun* aux individus. P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, 8^e édition, p.44.

(personnalité active) ou de poursuites pénales (personnalité passive)¹⁰⁸. Toutefois, la reconnaissance de la qualité de sujet du droit international aux personnes privées ne se déduit pas uniquement de la multiplication des normes dont elles sont destinataires directs ou indirects ; les personnes privées doivent également disposer d'un droit d'action au niveau international. En effet, selon la doctrine, trois critères alternatifs ou cumulatifs sont nécessaires à l'existence d'une personnalité juridique de l'individu : la participation directe ou indirecte à l'élaboration de norme qui lui est applicable, le droit d'en revendiquer le respect dans les rapports entre sujets de droit, et le droit de recourir à des tiers (administration ou juridiction) pour en imposer le respect¹⁰⁹.

La place de l'individu est ambiguë. S'il est souvent bénéficiaire de normes internationales lui accordant des droits ou lui imposant des obligations, l'Etat en reste souvent le destinataire et fait « écran ». Ce n'est que très rarement que l'individu pourra se prévaloir directement au plan international des avantages reconnus dans les normes internationales, et l'intervention de l'Etat reste le plus souvent nécessaire. Pourtant, l'idée de la personnalité juridique internationale de l'individu a connu de nombreux développements en droit international des droits de l'homme, en droit international pénal ou encore en droit des investissements. La Cour internationale de Justice (CIJ) met en évidence cette évolution, dans l'affaire *LaGrand* de 2001, en affirmant que l'article 36§1 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations diplomatiques et consulaires « crée des droits individuels », mais qu'en vertu de l'article premier du protocole facultatif, seul *l'Etat dont la personne détenue a la nationalité*, peut les invoquer devant la Cour¹¹⁰. Mais cet écran étatique n'est pas complètement « opaque » si le droit international reconnaît *directement* des droits et obligations aux personnes privées ; ces dernières ont même parfois une certaine capacité dans l'ordre juridique international. Tel est le cas si les Etats ont manifesté leur intention dans ce sens au moment de l'adoption de la norme¹¹¹. Dès lors, cette volonté n'est plus nécessaire pour que les normes soient opposables à l'Etat et invocables par les personnes privées. De plus, la prise en compte des individus (la personne ou le groupe) a justifié des droits ou garanties ayant la qualité de « norme impérative de droit international général » ou de « norme indérogeable ». Ces règles, bien que peu nombreuses, justifient un droit « naturel » des personnes privées à la reconnaissance de la

¹⁰⁸ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.821.

¹⁰⁹ P. DAILLIER *et al.*, *op. cit.*, p.718.

¹¹⁰ CIJ, arrêt du 27 juin 2001, *affaire LaGrand (Allemagne c.Etats-Unis)*, Rec. 2001, p.466, §§ 77, 78 et 89.

¹¹¹ V. CPJI, avis du 3 mars 1928, *Juridiction des tribunaux de Dantzig*, série B n°15.

personnalité juridique internationale. La capacité juridique des personnes privées a également été mise en évidence en droit des investissements étrangers. Le développement du droit international pénal a mis l'accent sur les devoirs des individus, en établissant un régime de responsabilité pénale des personnes privées en droit international¹¹². S'agissant des droits de l'homme particulièrement, une réflexion a été menée sur leur objectivité ; les Etats ne peuvent plus en disposer librement en raison de l'absence de réciprocité et du caractère indérogeable de certains droits. Il y a donc un droit objectif au respect de ces droits qui relèvent de l'« ordre public international »¹¹³.

18. Vers un dépassement de la catégorie des étrangers au profit de l'individu ? La reconnaissance d'une personnalité juridique aux individus va bénéficier aux travailleurs étrangers. Inversement, l'existence en droit international de droits et obligations dont ils vont être directement titulaires va renforcer l'idée de personnalité juridique des individus. Cela pourrait sembler étrange de soulever la question de la personnalité juridique des travailleurs migrants puisqu'ils sont des individus. Pourtant, la place des étrangers n'a pas toujours été évidente. En effet, les premiers textes de droit de l'homme ont été pensés au bénéfice du citoyen contre son Etat national (Magna Carta de 1215, Habeas Corpus de 1679, Déclaration d'indépendance américaine du 4 juillet 1776, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789). En droit international également, la protection des réfugiés s'inscrit dans cette même logique car l'objet de la Convention de 1951 précitée est d'offrir des garanties à un individu qui demande l'asile auprès d'un Etat partie à la convention, en cas d'incapacité de son Etat national à garantir une protection efficace. Or, s'agissant des travailleurs étrangers, le départ du pays d'origine tient à des raisons économiques ou à des motivations personnelles, et ils doivent obtenir des garanties contre l'arbitraire de l'Etat d'accueil. Ils ne sont pas citoyens, ce qui, au niveau des libertés et des obligations, va impliquer certaines particularités. Toutefois, en tant que travailleurs et en tant qu'individus, les travailleurs migrants

¹¹² P. DAILLIER *et al.*, *op. cit.*, pp.716-717.

¹¹³ Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), parle d'« ordre public européen » (§35). CEDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, req. n°15318/89. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice (CIJ), souligne que « vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes » (arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, Rec. 1970, §33). On peut également citer l'avis de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CourIADH) du 17 septembre 2003 qui va dans le même sens, à l'égard cette fois-ci de travailleurs clandestins (*Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux*, OC-18/03, §101). Voir S. SAROLEA, *Droits de l'homme et migrations – De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p.148.

s'intègrent dans la société et ne doivent pas être traités de manière discriminatoire. La possession de plusieurs qualités, celle d'étranger d'une part, et celles de travailleur et d'individu d'autre part, les place donc dans une situation contradictoire¹¹⁴. Par la suite, nous verrons qu'en raison du développement de règles internationales protectrices, il n'existe pas de statut purement interne du travailleur étranger. Pourtant, ce statut est plus ou moins favorable selon les États car, bien souvent, le droit international opère des renvois aux législations nationales.

IV. Problématique

Le développement d'une protection catégorielle au profit du travailleur étranger et l'englobement progressif du droit des étrangers par le droit international des droits de l'homme nous conduit à nous interroger sur l'existence d'un statut juridique international du travailleur migrant. Le statut juridique désigne un ensemble de règles internationales applicables à une catégorie de personnes et qui en déterminent la condition et le régime juridique¹¹⁵. Les règles internationales, quelle que soit leur source, vont venir compléter, et non se substituer aux règles internes. Mais ces différentes normes internationales protectrices se limitent-elles à reconnaître aux travailleurs étrangers des droits *a minima* (capacité de jouissance), les États faisant toujours écran ?

Robert Chiroux écrivait, en 1979, qu'un tel statut n'existait pas, en se référant aux analyses du Professeur Charles Rousseau sur la place de l'individu en droit international ; ce dernier considérait que, sauf exception, « *les individus ne [pouvaient] se prévaloir de façon directe et immédiate des règles de droit international ; celles-ci leur [étant] appliquées par des procédures internes c'est-à-dire étatiques* »¹¹⁶. Selon Robert Chiroux, cette réflexion est pertinente à propos des travailleurs étrangers qui « *ont seulement profité de la protection des ambassadeurs et surtout des consuls de leurs pays d'origine* »¹¹⁷. Or, comme le souligne

¹¹⁴ M. FLORY, « Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers », in SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont –Ferrand, Paris, Pedone, 1979, p.175.

¹¹⁵ G. CORNU, *op.cit.*, p.886.

¹¹⁶ C. ROUSSEAU, *Traité de droit international public*, Sirey, 1974, tome II, p.697.

¹¹⁷ R. CHIROUX, « Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales », *op.cit.*, p.17.

Hélène Ruiz Fabri « si la démarche de catégorisation se construit grâce à des présupposés, on peut même dire qu'elle s'anéantit à cause de présupposés [...] On est alors amenés à se demander si son utilité n'est pas alors précisément dans ce qu'elle oblige à expliciter et donc, peut-être, à mettre en question certains présupposés »¹¹⁸. Nous tenterons alors, dans notre étude, de remettre en cause les présupposés qui entourent la catégorie des travailleurs migrants pour démontrer qu'il est aujourd'hui possible de considérer que les travailleurs migrants bénéficient d'un statut juridique international révélateur de la subjectivisation de leurs droits matériels et processuels. En dépit du fait que les migrations internationales constituent un domaine politiquement sensible pour les Etats, les travailleurs migrants sont de plus en plus considérés *par eux-mêmes*. Comme l'a rappelé la CIJ dans son avis de 1949 « un sujet de droit international a la capacité d'être titulaire de droits et de devoirs internationaux et a la capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale »¹¹⁹. Les travailleurs migrants sont considérés eux-mêmes, dans la mesure où l'Etat ne va plus systématiquement faire « écran ». Le travailleur étranger qui fait originellement l'objet d'une « protection » en droit international, devient progressivement une personne *directement* capable au niveau matériel et procédural. Il va participer à l'élaboration des normes qui lui sont applicables, en revendiquer le respect dans ses rapports avec les particuliers ou avec l'administration, et enfin il va pouvoir recourir à des tiers pour imposer le respect de ses droits¹²⁰.

Nous nous interrogerons d'abord à la façon dont les conditions de circulation internationale des travailleurs influent sur l'acquisition et la perte de la qualité de travailleur étranger. La définition du travailleur migrant précitée envisage en effet la circulation internationale autorisée de l'intéressé, qui peut migrer de manière temporaire ou définitive (partie I). Puis l'étude de la condition des travailleurs étrangers dans le pays d'accueil suppose de s'intéresser à l'étendue de la protection en vertu du droit international, tant au travail que dans la société (Partie II). Enfin, nous étudierons les aspects juridictionnels et non-juridictionnels de l'effectivité des droits des travailleurs étrangers, laquelle constitue une condition essentielle de la consolidation de leur statut (Partie III).

¹¹⁸ H. RUIZ FABRI, « Les catégories de sujets du droit international », in SFDI, *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans de 1004, Paris, Pedone, 2005, p.57.

¹¹⁹ CIJ, avis consultatif du 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au Service des Nations Unies*, Rec. 1949, p. 179. Voir également C. PELLUCHON, « Sujet (Philosophie du – et des droits de l'homme) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVIVA *et al.*, *op.cit.*, pp.722 et s.

¹²⁰ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, pp.716-718.

**PARTIE I : L'ACQUISITION ET LA PERTE DE LA QUALITE DE TRAVAILLEUR
MIGRANT**

« L'évolution démographique, l'innovation et la diffusion des technologies de l'information et de la communication, ainsi que l'apparition d'une grande économie de marché mondiale sont des forces qui se rejoignent et interagissent pour provoquer d'importants changements sur le lieu de travail et le marché du travail »¹²¹. La libéralisation du commerce international et des investissements a permis de scinder les processus de production en reliant les marchés des produits et du travail des pays développés et des pays en voie de développement. L'ouverture économique, qui trouve son expression maximale dans les aires d'intégration régionale grâce à la constitution de blocs, garantit une plus grande productivité et un meilleur positionnement sur la scène internationale¹²². Certains pôles de productions, stimulés par la concurrence internationale, attirent donc les migrations de main-d'œuvre, des comparaisons entre les conditions de travail étant désormais possibles¹²³. Le déplacement de certains types de travail, provoque un déplacement international des travailleurs. La dimension internationale de l'accès des travailleurs à l'emploi suppose un effort de concertation internationale pour gérer les flux de main-d'œuvre. Or, les systèmes de gouvernance des marchés du travail ont de fortes caractéristiques nationales qui constituent des obstacles à la concertation internationale. Mais si les travailleurs, consommateurs, entreprises et gouvernements prêtent de plus en plus attention aux conditions de travail par peur que la concurrence mondiale porte atteinte au progrès social¹²⁴, cette tension étant particulièrement visible en période de crise économique¹²⁵, la circulation mondiale des travailleurs ne fait

¹²¹ OIT, *Changements dans le monde du travail, rapport du Directeur général*, Genève, CIT, 95^e session, 2006, rapport I(C), p.19.

¹²² L. MARMORA, *op.cit.*, p.35.

¹²³ OIT, *Changements dans le monde du travail, op.cit.*, p. 25. Lelio Mármora précise que la concentration du capital, contrairement à certaines hypothèses soutenues, n'implique pas nécessairement à l'attraction du facteur de travail ; certains processus de productions ne sont plus autant demandeurs de main-d'œuvre (l'industrie par exemple), mais s'inscrivent dans le cadre du déséquilibre croissant entre le monde « développé » et le monde « en développement », c'est-à-dire dans le cadre d'un désordre ayant des effets directs sur la mobilité des personnes. L. MARMORA, *op.cit.*, pp.36-37.

¹²⁴ *Ibid.*, p.64.

¹²⁵ Voir par exemple, OIT, *Tendances mondiales pour l'emploi 2013 – Surmonter la nouvelle crise de l'emploi*, résumé analytique consultable sur : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_202298.pdf.

encore l'objet d'aucune concertation internationale. De ce point de vue, les Etats restent libres d'admettre ou non des travailleurs étrangers sur leur territoire (Chapitre I). Par ailleurs, leur politique consiste le plus souvent à favoriser leur retour (Chapitre II). L'acquisition et la perte de la qualité de travailleur étranger dépendra donc essentiellement des modalités d'admission et de suivi du séjour par l'Etat d'accueil.

CHAPITRE I: LA LIBERTE SOUVERAINE D'ADMISSION DE L'ETAT D'ACCUEIL

Le principe de la liberté de circulation, qui se définit comme le droit d'aller et venir à travers les frontières, c'est-à-dire la liberté de sortie du territoire d'un Etat et d'entrée sur un territoire tiers¹²⁶ a longtemps prévalu¹²⁷. La promotion des migrations, quel que soit leur objet fait partie de l'histoire de l'humanité. Dès les années 2000 av. J.-C., les Egyptiens autorisaient non seulement l'accès des étrangers à leur territoire mais avaient aussi élaboré des politiques d'approvisionnement en ressources humaines, notamment par la capture d'esclaves à l'extérieur de l'Egypte. Sous la Rome antique, seul l'accès des étrangers à la « citoyenneté » et non pas au territoire, pouvait être conditionné. Les cas de colonisation quant à eux s'inscrivent dans le cadre d'une promotion de migrations massives vers des territoires tiers, l'accès à des territoires nouveaux ne s'était heurté à une faible résistance de la part des populations locales ; on peut à ce titre citer la colonisation des continents Américain, Africain et Asiatique¹²⁸. La question de l'accès des étrangers à un territoire tiers, et de la liberté pour un Etat d'admettre des étrangers, est concomitante de celle de la construction de l'Etat moderne à la fin du Moyen-Age, qui se caractérise par l'unification des territoires et la centralisation politique¹²⁹. La consolidation de l'Etat-nation, et le développement du commerce international, parallèlement au protectionnisme croissant des Etats vis-à-vis du marché du travail, ont progressivement érigé la frontière en véritable barrière pour la circulation des personnes. Ces dernières années, la vision sécuritaire à l'égard des migrations et la crise économique mondiale n'ont fait que renforcer la fermeture des frontières¹³⁰. En

¹²⁶ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.173.

¹²⁷ V. CHETAIL, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états », in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'Homme : le droit international en question, Cours de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève*, Bruxelles, Bruylant, Volume II, 2007, p.23.

¹²⁸ Voir L. MARMORA, *op.cit.*, pp.215-226.

¹²⁹ O. NAY (dir.), *op.cit.*, p.186.

¹³⁰ Pour plus de détails, voir OIT, *Tendances mondiales de l'emploi – prévenir une aggravation de la crise de l'emploi*, 2012, résumé analytique, consultable sur :

l'absence d'une gestion internationale concertée des migrations de main-d'œuvre, le principe pour la circulation des travailleurs migrants est celui de l'inexistence d'un droit d'entrer sur le territoire d'un autre Etat pour y trouver du travail même si le principe de la liberté des Etat d'admettre des étrangers est exceptionnellement remis en cause (Section I). Dans ce cas, les modalités d'admission vont faire l'objet d'un encadrement dans les normes internationales protectrices (Section II).

SECTION I : L'inexistence de principe d'un droit d'entrer

La définition du travailleur migrant, comme nous l'avons mis en évidence en introduction, suppose que pour revêtir cette qualité, l'intéressé sorte de son territoire et soit régulièrement admis ailleurs, c'est-à-dire que son séjour et son travail bénéficient de l'autorisation de l'Etat de destination. L'Etat reste donc le seul maître de l'admission des travailleurs étrangers (§1), l'exception à ce principe concernant le cas des organisations régionales d'intégration¹³¹ (§2).

§1- Au droit de sortie ne correspond pas un droit d'entrer

Pour rappel, la migration internationale peut se définir comme le départ d'une personne du territoire d'un Etat, pour entrer sur le territoire d'un autre Etat¹³². La circulation internationale des personnes se compose donc de deux éléments : la sortie du territoire de l'Etat dans lequel la personne se trouve, et l'entrée sur le territoire d'un autre Etat. Il est aujourd'hui admis par le droit international que les individus, y compris les travailleurs migrants, peuvent quitter librement tout pays (A), mais que l'accès à un territoire soumis à une autre juridiction étatique est soumis à autorisation (B).

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_171742.pdf.

¹³¹ Nous verrons que, lorsque la liberté de circulation est totalement consacrée, le séjour des ressortissants des Etats membres du groupement régional n'est plus soumis à autorisation, même si cette exception résulte de l'expression souveraine des Etats ; en effet, la souveraineté concerne aussi « *l'aptitude légale de l'Etat, pleine et entière, qui lui permet, du moins potentiellement, d'exercer tous les droits que l'ordre juridique international connaît, et en particulier la faculté de décider, d'accomplir un acte, de poser des règles* ». J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.1045.

¹³² V. CHETAIL, *Code de droit international des migrations, op.cit*, introduction.

A. L'existence d'un droit de sortie du territoire de « son Etat »¹³³

19. Droit de ne pas migrer. Il convient de préciser que l'expression « droit » de sortie suppose qu'il peut être exercé ou non. Intéressons-nous alors, tout d'abord, au droit de ne pas quitter son territoire. Cette question est importante s'agissant des migrations de main-d'œuvre car, en l'absence de libre choix de l'intéressé, il s'agirait d'une migration « contrainte »¹³⁴. Il est généralement admis que le droit principal des individus concerne le droit *de ne pas migrer*, car la migration est souvent considérée comme étant le résultat de pressions diverses qui engendrent des coûts au niveau individuel et collectif. Le droit de ne pas migrer peut se définir comme « *le droit de toute personne à rester à l'endroit où elle habite, et d'y développer sa vie économique et sociale, sans nécessité de se déplacer pour maintenir une existence digne* »¹³⁵. Ce droit renvoie, en réalité, à l'ensemble des droits de l'homme ; il renvoie par exemple au droit de rester dans son pays pour exercer librement ses droits civils et politiques (que nous laisserons de côté car il concerne davantage le droit des Réfugiés), ou encore pour revendiquer le bénéfice de droits économiques sociaux et culturels. Concernant le monde du travail, le droit de ne pas migrer renverrait à ce que certains auteurs appellent le « droit à l'immobilité de la force de travail »¹³⁶. Il semble pourtant difficile d'imaginer qu'un individu puisse intenter contre son Etat une action en responsabilité pour non-garantie des droits économiques, sociaux et culturels, qui serait à l'origine de sa décision de migrer. Le droit de ne pas migrer revient en réalité, pour les travailleurs migrants, au droit de décider librement s'ils souhaitent ou non se rendre dans un autre pays pour y exercer un travail salarié rémunéré.

20. Droit de sortie. La liberté de circulation des personnes est envisagée par quelques instruments relatifs à la protection des droits de l'homme. Pourtant, elle n'est à l'évidence pas

¹³³ L'expression « son Etat » fait référence à la lettre des instruments de protection internationale des droits de l'homme qui prévoient le droit de quitter tout pays, « y compris le sien ». En général, l'expression vise l'Etat dont la personne est ressortissante, mais elle peut aussi concerner l'Etat dans lequel un individu a sa résidence habituelle.

¹³⁴ La notion de « migration contrainte » a fait l'objet d'un colloque à l'Université de Caen Basse Normandie, le 7 décembre 2012. Dans le cas des travailleurs migrants, la migration contrainte s'apparenterait au trafic et à la traite. Selon le BIT, « *l'augmentation récente du trafic de main-d'œuvre peut essentiellement être attribuée à un déséquilibre entre l'offre de main-d'œuvre et l'offre d'emplois légaux dans un lieu où le demandeur d'emploi a le droit de résider* ». BIT, *Halte au travail forcé, rapport du Directeur général, rapport IB, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, CIT, 89e session, Genève, 2001.

¹³⁵ L. MARMORA, *op.cit.*, p.111.

¹³⁶ *Ibid.*

totale­ment réali­sée. Le para­graphe 2 de l’article 13 de la Décla­ration uni­ver­sel­le des droits de l’homme¹³⁷ dis­pose que « *Toute per­sonne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son propre pays* ». Le para­graphe 2 de l’article 12 du Pacte inter­na­tio­nal rela­tif aux droits civi­ls et poli­ti­ques (PIDCP)¹³⁸ énon­ce que « *Toute per­sonne est libre de quitter n’importe quel pays, y compris le sien* ». Les for­mu­la­tions des deux arti­cles sont simi­laires, bien que l’article 12 du PIDCP ne men­tionne pas le droit de retour. La diffé­rence de for­mu­la­tion tient aux res­tri­ctions men­tion­nées par l’article 12§3 du PIDCP qui doi­vent être légis­la­tives et « *nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l’ordre public, la santé ou la moralité publique* ». Le préam­bu­le de la Con­ven­tion OIT de 1975 affirme éga­le­ment le droit de sortie des tra­vail­leurs. L’article 4 de la Con­ven­tion euro­péenne rela­tive au statut juridique des tra­vail­leurs migrants consacre aussi ce droit mais l’assortit de quel­ques res­tri­ctions¹³⁹, notam­ment pour les per­sonnes emprisonnées ou fai­sant l’objet de poursui­tes judi­ciaires. Le droit de sortie est par ail­leurs gé­né­ra­le­ment consacré dans les instru­ments ré­gi­o­naux de protection des droits de l’homme non spé­ci­fi­ques, notam­ment à l’article 2§1 du Pro­to­cole n°4 à la CESDH¹⁴⁰, à l’article 12§2 de la Char­te africaine des droits de l’homme et des peuples¹⁴¹, ou en­core à l’article 22§2 de la Con­ven­tion améri­caine rela­tive aux droits de l’homme¹⁴². Au sein de l’Union euro­péenne, le droit de sortie est perçu comme la consé­quence du droit de se rendre dans un autre Etat mem­bre. Aux termes de l’article 4 de la Direc­tive n° 2004/38 du 29 avril 2004¹⁴³, les Etats d’origine doi­vent déli­vrer des cartes d’identité ou des passeports à leurs citoyens ; l’article interdit éga­le­ment de condi­tionner le droit de sortie à l’obtention

¹³⁷ Résolution 217 A (III) de l’Assemblée Générale des Nations Unies, 10 décembre 1948, « Charte internationale des droits de l’homme ».

¹³⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 déc. 1966, RTNU, vol. 999, p. 171, entré en vigueur le 23 mars 1976. Pour plus de précision sur l’article 12 du PIDCP, voir Comité des droits de l’homme (CDH), *Observation générale n°27 : Liberté de circulation (article 12)*, 2 novembre 1999, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

¹³⁹ L’article 4 de la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant dispose : « 1. *Toute Partie contractante garantit au travailleur migrant les droits ci-après [...] le droit de sortie du territoire de la Partie contractante dont il est ressortissant; [...] 2. Ces droits s’entendent sous réserve des restrictions prescrites par la législation et relatives à la sécurité de l’Etat, à l’ordre public, à la santé publique ou aux bonnes mœurs* ».

¹⁴⁰ Convention européenne des droits de l’homme, 4 novembre 1950, STCE n° 194, telle qu’amendée par le Protocole 14 entré en vigueur le 1^{er} juin 2010. Entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

¹⁴¹ Charte africaine des droits de l’homme et des peuples, 26 juin 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, entrée en vigueur le 21 octobre 1986.

¹⁴² Convention américaine relative aux droits de l’homme, 22 novembre 1969, *Série sur les traités OEA*, n° 36, entrée en vigueur le 18 juillet 1978.

¹⁴³ Directive n° 2004/38 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l’Union et aux membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres JOCE L 158, 30 avr. 2004 p. 77 et rectification JOUE L 229, 29 juin 2004, p.35.

d'une autorisation¹⁴⁴. Le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies (CDH) s'est prononcé dans le même sens dans l'affaire *Peltonen c. Finlande*¹⁴⁵, en précisant que le droit de quitter un pays comportait nécessairement le droit d'obtenir les documents nécessaires pour voyager. En l'espèce, un Finlandais résidant en Suède s'était vu refuser la délivrance d'un passeport à l'ambassade de Finlande, au motif que cette personne n'avait pas fait son service militaire en Finlande. Au titre d'une loi finlandaise sur les passeports, les personnes âgées de 17 à 30 ans qui ne prouvent pas l'accomplissement du service militaire, peuvent se voir refuser la délivrance d'un passeport. Le Comité considère qu'il existe bien une atteinte à la liberté de circulation puisque l'intéressé ne pourrait circuler que dans des pays n'exigeant pas de passeports en cours de validité. Mais il conclut que la non-exécution du service militaire constitue une restriction légitime au sens de l'article 12§3 du PIDCP. Les travaux préparatoires relatifs à l'article 12§3 indiquent en effet que le droit de sortie ne peut être invoqué pour échapper à des obligations telles que le service national.

La Corée du Nord est aujourd'hui le seul pays à ne pas admettre le droit de sortie pour ses ressortissants. Cuba, qui jusqu'à il y a peu ne reconnaissait pas non plus ce droit, a récemment évolué. En effet, depuis le 14 janvier 2013, les Cubains peuvent sortir du territoire national sans autorisation. Toutefois, la durée du séjour à l'étranger reste limitée à 24 mois consécutifs (auparavant 11 mois).¹⁴⁶ Le droit de sortie est donc largement admis. Il est par ailleurs intéressant de souligner que ce droit est opposable à tout pays, pas seulement le sien ; la rétention de travailleurs étrangers contre leur volonté, dans les pays d'origine comme dans les pays d'accueil, est donc illégale. Mais si le droit de sortie existe, qu'en est-il de la possibilité se rendre dans un autre pays ? Nous verrons que la liberté de circulation des travailleurs étrangers fait l'objet de nombreuses restrictions et est en principe exclue.

¹⁴⁴ L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien – Lextenso éditions, 2012, 6^e édition, p.58.

¹⁴⁵ CDH, 26 juillet 1994, *Peltonen c. Finlande*, n° 492/1992, §8.2. Voir également CDH, 29 mars 2004, *El Ghar c. Lybie*, n°1107/2002, §7.3, au sujet d'une étudiante libyenne résidant au Maroc, voulant se rendre en France pour ses études ; le consulat de Libye de Casablanca avait refusé de lui délivrer un passeport. Le Comité ne retient en l'espèce aucune restriction légitime. L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, le Protocole international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Droit et Justice, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp.181-182.

¹⁴⁶ <http://www.rfi.fr/ameriques/20121016-cubains-pourront-bientot-voyager-plus-facilement-etranger>, consulté le 7 juin 2013.

B. L'absence du droit d'entrer sur le territoire d'un Etat tiers

21. Absence de liberté de circulation internationale des personnes. Entre le XVIe et le XVIIe siècle, l'admission des étrangers a été à l'origine de réflexions dans la doctrine du droit des gens. A l'origine de toute réflexion on trouve la notion de souveraineté, qui rappelle est une « *notion qui dans l'ordre interne exprime la puissance suprême de gouverner, de commander et de décider et qui, liée à l'apparition de l'Etat moderne, est inséparable de celui-ci. [...] Dans l'ordre international, caractère d'un Etat signifiant qu'il n'est soumis à aucun autre pouvoir de même nature* ». ¹⁴⁷. L'Etat ayant le pouvoir suprême au niveau interne, il est libre d'admettre ou non des étrangers sur son territoire. Le concept d'Etat-nation fonde le droit international, et a justifié la redécouverte de la compétence souveraine de l'Etat à la fin du XIXe siècle pour instaurer des contrôles migratoires. Ces derniers se sont généralisés à la fin de la Première guerre mondiale (même si l'apparition de l'Etat-nation et celle des contrôles migratoires ne sont pas concomitantes)¹⁴⁸. Le principe de l'admission souveraine des étrangers par les Etats est donc devenu la règle¹⁴⁹. La liberté pour les Etats d'interdire l'entrée des étrangers sur leur territoire ou de les admettre sous certaines conditions est un principe communément accepté¹⁵⁰, considéré comme absolu dans la plupart des ouvrages du XIXe et du XXe siècle¹⁵¹, et revendiqué depuis lors comme faisant partie du domaine réservé des Etats. La notion de domaine réservé renvoie à l'idée qu'il existe un « *domaine d'activités dans lequel l'Etat, n'étant pas lié par le droit international, jouit d'une*

¹⁴⁷ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.1045.

¹⁴⁸ V. CHETAIL, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états », *op.cit.*, pp.23-25.

¹⁴⁹ Dans ce sens voir: Chambre des Lords, *European Roma Rights Centre and others v. Immigration Officer at Prague airport* [2004] UKHL 55§ 11 (Lord Bingham). La Chambre a jugé que « *the power to admit, exclude or expel aliens was among the earliest and most widely recognised powers of the sovereign State* ».

¹⁵⁰ C. FENWICK, *Cases on International law*, Chicago, Callaghan and Company, 1951, p.205. Certains auteurs vont même jusqu'à défendre l'idée d'un pouvoir discrétionnaire dans le contrôle de l'accès des étrangers sur leur territoire. Dans ce sens voir C. HYDE, *International Law*, 1945, Vol. II, pp. 871-1012 et P. JESSUP, *A Modern Law of Nations*, 1964, pp.78-84.

¹⁵¹ S. SAROLEA, *op.cit.*, p.329. Par exemple, selon E. de Vattel, le droit de domaine et d'empire entraîne celui du souverain de « *défendre l'entrée de son territoire, soit en général à tout étranger, soit dans certains cas ou à certaines personnes, ou pour quelques affaires ou en particulier, selon qu'il se trouve convenable aux biens de l'Etat* ». La seule exception concerne les cas où les étrangers se présentent à la frontière poussés par la tempête ou par une autre nécessité. E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, L. II, Chapitre 7, Londres, 1758, Paris, J. P. Aillaud, 1830, §95. Dans le même sens, on peut encore se référer à l'opinion dissidente du Juge Read dans l'affaire *Nottebohm* (CIJ, 6 avril 1955, *Liechtenstein c. Guatemala*, Rec. 1955, p.20) selon laquelle l'admission d'un étranger crée des relations juridiques entre l'Etat d'accueil et l'Etat national, mais quand un étranger se présente aux frontières d'un Etat tiers, le droit de cet Etat de lui en refuser l'accès est sans entrave (C.I.J., *Nottebohm* (1955), Plaidoiries, Mémoires du Gouvernement du Liechtenstein, p.46).

*compétence totalement discrétionnaire et, en conséquence, ne doit subir aucune immixtion de la part des autres Etats ou des organisations internationales. [...] Si l'étendue du domaine réservé de l'Etat correspond en général, positivement, à certaines matières liées à son identité, telles que son organisation constitutionnelle, elle est en réalité déterminée négativement pas l'ampleur des engagements internationaux de l'Etat et correspond donc à une sorte de liberté résiduelle »*¹⁵². La liberté de l'Etat d'accueil devient le principe, et l'accès des étrangers à son territoire l'exception.

Bien que le droit à la liberté de circulation soit perpétuellement revendiqué¹⁵³, le principe de la liberté de l'Etat n'a fait l'objet d'aucune remise en cause, y compris en droit international des droits de l'homme. Le seul texte affirmant la liberté de circulation comme principe de droit international est l'article 13§1 de la DUDH qui dispose que « *toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat* ». Mais ce texte est non contraignant¹⁵⁴. Même dans le cadre des organisations régionales de droits de l'homme, le principe de la liberté d'admission d'étrangers par les Etats n'est pas contesté. En 1985, dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) déclare conforme à la Convention l'existence d'un régime de police spécial applicable aux étrangers¹⁵⁵. Elle affirmera de manière constante que les Etats peuvent « *contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux* »¹⁵⁶, si le refus de l'accès au territoire n'empêche pas la jouissance d'un autre droit garanti par la Convention¹⁵⁷ ; les dispositions de la Convention « *ne consacrent pas le droit pour une personne d'entrer ou de séjourner dans un Etat dont il n'est pas ressortissant* »¹⁵⁸. La CourIADH, dans son avis n°18, a également considéré que « *les Etats peuvent établir des mécanismes de contrôle de l'entrée et de la sortie des migrants*

¹⁵² J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.356.

¹⁵³ L. MARMORA, *op.cit.*, p.112.

¹⁵⁴ Sur le fait de savoir si la Déclaration a ou non une valeur coutumière, la doctrine est divergente. Pour plus de détails sur la révélation du contenu coutumier par la Cour internationale de Justice par exemple, voir P. WECKEL, « La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme », *RGDIP*, 2009, vol. 3, pp.5-17.

¹⁵⁵ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n° 9214/80; 9473/81; 9474/81, §67.

¹⁵⁶ CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, req. n°12313/86, § 43. Elle se réfère encore à un « *principe général de droit international* » dans l'affaire *Sisojeva c. Lettonie*, 16 juin 2005, req. n°2345/02. Cette jurisprudence constante de la Cour a récemment été réaffirmée dans l'affaire *Nada c. Suisse*, Gde Ch., 12 sept. 2012, req. n°10593/08.

¹⁵⁷ CEDH, 15 juillet 2003, *Mokrani c. France*, req. n°52206/99, au sujet du droit au respect de la vie privée et familiale, dans le cadre du regroupement familial.

¹⁵⁸ CEDH, 26 avril 2005, *Muslim c. Turquie*, 26 avril 2005, req. n°53566/99, §85.

démunis de papiers sur leur territoire, toujours dans le strict respect des garanties du procès équitable et de la dignité humaine »¹⁵⁹. L'approche sécuritaire des migrations internationales prédominante ces dernières années, conforte l'idée de liberté des Etats dans la matière.

22. La liberté de l'Etat de recevoir des travailleurs étrangers. Nous avons mis en évidence que le contexte de la mondialisation favorise la circulation des personnes. Pourtant, même pour la mobilité des forces humaines de production, le principe de la liberté souveraine des Etats n'est pas remis en cause. En effet, si la majorité des Etats acceptent assez librement l'entrée et le séjour contrôlés des étrangers sur leur territoire, ils sont beaucoup plus réticents pour autoriser l'exercice d'une activité lucrative par souci de protéger leur marché du travail, notamment en période de crise économique, à cause des répercussions en matière d'emploi¹⁶⁰. Ainsi, les Etats opèrent-ils une distinction selon la durée du séjour ; les séjours de longue durée ou permanents sont en général soumis à un régime plus strict¹⁶¹. Nous verrons dans la suite de notre étude que si certains instruments bilatéraux et régionaux y font exception, les normes multilatérales spécifiquement consacrées à la protection des travailleurs migrants, en droit international social ou en droit international des droits de l'homme, n'affirment aucunement la liberté de circulation même si la mobilité internationale des travailleurs est encouragée et facilitée¹⁶². Au niveau de l'OIT, les articles 11 des Conventions de 1949 et de 1975 énoncent que le travailleur migrant doit être « admis régulièrement », mais l'article 4 de la Convention de 1949 oblige uniquement les Etats à *faciliter* le voyage du migrant « dans les cas appropriés ». Plus surprenante est l'absence d'un droit d'entrer dans la Convention européenne de 1977, et dans la Convention de New York de 1990, la première car elle concerne une organisation régionale regroupant un nombre limité d'Etats parties et est très dynamique s'agissant de la protection des droits de l'homme ; la deuxième, car il s'agit du texte spécifique le plus récent et qui, comme nous l'avons déjà précisé en introduction, synthétise les avancées obtenues dans la protection des travailleurs migrants. Cette prudence

¹⁵⁹ CourIADH, 17 septembre 2003, *Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux*, avis n°18, §119. La Cour se réfère à une conclusion de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples qui considère légitimes les expulsions uniquement si elles sont prononcées dans le cadre d'un procès équitable. ComADHP, 11 novembre 1997, *Union Interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme, Rencontres africaines des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme en Angola*, communication n°159/96, §20. L. BURGORGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Buylant, 2008, p.482.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p.751. A ce sujet, on peut toutefois préciser, comme le soulignent les rapports du PNUD et de l'OCDE (*supra* n°48), que la plupart du temps les travailleurs nationaux et étrangers n'occupent pas les mêmes emplois.

¹⁶¹ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.747.

¹⁶² *Ibid.*, p.751.

s'explique sans doute par l'universalité voulue de l'instrument, et par l'obtention d'un consensus entre des Etats hétérogènes. L'article 4§1 de la Convention européenne garantit au travailleur migrant « *le droit à l'admission sur le territoire de l'une des Parties contractantes pour y occuper un emploi salarié lorsque, ayant obtenu les documents requis, le travailleur migrant y a préalablement été autorisé* ». Le « droit » d'admission auquel il est fait référence n'est donc en réalité consacré qu'une fois l'autorisation donnée par l'Etat de destination¹⁶³. Dans la Convention de New York, la définition du travailleur migrant consacrée à l'article 2§1 ne précise pas que celui-ci doivent être régulièrement admis pour bénéficier de cette qualité, mais l'article 5 alinéa a) ajoute que les travailleurs migrants « *sont considérés comme pourvus de documents ou en situation régulière s'ils sont autorisés à entrer, séjourner et exercer une activité rémunérée dans l'Etat d'emploi conformément à la législation dudit Etat et aux accords internationaux auxquels cet Etat est partie* ». Toutefois, la disposition la plus explicite de la Convention concerne l'article 79 qui énonce qu' « *aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte au droit de chaque Etat partie de fixer les critères régissant l'admission des travailleurs migrants et des membres de leur famille [...]* ». L'article 35 de cette même Convention ajoute par ailleurs qu'« *aucune disposition de la présente partie de la Convention ne peut être interprétée comme impliquant la régularisation de la situation des travailleurs migrants ou des membres de leur famille dépourvus de documents ou en situation irrégulière, ni un droit quelconque à cette régularisation de leur situation [...]* ». La rédaction du texte est donc très prudente. Faut-il réellement déplorer l'absence de consécration du droit d'entrer des travailleurs migrants ? Il est douteux que les instruments mentionnés aient pu entrer en vigueur si un tel droit y était consacré. Il suffit pour cela d'observer le faible succès de la Convention de New York, très protectrice dans son contenu. Néanmoins, certains auteurs se sont interrogés sur l'existence de limites à la liberté de l'Etat de refuser l'accès à son territoire.

23. Les limites à la compétence de l'Etat : refus arbitraire et abus de droit. Si la liberté souveraine de l'Etat d'admettre des étrangers sur son territoire est rapidement devenue la règle, historiquement il n'a jamais été admis que cette compétence était absolue¹⁶⁴. Francisco

¹⁶³ Au niveau européen encore, la Charte sociale européenne, qui s'applique aux travailleurs migrants ressortissants des Etats parties (articles 18 et 19), s'applique également uniquement aux travailleurs autorisés (Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, (révisée en 1996), STE n°19, entrée en vigueur le 26 février 1965). *Ibid*, p.752.

¹⁶⁴ S. SAREOLA, *op.cit.*, p.442.

de Vitoria dans *De Indis*, s'est interrogé en 1539 sur la question de savoir si les Espagnols avaient un droit d'accès au territoire du nouveau monde en vertu du droit des gens. Bien que le nouveau monde ne constituât pas un Etat, il est possible d'appliquer le raisonnement de l'auteur, par analogie, à l'accès au territoire d'un Etat. Selon de Vitoria, le droit d'accès à un territoire tiers existe car « *au commencement du monde alors que tout était commun à tous, chacun pouvait, à son gré, voyager et se rendre dans un pays quelconque* » et « *les Espagnols ont le droit de se rendre dans cette province et d'y vivre, à condition de n'y faire aucun tort aux barbares* »¹⁶⁵ en vertu du droit général de société et de communication¹⁶⁶ ; le tort à la population locale est donc le seul motif raisonnable qui peut justifier le refus d'accès au territoire. Pour Hugo Grotius¹⁶⁷, il existe un droit de passage et de séjour, et même d'établissement dans un territoire tiers pour les personnes chassées de leurs pays. Dans son *Projet de Paix perpétuelle* de 1795, Emmanuel Kant distingue le droit de visite de l'étranger du droit d'établissement, mais il considère qu'accueillir le visiteur permet de garantir la paix perpétuelle à l'échelle mondiale : « *Il est ici question non pas de philanthropie mais du droit. Hospitalité signifie donc ici le droit qu'a l'étranger, à son arrivée dans le territoire d'autrui, de ne pas y être traité en ennemi* » car « *l'étranger est un membre de la société en vertu du droit de commune possession de la surface de la terre* »¹⁶⁸. Pour d'autres auteurs du XXe siècle, l'interdépendance et la solidarité des Etats imposent l'existence d'un commerce international et la reconnaissance d'un droit de circuler entre les pays¹⁶⁹. L'Institut de Droit international a adopté en 1892 des *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*¹⁷⁰, selon lesquelles la liberté de circuler est limitée par des préoccupations de sécurité et de justice ; la loi doit encadrer les conditions d'entrée et de séjour, et seules des exigences liées à l'ordre ou à la sécurité publics peuvent justifier le refus d'accès des étrangers au territoire. Sur le principe, ces règles reflètent le positivisme ambiant mais prévoient que la liberté étatique est limitée par un souci d'humanité et de justice. Ces règles visent à soustraire ces questions à l'arbitraire des Etats ; elles précisent qu'il est désirable

¹⁶⁵ F. DE VITORIA, *De Indis et de Jure Belli*, Réflexions, section III. Traduction française dans A. VANDERPOL, *La doctrine scolastique du droit de la guerre*, Paris, Pedone 1919, p.469.

¹⁶⁶ S. Saréola, souligne qu'à l'époque, le *ius communicationis* n'existait que de manière unilatérale comme fondement à l'émigration de conquête, sans réciprocité au profit des ressortissants des pays conquis. *Op.cit.*, p.443.

¹⁶⁷ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, 1625 ; *Le droit de la guerre et de la paix*, par M. P. PRADIER-FODERE, Paris, Guillaumin et Cie, 1867.

¹⁶⁸ E. KANT, *Projet de Paix perpétuelle*, Paris, Hatier, 1988, VIII 358.

¹⁶⁹ S. SAREOLA, *op.cit.*, p.445.

¹⁷⁰ IDI, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers Annuaire de droit international*, Edition nouvelle abrégée, vol. III (1892-1896), p.219s.

qu'elles « *soient réglées par des lois* » (article 3), et se prononcent en faveur d'un « *recours à la haute cour judiciaire ou administrative, indépendante du gouvernement* » (article 21 et 34 à 39). L'article 6 dispose que l'entrée des étrangers sur le territoire ne peut être interdite que pour des raisons d'intérêt public ou des motifs extrêmement graves. Selon l'article 15 : « *la protection du travail national n'est pas, à elle seule, un motif suffisant de non-admission* ». Enfin, l'article 6 dispose qu'il faut « *une différence fondamentale de mœurs ou de civilisation* » pour justifier un refus d'admission¹⁷¹. Même si ces règles n'ont jamais été adoptées par les Etats, elles reflètent l'état des réflexions doctrinales de l'époque.

Aujourd'hui, la doctrine majoritaire reconnaît que la liberté d'admission des Etats n'est pas absolue, et les tribunaux vérifient la légitimité des refus. La théorie de l'« abus de droit » encadre la liberté des Etats. L'abus de droit peut se définir comme l'exercice par un Etat d'un droit, d'un pouvoir ou d'une compétence d'une manière ou dans un but qui ne correspondent pas aux finalités de ce droit, de ce pouvoir ou de cette compétence, par exemple dans le but d'échapper à une obligation internationale ou d'en obtenir un avantage. Par la théorie de l'abus de droit, ce n'est pas l'existence du droit qui est contestée mais les modalités de son exercice lorsqu'elles sont préjudiciables à autrui¹⁷². Dès 1929, le Comité économique et social de la Société des Nations, dans un *projet de Convention sur les migrations*, a déclaré que le droit d'accès au territoire des Etats était prématuré, mais il a écarté l'idée d'un pouvoir absolu d'exclusion¹⁷³, contrairement aux signataires de la Convention de la Havane de 1928¹⁷⁴. C'est dans le contexte d'une généralisation des restrictions à l'admission des étrangers au cours de la première guerre mondiale qu'Edwin Borchard a souligné le fait que l'étranger se trouvait dans une situation extrême, soit d'exclusion totale, soit d'un traitement égal avec les nationaux ; selon l'auteur, l'exclusion totale est incompatible avec la participation des Etats en tant que membre à la Société des Nations, seul des motifs raisonnables pouvant être invoqués¹⁷⁵. Charles de Vischer, quant à lui, précise que la réglementation de l'immigration a nécessairement des répercussions au niveau international et dénonce « *l'influence dangereuse*

¹⁷¹ S. SAREOLA, *op.cit.*, p.447.

¹⁷² J. SALMON (dir), *op.cit.*, pp.3-4.

¹⁷³ Proceedings of the Conference, p.421; Conférence sur le traitement des étrangers tenue à Paris en 1929 : L.O.N. Doc. C.I.T.E. 62, 1930, II, 5, 419.

¹⁷⁴ Convention de La Havane concernant la neutralité maritime, 20 février 1928, *Recueil des traités de la Société des Nations*, 1932, Vol.135, p.189, entrée en vigueur le 12 février 1931.

¹⁷⁵ E. BORCHARD, *The Diplomatic protection of Citizens Abroad*, The Banks Law, New York, 1915, p.36.

des pratiques restrictives de l'immigration sur les tensions internationales »¹⁷⁶. D'autres auteurs encore estiment que les Etats peuvent interdire l'entrée à certaines catégories d'étrangers, mais qu'il n'existe pas de droit général affectant l'ensemble des étrangers ; les catégories visées sont déterminées selon des critères de santé, de sécurité ou encore de contrôle de la taille de la population¹⁷⁷. En pratique, la plupart des pays contrôlent donc l'entrée et le séjour des étrangers selon les techniques bien établies et universellement tolérées de l'authentification et de la supervision: visas, taxes d'entrée, entrée sélective ou quotas.

Concernant les migrations de travailleurs migrants spécifiquement, on peut se demander si l'interdiction d'accès d'un étranger au territoire pour y exercer un emploi, constitue ou non un abus de droit. C'est au sujet des migrations de main-d'œuvre que la question de l'accroissement du pouvoir discrétionnaire de l'Etat s'est posée à la fin du XIXe siècle ; aux Etats-Unis notamment, plusieurs décisions ont été rendues au sujet de l'immigration de travailleurs chinois¹⁷⁸. La Chine, en l'espèce, a reconnu que le gouvernement des Etats-Unis pouvait réguler, limiter ou suspendre l'immigration de travailleurs choisis, mais qu'ils ne pouvaient pas l'interdire totalement ; la Chine estimait que la limitation devait être raisonnable et que ses ressortissants ne devaient faire l'objet d'aucun mauvais traitement¹⁷⁹. En général, la plupart des Etats admettent le travail autorisé d'étrangers sur leur territoire, mais cette autorisation est plus ou moins facilement accordée selon les pays. L'abus de droit pourrait donc être constitué en cas d'interdiction totale ou quasi-totale d'entrer pour les travailleurs étrangers. L'OIT notamment souligne toutefois « *la difficulté à concilier le droit souverain de chaque Etat de protéger son marché du travail avec les droits fondamentaux de l'homme des individus qui, par choix ou par nécessité, partent chercher un emploi à l'étranger* »¹⁸⁰. Mais si cette conciliation est difficile, l'OIT reconnaît que la protection du marché du travail constitue un motif légitime pour limiter l'accès d'étrangers sur le territoire. En réalité, la théorie de l'abus de droit a surtout permis de réguler l'expulsion. La circulation internationale des travailleurs migrants reste donc soumise à autorisation. En revanche, une

¹⁷⁶ C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1955, p.229. Pour Kelsen en revanche, seul un traité contraire viendrait limiter le droit souverain de chaque Etat d'admettre des étrangers. H. KELSEN, *Principles of international Law*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, p.366.

¹⁷⁷ D. P. O'CONNELL, « Personal Jurisdiction : Aliens », *International Law*, vol. 2, Stevens & Sons, London, 1970, p.696.

¹⁷⁸ Supreme Court, *Musgrove v. Chun Teeong Toy* (1881) A.C.272 at 283 ; Supreme Court, *Attorney-General for Canada v. Cain* (1906) A.C.542 at 546 ; Supreme Court, *Nishumura Ekiu V. U.S. (Chinese Exclusion Case)*, 130 U. S. 581 (1899).

¹⁷⁹ R. PLENDER, *op.cit.*, p.3.

¹⁸⁰ CIT, *Travailleurs migrants*, Rapport III, 87^e session BIT, Genève, 1999, p.12, §24.

fois les étrangers admis sur le territoire de l'Etat d'accueil, le principe affirmé en droit international est celui de la liberté.

24. La liberté de circulation à l'intérieur de l'Etat pour le travailleur étranger admis.

Une fois le travailleur étranger admis, on a pu se demander si ce dernier bénéficiait d'une liberté de circulation à l'intérieur de l'Etat d'accueil, notamment au regard du fait que les Etats pourraient vouloir favoriser le développement de certaines régions¹⁸¹. L'article 13§1 de la DUDH dispose que « *toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat* ». Il n'est pas précisé que ce droit est réservé aux nationaux, (contrairement au §2 qui affirme un droit de retour pour ces derniers). L'article 12§1 du PIDCP est plus précis : il dispose que « *quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence* »¹⁸². Les restrictions d'ordre public prévues au §3, déjà évoquées à propos du droit de sortie, s'appliquent également à la libre-circulation à l'intérieur d'un Etat. Le droit de libre circulation à l'intérieur d'un Etat est par ailleurs consacré à l'article 12§1 de la Charte africaine et à l'article 22§1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. L'article 39 de la Convention de New York de 1990 relative aux travailleurs migrants est rédigé dans des termes équivalents au profit du travailleur migrant et des membres de sa famille¹⁸³. La Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) et la Convention du Conseil de l'Europe de 1977 sont silencieuses sur ce point.

Le Comité des droits de l'homme (CDH) a estimé que, lorsqu'un étranger se trouve légalement sur le territoire d'un Etat, ce qui est le cas par définition des travailleurs étrangers, toute restriction à l'article 12§1 doit être justifiée conformément à l'article 12§3 du Pacte (sécurité nationale¹⁸⁴, ordre public, santé, moralité publique et protection des droits et libertés

¹⁸¹ Un travailleur migrant peut être recruté pour un emploi particulier qui peut justifier la résidence près du lieu du travail. Toutefois, cela ne limite pas la liberté de circulation à l'intérieure de l'Etat.

¹⁸² Voir aussi dans les mêmes termes, l'article 2§1, 3 et 4 du Protocole n°4 à la CESDH de 1950 ; art. 22§1, 3 et 4 de la Convention américaine des Droits de l'homme de 1969 ; art. 12§1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

¹⁸³ L'article 39 dispose que « *1. Les travailleurs migrants et les membres de leur famille ont le droit de circuler librement sur le territoire de l'Etat d'emploi et d'y choisir librement leur résidence. 2. Les droits mentionnés au paragraphe 1 du présent article ne peuvent faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par la présente Convention* ».

¹⁸⁴ Par exemple, dans l'affaire *Celepli c. Suède* (26 juillet 1994, n° 456/1991, par. 9.2), le CDH reconnaît comme compatible avec le Pacte les restrictions quant au lieu de résidence d'une personne dont l'arrêté d'expulsion n'a pas pu être exécuté pour risque de persécution politique dans son pays d'origine.

d'autrui) et prévues par la loi¹⁸⁵. Il considère que la liberté de circulation vaut pour l'ensemble du territoire national y compris dans les Etats fédéraux¹⁸⁶. Nous pouvons constater par conséquent que la seule liberté de circulation consacrée en droit international concerne la circulation à l'intérieur du territoire national des Etats ; cette liberté n'existe pas au niveau international. Toutefois, il existe des exceptions à ce principe.

§2- Le cas spécifique des organisations régionales d'intégration

25. Discriminations à l'entrée selon la nationalité et réciprocité. Certains accords internationaux remettent plus ou moins en cause le principe de l'autorisation pour entrer sur le territoire d'un Etat. C'est le cas des accords bilatéraux¹⁸⁷ ou encore des accords établissant des organisations d'intégration régionale. Etant donné la multiplicité des premiers, nous nous concentrerons sur l'étude des seconds, mais les conclusions auxquelles nous parviendrons dans ce paragraphe valent également pour les accords bilatéraux. Il faut préalablement souligner que ces accords régionaux et bilatéraux sont conclus sur la base de la réciprocité¹⁸⁸ ; la nationalité¹⁸⁹ est alors essentielle car les étrangers sont soumis à des régimes d'admission et de traitement différents, selon qu'ils sont ressortissants ou non des Etats parties aux accords concernés. Il arrive également que cette distinction entre les étrangers selon leur origine nationale résulte de l'adoption d'un acte unilatéral par un Etat, notamment en raison de liens historiques, politiques et géographique entre certains Etats. On peut citer, à titre d'exemple, le Royaume-Uni qui, avant 1985, n'exigeait pas des ressortissants du Commonwealth qu'ils soient titulaires d'un visa pour entrer. On peut encore citer l'adoption d'un décret libyen en 1970 selon lequel les nationaux des autres pays arabes ne seraient pas considérés comme des étrangers. Deux ans plus tard, une loi est venue accorder des droits spécifiques aux ressortissants Egyptiens (Décret révolutionnaire du 26 mars 1970 et loi n°113 du 28 août

¹⁸⁵ L. HENNEBEL, *op.cit.*, pp.177-178.

¹⁸⁶ CDH, 10 avril 1996, *Kéténguéré Ackla c. Togo*, 1996, n°505/1992, §10.

¹⁸⁷ Ces conventions constituent la source principale. Certaines conventions bilatérales affirment la libre-circulation des personnes : elles suppriment la formalité des visas ou établissent un régime *ad hoc* dérogatoire au droit commun des étrangers. C. LEBEN, « Le droit international et les migrations de travailleurs », *op.cit.*, p. 68 s.

¹⁸⁸ M. LO DIATTA, *op.cit.*, p.108. Tel n'est pas en revanche le cas des accords à vocation universelle de l'OIT et de l'ONU ; les obligations des Etats parties concernent les travailleurs migrants en général et pas seulement les travailleurs migrants ressortissants des Etats parties. En revanche, les obligations de coopération entre Etats d'accueil et Etats d'origine supposent une ratification par les deux parties. I. AWAD, « Les travailleurs migrants », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.1337.

¹⁸⁹ Sur la notion de nationalité voir le point 2 de l'introduction.

1972). La Loi de Retour israélienne vise un groupe ; l'admission de la personne ne dépend pas de sa nationalité mais elle affecte la nationalité de la personne qui devient israélienne. D'autres Etats encore interdisent que l'admission des étrangers soit déterminée sur critère de la nationalité. C'est notamment le cas de l'*Immigration and Nationality Act* de 1952 aux Etats-Unis de 1952, qui prévoit qu'aucune admission préférentielle ne pourra avoir lieu sur la base de la nationalité¹⁹⁰.

Selon Richard Plender, « *les règles de droit international limitant la compétence des Etats en matière de migration sont inextricablement liées aux règles régissant l'opposabilité de la nationalité* »¹⁹¹. L'analyse de la distinction entre les catégories d'étrangers, qui retiendra ici notre attention, est donc toute aussi pertinente que celle de la distinction entre nationaux et étrangers. Bien que parfois dénoncée, la discrimination entre catégories de travailleurs selon leur origine nationale n'est pas prohibée. A titre anecdotique, pendant la période de discrimination raciale en Allemagne et en Italie, les Etats-Unis ont dénoncé les mesures prudentielles vis-à-vis des ressortissants Américains d'origine juive. Il est intéressant de noter qu'en l'espèce, les Etats-Unis n'ont pas dénoncé la violation d'un principe général de droit international qui interdirait la discrimination, mais la violation du traité d'amitié de 1923. L'Allemagne a considéré que le traité n'avait pas été violé car aucun principe général de droit international n'interdisait de discriminer entre les nationaux d'un pays donné. Les Etats-Unis n'ont obtenu aucune satisfaction¹⁹².

A propos de la discrimination à l'entrée, dès 1955, Charles de Vischer considère que « *le droit pour tout Etat de refuser aux immigrants l'établissement sur son territoire, sous réserve des traités qui réglementent ces matières, est certain et jusqu'à présent la pratique internationale ne fait pas exception à ce principe, même quand ce droit est exercé de façon discriminatoire contre les ressortissants de certains Etats. L'immigration, à la différence de l'accès au territoire, entraîne des conséquences économiques et sociales qui touchent aux intérêts fondamentaux de l'Etat et doivent forcément être laissées à son appréciation dans l'Etat actuel des rapports internationaux* »¹⁹³. Trente-cinq ans plus tard, la différence de régime entre les travailleurs migrants n'est pas remise en cause. En effet, l'article 81§1 de la Convention de New York de 1990 énonce qu'« *aucune disposition de la présente Convention*

¹⁹⁰ R. PLENDER, *op.cit.*, p.5.

¹⁹¹ *Ibid*, p.4.

¹⁹² D. P. O'CONNELL, *op.cit.*, p.700.

¹⁹³ C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public, op.cit.*, pp.200-201.

ne porte atteinte aux droits et libertés plus favorables accordés aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille en vertu: a) Du droit ou de la pratique d'un Etat partie; ou b) De tout traité bilatéral ou multilatéral liant l'Etat partie considéré ». C'est dans ce contexte que des instruments régionaux ont été adoptés en Europe (A) et en dehors de l'Europe (B) pour établir un régime spécifique plus favorable pour les ressortissants des groupements d'Etats concernés.

A. L'affirmation d'une liberté de circulation des travailleurs en Europe

26. Le régime commun applicable aux ressortissants communautaires. Certaines conventions libérales réunissant des pays présentant des « liens étroits » ont réglementé l'entrée ou le séjour des ressortissants tiers ; l'avancée majeure de ces accords consiste à autoriser l'exercice d'une activité lucrative sur le territoire d'un autre Etat membre. En Europe, après quelques tentatives parmi un nombre restreint d'Etats¹⁹⁴, c'est le principe de la liberté de circulation et de séjour qui s'applique aujourd'hui au sein de l'Union européenne, tant pour les travailleurs salariés¹⁹⁵, que pour les travailleurs indépendants, c'est-à-dire travaillant pour leur propre compte. Dans l'arrêt *Royer* du 8 avril 1976¹⁹⁶, la CJCE a précisé que ce statut dérogatoire au droit commun des étrangers constituait « *un droit directement conféré par le traité ou, selon le cas, par les dispositions prises pour la mise en œuvre de celui-ci* ». Aujourd'hui, ce droit est consacré à l'article 21 du TFUE qui énonce que « *tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres* », mais précise « *sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application* »¹⁹⁷.

¹⁹⁴ En Europe, l'exemple a été donné par le Conseil Nordique regroupant la Suède, le Danemark, la Norvège et la Finlande, qui ont conclu une Convention concernant l'établissement d'un marché commun du travail (22 mai 1954, entrée en vigueur le 22 juin 1954- voir le texte de la convention dans *Cooperation Agreements between the Nordic Countries*, Nordic Council, Stockholm, 1976). La Convention affirme, dans son article 1^{er}, la liberté de travail. Le Protocole additionnel, complété par un accord du 12 juillet 1957 (*Cooperation Agreements between the Nordic Countries*, Nordic Council, Stockholm, 1976, p. 68), affirme une liberté de séjour. Les pays membres du Benelux (Belgique, Luxembourg, Pays-Bas) ont suivi l'exemple du Conseil Nordique en adoptant, le 7 juin 1956, un traité instituant un marché commun du travail Benelux. Enfin, la libre circulation et l'égalité de traitement de leurs ressortissants ont été entérinées par le traité d'Union économique de La Haye du 3 février 1958. C. LEBEN, « Le droit international dans tous ses Etats », *op.cit.*, p.65

¹⁹⁵ Pour plus de détails voir M. MAUDET-BENDAHAN, *La mobilité géographique du travailleur salarié au sein de l'Union européenne*, *op.cit.*

¹⁹⁶ Aff. C-48/75, *Rec.* 1976, p.497.

¹⁹⁷ Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, *JOUE* C 326/391, 26 oct. 2012, p.391, entrée en vigueur le 1^{er} février 2009.

La liberté de circulation a évolué, passant de droit accessoire à la liberté professionnelle en véritable droit fondamental du citoyen européen (art. 45 de la Charte des droits fondamentaux)¹⁹⁸. Le règlement et les neuf directives instaurant le régime applicable ont été remplacés par la Directive n°2004/38 du 29 avril 2004 précitée, relative au droit des citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres¹⁹⁹. Avant la consécration de la citoyenneté européenne, le principe de la liberté de circulation et de la liberté professionnelle a été énoncé à l'article 39 CE (art. 45 TFUE) pour les travailleurs salariés, et aux articles 43 et 49 CE (art. 49 et 56 TFUE) pour le droit d'établissement et la prestation de service ; ces dispositions ont été complétées par une importante législation dérivée. Mais cette réglementation est uniquement applicable aux situations qui ne sont pas purement internes à l'Etat membre concerné²⁰⁰. Toutefois, la Cour a retenu une interprétation très souple de cette condition dans l'arrêt *Carpenter* de 2002²⁰¹, puis, dans l'arrêt *Zambrano* du 8 mars 2011, la Cour reconnaît un droit de séjour autonome au bénéfice de parents étrangers d'enfants citoyens de l'Union européenne n'ayant jamais exercé leur liberté de circulation, mais si elle affirmera par la suite l'application du droit européen sans exercice de la liberté de circulation doit rester exceptionnelle²⁰².

En droit de l'Union européenne, un travailleur s'entend comme une personne salariée, exerçant effectivement une activité économique, soit contre rémunération, soit contre satisfaction des besoins matériels²⁰³. Elle ne doit pas être purement marginale et accessoire, et

¹⁹⁸ Sur la liberté professionnelle des ressortissants communautaires, voir L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *op.cit.*, p. 90 et 94 et s.

¹⁹⁹ Il faut toutefois préciser que sont exclus de ce régime, les ressortissants danois des îles Féroé, les ressortissants des Iles anglo-normandes et de l'Ile de Man (art. 355§5). En vertu des articles 199 et 202 du TFUE, les ressortissants des Pays et Territoires d'Outre-Mer qui ont la nationalité d'un Etat membre, ne peuvent se prévaloir du droit d'entrée et de séjour uniquement pour exercer une activité indépendante (CJCE, 12 décembre 1990, *Kaefer et Procacci*, C-100 et 101/89, *Rec.*1990, p.I-4647).

²⁰⁰ Par exemple, l'épouse non communautaire d'un ressortissant belge ne peut se prévaloir d'un droit de séjour en Belgique si son mari n'a jamais travaillé dans un autre Etat membre (CJCE, *Dzodzi*, 18 oct. 1990, C 297/88 et C 197/89, *Rec.*1990, p.I-3763). La situation serait autre si le conjoint s'était installé dans un autre pays membre puis revenait dans son pays d'origine (CJCE, 7 juill. 1992, *Singh*, C 370/90, *Rec.*1992, p.I-4265).

²⁰¹ CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, C 60/00, *Rec.*2002, p.I-6279.

²⁰² CJUE, arrêt du 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, *Rec.* 2011, p.I-1177. Cette affirmation a ensuite connu quelques nuances. Voir notamment l'arrêt du 3 mai 2013, *Ymeraga c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, aff. C-87/12, non encore publiée au Recueil.

²⁰³ Règlement n°1612/68 du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE* L 257, 19 octobre 1968, p. 2, art. 1^{er}. CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, 56/85, *Rec.*1986, p.2121.

contraindre l'intéressé à demander l'assistance de sa famille²⁰⁴ ou des fonds publics²⁰⁵. Le droit au séjour s'est ensuite généralisé à tous les ressortissants des Etats membres par trois Directives du 28 juin 1990. Toutefois, le séjour reste subordonné à la disposition de ressources suffisantes²⁰⁶ et d'une assurance maladie afin que les ressortissants des autres Etats membres ne deviennent une « charge » pour l'Etat d'accueil²⁰⁷. Enfin, la Directive n°2004/38 du 29 avril 2004 reconnaît la liberté de circulation et de séjour à tout citoyen européen²⁰⁸, les conditions de ressources suffisantes et d'assurance maladie étant maintenues²⁰⁹. L'arrêt *Kaba* du 11 avril 2000²¹⁰ est venu préciser que le droit de séjour n'était pas inconditionnel. Il a été jugé dans l'arrêt *Baumbast*²¹¹, qui a confirmé l'effet direct de l'article 18§1 CE (art. 21 TFUE), que des différences objectives de traitement peuvent être maintenues entre les nationaux et les autres ressortissants communautaires. Une distinction est toutefois introduite dans la législation européenne entre les séjours en deçà ou au-delà de trois mois. Pour les séjours de moins de trois mois, il suffit d'être en possession d'un document de circulation (carte d'identité, passeport) en cours de validité²¹². Pour les séjours de plus de trois mois, ce droit est conféré mais soumis à la condition de ressources ; toutefois, l'Etat ne peut exiger un niveau de ressources supérieur au niveau en dessous duquel il accorde à ses ressortissant une assistance sociale (par exemple le RMI pour la France)²¹³. Il faut préciser qu'en dépit de ce cadre favorable, des contrôles d'identité restent possibles, même à l'égard des nationaux circulant entre plusieurs Etats membres²¹⁴.

Il est intéressant de remarquer que la liberté de circulation des personnes a d'abord été envisagée au profit des travailleurs. La liberté de circulation des personnes est apparue comme le « *complément indispensable de la mobilité professionnelle des agents économiques* ». Aujourd'hui, la liberté de circulation n'est plus le corollaire de la liberté

²⁰⁴ CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, 53/81, *Rec.*1982, p.1035.

²⁰⁵ CJCE, 3 juin 1986, *Kempf*, 139/85, *Rec.*1986, p.1741.

²⁰⁶ L'évaluation des ressources suffisantes doit tenir compte des ressources de la famille ou du conjoint. CJCE, 19 oct. 2004, *Zhu et chen*, C 200/02, *Rec.*2004, p.I-9925.

²⁰⁷ CJCE, 25 mai 2000, *Commission c. Italie*, C 424/98, *Rec.*2000, p.I-4001.

²⁰⁸ Art 45 de la Charte des droits fondamentaux. Pour plus de détails sur la citoyenneté européenne voir notamment D. MARTIN, « La citoyenneté européenne : quelle plus-value pour quel national ? », in P. ICARD, *Une citoyenneté européenne dans tous ses « Etats »*, Dijon, Editions universitaires de Dijon, 2009, pp.21-38.

²⁰⁹ L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *op.cit.*, pp.55-57.

²¹⁰ CJCE, 11 avril 2000, *Kaba*, C 356/98, *Rec.*2003, p.I-2623.

²¹¹ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, C/ 413, *Rec.*2002, p.I-7091 ; confirmé par la suite.

²¹² Art 6 de la Directive n°2004/38. La seule restriction est que la personne ne soit pas « *une charge déraisonnable pour le système d'assurance sociale de l'Etat membre d'accueil* » (art. 7 de la Directive).

²¹³ L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *op.cit.*, pp.60-61.

²¹⁴ CJCE, 21 septembre 1999, *Proc. Pénale c. F.A. Wijzenbeek*, aff. C-378/97, *Rec.*1999, p.I-6207.

professionnelle mais conserve des liens étroits avec cette dernière ²¹⁵. Cela n'est pas surprenant si l'on considère que le travailleur dispose de ressources et ne constitue alors pas une charge pour la société d'accueil. En revanche, il reste un individu qui s'insère dans le marché du travail d'un autre Etat partie. On peut se demander pourquoi, au sein de l'Union européenne, la liberté de circulation des travailleurs a pu être instaurée, alors que le principe de l'autorisation reste d'application dans la plupart des situations ? Indépendamment de la logique européenne d'intégration, il convient de s'intéresser aux données socio-économiques de ces pays. En effet, les pays membres de l'Union européenne présentent une relative homogénéité, et les citoyens européens circulent finalement assez peu. Il semblerait que les pays sont d'autant plus libéraux que le niveau de développement est élevé et homogène. La CIT met en évidence que « *l'expansion du commerce liée à la réduction ou la suppression des droits de douane et autres entraves au commerce tend à réduire la pression migratoire. Dans l'Union européenne, l'essor du commerce intracommunautaire a contribué à rapprocher les niveaux de revenu. Aujourd'hui, si la main-d'œuvre jouit d'une totale liberté de circulation dans l'Union européenne, la proportion de travailleurs tentés par l'émigration reste insignifiante, parce que les mesures prises – notamment en matière de commerce – ont largement permis de réduire les disparités économiques entre les Etats membres* »²¹⁶. C'est ce que semble confirmer l'existence de dispositions transitoires applicables aux ressortissants des nouveaux Etats membres.

27. Le régime spécifique des travailleurs ressortissants des nouveaux Etats membres.

Deux régimes spéciaux en matière de liberté de circulation se sont appliqués aux nouveaux pays membres de l'Union européenne. Le premier concerne le groupe des « Etats A8 »²¹⁷ devenus membres le 1^{er} mai 2004, et le second concerne la Roumanie et la Bulgarie devenus membres le 1^{er} janvier 2007. En tant que citoyens de l'Union européenne, ces derniers pouvaient circuler librement, mais leur liberté professionnelle était restreinte, ce qui limitait également le droit de séjour en raison de la conditionnalité des ressources nécessaires. Le premier groupe d'Etats a fait l'objet d'un plan progressif de libéralisation du marché du travail ; les pays devenus membres avant 2004 pouvaient limiter l'accès à leur marché du

²¹⁵ L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *op.cit.*, pp.43-44.

²¹⁶ CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, Rapport VI*, 92^e session, BIT, Genève, 2004, pp.30-31.

²¹⁷ L'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la République tchèque, la Slovaquie et la Slovénie. Chypre et Malte ne sont pas concernées.

travail pendant une période de deux ans, prolongeable de trois ans, voire de deux ans encore en cas de problèmes graves sur le marché du travail. Mais dès lors qu'un ressortissant de l'un de ces pays avait exercé une activité d'au moins 12 mois au sein d'un des pays du groupe des Etats devenus membres avant 2004, il n'était plus soumis au régime transitoire. Il est intéressant de noter que les dispositions transitoires ne concernaient que les travailleurs salariés, et pas les travailleurs indépendants ou les prestataires de service qui créent des activités économiques. Des craintes ont été manifestées contre l'éventuel contournement des règles, par la présentation frauduleuse d'une activité économique comme une activité indépendante, et contre la possible introduction par des entreprises européennes de ces travailleurs. En 2008, dix pays sur les quinze avaient entièrement ouvert leur marché du travail²¹⁸, et quatre²¹⁹ avaient prolongé de trois ans les mesures transitoires à compter du 1^{er} mai 2006 mais ils avaient assoupli les règles d'accès au marché du travail, soit de manière générale, soit sur une base sectorielle. La Hongrie quant à elle avait instauré un système de réciprocité, tandis que la Pologne et la Slovaquie avaient supprimé les mesures de réciprocité après les avoir appliquées²²⁰.

Le deuxième cas de figure concerne les travailleurs roumains et bulgares. Dix pays membres n'avaient introduit aucune restriction à leur égard²²¹, et Le Danemark, l'Italie et la Hongrie avaient assoupli les conditions d'accès au marché du travail. Neuf pays en revanche²²², ne reconnaissaient aucune liberté professionnelle à ces ressortissants qui restaient soumis au droit national des étrangers²²³. La règle était donc celle de l'autorisation pour exercer une activité lucrative jusqu'au 1^{er} janvier 2014, date à laquelle toutes les restrictions devaient être levées²²⁴. Une réflexion similaire concerne les ressortissants croates. En effet, la Croatie est devenue membre de l'Union européenne le 1^{er} juillet 2013, et ses ressortissants peuvent être soumis à des restrictions de travail pendant une période de 7 ans, c'est-à-dire qu'ils peuvent

²¹⁸ L'Irlande, le Royaume-Uni et la Suède dès le 1er mai 2004 ; l'Espagne, la Finlande, la Grèce et le Portugal (1er mai 2006) ; l'Italie (27 juillet 2006) ; les Pays-Bas (1er mai 2007) et la France (1er juillet 2008). En 2008, le Royaume-Uni maintient son Dispositif d'enregistrement des travailleurs et la Finlande est en train d'en élaborer un.

²¹⁹ Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark et Luxembourg.

²²⁰ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op.cit., p.395.

²²¹ Chypre, l'Estonie, la Finlande, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la République tchèque, la Slovaquie, la Slovaquie et la Suède.

²²² L'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la France, la Grande-Bretagne, le Luxembourg, Malte, et les Pays-Bas.

²²³ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op.cit., p.396.

²²⁴ http://www.lemonde.fr/europe/article/2014/01/01/roumains-et-bulgares-sont-libres-de-travailler-partout-dans-l-ue_4341811_3214.html, consulté le 15 juin 2014.

être contraints de demander une autorisation de travail. En revanche, la liberté de circulation est acquise²²⁵. En France par exemple, les dispositions transitoires s'achèveront le 30 juin 2015²²⁶.

Pour compléter l'état de la législation applicable aux travailleurs étrangers au sein de l'Union européenne, il convient par ailleurs de s'intéresser à la question des ressortissants d'Etats tiers à l'Union.

28. Les travailleurs ressortissants de pays tiers et la difficile harmonisation de la frontière extérieure de l'Union européenne. Si un régime commun a pu être adopté au profit des ressortissants de l'Union, la gestion de la frontière extérieure est beaucoup plus difficile à mettre en place. Les ressortissants de pays tiers ne sont pas soumis au régime de liberté dont disposent les ressortissants des Etats membres²²⁷. Les premières dispositions favorisant le travail de ressortissants tiers au sein de la Communauté ont été adoptées par la conclusion d'accords externes (notamment avec la Turquie en 1963, et avec les trois pays du Maghreb en 1976), même si les Etats parties restent libres de réglementer l'entrée et le séjour des personnes concernées sur leur territoire²²⁸. Jusqu'à l'adoption du traité de Maastricht de 1992²²⁹, la Communauté ne disposait pas de compétence pour définir une politique migratoire. Depuis les années 1970 pourtant, la Commission s'est appuyée sur les dispositions sociales du TCE pour revendiquer une telle compétence, et plus particulièrement sur l'article 118 TCE qui prescrivait « *une collaboration sociale étroite entre les Etats membres (...) dans le domaine social* »²³⁰. Malgré la résistance des Etats membres, l'idée d'un intérêt commun en

²²⁵ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=466&langId=fr>, consulté le 10 septembre 2014.

²²⁶ Note ministérielle du 17 juin 2013 r  l'Adhésion de la Croatie de l'Union européenne à compter du 1er juillet 2013 : Période transitoire applicable aux travailleurs salariés croates en matière d'accès à l'emploi, consultable sur : http://www.gisti.org/IMG/pdf/note_ministerielle_croatie.pdf.

²²⁷ CJCE, 29 octobre 1998, *Awoyemi*, aff. C-230/97, *Rec.* 1998, p.I-6805.

²²⁸ CJCE, 30 septembre 1997, *Consorts G naydin et Freistaat Bayern*, C-36/96, *Rec.* 1997, p.I-5143. Ces accords ne permettent pas aux personnes de prétendre à un droit d'accès au territoire ou au regroupement familial (CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel c. Ville de Schw bisch Gmund*, aff. 12/86, *Rec.* 1987, p.3719. Pour plus de détails voir J.F. AKANDJI-KOMBE, *CDE*, 1995).

²²⁹ Traité de Maastricht sur l'Union européenne 7 février 1992, *JOCE* C 191, 29 juillet 1992, p.3, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

²³⁰ Voir le programme d'action de la Commission en faveur des travailleurs migrants et de leurs familles soumis au Conseil le 18 décembre 1974 (*Bull. CE*, suppl.3/76), la proposition de directive du 4 novembre 1976 relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant la lutte contre l'immigration illégale et l'emploi illégal de la main d'œuvre non communautaire sur le territoire de la Communauté (*JOCE*, 1976, C.272), ou encore la communication, présentée au Conseil le 7 mars 1985, relative aux orientations pour une politique communautaire des migrations (*Bull. CE*, suppl. 9/85).

la matière est progressivement apparue²³¹ mais, l'Acte unique européen a confirmé la réserve des Etats ; ces derniers ont déclaré qu'aucune des dispositions de l'Acte relatif au marché intérieur « n'affecte le droit des Etats membres de prendre celles des mesures qu'ils jugent nécessaires en matière de contrôle de l'immigration en provenance de pays tiers »²³². Les principales avancées ont eu lieu en dehors de la Communauté, selon la technique classique de la conclusion de conventions entre Etats souverains²³³. C'est ainsi qu'a été adopté l'accord de Schengen du 14 juin 1985, complété par la Convention d'application du 19 juin 1990²³⁴ ; une liberté de circulation à l'intérieur de l'espace constitué par le territoire des Etats membres est alors instaurée. Bénéficient également de cette liberté de circulation les ressortissants de pays tiers mais, ces derniers ne bénéficient pas du droit de séjour au-delà de trois mois (sauf pour les titulaires du visa « longue durée »)²³⁵. La création de l'espace Schengen s'est parallèlement accompagnée de l'instauration d'une coopération judiciaire, douanière et policière très poussée.

La vision sécuritaire des migrations est aujourd'hui prédominante. En effet, depuis la crise économique et pétrolière de 1973, les pays européens ont fermé leurs frontières à l'immigration de travail salarié. Mais cette fermeture des frontières n'a pas limité l'immigration de main-d'œuvre, arrivée par le biais du regroupement familial ou

²³¹ Le Conseil a exprimé sa « *volonté politique de promouvoir une concertation des politiques migratoires vis-à-vis des pays tiers* » (résolution du 21 janvier 1974, *JOCE* C 13, 12 février 1974), et a par la suite précisé que cette concertation devrait porter sur la lutte contre l'immigration irrégulière (Résolution du Conseil du 9 février 1976, concernant un programme d'action en faveur des travailleurs migrants et des membres de leur famille, *JOCE* C 34, 14 février 1974). En 1979, le Conseil a insisté sur le fait que la procédure mise en œuvre au plan communautaire n'était que de concertation entre les Etats membres, mais qu'elle devait porter sur tous les aspects de la politique migratoire de ces derniers. La Commission a été chargée de mettre en œuvre cette concertation (conclusions du 22 novembre 1979, Bull. CE, 11/ 1979). La décision de la Commission à cet égard (*JOCE* 1985, L. 217) a été contestée par les Etats membres du fait qu'elle prétendait, par le moyen de cette concertation, instituer un contrôle de conformité des politiques nationales au droit communautaire. La CJCE l'a annulée (14 octobre 1987, *RFA et autres c. Commission*, aff. 323/82, *Rec.* 1987, p.4013) et la décision fut remplacée par une autre décision plus neutre (Décision 88/384/CEE de la Commission du 8 juin 1988 instaurant une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des Etats tiers, *JOCE* L 183, 14 juil. 1988, p.35).

²³² Déclaration additionnelle à l'Acte unique européen, art. 13 à 19, Luxembourg, 17 février 1986 et La Haye, 28 février 1986, *JOCE* L 169, 29 juin 1987.

²³³ A. FENET (dir.), *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Paris, Litec, Objectif droit, 2006, p.346.

²³⁴ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JOCE* L 239, 22 septembre 2000, entrée en vigueur le 26 mars 1996 ; et la Convention du 19 juin 1990 d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JOCE* L 239, 22 septembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993. La même logique intergouvernementale a été suivie avec la Convention de Dublin relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres de la Communauté, du 15 juin 1990.

²³⁵ L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *op.cit.*, p.48.

clandestinement. L'essentiel du travail dans les secteurs demandeurs de main-d'œuvre s'est poursuivi dans la clandestinité pour des emplois pénibles et mal rémunérés. L'objectif d'« immigration zéro » affiché par la France en 1993, puis par l'Europe, a été partiellement remis en cause à partir des années 2000 : publication de listes de métiers en tension en France et au Royaume-Uni, fin de l'opposabilité de l'emploi en Belgique, doublement des quotas en Italie entre 2005 et 2006, permis à points en Allemagne. Dans les pays d'Europe du Sud, des régularisations massives entre 1985 et 2005 ont été effectuées. Aujourd'hui, la tendance globale est en faveur de la migration temporaire, circulaire et sélective, mais le système reste limité, ce qui conduit à la poursuite du séjour et de l'emploi illégaux. Le nombre de clandestins en Europe est estimé de 5 à 7 millions contre 12 millions aux Etats-Unis²³⁶.

Ces difficultés à coordonner les migrations de main-d'œuvre ont alors conduit les Etats membres à coopérer progressivement pour « européeniser les politiques migratoires »²³⁷. Le traité de Maastricht consacre quelques avancées mais opère une ventilation des fondements juridiques qui confirme l'approche intergouvernementale. La communautarisation de la matière a seulement été réalisée pour la politique des visas (art. 100 C.). Les aspects relatifs aux demandes d'asile, au franchissement des frontières extérieures de l'Union et à la politique d'immigration continuaient de relever du troisième pilier, c'est-à-dire de la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (art. K.1), prévoyant une simple consultation mutuelle entre les Etats, pouvant éventuellement aboutir à l'adoption d'une position commune, ou à adopter des conventions à soumettre à ratification des Etats (art. K.2). Mais aucun acte contraignant n'est intervenu au titre du 3e pilier²³⁸. Le Traité d'Amsterdam a, quant à lui, communautarisé l'essentiel des compétences du troisième pilier concernant les ressortissants des pays tiers ; les matières relevant précédemment de ce pilier ont été transférées dans le cadre communautaire, en intégrant certaines dispositions des Accords de Schengen et de leurs actes d'application (soit dans le premier pilier, soit dans le deuxième). Un titre spécifique a depuis lors été consacré dans le traité CE à la gestion des migrations, le titre IV, « visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes », et qui rassemble les articles 61 à 69. La politique migratoire est ainsi devenue communautaire, mais les Etats ne sont pas totalement dessaisis. Ainsi, une approche globale des questions migratoires a-t-elle été promue. L'objectif consiste à adapter la politique

²³⁶ C. WITHOL DE WENDEN, *op.cit.*, p.21.

²³⁷ *Ibid*, p.24.

²³⁸ A. FENET (dir.), *op.cit.*, pp.347-348.

migratoire des Etats membres et de la Communauté par le biais d'une approche restrictive afin de réduire la pression migratoire, tout en privilégiant la flexibilité dans la mise en œuvre de cette politique²³⁹.

Malgré la communautarisation de la politique migratoire consacrée aux articles 77 et suivants du traité de Lisbonne, le droit de l'Union européenne comporte encore peu de normes contraignantes ; au mieux, l'UE tente d'harmoniser les législations. Ce choix est délibéré, et les Etats jouissent encore d'une certaine liberté dans la mise en œuvre des principes européens. Concernant les migrants économiques, les ressortissants tiers qui souhaitent exercer une activité salariée sont soumis aux principes les plus restrictifs²⁴⁰. C'est le Conseil européen de Tampere de 1999 qui a jeté les bases d'une politique commune d'immigration, suivi par les conférences de Séville en 2002, de Thessalonique en 2003 et de La Haye en 2004. Les priorités concernent la lutte contre l'immigration clandestine, l'instauration d'un système européen commun d'asile, le renforcement des partenariats avec les pays tiers, l'établissement d'une politique de retour et de rapatriements, et de règles communes en matière de visas. Dans une allocution au Parlement européen, en janvier 2004, Kofi Annan a encouragé les pays européens à s'ouvrir plus largement à l'immigration légale temporaire et permanente de travailleurs qualifiés et non qualifiés²⁴¹. Certains ajustements ont été réalisés pour assurer la conformité du droit de l'Union au droit international des droits de l'homme, et pour mieux répondre aux besoins de main-d'œuvre (Programme de la Haye 2005-2009 et Directive sur le droit au regroupement familial)²⁴². Un Livre Vert a été adopté en 2005²⁴³. Il insiste sur la nécessité de prendre en compte le vieillissement de la population et les besoins d'immigration en entrouvrant les frontières²⁴⁴. Suite au Sommet de Hampton Court en 2005, la Commission européenne a publié en 2006 une communication sur la nécessité d'une

²³⁹ Pour plus de détails v. *Ibid.*, p.249.

²⁴⁰ Résolution du 20 juin 1994, *JOCE* 1996, C 274, p.3. L'admission n'était envisagée que pour les ressortissants d'Etats tiers désireux d'exercer une activité indépendante ou de prestation de service dans un Etat membre ainsi que pour les étudiants s'ils ne demeuraient pas dans la Communauté au terme de leur formation.

²⁴¹ Discours consultable sur : <http://www.migreurop.org/article360.html>

²⁴² Voir A. FENET (dir.), *op.cit.*, p.352.

²⁴³ Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques*, 11 janvier 2005, COM (2004) 811 final.

²⁴⁴ La prévention des migrations illégales reste toutefois une priorité. Plusieurs systèmes ont été mis en place : le système SIS (permettant l'échange informatisé de données sur les personnes jugées indésirables), Frontex (traitement informatisé des empreintes digitales des demandeurs d'asile) et Sive (système intégré de vigilance externe). C. WITHOL DE WENDEN, *op.cit.*, p.24.

approche globale de l'immigration²⁴⁵, reprise dans le Traité de Lisbonne de 2007, favorable à une politique commune d'immigration. En 2008, le Pacte européen sur l'immigration et l'asile²⁴⁶ prend cinq engagements : assurer le contrôle solidaire des frontières extérieures, organiser l'immigration légale en fonction des capacités d'accueil de chaque Etat membre, organiser l'éloignement effectif des étrangers en situation irrégulière, adopter une politique d'asile commune, et promouvoir le co-développement et l'aide au développement²⁴⁷. Mais la tendance actuelle est au durcissement du contrôle des frontières extérieures, comme l'attestent l'adoption du Programme de Stockholm (2010-2014)²⁴⁸ par le Conseil européen qui élargit le rôle de l'agence Frontex²⁴⁹, et la création d'un système européen de surveillance des frontières (EUROSUR) par la Commission dans sa communication du 22 novembre 2010²⁵⁰. Si le nombre d'arrestations de clandestins a augmenté, le Programme de Stockholm vise aussi à faciliter la migration de main-d'œuvre. La question migratoire reste donc au cœur des débats. Au sein de la Commission, des discussions sont en cours pour développer une législation communautaire applicable à l'emploi saisonnier et à l'admission de ressortissants tiers dans le cadre de mutations à l'intérieur d'une entreprise²⁵¹. L'immigration de travailleurs hautement qualifiés a également été encouragée grâce à l'introduction d'une carte bleue européenne²⁵². La Directive du 13 décembre 2011 harmonise quant à elle la procédure de délivrance de permis de séjour et de travail pour les ressortissants de pays tiers²⁵³ mais la législation nationale occupe encore une place essentielle²⁵⁴.

²⁴⁵ Commission européenne, 30 novembre 2006, *Approche globale de la question de l'immigration un an après. Vers une politique européenne globale en matière de migrations*, COM(2006)0735.

²⁴⁶ Conseil européen des 15 et 16 octobre 2008, consultable sur : http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/Le_pacte_europeenn_sur_l_immigration_et_l_asile_-_version_francaise.pdf

²⁴⁷ C. WITHOL DE WENDEN, *op.cit.*, p.25.

²⁴⁸ Conseil de l'Union européenne, 2 décembre 2009, *Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, JOUE C 115, 4 mai 2010, p.1.

²⁴⁹ <http://www.frontex.europa.eu/>.

²⁵⁰ Communication de la Commission, 22 novembre 2010, *La stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre*, COM(2010) 673 final.

²⁵¹ Voir Communication de la Commission européenne, 13 juillet 2010, *Travailleurs migrants de l'UE*, COM(2010)373.

²⁵² OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, *op.cit.*, pp.72-73.

²⁵³ Directive n°2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, JOUE L 34, 23 décembre 2011, p.1.

²⁵⁴ Pour plus de détails sur les législations européennes, voir OIM, *Les législations relatives à l'immigration légale dans les 27 Etats membres de l'UE*, Genève, 2009.

L'homogénéité des pays européens a permis de développer la dimension humaine de l'intégration, la mobilité des individus, mais uniquement au profit des ressortissants des Etats membres. L'instauration d'une politique migratoire extérieure européenne reste pour l'instant à l'état embryonnaire. En dehors de l'Europe, des initiatives ont également été prises en matière de libre circulation des personnes mais elles restent timides.

B. Des avancées timides en dehors de l'Europe

29. Modèles d'intégration et libre-circulation des travailleurs. Presque toutes les régions du monde sont aujourd'hui concernées par la migration²⁵⁵. Néanmoins, en dehors de l'Europe, la libéralisation de la circulation des travailleurs migrants n'est pas aussi aboutie, même dans le cadre de groupements régionaux, indépendamment même d'une éventuelle harmonisation des législations relatives à la frontière extérieure. Pourtant, selon Lelio Mármora, « *la libre circulation des personnes constitue la contrepartie sociale principale des politiques économiques dans les espaces régionaux d'intégration. Grâce à l'insertion de la variable migratoire, les pays impliqués dans le processus d'intégration parviennent à une pleine utilisation de leurs ressources humaines à travers la mobilité de celles-ci entre les différents marchés du travail transnationaux [...]. La libre circulation des personnes dans un espace déterminé par un ensemble d'Etats constitue la finalité ultime de tout processus d'intégration migratoire* »²⁵⁶. L'ouverture moindre des frontières en dehors de l'Europe s'explique par le fait que les mécanismes d'intégration sont moins approfondis. On distingue quatre niveaux d'intégration. Du moins intégré au plus intégré, on trouve tout d'abord la Zone de Libre Echange (ZLE), qui désigne un espace regroupant le territoire de plusieurs Etats qui ont supprimé entre eux leurs barrières douanières, mais ont conservé chacun la liberté de déterminer leurs tarifs douaniers vis-à-vis des pays tiers, c'est-à-dire sans adopter de politique commerciale commune²⁵⁷. Le second niveau, est celui de l'Union Douanière qui se constitue d'une ZLE entre plusieurs Etats, à laquelle s'ajoute l'établissement un tarif extérieur commun,

²⁵⁵ C. WITHOL DE WENDEN, *op.cit.*, introduction.

²⁵⁶ L. MARMORA, *op.cit.*, pp.267-268. Traduction de l'auteure.

²⁵⁷ R. GUILLIEN ET J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 2003, 14^e édition, p.603.

souvent partiel. L'Europe dès sa naissance en était une²⁵⁸. Le troisième niveau est celui du Marché Commun qui comprend quatre libertés de circulation : des marchandises, des services, des capitaux et des personnes. Enfin, le quatrième niveau est celui de l'Union Economique et Monétaire, qui suppose des politiques économiques concertées (nécessité d'une convergence économique, y compris des politiques budgétaires) et une monnaie unique²⁵⁹. Nous nous intéresserons donc uniquement aux initiatives régionales qui tentent d'instaurer une libre circulation des travailleurs, c'est-à-dire aux marchés communs. Nous pouvons donc exclure, par exemple, l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail, qui est un des deux accords parallèles à l'Accord de Libre-Echange Nord-Américain (ALENA). Il n'est en réalité destiné qu'aux travailleurs nationaux dans l'hypothèse d'une délocalisation des entreprises et ne concerne pas les migrations intrarégionales, bien que la frontière entre le Mexique et les Etats-Unis constitue une des zones de passage les plus importantes du monde. Cette frontière constitue en réalité une grande ligne de fracture ; les Etats-Unis ont même édifié un mur le long d'une partie de la frontière²⁶⁰. Deux continents vont se distinguer par leurs initiatives en matière de libre-circulation des personnes : l'Amérique latine et l'Afrique²⁶¹.

30. Initiatives latino-américaines. La mobilité intrarégionale en Amérique latine n'est pas un phénomène nouveau mais prend aujourd'hui de l'ampleur. Il convient de souligner par ailleurs, l'arrivée récente de migrants extérieurs, essentiellement africains et asiatiques. Malgré l'adoption de mesures destinées à améliorer leur insertion, le traitement de ces ressortissants tiers dépend encore de l'action individuelle des Etats²⁶². En revanche, s'agissant des migrations intrarégionales, des efforts ont été faits par les différents groupements régionaux du continent pour faciliter la circulation des personnes, et notamment celle des travailleurs. Bien que des

²⁵⁸ *Ibid*, p.584.

²⁵⁹ *Ibid*, p.584.

²⁶⁰ C. WITHOL DE WENDEN, *op.cit.*, introduction. Voir également, OIM, « Etats-Unis d'Amérique : toujours le premier pays de destination, avec une population hispanique qui a presque doublé en 10 ans » *in*, OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, *op.cit.*, pp. 65-66. On peut également écarter de notre étude l'Union pour la Méditerranée, qui n'a pas fait de la migration une priorité, même si la question des visas est récurrente. C. WITHOL DE WENDEN, *op.cit.*, introduction.

²⁶¹ S'agissant de l'Asie, quelques mesures ont été adoptées pour améliorer la protection des migrants et de nombreuses consultations ministérielles ont été organisées par l'OIM dans le cadre du « Processus de Colombo ». Toutefois, on ne compte pas encore de mécanisme de libre circulation au niveau régional. OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, *op.cit.*, pp.70-71 et encadré 10.5, pp.297-298.

²⁶² Pour plus de détails sur l'immigration de ressortissants tiers à la région, voir OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, *op.cit.*, p.267 et s.

avancées en la matière puissent être constatées au sein de la Communauté andine des Nations²⁶³, du Marché commun centre-américain ou encore de la Communauté du bassin de la Caraïbe²⁶⁴, c'est le Mercosur qui retiendra notre attention²⁶⁵ en raison de sa comparaison fréquente avec le modèle européen²⁶⁶. L'article 1^{er} du Traité d'Asunción de 1991²⁶⁷ instituant le Mercosur n'est pas très explicite puisqu'il envisage « *la libre circulation des biens, des services et des facteurs de production entre les pays, à travers, entre autres, l'élimination des droits de douane et des barrières non tarifaires à la circulation des marchandises, ainsi que toute autre mesure d'effet équivalent [...]* ». Les personnes ne sont donc pas expressément visées. Pourtant la question de la libre circulation des personnes est rapidement apparue à l'ordre du jour de l'organisation en raison de l'attraction économique de certains pôles de la sous-région²⁶⁸. Des pas importants ont été faits avec l'adoption de l'Accord sur la Résidence pour les nationaux des Etats membres du Mercosur de 2002 (y compris le Chili et la Bolivie qui sont Etats associés)²⁶⁹. L'accord établit des règles communes pour les demandes d'autorisation de résidence dans un Etat membre. Il distingue les séjours temporaires d'au plus deux ans (article 4), des séjours permanents (art. 5). Classiquement, la libre circulation évoquée à l'article 8 ne concerne que les personnes autorisées en vertu de l'accord. Si les modalités de traitement des demandes d'autorisation sont

²⁶³ Voir Consejo andino de Ministros de relaciones exteriores, *Instrumento andino de migración laboral*, decisión 545, *Gaceta oficial dela Comunidad Andina* num. 938, 27 de junio de 2003. La libre circulation des personnes est un objectif revendiqué de la Communauté andine des Nations depuis la réunion du Conseil andin de 1999. Toutefois, la décision n°545 n'instaure pas la libre circulation des travailleurs, mais « *a comme objectif l'établissement de normes qui permettent de manière progressive et graduelle la libre circulation et le séjour des nationaux andins de la sous-région aux fins d'emploi* » (art. 1). Outre l'élaboration de définitions précises, la décision affirme des droits relatifs au traitement des travailleurs par l'Etat dans lequel ils résident. Une clause de sauvegarde de suspension de l'accord est prévue pour une durée maximale de six mois en cas de grave perturbation du marché de l'emploi. Un réseau de Oficinas de migraciones laborales fronterizas (bureaux de migrations de main-d'œuvre frontalières) a également été mis en place pour servir d'intermédiaires entre l'offre et la demande.

²⁶⁴ Voir L. MARMORA, *op.cit.*, p.270 et s.

²⁶⁵ En effet, par son appellation « marché commun », il est intéressant d'analyser la progression concrète vers sa mise en œuvre. Il est aujourd'hui admis que si les barrières tarifaires entre les membres ont été éliminées, et qu'il s'est doté d'un tarif extérieur commun (R.-P. DESSE et H. DUPUY, *Mercosur : vers la « grande Amérique latine » ?*, Ellipses, coll. Transversale Débats, Paris, 2008, p.172), les avancées en matière de libre circulation des personnes sont plus limitées.

²⁶⁶ *Ibid*, p.161 et s.

²⁶⁷ Traité relatif à la création d'un marché commun entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, 26 mars 1991, 2140 *RTNU* 339, entré en vigueur le 29 novembre 1991. Ses membres actuels sont le Brésil, l'Argentine, l'Uruguay, le Paraguay et le Venezuela. Le Chili, la Colombie, l'Equateur et le Pérou ont le statut d'Etat associé, et les négociations sont en cours avec la Bolivie pour qu'elle obtienne le statut de membre permanent.

²⁶⁸ La circulation des personnes intéressait déjà les membres du Mercosur avant l'entrée en vigueur de celui-ci. On peut citer notamment l'accord sur le contrôle unique de frontière et la documentation unifiée sur le fleuve Uruguay du 16 septembre 1987, conclu entre l'Argentine et l'Uruguay dans le cadre des accords d'intégration entre les deux pays. L. MARMORA, *op.cit.*, p.279.

²⁶⁹ Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados, Partes del Mercosur, Dec. n°28/02, 6 décembre 2002, consultable en espagnol ou en portugais sur :

http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4823&site=1&channel=secretaria.

harmonisées, aucune liberté de circulation et de séjour n'est affirmée. Le second pas qui a été fait concerne l'adoption d'un Accord sur les Documents de Circulation en 2008²⁷⁰ ; les Etats parties reconnaissent la validité des documents d'identité émis dans chaque Etat, en vertu de l'annexe à l'Accord²⁷¹, pour la circulation des personnes ressortissantes d'un des Etats membre ou des ressortissants tiers ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'un Etat membre (art. 1 à 3). Les ressortissants visés peuvent désormais circuler au sein du Mercosur avec une simple pièce d'identité. Toutefois, le temps de séjour n'est pas évoqué dans l'accord ; chaque Etat reste donc libre de délimiter la durée pendant laquelle une personne peut demeurer sur son territoire, et octroie librement des autorisations de travail²⁷².

Pour faire contrepoids au Mercosur l'Alliance du Pacifique a été créée en 2012²⁷³ ; elle regroupe le Chili, le Pérou, la Colombie, le Mexique, et le Costa Rica en tant qu'Etat observateur, ces pays étant moteurs de l'économie dans la région. L'Alliance du Pacifique a vocation à devenir un vrai marché commun, et donc à instaurer la libre-circulation des personnes²⁷⁴. Malgré sa création récente, les Etats membres ont déjà supprimé entre eux la nécessité de disposer d'un visa pour leurs ressortissants qui souhaitent se rendre dans un autre Etat membre. Des discussions sont également en cours pour permettre la reconnaissance mutuelle des titres professionnels et pour simplifier les démarches visant à obtenir un permis de travail²⁷⁵. De nombreuses initiatives ont donc été prises en Amérique latine pour favoriser la libre circulation des personnes, mais aucune n'instaure réellement la libre mobilité professionnelle. Ces projets récents connaissent néanmoins des évolutions qu'il conviendra d'observer. L'Afrique connaît elle aussi quelques avancées.

²⁷⁰ Acuerdo sobre Documentos de Viaje de los Estados partes del MERCOSUR y Estados asociados, Dec. n°17/08, 30 juin 2008, consultable sur :

http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4823&site=1&channel=secretaria.

²⁷¹ Une liste des documents est mentionnée pour chaque pays partie à l'Accord.

²⁷² Voir Mercosur, *Como Trabajar en los Países del MERCOSUR – Guía dirigida a los Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR*, consultable sur :

www.mye.gov.br/trab_estrang/cartilha_trabalho_mercosul_esp.pdf.

²⁷³ Accord du Pacifique, Antofagasta, 6 mai 2012.

²⁷⁴ O. RONSAIN, *L'Alliance du Pacifique : états des lieux, enjeux et perspectives*, 2013, consultable sur : <http://www.sciencespo.fr/opalc/sites/sciencespo.fr.opalc/files/Alliance%20du%20Pacifique%20-%20Note%20nov%202013%20corrig%C3%8C%2%81e%20ORv1.pdf>.

²⁷⁵ L. E. ECHEBARRÍA et A. ESTEVADEORDA, « Alianza del Pacífico: un nuevo motor de integración regional », *Alianza del Pacífico: en el proceso de integración latinoamericana*, Santiago de Chile, Cieplan, 2014, pp.34-35.

31. Initiatives africaines. Avant de débiter toute réflexion relative à la libre circulation des personnes en Afrique, il convient de souligner l'importance de la migration intrarégionale. Selon la Banque mondiale, en 2011, environ 30 millions d'Africains, soit 3% de la population ont émigré, et seulement 4% des migrants vivant dans les pays de l'OCDE viennent d'Afrique subsaharienne. En 2010, 64% de la migration subsaharienne était intrarégionale. En Afrique de l'Ouest, 70% des mouvements sont effectués à l'intérieur de la sous-région ; en Afrique australe et orientale ces chiffres s'élèvent respectivement à 66% et 52%²⁷⁶. L'exemple d'intégration qui retiendra ici notre attention est celui de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) car c'est l'organisation africaine qui présente les avancées les plus significatives en matière de libre-circulation²⁷⁷. Historiquement, l'Afrique de l'Ouest a toujours été considérée par les migrants comme un espace de libre-circulation pour les personnes et pour les marchandises ; les administrateurs coloniaux ont notamment attiré une main-d'œuvre importante pour la réalisation des projets d'infrastructure. Les indépendances et les lois d'indigénisation ont restreint la mobilité des non-nationaux²⁷⁸. La CEDEAO, quant à elle, a été établie en 1975²⁷⁹. Le préambule de son traité constitutif, tout comme celui du traité CEE, affirme les objectifs de libre-circulation des marchandises, capitaux, personnes et services. Le traité constitutif ajoute l'intention de créer une citoyenneté communautaire qui serait acquise automatiquement par les citoyens des Etats membres²⁸⁰. Les objectifs de libre circulation du traité constitutif de la CEDEAO ont partiellement été atteints avec l'adoption du Protocole de Dakar du 2 mai 1979 qui fait office d'exemple en Afrique²⁸¹. Il élabore un programme de quinze ans devant se dérouler en trois phases : la garantie du droit d'entrer en même temps que l'abolition des visas, la reconnaissance d'un droit de résidence, et le droit d'établissement²⁸². Au cours de la première phase qui a débuté en 1980, la liberté de circulation valait pour une période de 90 jours, sans autre formalité que la présentation d'un document de voyage valide. Mais une

²⁷⁶ Contrairement aux immigrants originaires d'Afrique du Nord dont 90% vivent en dehors de la région. OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, op.cit., p.63.

²⁷⁷ Il existe d'autres initiatives mais pas aussi abouties. On pourrait citer la récente entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2010, du Protocole portant création du Marché commun d'Afrique de l'Est du 20 novembre 2009. Ce texte prévoit la libre circulation des biens, de la main-d'œuvre, des services et du capital dans la sous-région, mais on ignore encore les retombées. *Ibid*, p.64.

²⁷⁸ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op.cit., encadré 13.2.

²⁷⁹ Lagos, 21 mai 1975, 14 *ILM* (1975) 1200. Ses membres actuels sont le Bénin, le Burkina Faso, le Cap Vert, la Côte-d'Ivoire, la Gambie, le Ghana, la Guinée, la Guinée Bissau, le Libéria, le Mali, le Niger, le Nigeria, le Sénégal, le Sierra Léone et le Togo.

²⁸⁰ Voir art. 27§1 du Protocole portant Code de la Citoyenneté de la CEDEAO, 29 mai 1982, A/DEC 8/5/82.

²⁸¹ *West Africa*, 25 mai 1981, p.1153.

²⁸² Voir l'article 2§3 du Protocole de 1979. Pour plus de détails sur l'instauration de la liberté de circulation au sein de la CEDEAO, voir I. FALL « De la liberté de circulation et d'établissement dans les communautés de l'Afrique de l'Ouest », *Rev. jur et pol. indep. et coop.*, 1980, vol. 34, pp.92-100.

importante clause de sauvegarde permettait aux Etats membres de refuser l'admission de « *tout citoyen appartenant à la catégorie des immigrants inadmissibles en vertu de la loi* ». Par ailleurs, l'occupation d'un emploi demeurait soumise à autorisation. La seconde phase devait débiter le 4 juin 1985 mais, au mois de mai de la même année, le Gouvernement Nigérian a demandé le départ des étrangers se trouvant illégalement sur son territoire. La seconde phase n'a alors pu commencer que le 18 juin 1986, même si le gouvernement du Nigéria a limité l'accès à son territoire à des travailleurs appartenant à l'une des six catégories professionnelles établies par lui. La troisième étape a commencé en 2000 avec l'adoption à Abuja du modèle de passeport uniforme de la CEDEAO, mais tous les pays ne l'ont pas encore adopté²⁸³.

La suppression des visas et l'autorisation de circulation pour une période de 90 jours ont néanmoins facilité la circulation de la main-d'œuvre, notamment vers le Nigéria et la Côte-d'Ivoire qui constituent des pôles de développement attractifs, mais aussi vers le Ghana et le Sénégal. Mais les ressortissants de la CEDEAO qui se rendent dans un autre Etat membre restent exclus de certaines activités économiques. Par ailleurs, le mauvais fonctionnement des services administratifs empêche de nombreux citoyens de posséder un passeport, et, souvent, ceux qui en ont un restent au-delà du délai autorisé de séjour ou travaillent sans autorisation²⁸⁴. Il faut pourtant souligner les efforts des membres de la CEDEAO qui ont défini des priorités d'action pour permettre la circulation de la main-d'œuvre dans la sous-région ; on peut mentionner la création d'un Observatoire permanent, recueillant des informations sur les différents schémas migratoires de la main-d'œuvre, la création d'un Comité consultatif de suivi des décisions de la CEDEAO, l'examen des législations nationales, ou encore l'harmonisation des législations du travail pour les activités ouvertes aux ressortissants de la Communauté²⁸⁵. Par ailleurs, la Commission de la CEDEAO a mis en place des unités aux frontières, formées de représentants de la société civile, d'un juge, d'un parlementaire et d'un représentant des médias. Ces unités sont chargées d'effectuer des missions de terrain, dans le but de repérer les infractions à la libre-circulation aux frontières, dues notamment au nombre élevé de barrières et de barrages illégaux, et au problème d'insécurité sur les routes²⁸⁶. La libre-circulation des travailleurs a donc connu quelques avancées et reste au cœur de l'actualité politique de la CEDEAO.

²⁸³ R. PLENDER, *op.cit.*, pp. 278-279. Voir également M. MUBIALA, *Le système régional africain de protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Organisation internationale et relations internationales, 2005, pp.152-153.

²⁸⁴ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op.cit.*, encadré 13.2.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ <http://www.africa-union.org/root/ua/conferences/2008/mai/ea/22-23mai/LCBSC.pdf>.

32. Lien entre liberté de circulation, immigration clandestine et trafic de travailleurs.

L'étude de ces exemples régionaux permet de pressentir que la liberté de circulation des travailleurs leur permet de se trouver dans une situation moins vulnérable ; en effet, si même en cas de fermeture des frontières, la main-d'œuvre continue de circuler, légalement ou non, la libéralisation de la circulation des travailleurs garantit des conditions de voyage et de travail plus sûres. Certains auteurs se sont donc interrogés sur le lien qu'il pouvait y avoir entre la libéralisation de la circulation des travailleurs et le trafic ou le travail forcé²⁸⁷. Dans un rapport récent, *Une alliance mondiale contre le travail forcé*, l'OIT a estimé qu'environ 2,5 millions d'hommes, femmes et enfants étaient victimes de trafic, et qu'environ un tiers d'entre eux faisaient l'objet d'un trafic à des fins économiques autres que l'exploitation sexuelle²⁸⁸. L'OIT considère que l'amélioration de la gestion des migrations peut permettre une réduction significative du nombre de victimes, dès lors que les candidats à la migration de travail ont une plus grande liberté de mouvement et d'accès à l'emploi. Elle précise cependant que le trafic ne résulte pas uniquement de la fermeture des frontières, mais qu'il s'explique aussi par le manque d'information sur les voies légales de migrations, et est favorisé par le travail illégal ou informel²⁸⁹. Elle s'appuie notamment sur l'exemple des pays d'Europe de l'Est avant qu'ils ne deviennent membres des Communautés européennes ; les ressortissants de nombre de ces pays figurant sur une « liste noire », devaient demander des visas pour voyager vers les pays d'Europe de l'Ouest, quel que soit l'objet du séjour, et les exigences pour l'obtention de ces visas étaient élevées. Le manque de réseaux sociaux a généralement conduit à avoir recours à un intermédiaire, encourageant ainsi l'activité des trafiquants. L'adoption de politiques restrictives n'a pas permis de lutter contre le trafic, et semble au contraire l'avoir encouragé. L'appartenance des pays d'Europe de l'Est à l'Union européenne a considérablement diminué le phénomène²⁹⁰. La libéralisation de la circulation des

²⁸⁷ Pour plus de détails sur l'actualité relative à la traite des personnes, voir OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, op.cit., p.57.

²⁸⁸ OIT, *Une alliance mondiale contre le travail forcé*. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Rapport du Directeur général, 2005, p.51.

²⁸⁹ G. MORENO-FONTES CHAMMARTIN, « Working conditions of women migrant workers: ILO's strategy to improve their protection in an area of globalization », in M.C. CALOZ-TSCHOPP et P. DASEN, *Mondialisation, migration et droits de l'homme, un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, vol. II, Bruylant, 2007, p.211.

²⁹⁰ *Ibid*, pp.214-215.

travailleurs est donc susceptible d'avoir un impact positif au sein des organisations régionales d'intégration sur la réduction de l'immigration irrégulière²⁹¹.

La libre circulation des personnes, plus ou moins aboutie selon les exemples régionaux étudiés, constitue l'exception. Les normes relatives aux travailleurs migrants autres que les normes régionales analysées, ne dérogent pas à la règle mais encadrent toutefois la compétence de l'Etat d'admettre librement des travailleurs étrangers.

SECTION II : L'encadrement des modalités d'admission

Les instruments internationaux relatifs aux travailleurs migrants insistent tous sur la vulnérabilité dans laquelle ces derniers se trouvent. L'aspect de cette vulnérabilité qui retient ici notre attention concerne le manque d'informations des personnes qui souhaitent exercer une activité salariée ou qui exercent déjà une telle activité dans un autre pays. Cette information devrait concerner la situation de l'emploi, l'ouverture ou non aux étrangers de certains secteurs d'activité, ou encore la législation en vigueur dans le pays de destination. Ce manque d'information, ou cette désinformation, conduit bien souvent ces personnes à migrer de manière irrégulière, voire à recourir à des passeurs. Même les travailleurs autorisés peuvent souffrir d'une certaine précarité car les opportunités d'emploi et les garanties sociales ne correspondent pas à leurs attentes, et ils se trouvent dans l'impossibilité de se mettre en situation de revendiquer leurs droits, qu'ils ne connaissent d'ailleurs généralement pas. Les accords internationaux relatifs aux travailleurs migrants instaurent un encadrement *a minima* de la compétence des Etats relative à la circulation internationale des travailleurs ; l'objectif est de mettre les personnes en situation de pouvoir choisir librement de migrer, d'en évaluer le coût et les conditions, afin que le parcours migratoire se déroule dans les meilleures conditions possibles. Ces dispositions concernent la fourniture d'informations sur la réalité des opportunités (§1), et l'encadrement des modalités de recrutement des travailleurs étrangers (§2)

²⁹¹ D. NAKACHE et F. CREPEAU, « Le contrôle des migrations et l'intégration économique : entre ouverture et fermeture », in V. CHETAIL, *Mondialisation, migration et droits de l'Homme: le droit international en question*, Cours de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, Bruylant, Bruxelles, Volume II, 2007, p.209s.

§1- L'échange d'informations sur la situation de l'emploi et la législation de l'Etat d'accueil

Les accords internationaux relatifs à la protection des travailleurs migrants insistent sur la nécessité d'informer les personnes qui souhaitent migrer ou qui ont migré pour exercer une activité salariée dans un autre pays. Les intéressés ont donc un droit à l'information (A), et les Etats concernés par le processus migratoire ont l'obligation de coopérer pour fournir les informations pertinentes (B).

A. Le droit à l'information des travailleurs migrants pour prévenir les « migrations abusives »

33. Désinformation et risque de migration « abusive » pour les migrants potentiels. Le manque d'opportunités professionnelles et l'incapacité à gagner suffisamment pour subvenir aux besoins de sa famille constituent des motivations importantes pour migrer. Cette migration est parfois même encouragée par les pays d'origine. L'image d'« El Dorado » des pays de destination conduit nombre d'entre eux à migrer avec des attentes qui ne correspondent pas nécessairement à la réalité, ou bien clandestinement. L'idée de perspectives de travail meilleures conduit de nombreux travailleurs à migrer sans pour autant bénéficier d'informations pertinentes. La première des informations concerne les voies légales d'immigration afin de prévenir les « migrations abusives » pour les travailleurs migrants potentiels. Les « migrations abusives » de travailleurs ont été dénommées ainsi par la Convention de l'OIT de 1975 qui n'en donne pas de définition ; il ressort toutefois des articles 2 et 3 qu'elles concernent : les migrations clandestines dans le cadre desquelles les droits fondamentaux de l'homme au cours du voyage (depuis le pays de départ, en passant par le ou les pays de transit, et dans le pays de destination) ne sont pas respectés ; l'organisation de ces mouvements de personnes dans le cadre d'un trafic ou non ; et enfin l'emploi illégal de travailleurs clandestins²⁹². Les migrations clandestines représentent un risque certain pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales des travailleurs migrants quand ils sont recrutés, transportés et embauchés illégalement. Sans statut dans le pays d'origine, le migrant

²⁹² Pour plus de précisions voir notamment BIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, p.316 et s.

en situation irrégulière est naturellement sujet à exploitation. Il peut être à la merci des employeurs et être contraint d'accepter n'importe quel emploi, et n'importe quelles conditions de vie et de travail. Dans les pires cas, la situation des travailleurs s'apparente à de l'esclavage ou à du travail forcé. Dans la plupart des cas, les immigrés clandestins usent rarement des voies de justice pertinentes et dans de nombreux pays ils ne disposent d'aucun droit de recours contre les décisions administratives qui les concernent²⁹³. Mais si la notion d'« abus » est utilisée pour qualifier les migrations clandestines dans la Convention de 1975, elle concerne plus généralement les risques d'exploitation ou de discrimination auxquels sont exposés les travailleurs migrants, y compris les personnes régulièrement admises. Actuellement, nombreux sont les travailleurs migrants qui ne sont pas ou mal informés des droits et libertés dont ils bénéficient en vertu des traités internationaux et des lois nationales, et les migrants ne sont pas suffisamment protégés²⁹⁴.

34. Affirmation du droit à l'information avant et après le voyage. Les instruments internationaux relatifs à la protection des travailleurs migrants contraignent les Etats à une obligation d'information. La Convention de l'OIT de 1949 impose aux parties de lutter contre la propagande mensongère sur l'émigration et l'immigration (art. 3) et de mettre en place un service approprié et gratuit pour fournir les informations exactes aux migrants (art. 2)²⁹⁵. La Recommandation de la même année apporte des précisions au point 5 : ce service devrait être gratuit, assuré par les autorités publiques et par des organismes privés à but non lucratif soumis au contrôle des autorités publiques ; il doit se faire dans la langue des travailleurs migrants, ou du moins dans une langue qu'ils puissent comprendre, et doit renseigner sur les dispositions législatives pertinentes relatives à l'émigration, l'immigration et aux conditions de travail dans le pays d'accueil ; le service devrait aider à l'accomplissement des démarches administratives, voire délivrer des cours sur les conditions et les méthodes de travail du pays de destination, ainsi que des cours de langue. La Convention OIT de 1975, quant à elle, impose aux Etats de déterminer s'il existe des travailleurs employés illégalement sur leur territoire ou si des personnes en situation irrégulière sur leur territoire sont soumises à des migrations abusives (art. 2), et d'adopter les mesures nécessaires pour lutter contre les

²⁹³ United Nations Center for Human Rights, *The rights of the Migrant workers*, Human Rights, World Campaign for the human rights, fact sheet n°24, Geneva, 2000, pp.7 et 8.

²⁹⁴ *Ibid*, p.4 et s.

²⁹⁵ R. PLENDER, *op.cit.*, p.300. Sur l'importance des consultations avant le départ voir OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op.cit.*, Portrait 10.2, pp.290-291.

migrations abusives (art. 3)²⁹⁶. Trois aspects de l'immigration clandestine ont été soulignés dans les débats internationaux, et ressortent de la Convention OIT de 1975 et de la Convention des Nations Unies de 1990. Le migrant irrégulier est appréhendé à la fois comme violant les lois d'immigration, comme un travailleur et comme un être humain, chacune de ces situations ayant ses propres conséquences légales qui ne doivent pas être relevées au détriment des droits individuels du travailleur. Cependant, il y a peu d'espoirs de limiter les migrations clandestines si l'on ne s'attaque pas aux causes du phénomène²⁹⁷. Le droit à l'information des travailleurs migrants n'est explicitement mentionné qu'à l'article 7 de la Recommandation de 1975, dans lequel il est simplement encouragé²⁹⁸.

La Convention du Conseil de l'Europe contient, en revanche, un article 6 spécifiquement consacré au droit à l'information. Contrairement aux instruments précédemment mentionnés, cet article précise, de manière détaillée, les informations auxquelles les travailleurs migrants doivent avoir accès²⁹⁹. Enfin, la Convention de New York de 1990, dans son article 33, affirme pour la première fois le droit à l'information qui concerne les droits contenus dans la convention, et plus classiquement les conditions d'admission, et les droits et obligations garantis par la législation nationale du pays d'accueil ; elle impose aux Etats de diffuser ces

²⁹⁶ L'article 68 de la Convention de New York de 1990 est rédigé dans des termes équivalents. Il impose aux Etats de lutter contre la propagande trompeuse et contre les mouvements illégaux de travailleurs.

²⁹⁷ United Nations Center for Human Rights, *op.cit.*, p.8.

²⁹⁸ L'article 7 de la Recommandation OIT de 1975 dispose qu' « (1) En vue de permettre aux travailleurs migrants et à leurs familles de faire pleinement usage de leurs droits et possibilités en matière d'emploi et de profession, toutes mesures nécessaires devraient être prises, en consultation avec les organisations représentatives d'employeurs et de travailleur: a) pour les informer, dans la mesure du possible dans leur langue maternelle ou sinon dans une langue qui leur est familière, des droits dont ils bénéficient en vertu de la législation et de la pratique nationales dans les matières traitées au paragraphe 2; b) pour améliorer leur connaissance de la langue ou des langues du pays d'emploi, dans la mesure du possible pendant le temps rémunéré; c) pour favoriser, d'une manière générale, leur adaptation à la société du pays d'emploi et pour aider et encourager les efforts des travailleurs migrants et de leurs familles visant à préserver leur identité nationale et ethnique ainsi que leurs liens culturels avec leur pays d'origine, y compris la possibilité, pour les enfants, de recevoir un enseignement de leur langue maternelle.

(2) Lorsque des Membres ont conclu entre eux des accords concernant les recrutements collectifs de travailleurs, ils devraient prendre conjointement les mesures nécessaires avant le départ des migrants de leur pays d'origine pour les initier à la langue du pays d'emploi ainsi qu'à son environnement économique, social et culturel. »

²⁹⁹ L'article 6 de la Convention du Conseil de l'Europe de 1977 précise que les informations doivent concerner : « 1. [...] leur séjour, les conditions et possibilités de regroupement familial, la nature de l'emploi, les possibilités de conclusion d'un nouveau contrat de travail après l'expiration du premier, la qualification requise, les conditions de travail et de vie (y compris le coût de la vie), la rémunération, la sécurité sociale, le logement, la nourriture, le transfert des économies, le voyage, ainsi que les retenues opérées sur le salaire pour la protection et la sécurité sociales, les impôts, les taxes et autres charges. Des informations peuvent également être fournies sur les conditions culturelles et religieuses dans l'Etat d'accueil. 2. En cas de recrutement par l'intermédiaire d'un organe officiel de l'Etat d'accueil, ces informations sont fournies au candidat à l'émigration, avant son départ, dans une langue qu'il peut comprendre, afin de lui permettre de prendre une décision en pleine connaissance de cause. Le cas échéant, la traduction de ces informations dans une langue que le candidat à l'émigration peut comprendre est assurée en règle générale par l'Etat d'origine. 3. Toute Partie contractante s'engage à prendre les mesures appropriées pour contrecarrer la propagande trompeuse relative à l'émigration et à l'immigration ».

informations et de veiller à ce que les travailleurs migrants y aient accès. Une petite restriction concerne le fait que les travailleurs migrants doivent en faire la demande, et cette information doit être fournie « *dans la mesure du possible* » dans une langue qu'ils comprennent. L'article 37 ajoute que les travailleurs migrants et les membres de leur famille doivent être informés « *avant leur départ, ou au plus tard lors de leur admission dans l'Etat d'emploi* » de toutes les conditions »³⁰⁰.

L'information doit donc être préliminaire à toute opération de recrutement³⁰¹, mais cette information est aussi nécessaire lors de l'arrivée³⁰². Certaines dispositions des accords multilatéraux mentionnées prévoient la mise à disposition de l'information par les services du pays d'accueil et par les employeurs. La disposition la plus explicite apparaît à l'article 8 de l'Annexe II à la convention n°97 de l'OIT de 1949 qui dispose que les autorités compétentes doivent « *assister les travailleurs migrants durant une période initiale dans le règlement des questions concernant leurs conditions d'emploi* ». La même obligation est affirmée à l'article 8§2 de l'Accord-type de l'OIT, ainsi qu'à l'article 10 de la Convention européenne de 1977 qui fournit des prescriptions très détaillées.

La nécessité d'informer les travailleurs migrants sur les conditions de séjour et de travail dans le pays de destination s'est révélée relativement tôt et, aujourd'hui, tous les instruments internationaux contiennent des dispositions garantissant un droit à l'information³⁰³. Charles Leben souligne que la fréquence des clauses relatives à ce droit dans les conventions bilatérales et multilatérales laisse penser que l'on se trouve en présence d'une norme de droit international coutumier. Il précise également que si peu de conventions bilatérales obligent à réprimer les propagandes trompeuses, en raison du monopole des administrations étatiques en matière d'immigration, l'obligation d'informer sous-tend une information honnête³⁰⁴. Une autre obligation contraint également les Etats en matière d'information des travailleurs migrants : l'obligation de coopération pour rendre l'information disponible.

³⁰⁰ United Nations, Center for Human Rights, *op.cit.*, p.4.

³⁰¹ Pour plus de détails sur le rôle des services de soutien dans la diffusion de l'information et l'orientation avant le départ, voir OIM, *Etat de la migration dans le monde*, *op.cit.*, p.288 et s.

³⁰² C. LEBEN, « Le droit international et les migrations de travailleurs », *op.cit.*, pp.84-85.

³⁰³ Parmi les bonnes pratiques relevées par l'OIM, on peut citer la création de fonds de prévoyance visant à fournir des services de soutien aux migrants. Pour plus de détails, voir OIM, *Etat de la migration dans le monde*, *op.cit.*, p.292 et s.

³⁰⁴ C. LEBEN, « Le droit international et les migrations de travailleurs », *op.cit.*, pp.73-74.

B. L'obligation de coopération internationale en matière d'information

35. L'obligation de coopération interétatique. L'obligation pour les Etats de coopérer dans le cadre de la garantie du droit à l'information s'explique par la difficulté d'accès au contenu de la réglementation pertinente applicable aux travailleurs migrants dans les Etats de destination. Cette obligation est parfois affirmée dans le cadre des conventions bilatérales et suppose le plus souvent des échanges périodiques entre les administrations d'informations portant sur les demandes et les offres d'emplois disponibles. Souvent la collaboration concerne également les mesures de protection des migrants et la répression des trafics illicites de main-d'œuvre. La coopération interétatique en matière d'information est affirmée de manière plus ou moins contraignante dans les instruments internationaux. Les conventions de l'OIT font encore office de précurseur. L'article 3§2 de la Convention de 1949 envisage cette coopération mais laisse une marge d'appréciation aux Etats ; il dispose, à propos de la lutte contre la propagande trompeuse, qu'un Etat membre « *collaborera, s'il est utile, avec les autres Membres intéressés* ». En revanche l'article 7 envisage la coopération des services de l'emploi des Etats membres concernés³⁰⁵. La marge de manœuvre est supprimée dans la convention de 1975 ; l'article 4 énonce que les Etats membres « *doivent notamment adopter, sur le plan national et international, les mesures nécessaires pour établir à ce sujet des contacts et des échanges systématiques d'informations avec les autres Etats, en consultation avec les organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs* ». A nouveau, dans la Convention de New York de 1990, la coopération est envisagée de manière facultative à l'article 33§2³⁰⁶.

Au niveau régional, à l'article 6§1 de la Convention européenne de 1977 notamment, l'obligation de coopération interétatique est contraignante. Au sein de l'Union européenne, le Règlement du 5 avril 2011 oblige chaque service national de l'emploi à rassembler les informations en matière d'offre et demande d'emploi, et à les transmettre au Bureau européen de coordination³⁰⁷. Pour d'autres groupement régionaux, la coopération interétatique a pu être affirmée comme une priorité politique ; c'est notamment le cas de la CEDEAO qui envisage

³⁰⁵ *Ibid*, p.76.

³⁰⁶ Celle-ci est en revanche obligatoire s'agissant de la lutte contre les migrations clandestines (art. 68).

³⁰⁷ Règlement n°492/2011/UE du 5 avril 2011 du Parlement européen et du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, *JOUE* L 141, 17 mai 2011, p.1, reprenant les termes du Règlement n°1612/68/CEE du 15 octobre 1968 aujourd'hui abrogé. Pour plus de détails, voir B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, Paris, Lexis-Nexis, 5e édition, 2013, pp.154-156.

de créer un Observatoire permanent chargé de livrer des informations actualisées sur les schémas migratoires de main-d'œuvre pour faciliter la mobilité des travailleurs des Etats membres, et d'instaurer un Comité consultatif sur la migration chargé de centraliser les données relatives aux législations nationales et les éventuelles décisions adoptées dans le cadre de la CEDEAO³⁰⁸. On peut encore citer la conclusion d'un accord contre le trafic illicite de migrants entre les Etats membres du Mercosur, qui instaure la coopération des Etats membres pour prévenir et réprimer les auteurs de tels actes³⁰⁹. Mais la coopération afin de fournir les informations nécessaires aux migrants, qu'elle soit obligatoire ou facultative, n'est pas seulement interétatique ; elle concerne également les organisations internationales.

36. L'obligation de coopérer avec les organisations internationales. L'obligation de coopérer avec les organisations internationales constitue le second volet de la garantie du droit à l'information. La Convention de l'OIT de 1949 est en réalité le seul instrument international à affirmer une telle obligation, mais cela n'a pas pour effet de minimiser le rôle que peuvent jouer les organisations internationales dans la collecte et la mise à disposition d'informations ; leur action sera complémentaire de celle des Etats. Cette obligation de coopération avec les organisations internationales est affirmée dès l'article 1^{er} de la Convention de 1949 qui dispose que : « *Tout Membre de l'Organisation internationale du Travail pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à mettre à la disposition du Bureau international du Travail et de tout autre Membre, à leur demande: a) des informations sur la politique et la législation nationales relatives à l'émigration et à l'immigration; b) des informations sur les dispositions particulières concernant le mouvement des travailleurs migrants et leurs conditions de travail et de vie; c) des informations concernant les accords généraux et les arrangements particuliers en ces matières conclus par le Membre en question* ». Les paragraphes 6 et 7 de la Recommandation complémentaire apportent quelques précisions sur le type d'informations à fournir au BIT³¹⁰. Il convient de souligner l'importance du rôle

³⁰⁸ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op.cit., p.393.

³⁰⁹ Accord du 16 décembre 2004, déc. n°37/04, entré en vigueur le 10 octobre 2012, consultable en espagnol sur <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4827/1/77-acuerdocontraeltraficoillicitodemigrantesmsur.pdf>

³¹⁰ Article 6 : « Chaque Membre devrait mettre à la disposition du Bureau international du Travail et de tout autre Membre, à leur demande, des informations sur la législation relative à l'émigration, y compris toutes dispositions administratives relatives aux restrictions à l'émigration et aux facilités accordées aux émigrants, et des indications utiles sur les catégories de personnes désireuses d'émigrer ».

Article 7 : « Chaque Membre devrait mettre à la disposition du Bureau international du Travail et de tout autre Membre, à leur demande, des informations sur sa législation relative à l'immigration, y compris toutes dispositions administratives sur les permis d'entrée dans les cas où ils sont requis, sur le nombre et les qualifications professionnelles des personnes que l'on désire faire immigrer, sur sa législation ayant trait à

centralisateur de l'OIT qui a mis au point plusieurs bases de données thématiques³¹¹, notamment la base NATLEX qui propose un résumé des législations nationales en droit du travail, de la sécurité sociale et des droits de l'homme³¹². Mais une autre organisation joue un rôle important pour la centralisation des informations concernant les travailleurs migrants : l'Organisation internationale pour les Migrations (OIM) qui a mis au point une *Base de données sur le droit international de la migration*³¹³. Cette organisation apporte aussi un soutien aux Etats dans la mise en œuvre de leur obligation d'information. Dans son rapport de 2008 *Etat de la migration dans le monde*, l'OIM cite l'exemple du Ministère italien du travail qui a fourni des fonds à l'organisation pour élaborer des modules d'orientation sur les aspects juridiques de la migration ; ces modules ont été utilisés dans le cadre de stages d'orientation pré-départ organisés notamment en République de Moldavie ou au Sri Lanka³¹⁴. Le rapport mentionne également la création en 2004 d'un Centre d'information et de documentation au Tadjikistan³¹⁵. Au niveau régional, une initiative du Mercosur a conduit à la publication, en 2010, d'un *Guide à destination des ressortissants des Etats parties du Mercosur sur les conditions de travail au sein des autres Etats membres de l'Organisation* qui recense les instruments internationaux et les législations nationales pertinents³¹⁶.

Mais si l'accès à l'information pertinente sur les réalités d'opportunités de travail et sur la législation des Etats d'accueil est nécessaire, il ne constitue qu'un aspect de la prévention des risques d'abus liés à la circulation des travailleurs migrants. Les conditions de la venue du travailleur doivent également faire l'objet d'une attention particulière.

§2- L'octroi de facilités administratives au travailleur migrant régulièrement recruté

l'admission des travailleurs migrants et sur toute facilité particulière accordée aux migrants, ainsi que sur toute mesure destinée à favoriser leur adaptation à l'organisation économique et sociale du pays d'immigration ».

³¹¹ L'ensemble des bases de données de l'OIT est accessible par le site suivant : <http://www.ilo.org/public/french/support/lib/dblist.htm>

³¹² http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.home?p_lang=fr.

³¹³ Pour plus de détails sur le travail de collecte et de diffusion des informations sur les migrations voir : http://publications.iom.int/bookstore/free/Activit%20de%20OIM_FR.pdf (consulté le 21 mars 2013). La base de donnée est accessible sur : <http://www.imldb.iom.int/section.do>.

³¹⁴ OIM, *Etat de la migration dans le monde*, op.cit., p.292.

³¹⁵ *Ibid*, Encadré 10.3, p.289.

³¹⁶ Mercosur, *Cómo trabajar en los países del Mercosur - Guía dirigida a los nacionales de los Estados Partes del Mercosur*, Brasilia, Ministerio do Trabalho e Emprego, 2010, consultable sur http://www.mte.gov.br/trab_estrang/cartilha_trabalho_mercosul_esp.pdf.

Les définitions du travailleur migrant précédemment étudiées désignent une personne régulièrement admise à se rendre dans un autre pays pour exercer une activité salariée. Le travailleur migrant recouvre une double qualité, celle de travailleur et celle de migrant. Au regard des définitions précitées, la qualité de travailleur migrant suppose deux choses : être recruté car c'est l'exercice d'une activité salariée qui va justifier le voyage ; et pouvoir circuler de l'Etat d'origine vers l'Etat d'accueil et y séjourner légalement. Les Etats étant soucieux de protéger leur marché du travail, le droit international encadre les conditions de recrutement (A) ; une fois ces conditions remplies, le travailleur migrant pourra obtenir une autorisation de travail et un document de circulation et de séjour (B).

A. L'encadrement des modalités de recrutement

37. Strict encadrement des personnes chargées du recrutement. Le recrutement désigne l'ensemble des opérations par lesquelles les travailleurs sont examinés et sélectionnés par des organismes spéciaux en vue d'exercer un travail à l'étranger³¹⁷. Le recrutement peut être soit individuel, soit collectif. La principale difficulté à laquelle ont été confrontés les Etats a été d'imposer leur contrôle aux agences privées de recrutement. Les grandes migrations de main-d'œuvre du XIXe et du début du XXe siècle sont allées de pair avec la multiplication d'organismes privés qui recrutaient des travailleurs en collaboration avec les entreprises de transport, se partageant ainsi, le plus souvent les fruits d'un trafic. Plusieurs réglementations nationales ont d'abord été adoptées contre ces recruteurs privés. Puis, le Congrès mondial ouvrier qui s'est tenu à Londres en 1926 a réclamé la suppression de ces agences, et l'instauration d'agences étatiques au sein desquelles les syndicats seraient représentés³¹⁸.

Au niveau de l'OIT, une convention a été adoptée en 1939, la Convention n° 66 concernant le recrutement, le placement et les conditions des travailleurs migrants mais elle n'est jamais entrée en vigueur³¹⁹. A partir de 1945, les Etats ont le plus souvent imposé un monopole étatique, dans le cadre d'accords bilatéraux notamment, qui ne concernaient cependant qu'un contingent limité de travailleur. Toutefois, le monopole des Etats d'accueil n'a pas conduit à

³¹⁷ C. LEBEN, *op.cit.*, p.75.

³¹⁸ C. LEBEN, *op.cit.*, p.75.

³¹⁹ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.751

réduire la pression migratoire. A partir des années 1990, le renouveau des accords bilatéraux conduit à accompagner les migrations individuelles ou collectives avec ou sans l'intermédiaire des agences privées³²⁰. La Convention n°97 de l'OIT n'interdit pas le recrutement par les agences privées mais impose une surveillance par les autorités étatiques (art. 3§3 de l'Annexe I). La Convention du Conseil de l'Europe, quant à elle, n'autorise le recrutement privé que pour les demandes nominatives de travailleurs (art. 2§1)³²¹. Une autre convention pertinente est la Convention OIT n°181 de 1997 sur les agences d'emploi privées, également applicable aux travailleurs migrants. Une agence d'emploi privée se définit, aux termes de cette Convention, comme « *toute personne physique ou morale, indépendante des autorités publiques, qui fournit un ou plusieurs des services suivants se rapportant au marché du travail : a) des services visant à rapprocher offres et demandes d'emploi, sans que l'agence d'emploi privée ne devienne partie aux relations de travail susceptibles d'en découler ; b) des services consistant à employer des travailleurs dans le but de les mettre à la disposition d'une tierce personne physique ou morale [...] qui fixe leurs tâches et en supervise l'exécution ; c) d'autres services ayant trait à la recherche d'emplois, qui seront déterminés par l'autorité compétente après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, tels que la fourniture d'information, sans pour autant viser à rapprocher une offre et une demande spécifique* »³²². La Convention n°181 détaille la procédure de recrutement et les garanties pour les travailleurs dans le cadre de cette procédure (interdiction de la discrimination, gratuité), et instaure le contrôle de l'Etat. Concernant les modalités de contrôle des agences privées par l'Etat, deux méthodes sont fréquemment utilisées : l'agrément et l'enregistrement auprès du Ministère du travail ou toute autorité compétente moyennant redevance. Les services fiscaux et l'inspection du travail opèrent ensuite un contrôle régulier. En raison des pratiques abusives de recrutement, de nombreux pays ont opté pour la procédure d'agrément, car les conditions d'enregistrement sont plus strictes³²³.

³²⁰ M. LO DIATTA, *op.cit.*, pp.111-112.

³²¹ C. LEBEN, *op.cit.*, p.75. Au niveau européen, une des premières initiatives des Communautés européennes a été l'instauration d'un Service européen pour l'Emploi (EURES) pour favoriser la mobilité des travailleurs au sein de l'Espace économique européen, avec le concours de la Commission et des services publics pour l'emploi des Etats membres. Voir OIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, encadré 3.1, p.70.

³²² Convention n°181 concernant les agences d'emploi privées, 19 juin 1997, *RTNU*, vol. 2115, I-36794, p.249, entrée en vigueur le 10 mai 2000. Voir également sur la notion, J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, Paris, LGDJ, 2004, p.148.

³²³ Pour plus de détails sur la réglementation applicables aux agences d'emploi privées, voir OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008, op.cit.*, p.284 et s.

Aujourd'hui trois acteurs peuvent intervenir dans la procédure de recrutement : les organismes publics, les agences privées autorisées, et l'employeur ou son représentant³²⁴. Si leur rôle a été considéré comme secondaire, aujourd'hui, dans certaines parties du monde, les agences privées à but lucratif assurent principalement la mobilité des travailleurs (parfois jusqu'à 60 à 80%). Hormis les pays qui ont conclu des accords internationaux, le rôle des agences publiques est minime. Les agences privées d'emploi se sont montrées particulièrement efficaces pour répondre aux pénuries, en trouvant du personnel, qualifié ou non. Toutefois, des effets négatifs sont à relever, notamment à propos de l'offre d'emplois fictifs, ou de la perception d'honoraires très élevés pour accéder à un emploi (et non pas en raison des qualifications professionnelles). Moins un travailleur est qualifié et plus il est exposé aux risques d'abus. C'est pourquoi de nombreux pays ont réglementé l'activité des agences, soit unilatéralement, soit dans le cadre d'accords internationaux. Mais la persistance des pratiques abusives montre à quel point il est difficile par l'adoption de réglementations d'avoir un impact sur les forces du marché et les processus migratoires³²⁵. Quand le recrutement est à l'initiative de l'employeur, aucune autorisation préalable ne peut en principe lui être imposée pour pouvoir recruter un travailleur migrant, mais les Etats peuvent imposer cette condition dans l'intérêt du migrant³²⁶. L'encadrement en droit international des modalités d'admission des travailleurs étrangers par l'identification des personnes ou entités autorisées à recruter constitue une avancée majeure. Sur le fond, en revanche, les Etats conservent une marge de manœuvre importante pour autoriser l'admission ou non.

38. Absence de conditions précises de sélection. La Convention OIT de 1949 s'intéresse à la procédure de recrutement, notamment dans les annexes I et II. La Convention désigne les personnes ou organismes autorisés à recruter des travailleurs migrants, sous contrôle de l'autorité compétente de l'Etat de destination (art. 3.4 Annexe I). En revanche, aucune précision n'apparaît sur les conditions de fond, c'est-à-dire sur le nombre de personnes recrutées, les territoires concernés ou les catégories professionnelles ouvertes, ni sur la situation du marché de l'emploi. L'article 3§6 de l'Annexe II dispose qu'avant d'autoriser l'introduction de travailleurs étrangers, il convient de vérifier s'il existe préalablement, dans l'Etat d'accueil, un nombre suffisant de travailleurs capables d'occuper les emplois à

³²⁴ Art. 3 Annexe I et II de la Convention OIT n° 97. La Convention de New York en revanche ne prévoit pas le recrutement direct par l'employeur dans son article 66.

³²⁵ OIT, *Les travailleurs migrants*, *op.cit.*, p.265 et s.

³²⁶ *Ibid.* Voir OIT, *Les travailleurs migrants*, *op.cit.*, p.81 et s.

pourvoir ; mais cette disposition ne concerne en réalité pas le recrutement mais l'introduction des migrants. Les Etats restent donc compétents pour réglementer les conditions de recrutement conformément aux dispositions de la convention. Dans le cas du recrutement collectif (lequel n'est presque plus d'actualité), le droit d'effectuer des opérations de recrutement est subordonné à l'autorisation de l'Etat de destination (art. 3 Annexe II de la Convention n° 97). La convention de 1975 et la convention des Nations Unies n'apportent pas plus de précisions. La Convention de New York fait uniquement référence aux organismes autorisés à recruter (art. 66)³²⁷, même si elle invite à prendre en compte les besoins des travailleurs migrants et de leurs familles, ainsi que les conséquences de l'immigration pour les communautés d'accueil (art. 64)³²⁸. La seule véritable obligation internationale pour les Etats concerne, comme nous l'avons déjà souligné, l'obligation de coopération entre les services d'information avant le départ³²⁹. Toutefois, la décision finale de sélectionner tel ou tel candidat appartient au recruteur. Seules les conventions bilatérales détaillent souvent les instructions des demandes et les modalités de sélection. Celles-ci peuvent se faire par les autorités locales ou par les autorités du pays d'accueil.

Parmi les critères de sélection généralement observés, on trouve en premier lieu la bonne santé du travailleur. Ce critère est obligatoire dans la Convention n° 97 de l'OIT (art. 5), mais facultatif dans la convention du Conseil de l'Europe (art. 3). Dans la convention de New York, la condition de santé n'est pas évoquée. Tous les accords bilatéraux prévoient quant à eux des dispositions à ce sujet. Le second critère de sélection concerne la qualification professionnelle, ou plus généralement l'aptitude du travailleur à exercer l'emploi pour lequel il est recruté ; lorsque le travail visé est peu qualifié, la santé constitue le critère principal, mais un niveau d'éducation minimum est également souvent souhaité. Enfin, certains accords internationaux contiennent des dispositions relatives à la bonne conduite du travailleur et visent à exclure les « indésirables »³³⁰. Les conditions qui encadrent le processus de recrutement ont donc comme objectifs de protéger les candidats, mais aussi d'assurer à l'Etat de destination qu'ils présentent certaines garanties en termes de santé et de qualification

³²⁷ L'article 66 mentionne: « a) Les services ou organismes officiels de l'Etat où ces opérations ont lieu; b) Les services ou organismes officiels de l'Etat d'emploi sur la base d'un accord entre les Etats intéressés; c) Tout organisme institué au titre d'un accord bilatéral ou multilatéral ».

³²⁸ M. LO DIATTA, *op.cit.*, pp.118-119.

³²⁹ Voir OIT, *Les travailleurs migrants, op.cit.*, p.88 et s.

³³⁰ C. LEBEN, *op.cit.*, pp.77-79.

professionnelle. Ces conditions satisfaites, les règles internationales encouragent les Etats à admettre le travailleur migrant régulièrement recruté.

B. L'encouragement à l'introduction du travailleur recruté

39. La délivrance de documents nécessaires à la circulation et au travail. Comme nous l'avons déjà mentionné, le travailleur migrant est un travailleur régulièrement recruté et un migrant. Deux autorisations vont lui être nécessaires : une autorisation de travail et un document de circulation (puis de séjour) délivré par le pays d'accueil. Parmi les documents de circulation, il faut en effet distinguer le visa qui autorise la circulation et l'accès au territoire, du titre de séjour, qui permet de demeurer sur le territoire du pays de destination. La plupart du temps, le travailleur se voit remettre une autorisation provisoire de séjour (visa), et devra acquérir un titre définitif à son arrivée, ce qui n'est pas toujours aisé en raison de la méconnaissance de la langue. Certains titres de séjour supposent l'autorisation de travail, comme en France par exemple, mais parfois, les documents sont distincts. Cette dualité a été critiquée, car elle suppose l'intervention de deux organismes distincts, et complique le renouvellement du séjour si l'un de ces documents n'est pas renouvelé³³¹.

La Convention de l'OIT n°97 de 1949 (art. 5 Annexe I et art. 6 Annexe II) et la Convention du Conseil de l'Europe de 1977 (art.5) sont les deux seuls instruments multilatéraux à faire référence à la remise d'un contrat de travail. Le contrat doit par ailleurs être rédigé dans les deux langues et doit contenir des dispositions relatives aux conditions de travail et à la rémunération. En principe, il doit être remis avant le départ, ou à défaut, un document spécifiant les dispositions devant apparaître dans le contrat³³². S'agissant des conventions bilatérales, toutes prévoient, en principe, l'obligation pour l'employeur de remettre un contrat de travail rédigé dans les deux langues, signé par lui et visé par les autorités compétentes de l'Etat d'accueil qui se voient souvent remettre un exemplaire. Parfois, un contrat-type est

³³¹ A l'expiration du contrat, il est généralement admis que le travailleur peut rester s'il retrouve un emploi. La législation nationale indique les conditions pour obtenir des permis d'une durée plus longue et pour accéder à un plus grand nombre de professions. *Ibid*, p.85 et s.

³³² En principe, ces dispositions ne valent que pour les Etats ayant mis en place un système de contrôle des contrats. Pour plus de détails, voir OIT, *Les travailleurs migrants, op.cit.*, p.61 et s.

annexé³³³. Le premier contrat de travail est souvent établi pour une durée déterminée, mais à l'expiration, il peut être renouvelé ou transformé en contrat à durée indéterminée. Le recrutement pour un emploi déterminé et pour une durée déterminée place souvent les travailleurs étrangers dans une situation de dépendance par rapport à l'employeur ; l'existence de ces conditions s'explique toutefois par le fait que les Etats acceptent *a priori* difficilement un séjour prolongé sur leur territoire et souhaitent orienter la main-d'œuvre étrangère vers les secteurs d'activités de leur choix³³⁴.

D'autres documents peuvent être exigés par l'Etat d'accueil (carte d'identité, extrait de casier judiciaire, certificats professionnels). Mais une fois le travailleur recruté et le contrat de travail remis, encore faut-il que le migrant puisse se rendre dans le pays de destination et y exercer l'activité pour laquelle il a été recruté. A l'exception des migrations intra-européennes, le travailleur doit généralement posséder un passeport. La plupart des accords bilatéraux et multilatéraux prévoient par ailleurs que les Etats de destination délivreront les documents administratifs nécessaires à la venue du travailleur³³⁵ ; ces documents qui permettent de circuler sont remis avant le départ. La Convention européenne dispose à l'article 4§3 que la délivrance des documents doit être gratuite ou contre un versement ne dépassant pas leur coût administratif. La Convention de New York, dans son article 49 alinéa 1, précise que si les autorisations de travail et de séjour sont distinctes, la deuxième doit être accordée pour une durée au moins égale à celle du permis de travail.

40. La protection durant le voyage et l'accueil sur place. La circulation internationale comprend le départ, le voyage et l'arrivée. Les instruments internationaux les plus anciens contiennent des dispositions relatives au voyage et à l'accueil sur place des travailleurs migrants. La question des conditions de transport, qui ne se pose plus vraiment aujourd'hui, a attiré l'attention de l'OIT. En juin 1926, elle a adopté la Convention n°21 sur l'inspection des émigrants à bord des navires, et la Recommandation n°26 concernant la protection des femmes et des jeunes filles migrantes à bord des navires³³⁶. Dans une étude de 1936, le BIT

³³³ C. LEBEN, *op.cit.*, p.80.

³³⁴ *Ibid.*, pp.80-81.

³³⁵ Art. 6 a) de l'Annexe I à la Convention n°97 de l'OIT ; art. 4§3 de la Convention du Conseil de l'Europe ; art. 49§1 de la Convention de New York.

³³⁶ Convention n° 21 concernant la simplification de l'inspection des émigrants à bord des navires, 5 juin 1926, entrée en vigueur le 29 décembre 1927, consultable sur :

insiste sur les conditions déplorables dans lesquelles étaient transportés les migrants à bord des bateaux³³⁷. L'article 11§2 et 3 de l'accord-type annexé à la Convention n°97 dispose que doivent être garanties aux migrants des conditions d'hygiène et de bien-être satisfaisantes pendant le voyage. Aujourd'hui, de telles dispositions figurent rarement dans les accords ; un système d'assurance obligatoire est généralement prévu par la législation de chaque pays³³⁸. La question qui suscite encore de l'intérêt concerne les frais de transport : les travailleurs migrants doivent-ils prendre en charge ou participer à ces frais ? Avant 1945, le migrant devait souvent payer son voyage et se trouvait endetté auprès de son employeur ; parfois les Etats d'émigration subventionnaient le départ. Les conventions multilatérales sont pour la plupart silencieuses sur le sujet³³⁹. Seule la Convention du Conseil de l'Europe prévoit, dans son article 6, la gratuité du voyage pour les travailleurs migrants en cas de recrutement collectif officiel. Certaines conventions bilatérales prévoient explicitement la gratuité du voyage pour les migrants³⁴⁰, mais aussi la participation totale ou partielle des employeurs à son financement. Il n'est par ailleurs par rare de trouver dans les accords bilatéraux des dispositions exemptant de droits de douane l'importation des effets personnels (également dans l'annexe III de la convention n° 97, et à l'article 7§3 de la Convention du Conseil de l'Europe)³⁴¹. Certaines dispositions concernent également l'accueil et le placement des travailleurs migrants, au moins concernant la mise à disposition des informations nécessaires³⁴².

Conclusion du Chapitre I :

Si les individus disposent d'un droit de quitter tout pays, ils ne disposent en principe pas pour autant d'un droit d'entrer sur le territoire d'un autre Etat. La liberté de circulation des

http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312166 ;et
Recommandation n°26 concernant la protection des femmes et jeunes filles émigrantes à bord des navires, 5 juin 1926, consultable sur http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R026

³³⁷ Voir BIT, *Les travailleurs migrants* (1936), *op.cit.*, p.122.

³³⁸ C. LEBEN, *op.cit.*, pp.81-82. Les conditions de transport dangereuses concernent aujourd'hui principalement les migrants en situation irrégulière. On peut citer par exemple le cas des immigrés qui voyagent par la mer parfois à bord d'embarcations de fortune, ou encore le cas du train la Bestia emprunté par de nombreux migrants latino-américains qui souhaitent se rendre aux Etats-Unis, mis en évidence dans le film *Sin nombre* réalisé par Cary Fukunaga.

³³⁹ L'article 4 alinéa 2 des annexes I et II à la Convention n°97 qui dispose que « *Les frais administratifs entraînés par le recrutement, l'introduction et le placement ne seront pas à la charge du migrant* », ne s'applique pas aux frais de transport.

³⁴⁰ Notamment pour le recrutement de travailleurs domestiques. OIT, *Les travailleurs migrants*, *op.cit.*, p.100.

³⁴¹ C. LEBEN, *op.cit.*, pp.82-84.

³⁴² Pour plus de détails, voir OIT, *Les travailleurs migrants*, *op.cit.*, p.101 et s.

travailleurs n'est nullement affirmée en droit international, hormis le cadre de certaines organisations régionales d'intégration. Le principe reste celui de l'autorisation de l'Etat de destination. La compétence de celui-ci pour admettre des étrangers n'est pourtant pas absolue, et le droit international va fixer des règles *a minima*. Chaque Etat va être contraint de coopérer avec les autres Etats ou les organisations internationales pour fournir des informations aux travailleurs migrants sur les opportunités et les conditions de vie et de travail. Par ailleurs, si chaque Etat reste libre d'admettre ou non des travailleurs étrangers, les Etats se sont engagés à faciliter l'introduction des travailleurs régulièrement recrutés. Néanmoins, l'octroi de « facilités », comme l'indique l'emploi de ce terme, n'a aucun caractère contraignant, et dépend des nécessités du marché du travail. A cet égard, les Etats ont souvent un réflexe protectionniste. Au-delà du fait qu'il limite l'entrée du travailleur étranger, le protectionnisme à l'égard du marché du travail se traduit également par le fait que la migration de travailleurs est souvent conçue comme temporaire, et que le retour des travailleurs migrants constitue un objectif pour les pays de destination.

CHAPITRE II : LE RETOUR COMME OBJECTIF

La perte de la qualité de travailleur migrant peut avoir plusieurs causes. La première concerne le retour volontaire du migrant dans son pays d'origine. Cette situation n'est pas rare, en raison du déracinement et de la déstructuration des liens familiaux que provoque souvent la migration. La deuxième cause tient au non-renouvellement des autorisations de séjour et de travail. Dans la première hypothèse, en raison du protectionnisme des Etats par rapport à l'ouverture de leur marché du travail aux étrangers, les Etats d'accueil vont encourager la migration temporaire, et assister les migrants, parfois de concert avec les pays d'origine, dans leur retour volontaire (Section I). Dans le second cas de figure, l'Etat étant souverain en matière d'admission des travailleurs étrangers, il reste libre de ne plus renouveler les autorisations de séjour et de travail. Si aucun accord international ne revient sur ce principe, des garanties vont toutefois être apportées pour éviter les éloignements arbitraires et massifs de travailleurs étrangers (Section II).

SECTION I : L'encouragement au retour volontaire

Le droit au retour suppose la mise en œuvre de deux droits, le droit de quitter le pays dans lequel on se trouve, et le droit de rentrer dans son pays d'origine. Nous avons vu, lors des développements précédents relatifs à la circulation internationale des personnes, que les principaux instruments de protection internationale des droits de l'homme affirment, hormis dans le cas spécifique de poursuites judiciaires, le droit de quitter tout pays³⁴³. Si un droit d'accès à un territoire tiers n'est en principe pas admis, les individus bénéficient en revanche

³⁴³ Art. 13§2 de la DUDH, et 12§2 du PIDCP.

d'un droit d'accès au territoire de l'Etat dont ils sont ressortissants, ou dans lequel ils ont leur résidence habituelle³⁴⁴.

La programmation d'un retour va permettre un plus grand libéralisme de la part des Etats de destination, dès lors que le séjour est prévu pour une durée limitée et que les travailleurs sont recrutés pour répondre aux pénuries régulières de main-d'œuvre dans certains secteurs d'activité. C'est pourquoi ces Etats favorisent de plus en plus les migrations dites « circulaires » (§1). Dans les hypothèses où le retour est définitif, les travailleurs migrants peuvent même recevoir des aides au retour et à la réinsertion dans leur pays d'origine (§2).

§1- La favorisation des migrations circulaires

La notion de migration circulaire (A) est aujourd'hui fréquemment utilisée dans les débats internationaux et semble constituer un compromis satisfaisant pour les Etats entre un protectionnisme excessif et un besoin de main-d'œuvre étrangère. Ce type de schéma migratoire va faire l'objet d'une promotion dans le cadre de programmes spécifiques (B).

A. La notion de migration circulaire

41. Lien entre retour volontaire et migration circulaire. La question du retour des migrants ne s'est réellement posée qu'à partir des années 1980, dans un contexte de pressions croissantes sur les régimes d'immigration et d'asile. Le retour est depuis lors devenu un enjeu majeur pour de nombreux pays d'accueil³⁴⁵. Dans ce contexte, il est parfois difficile

³⁴⁴ L'art. 13§2 de la DUDH prévoit le « *droit de revenir dans son pays* ». L'art. 12§4 du PIDCP dispose que « *nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays* ». Voir également art. 2§1 du Protocole n°4 à la CESDH. Selon L. Hennebel, ce droit repose sur le postulat qu'un individu entretient des relations particulières avec son propre pays. L'expression « de son propre pays » est plus large que « celui de sa nationalité », ce qui semble être particulièrement vrai pour les apatrides notamment. Pour le Comité des droits de l'homme, ce droit peut être revendiqué par des individus qui, en raison des liens particuliers ou prétentions à l'égard d'un pays ne peuvent être considérés comme des simples étrangers (Observation générale n° 27, §20). A l'égard des résidents, le Comité a une position plus nuancée. Dans l'affaire *Stewart c. Canada* (1996, n°539/1993, §12.3) qui concernait un Ecossois vivant au Canada depuis l'âge de 7 ans sans jamais avoir demandé la citoyenneté, et qui avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion motivé par des condamnations pénales. Le Comité a affirmé que la mesure n'était pas déraisonnable car le Canada était un pays qui facilitait l'acquisition de la nationalité. Mais cette décision est controversée au motif que l'article 12§4 du Pacte vise des liens personnels et affectifs forts. L. HENNEBEL, *op.cit.*, pp.183-186.

³⁴⁵ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, *op.cit.*, p.108.

d'apprécier si la décision de quitter le pays d'accueil est prise librement, ou résulte d'éventuelles pressions et incitations auxquelles les étrangers sont soumis. L'OIM insiste sur le fait qu'un retour « volontaire » doit résulter d'une décision éclairée et non contraignante, et constitue un préalable à toute participation de l'organisation à des mesures de retour³⁴⁶. Il est aujourd'hui généralement admis que les travailleurs migrants peuvent rentrer chez eux à leur gré. C'est ce qui se produit généralement quand ces derniers ont économisé suffisamment de ressources et souhaitent se réinstaller dans un environnement familial. Le retour était initialement perçu pour les migrants comme la fin du cycle migratoire une fois les objectifs économiques atteints, mais des études récentes ont montré la complexité du phénomène, selon les circonstances du retour et les conditions de réintégration durable dans le pays d'origine³⁴⁷. Mais avant d'étudier les conditions du retour, il convient de souligner qu'il est plus facile de l'envisager si le séjour est préalablement perçu comme étant de courte durée. En 2008, les Etats membres du Dialogue international sur la migration³⁴⁸ ont adopté des *Principes politiques clés de la migration de retour*; les Etats ont communément admis que si de nombreux retours résultent d'initiatives personnelles, les gouvernements peuvent encourager ce processus, en intégrant notamment cette option à tous les stades de la migration, et en planifiant mieux ces retours de manière à gérer leurs répercussions. Les Etats ont également convenu que les retours devaient être envisagés dans le cadre d'une politique migratoire globale, et compensés par des mesures garantissant l'accès à des filières légales de migration de main-d'œuvre. L'OIM a mis en évidence que le retour volontaire devait toujours être préféré au retour forcé, que les droits humains des migrants devaient être respectés, et que des opportunités devaient leur être offertes pour leur permettre une meilleure réintégration³⁴⁹. C'est dans ce contexte qu'ont été développés des programmes de migration circulaire.

42. La conceptualisation progressive des migrations circulaires. Il n'existe pas de définition internationale communément admise de la migration circulaire. La notion est utilisée depuis longtemps, mais elle ne commence à faire l'objet de débats internationaux qu'à

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*, pp.108-109.

³⁴⁸ Le Dialogue international sur les migrations, sur lequel nous aurons l'occasion de revenir dans la suite de notre étude, est né d'une initiative du Conseil de l'OIM en 2001, et constitue une enceinte de dialogue sur les migrations. Il réunit les gouvernements, les organisations internationales et les ONG afin de promouvoir une meilleure gouvernance des migrations.

³⁴⁹ OIM, *Dialogue international sur la migration 2008, Migrations de retour : défis et opportunités* : http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_document_s/MC_INF_293-Migration-de-retour-FR.pdf.

partir des années 2000. La notion de migration circulaire est utilisée dès les années 1960, mais jusqu'à la fin des années 1980 elle concerne surtout les déplacements internes, et ne fait pas partie ni du champ politique ni des discussions relatives à la gestion internationale des migrations. Les premières études visent avant tout à analyser un phénomène. Les migrations circulaires sont ensuite présentées comme un modèle de gestion des migrations. Mais la conceptualisation de la notion s'est heurtée à des divergences d'opinion notamment concernant la distance à parcourir et le temps qu'il fallait passer dans un pays d'accueil pour établir un cycle migratoire. Trois premières tentatives de définitions peuvent être retenues. La première a été donnée en 1971 par W. Zelinsky qui évoque « *A great variety of movements, usually short term, repetitive or cyclical in nature, but all having the lack of any declared intention of a permanent or long lasting change in residence* »³⁵⁰; la migration circulaire est donc liée à la temporalité du séjour. La deuxième définition proposée par G. Hugo en 1983 part du postulat qu'il existe trois cas de figures dans lesquels peuvent se trouver les migrants : un attachement quasi-exclusif au pays d'origine, un attachement quasi-exclusif au pays de destination, et un attachement partagé ; il distingue les migrants circulaires et permanents, selon leur sentiment d'attachement plus important au pays d'origine ou au pays de destination³⁵¹. Si la temporalité du séjour est également un élément de définition, l'approche de G. Hugo prend en compte une dimension supplémentaire, le transnationalisme³⁵². Enfin, la troisième définition formulée par Bovenkerk en 1974 se réfère à « *The to and from movement between two places [that] includes more than one return [to the place of origin]* »³⁵³; elle comprend donc plusieurs voyages. Cette définition quoique très simple reste toutefois le point

³⁵⁰ W. ZELINSKY, « The Hypothesis of the Mobility Transition », *The Geographical Review*, LXI, 2, 1971, pp. 219-249, cité par G. HUGO, « Circular Migration and Development: An Asia-Pacific Perspective », *migrationonline.cz*, 2009, p.3.

³⁵¹ G. HUGO, « New Conceptual Approaches to Migration in the Context of Urbanization : A Discussion Based on Indonesian Experience », in P.A. MORRISON (ed.), *Population Movements : Their Forms and Functions in Urbanization and Development*, Ordina Editions, Liège, 1983, pp.69-114.

³⁵² Le transnationalisme désigne un courant théorique des relations internationales considérant que la scène internationale est marquée, depuis quelques décennies, par l'intensification des flux traversant les frontières nationales. Les auteurs soulignent que dès les années 1970 se multiplient des intervenants transnationaux qui échappent au contrôle des Etats et qui peuvent même mettre en échec ces derniers dans l'accomplissement de leurs principales fonctions régulatrices. Les auteurs soulignent également les possibilités d'intervention directe des individus sur la scène internationale : ils sont plus mobiles, et moins disposés qu'auparavant à reconnaître leur lien d'allégeance nationale. Les individus réussissent en effet, dans certaines situations, à intervenir dans le champ politique international. O. NAY (dir.), *op.cit.*, p.540.

³⁵³ F. BOVENKERK, *The Sociology of Return Migration: a Bibliographic Essay*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1974, p.5. Définition également mentionnée par J.-P. CASSARINO, « Patterns of Circular Migration in the Euro-Mediterranean Area : Implications for Policy-Making », *CARIM Analytic and Synthetic Notes No. 29*, 2008, p.6.

de départ de la définition actuellement retenue dans les instances internationales³⁵⁴. C'est à partir des années 2000 que cette notion universitaire va faire l'objet d'un engouement dans les débats internationaux. Elle est revendiquée comme un modèle de gestion migratoire censé favoriser tant les Etats concernés par le schéma migratoire que les migrants, puisque les migrations sont envisagées de manière temporaire et visent à répondre à un besoin ponctuel de main d'œuvre. Toutefois, il faut insister sur le fait que, bien que les notions de migration temporaire et de migration circulaire soient souvent présentées conjointement dans un cadre politique commun, il s'agit de notions distinctes même si elles se chevauchent³⁵⁵. La notion opérationnelle de migration circulaire est par ailleurs devenue programmatique.

43. Sens de la notion dans les instances internationales. Dans son rapport 2005, la Commission mondiale pour les migrations internationales utilise officiellement la notion de migration circulaire dans les discussions internationales et insiste sur le lien entre celle-ci et le développement. La Commission observe que « *l'ancien paradigme de l'établissement permanent des migrants fait place progressivement à des migrations temporaires et circulaires* » et souligne « *la nécessité de saisir les opportunités en matière de développement que cet important changement dans le modèle de migration offre aux pays d'origine* ». Elle recommande enfin aux « *Etats et [aux] organisations internationales [de] formuler des politiques visant à maximiser l'impact qu'ont sur le développement le retour au pays et la migration circulaire* », et de manière plus spécifique aux « *pays de destination [d'] encourager la migration circulaire en établissant des dispositifs qui facilitent les déplacements des migrants entre leurs pays d'origine et de destination* »³⁵⁶.

Deux définitions concurrentes vont apparaître sous la plume de la Commission européenne et du Forum mondial sur la migration et le développement. Pour la Commission européenne, la migration circulaire se définit comme « *une forme de migration gérée de façon à permettre un*

³⁵⁴ OIM, *Migrations Circulaires. Au-delà des promesses, quels risques ? Quelles opportunités ?*, Paris, GIP International, 2011, pp.13-14.

³⁵⁵ European migration Network, *Temporary and circular migration: empirical evidence, current policy practice and future options in EU Member States*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, October 2011, p.30.

³⁵⁶ GCIM, *Les migrations dans un monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action*, Rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales, 2005, pp.34 et 88.

certain degré de mobilité licite, dans les deux sens, entre deux pays »³⁵⁷ ; il est fait référence implicitement à l'encouragement des migrations légales. Mais la Commission européenne ajoute deux objectifs : l'adoption d'un régime juridique favorisant la circulation des migrants établis au sein de l'Union, en leur offrant la possibilité d'exercer une activité dans leur pays d'origine tout en conservant leur résidence dans l'un des Etats membres ; et l'élaboration de programmes de migration circulaire en faveur des migrants potentiels se trouvant dans un pays tiers³⁵⁸.

De son côté, le Forum mondial sur la migration et le développement, lors de sa première réunion de juillet 2007, a défini les migrations circulaires comme « *le mouvement fluide des populations à travers les pays, y compris les mouvements temporaires et plus permanents. Lorsque ce mouvement est volontaire et lié à des besoins de travail des pays d'origine et d'accueil, il peut être bénéfique pour tous* »³⁵⁹. Il est ici fait référence aux « mouvements de personnes » et non pas aux « migrations » ce qui pourrait inclure les mouvements de très courte durée généralement exclus. La notion de « mouvement fluide » évoque une migration facilitée entre les pays, et respectueuse des droits des migrants. Les auteurs envisagent quatre types de migration circulaire : le retour permanent des migrants permanents, c'est-à-dire le retour définitif des résidents ; le retour permanent des migrants temporaires, soit le retour définitif des migrants de courte durée ; le retour temporaire des migrants temporaires, les migrants alternant plusieurs séjours de courte durée entre leur pays d'origine et un Etat tiers ; et enfin, le retour temporaire des migrants permanents, c'est-à-dire le bref séjour des résidents dans leur pays d'origine et qui retournent ensuite dans le pays d'accueil³⁶⁰.

Tous les types de migrations sont donc concernés par la définition, à l'exception des migrations permanentes sans retour. La migration volontaire renvoie à l'idée que les programmes de migration circulaire doivent être flexibles et non pas imposés de manière coercitive. Les deux définitions proposées par la Commission européenne et le Forum visent

³⁵⁷ Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Migrations circulaires et partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers*, COM(2007) 248, 16 mai 2007, p.9.

³⁵⁸ *Ibid.* L'accent est donc mis sur les migrations professionnelles. Une distinction est faite entre l'adoption de mesures juridiques visant à favoriser la circulation des personnes, et la mise en œuvre spécifique de programmes de migration circulaire. Les migrations circulaires sont censées constituer une alternative aux migrations clandestines, satisfaire les besoins du marché du travail des Etats membres, et ont un caractère essentiellement temporaire. OIM, *Migrations Circulaires. Au-delà des promesses, quels risques ? Quelles opportunités ?*, Paris, GIP International, 2011, pp.15-18.

³⁵⁹ GFMD, *Rapport de la première réunion du Forum mondial sur la migration et le développement*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p.85

³⁶⁰ OIM, *Migrations Circulaires. Au-delà des promesses, quels risques ? Quelles opportunités ?*, op.cit., p.21.

donc les migrations professionnelles, mais elles supposent que la migration circulaire peut bénéficier aux pays d'origine et de destination. En revanche, l'approche du Forum de la migration circulaire se concentre davantage sur les droits des migrants.

Les difficultés de conceptualisation de la notion ne sont pas d'ordre théorique mais tiennent à des différences d'approche politique entre les acteurs³⁶¹. Pour l'OIM, la migration circulaire se définit comme « *une forme de migration internationale caractérisée par la répétition des déplacements entre pays d'origine et de destination* » ; elle inclut toutes les migrations à l'exception des migrations forcées, qu'elles soient régulières ou irrégulières, professionnelles ou non, et suppose la répétition du phénomène migratoire temporaire (aller et retour), que celui-ci se produise une ou plusieurs fois³⁶². Pour s'assurer de la complète réalisation du cercle migratoire, les Etats vont tenter d'inscrire ces schémas migratoires dans le cadre de programmes.

B. L'approche programmatique des migrations circulaires.

44. Double approche programmatique pour les travailleurs ayant déjà migré ou non. Les migrations circulaires sont indissociablement liées à la question du retour, et donc à la gestion des flux migratoires. Les programmes de migration circulaire consistent à encourager le retour des personnes ayant migré, et à s'assurer que les personnes qui vont migrer s'inscrivent dans le schéma des migrations circulaires. Au niveau de l'Union Européenne, si l'immigration temporaire est encouragée³⁶³, l'organisation s'est intéressée à la circulation des travailleurs tiers installés dans un Etat membre et qui retournent fréquemment dans leur pays d'origine. Le besoin de coopération avec les pays d'émigration a été mis en évidence dans le rapport *Global approach to migration*. La mise en place d'une politique de coopération a été initiée

³⁶¹ *Ibid*, pp.19-23.

³⁶² *Ibid*, pp. 26-27.

³⁶³ Lelio Marmora oppose la temporalité du séjour à la permanence. La temporalité concerne le migrant qui s'établit dans un pays avec un permis de séjour limité, et qui a comme objectif de retourner dans son pays d'origine. La temporalité, dans la définition des politiques migratoires, permet de les faire correspondre à des objectifs précis par rapport à la durée pour laquelle elles sont jugées nécessaires. De nombreux pays essayent d'éviter les schémas de migration permanente : tant les pays d'origine qui ne veulent pas perdre de manière indéterminée leurs ressources humaines, que les pays de destination pour mieux répondre aux demandes de main-d'œuvre en évitant les questions relatives à l'insertion sociale et culturelle des étrangers. L. MARMORA, *op.cit.* pp.90-91.

par la Commission dans la Communication de 2005 sur la *Migration et le développement*³⁶⁴, puis réitérée dans la Communication *Politique migratoire commune pour l'Europe* de juin 2008³⁶⁵, dans le *Pacte européen pour l'immigration et l'asile* d'octobre 2008³⁶⁶, et dans le *Programme de Stockholm* de décembre 2009³⁶⁷. Le 24 mai 2011, la Commission a publié une Communication sur *Un Dialogue pour la migration, la mobilité et la sécurité avec les pays du Sud de la Méditerranée* qui esquisse des stratégies visant à faire face à l'afflux massif d'immigrant venant d'Afrique du Nord ; elle établit notamment des partenariats pour favoriser l'amélioration des opportunités et conditions de vie dans les pays d'origine³⁶⁸.

La législation européenne actuelle relative aux migrations circulaires a une portée limitée et distingue selon les cas de figure. La Directive n°2003/109/CE concerne les résidents « longue durée »³⁶⁹, c'est-à-dire les étrangers qui résident légalement sur le territoire d'un Etat membre de manière continue depuis au moins 5 ans - période dans laquelle il faut inclure les séjours à l'extérieur de cet Etat qui ne dépassent pas six mois chacun ou dix au total ; la Directive prévoit des possibilités d'absence temporaire pour raisons professionnelles ne conduisant pas à la perte du statut. La Directive n°2009/50/CE qui instaure la Carte bleue européenne pour les travailleurs hautement qualifiés, prévoit également des périodes d'absence possibles pour une période maximale de 12 mois consécutifs ou 18 mois au total, durant la période de 5 ans où les migrants revêtent cette qualité (art. 16§3). Une fois le statut de résident obtenu, des

³⁶⁴ Communication de la Commission, *Migration et développement*, COM(2005) 390 final. Cette communication propose plusieurs orientations pour favoriser les migrations temporaires et circulaires, qui portent sur les transferts de fonds, les investissements des fonds par les membres des diasporas dans leur pays d'origine, et la circulation des personnes hautement qualifiées tout en limitant les effets de la fuite des cerveaux.

³⁶⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 17 juin 2008, *Une politique commune de l'immigration pour l'Europe : principes, actions et instruments*, COM(2008) 359 final, non publiée au Journal officiel. Elle insiste sur la gestion des flux migratoires grâce à la coopération avec les pays tiers, la redéfinition des voies légales d'immigration, et le lien entre les différentes formes de migration circulaire et l'intégration dans les pays d'accueil. Voir également la Résolution du Parlement européen, *Politique migratoire commune de l'Union européenne : principes, actions et outils*, du 22 avril 2009.

³⁶⁶ Consultable sur :

https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/demo/documents/Pacte_europeen_sur_l_immigration_et_l_asile.pdf

³⁶⁷ Conseil de l'Union européenne, 2 décembre 2009, *Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, JOUE C 115, 4 mai 2010, p.1

³⁶⁸ European migration Network, *op.cit.*, pp.30-31.

³⁶⁹ **Directive n°2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée** JOCE L 016, 23 janvier 2004 p. 44. En cas d'absence plus longue, les Etats peuvent fermer leurs frontières conformément à leur législation nationale, mais peuvent aussi garder le processus ouvert si les raisons de cette longue absence concernent un détachement professionnel ou la fourniture de services transfrontières (art. 4). La même règle est applicable si un résident « longue durée » qui migre dans un autre Etat membre et demande là-bas une résidence longue durée (art. 25). Les Etats membres peuvent encore prévoir des raisons exceptionnelles pouvant justifier des périodes d'absence plus longues ne conduisant pas à la perte du statut de résident (art. 9).

absences jusqu'à deux ans peuvent être ignorées (art. 16§4). Après 18 mois de résidence autorisée dans un Etat membre, les détenteurs de la carte bleue européenne et les membres de leur famille peuvent migrer dans un autre Etat membre (art. 18§1). Mais les Etats membres peuvent restreindre ces avantages si l'absence du migrant est liée à l'exercice d'une activité économique salariée ou indépendante, à la prestation de service volontaire ou au suivi d'études dans son pays d'origine (art. 16§5)³⁷⁰. On peut encore citer la Décision n°1/80 du Conseil d'association de l'Union européenne et de la Turquie, qui établit un régime particulier pour les travailleurs turcs³⁷¹. La décision prévoit le renouvellement du permis de travail après un an de travail avec le même employeur, trois ans de travail pour une même profession, ou quatre ans pour l'ensemble. Les absences pour congés, maternité, accident de travail, maladies de courte durée, entrent en compte et ne sont pas déduits. Notamment pour la période de trois années, les travailleurs turcs peuvent s'absenter jusqu'à deux fois 6 mois au plus, dans leur pays d'origine ou pour des raisons familiales.

Au sein de l'UE on assiste à l'éclatement des régimes applicables : on trouve d'une part un « droit commun de l'immigration »³⁷² et, d'autre part, des régimes spécifiques. Parmi ces derniers, on trouve notamment le régime des travailleurs saisonniers qui sont exposés à une plus grande précarité, ou encore le régime des travailleurs hautement qualifiés disposant de conditions d'admission et de séjour plus favorables. Le risque d'éclatement du droit commun est aussi lié au risque d'affaiblissement de l'application du droit du travail, en raison du « troc » entre l'ouverture des frontières et la diminution de la protection des travailleurs moyennement ou faiblement qualifiés³⁷³. C'est pourquoi une attention particulière doit être portée à l'approfondissement des droits des travailleurs migrants dans le cadre des migrations circulaires.

³⁷⁰ Directive n°2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, *JOCE* L 155, 16 juin 2009, p.17.

³⁷¹ Décision n°1/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980 relative au développement entre la Communauté économique européenne et la Turquie, consultable sur http://www.gisti.org/IMG/pdf/decision1-80_ce-turquie_1980-09-19.pdf. Voir également, European migration Network, *op.cit.*, p. 39-41.

³⁷² Bien que la législation de chaque Etat membre soit applicable, il existe des similitudes : le principe de l'autorisation, la délivrance d'un permis de séjour et de travail pour une ou deux années renouvelables, et l'obtention du statut permanent après une période de 5 ans ininterrompue et moyennant des ressources nécessaires. De plus, la situation de l'emploi peut être opposée au candidat, de sorte qu'il peut y avoir des systèmes de quotas. L'autorisation peut aussi valoir pour un secteur professionnel ou géographique donné. OIM, *Migrations Circulaires. Au-delà des promesses, quels risques ? Quelles opportunités ?*, *op.cit.*, p.51 et s.

³⁷³ *Ibid*, p.54 et s.

45. Migrations circulaires et approfondissement des droits des travailleurs migrants.

L'OIM attire l'attention sur le fait que, pour les travailleurs migrants, les migrations circulaires peuvent constituer un progrès ou un recul, en raison de la précarisation possible de la situation des travailleurs peu qualifiés (notamment les travailleurs saisonniers, bien que les travailleurs saisonniers soient exclus de la définition des travailleurs migrants dans les instruments internationaux spécifiques)³⁷⁴. Selon l'OIM, les migrations circulaires doivent s'accompagner de l'adoption et la consolidation du statut des travailleurs migrants, en adoptant des normes qui facilitent la circulation entre pays d'origine et pays de destination³⁷⁵. L'aide au retour et à la réintégration fait l'objet d'une attention particulière ; des mesures de coopération sont adoptées afin de lutter contre l'immigration irrégulière et d'aider les migrants en détresse à l'étranger à rentrer chez eux. Les conditions de retour des migrants occupent, depuis les années 1980, une place croissante dans l'action de l'OIM ; celle-ci souligne la « *nécessité d'appuyer les efforts des Etats dans le domaine de la migration de main-d'œuvre, notamment en ce qui concerne les mouvements de courte durée et d'autres types de migration circulaire* »³⁷⁶. Elle a notamment mis en place des programmes de retour volontaire assisté et de réintégration. Si les premiers programmes consistaient uniquement à faciliter le transport des personnes, ils offrent désormais un éventail de service pour aider à un retour dans les meilleures conditions possibles ; l'objectif de ces programme consiste à « *mettre les droits fondamentaux des migrants, y compris les droits procéduraux, au cœur des priorités* ». L'OIM insiste également sur l'anticipation du retour, et l'adoption nécessaire de mesures conçues pour aider les migrants à mobiliser et à exploiter des ressources supplémentaires, avant ou après le retour. Les aides au retour et à la réintégration dans le pays d'origine du migrant constituent une partie importante des programmes ou accords³⁷⁷. Mais afin de s'assurer que le retour perdure, les travailleurs migrants vont bénéficier d'aides à la réinstallation.

³⁷⁴ S'agissant des mesures d'approfondissement des droits des travailleurs migrants au sein de l'Union européenne, voir OIM, *Migrations Circulaires. Au-delà des promesses, quels risques ? Quelles opportunités ?*, op.cit., p.57 et s.

³⁷⁵ *Ibid*, pp.7-8.

³⁷⁶ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, op.cit., p.105.

³⁷⁷ *Ibid*, pp. 108-109. On peut citer par exemple un dispositif de recrutement et de migration circulaire encouragé par l'OIM : le Modèle de migration temporaire et circulaire de main-d'œuvre conclu entre la Colombie et l'Espagne ; ou encore le programme de migration saisonnière entre la Colombie et la région autonome de Catalogne. Pour plus de détails, v. OIM, *Migrations Circulaires. Au-delà des promesses, quels risques ? Quelles opportunités ?*, op.cit., p.61 et s.

§2- Les aides au retour et à la réinsertion

Que le retour des travailleurs migrants s'inscrive dans le cadre d'un programme de migration circulaire ou non, l'encouragement au retour peut se manifester de différentes façons. Les Etats restent souvent libres des moyens. Même dans le cadre de la Convention du Conseil de l'Europe qui prévoit pour les Etats de prendre « autant que possible » des dispositions appropriées pour assister les travailleurs migrants à l'occasion de leur retour, peu de précisions apparaissent. Généralement, les Etats d'accueil concluent avec les Etats d'origine des accords de coopération pour le retour des travailleurs migrants (A), ou promeuvent conjointement ou séparément la réintégration du travailleur migrant en valorisant son potentiel de développement (B).

A. La coopération avec les pays d'origine en vue du retour des travailleurs migrants

46. Les accords de coopération et l'objectif de retour. Dans son livre vert relatif à une politique communautaire de retour des personnes en séjour irrégulier de 2002, la Commission européenne souligne que « *le succès d'une politique en matière de retour des personnes en séjour irrégulier est subordonné à l'existence d'une coopération fructueuse avec les pays d'origine ou de transit concernés* »³⁷⁸. La coopération entre les pays d'origine et les pays de destination vise à proposer des emplois pour une durée limitée en échange, mais elle porte aussi sur le retour et la lutte contre l'immigration irrégulière. Parfois, le retour est promu par le pays d'origine qui souhaite récupérer son capital humain. Parfois encore, il est encouragé par le pays d'accueil qui souhaite réduire la pression migratoire sur la société et sur le marché du travail. L'Asie et le Pacifique ne comptent pas beaucoup d'accords de retour, excepté les Philippines qui depuis les années 1970 ont mis en place des programmes comme le « BSP » qui a permis le retour de nombreux migrants qualifiés³⁷⁹.

Du côté des pays de destination, la France conclut des accords bilatéraux d'assistance à la réintégration. L'Allemagne, quant à elle, met en place des services d'information des migrants sur les conditions générales de retour et sur les opportunités de réintégration professionnelle,

³⁷⁸ Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM/2002/0175 final, consultable sur :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0175:FR:HTML>.

³⁷⁹ L. MARMORA, *op.cit.*, pp.301-302.

et l'Office fédéral allemand pour l'emploi a mis en place des services de consultation. Certains accords de retour identifient les postes nécessaires dans les pays d'origine pour ensuite promouvoir le retour des migrants. D'autres, à l'inverse, encouragent d'abord leur retour pour ensuite aider à leur réinsertion³⁸⁰. L'OIM souligne, dans son rapport de 2011, que des pays du Sud de l'Europe comme l'Espagne et l'Italie ont adopté des accords de coopération avec les pays d'origine et de transit. Toutefois, le retour suppose que l'Etat d'origine réadmette le migrant indésiré.

Le droit au retour se voit affirmé dans les instruments de protection internationale des droits de l'homme, mais pour l'encourager, les Etats n'hésitent pas à conclure des accords de réadmission.

47. Les accords de réadmission pour lutter contre l'immigration clandestine. Comme nous l'avons déjà indiqué, la lutte contre l'immigration indésirée, et particulièrement l'immigration clandestine, constitue une priorité pour les Etats de destination qui adoptent des programmes en ce sens. Un travailleur étranger se trouve en situation irrégulière quand il est entré illégalement sur le territoire, ou si, à l'expiration de son titre de séjour, il demeure sur le territoire sans autorisation. C'est pourquoi les Etats d'origine favorisent *a priori* des voies légales d'immigration, mais n'hésitent pas à conclure des accords de réadmission pour gérer le flux de migrants *a posteriori*. Le nombre d'accords de réadmission conclus n'a cessé d'augmenter depuis les années 1980, particulièrement pour les pays d'Europe occidentale³⁸¹. On peut notamment mentionner la conclusion d'accords de réadmission entre les Etats membres de l'Union européenne et des pays d'origine ou de transit. L'objet de ces accords est de faciliter la réadmission dans leur pays d'origine des personnes en séjour irrégulier dans un Etat membre. Le 30 novembre 1994, le Conseil a adopté une recommandation proposant un modèle-type d'accord de réadmission qui sera utilisé à partir de cette date³⁸². L'accord-type bilatéral de réadmission doit respecter les instruments de droits de l'homme, notamment les instruments relatifs à la protection des migrants ; en vertu de cet accord, le pays d'origine signataire s'engage à réadmettre sans formalités sur son territoire toute personne possédant sa nationalité qui se trouve en situation irrégulière sur le territoire de l'autre pays signataire. Le transit peut également être prévu sur le territoire des deux pays sans document particulier. Des

³⁸⁰ *Ibid.*, p.302.

³⁸¹ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, *op.cit.*, p.108.

³⁸² Recommandation du Conseil du 30 novembre 1994 concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers, *JOCE* C 274, 19 septembre 1996 p.20.

délais sont déterminés pour introduire une demande de réadmission et pour y répondre, et les frais occasionnés doivent être assumés par la partie sollicitant la réadmission. Certaines dispositions concernent également la protection des données à caractère personnel. Parfois, la réadmission apparaît sous la forme de clauses dans les accords mixtes conclus entre l'Union et un pays tiers. On peut donc se demander dans quelle mesure la réadmission ne devient pas une condition à la conclusion d'accords commerciaux ou d'aide au développement³⁸³.

Le 24 juillet 1995, le Conseil a adopté une autre recommandation : la Recommandation concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission³⁸⁴, complétée par une Décision du 15 décembre 1997 du Comité exécutif Schengen³⁸⁵. La procédure de réadmission doit être écrite. Ces principes prévoient des formulaires communs pour la remise des personnes. Une procédure accélérée informelle est prévue quand la personne est arrêtée en zone frontalière. L'identification des personnes se fait sur preuve ou présomption de nationalité selon les documents qu'elle détient, même si certains migrants détruisent ou dissimulent leurs papiers. Un formulaire particulier est proposé pour la réadmission ou le renvoi en transit sous escorte. En 1999, la Finlande a introduit une proposition de règlement du Conseil en matière de réadmission, mais la question n'est aujourd'hui pas complètement communautarisée³⁸⁶. Cela n'a cependant pas empêché la conclusion d'accords de réadmission au niveau européen. Par exemple, un accord a été conclu avec le Pakistan en juin 2010³⁸⁷ ; « *Cet accord a pour principal objectif d'établir [...] des procédures rapides et efficaces d'identification et de rapatriement en toute sécurité et en bon ordre [des Pakistanais en séjour irrégulier sur les territoires de l'UE]* »³⁸⁸.

³⁸³ Le 2 décembre 1999, le Conseil a adopté une décision concernant les clauses de réadmission dans les accords communautaires et dans les accords mixtes [non publié au Journal officiel]. Après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, les clauses de réadmission devront être insérées dans tous les accords conclus entre l'UE, ses Etats membres et les pays tiers. La signature de ces clauses est donc obligatoire.

³⁸⁴ Recommandation du Conseil du 24 juillet 1995 concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission, *JOCE* C 274 du 19 septembre 1996, p.25.

³⁸⁵ Décision du Comité exécutif du 15 décembre 1997 concernant l'harmonisation de la politique en matière de visas [SCH/Com-ex (97) 32], *JOCE* L 239, 22 septembre 2000 p.18. Le 15 décembre 1997, le Comité exécutif Schengen a adopté une décision portant sur les principes directeurs concernant les moyens de preuve et les indices dans le cadre des accords de réadmission entre les États Schengen [non publié au Journal officiel]. Cette décision établit une liste commune de preuves permettant d'établir le séjour ou le transit d'une personne en situation illégale, ainsi qu'une liste d'indices permettant de présumer ce séjour ou ce transit.

³⁸⁶ *Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier*, *op.cit.*, point 3.2.

³⁸⁷ Accord du 26 octobre 2009 entre la Communauté européenne et la République islamique du Pakistan concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JOUE* L 287, 4 novembre 2010, p.52.

³⁸⁸ Voir le communiqué de presse publié par le Conseil de l'Union européenne, à l'adresse : http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/jha/116919.pdf (site consulté le 15 octobre 2014), cité par OIM, *Rapport 2011, op.cit.*, p.73.

Si la réadmission exprime une vision négative des migrations, celles-ci vont néanmoins faire l'objet d'une valorisation dans le cadre du développement auquel elles peuvent contribuer dans le pays d'origine.

B. Potentialisation des migrations de retour et aide au développement

48. Les migrations de travailleurs et le développement des pays d'origine. De nombreuses études récentes remettent en cause les préjugés qui entourent les migrations³⁸⁹ ; elles soulignent notamment le lien entre migration et développement, tant dans les pays d'origine que dans les pays de destination. Il est aujourd'hui admis que le potentiel de développement dépend des mesures qui facilitent les migrations car elles permettent d'éviter de se trouver dans une situation trop vulnérable. Nous nous intéressons ici au lien avec le développement des pays d'origine. Si l'exode des cerveaux a largement été dénoncé dans les années 1960 et 1970, les pays d'origine tentent aujourd'hui de valoriser le potentiel de développement des travailleurs migrants. Pendant l'absence de leurs ressortissants, la contribution au développement se fait essentiellement grâce aux transferts de fonds. Lors du retour du migrant, qu'il soit définitif ou temporaire, l'apport en termes de développement est également important grâce aux ressources économiques et aux compétences acquises dans le pays de destination. La valorisation des travailleurs migrants permet d'encourager le retour de celui-ci. Or, ce retour est souvent difficile en raison du manque d'opportunités de travail dans le pays d'origine ou d'une éventuelle perte de liens avec celui-ci³⁹⁰. L'objectif, pour les pays d'origine, est donc de « réintégrer » ou « récupérer » les compétences des migrants. Les études s'accordent sur le fait qu'aucun pays d'origine ne souhaite de retours massifs en raison des problèmes socio-économiques internes que cela provoquerait, ou de la baisse consécutive des transferts de fonds. L'évaluation de l'impact des migrations de retour est en réalité controversée ; les effets positifs peuvent être certains, notamment en Croatie ou en Italie, ou au contraire limités au cadre individuel, comme dans de nombreux pays méditerranéens. C'est

³⁸⁹ Voir rapports du PNUD et de l'OCDE *supra* n°48.

³⁹⁰ *Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier*, COM/2002/0175 final, *op.cit.*

pourquoi peu de pays d'origine ont adopté une politique cohérente de retour de leurs ressortissants ou des programmes permettant leur réintégration socio-économique³⁹¹.

49. La récupération des compétences des travailleurs migrants. Il existe un « *rapport étroit entre le problème de développement économique et celui de l'immigration* »³⁹². C'est pourquoi, la récupération des compétences des migrants fait soit l'objet de mesures unilatérales de certains pays d'origine, soit s'inscrivent dans le cadre de programmes mis en place par des organisations internationales. Les politiques de récupération des migrants visent à encourager le retour physique de la population émigrée ou à optimiser la contribution potentielle des migrants à la société d'origine. Le capital humain doit être valorisé. Les programmes quant à eux sont de deux types : de retour et d'implication des immigrés³⁹³. L'OIM s'est très vite intéressée à l'impact du retour sur le développement. Le préambule de la Constitution de l'OIM de 1989 dispose que « *la migration peut stimuler la création de nouvelles activités économiques dans les pays d'accueil et qu'une relation existe entre la migration et les conditions économiques, sociales et culturelles dans les pays en développement* ». Face aux inquiétudes liées à la fuite des cerveaux dans les pays en voie de développement, l'OIM a abandonné sa stratégie initiale. Elle a opté pour l'adoption de programmes de retour permanent des nationaux qualifiés, programmes destinés essentiellement aux pays africains et asiatiques. Parmi les programmes novateurs, on peut citer le programme RQAN (retour et réintégration de nationaux africains qualifiés) qui a pour objet de renforcer le rôle des migrants hautement qualifiés dans les processus de développement socio-économique, technique et scientifique dans les pays d'origine³⁹⁴. Les programmes, qui se sont diversifiés et complexifiés tout au long des années 1980 et 1990, permettent de nombreux retours. Mais les programmes RQAN n'ont pas empêché la fuite des cerveaux et les retours restent souvent de courte durée. Ces programmes ont donc fait l'objet de quelques réaménagements. En 2001, l'OIM a lancé une initiative Migrations pour le développement en Afrique (MIDA), plus souple, et axée sur le transfert de compétences et les

³⁹¹ L. MARMORA, *op.cit.*, pp.299-300. En Amérique Latine, des pays comme le Chili, l'Argentine ou la Colombie ont intégré des programmes de retour à leur réglementation et des objectifs de politique migratoire depuis les années 1970.

³⁹² Résolution de la Conférence de Bruxelles créant le Comité intergouvernemental provisoire des mouvements migratoires en Europe, 1951.

³⁹³ L. MARMORA, *op.cit.*, p.297. Pour plus de détails sur les différents programmes de retour, voir p.303 et s.

³⁹⁴ Cadre pour une politique migratoire de l'OIM en Afrique subsaharienne, 17 novembre 2000, MC/INF/244, 2000.

retours de courte durée³⁹⁵. D'autres programmes ont également été mis en œuvre dans d'autres régions, notamment en Asie ou en Amérique latine qui sont les principaux bénéficiaires des envois de fonds de la part des migrants. Mais dans ces régions, la valorisation du potentiel des migrants s'est essentiellement concentrée sur l'utilisation des transferts de fonds plutôt que sur les programmes de retour³⁹⁶. Par ailleurs, la contribution potentielle des migrants au développement des pays d'origine a donné lieu à la création de la plate-forme « migration4development » par le PNUD ; celle-ci vise à promouvoir les projets de coopération entre les communautés migrantes et celles de leurs pays d'origine³⁹⁷.

Le retour volontaire du migrant est privilégié et encouragé, soit en favorisant des séjours temporaires, soit par l'adoption de mesures encourageant le retour et la réintégration à l'expiration de son autorisation de travail. Il n'en demeure pas moins, et c'est toute autre chose, que pendant son séjour le travailleur migrant peut faire l'objet d'une mesure d'éloignement. Le retour est alors contraint. Ici, la liberté des Etats n'est pas totale : les instruments internationaux relatifs à la protection des travailleurs migrants et les instruments relatifs à la protection internationale des droits de l'homme encadrent leur compétence d'éloigner des étrangers de leur territoire.

SECTION II : L'encadrement de l'éloignement contraint par l'Etat d'accueil

Comme nous l'avons mis en évidence au début de cette étude, les Etats ont très tôt revendiqué une compétence exclusive concernant l'admission des étrangers sur leur territoire. Dans l'affaire *Chinese Exclusion Case*, par exemple, les Etats-Unis arrêtent l'immigration chinoise et expulsent des ressortissants chinois, malgré l'existence d'accords internationaux avec la Chine. En l'espèce, la Cour suprême consacre la liberté souveraine des Etats-Unis d'exclure

³⁹⁵ OIM, MIDA, *La mobilisation des Africains pour le développement de l'Afrique*, Genève, 2004, 20 p.

³⁹⁶ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, op.cit., p. 110 et s.

³⁹⁷ On peut citer l'exemple du projet « *Fortalecimiento de la cadena productiva del café orgánico en la Provincia de Loja* » (renforcement de la chaîne productive du café organique dans la province de Loja), créé par l'organisation Fideicomiso Ecuatoriano de Cooperación para el Desarrollo (FECD). Le but de ce programme est de créer un réseau social entre les migrants équatoriens d'Espagne et leurs familles en Equateur, pour le financement de mécanismes promouvant la production de café organique. Programme consultable sur : <http://www.migration4development.org/content/fortalecimiento-cadena-productiva-del-caf%C3%A9-org%C3%A1nico-provincia-loja>

les étrangers³⁹⁸. On peut également se référer aux juridictions françaises qui voient dans le droit d'expulser des étrangers une prérogative d'ordre public³⁹⁹, mais les mesures d'expulsion ont longtemps été considérées comme des actes de gouvernement insusceptibles de recours contentieux⁴⁰⁰, jusqu'à un revirement de jurisprudence⁴⁰¹.

Si le principe applicable aux étrangers, sauf accord contraire, reste celui de l'autorisation pour l'entrée et l'exercice d'une activité lucrative, la compétence de l'Etat a au contraire fait l'objet d'un encadrement plus strict concernant l'éloignement des étrangers, et des travailleurs étrangers en particulier⁴⁰². Nous devons à ce stade introduire une précision terminologique à propos des termes qui seront utilisés dans cette partie de l'étude. Nous utiliserons indistinctement les expressions « éloignement » et « expulsion » ; comme le souligne D. P. O'Connell, le droit international est indifférent à la distinction qui peut parfois être faite en droit interne entre la déportation, qui vise l'acte de déplacer des personnes dont l'entrée initiale est illégale, et l'expulsion qui désigne la fin de l'entrée légale et du droit de rester. L'auteur précise également qu'une distinction est parfois faite entre la reconduite à la frontière des personnes indésirées, et l'expulsion à proprement parler, mais cette distinction n'est pas toujours pertinente, ni en droit international, ni en droit interne⁴⁰³. L'article 2 alinéa a) du projet d'articles de 2014 de la CDI définit l'expulsion comme « *un acte juridique ou d'un comportement attribuable à un État par lequel un étranger est contraint de quitter le territoire de cet État; elle n'inclut pas l'extradition vers un autre État, ni le transfert à une juridiction pénale internationale, ni la non-admission d'un étranger dans un État* »⁴⁰⁴.

Concernant les travailleurs étrangers, l'éloignement peut être décidé par l'Etat d'accueil à la fin du séjour de celui-ci, en cas du non-renouvellement de ses autorisations de séjour et de travail ; l'éloignement peut par ailleurs être prononcé de manière anticipée avant l'expiration des autorisations⁴⁰⁵. L'enjeu, au niveau international, a été d'éviter les éloignements arbitraires et massifs de travailleurs étrangers par l'Etat d'accueil soucieux de protéger son

³⁹⁸ Supreme Court, *Chinese Exclusion Case* 130 U.S. 581 (1889), pp.602-603.

³⁹⁹ Cour cass. 20 février 1979, *Batchono*, Bull., p 208.

⁴⁰⁰ CE, 4 août 1936, *Naundorff*, *Leb.* 380.

⁴⁰¹ CE, 14 mars 1884, *Morphy*, *Leb.* 215. Voir P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.747. En faveur d'une liberté totale d'expulser les étrangers : H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in International Community*, Oxford, Oxford University Press, 1933, p.289. Voir aussi L. OPPENHEIM, *International Law*, London, Longmans, 1955, Vol. I, p.675.

⁴⁰² S. SAROLEA, *op.cit.*, p.330.

⁴⁰³ D. P. O'CONNELL, *op.cit.*, p.711.

⁴⁰⁴ CDI, *Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs*, 66e session, 2014, A/69/10, p.4.

⁴⁰⁵ Pour plus de détails sur la distinction entre les migrants « légaux » et « illégaux », voir CDI, sixième rapport sur l'expulsion des étrangers, présenté par M. KAMTO, rapporteur spécial, 62^e session, A/CN.4/625/Add.1, p.3 et s.

marché du travail, et d'offrir des garanties relatives aux modalités d'éloignement du travailleur étranger. Une expulsion arbitraire est une expulsion qui n'est pas justifiée de manière adéquate, et en même temps illégale dans ses modalités d'exécution. Les Etats devront alors justifier de raisons légitimes à l'éloignement (§1), et celui-ci devra se faire dans le respect de certaines modalités (§2).

§1- La définition des causes légitimes d'éloignement

En 1891, l'Institut du droit international a rejeté l'idée qu'un Etat puisse expulser arbitrairement des étrangers et s'est prononcé en faveur de la justification par l'Etat de raisons très graves, telles que des différences fondamentales de culture et de civilisation ; en cas de guerre ou d'épidémie l'exclusion doit être autorisée de manière temporaire mais la protection des travailleurs face à la compétition ne constitue pas une raison suffisante. En 1897, l'Institut a confirmé ses thèses, et dans son projet de Convention sur l'émigration et l'immigration, il n'a autorisé l'exclusion des étrangers que pour des raisons de stricte nécessité de défense de l'ordre social et public⁴⁰⁶. La CPIJ est allée dans ce sens dans l'affaire du *traitement des nationaux polonais de Dantzig*, en refusant de valider l'argument selon lequel un Etat peut exclure tous les étrangers⁴⁰⁷. Comme l'a souligné le juge Read dans l'affaire *Nottebohm*, en admettant un étranger, l'Etat établit des relations juridiques avec l'Etat national⁴⁰⁸. La pratique des tribunaux internationaux, mais aussi des juridictions internes⁴⁰⁹, est donc allée dans le sens d'une limitation du pouvoir de l'Etat d'expulser des étrangers⁴¹⁰. Pour expulser des étrangers, les Etats devront justifier de raisons impérieuses (B) ; les difficultés liées à l'emploi des travailleurs étrangers admis ne constituent pas un motif suffisant (A).

⁴⁰⁶D. P. O'CONNEL, « Personal jurisdiction on aliens », *op.cit.*, p.695. Dans le même sens que l'IDI, J. IRAZAMY Y PUENTE, « Exclusion and expulsion of Aliens in Latin America », 36 *AJIL* (1926) 14, p.23. Il affirme qu'il est possible pour les Etats exclure ou d'expulser des étrangers pour de bonnes raisons, notamment la défense de l'Etat, la paix sociale, la sécurité individuelle et l'ordre public.

⁴⁰⁷ CPIJ Ser/A/B No. 44 (1932) p.41. Voir aussi l'opinion d'Umpire Ralston dans l'affaire *Boffolo*, Arbitrages vénézuéliens de 1903, p.696.

⁴⁰⁸ CIJ, 1955, Rec. p. 34-46. Une opinion similaire a été exprimée par le juge Chagla dans l'affaire CIJ, 12 avril 1960, *Droits de passage sur le territoire indien (fond)*, Rec. 1960 pp.6- 119.

⁴⁰⁹ Il a notamment été jugé qu'une personne ayant résidé au moins dix ans sur le territoire d'un Etat, ne pouvait être expulsée sauf pour raison d'ordre public présentant un caractère particulièrement grave *Expulsion of Foreign National (Germany)* case, ILR, Vol. 32, p. 255. Voir dans le même sens, Cour de cass. du Costa Rica, *Hearn v. Consejo de Gobierno*, 1962, 32 *Int'l L. Rep.* 257 ; et Cons. D'Etat de Belgique, *Ouriaghi v. Belgium State*, 1960, 31 *Int'l L. Rep.* 352. I. A. SHEARER, *Extradition in international law*, Manchester, University Press, 1971, p.85

⁴¹⁰ R. PLENDER, *op.cit.*, pp.3-4.

A. Les garanties spécifiques liées à l'emploi.

50. L'interdiction de l'éloignement en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle. S'inspirant des travaux de l'IDI, les instruments relatifs à la protection des travailleurs migrants vont introduire des garanties spécifiques contre l'éloignement du territoire d'un travailleur étranger qui, pendant la durée de son séjour autorisé, rencontre des difficultés liées à son emploi. La première difficulté envisagée concerne la survenance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. L'article 8§1 de la Convention OIT de 1949 prévoit l'impossibilité pour les Etats d'accueil d'éloigner un travailleur migrant et les membres de sa famille autorisés à le rejoindre, si un accident ou une maladie survenue après l'arrivée du travailleur l'empêche d'exercer son activité. Toutefois cette disposition ne concerne que les travailleurs admis à titre permanent⁴¹¹. L'article 25§1 de la Recommandation de 1949 énonce la même garantie mais l'étend à tous les travailleurs, permanents ou non. La Convention de 1975 ne contient aucune disposition de la sorte, et la Recommandation de la même année n'envisage les accidents et maladies professionnelles que sous l'angle de l'indemnisation ; elles n'énoncent aucune garantie contre l'éloignement. La Convention de New York de 1990 est elle aussi silencieuse sur cette question. L'article 9§4 de la Convention du Conseil de l'Europe dispose, en revanche, que la cessation de l'occupation d'un emploi, frappant le travailleur étranger d'une incapacité temporaire de travail résultant d'un accident ou d'une maladie, ne permet pas d'éloigner le travailleur pendant au moins 5 mois. L'article 20 précise que les travailleurs étrangers doivent bénéficier de la même prévention des accidents et maladies professionnelles que les nationaux, et des mêmes modalités de réadaptation. Pour ce faire, le travailleur étranger doit demeurer sur le territoire de l'Etat d'emploi. Toutefois, l'intéressé doit aussi manifester son intention de demeurer dans le pays d'accueil pour bénéficier des mesures de remplacement. La garantie contre l'éloignement en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle découle du principe de l'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et travailleurs étrangers en matière d'hygiène et de

⁴¹¹ Une petite nuance est introduite à l'article 8§2 pour les travailleurs migrants qui seraient admis dès leur arrivée à titre permanent : « l'autorité compétente [du pays d'accueil] peut décider que les dispositions du paragraphe 1 du présent article ne prendront effet qu'après un délai raisonnable, qui ne sera, en aucun cas, supérieur à cinq années, à partir de la date de l'admission de tels migrants ».

sécurité au travail. Néanmoins, la garantie contre l'éloignement dans la Convention de New York, n'est pas énoncée pour une durée indéterminée, contrairement à la Convention du Conseil de l'Europe. Plus délicate encore est la question de la perte de l'emploi autorisé.

51. L'interdiction temporaire de l'éloignement en cas de perte de l'emploi. La garantie contre l'éloignement en cas de perte de l'emploi a été plus difficile à inscrire dans les instruments internationaux car l'autorisation de séjour est justifiée par l'exercice d'une activité déterminée. La Convention de l'OIT de 1949 ne prévoit pas une telle garantie. Les difficultés qui peuvent survenir quant à l'exécution de l'activité sont uniquement envisagées dans la Recommandation complémentaire qui invite les Etats à éviter l'éloignement et encourage le remplacement⁴¹². L'article 8 de la Convention OIT de 1975, quant à elle, énonce clairement la garantie ; elle dispose qu'« [1.] à la condition qu'il ait résidé légalement dans le pays aux fins d'emploi, le travailleur migrant ne pourra pas être considéré en situation illégale ou irrégulière du fait même de la perte de son emploi, laquelle ne doit pas entraîner par elle-même le retrait de son autorisation de séjour ou, le cas échéant, de son permis de travail. 2. Il devra, en conséquence, bénéficier d'un traitement égal à celui des nationaux, spécialement en ce qui concerne les garanties relatives à la sécurité de l'emploi, le reclassement, les travaux de secours et la réadaptation ». Le travailleur étranger ne pourra donc pas être éloigné du fait de la perte de son emploi avant l'expiration de son titre de séjour, si pendant cette période il ne retrouve pas d'emploi⁴¹³. Reprenant les dispositions du paragraphe 18.1 de la Recommandation de 1949, les paragraphes 30 et suivants de la Recommandation de 1975 apportent des précisions sur le délai pour bénéficier de la garantie ; celui-ci devrait au moins correspondre à la période pendant laquelle il pourrait avoir droit aux prestations de chômage⁴¹⁴. La convention de New York, quant à elle, dispose à l'article 49§2

⁴¹² L'article 18§1, 23§1 et 24 de la Recommandation de 1949.

⁴¹³ Dans son étude de 1999 sur les travailleurs migrants, le BIT met en évidence que l'interprétation de ces dispositions par les Etats a soulevé des difficultés ; l'utilisation de l'expression « en conséquence » semble signifier que la disposition du paragraphe 2 ne constitue pas une fin en soi mais un moyen de réaliser l'objectif du paragraphe 1. Si l'objectif est de faciliter le rétablissement de la situation antérieure au moment de la perte de l'emploi, il ne peut s'agir de faire bénéficier au travailleur migrant de plus de droit qu'à l'origine, ni de le placer dans une situation plus avantageuse que le travailleur migrant qui n'a pas perdu son emploi. Le traitement égal dont bénéficie le travailleur migrant en cas de perte de son emploi ne vaut que pour la durée du titre de séjour ou de l'autorisation de travail, et les garanties peuvent être soumises aux conditions du permis de travail. L'Etat n'est donc pas contraint de prolonger le permis résidence, mais est contraint à assurer une égalité de traitement en cas de perte de l'emploi pendant la durée de validité du permis. OIT, *Travailleurs migrants*, op.cit., pp.244-245.

⁴¹⁴ Contrairement à la Convention, la Recommandation semble supposer un prolongement de l'autorisation de résidence. Elle prévoit également l'hypothèse où un recours a été introduit contre le licenciement, lequel a un effet suspensif.

que « *les travailleurs migrants qui, dans l'Etat d'emploi, sont autorisés à choisir librement leur activité rémunérée,*⁴¹⁵ *ne sont pas considérés comme étant en situation irrégulière et ne perdent pas leur permis de séjour du seul fait que leur activité rémunérée cesse avant l'expiration de leur permis de travail ou autorisation analogue* ». L'article 51 prévoit la même garantie pour les travailleurs dont l'activité n'est pas librement choisie. Toutefois, l'article 49§3 est plus précis puisqu'il énonce que la garantie doit valoir « *pour la période pendant laquelle ils peuvent avoir droit à des prestations de chômage* » alors que l'article 51 n'envisage la garantie que pour « *la période de validité restant à courir de leur permis de travail* ». L'article 56§2 ajoute que, dans tous les cas, « *l'expulsion ne doit pas être utilisée dans le but de priver les travailleurs migrants ou des membres de leur famille des droits découlant de l'autorisation de séjour et du permis de travail* ».

Au niveau de l'Europe, l'article 9§4 déjà mentionné de la Convention du Conseil de l'Europe, affirme un droit de rester sur le territoire de l'Etat pendant au moins 5 mois, mais exclut la permanence sur le territoire pour la durée totale pendant laquelle l'allocation chômage est versée. L'article 24 énonce l'égalité de traitement avec les nationaux pour le bénéfice des garanties liées à l'expiration du contrat de travail ou le licenciement⁴¹⁶. L'article 25 ajoute la facilitation du remplacement du travailleur étranger en cas de perte de l'emploi. En droit de l'Union européenne, nous avons déjà mis en évidence que pour rester sur le territoire d'un autre Etat membre au-delà de trois mois, les ressortissants des Etats membres doivent justifier de ressources. Il est intéressant de préciser que cette activité peut être potentielle et donc concerner la situation de recherche d'un emploi pendant au moins six mois comme l'a admis la Cour dans l'affaire *Antonissen* de 1991⁴¹⁷. La garantie concerne également le droit de demeurer sur le territoire si l'intéressé a déjà exercé un emploi ; ce droit est consacré pour une

⁴¹⁵ Ce qui n'est pas le cas de tous les travailleurs étrangers qui peuvent spécifiquement être recrutés pour un emploi déterminé. Or, la même garantie est prévue à l'article 51 pour les travailleurs qui ne peuvent choisir librement leur activité.

⁴¹⁶ L'article 24 prévoit que le travailleur étranger bénéficie d'une égalité de traitement avec les travailleurs nationaux, en vertu de la loi et des conventions collectives applicables notamment en cas de licenciement individuel ou collectif concernant « *la forme et la durée du préavis de licenciement, les indemnités légales ou conventionnelles, et celles auxquelles il aurait éventuellement droit en cas de rupture abusive de son contrat de travail* ».

⁴¹⁷ Dans l'affaire *Antonissen* du 26 février 1991 (C 292/89, *Rec.* 1991, p.I-745), la CJCE a admis qu'un délai de 6 mois était raisonnable, mais ce délai peut être prolongé si le ressortissant prouve qu'il continue à chercher et a des chances réelles d'être engagé. Le Règlement n°1612/68 qui reconnaît un droit d'accès à l'emploi est donc interprété dans un sens assez favorable pour les ressortissants de l'Union.

durée illimitée en cas d'incapacité permanente, et pour une durée limitée en cas de chômage involontaire ou d'incapacité temporaire de travail⁴¹⁸.

On constate donc que l'incapacité involontaire de travail, au moins pendant la validité du titre de séjour, ne constitue pas un motif légitime pour éloigner un travailleur étranger du territoire et constitue un « *abus de droit* »⁴¹⁹. D'autres motifs qui ne sont pas liés à l'emploi lui-même peuvent également motiver l'éloignement.

B. Les garanties générales liées à l'ordre public

52. Le fondement de la nécessité d'invoquer un motif légitime lié à l'ordre public. Nous nous interrogerons ici sur les raisons qui peuvent légitimer l'expulsion d'un étranger. Les motifs légitimes sont les mêmes pour les travailleurs migrants que pour les autres catégories d'étrangers. La doctrine majoritaire reconnaît qu'il existe des limites au pouvoir d'expulsion des Etats et les tribunaux examinent la légitimité des mesures d'expulsion. Le problème qui se pose est la conciliation entre la liberté de l'Etat et le respect des droits de l'homme. Toutefois, la volonté des Etats d'avoir des règles communes est assez limitée. L'IDI a fait office de précurseur en adoptant en 1892 des « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers »⁴²⁰, énumérant les cas d'expulsion autorisée qui, dans tous les cas, doivent être « *conformes aux principes du droit des gens* ». En 1915, Edwin Borchard écrivait que le droit pour un Etat d'exclure tous les étrangers n'était pas compatible avec la participation d'un Etat à la SDN⁴²¹. En 1925, Nicolas Politis applique la théorie de l'abus de droit à l'expulsion et relève qu'il est paradoxal de permettre à un étranger de s'installer et de travailler, sans le protéger contre l'expulsion arbitraire qui peut causer sa ruine⁴²². Dans la plupart des cas, les premières contestations de mesures d'expulsion s'inscrivent dans le cadre d'une procédure

⁴¹⁸ Voir le Règlement n°1251/70 de la Commission du 29 juin 1970 relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi, *JOCE* L 142/24 du 30 juin 1970. Ces principes sont également repris dans la Directive n°2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

⁴¹⁹ S. SAROLEA, *op.cit.*, p.450.

⁴²⁰ *Annuaire de droit international*, Edition nouvelle abrégée, vol. III (1892-1896), p.219 et s.

⁴²¹ E. M. BORCHARD, *Diplomatic Protection of Citizen Abroad or the law of International Claims*, New-York, 1915, p.36.

⁴²² N. POLITIS, « Le problème de la limitation de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, t. 6, 1925-I, pp.101-107.

d'arbitrage et portent sur la légitimité et la nécessité de ces mesures pour des raisons liées à l'ordre public ou à la sécurité publique. Mais les jurisprudences ne sont ni unanimes ni constantes quant aux limites du pouvoir d'expulser. Parfois, il a été jugé que le simple fait que les circonstances de l'expulsion n'aient pas été difficiles à vivre pour le migrant ne pouvait donner lieu à réparation⁴²³ ; dans d'autres cas en revanche, l'arbitrage a donné lieu à une indemnité pour non-respect des procédures conventionnelles ou pour absence de justification ou défaut de base légale⁴²⁴.

Si des limites au pouvoir d'éloigner existent, elles sont variables. Le contrôle des mesures peut être restreint : contrôle de l'excès de pouvoir quand la motivation est inadéquate et insuffisante. Au contraire, le contrôle peut parfois porter sur le fond, c'est-à-dire sur la conformité au droit international de la mesure, sur l'existence d'un danger réel ou sur la proportionnalité de la mesure⁴²⁵. Depuis la seconde Guerre mondiale, le recours à l'arbitrage en matière d'admission et d'expulsion des étrangers s'est raréfié⁴²⁶ car le droit de recours des intéressés devant les juridictions internes s'est généralisé. Aujourd'hui, il est généralement admis que, dans le cadre du séjour autorisé d'un étranger, l'éloignement de celui-ci doit être nécessaire à la protection d'un objectif légitime.

53. L'invocation du motif légitime lié à l'ordre public. La question qui retiendra ici notre attention concerne la manière d'interpréter la légitimité du motif d'éloignement. Les instruments relatifs à la protection des travailleurs migrants envisagent souvent les modalités de l'expulsion mais n'évoquent pas les raisons légitimes de l'expulsion. La distinction est soulignée par M. Kamto : « *le droit d'expulser et ses limites intrinsèques constituent des règles primaires, les principes encadrant l'exercice de ce droit constituent des règles secondaires* »⁴²⁷. Par exemple, l'article 56§1 de la Convention de New York dispose que « *les travailleurs migrants et les membres de leur famille visés dans la présente partie de la Convention ne peuvent être expulsés de l'Etat d'emploi que pour des raisons définies dans la législation nationale dudit Etat, et sous réserve des garanties prévues dans la troisième partie* ». Aucune précision ne figure donc sur les raisons qui sont librement déterminées dans

⁴²³ Affaires *White* (*Recueil des arbitrages internationaux*, T. I, p. 304) ; Mexican-American Commission, *Lacoste*, 1868 (*Moore*, p. 3346 cité par N. POLITIS, 1925, *op.cit.*, p.10)

⁴²⁴ Voir S. SAROLEA, *op.cit.*, pp.455-456.

⁴²⁵ *Ibid*, pp.456-457.

⁴²⁶ La seule sentence concerne l'Affaire de l'expulsion du personnel de l'ambassade des Etats-Unis d'Iran, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. III, BXVI 142-148, p. 616 s., n° 3349-3350 ; (1987) Iran-US C.T.R. 35.

⁴²⁷ Commission du Droit international, *Troisième rapport sur l'expulsion des étrangers*, A/CN.4/581, 59^e session, 2007, p.11.

la législation nationale. Toutefois, selon R. Plender, le standard minimum de traitement suppose une raison valable à l'expulsion⁴²⁸. La jurisprudence internationale est peu explicite s'agissant du contenu du droit international permettant d'examiner la validité de la mesure d'éloignement. Il ressort des premières affaires, *Boffolo*⁴²⁹ et *Paquet*⁴³⁰ notamment, que des limites existent, mais ces affaires n'apportent pas de réelles précisions. L'affaire *Loubriel* révèle que les motifs légitimes doivent concerner l'ordre interne et être graves⁴³¹. Dans son troisième rapport sur l'expulsion des étrangers, la Commission du droit international, met en évidence que les commissions et les juridictions régionales des droits de l'homme reconnaissent elles aussi que le droit d'expulser des étrangers dans le but de préserver l'ordre public constitue une règle bien établie en droit international⁴³².

Les développements jurisprudentiels ultérieurs ont progressivement révélé que les motifs légitimes d'éloignement tiennent à la protection de l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique⁴³³. Par exemple, sur l'appréciation des « raisons impérieuses de sécurité nationale », le Comité des droits de l'homme rappelle, dans l'affaire *J.R.C. c. Costa Rica*, « qu'il n'appartient pas au comité de juger de l'appréciation que fait un Etat souverain du risque que pose un étranger pour sa sécurité » ; en principe, les raisons impérieuses de sécurité nationale doivent être exceptionnelles et viser les cas d'expulsion de terroristes ou d'espions susceptibles de mettre gravement en danger la situation politique ou militaire de l'Etat⁴³⁴. Dans l'affaire *Nada c. Suisse* du 2 septembre 2012, relative à l'interdiction d'accès en Suisse d'une personne dont le nom figure sur la liste d'une résolution du Conseil de sécurité dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, la CEDH opère un contrôle approfondi. Après avoir considéré que la Suisse disposait d'une marge de manœuvre dans la mise en œuvre de la résolution du Conseil de sécurité, la Cour rappelle la nécessité d'un « *besoin*

⁴²⁸ R. PLENDER, *op...*, p.460.

⁴²⁹ X U.N.R.I.A.A. (1903) 528 et 531. Dans cette affaire, l'arbitre affirme qu'« on ne peut mettre en doute qu'il existe un droit général, pour les États, d'expulser les étrangers, au moins pour une juste cause [...] ».

⁴³⁰ IX U.N.R.I.A.A. (1903) 323. La Commission mixte des réclamations Belgique-Venezuela s'exprime dans le même sens dans l'affaire Paquet en déclarant que « le droit d'expulser les étrangers ou de leur interdire l'entrée sur le territoire national est généralement admis ».

⁴³¹ III Hackworth 699, cité par R. PLENDER, *op.cit.*, p.462.

⁴³² Par exemple, la CEDH dans l'affaire *Moustaquim c. Belgique*, arrêt du 18 février 1991 (au principal et satisfaction équitable), §43.

⁴³³ S. SAREOLA, *op.cit.*, p.446. Voir également, D. P. O'CONNELL, *op.cit.*, p.706 et s.

⁴³⁴ CDH, *J.R.C. c. Costa Rica*, 1989, n°296/1988. Voir encore CDH, constatations du 3 avril 1987, *Eric Hammel c. Madagascar*, communication n° 155/1983 du 1er août 1983 (CCPR/C/29/D/155/1983), ou encore CDH, constatations du 29 mars 2004, *Mansour Ahani c. Canada*, communication n° 1051/2002 du 10 janvier 2002 (CCPR/C/80/D/1051/2002) (14 juin 2004). Pour plus de détails sur la jurisprudence du Comité des droits de l'homme voir. L. HENNEBEL, *op.cit.*, p.191 et s.

social impérieux »⁴³⁵. Elle ajoute que « *pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, la possibilité de recourir à une autre mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue* »⁴³⁶. L'Union européenne, quant à elle, a adopté relativement tôt une Directive pour « la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique »⁴³⁷, et a réaffirmé la réserve de l'ordre public en matière de libre circulation à l'article 45§3 du TFUE. Il est toutefois intéressant de relever que la Cour de justice n'a pas compétence pour examiner les mesures de contrôle aux frontières pour les ressortissants de pays tiers⁴³⁸, car la politique extérieure de l'Union européenne n'est pas totalement harmonisée. Le contrôle de la légalité d'une mesure d'éloignement ne concerne donc que les ressortissants de l'Union et les membres de leur famille.

Le principe de la liberté d'expulser des étrangers n'est donc nullement remis en cause, mais il est aujourd'hui communément admis que des raisons impérieuses doivent justifier l'éloignement d'un étranger se trouvant légalement sur le territoire. Cette règle communément admise appartient à ce que certains auteurs appellent le « droit international de la migration », et revêt, semble-t-il, un caractère coutumier⁴³⁹. Mais l'étendue du contrôle varie selon les juridictions. Outre la nécessité d'un motif légitime, l'éloignement devra également respecter certaines modalités respectueuses des droits fondamentaux.

§2- La définition des modalités d'éloignement

L'interdiction d'expulser arbitrairement des étrangers en général, et des travailleurs en particulier, suppose la conformité à la loi de la mesure administrative adoptée⁴⁴⁰. La décision

⁴³⁵ CEDH, Gde Ch., 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, req. n°10593/08, §181.

⁴³⁶ *Ibid.*, §183.

⁴³⁷ Directive n°64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *JOCE*, n° 56 du 4 avril 1964, p.850.

⁴³⁸ CJCE, 14 octobre 1987, *RFA c. Commission*, aff. 323/82, *Rec.* 1987, p.4013. Nous pouvons également ajouter que si les dispositions relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice ont été communautarisées, et pour lesquelles le vote à la majorité qualifiée est le principe, une exception est faite pour les passeports, les cartes d'identité et les titres de séjour, dont la réglementation doit être adoptée à l'unanimité. L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *op.cit.*, pp.46 et 50-51.

⁴³⁹ G. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons between states*, Oxford, Clarendon Press, 1978, 324 p.

⁴⁴⁰ United Nations, Center for Human Rights, *op.cit.*, p.7.

d'expulsion doit alors offrir des garanties procédurales concernant la légalité externe de la décision (A), mais aussi des garanties internes relatives aux modalités d'éloignement (B).

A. Les garanties liées à la forme de la mesure d'éloignement

54. La nécessité d'offrir des garanties procédurales. Il ressort du sixième rapport de la CDI sur l'expulsion des étrangers que des garanties procédurales sont prévues en cas d'expulsion d'étrangers, tant dans les systèmes universel et régionaux de protection des droits de l'homme que dans les législations nationales, bien que ces garanties ne soient pas uniformes⁴⁴¹. Comme le souligne M. Kamto dans son premier rapport, « *c'est une règle logique que si tout Etat a le droit de réglementer les conditions d'immigration sur son territoire, sans toutefois porter atteinte à aucune règle de droit international, il a aussi l'obligation de se conformer aux règles qu'il a édictées ou auxquelles il a souscrit en [la] matière* »⁴⁴². Aux termes de l'article 13 du PIDCP de 1966, « *un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin* »⁴⁴³. Mais l'article 13 porte uniquement sur la procédure et non pas sur les motifs. La Convention européenne des droits de l'homme est rédigée dans des termes similaires. Selon l'article 1 du protocole n°7⁴⁴⁴, l'expulsion d'un étranger ne peut être prononcée qu'en « *exécution d'une décision prise conformément à la loi* » ; le terme de « loi » comprend à la fois l'exigence d'une base légale en droit interne (accessibilité et prévisibilité) et la qualité de loi⁴⁴⁵. Par ailleurs, l'étranger doit bénéficier de garanties procédurales minimales dans les conditions

⁴⁴¹ CDI, *sixième rapport sur l'expulsion des étrangers*, *op.cit.*, p.23.

⁴⁴² CDI, Rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers, A/CN.4/554, §23.

⁴⁴³ Le Comité des droits de l'homme a précisé que cet article s'appliquait à tout type de procédure d'éloignement (CDH, *Kindler c. Canada*, 1993, n°470/1991; CDH, *Giry c. République Dominicaine*, 1990, n°193/1985), y compris à l'arrestation et à l'extradition ; il énonce les quatre garanties auxquelles l'article donne droit : la légalité de l'expulsion, le droit d'être entendu, le droit de faire appel de la décision et le droit d'être représenté. L. HENNEBEL, *op.cit.*, pp.188-190. Il a par ailleurs précisé que l'article 13 devait être appliqué sans discriminations entre catégories d'étrangers (CDH, *Observation générale n° 15, Situation des étrangers au regard du Pacte*, 11 avril 1986, §10).

⁴⁴⁴ Ce même droit est consacré à l'article 12§4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, et à l'article 22§6 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

⁴⁴⁵ CEDH, *Lupsa c. Roumanie*, 5 octobre 2006, req. n°10337/04 ; *JCP G*, 2007, I, 106, n° 16, obs. F. SUDRE.

prévues par la législation nationale. La CEDH a précisé que ces garanties comprennent : le droit de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, le droit de faire examiner son cas, et le droit de se faire représenter à cette fin devant l'autorité compétente, à moins que des raisons touchant « à l'intérêt de l'ordre public » ne s'y opposent⁴⁴⁶. S'agissant des travailleurs migrants spécifiquement, l'article 22§2 de la Convention de New York dispose que « *les travailleurs migrants et les membres de leur famille ne peuvent être expulsés du territoire d'un État partie qu'en application d'une décision prise par l'autorité compétente conformément à la loi* ». Le paragraphe 4 du même article ajoute qu'« *en dehors des cas où la décision finale est prononcée par une autorité judiciaire, les intéressés ont le droit de faire valoir les raisons de ne pas les expulser et de faire examiner leur cas par l'autorité compétente, à moins que des raisons impératives de sécurité nationale n'exigent qu'il n'en soit autrement. En attendant cet examen, les intéressés ont le droit de demander la suspension de la décision d'expulsion* ».

Il ressort que l'expulsion doit s'inscrire dans le cadre d'une décision administrative conforme à la loi, pouvant faire l'objet d'un recours. Le droit de recours est spécifiquement affirmé pour les travailleurs migrants à l'article 9§2 de la convention de l'OIT de 1975. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR), de son côté, a eu à se prononcer sur la discrimination dans la mise en œuvre des garanties procédurales de la procédure d'expulsion. Dans sa Recommandation générale n° 30, il invite les Etats à « *[veiller] à ce que [...] les non-ressortissants aient un accès égal à des recours efficaces, notamment le droit de contester une mesure d'expulsion, et qu'ils soient autorisés à utiliser ces recours effectivement* »⁴⁴⁷. Le Comité des droits de l'homme, quant à lui, a insisté sur l'interdiction de la discrimination entre les sexes en ce qui concerne le droit de l'étranger de contester son expulsion⁴⁴⁸. La CEDH a également jugé que ce recours avait un effet suspensif⁴⁴⁹. Mais pour pouvoir introduire un éventuel recours, l'intéressé doit être informé de la procédure d'expulsion. L'article 22§3 de la Convention de New York, l'article 7§4 de la Charte africaine ou encore l'article 5§2 de la CESDH, prévoient que la décision d'expulsion « *doit être notifiée aux*

⁴⁴⁶ CEDH, *Nolan et K. c. Russie*, 12 février 2009, req. n°2512/04. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2011, 10^e édition, p.661. Pour plus de détails, voir *Ibid*, pp.663-666.

⁴⁴⁷ CEDR, *Recommandation générale n°30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants*, 2004, §25.

⁴⁴⁸ CDH, *Observation générale no 28 : art. 3- Égalité des droits entre hommes et femmes*, 29 mars 2000, §17. Voir aussi CDI, *sixième rapport sur l'expulsion des étrangers*, *op.cit.*, pp.38-39.

⁴⁴⁹ CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, req. n°22414/93. Egalement affirmé au paragraphe 33 de la Recommandation OIT de 1975.

intéressés dans une langue qu'ils comprennent ». Dans l'affaire *Amnesty International c. Zambie*, la Commission africaine a précisé que la notification devait également renseigner les motifs de l'expulsion⁴⁵⁰. Au niveau de l'Union européenne, l'article 30§2 de la Directive n°2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, prévoit que la notification d'une mesure d'expulsion prise contre un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille doit mentionner les motifs de l'expulsion, « *à moins que des motifs relevant de la sûreté de l'État ne s'y opposent* ». La CJCE a précisé que « *la communication des motifs invoqués pour justifier une décision d'éloignement ou de refus de permis de séjour doit être suffisamment détaillée et précise pour permettre à l'intéressé de défendre ses intérêts* »⁴⁵¹. Dans l'affaire *Diallo* de 2010, la CIJ a jugé que si la conformité à la loi de la mesure d'éloignement est une condition nécessaire, elle n'est pas une condition suffisante ; la loi doit elle-même être compatible avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (en l'espèce l'article 13 du PIDCP, et l'article 12§4 de la Charte africaine)⁴⁵². Il convient par ailleurs de préciser que les étrangers sous le coup d'une mesure d'expulsion peuvent bénéficier de la protection consulaire en vertu de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires⁴⁵³. Une garantie supplémentaire est apparue : l'individualité de la mesure d'éloignement.

55. La nécessité d'adopter une mesure individuelle. La question qui se pose ici est celle de savoir si l'expulsion doit toujours avoir lieu dans le cadre d'une procédure individuelle. Il n'est pas rare, dans l'histoire des migrations de travail, que les Etats aient pris des mesures pour expulser massivement des travailleurs étrangers, que ces derniers soient venus dans le cadre d'un programme ou non. Nous avons déjà mis en évidence que le droit international interdisait les expulsions arbitraires, mais qu'en est-il des expulsions collectives si elles sont justifiées par des raisons impérieuses liées à l'ordre public ? Dans son arrêt de principe *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, la CEDH définit l'« expulsion collective » comme « *toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays sauf dans le cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la*

⁴⁵⁰ ComADHP, communication n°212/98, *Amnesty International c. Zambie*, douzième rapport annuel d'activités, 1998-1999, §§32 et 33.

⁴⁵¹ CJCE, affaire *Rezguia Adoui c. État belge et ville de Liège et Dominique Cornuaille c. État belge*, affaires jointes C-115 et 116/81, arrêt du 18 mai 1982, §2.

⁴⁵² CIJ, arrêt du 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, *Rec.* 2010, p.28, §65.

⁴⁵³ Convention de Vienne sur les relations consulaires, 24 avril 1963, *RTNU* vol. 596, p.261, entrée en vigueur le 19 mars 1967.

situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe »⁴⁵⁴. Les expulsions collectives sont interdites par l'article 4 du Protocole 4 à la CESDH, ce qui suppose un examen spécifique de chaque cas individuel par les Etats. La CEDH a précisé dans l'affaire *Sultani c. France* du 20 septembre 2007 notamment, que pour être compatible avec l'article 4 du Protocole 4, la procédure doit garantir la prise en compte « réelle et différenciée » de la situation individuelle de chacune des personnes concernées⁴⁵⁵. C'est donc l'expulsion indifférenciée d'un groupe qui est condamnée. S'agissant des travailleurs migrants en particulier, les premiers instruments multilatéraux n'abordent pas la question. Le principe a été clairement posé pour la première fois par la Convention de New York de 1990 à l'article 22§1 qui dispose que « les travailleurs migrants et les membres de leur famille ne peuvent faire l'objet de mesures d'expulsion collective. Chaque cas d'expulsion doit être examiné et tranché sur une base individuelle ». Bien que cet instrument soit peu ratifié, un raisonnement similaire à celui de la CEDH semble peut-être pouvoir être tenu pour les instruments de protection internationale des droits de l'homme qui garantissent l'interdiction de l'arrestation arbitraire et le droit au procès équitable⁴⁵⁶. Toutefois, on ne peut déduire une interdiction générale d'expulser collectivement les travailleurs étrangers ; la seule limite concerne l'adoption d'une mesure individuelle. Comme le soulignent P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, « le paradoxe de l'expulsion de masse est que cette mesure n'est pas interdite par le droit international général mais est soumise à des conditions de mise en œuvre impossibles à satisfaire. Or le principe n'est jamais respecté, et il apparaît donc plus judicieux de l'inverser »⁴⁵⁷.

A côté des garanties de légalité externe de la mesure d'expulsion, le droit international impose des garanties internes ; comme le souligne D. P. O'Connell, « l'insuffisance de raisons et la manière dont la personne est expulsée ont été traités dans de nombreuses affaires de manière interdépendante »⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ §59; *RTDH*, 2003, 177, obs. J.Y. CARLIER.

⁴⁵⁵ F. SUDRE, *op.cit.*, p.660.

⁴⁵⁶ Mais le Comité des droits de l'homme ne semble pas aller dans ce sens car dans l'affaire *Ahani c. Canada* (2004, n°1051/2002, §10.9) il a précisé que les règles du procès équitable de l'article 14 ne s'appliquaient pas dans les procédures d'éloignement des étrangers. Tout au plus lorsqu'une telle procédure est judiciaire, le juge doit respecter les principes d'impartialité, d'équité et d'égalité consacrés par l'article 14.1 et par l'article 13 du Pacte (*idem* § 6.4). L. HENNEBEL, *op.cit.*, p.190.

⁴⁵⁷ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.748. Voir également R. PERRUCHOUD, « L'expulsion en masse d'étrangers », *AFDI* 1988, pp.677-693.

⁴⁵⁸ D.P. O'CONNELL, *op.cit.*, p.708.

B. Les garanties liées au contenu de la mesure d'éloignement

56. La détermination de la « frontière de l'expulsion ». La première préoccupation concernant l'éloignement consiste à éviter d'exposer l'étranger à de « mauvais traitements ». Il convient alors, dans un premier temps, de déterminer la frontière de l'expulsion, c'est-à-dire vers quel pays l'étranger sera éloigné. En principe, un travailleur étranger exclu du territoire du pays d'accueil retournera dans son pays d'origine car, comme nous l'avons mis en évidence, il dispose d'un droit d'accès au territoire. Toutefois, les conditions de vies dans le pays d'origine peuvent exposer le travailleur migrant à des risques particuliers pour sa vie et sa sécurité. Nous nous intéresserons ici aux atteintes d'ordre politique, et non pas économiques ou sociales. Cette hypothèse est assez rare mais possible. Dès 1949, le paragraphe 25(2) de la Recommandation de l'OIT invite les gouvernements des pays d'immigration à ne pas renvoyer les travailleurs étrangers dans leur pays d'origine, lorsque ces derniers ne souhaitent pas y être rapatriés pour des raisons politiques.

Il faut ensuite attendre l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la torture⁴⁵⁹ (art. 3) et de la Convention de New York sur les travailleurs migrants pour que l'interdiction de l'éloignement forcé des étrangers vers leur pays d'origine apparaisse explicitement dans un texte à caractère contraignant⁴⁶⁰. En effet, l'article 22§7 de la Convention de 1990 dispose que « *sans préjudice de l'exécution d'une décision d'expulsion, les travailleurs migrants ou les membres de leur famille qui font l'objet d'une telle décision peuvent demander à être admis dans un Etat autre que leur Etat d'origine* »⁴⁶¹. L'article 56§3 ajoute que « *lorsqu'on envisage d'expulser un travailleur migrant ou un membre de sa famille, il faudrait tenir compte des considérations humanitaires [...]* ». Ce principe est généralement admis en droit international à l'égard de toutes les catégories d'étrangers. Dans son observation générale n° 15, le Comité des droits de l'homme a affirmé un droit pour l'étranger de choisir le pays vers lequel il sera

⁴⁵⁹ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, RTNU vol. 1465, n° 24841, p.85 ; entrée en vigueur le 26 juin 1987.

⁴⁶⁰ La Convention de Genève de 1951 sur les Réfugiés mentionne également cette obligation à l'article mais, comme l'indique l'intitulé de la convention, cette garantie ne s'applique qu'aux réfugiés.

⁴⁶¹ Nous pouvons remarquer ici que la possibilité pour un travailleur étranger de demander à ne pas être renvoyé dans son pays d'origine n'est pas liée à des raisons politiques. Toutefois, cela suppose qu'il existe un accord de réadmission entre le pays d'accueil et un pays tiers, car le migrant ne dispose pas de droit d'entrer sur un territoire autre que sur celui de l'Etat qui lui en a donné l'autorisation (on exclue ici le cas des organisations régionales). En pratique, le travailleur étranger retournera le plus souvent dans son pays d'origine, mais si des raisons politiques l'en empêchent il devra alors demander le statut de réfugié.

expulsé⁴⁶². Ce choix pour l'intéressé peut tenir à des raisons politiques ou de santé⁴⁶³. La CEDH rappelle, dans l'affaire *Soering*, le principe de la liberté d'éloigner des étrangers du territoire, mais fait primer le respect des obligations de la convention quand l'éloignement du territoire risque d'y porter atteinte, notamment lorsqu'il existe un risque de subir des mauvais traitements⁴⁶⁴. Ce raisonnement, initialement tenu à propos de la procédure d'extradition, a été étendu aux décisions d'expulsion dans l'affaire *Cruz Varas* de 1991⁴⁶⁵. Précisons que la CEDH se concentre sur l'intensité du mauvais traitement plutôt que sur sa nature « civile » ou « économique, sociale et culturelle ». L'affaire *Chahal* de 1991⁴⁶⁶, confirme cette jurisprudence devenue constante et inclut les violations « virtuelles », c'est-à-dire les « risques d'agissements prohibés par l'article 3 ». Dans l'affaire *Chamaïev* de 2005⁴⁶⁷, cette exception est affirmée de manière plus contraignante puisqu'il est indiqué que « *la Cour a constamment répété que pèse sur les Etats contractants une obligation de ne pas extradier ou expulser l'intéressé [...] vers un pays, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'il y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention* » (§335). En aucun cas la Cour ne tente d'« affaiblir » la compétence des Etats, mais elle apporte une exception en cas de risque de mauvais traitement pour l'intéressé⁴⁶⁸. La limite ainsi posée à la liberté des Etats s'explique par le caractère indérogable et absolu de l'article 3 ; ce dernier ne peut subir aucune exception, et est considéré par la CEDH comme « *l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de*

⁴⁶² CDH, *Observation générale n° 15, op.cit.*, §9. Voir également CDH, *Observation générale n°20: Remplacement de l'observation générale 7 concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels (art. 7)*, 10 mars 1992 § 9, qui interdit l'éloignement vers un pays à risque.

⁴⁶³ Dans l'affaire *Khan c. Canada* (2006, n°1302/2004, §5.4), l'auteur doit démontrer qu'il risque d'être victime de violations des articles 6 et 7 du Pacte en cas de renvoi dans l'Etat de destination (idem, §5.3). Pour plus de détails sur l'évaluation du risque lié à des raisons politiques, voir aussi CDH, *Byahuranga c. Danemark* (2004, n°1222/2003). Le Comité admet également la possibilité d'invoquer une maladie si la personne ne peut pas obtenir le traitement nécessaire (*C. c. Australie*, 2002, n°900/1999, §8.5). On peut constater, dans ces deux hypothèses, que la charge de la preuve incombe à l'étranger, la réunion des preuves n'étant pas toujours aisée. En revanche, le Comité n'admet pas la séparation définitive d'un individu de sa famille et de ses proches (*Stewart c. Canada*, 1996, n°538/1993). L. HENNBEL, *op.cit.*, pp.139-142.

⁴⁶⁴ Dans cette affaire, la Cour a jugé que « *la Convention ne consacre pas en soi un droit à ne pas être extradé. Néanmoins, quand une décision d'extradition porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, elle peut, s'il ne s'agit pas de répercussions trop lointaines, faire jouer les obligations d'un Etat contractant au titre de la disposition correspondante* » (CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n°14038/88, §§85 et 91).

⁴⁶⁵ CEDH, *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, req. n°15576/89.

⁴⁶⁶ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n°22414/93.

⁴⁶⁷ CEDH, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005, req. n°36378/02.

⁴⁶⁸ S. SAROLEA, *op.cit.*, pp.331-333.

l'Europe »⁴⁶⁹. L'interdiction de la torture fait même partie des normes impératives de droit international général⁴⁷⁰. On se trouve donc en présence d'une protection « par ricochet » des étrangers contre les risques de torture ou de mauvais traitement s'ils font l'objet d'une procédure d'éloignement du territoire. L'application par ricochet dans cette hypothèse, est également affirmée par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Kindler c. Canada*⁴⁷¹. Le Comité réitère sa jurisprudence dans l'observation générale n°20 relative à l'article 7 du PIDCP en précisant que « *les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement* »⁴⁷². Il conclura pour la première fois à une violation de l'article 7 dans l'affaire *Chitat Ng c. Canada*, relative à un risque d'une condamnation à mort par asphyxie aux États-Unis⁴⁷³. Dans l'affaire *A.R.J.*, le Comité étendra même cette protection à l'expulsion d'un Iranien qui ne bénéficie pas de droit de séjour en Australie⁴⁷⁴. C'est également sur le fondement de ce droit, que des garanties vont être affirmées quand l'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement est placé en détention.

57. L'interdiction des « mauvais traitements » liés à l'éloignement. La question qui nous intéresse ici est celle des conditions de traitements des étrangers lors du placement en centre

⁴⁶⁹ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n°14038/88, §88. Ce droit est également consacré de manière intangible à l'article 7 du PIDCP, et à l'article 5 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme. *Ibid*, p.175.

⁴⁷⁰ L'interdiction de la torture a d'abord été implicitement qualifiée d'obligation *erga omnes* par le CIJ (arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, Rec. 1970 p.32, §§33-34. Au terme des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités « *est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la Communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* ». Le caractère *cogens* de l'interdiction de la torture a été constamment affirmé par la jurisprudence. Voir notamment CDH, *Observation Générale n°24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994) ; TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, 10 décembre 1998, n° IT-95-17/1-T ; CEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, req. n°35763/97§ 61 ; CourIADH, *Tibi c. Equateur*, arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond et les réparations, 7 septembre 2004, Série C n° 114, §143, à propos des droits des détenus.

⁴⁷¹ CDH, *Kindler c. Canada*, Communication n° 470/1991, §15.3.

⁴⁷² CDH, « Article 7 », Observation générale n° 20, 1992, §9.

⁴⁷³ CDH, 7 janvier 1994, *Chitat Ng c. Canada*, com. n° 469/1991, §16.4.

⁴⁷⁴ CDH, 28 juillet 1997, *A.R.J. c. Australie*, com. n°692/1996. Voir également L. LEBOEUF, « Le non-refoulement face aux atteintes aux droits économiques, sociaux et culturels. Quelle protection pour le migrant de survie ? », *Cahiers du CedIE* n° 2012/08, Université catholique de Louvain, pp.5 et 11.

de rétention⁴⁷⁵. Cette situation est l'étape la plus contraignante de la procédure d'éloignement⁴⁷⁶. Comme l'a souligné le 12 juin 2012 François Crépeau, rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants, « *la liberté est la règle, la détention l'exception* »⁴⁷⁷. Son rapport se concentre sur les migrants en situation irrégulière, mais ses conclusions intéressent notre étude dans la mesure où la procédure contre un travailleur étranger marque souvent la fin de la régularité du séjour (expiration du contrat ou éloignement pour des raisons liées à l'ordre public). François Crépeau souligne la tendance croissante des Etats à placer les personnes en situation irrégulière dans des centres de rétention⁴⁷⁸, les conditions de détention soulevant des problèmes réels de respect des droits de l'homme. Ces conditions ont d'ailleurs été dénoncées sur le fondement de l'interdiction de la torture et des traitements cruels inhumains ou dégradants. On peut par exemple citer les conclusions du Comité européen pour la prévention de la torture au sujet des conditions de rétention à Malte qui constitue un point d'entrée stratégique pour l'Europe⁴⁷⁹. Rares ne sont pas non plus les dénonciations des conditions de rétention des immigrés par le Comité contre la torture des Nations Unies⁴⁸⁰. Dans l'affaire *Amuur* de 1996⁴⁸¹, relative à la détention d'étrangers en zone de transit, la CEDH rappelle la liberté souveraine des Etats de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire ; selon la Cour, l'exercice de ce pouvoir, notamment par le maintien en zone de transit, est nécessaire pour combattre l'immigration clandestine. Elle précise néanmoins que ce pouvoir ne dispense pas de respecter la

⁴⁷⁵ Rappelons que l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, met à la charge des Etats des obligations tant négatives que positives. Voir F. SUDRE, *op.cit.*, p.323 et s.

⁴⁷⁶ En France notamment, l'étranger reçoit d'abord une « obligation de quitter le territoire français » (OQTF), et ce n'est que s'il ne quitte pas de lui-même le territoire qu'il peut être placé en centre de rétention. Voir art. L551-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, tel que modifié par l'article 44 de la loi n°2011-672 du 16 juin 2011.

⁴⁷⁷ <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12274&LangID=E>.

⁴⁷⁸ On peut citer par exemple l'adoption par l'UE, le 18 juin 2008, en première lecture, d'une directive *Retour* qui allonge le temps de rétention avant les reconductions à la frontière pour une durée pouvant aller jusqu'à 18 mois. Voir Directive n°2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JOCE* L 348, 24 décembre 2008, p.98.

⁴⁷⁹ Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants 1er août 2010 – 31 juillet 2011, *21e rapport sur la visite périodique de mai 2008 à Malte et réponse des autorités maltaises (traitement des détenus, centres de rétention des migrants en situation irrégulière, accès à un avocat lors de la garde à vue)*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011. Le Comité européen dénonce notamment le manque de personnel et de moyen soumettant les détenus à des pratiques de bandes organisées, la détention de nombreux mineurs de moins de 16 ans, les (très) mauvaises conditions matérielle de détention, ou la mauvaise mise en œuvre mise en œuvre du droits d'accès à un avocat (§§40 à 42).

⁴⁸⁰ Voir par exemple Comité contre la torture, *Rapport 2011-2012*, 47^e et 48^e session, A/67/44.

⁴⁸¹ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n°19776/92.

Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés et la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁸².

Dans son rapport de 2012, le rapporteur spécial précise que « *la mise en détention pour cause d'immigration ne devrait jamais être ni obligatoire ni automatique. Selon les normes internationales relatives aux droits de l'homme, ce devrait être une mesure de dernier ressort, à n'envisager que pour une période de temps aussi courte que possible et lorsque aucune autre mesure restrictive n'est applicable. Les États ont l'obligation d'adopter dans leur législation une attitude privilégiant la liberté, de commencer par examiner les mesures de substitution non privatives de liberté, de procéder à des évaluations au cas par cas et de choisir la mesure la moins restrictive ou portant le moins atteinte à la vie privée* »⁴⁸³. Mais pour l'instant les seules réelles avancées concernent la condamnation des mauvais traitements dans les centres de rétention ou de la rétention prolongée.

Conclusion du Chapitre II :

Les migrations internationales de travailleurs salariés sont généralement perçues par les Etats comme étant permanentes, bien que ce ne soit pas toujours le cas. Le retour du travailleur migrant dans son pays d'origine constitue donc un objectif. Dans la mesure du possible, le retour des migrants doit être volontaire, et les Etats tendent de plus en plus à coopérer entre eux ou avec des organisations internationales pour adopter des accords ou programmes favorisant le retour des travailleurs étrangers. Le schéma des migrations de travailleurs est alors conçu comme « circulaire », que le retour soit définitif ou permanent, et la réinstallation du migrant est favorisée. Si le retour est contraint, le pouvoir des Etats d'exclure des étrangers est limité. Tout d'abord, la théorie de l'abus de droit suppose, en cas d'éloignement d'un étranger dont l'autorisation de séjour serait toujours valable, de définir des causes légitimes d'éloignement liées à l'ordre public ; les normes internationales du travail ajoutent des garanties spécifiques en cas de perte de l'emploi. Enfin, la mesure d'éloignement et l'éloignement lui-même doivent être encadrés par des garanties spécifiques telles que l'interdiction de mesures collectives non individuellement motivées, la conformité de la mesure à la loi et la possibilité d'introduire un recours contre cette mesure. A tous les stades

⁴⁸² *Ibid*, §§41 et 43.

⁴⁸³ Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau*, Vingtième session Point 3 de l'ordre du jour Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, 2 avril 2012, A/HRC/20/24, p.19 et s.

de la procédure d'éloignement, le travailleur étranger doit être protégé: il ne peut être renvoyé vers un pays où il risque de subir des mauvais traitements ; et ne peut être maltraité en rétention.

Conclusion de la Partie I :

L'acquisition et la perte de la qualité de travailleur migrant laisse une place importante à la compétence de l'Etat d'accueil qui est libre d'admettre ou non des étrangers sur son territoire, et de les éloigner. Cette liberté de l'Etat fait traditionnellement partie de son domaine réservé. Le principe est donc celui de l'autorisation, et la liberté de circulation l'exception sauf dans des groupements d'Etats relativement homogènes. Toutefois, une approche internationale d'ensemble reste nécessaire ; comme le souligne J. L. Brieryly : « *le problème de l'immigration ne va pas être résolu grâce à l'esprit international tant que les nations ne commenceront pas à réaliser que les mêmes faits économiques qui créent un problème d'immigration pour les uns créent des problèmes d'émigration pour l'autre* »⁴⁸⁴. Pourtant, l'objet du droit international n'est pas d'instaurer une gestion des flux migratoires, chaque Etat restant libre d'admettre ou non des étrangers sur son territoire ; le droit international essaye de coordonner les excédents de main d'œuvre de certains pays avec les besoins plus ou moins temporaires d'autres pays, afin de lutter contre les mouvements clandestins et de permettre un déroulement du séjour dans les meilleures conditions possibles. Mais la compétence de l'Etat d'accueil comme pouvoir absolu en matière d'immigration est un mythe⁴⁸⁵. Nous avons mis en évidence que des garanties de traitement devaient être apportées en matière d'admission, bien qu'elles soient minimales ; elles concernent essentiellement le droit à l'information, et l'éloignement. D'autres garanties plus importantes existent au niveau de la procédure d'éloignement et de la protection contre les mauvais traitements. Ces règles ont pu être adoptées soit au titre de la protection des travailleurs migrants en particulier, soit dans un cadre plus élargi au titre de la protection internationale des droits de l'homme. Nous verrons dans une deuxième partie les droits reconnus par le droit international aux travailleurs étrangers dans le cadre de leur séjour.

⁴⁸⁴ J. BRIERLY, « The Draft Code of American International Law », 7 BYIL (1926) 14, p.23.

⁴⁸⁵ S. SAROLEA, *op.cit.*, p.466.

PARTIE II : LES DROITS DU TRAVAILLEUR MIGRANT LIES A SON SEJOUR

Nous avons mis en évidence que le travailleur migrant pouvait se trouver en situation de vulnérabilité au cours du voyage, les garanties offertes par le droit international ayant été analysées dans la première partie de notre étude. Cependant, au-delà des difficultés relatives à la migration internationale, c'est-à-dire au déplacement international de l'individu et à son retour éventuel, il convient de s'intéresser aux garanties que le droit international apporte dans le cadre du séjour ; la qualité d'étranger expose particulièrement le travailleur migrant à des discriminations, tant dans l'exercice de son travail que pour les autres aspects de son séjour. Pourtant, si la qualité d'étranger constitue bien souvent un motif d'exclusion des migrants du bénéfice de certains droits, la qualité de travailleur dans un premier temps, puis celle d'individu dans un second temps, vont leur permettre de se voir reconnaître des droits subjectifs relatifs à tous les aspects de leur séjour (TITRE II). Ces droits constituent l'ensemble des règles matérielles relatives à leur statut juridique international. L'affirmation de ces droits résulte d'un mouvement d'encadrement progressif du traitement des étrangers par l'Etat d'accueil en droit international (TITRE I).

TITRE I : L'ENCADREMENT EN DROIT INTERNATIONAL DU TRAITEMENT DES TRAVAILLEURS ETRANGERS

Le « traitement » des étrangers peut se définir comme le niveau de protection que le souverain territorial doit accorder, conformément au droit international, aux étrangers résidant sur son territoire⁴⁸⁶. Or, comme nous l'avons déjà souligné, les Etats ont une compétence territoriale exclusive. L'exclusivité est un « *caractère de la compétence exercée par l'Etat au titre de son territoire. L'exclusivité de la compétence territoriale a pour conséquence l'obligation pour les autres Etats de la respecter, ce que traduisent les principes de non-ingérence et de non-intervention* »⁴⁸⁷. De ce fait, les Etats de destination ont l'exclusivité du pouvoir de définir la réglementation applicable à l'entrée et au séjour des étrangers sur leur territoire. Pourtant, comme pour l'accès et l'éloignement du territoire, la compétence territoriale relative au traitement des étrangers n'est pas absolue. Le droit international a progressivement apporté des restrictions à la compétence des Etats en raison des abus qu'ils commettaient. Il

⁴⁸⁶ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.1096.

⁴⁸⁷ *Ibid*, p.214.

conviendra de distinguer les règles coutumières du droit international des règles conventionnelles spéciales instaurant des traitements particuliers et qui n'engagent que les Etats qui les ont ratifiées⁴⁸⁸. Cependant, l'adoption d'instruments internationaux résultant de l'expression souveraine des Etats, les concessions en matière de traitement des étrangers, domaine politiquement sensible, sont limitées. L'encadrement de la compétence des Etats en droit international conventionnel et coutumier dans le traitement des étrangers en général, et des travailleurs migrants en particulier, s'articule autour d'un principe clé, celui de l'interdiction de la discrimination entre nationaux et étrangers (Chapitre I). Nous verrons néanmoins que cette dynamique générale, qui concerne toutes les catégories d'étrangers, comporte une dimension particulière lorsqu'il s'agit de travailleurs (Chapitre II).

⁴⁸⁸ A.-C. KISS, « La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur de Ganshof van der Meersch*, T.1, Bruxelles, Bruylant, 1972, p.503.

CHAPITRE I : UN ENCADREMENT A MINIMA : L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION

L'interdiction de la discrimination s'entend comme l'interdiction de procéder, pour ce qui concerne la jouissance des droits de la personne, à des distinctions fondées sur certains critères de différenciation⁴⁸⁹. Cette règle apparaît sous diverses formes : soit comme une clause interdisant divers critères de différenciation par rapport à un catalogue plus ou moins étendu de droits ; soit comme une convention interdisant un seul critère de différenciation ; soit comme une convention interdisant la discrimination dans un domaine particulier⁴⁹⁰. Tous les instruments de protection des droits de l'homme témoignent d'une convergence : ils interdisent dès leurs premières dispositions l'interdiction de la discrimination, qu'il s'agisse d'instruments généraux, d'instruments visant une catégorie de personnes ou un groupe, ou d'instruments dont l'interdiction de la discrimination est l'objet principal⁴⁹¹.

Concernant les étrangers et plus particulièrement les travailleurs étrangers, toute distinction qui repose sur la qualité d'étranger, donc sur l'origine nationale, fait l'objet d'une attention particulière et est interdite⁴⁹². Ce principe opposable à l'Etat d'accueil trouve son origine dans le droit international coutumier (Section I). Toutefois malgré l'énoncé apparemment simple d'un principe universellement admis, la révélation de son contenu nécessite quelques précisions (Section II).

⁴⁸⁹ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.346.

⁴⁹⁰ *Ibid*, pp.344-346.

⁴⁹¹ Art 1§3 de la Charte des Nations Unies ; art. 2 de la DUDH ; art. 2§1 du PIDCP ; art. 14 de la CEDH et art. 1^{er} du Protocole n°12 ; art. 1§1 de la CADH ; art. 2 de la Charte africaine ; art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 18 du TFUE ; art. 19§4 de la Charte Sociale européenne, art. 2§2 PIDESC ; art. 1§1 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990, Convention sur l'élimination de la discrimination raciale de 1965, Convention OIT n°111 sur l'interdiction de la discrimination en termes d'emploi et de profession de 1958. M. BENLOLO-CARABOT, « Le principe fondamental de non-discrimination », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.872-873.

⁴⁹² Dans son étude de 1999 sur les travailleurs migrants, l'OIT s'est interrogée sur le fait de savoir pourquoi la discrimination était un problème. Elle tente d'évaluer les répercussions économiques de la discrimination. Elle met en avant que la discrimination a notamment des répercussions néfastes pour les employeurs. Ces derniers se privent de candidats qui peuvent être mieux qualifiés. En autorisant les discriminations au travail, les employeurs encouragent la désorganisation du travail d'équipe, l'absentéisme et la baisse de conscience professionnelle. De plus, les migrants et les membres des minorités ethniques appartiennent à des communautés de plus en plus nombreuses qui exercent une influence commerciale considérable en tant que consommateurs et fourniront une part importante de la main-d'œuvre. Un employeur de personnel multiethnique a plus de chance d'attirer des clients et des investisseurs divers ainsi que des candidats valables, car l'image de la société est susceptible d'avoir des répercussions positives en ce sens. Enfin, une entreprise riche par sa diversité de compétences et d'expériences est plus créative et ouverte aux solutions nouvelles. OIT, *Etude sur les travailleurs migrants, op. cit.*, p.160.

SECTION I : L'opposabilité du principe de non-discrimination à l'Etat d'accueil

Alexandre-Charles Kiss écrivait, en 1931, que « *les Etats sont obligés, par le droit des gens, à respecter dans les étrangers la dignité de la personne humaine, en leur reconnaissant les droits nécessaires à cette fin. Ce principe est absolu et ne souffre aucune exception* »⁴⁹³. L'interdiction de la discrimination est aujourd'hui conçue à partir du postulat de « l'égalité de dignité de tous les êtres humains », énoncé à l'article 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. La dignité est un concept récent du droit positif, qui ne figure pas dans les déclarations française et américaine. Elle désigne le respect, la considération que mérite quelqu'un ou quelque chose. Avant la consécration de la notion de dignité, la liberté et l'égalité étaient au cœur des déclarations de droits, mais la dignité imprégnait déjà les droits occidentaux. Pendant longtemps, le principe de liberté suffisait à protéger la personne humaine contre l'Etat. Puis l'auteur des violations des droits de la personne a évolué et ne s'est plus limité à l'Etat. La notion de dignité s'est imposée après la Deuxième guerre mondiale.

Initialement, cette notion n'est pas autonome, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être invoquée directement devant les tribunaux ; il s'agit d'un principe général inspirant plusieurs règles et la mise en œuvre de plusieurs droits. La dignité repose sur l'idée qu'elle se montre mais qu'elle ne se démontre pas ; elle est inhérente à l'être humain. La dignité pose la valeur de l'être humain et énonce la manière dont il doit être traité ; la personne doit être protégée contre « toute forme d'asservissement et de dégradation » et, selon l'approche Kantienne, elle doit être considérée comme une fin et non pas comme un moyen. La dignité est un devoir et une charge. Nul ne peut y renoncer. Ce concept fonde tous les autres droits et doit donc demeurer subsidiaire, c'est-à-dire n'être utilisé que si aucune autre notion ne le peut. La dignité est désormais un concept juridique qui se décline selon plusieurs formes. Elle n'est pas un droit subjectif (c'est-à-dire une prérogative) mais elle suppose la reconnaissance préalable de certains droits. La dignité exprimant tous les autres droits, elle est indérogeable c'est-à-dire qu'elle ne peut souffrir aucune exception⁴⁹⁴.

⁴⁹³ A.-C. KISS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, La Haye, 1931, t. III, p.332.

⁴⁹⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Dignité humaine », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *et al.* (dir.), *op.cit.*, p.226 et s.

Le droit à la non-discrimination entre les individus égaux constitue un principe matriciel de la protection internationale des droits de l'homme⁴⁹⁵. L'égle dignité justifie la détermination d'un régime juridique protecteur des étrangers particulièrement dynamique dans les mécanismes universels et régionaux de protection des droits de l'homme, c'est la qualité de sujet d'un Etat qui a initialement permis l'émergence d'une obligation internationale de traitement des étrangers opposable aux Etats d'accueil (§1). Bien que le principe du traitement international des étrangers ait été admis relativement tôt, la révélation du contenu de la règle a donné lieu à de vifs débats (§2).

§1 – L'affirmation d'un traitement international des étrangers

L'interdiction de la discrimination entre les étrangers et les nationaux est un principe dont l'apparition est relativement ancienne, et constitue l'une des premières questions fondamentales liées à l'homme ayant fait l'objet d'une protection en droit international. En effet, le traitement des étrangers, qui était initialement revendiqué comme appartenant au domaine réservé des Etats, (A) a permis l'émergence d'une obligation coutumière internationale de non-discrimination (B).

A. Le traitement des étrangers, un domaine traditionnellement réservé

58. Les étrangers et la « juridiction intérieure » de l'Etat. Les étrangers sont potentiellement soumis à deux compétences concurrentes : d'une part, à la compétence personnelle de l'Etat national, qui peut adopter des lois qui produiront des effets extraterritoriaux ; et d'autre part, à la compétence territoriale de l'Etat d'accueil bien que l'immigré se trouve dans une situation particulière⁴⁹⁶. Pendant longtemps le droit international est resté étranger à la façon dont un Etat traitait les personnes se trouvant sur son territoire ; ce qui se passait à l'intérieur d'un Etat était considéré comme relevant de son « domaine réservé ». La notion de domaine réservé renvoie à l'idée qu'il existe un « *domaine d'activités dans lequel l'Etat, n'étant pas lié par le droit international, jouit d'une compétence totalement discrétionnaire et, en conséquence, ne doit subir aucune immixtion de la part des*

⁴⁹⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p.276.

⁴⁹⁶ D.P. O'CONNELL, « Personal Jurisdiction : Aliens », op.cit., p.693.

*autres Etats ou des organisations internationales. [...] Si l'étendue du domaine réservé de l'Etat correspond en général, positivement, à certaines matières liées à son identité, telles que son organisation constitutionnelle, elle est en réalité déterminée négativement pas l'ampleur des engagements internationaux de l'Etat et correspond donc à une sorte de liberté résiduelle »*⁴⁹⁷.

Comme le soulignent Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, la notion de domaine réservé n'est pas un « résidu historique » de la souveraineté absolue de l'époque monarchique. Elle est intimement liée à la souveraineté, qui a un contenu irréductible du fait de l'inexistence d'un Etat mondial. Le domaine réservé est un concept juridique et non pas politique, dont la reconnaissance est compatible avec la suprématie du droit international. Il n'existe pas de domaine réservé « par nature » car c'est souverainement qu'un Etat décide « d'abandonner » un pouvoir discrétionnaire. Le domaine réservé a donc un caractère évolutif. C'est aujourd'hui dans le domaine économique et à propos des droits de l'homme que les controverses sont les plus vives. Pour les droits de l'homme notamment, s'il est communément admis qu'ils ne font plus partie du domaine réservé des Etats dans leur principe, la question porte aujourd'hui sur l'étendue de leur développement qui contraint de manière croissante les Etats. La notion de domaine réservé des Etats implique surtout une interdiction pour les autres Etats d'intervenir dans les matières qui en relèvent ; la tentation pour un Etat d'y recourir est donc grande, pour se protéger des immixtions d'autres Etats dans ses « affaires intérieures ».⁴⁹⁸

Avant la seconde moitié du XXe siècle, le régime sous lequel les ressortissants d'un Etat se trouvaient constituait l'un des « domaines sacro-saints de cette juridiction intérieure ». Aucun instrument juridique ne permettait de protester contre les traitements subis⁴⁹⁹. Les premières déclarations nationales affirmant des droits de l'homme ont été rédigées au bénéfice des nationaux contre leur Etat. Et si la reconnaissance de droits subjectifs au bénéfice des individus a été difficile pour les nationaux, il est aisé de comprendre qu'elle l'a été davantage pour les étrangers. L'accès des étrangers au territoire se heurte à la compétence souveraine des Etats. Cette liberté des Etats de destination d'admettre, mais également de traiter les étrangers, est *a priori* complètement discrétionnaire, excepté pour les réfugiés. Pourtant, il est

⁴⁹⁷ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.356.

⁴⁹⁸ P. DAILLIER, *et al.*, *op.cit.*, p.483s.

⁴⁹⁹ D. J. DRISCOLL, « La place grandissante des Droits de l'homme dans le droit international », in W. LAQUEUR et B. RUBIN, *Anthologie des droits de l'homme*, Paris, Jouve, 2002, pp.56-57.

intéressant de remarquer que l'une des premières règles internationales relatives au traitement des individus va justement concerner les étrangers. Comme le souligne D. J. Driscoll, parmi les exceptions au principe de l'exclusion des droits de l'homme du droit international, « *la plus notoire concernait probablement l'obligation où se trouvaient les Etats d'observer certaines normes minimales relatives au régime accordé aux étrangers* »⁵⁰⁰. Le non-respect de ces normes conduisait à une compensation versée à l'Etat national du fait du dommage subi par la personne lésée, puisque le tort était considéré, en droit international, comme souffert par l'Etat de la nationalité de cette personne et non pas par la personne privée⁵⁰¹. Les Etats vont donc être progressivement soumis à une obligation internationale de traitement des étrangers qui deviendra coutumière.

B. L'internationalisation du traitement des étrangers

59. La protection par assimilation de l'étranger à son Etat national. Comme nous l'avons déjà souligné, les étrangers se trouvent dans une situation particulière vis-à-vis des nationaux. Le traitement des étrangers a varié d'une époque à l'autre. Avec l'expansion de l'empire Romain, les étrangers ont progressivement bénéficié d'une protection en vertu du *jus gentium*, l'application du *jus civile* bénéficiant exclusivement aux citoyens romains. Puis, l'avènement du christianisme a permis, au moins théoriquement, de lutter contre les mauvais traitements infligés aux étrangers, au nom de l'unité de l'humanité. A l'époque féodale, le traitement des étrangers pouvait varier d'un endroit à l'autre, l'expansion du commerce ayant toutefois contribué à améliorer leur protection. Sous l'ancien régime, l'étranger était généralement considéré comme un ennemi et donc traité comme un hors la loi. Avec l'avènement de l'Etat-nation, une attitude plus « humanitaire » vis-à-vis des étrangers a commencé à se développer⁵⁰². La question s'est posée de savoir s'il fallait leur accorder des privilèges spécifiques, ou s'il fallait les assimiler aux nationaux⁵⁰³. Au XVIe siècle, Francisco de Vitoria considère qu'un étranger doit être traité comme un citoyen dès lors qu'il réside de manière

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p.57.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² M. S. McDOUGAL *et al.*, *op. cit.*, p.440.

⁵⁰³ D. P. O'CONNELL, « Personal Jurisdiction: Aliens », *op.cit.*, p.693.

permanente dans le pays et qu'il y paye ses impôts⁵⁰⁴. Au XVIIIe siècle, Emer de Vattel soutient que le maintien d'un lien de rattachement avec l'Etat national justifie une position et un traitement particuliers⁵⁰⁵. En effet, c'est parce qu'il « incarne » la personnalité juridique internationale d'un Etat souverain, que l'étranger va initialement bénéficier d'une certaine protection dans un autre Etat.

La question du traitement international des étrangers est d'abord apparue sous l'angle de la responsabilité internationale de l'Etat. Entre le XIXe et le XX siècle, se pose la question de la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux étrangers, parallèlement au développement du droit international autour de l'Etat, alors considéré comme le sujet unique de l'ordre juridique. En 1931, Jacques Dumas constate que les lois territoriales sont insuffisantes à assurer la répression des infractions commises au préjudice d'étrangers ; tel est le cas notamment lorsque l'infraction n'est pas prévue par la loi locale, ou lorsque les pouvoirs locaux ne veulent ou ne peuvent intervenir, ou encore lorsque l'Etat national de la victime reste méfiant à l'égard de la sanction nationale et réclame une sanction internationale. L'auteur conclut qu'il est donc nécessaire de créer un « *règlement international des litiges internationaux, auxquels donnent lieu les offenses commises au préjudice d'étrangers* »⁵⁰⁶. L'individu est alors perçu comme un « objet » et non pas comme un « sujet » du droit international. C'est uniquement parce que l'étranger incarne en sa personne l'Etat dont il est le ressortissant, qu'il se confond avec l'un de ses éléments constitutifs, sa population, qu'il doit être respecté par l'Etat où il se trouve.

La jurisprudence internationale affirme, dans un premier temps, cette conception. En 1924, la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, a jugé que « *c'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son propre droit : le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants*

⁵⁰⁴ F. DE VITORIA, *De Indis et de Jure Belli*, III, 5.

⁵⁰⁵ E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, II, 8, 104.

⁵⁰⁶ J. DUMAS, « La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *RCADI* 1931, vol. II, Tome 36, p.183 et s.

le droit international »⁵⁰⁷. La Cour permanente d'arbitrage a elle aussi admis, dans l'affaire relative à l'*Ile de Palmas* de 1928, que « *la souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire les droits des autres Etats, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix, ainsi que les droits que chaque Etat peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger* »⁵⁰⁸.

Le développement de la protection des étrangers en droit international est donc apparu sous l'angle de la responsabilité interétatique ; c'est en réalité la seule violation du droit de l'Etat national à voir le droit respecté en la personne de ses ressortissants qui est alléguée dans l'ordre juridique international, sans égard aux droits propres des personnes privées. Pourtant, l'existence de droits propres des étrangers s'impose progressivement dans la jurisprudence internationale, à côté des droits de l'Etat national.

60. L'affirmation progressive de droits propres des étrangers. Avant la première guerre mondiale, certaines jurisprudences internationales font déjà référence aux droits de l'homme de l'étranger. Dans l'affaire *Dr. Pedro Andres Fornos Diaz c. Gouvernement du Guatemala* du 6 mars 1909, la Cour internationale pour l'Amérique centrale a affirmé « *the fundamental rights and powers of the human individual in civil life are placed under the protection of the principles governing the commonwealth of nations, as international rights of man* »⁵⁰⁹. La CPJI, quant à elle, a laissé entrevoir une évolution similaire dans l'affaire relative à la *Compétence des Tribunaux de Dantzig* de 1928⁵¹⁰. Dans cette affaire, se posait la question de l'application de dispositions conventionnelles contenues dans un traité international liant la Pologne à la ville de Dantzig. La Pologne soutenait que les dispositions de l'accord ne pouvaient s'appliquer directement aux individus intéressés car elles n'avaient pas été incorporées dans la législation interne polonaise. La Cour a affirmé que même si le traité en cause ne créait pas de droits en faveur des individus, il avait obligé les parties à adopter des

⁵⁰⁷ CPJI, 30 août 1925, *affaire des concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, Série A, n°2, p.12. Voir aussi CPJI, 12 juillet 1929, *affaire des Emprunts serbes*, Série A n°20-21, p.17 ; CPJI, 28 février 1939, *affaire des Chemins de fer Panevezys-Saldutiskis*, Série A/B n°76, p.16 ; CIJ, 6 avril 1955, *affaire Nottebohm*, Rec. 1955, p.24

⁵⁰⁸ Cour Permanente d'Arbitrage, 4 avril 1928, *Ile de Palmas (Etats-Unis/Pays-Bas)*, RSA, vol. II, p.839.

⁵⁰⁹ *American Journal of International Law*, 1909, p.743; cité par A.-C KISS, « La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme », *op.cit.*, p.502.

⁵¹⁰ CPJI, avis consultatif du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Rec., Série B n°15. S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, pp.59-63.

règles régissant les rapports entre elles et les personnes privées ; les particuliers pouvaient donc invoquer ces règles devant les juridictions internes. Dans l'affaire *Bréard*⁵¹¹ de 1998, le Paraguay avait saisi la CIJ contre les Etats-Unis, au motif que l'un des ressortissants avait fait l'objet d'une condamnation à mort sans avoir pu invoquer la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 qui lui permettait de bénéficier de la protection consulaire de son pays d'origine. Toutefois, la Cour n'a pas eu à se prononcer car le Paraguay s'est désisté de l'instance.

L'affaire *LaGrand* de 2001 marque un tournant décisif pour la reconnaissance de droits subjectifs de l'individu en droit international. En l'espèce, des faits similaires à ceux de l'affaire *Bréard* étaient allégués. Des ressortissants allemands avaient été jugés et condamnés aux Etats-Unis, sans que les autorités consulaires allemandes n'aient été prévenues conformément à l'article 36§1 alinéa b) de la Convention de Vienne. L'Allemagne soutenait l'argument selon lequel une atteinte aux droits individuels de ses ressortissants pouvait être reconnue, à côté de la violation de son droit propre à voir le droit international respecté en la personne de ses ressortissants⁵¹². La Cour a confirmé la thèse allemande. Elle constate que l'article invoqué « crée des droits individuels »⁵¹³ et elle ajoute que ces droits « peuvent être invoqués devant la Cour par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité »⁵¹⁴. Cette affaire est fondamentale car il est affirmé que les personnes privées, même les étrangers, sont titulaires de droits propres, tant au niveau interne qu'au niveau international. Toutefois, la responsabilité de l'Etat d'accueil ne peut être mise en cause que par l'Etat national. L'existence de droits propres des étrangers opposables à l'Etat d'accueil a été confirmée dans l'affaire *Avena* de 2004 ; la Cour a précisé que, dans des « circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'Etat et des droits individuels, le Mexique peut, en soumettant une demande en son nom propre, inviter la Cour à statuer sur la violation des

⁵¹¹ CIJ, ordonnance du 9 avril 1998, *Convention sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis)*, Rec. 1998, p.248.

⁵¹² CIJ, 27 juin 2001, *Affaire LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, §75.

⁵¹³ Sur la nature subjective des droits individuels internationalement reconnue, voir S. TOUZE, *op.cit.*, p.75 et s.

⁵¹⁴ *Ibid*, §77. Pour plus de détails, voir C. DOMINICE, « Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt *LaGrand* », *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI – Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp.232-242.

droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violations des droits individuels conférés à ses ressortissants »⁵¹⁵.

Les droits des individus et des étrangers en particulier sont donc « pris en considération », en droit international, à côté des droits de l'Etat, mais leur réclamation dépendra encore de ce dernier. Les droits des étrangers « sortent » ainsi explicitement du domaine réservé des Etats, même si quelques tentatives avaient déjà été élaborées par la pratique internationale. L'action de l'Etat agissant constituerait alors une « action en représentation », dans le cadre d'une procédure internationale à l'issue de laquelle est déterminé le bénéficiaire du droit à « restitution »⁵¹⁶.

La question qui a jusqu'alors retenue notre attention concernait la reconnaissance de droits propres en vertu d'une norme internationale. L'affaire *Diallo* de 2010 constitue un pas supplémentaire ; elle concerne une mesure d'expulsion, c'est-à-dire une mesure interne et non plus internationale, qui suppose, en principe, une certaine marge de manœuvre de l'Etat dont elle émane⁵¹⁷. En l'espèce, la Guinée entend dénoncer la violation des droits « individuels » de son ressortissant M. Diallo (arrestation et détention arbitraire, privation du droit à la protection consulaire et expulsion « associée à la privation effective du droit de propriété »), ainsi que la violation de ses droits « propres » en tant qu'associé de sociétés, énoncés dans la loi congolaise sur les sociétés. La Cour accepte de contrôler la violation de ces deux catégories de droits⁵¹⁸. Toutefois, selon Olivier de Frouville, « l'arrêt *Diallo* illustre et accompagne un processus de transformation progressive de la protection diplomatique : il n'en est ni le point de départ, ni l'aboutissement final. Il se lit tout au plus comme un chapitre dans le roman inachevé de la protection diplomatique »⁵¹⁹.

Cette évolution jurisprudentielle atteste qu'en droit international, les étrangers ne peuvent pas faire l'objet d'un traitement arbitraire de la part de l'Etat d'accueil, et que leurs droits tendent

⁵¹⁵ CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants Mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec., p. 36, §40. Pour plus de détails voir A. PEYRO LLOPIS, « Après Avena, l'exécution par les Etats-Unis de l'arrêt de la Cour internationale de Justice », *AFDI*, 2005, vol. 51, pp.140-161.

⁵¹⁶ C. SANTULLI, « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation. Eléments épars du statut international des sujets internes », in SFDI, *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 2005, pp.90-92.

⁵¹⁷ CIJ, 30 novembre 2010, *affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, Rec., p.38. Même si en l'espèce la Cour conclut à la violation des droits de l'homme de Monsieur Diallo, mais pas à celle de ses droits propres comme actionnaire ou associé par la RDC, elle accepte de contrôler l'éventuelle violation de droits propres (§157).

⁵¹⁸ O. DE FROUVILLE, « Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République De Guinée C. République Démocratique Du Congo). Exceptions Préliminaires : Le Roman Inachevé de la Protection diplomatique », *AFDI*, Paris, CNRS Editions, 2007, p.296.

⁵¹⁹ *Ibid*, p. 291

à se détacher de l'écran étatique. Il convient à présent de s'interroger sur le contenu et la nature de l'obligation internationale de traitement des étrangers.

§2 – L'identification de l'obligation internationale de traitement des étrangers

Une difficulté apparaît quant à la qualification du fait générateur de la responsabilité de l'Etat territorial à l'origine du dommage causé à l'étranger. En effet, l'engagement de la responsabilité dans l'ordre juridique international suppose l'existence d'un fait internationalement *illicite*, résultant de la violation d'une obligation internationale imputable à un Etat⁵²⁰. Les sources du droit applicable aux étrangers peuvent relever soit directement du droit international public en vertu de règles conventionnelles ou coutumières, soit du droit interne de l'Etat qui doit être conforme aux règles de droit international qui lui sont opposables⁵²¹. Mais quel est alors le contenu des normes internationales applicables ? Quelles obligations internationales peuvent être opposées à l'Etat dans le traitement qu'il accorde aux étrangers ? Les règles relatives à la condition de l'étranger (règles primaires) et le régime de responsabilité de l'Etat (règles secondaires) ont longtemps fait l'objet d'une confusion, ce qui a empêché de révéler le contenu du traitement que le droit international garantissait à l'étranger. Un débat sur l'étendue de l'obligation internationale de traitement que les Etats doivent accorder aux étrangers a longtemps opposé les partisans du standard minimum et ceux de l'égalité de traitement (A). Aujourd'hui, ce débat est partiellement dépassé grâce à la reconnaissance de droits fondamentaux des étrangers. La protection est renforcée par le fait que cette obligation internationale de traitement a une valeur coutumière (B).

⁵²⁰ Comme le rappelle la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, un Etat ne peut présenter une demande de réparation du fait de la violation de l'une de ces obligations avant d'avoir établi qu'il en a le droit. Les règles en la matière supposent deux conditions: « *Premièrement, l'Etat défendeur a manqué à une obligation envers l'Etat national, à l'égard de ses ressortissants. Deuxièmement, seule la partie envers laquelle une obligation internationale existe peut présenter une réclamation à raison de la violation de celle-ci* » (CIJ, 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *Rec.* 1949, pp. 181 et 182). CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, *Rec.* 1970, p.32, §35. Voir aussi l'article 1^{er} du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats, 53^e session, 23 avril – 1^{er} juin et 2 juill. - 10 août 2001.

⁵²¹ A.-C. KISS, « La condition des étrangers en droit international et les droit de l'homme », *op.cit.*, p.503.

A. Standard minimum ou égalité de traitement ?

61. Difficile consécration de la théorie de l'égalité de traitement. Deux théories se sont opposées en droit international sur le traitement à accorder aux étrangers. La thèse du traitement national et celle du traitement international minimum. La règle du traitement national a été soutenue par les Etats latino-américains et d'autres pays en voie de développement. Elle se définit comme le traitement devant être accordé par un Etat à une personne (ici un étranger) ou une activité (par exemple des investissements), et qui se mesure par rapport au traitement accordé aux nationaux ou aux activités similaires exercées par eux⁵²². « *Le traitement national consiste en l'affirmation par le droit international que les étrangers doivent être protégés contre la discrimination et ne peuvent revendiquer que l'égalité avec les nationaux dans l'application du droit national* »⁵²³. C'est l'inégalité de traitement qui fonde la responsabilité de l'Etat. Toutefois, l'égalité de traitement n'interdit pas aux Etats de réserver certains droits aux nationaux, comme par exemple les droits politiques, conformément à l'article 1^{er} alinéa 3 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

L'origine de la théorie de l'égalité de traitement est attribuée au juriste argentin Calvo⁵²⁴, et repose sur l'idée selon laquelle l'Etat de résidence ne peut être contraint de garantir un traitement plus favorable aux étrangers qu'à ses nationaux. J. M. Yepes justifie lui aussi la théorie du traitement national en affirmant que « *l'individu qui quitte sa patrie pour aller s'incorporer à la souveraineté d'un autre pays civilisé, se soumet à la juridiction de ce pays, à ses lois et à ses autorités et en encourt les risques. Il est préférable de consacrer ce principe, en dépit des inconvénients possibles, en présence des avantages considérables pour la bonne entente internationale qui découle du respect de la souveraineté des autres nations* »⁵²⁵. Cette théorie a été consacrée par l'adoption d'une recommandation lors d'une conférence internationale des Etats américains à Washington en 1889-1890, puis dans la Convention relative aux droits des étrangers de 1902, dans la Convention de 1928 sur le Statut des

⁵²² J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.1096. S'agissant des activités, la CIJ « *dit que, dans les deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les ressortissants et les bateaux battant pavillon de la République du Botswana et de la République de Namibie doivent bénéficier, sur un pied d'égalité, du régime du traitement national* » ; CIJ, 13 décembre 1999, *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, Rec. 1999, §104.

⁵²³ P. DAILLIER, *et al.*, *op.cit.*, p.745.

⁵²⁴ C. CALVO, *Le droit international*, Paris, Marcel Rivière, 1885, 5^e éd. vol. VI §256, p.231.

⁵²⁵ J.M. YEPES, « Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique », *RCADI*, 1934-I, T. 47, p.106.

étrangers ou encore à l'article 9 du Traité de Montevideo sur les droits et les devoirs des Etats du 27 décembre 1933. La CPJI a jugé, en 1925, qu'une mesure de traitement des étrangers interdite en droit international ne devenait pas légitime sous prétexte que ce traitement était identique à celui accordé aux nationaux⁵²⁶. Par ailleurs, comme le révélera la Conférence sur la Codification du Droit international de La Haye de 1930, la théorie du traitement national a des difficultés à s'exporter, contrairement à la théorie du standard minimum de traitement⁵²⁷.

62. Consécration progressive de la théorie du « standard » minimum. Les Etats-Unis et les Etats européens ont soutenu la théorie du « standard minimum » de traitement. Selon cette théorie, les étrangers doivent bénéficier d'un traitement dont le niveau est fixé par le droit international ; dès lors, ce traitement peut, dans certains cas, être supérieur à celui que l'Etat de résidence réserve à ses propres nationaux⁵²⁸. « *Un problème se pose lié à la nécessité de concilier les compétences souveraines des Etats et le souci de protéger les droits de l'homme : jusqu'où s'étend le standard minimum dans le traitement assuré aux étrangers qui est imposé par le droit international aux Etats ?* »⁵²⁹ Une longue pratique des Etats occidentaux au cours du XIXe et au début XXe siècles requiert que le traitement des étrangers soit conforme à la pratique des « Etats civilisés ». La jurisprudence internationale a notamment consacré cette théorie dans l'affaire *Roberts* de 1926⁵³⁰. Elle implique que l'Etat de résidence doive accorder aux étrangers un traitement parfois plus avantageux qu'à ses nationaux. En 1947, la Commission des réclamations américano-mexicaine a précisé qu'il « *est un principe reconnu de droit international qu'un gouvernement doit assurer la protection de la personne et des biens des étrangers à l'intérieur de ses frontières (...). L'impuissance à assurer cette protection à un degré au moins égal au standard minimum prescrit par le droit international constitue un déni de justice* »⁵³¹.

⁵²⁶ CPIJ, 25 août 1925, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, PPCIJ, Série A, n°6.

⁵²⁷ V. CHETAIL, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », *op.cit.*, pp.40-41.

⁵²⁸ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.1050. Voir A. H. ROTH, *The minimum standard of International Law Applied to Aliens*, La Haye, Sijthoff, 1949, 194 p.

⁵²⁹ P. DAILLIER, *et al.*, *Droit international public*, 6^e éd, 1999, n° 428, p.662.

⁵³⁰ Commission générale des réclamations américano-mexicaine, 2 novembre 1926, *Harry Roberts c. United Mexican States, RSA*, Vol. IV, p.77. Voir également l'affaire des *réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc* (1925), *ibid.*, Vol. II, p.644 et l'affaire *Hopkins* (1926), *ibid.*, Vol. IV, p.411.

⁵³¹ Commission des réclamations américano-mexicaine, *Anita Sutter Young v. Mexico*, 1947, *RJAI*, t. III, n° 3538, p.1088.

Le contenu du traitement des étrangers, en vertu de cette théorie, est difficile à appréhender. Les règles applicables sont découvertes progressivement, selon les circonstances de l'espèce, généralement après la survenance d'un dommage. A la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, un contentieux arbitral important et des contributions doctrinales ont permis de découvrir certaines règles. Notamment, en 1929, A. Cavaglieri considérait que les droits fondamentaux des étrangers comprenaient la sécurité personnelle, la liberté individuelle et la propriété privée⁵³². S'il est difficile de découvrir le contenu exact des droits car il est évolutif, il est généralement admis que les libertés comprennent le droit à la reconnaissance d'une personnalité juridique, le droit d'accès à un tribunal impartial, le droit au respect de l'intégrité physique et corporelle, la liberté de conscience, ou encore l'interdiction de la détention arbitraire⁵³³.

La théorie du traitement minimum a été consacrée à l'article 1^{er} de la Déclaration des droits internationaux de l'homme, adoptée en 1929 par l'Institut de Droit International au cours de sa session de New York⁵³⁴. Tel est également le cas à propos des nationalisations dans la Déclaration des Nations Unies « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » de 1962⁵³⁵. La Charte des droits et des devoirs économiques des Etats de 1974⁵³⁶ ne semble pas confirmer cette théorie, mais le droit des investissements contemporain consacre à nouveau la notion de standard minimum. Parmi les critiques adressées contre la théorie du standard minimum de traitement, il est avancé que les étrangers bénéficieraient d'un traitement privilégié par rapport aux nationaux, que cette théorie conduit à une mainmise étrangère sur certains secteurs de l'économie nationale, et qu'elle a servi de justification à des interventions armées⁵³⁷. Pour autant, cette théorie semble nécessaire pour éviter que les Etats échappent à la mise en œuvre de leur responsabilité internationale au prétexte que les étrangers et nationaux sont soumis au même traitement. Par ailleurs, l'encadrement de la liberté des Etats dans le

⁵³² A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1929-I, t. 26, p.454.

⁵³³ V. CHETAİL, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états », *op.cit.*, p.43

⁵³⁴ L'article 1^{er} dispose qu'« *il est du devoir de tout Etat de reconnaître à tout individu le droit égal à la vie, à la liberté, et à la propriété, et d'accorder à tous, sur son territoire, pleine et entière protection de ce droit, sans distinction de nationalité, de sexe, de race, de langue ou de religion* ». *IDI, Déclaration des droits internationaux de l'homme*, Session de New York, 1929.

⁵³⁵ AGNU, « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », Résolution 1803 (XVII), 14 décembre 1962.

⁵³⁶ AGNU, « Charte des droits et des devoirs économiques des Etats », Résolution 3281 (XXIX), 14 décembre 1974.

⁵³⁷ V. CHETAİL, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états », *op.cit.*, pp.43-44.

traitement des étrangers est renforcé par la reconnaissance d'une obligation internationale de nature coutumière.

B. L'existence d'une obligation coutumière internationale

63. L'affirmation de droits fondamentaux des étrangers. La protection des étrangers a marqué l'évolution du droit international. Si initialement les droits des migrants étaient considérés sous un angle purement interétatique, nous avons démontré que l'idée de droits fondamentaux des étrangers, quelle que soit leur nationalité, s'est imposée progressivement. Un mouvement jurisprudentiel consacre peu à peu cette approche, réduisant ainsi la marge d'appréciation discrétionnaire des autorités administratives⁵³⁸. Certaines catégories d'étrangers bénéficient explicitement de la théorie du standard minimum, notamment les agents diplomatiques ou consulaires, ainsi que certaines de leurs activités (fiscalité, mouvements de capitaux)⁵³⁹. Mais en dehors de ces régimes spécifiques, plusieurs auteurs ont essayé d'identifier quel était le « noyau dur » des droits dont les étrangers devaient pouvoir revendiquer le bénéfice.

Selon Alexandre-Charles Kiss, le premier aspect de la relation entre les droits de l'homme et le droit des étrangers concerne un premier « noyau dur » de droits de l'homme reconnus aux étrangers, composé des droits les plus fondamentaux : le droit à la vie, le droit à la liberté, à la sécurité et à la dignité de l'individu. Ce sont ces droits-là qui ont pénétré le droit international, en dehors des cas des violations les plus graves des droits de la personne humaine, et qui ont justifié des interventions d'humanité. L'auteur ajoute que le développement des droits de l'homme a également contribué à l'élargissement du contenu du standard minimum ; le contenu des règles constitutives du traitement de base des étrangers rappelle les droits et libertés fondamentaux tels qu'énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, à l'exception de l'article 13 qui assure la liberté de circulation⁵⁴⁰. Selon Michel Virally, « *le standard minimum [...] englobe le respect des libertés essentielles : libertés de la personne,*

⁵³⁸ Pour la France, voir CE, 13 janvier 1975, *Da Silva et as.*, *Leb.* 16 ; 18 juin 1976, *Moussa Konaté*, *Leb.* 321 ; 21 janvier 1977, *Ministre de l'Intérieur c. Dridi*, *Leb.* 38 ; 13 mai 1977, *Perregaux et a.*, *Leb.* 216 ; 8 décembre 1978, *GISTI et a.* *Leb.* 492, concl. Dondoux ; C. const., 9 janvier 1980, *Gaz. Pal.* 1980.II.532, n. Hamon.

⁵³⁹ P. DAILLIER, *et al.*, *op. cit.*, pp.745-746.

⁵⁴⁰ A.-C. KISS, « La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme », *op.cit.*, pp.304-508.

du droit de propriété, des droits régulièrement acquis, et la sécurité des personnes et des biens, ainsi qu'un système de garanties juridiques, notamment judiciaires, accessible aux étrangers et impartial, permettant d'obtenir justice »⁵⁴¹. Le concept de « standard minimum humanitaire » participe à l'identification des droits fondamentaux des étrangers ; il désigne le traitement devant bénéficier à tout être humain en toutes circonstances, et qui est régi à la fois par les dispositions du droit humanitaire et par celles des conventions relatives aux droits de l'homme auxquelles il ne peut être dérogé⁵⁴². Ce concept est implicite dans le *Dictum* de la CIJ, dans l'affaire du *Détroit de Corfou* de 1949, qui évoque des « *considérations élémentaires d'humanité plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre* »⁵⁴³.

Toutefois, l'assimilation du traitement international des étrangers avec les droits de l'homme ne fait pas l'unanimité ; s'il existait un standard minimum pour les étrangers en vertu des droits universels de l'homme, les nationaux devraient aussi en disposer. Il n'en va toutefois pas toujours ainsi. Comme le souligne Vincent Chetail, « *au niveau international, les droits des étrangers précèdent, plus qu'ils ne postulent, les droits de l'homme* » car la théorie du standard minimum s'intéresse à l'individu en tant qu'étranger, tandis que l'individu qui ne quitte pas le territoire de son Etat ne bénéficie d'aucune protection internationale. Néanmoins, la consécration du droit international des droits de l'homme mettra fin à cette incohérence, car les droits des étrangers correspondent à des droits irréductibles attachés à tout individu⁵⁴⁴.

La théorie des droits fondamentaux de l'étranger relatifs aux différents aspects de son séjour, concerne aussi les travailleurs migrants, et dépasse le cadre de la relation de travail. Cette théorie est particulièrement intéressante et précieuse quand les migrants se trouvent dans un pays qui n'a pas ratifié les instruments internationaux protecteurs, car l'obligation internationale de traitement des étrangers a une valeur coutumière, bien que l'identification exhaustive de son contenu reste un exercice délicat.

64. Opposabilité d'une obligation internationale de valeur coutumière. Dès 1941, la Cour Suprême des Etats-Unis avait jugé que « *there has grown up in the field of international relations a body of customs defining with more or less certainty the duties owing by all*

⁵⁴¹ M. VIRALLY « Cours général de droit international public », *RCADI* 1983-V, t. 183, pp.116-117.

⁵⁴² J. SALMON (dir.), *op. cit.*, p.1096.

⁵⁴³ CIJ, 9 avril 1949, *Détroit de Corfou*, *Rec.* 1949, p.22.

⁵⁴⁴ V. CHETAIL, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états », *op.cit.*, pp.46-47.

nations to alien residents »⁵⁴⁵. Alain Pellet précise que le standard minimum repose sur le principe selon lequel « *les Etats doivent accorder aux personnes privées étrangères un traitement décent, correspondant aux exigences de la justice et conforme aux principes généraux du droit et de les faire bénéficier d'une protection raisonnable* »⁵⁴⁶. Comme le souligne Vincent Chetail, « *la théorie du « traitement international » ou « standard minimum de traitement » [...] suppose que tout Etat doit accorder un traitement minimum à l'étranger, lequel traitement est issu de la coutume universelle, des principes généraux de droit en deçà duquel il ne peut descendre sans engager sa responsabilité* »⁵⁴⁷. L'étendue de l'obligation de traitement des étrangers concernerait donc, *a minima*, les normes coutumières qui traduisent une « *pratique effective et une opinio juris des Etats* »⁵⁴⁸. La coutume est le résultat de la conjoncture d'une pratique effective et de l'acceptation par les Etats de son caractère normatif⁵⁴⁹. Les droits fondamentaux des étrangers sont alors le plus souvent interprétés comme des garanties minimales plus ou moins générales⁵⁵⁰.

Nous ne chercherons pas ici à établir une liste des droits qui auraient une valeur coutumière, car ils sont révélés cas par cas, présentent un caractère évolutif et donnent parfois lieu à des divergences doctrinales. En revanche, eu égard aux développements précédents, nous pouvons affirmer que l'interdiction de la discrimination entre les étrangers et les nationaux constitue le plus petit « commun dénominateur » pour le traitement des étrangers. Il faut par ailleurs rappeler que les Etats restent souvent attachés à l'idée de domaine réservé concernant l'admission et le traitement des étrangers. Ils se reconnaissent compétents pour définir les règles applicables aux situations internes, et particulièrement dans le domaine social⁵⁵¹, mais une fois adoptées, ces règles doivent être appliquées de manière indiscriminée. Le principe fondateur qui va constituer l'architecture de la protection des étrangers est donc le principe de non-discrimination. Il repose sur la théorie l'égalité des individus. Cette égalité entre les

⁵⁴⁵ Cour Suprême des Etats-Unis, *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52 per Justice Black at p. 65 (1941).

⁵⁴⁶ A. PELLET, « Le droit international à l'aube du XXI^e siècle. La société internationale contemporaine – Permanences et tendances nouvelles », in J. CARDONA LLORENS (Dir.), *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, Tome I, 1997, p.95.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p.43.

⁵⁴⁸ CIJ, avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace et de l'emploi des armes nucléaires*, Rec., p.253. Pour plus de détails sur le processus coutumier voir P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.352 et s.

⁵⁴⁹ L'article 38§1 alinéa b) du statut de la CIJ définit la coutume internationale « *comme la preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit* ». J. SALMON (dir.), *op.cit.*, pp.283-284.

⁵⁵⁰ S. TOUZE, *op.cit.*, p.68.

⁵⁵¹ Voir par exemple D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat social », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, p.4.

personnes se fonde initialement sur leur qualité de sujets d'Etats souverains et égaux ; puis c'est l'affirmation de la dignité de tout être humain qui justifie un traitement égal.

La règle *a minima* de la non-discrimination en matière de traitement des étrangers est coutumière. Il convient à présent de s'interroger sur le contenu et la portée du principe de non-discrimination.

SECTION II : Divergences autour du principe de non-discrimination

Le principe de non-discrimination est affirmé dans la quasi-totalité des instruments internationaux relatifs aux droits des personnes. Nous étudierons le sens et la portée de ce principe au regard de ces instruments qui s'appliquent aussi bien aux nationaux qu'aux étrangers placés sous la juridiction de l'Etat qui les a ratifiés⁵⁵². Nous nous intéresserons aussi aux instruments propres aux travailleurs migrants. Nous verrons que le principe de non-discrimination a fait l'objet de plusieurs interprétations, tant sur son contenu (§1) que sur sa valeur de norme impérative de droit international (§2).

§1 – Divergence autour de la notion de discrimination

L'article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) affirme le principe d'égale dignité entre les individus⁵⁵³. Celle-ci fonde le principe de non-discrimination affirmé dans tous les instruments de proclamation des droits de l'homme. Mais il convient d'analyser si l'universalité de l'affirmation implique une universalité de la définition du principe (A), et des modalités d'invocabilité de ce dernier (B).

⁵⁵² Voir par exemple l'observation générale n°15 du Comité des droits de l'homme « situation des étrangers au regard du Pacte ».

⁵⁵³ L'article 1^{er} de la DUDH dispose que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ».

A. La qualification de la discrimination

65. Distinction entre égalité de traitement et non-discrimination. Bien que les notions semblent *a priori* similaires, il convient tout d'abord de distinguer l'égalité de traitement de l'interdiction de la discrimination. La distinction dépend en réalité de la conception de la discrimination. L'égalité de droits se définit comme la qualité d'un régime juridique selon lequel tous les sujets de droit qui relèvent d'une même catégorie bénéficient du même traitement juridique par rapport à des droits déterminés ; elle se définit souvent comme une absence de distinctions parmi les personnes relevant d'une même catégorie juridique⁵⁵⁴. Par exemple, le juge européen analyse la différence de traitement comme « *une distinction introduite entre des situations analogues ou comparables* »⁵⁵⁵. Le Comité des droits de l'homme adopte la même approche⁵⁵⁶. Mais si la majorité des juridictions ou quasi-juridictions internationales qualifient de discriminatoire le fait de traiter différemment des personnes qui se trouvent dans la même situation, elles considèrent qu'est aussi discriminatoire le fait de traiter de façon semblable des personnes dans des situations distinctes⁵⁵⁷.

La distinction entre égalité de traitement et interdiction de la discrimination n'est pas toujours aisée. Pour la Cour de Luxembourg l'« *interdiction de la discrimination n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité* »⁵⁵⁸. Pour Marc Bossuyt, les principes de non-discrimination et d'égalité sont « *les deux facettes d'une même réalité, mais qui est formulée tantôt de manière positive, tantôt de manière négative* »⁵⁵⁹. L'analyse du principe d'égalité renvoie toutefois à une généralité ainsi qu'à une transversalité, indépendamment de

⁵⁵⁴ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.417.

⁵⁵⁵ CEDH, 19 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n°6833/74, §32, *GACEDH*, n°48.

⁵⁵⁶ CDH, 9 avril 1987, *Broecks c. Pays-Bas*, §13.

⁵⁵⁷ CJCE, 17 juillet 1963, *République italienne c. Commission*, aff. 13/63, *Rec.* 1963, p.360. La CEDH Inversement, la Cour considère que constitue une discrimination le fait de traiter de la même manière des personnes dont les situations sont sensiblement différentes (CEDH, Gr. Ch., 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n°34369/97, *RTD civ.*, 2000, p.434). Elle retient deux critères : la différence de traitement dans l'exercice et la jouissance d'un droit, et le manque de justification objective et raisonnable (CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/Royaume-Uni*, req. n°9214/80, 9473/81 et 9474/81, A. 94, §82, *JDI*, 1986, 1084, obs. P. Rolland). Le Comité européen des Droits sociaux a repris la définition de la Cour (CEDS, 10 octobre 2000, *Syndicat national des professions du tourisme*, récl. n°6/1999, §25). Sur l'égalité de traitement non justifiée, voir notamment CEDH, Gde Ch., 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, *RTD civ.*, 2000, p.434, chron. J.-P. MARGUENAUD, §44 de l'arrêt ; ou encore CourIADH, avis consultatif du 19 janvier 1984, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, série A n°4, §55.

⁵⁵⁸ CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, aff. Jointes 117/76 et 16/77, point 7.

⁵⁵⁹ M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p.37.

tout critère ; le principe de non-discrimination, au contraire, est lié par des critères qui le limitent. Cependant, selon la CJUE⁵⁶⁰, les deux concepts se rapprochent si l'on considère que la non-discrimination est une application particulière du principe d'égalité de traitement⁵⁶¹. Selon Frédéric Sudre, le principe de non-discrimination permet de définir concrètement le domaine d'application de l'égalité : « *celui-ci est constitué par l'ensemble des droits protégés par la convention pertinente, et l'interdiction de discrimination ne s'applique que pour autant qu'un droit garanti par ladite convention en est l'objet* ». L'égalité n'est donc pas une égalité en général ; elle ne vaut que devant le texte conventionnel en cause⁵⁶². Nous verrons que c'est dans cette logique que s'inscrivent les normes spécifiques relatives à la protection des travailleurs migrants.

Toutefois, l'interdiction de la discrimination s'appréciant pour une catégorie juridique déterminée, encore faut-il identifier les critères de distinction interdits.

66. Discrimination et critères de distinction entre nationaux et étrangers. « *Distinguer n'est pas discriminer* »⁵⁶³. Il convient alors de déterminer quels sont les critères de distinction qui constituent une discrimination. Certains critères de discrimination ont pu donner lieu à une protection conventionnelle catégorielle selon le sexe, l'origine nationale ou ethnique, la religion, les opinions, la fortune, et porte sur des sujets divers (emploi et profession, enseignement, etc.). A l'inverse, les conventions à portée générale adoptent une démarche globale et tentent de garantir les droits de manière indiscriminée, pour l'ensemble des critères⁵⁶⁴.

S'agissant des travailleurs migrants, la discrimination la plus apparente dont ils peuvent souffrir repose sur le critère de l'origine nationale, et peut conduire à une différence de traitement entre les travailleurs nationaux et les travailleurs étrangers. Pourtant, toute distinction relative à l'origine nationale n'est pas prohibée⁵⁶⁵ ; une distinction entre des groupes de personnes ne constitue pas une discrimination si elle repose sur une justification

⁵⁶⁰ CJCE, 27 janvier 2005, *Europe Chemi-Con (Deutschland) c. Conseil*, aff. 422/02, *Rec.* 2005, p. 791, § 33.

⁵⁶¹ M. MAUDET-BENDAHAN, *La mobilité géographique du travailleur salarié au sein de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2012, p.212.

⁵⁶² F. SUDRE, *op.cit.*, pp.276-277.

⁵⁶³ *Ibid*, p. 288. CourIADH, avis consultatif du 17 septembre 2003, *Condicion Juridica y Derechos de los Migrantes indocumentados*, série A n°18, §19. Dans le même sens, voir CDH, *O'Neill et Quinn c. Irlande*, 2006, n°1314/2004, §§8.3 et 8.4, ou encore CDH, *Fábryová c. République Tchèque*, 2002, n° 765/1997, §9.2.

⁵⁶⁴ F. SUDRE, *op.cit.*, pp.286-287.

⁵⁶⁵ Nous avons mis en évidence dans la première partie de notre étude, à propos de la liberté de circulation, qu'il est possible d'introduire des distinctions selon l'origine nationale, soit en vertu d'accords bilatéraux soit en vertu d'accords régionaux (points 25 et s.).

« *objective et raisonnable* ». Le Professeur Sudre souligne l'importance de la dimension collective du droit à la non-discrimination : c'est l'appartenance à un groupe qui justifie l'existence légitime ou non d'une différence de traitement, et c'est en tant que membre d'un groupe qu'un individu peut se prévaloir du droit à ne pas être discriminé⁵⁶⁶. Par exemple, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale entend promouvoir un principe général d'égalité raciale juridique. Son article 1^{er} §2 ajoute que « *la Convention ne s'applique pas aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un Etat selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants* », dès lors que les droits fondamentaux sont garantis aux étrangers et que cela ne crée pas de discriminations entre certaines catégories d'étrangers⁵⁶⁷. Le §3 de l'article 1^{er} précise que la Convention n'affecte pas les dispositions législatives relatives à l'acquisition de la nationalité et de la citoyenneté, si celles-ci ne sont pas discriminatoires vis-à-vis d'une disposition particulière. Enfin, le §4 de l'article 1^{er} énonce que « *les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient* ». Ce paragraphe autorise donc ce que certains auteurs appellent les « discriminations positives », qui sont justifiées par l'existence d'une justification objective et raisonnable quand les situations en cause ne sont pas parfaitement identiques⁵⁶⁸. La mesure de discrimination positive vise alors à « compenser » l'inégalité pour restaurer l'égalité.

⁵⁶⁶ F. SUDRE, *op.cit.*, p.293

⁵⁶⁷ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 décembre 1965, RTNU, vol. 660, p.195, entrée en vigueur le 4 janvier 1969. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a adopté deux recommandations relatives aux étrangers. La première Recommandation générale n° 11 de 1993 précise que l'article 1^{er} §2 de la Convention ne dispense pas les Etats d'informer de leurs lois relatives aux étrangers. La Recommandation générale n°30 de 2004, quant à elle, vise à attirer l'attention sur la situation de groupes vulnérables et invite à mettre en œuvre une série de mesures ayant pour objet de résoudre leurs problèmes quotidiens.

⁵⁶⁸ R. DE GOUTTES, « Le principe de non-discrimination dans la Convention des Nations-Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Septièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 17, 28 et 29 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.57-58.

Le maintien de distinctions entre nationaux et étrangers au profit de l'une ou l'autre des catégories est donc possible. Il convient alors de s'interroger dans quelles circonstances les distinctions sont interdites.

67. Les différentes formes de discrimination interdites. La jouissance indiscriminée des droits suppose l'identification de ce qu'est une discrimination. La discrimination a fait l'objet de nombreuses qualifications jurisprudentielles et doctrinales qui ont permis d'en distinguer plusieurs formes, l'identification de son contenu étant évolutif. Si l'interdiction des discriminations directes est le plus souvent explicite dans les instruments internationaux, les discriminations indirectes sont également interdites⁵⁶⁹.

Par exemple, l'article 14 de la CEDSH interdit les discriminations « *résultant de mesures qui, sur le fondement d'un critère de différenciation apparemment neutre, ont un effet équivalent à une discrimination en ce qu'elles produisent un effet inégalitaire sur un nombre plus élevé, par rapport au reste de la population, des personnes appartenant à un groupe vulnérable* », ce, même si le groupe n'est pas spécifiquement visé⁵⁷⁰. C'est ce que la CJCE avait qualifié de « discriminations déguisées » dans l'arrêt *Sotgiu* de 1974⁵⁷¹, condamnant « *les formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat [...] il n'est donc pas exclu que des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile du travailleur puissent, selon les circonstances, constituer, dans leur effet pratique, l'équivalent d'une discrimination de nationalité prohibée par le traité* ».

La consécration jurisprudentielle des discriminations déguisées est une création de la Cour, alors même qu'elles n'apparaissaient pas dans les textes communautaires, et cette construction a largement été saluée par la doctrine⁵⁷². Cet arrêt n'a jamais fait l'objet de revirement de jurisprudence, et a permis de distinguer, en droit de l'Union européenne, les discriminations directes des discriminations indirectes. Une discrimination indirecte s'apprécie en fonction des conséquences qu'elle produit, et est interdite dès lors qu'elle n'est

⁵⁶⁹ F. SUDRE, *op.cit.*, p.292

⁵⁷⁰ CEDH, Gde Ch., 13 novembre 2007, *D.H. et al c. République Tchèque*, req. n°57325/00, *JCP G*, 2008, I, 110, obs. F. Sudre. Sur la mise en œuvre de l'obligation de respecter le droit à l'égalité dans le système interaméricain, voir B. DUHAIME, Vers une Amérique plus égalitaire ? L'interdiction de la discrimination et le système américain de protection des droits de la personne », in L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, p.172 et s.

⁵⁷¹ CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/74, *Rec.*1974, p.153.

⁵⁷² M. MAUDET-BENDAHAN, *op.cit.*, pp.239-244. Sur les discriminations indirectes en droit de l'Union européenne, v. également, Y. LEROY, « La discrimination indirecte en droit du travail : un mécanisme réversible », in L. POTVIN-SOLIS, *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Septièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 17, 28 et 29 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.533-545.

pas proportionnée et justifiée par la poursuite d'un objectif raisonnable. Ce type de discrimination est difficile à révéler car il touche *a priori* indistinctement les nationaux et les étrangers⁵⁷³. Les conséquences de la notion de la discrimination indirecte sont importantes sur le plan probatoire car l'individu qui se plaint d'une discrimination n'aura plus à démontrer l'élément intentionnel ; seul le résultat compte⁵⁷⁴.

Une autre sorte de discriminations a également été révélée par la CJCE dans l'arrêt *Kraus* de 1993. Il s'agit des « discriminations à rebours »⁵⁷⁵ dont peut souffrir un national dans son propre pays par rapport aux ressortissants d'un autre Etat membre ; le régime de son droit national lui est moins favorable car il ne bénéficie pas des règles communautaires. Le travailleur national serait alors moins bien « traité » qu'un autre travailleur communautaire⁵⁷⁶. Trois critères doivent être remplis pour pouvoir invoquer une discrimination à rebours contre son Etat national : la victime doit être un travailleur salarié, ses conditions de traitement doivent être moins favorables que celles des autres travailleurs européens (par exemple la rémunération), et la personne avoir préalablement circulé dans un autre Etat membre et être revenu dans son pays⁵⁷⁷. La situation ne doit donc pas être purement interne. La seule présence dans le territoire de travailleurs ressortissants d'autres Etats membres bénéficiant d'un meilleur salaire par rapport aux travailleurs nationaux employés dans la même entreprise, ne suffit pas ; le travailleur national doit avoir étudié, résidé ou travaillé dans un autre Etat membre⁵⁷⁸. Selon F. Baron, « *le principe communautaire de non-discrimination n'interdit pas qu'un travailleur français soit moins bien traité qu'un travailleur étranger en France. Qu'il fût parti travailler dans un autre Etat membre de l'Union européenne, à son retour en France, il aurait alors dû bénéficier de la protection conférée par les articles 12 et 39 CE (actuels articles 18 et 45 du TFUE). Mais du fait de sa situation purement interne, il ne tire aucun droit du droit communautaire* »⁵⁷⁹. Toutefois, nous avons mis en évidence au point

⁵⁷³ Par exemple dans l'affaire dite *Pinna*, l'octroi de prestations familiales françaises était subordonné à la condition de résidence en France (CJCE, 15 janvier 1986, *Pinna c. Caisse d'allocations familiales de la Savoie*, aff. C-41/84, *Rec.*1986, p.1).

⁵⁷⁴ M. BENLOLO-CARABOT, « Le principe fondamental de non-discrimination », *op.cit.*, p.879.

⁵⁷⁵ CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, C-19/92, *Rec.*1993, p.1663.

⁵⁷⁶ M. MAUDET-BENDAHAN, *op.cit.*, pp.245-246.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ CJCE, 28 juin 1984, *Moser c. Land Baden-Württemberg*, aff. 180/83, *Rec.*1984, p. 2539; CJCE, 3 octobre 1990, *Nino et autres*, aff. C 54/88, C 91/88 et C 14/89, *Rec.*1990, p.I-3537.

⁵⁷⁹ F. BARON, *Travailleurs. Discrimination à rebours, Application du droit communautaire par la Cour de cassation*, Europe, novembre 2008, chron. 1. Selon M. Maudet-Bendahan, il est erroné de penser que le travailleur national est moins bien traité que le travailleur ressortissant d'un autre Etat membre car leur situation n'est comparable que s'ils se trouvent dans des situations analogues, c'est-à-dire qu'ils sont expatriés. Le droit

26 de notre étude que la Cour a retenu une interprétation très souple de cette condition dans l'arrêt *Carpenter* de 2002⁵⁸⁰, puis elle opère un revirement de jurisprudence dans l'arrêt *Zambrano* du 8 mars 2011 en admettant le droit au séjour du père étranger d'un enfant citoyen européen n'ayant jamais circulé⁵⁸¹. Cette affirmation a ensuite connu quelques nuances⁵⁸².

L'appréhension du champ d'application de la discrimination a ainsi donné lieu à de nombreux développements, dont la lisibilité conserve parfois une part d'obscurité. Il est maintenant intéressant de se demander comment ce principe peut être invoqué.

B. L'autonomie de l'interdiction de discrimination

68. Absence initiale d'autonomie du principe de non-discrimination. Nous nous interrogerons ici sur la question de savoir si l'interdiction de la discrimination constitue uniquement un principe pour l'application d'autres droits. C'est ce que suggère notamment Georges Tenekides, dans son analyse de la Convention des Nations Unies de 1945 sur l'élimination de la discrimination raciale. L'auteur propose une analyse des « *droits découlant du principe de non-discrimination* » de l'article 5, qui certes n'est pas exhaustive, mais qui indique les obligations des Etats pour éliminer toutes les formes de discrimination raciale et une liste de droits dont les individus doivent bénéficier de manière indiscriminée⁵⁸³. Myriam Benlolo-Carabot, quant à elle, évoque la « transversalité » du principe de non-discrimination qui constitue la pierre angulaire et la condition de jouissance des droits garantis à une personne dans les instruments protecteurs⁵⁸⁴. Selon Gwenaëlle Calvès, le principe de non-discrimination est un principe « *vide* » car il ne contient aucune règle de fond, n'édicte aucune prescription spécifique. Loin de l'idée d'en minimiser l'importance, elle met en évidence que l'égalité dont ce principe tente d'assurer le respect découle de valeurs extrinsèques ; il s'agit

de l'Union ne viserait qu'à « compenser » les inconvénients de l'expatriation. M. MAUDET-BENDAHAN, *op.cit.*, pp. 248-249. Sur la discrimination à rebours, voir également J.-Y. CARLIER, « Non-discrimination et étrangers », *Cahiers du CeDIE*, n°2012/4, p.8 et s.

⁵⁸⁰ CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C-60/00, *Rec.*2002, p.I-6279.

⁵⁸¹ CJUE, arrêt du 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, *Rec.* 2011, p.I-1177.

⁵⁸² Voir notamment l'arrêt du 3 mai 2013, *Ymeraga c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, aff. C-87/12, non encore publiée au Recueil.

⁵⁸³ G. TENEKIDES, « L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale », *RCADI*, 1980 t. III, p.358 et s.

⁵⁸⁴ M. BENLOLO-CARABOT, « Le principe fondamental de non-discrimination », *op. cit.*, p.875.

d'un principe « médiateur » entre les grands principes juridiques et les situations empiriques de fait ou de droit⁵⁸⁵. Frédéric Sudre a une approche similaire ; il considère que la clause de non-discrimination de l'article 14 de la Convention européenne n'a pas d'existence indépendante car « *elle vaut uniquement pour les droits et libertés garantis par la convention* »⁵⁸⁶.

Pourtant certaines jurisprudences consacrent l'idée de l'autonomie du droit à la non-discrimination.

69. Vers une autonomisation progressive de l'interdiction de la discrimination ? Il est désormais de plus en plus souvent admis que le principe de non-discrimination n'a pas seulement vocation à s'appliquer en cas de violation d'un autre droit, car cela le priverait de tout effet utile. C'est ce qu'a considéré la CEDH au sujet de l'article 14 de la Convention dans *l'Affaire linguistique belge* de 1968, en reconnaissant à ce principe une portée autonome⁵⁸⁷ ; la clause de non-discrimination peut s'appliquer même quand aucun autre droit de la convention n'a été violé⁵⁸⁸. Dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* de 1981, la Cour considère qu'il est inutile de se prononcer sur le grief de discrimination lorsque qu'un autre droit de la Convention a été violé, à moins qu'« *une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige* »⁵⁸⁹. Dès lors, comme le souligne le Professeur Sudre, « *l'applicabilité de l'article 14 est soumise à la seule condition que les faits ou mesures litigieux « se situent dans le domaine » ou « tombe sous l'empire » de l'une des dispositions substantielles de la convention, cette condition étant entendue soupagement par le juge européen* »⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ G. CALVES « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Septièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 17, 28 et 29 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2010, p.48.

⁵⁸⁶ F. SUDRE, *op.cit.* p.277.

⁵⁸⁷ CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, req. n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, *GACEDH* n°8, §9 ; confirmé dans CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n°6833/74, *GACEDH* n° 48, §32 ; aussi CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, req. n°8695/79, A. 126, §36.

⁵⁸⁸ Voir par exemple CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n°9214/80, 9473/81, 9474/81, A. 94, §69 et 83, *JDI*, 1986, obs P. Rolland, au sujet du droit au respect de la vie privée et familiale.

⁵⁸⁹ CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, §67, *GACEDH*, n° 42. Voir à titre d'exemple l'arrêt du 22 avril 1999, *Chassagnou et al. c. France*, req. n°25088/94, 28331/95 et 28443/95, §89, *GACEDH*, n°67. Mais la Cour a aujourd'hui tendance à examiner en priorité la question de la violation de la discrimination, et ensuite à examiner séparément le grief tiré de la violation du droit principal. F. SUDRE, *op.cit.*, p.279.

⁵⁹⁰ *Ibid*, p.278. Le professeur Sudre souligne également que, outre l'interprétation très souple de la condition de son applicabilité, l'article 14 un effet horizontal ; il s'applique dans les relations interindividuelles et permet un

Telle est également l'interprétation du Comité des droits de l'homme à propos de l'article 26 du PIDCP⁵⁹¹ qui vise la législation nationale. Pour le Comité, cet article n'est pas une simple réitération de la clause de non-discrimination énoncée à l'article 2§1 du Pacte, mais s'analyse comme un droit dans la jouissance de tout droit individuel, que celui-ci soit énoncé par le Pacte ou tout autre instrument international, ou encore par une législation interne⁵⁹².

La question de l'autonomie du principe de non-discrimination⁵⁹³ s'est également posée dans le système interaméricain des droits de l'homme. Les instances interaméricaines n'ont pas affirmé l'autonomie de l'ensemble du principe, mais elles ont reconnu progressivement l'autonomie du droit à l'égalité devant la loi, affirmé à l'article II de la Déclaration américaine et à l'article 24 de la Convention. Dans l'affaire *Simone André Diniz c. Brésil*⁵⁹⁴, qui concerne un cas de discrimination raciale à l'embauche dans le secteur privé, la plaignante invoquait la violation par les autorités de son droit à un traitement égal devant la loi. Or le droit au travail n'est pas garanti par le texte même de la déclaration. La Commission reconnaît alors la violation du droit à l'égalité devant la loi, reprenant l'interprétation du Comité des droits de l'homme⁵⁹⁵.

Ces évolutions jurisprudentielles, témoignent que la violation du principe de non-discrimination peut être sanctionnée dans l'ordre juridique international, sans être nécessairement « articulé » avec un autre droit du texte qui le consacre. Toutefois, l'appréciation de la discrimination semble devoir s'effectuer au regard d'une règle juridique. Pourtant, qu'il soit ou non reconnu comme un principe médiateur par le système juridique qui le consacre, le principe de non-discrimination occupe une place particulière - qu'il convient

contrôle des actes privés. La Cour confère également au principe une dimension procédurale, les allégations de discrimination raciale pouvant donner lieu à des enquêtes officielles et impartiales de l'Etat. Il convient d'ajouter enfin que le Protocole n°12 à la Convention énonce une interdiction générale de discrimination pour « *tout droit prévu par la loi* », c'est-à-dire pas uniquement les droits prévus par la convention. *Ibid.*, pp.280-284.

⁵⁹¹ Le Comité considère que l'article 26 du PIDCP consacre le principe général d'égalité devant la loi, affirmé à l'article 7 de la DUDH, et qu'il « *interdit toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics* » (CDH, 9 avril 1987, *Broeks c. Pays Bas*, §12).

⁵⁹² Dans l'affaire *Zelaya Blanco* par exemple, bien que le droit de propriété ne soit pas affirmé dans le Pacte, le Comité examine ce droit conjointement au droit à la non-discrimination qui lui est garanti (CDH, 20 juillet 1994, *Zelaya Blanco c. Nicaragua*, n° 328/1988). F. SUDRE, *op.cit.*, pp.284-286.

⁵⁹³ Voir par exemple L. WEIWEI, « Equality and Non-discrimination Under International Human Rights Law », Norwegian Center for Human Rights, *Research Notes* 03/2004, pp.14-18

⁵⁹⁴ ComIADH, 21 octobre 2006, *Simone André Diniz c. Brésil*, Résolution n°66/06, affaire 12.001.

⁵⁹⁵ Voir par exemple CDH, *S. W. Brooks c. Pays Bas*, Communication n° 172/1984, U.N. Doc. Supp. n°40 (A/42/40), p.139 (1987). B. DUHAIME, « Vers une Amérique plus égalitaire ? L'interdiction de la discrimination et le système américain de protection des droits de la personne », *op.cit.*, pp.169-172.

de souligner - parmi les normes internationales. Ce principe reconnu comme « supérieur » fait actuellement l'objet d'une controverse quant à la nature de l'obligation.

§2 – Le principe de non-discrimination, une norme de jus cogens ?

L'égalité, idéal philosophique et religieux, est affirmée dans la majorité des systèmes juridiques, ce qui conduit à se demander si le principe de non-discrimination ne bénéficierait pas d'une valeur particulière. En principe, aucune hiérarchie n'existe entre les normes internationales, et notamment parmi les droits de l'homme car « *distinguer les droits de l'homme, c'est aller à l'encontre de la notion, chère à l'ONU, d'indivisibilité ou d'interdépendance de droits de l'homme* »⁵⁹⁶. Pourtant, certains droits semblent occuper une place particulière⁵⁹⁷. Selon T. Van Boven, certains droits sont au fondement même de la communauté internationale ; en tant que droits élémentaires, ils peuvent faire l'objet d'une protection particulière et ne peuvent connaître de dérogation⁵⁹⁸.

Si l'interdiction de la discrimination est reconnue dans les différents systèmes juridiques comme un principe supérieur (A), elle n'est pas pour autant universellement qualifiée de norme de *jus cogens* (B).

A. La reconnaissance d'un principe supérieur

70. La supériorité reconnue au niveau universel. Dans son cours de 1980 à l'Académie du droit international, G. Tenekides a souligné le caractère universel de la condamnation de la discrimination raciale⁵⁹⁹. En effet, dans l'affaire dite de la *Barcelona Traction* de 1970, la CIJ a jugé que « *Une distinction essentielle doit [...] être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être*

⁵⁹⁶ F. SUDRE, *op.cit.*, p.213.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p.216.

⁵⁹⁸ T. VAN BOVEN, « Distinguishing Criteria of Human Rights », in K. VASAK et P. ALSTON (eds.), *The International dimension of Human Rights*, vol. 1, Westport, Greenwood Press, 1982, pp.45-46.

⁵⁹⁹ G. TENEKIDES, « L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale », *op.cit.*, p.311 et s.

considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes »⁶⁰⁰. La violation de telles obligations fonde l'intérêt juridique de tous les Etats à agir. Cette liste non exhaustive des actes visés par la Cour est intéressante car les comportements mentionnés n'étaient pas en cause. La Cour a fait référence aux actes d'agression, au génocide, aux atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine, notamment à l'esclavage et à la discrimination raciale⁶⁰¹. Si certains auteurs affirment que dans cette affaire, la CIJ a reconnu au principe de non-discrimination une valeur de norme impérative⁶⁰², cette interprétation ne fait pas l'unanimité ; à l'époque, la notion de norme impérative ou de *jus cogens* n'était pas consacrée par la Cour, alors que la notion d'obligation *erga omnes* rejoint, sans recouper complètement, la notion de *jus cogens* et de crime international⁶⁰³. Cette affaire exprime néanmoins l'idée de hiérarchie entre les normes de droit international ; l'interdiction de la discrimination occuperait une place parmi les normes appartenant à la communauté juridique universelle contenant des obligations *erga omnes*⁶⁰⁴. En 1971, Roberto Ago inclut également le principe de non-discrimination raciale parmi « *les règles fondamentales à caractère humanitaire* »⁶⁰⁵.

Dans son avis consultatif du 21 juin 1979 sur la *présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, la Cour, après avoir défini la discrimination raciale comme « *toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique* »⁶⁰⁶, précise qu'elle constitue un « *déni des droits fondamentaux de la personne humaine* » et une « *violation flagrante de la Charte* »⁶⁰⁷. Par ailleurs, dans son observation générale n° 18, le Comité des droits de l'homme souligne que « *la non-discrimination est un principe fondamental et général en matière de protection des droits de*

⁶⁰⁰ CIJ, arrêt du 7 février 1970, *Barcelona Traction, Rec.*, p.32, §33. Sur la notion d'obligation *erga omnes* ou obligation « à l'égard de tous » voir J. SALMON (dir.), *op. cit.*, p.443.

⁶⁰¹ *Ibid*, *Rec.* p.32, §34. Cette liste reprend des éléments de la liste de la CDI qui avait évoqué le problème de l'identification des normes de *jus cogens* sans pour autant résoudre la question. Dans son rapport de 1966 (Ann. CDI, 1966, vol. II, p. 270), elle fournit des exemples de traités « immoraux » (recours à la force dans un sens contraire aux principes de la Charte, prévoyant l'esclavage, la piraterie ou le génocide, ou encore portant atteinte aux règles protectrices de la situation des individus). P. DAILLIER, *et al.*, *op.cit.*, pp.226-227.

⁶⁰² Voir par exemple G. TENEKIDES, *op.cit.*, pp.381 et 382.

⁶⁰³ F. SUDRE, *op.cit.*, p.80.

⁶⁰⁴ La Cour consacre indirectement l'idée d'ordre public en permettant une *actio popularis* lorsque les normes violées ont une valeur particulière ; elle amorce donc une distinction entre les différentes formes de responsabilité internationale que la CDI a tenté d'explicitier par la suite. P. DAILLIER, *et al.*, *op.cit.*, p.223.

⁶⁰⁵ R. AGO, « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne », RCADI, 1971. III, t. 134, p.324, n. 27

⁶⁰⁶ Art. 1^{er} de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 décembre 1965, RTNU, vol. 660, p.195, entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

⁶⁰⁷ CIJ, avis consultatif du 21 juin 1979 sur la *présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, Rec.*, §131.

l'homme »⁶⁰⁸. Faut-il alors en déduire que l'interdiction de la discrimination est un droit intangible c'est-à-dire auquel les Etats ne peuvent porter atteinte⁶⁰⁹ ?

Nous avons vu précédemment que l'interdiction de la discrimination peut faire l'objet de dérogations ou de restrictions, et qu'elle ne conduit pas nécessairement à une parfaite égalité de traitement. La réponse à la question posée semble donc être négative. Toutefois, nous avons aussi relevé qu'une différence de traitement justifiée par un objectif proportionné et raisonnable ne constitue pas une discrimination. La seule véritable discrimination concernerait donc uniquement la distinction non justifiée. Dès lors, l'interdiction de la discrimination est intangible et constitue un principe supérieur. Mais la difficulté réside dans l'appréciation du caractère raisonnable et objectif de la distinction pour qualifier la discrimination.

La supériorité du principe de non-discrimination est également admise au niveau régional, par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne notamment.

71. La supériorité du principe de non-discrimination reconnue en Europe. La CEDH admet que la discrimination raciale est une « *forme de discrimination particulièrement odieuse* »⁶¹⁰ ou encore que la non-discrimination est un « *principe fondamental* » qui « *soutient* » la convention⁶¹¹. A propos du droit de l'Union européenne, I. Tchotourian évoque la « *constitutionnalisation* » du principe de non-discrimination et s'intéresse à son influence sur la construction européenne. Enoncé à l'article 13 du Traité de Rome de 1957 puis à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de 2000, le principe de non-discrimination a

⁶⁰⁸ CDH, Observation Générale n°18, *Article 26: Principe d'égalité, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994).

⁶⁰⁹ On pourrait s'interroger sur la similarité des notions de norme impérative et de norme intangible. Dans les deux cas, aucune dérogation n'est permise, même si la première ne peut faire l'objet d'une modification que par une norme de même nature. Mais la différence essentielle tient au système normatif auquel ces normes appartiennent. Une norme de *jus cogens* l'est en droit international général, et s'oppose *erga omnes*, indépendamment de son acceptation par les Etats ; la norme intangible, quant à elle, suppose davantage l'acceptation par les Etats, et s'inscrit donc dans le cadre d'un engagement conventionnel. Le Comité des Droits de l'homme (CDH), dans son Observation générale n°24 (§§8-10), essaye de distinguer les deux notions. Par exemple, l'interdiction de la peine de mort est indérogeable uniquement pour les Etats qui se sont engagés à ne pas la prononcer. Mais il n'est pas possible d'envisager son caractère impératif et donc coutumier en raison du manque pratique généralisée des Etats qui la question (CDH, *Observation générale n°24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994)). Le problème résulte donc dans la découverte du contenu des normes de *jus cogens*.

⁶¹⁰ CEDH, 13 décembre 2005, *Timishev c. Russie*, req. n°55762/00 et 55974/00, RDP, 2006-3, obs. F. Sudre. Voir F. SUDRE, *op.cit.*, p.287.

⁶¹¹ CEDH, 21 juillet 2005, *Strain et al. c. Roumanie*, 21 juillet 2005, req. n°57001/00, §59.

bénéficié d'une constitutionnalisation des valeurs « *fondamentales et incontestables* ». Dans sa communication du 1^{er} juin 2005, la Commission européenne, a reconnu au principe de non-discrimination une importance particulière, notamment à propos du travail, en affirmant que « *l'élimination effective des obstacles à l'emploi, à la formation et à d'autres possibilités est d'une importance vitale* » et l'associe aux objectifs économiques⁶¹². Le Parlement européen a également adopté une décision dans ce sens, le 17 mai 2006, qui énonce au deuxième considérant que « *la non-discrimination est un principe fondamental de l'Union européenne. Ce principe devrait être pris en compte dans toutes les politiques de l'Union européenne* »⁶¹³.

S. Gervasoni souligne que « *le principe général d'égalité est cardinal dans la jurisprudence de la CJCE* », et précise même qu'il s'agit du seul principe général ayant été qualifié de « *droit constitutionnel* »⁶¹⁴. Cela s'explique par l'épanouissement jurisprudentiel dont il bénéficie, le droit de l'Union ayant comme objectif l'égalité dans toutes ses dimensions. Les auteurs des traités ont en effet inséré un ensemble de dispositions interdisant tous types de discriminations. La Cour consacre donc une valeur constitutionnelle au principe d'égalité mais dans des conditions différentes des Cours constitutionnelles ou suprêmes nationales ; elle ne traite pas de la situation des personnes en particulier, mais des catégories concrètes entre lesquelles des différences de traitement ont été admises par les législateurs nationaux en raison de la nationalité notamment⁶¹⁵.

L'adoption du traité de Lisbonne confirme ce mouvement. L'article 2 du Traité de Lisbonne mentionne des « *valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* » (TUE), et l'article 3 TUE ajoute que l'Union « *combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant* ». Le principe de non-discrimination est donc une valeur commune et fondamentale à

⁶¹² Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Stratégie-cadre pour la non-discrimination et l'égalité des chances pour tous COM(2005) 224 final, 1^{er} juin 2005.

⁶¹³ Décision n°771/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 relative à l'année européenne de l'égalité des chances pour tous (2007) — Vers une société juste, *JOUE* L 146, du 31 mai 2006, p.1.

⁶¹⁴ CJCE, 18 janvier 2001, *Commission c. Italie*, aff. C-162/99, *Rec.*2001, p. I-541, point 23.

⁶¹⁵ S. GERVASONI, « Principe d'égalité et principe de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Septièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 17, 28 et 29 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2010, p.92.

l'Union européenne, et constitue un objectif justifiant l'adoption de politiques européennes. Il convient également de souligner la diversification des domaines d'intervention de l'Union européenne dans lesquels ce principe s'applique : ils ne sont plus seulement économiques mais aussi politiques, sociaux, environnementaux et culturels. Par ailleurs, l'adhésion prochaine de l'UE à la CESDH donnera un nouvel élan à la protection des droits fondamentaux, bien qu'un véritable dialogue des juges existe déjà entre les deux juridictions⁶¹⁶.

La consécration de la supériorité de ce principe va aller encore plus loin dans le système interaméricain des droits de l'homme.

B. La consécration de la nature *cogens* de l'interdiction de la discrimination par la Cour interaméricaine des droits de l'homme

72. L'apport de l'avis n°18. Si la supériorité du principe de non-discrimination est généralement admise, l'affirmation de sa qualité de norme de *jus cogens* soulève davantage de débats. La notion de *jus cogens* ou norme impérative de droit international est d'origine doctrinale et a finalement été consacrée par la jurisprudence internationale⁶¹⁷. Elle se définit comme « *une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut*

⁶¹⁶ I. TCHOTOURIAN, « Cadre européen du principe de non-discrimination dans les relations de travail : de la prise en compte législative à la « constitutionnalisation » », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Septièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 17, 28 et 29 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.507-532.

⁶¹⁷ La notion de *jus cogens* a été timidement confirmée par la jurisprudence internationale et a fait l'objet de plusieurs précisions quant à sa définition et ses effets. Voir notamment : Tribunal arbitral, sentence du 31 juillet 1989, *affaire de la délimitation maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, RGDIP 1990, p.234 ; CPA, affaire OSPAR, sentence du 2 juillet 2003, §84, 100 et 103 ; Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la Paix en Yougoslavie, avis n°1 du 29 novembre 1991. Cette notion n'a pas été consacrée en tant que telle pendant longtemps par la CIJ en raison de l'influence d'un de ses présidents, Gilbert Guillaume, opposé au concept. Elle a néanmoins affirmé dans plusieurs affaires l'existence d' « obligations impératives » (CIJ, ordonnance du 15 décembre 1979, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Rec.1979, p. 20) ou encore de « principes intransgressibles » (CIJ, avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. p.257, §79). Toutefois, elle finira par consacrer explicitement la notion en tant son arrêt du 3 février 2006 à propos de l'interdiction du génocide (CIJ, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Rwanda)*, Rec. 2006, p.6, §125). Sur la généralisation de l'utilisation de la notion par les instances internationales de règlement des différends, voir P. DAILLIER, *et al.*, *op.cit.*, pp.224 et 225.

être modifiée que par une nouvelle norme de droit international générale ayant le même caractère » ; toute norme contraire deviendrait nulle⁶¹⁸.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CourIADH) n'a pas hésité à qualifier explicitement de *cogens* le principe de non-discrimination dans son avis consultatif n°18⁶¹⁹. Ce principe occupe une place particulière dans le système interaméricain des droits de l'homme en raison des inégalités qui ont marqué l'histoire du continent. Il est inscrit dans la Charte de l'OEA du 30 avril 1948 à l'article 3L, et apparaît à l'article II de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme du 2 mai 1948. Ce dernier article dispose que « *[t]outes les personnes, sans distinction de race, de sexe, de langue, de religion ou autre, sont égales devant la loi et ont les droits et les devoirs consacrés dans [la] Déclaration* ». Enfin, l'article 1er de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 consacre la jouissance indiscriminée des droits de la convention et l'article 24 consacre l'égalité devant la loi⁶²⁰.

L'avis n°18 de la Cour interaméricaine va plus loin. Il est intéressant de remarquer que affaire à l'origine de la demande d'avis concerne le traitement des travailleurs migrants. En l'espèce, une demande d'opinion consultative a été introduite par le Mexique⁶²¹ sur « *la privation de jouissance et d'exercice de certains droits du travail [aux travailleurs migrants], et la compatibilité avec l'obligation qu'ont les Etats américains de garantir les principes d'égalité juridique, de non-discrimination et de protection égalitaire et effective de la loi consacrés dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme [...]* »⁶²². La question était alors de savoir si les Etats-Unis pouvaient légalement maintenir un traitement différent en matière de droit du travail entre les travailleurs nationaux et les travailleurs

⁶¹⁸ Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, 23 mai 1969, *RTNU*, vol. 1155, p.331, articles 53 et 64. Ces deux articles de la Commission du droit international (CDI) établissent une hiérarchie entre les normes du droit international sans ajouter de nouvelle source. La CDI a toutefois précisé qu'elle n'avait rien créé, mais uniquement constaté une situation préexistante. L'innovation résulte cependant de la sanction par la nullité du traité contraire. P. DAILLIER, *et al.*, *op.cit.*, pp.222-223. Sur la non-crédation d'un concept nouveau, G. Scelle avait affirmé l'existence de normes coutumières supérieures, d'un « droit commun international », qui regroupe notamment les normes relatives aux libertés individuelles et collectives. F. SUDRE, *op.cit.*, p.79.

⁶¹⁹ CourIADH, avis consultatif du 17 septembre 2003, *Condición Jurídica y Derechos de la Migrantes Indocumentados*, Série A n°18.

⁶²⁰ Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, OAS Treaty Series, n°36 (B-32), OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1at 67 (1992), 1144 U.N.T.S.123. L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, p.156.

⁶²¹ Conformément à l'article 64 alinéa 2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme qui dispose que « *sur la demande de tout Etat membre de l'Organisation, la Cour pourra émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois dudit Etat avec les instruments internationaux précités* ».

⁶²² CourIADH, avis consultatif du 17 septembre 2003, *Condición Jurídica y Derechos de la Migrantes Indocumentados*, Série A n°18, §1.

mexicains. Le contexte de l'affaire était, lui aussi, important en raison du grand nombre d'immigrés mexicains et de la persistance de ces flux migratoires aux Etats-Unis. Aux paragraphes 97 à 101 de l'avis, la Cour considère qu'il existe un consensus de la communauté internationale sur le fait que l'interdiction de la discrimination raciale constitue une obligation *erga omnes*. La Cour ajoute que le caractère *cogens* du principe de non-discrimination implique qu'il doit être respecté par tous les Etats, qu'ils aient ou non adhéré aux instruments qui le consacrent, puisque ce principe est un principe absolu du droit international coutumier. La Cour ne nie pas aux Etats la liberté d'admettre des étrangers sur leur territoire et de maintenir des distinctions légitimes entre étrangers et nationaux, mais elle considère que les droits en cause constituaient des « droits fondamentaux » ou « de base » devant nécessairement être indistinctement reconnus aux travailleurs mexicains et américains⁶²³.

73. Importance du contexte de l'affaire relative aux travailleurs migrants. Cet avis consultatif, bien que non-contraignant, fait preuve d'un dynamisme particulier, sans doute grâce à l'influence de son président de l'époque, le juge A. A. Cançado Trindade. Il est tout d'abord intéressant de préciser la notion de travailleur migrant dans cette affaire ; il s'agissait en l'espèce de travailleurs irréguliers. La cour utilise indistinctement l'expression de « travailleur migrant » pour désigner les migrants réguliers ou irréguliers, même si elle précise que les travailleurs concernés en l'espèce étaient en situation irrégulière sur le territoire des Etats-Unis. Non seulement la cour reconnaît l'existence de droits « de base » pour les travailleurs étrangers, mais elle admet également que les travailleurs en situation irrégulière peuvent les revendiquer. Cela confirme que la qualité de travailleur justifie la titularité de certains droits fondamentaux. Il est par ailleurs intéressant de relever que cet avis s'adresse indirectement aux Etats-Unis qui n'ont pas accepté la compétence de la Cour interaméricaine. Mais surtout, c'est la première fois que le principe de non-discrimination est explicitement consacré comme norme de *jus cogens*.

Si cette jurisprudence n'a pas été confirmée par d'autres juridictions internationales, et que la doctrine n'est pas unanime sur la valeur de norme impérative du principe de non-discrimination, il est toutefois possible d'admettre la position particulière qu'occupe ce principe en droit international⁶²⁴. Quel que soit le système juridique étudié le principe de non-

⁶²³ Voir. L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *op.cit.*, pp.166-167.

⁶²⁴ *Ibid.*

discrimination occupe une place prépondérante, et constitue le principe directeur fondamental clé de la protection des étrangers.

Conclusion Chapitre I :

Le traitement des étrangers, domaine traditionnellement « réservé » des Etats, a rapidement fait l'objet d'une réglementation au niveau international. En effet, les étrangers ne peuvent souffrir de discrimination vis-à-vis des nationaux, c'est-à-dire de différence de traitement sans justification objective et raisonnable, qu'elles soient directes ou indirectes. Si au départ c'est la qualité de sujet d'un Etat qui fonde ce principe, la jurisprudence internationale tend à consacrer l'existence de droits propres des étrangers à côté de ceux des Etats. L'obligation de traitement international des étrangers revêt un caractère coutumier, et l'interdiction de la discrimination a été affirmée dans les principaux instruments de protection internationale des droits de l'homme. Ce principe, dont l'autonomie soulève encore quelques discussions, incarne un principe supérieur, même si sa valeur de norme de *jus cogens* n'est pas universellement admise. L'interdiction de la discrimination vis-à-vis des étrangers, telle que nous venons de l'analyser, est particulièrement importante dans les hypothèses où les instruments relatifs à la protection des travailleurs migrants n'ont pas été ratifiés, car ce principe coutumier, qui a fait par la suite l'objet de développements conventionnels spécifiques, constitue le droit international commun opposable aux Etats.

Il convient à présent de s'intéresser à la manière dont ce principe est spécialement consacré dans les instruments relatifs à la protection des travailleurs migrants.

CHAPITRE II : ETENDUE DU PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION DANS LES INSTRUMENTS RELATIFS AUX TRAVAILLEURS ETRANGERS

Le travailleur migrant n'est pas seulement un étranger, c'est-à-dire un non-national ; il est aussi un travailleur. La relation de travail se caractérise par la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération⁶²⁵. Comme nous l'avons déjà mis en évidence en introduction, la qualité de travailleur est propice à la reconnaissance de droits. Le droit international social interdit, pour les droits expressément visés par les instruments pertinents, les « discriminations » entre les travailleurs étrangers et les travailleurs nationaux, c'est-à-dire les différenciations (en l'espèce sur le critère de l'origine nationale) dès lors qu'elles sont ressenties comme illégitimes ; un traitement identique (droits et obligations) doit alors être accordé à tous les éléments d'un ensemble ou d'une classe déterminée, en l'espèce l'ensemble des travailleurs se trouvant sur un territoire étatique en particulier, sans que l'on puisse distinguer entre les éléments de ce groupe des sous-ensembles ou des sous-classes au moyen d'un critère de différenciation déterminé.

Pour autant, si la qualité de travailleur est propice à l'affirmation de droits, l'on peut se demander si tous les travailleurs étrangers, quel que soit le pays où ils se trouvent, bénéficient d'un traitement minimum en droit international. Nous verrons que les normes internationales se limitent à énoncer l'égalité de traitement avec les travailleurs nationaux (Section I), mais des développements récents tendent à affirmer un traitement minimum au travail pour l'ensemble des travailleurs nationaux et étrangers (Section II).

SECTION I : L'interdiction de la discrimination selon l'origine nationale au regard des droits des travailleurs nationaux

Concernant les droits du travailleur migrant liés au travail, la théorie du traitement national a été retenue dans les instruments internationaux (§1). Le choix du traitement national au

⁶²⁵ CJUE, 4 février 2010, *Genc*, aff. C-14/09, *Rec.* p.I-931, §§ 19 et 20. Gérard Cornu définit le travail comme une « *activité professionnelle, productrice, d'utilité sociale et destinée à assurer à un individu les revenus nécessaires à sa subsistance* ». G. CORNU, *op. cit.*, p.933.

détriment du standard minimum de traitement permet alors à l'Etat d'accueil de déterminer librement le niveau de protection sociale sur son territoire, dont doivent bénéficier indistinctement les travailleurs nationaux et étrangers (§2).

§1 – L'affirmation du principe de l'égalité de traitement au travail

Le droit à la non-discrimination pour les travailleurs migrants est explicitement affirmé dans les instruments internationaux qui leurs reconnaissent des droits et obligations (A), mais le seul critère de discrimination prohibé est le critère de la nationalité alors que d'autres formes de discriminations « de facto » se produisent⁶²⁶ (B).

A. Le choix de l'égalité de traitement dans les textes internationaux

74. La portée de l'égalité de traitement dans les instruments spécifiques. L'article 6 de la Convention OIT n°97 de 1949, impose aux Etats d'accorder aux travailleurs migrants un « *traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants* », et l'article 17 de la Recommandation n°86 de la même date mentionne explicitement l'expression « *égalité de traitement* ». La prudence de langage, contenue dans la formulation négative du principe dans la Convention de 1949, n'est pas reprise en 1975 puisque la Convention n°143, dans son article 10, élargit positivement le concept et mentionne l'« *égalité des chances et de traitement* » (même formule dans la partie I de la Recommandation n° 151). L'égalité de traitement dans cette Convention ne concerne pas seulement les conditions de travail, mais doit également être respectée pour l'accès à l'emploi. L'article 25 de la Convention des Nations Unies de 1990 utilise indistinctement les expressions « *traitement non moins favorable* » et « *égalité de traitement* ».

Au niveau du Conseil de l'Europe, l'expression privilégiée est celle de « *traitement non moins favorable* »⁶²⁷. On pourrait discuter de la réelle prudence de langage de la formulation négative du principe, car l'expression « non moins favorable » pourrait avoir comme

⁶²⁶ United Nations, Center for Human Rights, *The Rights of The Migrant Workers*, op. cit., p.10.

⁶²⁷ Article 16 de la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant de 1977 ; article 19 de la Charte sociale européenne.

équivalent l'expression « au moins égale » ; l'égalité de traitement constituerait alors un minimum, les Etats pouvant accorder une protection supérieure. En revanche, l'expression « égalité de traitement » délimiterait à la fois un minimum et un maximum de protection. Cependant, cette interprétation semble ambitieuse car, bien que les Etats restent libres du maximum de traitement à accorder aux travailleurs étrangers, ils sont en pratique peu disposés à leur octroyer une protection supérieure à celle de leurs ressortissants. La formule « non moins favorable » semble donc avoir comme objectif d'interdire les distinctions au détriment des travailleurs étrangers qui souffrent bien souvent, en pratique, de conditions de travail inférieures.

Au sein de l'Union européenne, l'expression utilisée est celle d'« *égalité entre les citoyens* »⁶²⁸ (art. 8 du TFUE qui énonce un principe transversal). L'article 45§2 du TFUE, spécifique aux travailleurs prévoit « *l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail* ».

Cependant, si cette égalité de traitement est communément affirmée, les instruments qui énoncent des régimes plus ou moins étoffés, ne concerne pas les mêmes bénéficiaires.

75. Le champ d'application de l'égalité de traitement *ratione personae*. Il est intéressant de relever que les Conventions OIT et la Convention de l'ONU ne s'appliquent pas selon un critère de nationalité. En effet, les Etats qui ratifient ces instruments doivent garantir les droits mentionnés à tous les travailleurs migrants qui se trouvent sur leur territoire, quelle que soit leur origine nationale, et peu important que l'Etat national d'origine ait ou non ratifié l'instrument⁶²⁹. Il n'apparaît à aucun moment dans ces textes que les droits mentionnés sont garantis aux seuls travailleurs migrants ressortissants d'un autre Etat partie. Tous les travailleurs migrants sont donc concernés quelle que soit leur origine nationale.

⁶²⁸ J.-L. SAURON, *Comprendre le traité de Lisbonne*, Paris, Gualino éditeur, 2008, p.28.

⁶²⁹ Les Conventions OIT de 1949 et de 1975 sont opposables aux Etats membres au bénéfice des « travailleurs migrants », dont la définition est prévue aux articles 11 respectifs, sans aucune restriction de nationalité. Seules deux annexes complémentaires opèrent une distinction pour le mode de recrutement du travailleur, selon qu'il s'agisse ou non d'un recrutement en vertu d'arrangements relatifs à des migrations collectives, intervenu sous contrôle gouvernemental. De même, la Convention de New York de 1990 prévoit aux articles 1 et 2, qu'elle « *s'applique à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille sans distinction aucune* ». La définition des travailleurs migrants ne comporte pas non plus de restriction de nationalité.

Dès lors, même si le régime juridique des travailleurs migrants envisagé dans ces instruments universels est moins protecteur que le régime envisagé dans les instruments régionaux, notamment en droit de l'Union européenne, l'absence de condition de nationalité constitue une avancée majeure. L'adoption, d'instruments protecteurs dans le cadre d'organisations internationales offre en effet une dynamique particulière. Comme l'a souligné Robert Chiroux, les organisations internationales ont « *un rôle essentiel à jouer en proposant des textes à tous les Etats qui, adoptés par eux, conduiront progressivement à l'adoption d'un véritable statut international du travailleur migrant qui, dans un premier temps, mettrait l'accent sur les aspects économiques, sociaux et culturels. Une telle évolution semble devoir être d'abord adoptée par les organisations régionales, mieux aptes à proposer des statuts adaptés aux situations locales. Mais celles-ci doivent éviter de créer de nouvelles inégalités en adoptant, dans les pays industrialisés, des statuts différents pour les travailleurs venant des pays développés et des pays en voie de développement* »⁶³⁰. L'adoption de normes universelles non réciproques permet alors d'éviter, au moins partiellement, ce risque.

Par contraste, la condition de réciprocité restreint le champ des bénéficiaires des normes protectrices dans le cadre des conventions bilatérales. Les avantages affirmés dans ces instruments ne peuvent être invoqués que par les nationaux des Etats parties⁶³¹. Il convient toutefois de souligner que le régime n'est pas toujours identique pour les ressortissants des deux pays quand ils migrent sur le territoire de l'autre Etat partie, en raison du déséquilibre de puissance des Etats en présence, notamment lorsque l'accord est conclu entre un pays en voie de développement et un pays développé.

Concernant les instruments régionaux, si les instruments de protection des droits de l'homme non spécifiques contraignent les Etats vis-à-vis des personnes se trouvant « sous leur juridiction »⁶³², c'est-à-dire sans distinction de nationalité, les instruments spécifiques à la protection des travailleurs migrants en revanche s'appliquent sur la base de la nationalité. En

⁶³⁰ R. CHIROUX, « Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales », *op.cit.*, p. 43.

⁶³¹ Voir par exemple, la Convention franco-algérienne du 27 décembre 1968 modifiée plusieurs fois (la dernière modification datant du 11 juillet 2001), ou encore la Convention franco-tunisienne du 17 mars 1988 également modifiée plusieurs fois (la dernière modification datant du 8 septembre 2000), qui constituent un régime spécial, par rapport au droit des étrangers applicable en France. GISTI, *Guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, Paris, Editions La Découverte, 2008, pp.115-116.

⁶³² Art. 1^{er} de la CESDH (voir par exemple CEDH, arrêt du 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldava et Russie*, req. n°48787/99, §310-312) ; art. 1 de la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme ; art. 1 et 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Nous reviendrons dans la suite de notre étude sur cette notion.

effet, le préambule de la Convention du Conseil de l'Europe de 1977 dispose « *qu'il convient de régler la situation juridique des travailleurs migrants, ressortissants des Etats membres du Conseil de l'Europe, [...]Affirmant que les droits et prérogatives qu'ils accordent mutuellement à leurs ressortissants sont concédés en raison de l'étroite association qui unit, de par le Statut, les Etats membres du Conseil de l'Europe* ». Les travailleurs migrants non ressortissants d'un Etat membre du Conseil de l'Europe ayant ratifié la Convention sont donc exclus du bénéfice de cet instrument. De même, la Charte sociale européenne, qui est ouverte aux seuls membres du Conseil de l'Europe, énonce les droits que les Etats parties doivent assurer à leurs ressortissants ainsi qu'aux « *travailleurs migrants ressortissants de l'une des Parties et leurs familles* » (Partie I, point 19). Au sein du Conseil de l'Europe, on observe donc une applicabilité différente des instruments selon leur objet, une application territoriale pour les instruments garantissant les droits civils et politiques, et une applicabilité selon le critère de la nationalité pour les instruments énonçant des droits sociaux⁶³³. De même, la citoyenneté de l'Union européenne, conférée aux nationaux des Etats membres de l'organisation est la condition du bénéfice des règles protectrices favorables aux ressortissants de l'Union⁶³⁴.

Pourtant, l'affirmation de l'égalité de traitement au niveau régional a très souvent un coût car les avancées sont plus importantes qu'au niveau universel ; la *réciprocité*, qui y est en effet érigée. La réciprocité est un principe de droit international selon lequel une partie à un instrument international peut, en cas de non-exécution par une autre partie de ses obligations, aligner son comportement sur celui de l'autre partie et ainsi de réduire, suspendre ou mettre fin à tout ou partie de ses propres obligations⁶³⁵. La réciprocité dans certains instruments relatifs aux travailleurs migrants a pour corollaire la pertinence de la nationalité. La nationalité constitue, par conséquent, un facteur de « discrimination » persistant dans l'accès aux droits. En vertu du principe de réciprocité, un sujet du droit international peut revendiquer le bénéfice de prestations équivalentes à celles d'autres sujets de droit et n'est pas tenu à des

⁶³³ La question du débat relatif à la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques sociaux et culturels sera abordée plus loin dans notre étude.

⁶³⁴ Voir N. CARIAT, « La nationalité en droit de l'Union européenne : différences de traitement et protection », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, pp.426-442.

⁶³⁵ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.934. Toutefois si la réciprocité apparaît clairement dans les instruments bilatéraux, les instruments multilatéraux adoptés au niveau universel ou dans des instances relatives à la protection internationale des droits de l'homme ont un caractère objectif. Un Etat ne peut suspendre ses obligations en raison de la non-exécution des siennes par un autre Etat partie.

obligations différentes de celles de ces derniers⁶³⁶. Ce principe est pourtant essentiel pour ce qui concerne le traitement international du travailleur étranger, car les Etats ne consentent généralement pas à des concessions unilatérales⁶³⁷.

L'affirmation de l'égalité de traitement est ainsi proclamée au profit des travailleurs étrangers dans les instruments protecteurs, mais il convient pour chacun d'entre eux de délimiter les bénéficiaires visés. Bien que d'autres critères que l'origine nationale puissent être à l'origine de discriminations à l'encontre des travailleurs étrangers, les instruments protecteurs ne visent expressément que le seul critère de la nationalité.

B. L'affirmation de l'égalité de traitement selon le seul critère de l'origine nationale

76. La persistance de discriminations *de facto* liées à l'appartenance nationale, ethnique ou religieuse. Différents critères peuvent constituer des discriminations dans le cadre de la relation de travail, tels que le genre, la nationalité, l'origine raciale ou ethnique, l'appartenance religieuse, le statut migratoire des personnes étrangères clandestines ou en situation régulière. Ces critères peuvent notamment affecter l'obtention d'emplois qualifiés ou non, ainsi que le salaire pour un emploi ou des qualifications équivalents⁶³⁸.

Nous avons déjà mis en évidence que les instruments spécifiques aux travailleurs migrants interdisent les discriminations entre travailleurs nationaux et étrangers. Pourtant ces instruments ne précisent pas que l'interdiction de la discrimination selon le critère de l'origine nationale doit également s'appliquer aux travailleurs migrants entre eux⁶³⁹. D'ailleurs, il est possible de distinguer parmi les étrangers sur la base d'instruments internationaux, en créant

⁶³⁶ La réciprocité peut être envisagée dans la création d'obligations, comme condition de leur applicabilité, dans leur exécution ou dans leur sanction. J. SALMON (Dir.), *op.cit.*, pp.933-934.

⁶³⁷ R. CHIROUX, « Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales », *op.cit.*, p.43. Quelques Etats ont pu, unilatéralement, en raison du lien politique, géographique ou historique qu'ils entretenaient avec certains Etats, concéder des privilèges à leurs nationaux. Tel a été le cas du Royaume-Uni vis-à-vis des ressortissants du Commonwealth (qui n'ont pas eu besoin de visa d'entrée jusqu'en 1985). De même, un décret libyen de 1970 a déclaré que les ressortissants des autres pays arabes ne seraient pas considérés comme des étrangers, et une loi libyenne a reconnu des droits spécifiques aux ressortissants égyptiens (Décret révolutionnaire du 26 mars 1970 et Loi n°113 du 28 août 1972). On peut encore mentionner l'accueil sans visa des ressortissants de pays socialistes en République démocratique d'Allemagne. R. PLENDER, *op.cit.*, p.5.

⁶³⁸ G. MORENO-FONTES CHAMMARTIN, « Working conditions of women migrant workers : ILO's strategy to improve their protection in an area of globalization », *op.cit.*, p.184.

⁶³⁹ Soit entre les étrangers de pays différents, soit entre les étrangers d'un même pays mais d'appartenance religieuse ou ethnique différente. S'agissant de ce dernier motif, D. P. O'Connell fait référence à la dénonciation, par les Etats-Unis, du traitement appliqué aux ressortissants américains juifs en Allemagne et en Italie pendant la seconde Guerre mondiale. D. P. O'CONNELL, *op.cit.*, p.700.

des régimes plus ou moins favorables en matière de liberté de circulation ou de droits reconnus. La discrimination entre catégories d'étrangers résulte parfois d'accord bilatéraux ou multilatéraux portant sur des régimes réciproques ou encore de mesures unilatérales adoptées par les Etats d'accueil.

La question de la légalité de régimes distincts s'est notamment posée à propos de l'article 1^{er}§3 de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale qui dispose qu'« aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme affectant de quelque manière que ce soit les dispositions législatives des Etats parties à la Convention concernant la nationalité, la citoyenneté ou la naturalisation, à condition que ces dispositions ne soient pas discriminatoires à l'égard d'une nationalité particulière ». Dans les années 1970, la question soulevée devant le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) a révélé de profondes divergences entre ses membres. A côté de la légalité des divers accords internationaux consacrant des avantages réciproques⁶⁴⁰, les débats ont principalement concerné le traité instituant la CEE en 1973⁶⁴¹. Que l'accord soit bilatéral ou multilatéral, instaure-t-il une différence de traitement parmi les étrangers selon leur nationalité ? Et dans l'affirmative, cet accord est-il contraire à la Convention ? Ses membres n'ayant pu s'entendre, le Comité n'a jamais condamné un tel accord⁶⁴². Nous laisserons donc ici de côté la différence de traitement entre étrangers résultant d'accords internationaux, pour nous intéresser à la discrimination entre travailleurs étrangers qui relève d'un même régime juridique c'est-à-dire pour lesquels le même droit est applicable.

Même si ce type de discrimination n'est généralement pas directement visé par les instruments spécifiques, la religion et l'origine nationale ou ethnique ne sont pas des critères admissibles de distinction entre étrangers, et sont condamnés dans différents instruments internationaux. Par ailleurs, en dehors de tout accord international, le Comité s'estime compétent pour contrôler la discrimination alléguée entre catégories d'étrangers, et pour demander aux Etats parties d'inclure des renseignements relatifs à la composition démographique du pays et des statistiques relatives aux étrangers. Les exemples de recherche

⁶⁴⁰ *Rapport annuel de 1977*, examen des 2e et 3e rapports périodiques de la France, p.41, à propos des statuts spéciaux accordés aux ressortissants d'Etats africains autrefois soumis à l'administration française et aux ressortissants algériens ; et le *Rapport annuel pour 1979*, examen du 4e rapport périodique de la Mongolie, p.25

⁶⁴¹ *Rapport annuel pour 1973*, examen du 3e rapport périodique de la République fédérale d'Allemagne, p.65.

⁶⁴² M. BIDAULT, *Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Analyse d'une dynamique institutionnelle*, Perspectives internationales n°12, Paris, Montchrestien, 1997, pp.131-132.

de telles discriminations existent mais sont peu nombreux⁶⁴³. Toutefois, si la seule question de la discrimination entre étrangers et nationaux a retenu l'attention des rédacteurs, c'est sans doute parce que la nationalité constitue le premier critère de discrimination qui affecte les travailleurs étrangers, et le plus visible. Et si en pratique certains travailleurs étrangers peuvent être favorisés parmi d'autres, la question du genre constitue parfois aussi un critère déterminant pour l'admission de travailleurs étrangers.

77. La persistance de discrimination de facto liée au genre. La question de la discrimination entre travailleurs migrants et travailleuses migrantes est relativement récente, en raison de la féminisation des migrations de main d'œuvre. Le marché du travail affecte différemment les hommes et les femmes. Depuis le début des années 1980, une part croissante de femmes, mariées ou célibataires, avec souvent un niveau d'études supérieur à celui des hommes, migrent pour occuper des emplois. L'évolution de la situation de l'emploi a favorisé de manière disproportionnée les femmes par rapport aux hommes⁶⁴⁴. Si en 1960 le pourcentage des femmes parmi le nombre total de migrants était estimé à 46,6% et résultaient des migrations familiales, en 2000, elles représentent 48,8% du nombre total de migrants et migrent de manière indépendante⁶⁴⁵. L'OIM met en évidence, en 2008, qu'environ la moitié des travailleurs migrants sont des femmes, qui sont désormais plus nombreuses à migrer seules et à devenir le principal soutien économique de leur famille restée dans le pays d'origine, alors que par le passé elles avaient plutôt tendance à accompagner un parent de sexe masculin⁶⁴⁶.

⁶⁴³ Voir par exemple le *Rapport annuel pour 1979*, examen du 3e rapport périodique de la République Fédérale d'Allemagne, p.65. Les événements de Munich de 1972 justifient les restrictions de visas concernant les ressortissants de pays arabes, dans la mesure où ces restrictions ont été adoucies et où le gouvernement se propose de les libéraliser encore plus. *Ibid*, p.133.

⁶⁴⁴ C'est le cas des transitions des économies de marché dans les pays d'Europe de l'Est. S. SCANLAN, *Combating Trafficking Through Migration*, Geneva, ILO unpublished report, International Migration Programme, 2004. Selon Zlotnik, le nombre de femmes migrantes a augmenté aussi bien dans les flux migratoires, que dans les stocks de migrants. H. ZLOTNIK, « The Global Dimension of Female Migration », *International migration report: 2002*, New York, United Nations, 2002. Une étude de 2004 de l'OCDE, sur le stock de femmes immigrées selon leur nationalité, montre par exemple que la part des femmes originaires d'Inde dépasse largement celle des hommes au Royaume Uni et en Autriche. De même la part des femmes d'origine latino-américaine en Espagne dépasse largement celle des hommes. L. OSO-CASAS and J.-P. GARSON, *The Feminisation of International Migration*, Paris, OCDE, 2005, p.10. Tel est encore le cas de l'immigration féminine dans les pays du Golf.

⁶⁴⁵ G. MORENO-FONTES CHAMMARTIN, « Working conditions of women migrant workers: ILO's strategy to improve their protection in an area of globalization », *op.cit.*, p.176.

⁶⁴⁶ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op. cit.*, Encadré Intro 3, p. 10.

Les femmes hautement qualifiées occupent des postes dans le secteur social (enseignement, services sociaux, services de santé, soins infirmiers). Toutefois, les pays développés tendent à ouvrir leur marché du travail pour des emplois moins qualifiés et peu valorisés tels que le travail domestique, et le soin des enfants, des personnes âgées ou handicapées⁶⁴⁷. Bien que les femmes migrantes aujourd'hui exercent tous les types de professions, elles continuent à exercer des professions selon une approche traditionnelle sexuées du travail. Les hommes migrent pour occuper des emplois variés, y compris semi à hautement qualifiés, mais les migrations de travailleuses sont particulièrement caractérisées par la concentration dans un nombre très limités d'emplois, majoritairement féminins, associés à la perception traditionnelle des relations de genre.

Cette spécificité de l'emploi féminin dans le secteur domestique constitue parfois un avantage à l'admission au travail dans un pays tiers. En effet, bien que les opportunités pour les femmes de migrer légalement restent plus limitées que pour les hommes, notamment dans les pays industrialisés, la migration féminine est favorisée dans les pays du Golf, au Liban, en Jordanie, en Malaisie, Singapour, Taiwan et Hong Kong où les travaux domestiques sont demandés dans le marché du travail local. Les politiques migratoires en Europe de l'Ouest ne sont pas ouvertement basées sur le genre car elles seraient discriminatoires. Toutefois, dans le cas de la Suisse par exemple, qui ne prévoit aucun quota d'immigrés pour les emplois domestiques, de nombreux emplois sont occupés en pratique par des femmes ressortissantes de pays en voie de développement⁶⁴⁸. En Espagne également, il est plus facile pour une femme d'immigrer mais cette facilité concerne surtout le travail domestique⁶⁴⁹.

Néanmoins, le genre peut aussi être une source de vulnérabilité. Selon l'OIT, les problèmes les plus fréquents que posent les conditions de travail des migrantes sont la faible rémunération, le nombre d'heures de travail insuffisamment entrecoupées de pauses, les possibilités réduites de formation et l'absence de perspectives de carrière. Les femmes ne

⁶⁴⁷ D'autres s'orientent vers la vente au détail, vers les secteurs à forte intensité de main-d'œuvre tels que les ateliers d'assemblage microélectronique, de confection de vêtements ou de manufacture textile, ou encore vers les secteurs informels. Il est par ailleurs fréquent que les femmes occupent les postes laissés vacants par le départ des hommes vers des pays plus riches. OIM, *Ibid.*

⁶⁴⁸ G. MORENO-FONTES CHAMMARTIN, « Working conditions of women migrant workers: ILO's strategy to improve their protection in an area of globalization », *op. cit.*, p.183.

⁶⁴⁹ L. OSO CASAS, « Migration, genre et rapports sociaux de sexe : le cas espagnol », *Migrant(es) Latino-américain(es) dans la mondialisation*, Journée d'étude du 26 avril 2011, Maison de l'Amérique latine, Paris. C'est aussi le cas en France pour la régularisation par le travail, car le secteur domestique est le seul secteur où il est possible de déclarer une personne sans papiers grâce au système du chèque emploi service. Pour plus de détails sur la condition des femmes migrantes en Europe, voir C. LESSELIER et E. OLLAGNIER, « La condition des femmes migrantes face aux politiques d'immigration et d'asile en Europe », in M.C. CALOZ-TSCHOPP et P. DASEN, *Mondialisation, migration et droits de l'homme, un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, vol. II, Bruylant, 2007, p.224 et s.

disposent parfois même pas de la liberté de mouvement dans certains pays. Les emplois qu'elles occupent se situent généralement en bas de l'échelle professionnelle, ne sont pas ou sont mal réglementés par le droit du travail et ne s'accompagnent pas d'autres mesures sociales⁶⁵⁰.

Bien qu'elles ne soient pas explicitement interdites dans les instruments spécifiques aux travailleurs migrants, les discriminations entre hommes et femmes pour des qualifications équivalentes sont interdites, qu'il s'agisse de nationaux ou d'étrangers. La Convention des Nations Unies de 1990 se réfère dans son préambule à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. L'interdiction de la discrimination liée au genre est interdite à l'article 1§1 de la Convention OIT n°111 concernant la discrimination en termes d'emploi et de profession. Elle fait également partie des droits sociaux identifiés comme fondamentaux dans la Déclaration de 1998 de l'OIT, ou encore à l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Pourtant, en pratique, le problème de la répartition des secteurs d'activité, et les politiques de recrutements de main-d'œuvre étrangère pour tel ou tel secteur, vont favoriser soit les hommes soit les femmes. Il semble cependant difficile de qualifier ces politiques de discriminatoires même indirectement ; la discrimination ne pourrait être identifiée que pour des compétences équivalentes entre hommes et femmes quand une politique de recrutement favoriserait l'un ou l'autre des genres. La discrimination a lieu *de facto*.

Depuis sa création, l'OIT a attiré l'attention sur l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers, ainsi que sur l'égalité de traitement et d'opportunité entre hommes et femmes. Afin d'optimiser au maximum les migrations internationales de travailleurs, l'OIT encourage les Etats à adopter des politiques visant à reconnaître les similitudes et les différences des expériences migratoires du point de vue des hommes et des femmes, et à se concentrer sur l'élimination des discriminations, sur l'inégalité des genres, et sur toutes formes de vulnérabilités. Lors de la tenue de la *Commission mondiale sur la Dimension Sociale de la Mondialisation* en 2004, l'OIT a proposé la mise en place d'un cadre international régissant les migrations internationales qui viserait à concilier et optimiser l'augmentation des migrations tout en respectant la souveraineté des Etats ; l'OIT suggère d'établir des procédures prévisibles et légales afin d'éliminer le trafic et les abus commis spécialement sur

⁶⁵⁰ OIT, 1999, cité dans OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op. cit., Encadré Intro 3, p.10.

les femmes, d'assurer une protection contre la discrimination et de faciliter leur intégration locale⁶⁵¹.

L'interdiction de la discrimination liée au genre ou à l'appartenance nationale ou religieuse s'impose donc lors du recrutement de travailleurs étrangers qui présentent des qualifications équivalentes. Les critères de discriminations ayant été analysés, il convient de définir par rapport à quoi, à quels droits, le principe de l'égalité de traitement s'applique. Nous verrons que dans les instruments internationaux spécifiques aux travailleurs étrangers, la loi de référence par rapport à laquelle s'apprécie la discrimination est la loi nationale.

§2 – La persistance de la liberté des Etats pour la détermination du droit applicable

Le respect de l'égalité de traitement entre les travailleurs étrangers et nationaux pour la jouissance des droits affirmés dans les instruments internationaux spécifiques s'apprécie, comme nous l'avons déjà souligné, au regard de la situation des travailleurs nationaux, c'est-à-dire au regard de la législation de l'Etat d'accueil. Cette démarche consacrant la liberté de l'Etat pour déterminer le droit applicable au fond résulte d'un choix politique au moment de l'adoption des instruments spécifiques (A), qui a pour conséquence l'existence d'une pluralité de statuts du travailleur étranger selon le pays concerné (B).

A. La raison du choix de l'égalité de traitement s'agissant des travailleurs étrangers

78. La consécration de la compétence étatique pour la détermination du droit applicable.

L'ensemble des textes protecteurs des travailleurs étrangers qui garantissent l'interdiction de la discrimination pour les droits énoncés opère implicitement un renvoi au droit interne de l'Etat partie. En effet, l'article 6 de la Convention de l'OIT de 1949, l'article 10 de la Convention OIT de 1975, l'article 16 de la Convention européenne de 1977 ou encore l'article

⁶⁵¹ G. MORENO-FONTES CHAMMARTIN, « Working conditions of women migrant workers : ILO's strategy to improve their protection in an area of globalization », *op.cit.*, pp.172-173.

7 de la Convention de New York de 1990 énoncent l'interdiction de la discrimination entre nationaux et travailleurs migrants pour tous les droits visés dans ces textes, mais ne définissent pas au fond l'étendue des droits. Les Etats d'accueil restent donc libres de définir le contenu des règles internes applicables, et c'est par rapport à ce droit interne que les travailleurs étrangers pourront revendiquer une égalité de traitement. C'est ce que précise l'article 16 de la Convention européenne de 1977 relative au statut juridique du travailleur migrant qui dispose à l'alinéa 1^{er} qu'« *en matière de conditions de travail, les travailleurs migrants autorisés à exercer un emploi bénéficient d'un traitement non moins favorable que celui qui s'applique aux travailleurs nationaux, en vertu des dispositions législatives ou réglementaires, des conventions collectives de travail ou des usages* »⁶⁵².

Cette place laissée à l'expression de la compétence des Etats en droit international du travail constitue une approche classique pour l'OIT qui ne définit que très occasionnellement les droits au fond (par exemple l'interdiction du travail forcé, ou encore la convention sur la pire forme du travail des enfants), et vise le plus souvent une harmonisation des conditions de travail. Par exemple, la Convention n°100 sur l'égalité de rémunération ne détermine pas quelle doit être cette rémunération, mais affirme l'égalité entre les personnes occupant un poste et ayant des qualifications équivalentes.

La liberté de l'Etat pour la détermination du contenu de la norme est également l'approche retenue dans la Convention de New York de 1990, pourtant plus moderne et plus détaillée. L'article 7 dispose que les droits sont reconnus « *sans aucune distinction [...] selon l'origine nationale* » et l'article 79 énonce qu'« [...] *en ce qui concerne les autres questions relatives au statut juridique et au traitement des travailleurs migrants et des membres de leur famille, les Etats parties sont liés par les limitations imposées par la présente Convention* » ; *a contrario*, en dehors de ces limitations, les Etats restent souverains pour la détermination du droit applicable⁶⁵³.

⁶⁵² Selon Heribert Golsong, « *la Convention se présente comme une convention-cadre traitant des aspects les plus importants de la situation juridique des travailleurs migrants, sans prétendre pour autant régler en détail tous ces aspects. C'est pourquoi la Convention fait fréquemment renvoi aux dispositions des législations internes ou à celles des divers instruments internationaux ou multilatéraux en la matière* ». H. GOLSONG, « La convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant », in SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont –Ferrand, Paris, Pedone, 1979, p.232.

⁶⁵³ On peut ajouter que les Etats ont introduit des garde-fous dans certains instruments, par le jeu des clauses d'ordre public selon lesquelles des circonstances particulières peuvent justifier de manière temporaire des distinctions entre étrangers et nationaux. C'est ce que précise, par exemple, la Charte sociale européenne également applicable aux travailleurs étrangers ressortissants d'un Etat partie (article 19) ; en effet, l'article E énonce un principe général de non-discrimination pour la jouissance des droits affirmés dans la charte. L'article F ajoute les dérogations possibles en cas de guerre ou de danger public, et l'article G encadre les modalités de ces restrictions. Sur la notion d'ordre public, v. F. SUDRE, *op.cit.*, p.241 et s.

Cette constatation est la même au niveau de l'Union européenne. Bien que l'article 45 du TFUE prévoie « *l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres* », et en dépit de l'affirmation d'une compétence sociale au profit de l'UE au titre de l'article 156 du TFUE, le droit social n'a pas encore fait l'objet d'une harmonisation européenne malgré les critiques formulées de manière répétitive contre l'insuffisance de la dimension sociale. Le traité de Lisbonne n'a pas apporté d'avancée majeure dans la protection des droits sociaux et les tentatives restent timides⁶⁵⁴, même si, comme le relève le professeur Mazeaud, il est possible de constater que le droit social européen se métamorphose en faveur des personnes⁶⁵⁵. Le traitement des travailleurs étrangers doit être, par conséquent, au moins égal au traitement des nationaux. Clairement, le principe de l'égalité de traitement, tel qu'il est affirmé dans les instruments protecteurs, n'impose pas l'octroi d'avantages particuliers pour les travailleurs étrangers.

79. Le traitement des nationaux, un maximum pour le traitement des travailleurs étrangers au travail. La discrimination est au cœur de la distinction entre les étrangers et les nationaux. L'une ou l'autre théorie du traitement national ou du standard minimum de traitement peuvent être consacrées, mais certaines règles ont également acquis une valeur coutumière⁶⁵⁶. Le choix de l'une ou l'autre théorie reflète la plus ou moins grande réticence qu'ont les Etats à concilier leur compétence souveraine en matière d'admission et de traitement des étrangers avec la protection de telle catégorie d'étrangers, notamment en raison des différences politiques et économiques entre les pays. Nous avons mis en évidence que l'admission et le traitement des travailleurs migrants, est une matière politiquement très sensible en raison du protectionnisme des Etats vis-à-vis de leur marché du travail, et de l'approche sécuritaire des migrations internationales. Pour déterminer le traitement à leur accorder, la qualité de travailleur a initialement été déterminante. A ce titre, il n'est pas étonnant de constater que les premiers instruments ont été adoptés dans le cadre de l'OIT.

⁶⁵⁴ L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *op.cit.*, pp.123-124 et p.133 et s. Il est intéressant de remarquer que les quelques avancées autres que jurisprudentielles sont minimes. C'est notamment le cas de la Directive n°2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (*JOUE* L 299 du 18 novembre 2003) et qui fait l'objet d'une procédure de révision ; les négociations avec les partenaires sociaux ont échoué en 2009, et ont été reportées par la Commission. Cet instrument déjà souple par la forme (une directive), établit un cadre de protection *a minima* en prescrivant notamment un temps de travail hebdomadaire maximum de 48 heures (art. 6b)). En aucun cas la Directive ne définit de règles de fond communes pour les Etats membres.

⁶⁵⁵ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2004, p.33.

⁶⁵⁶ Voir le point n°64 de l'étude.

La question qui est apparue a été celle de savoir s'il fallait accorder aux travailleurs étrangers un traitement international minimum, ou si ce traitement devait s'aligner sur celui des travailleurs nationaux du pays d'accueil. La question a opposé les pays en fonction du niveau de protection de leur législation du travail. Les pays développés ayant une législation du travail élaborée ont opté pour un traitement minimum international des travailleurs. En revanche les pays dont les législations du travail sont peu protectrices ont opposé ne pas pouvoir accorder plus de droits aux travailleurs étrangers qu'aux travailleurs nationaux. Le seul consensus auquel soient parvenus les Etats au niveau international a été de garantir l'égalité de traitement entre travailleurs migrants et travailleurs nationaux.

L'avancée majeure, au niveau international, a donc été de créer un cadre général du statut juridique du travailleur migrant reposant sur l'interdiction de la discrimination ; le droit applicable au fond reste donc celui de l'Etat d'accueil, ce qui n'empêche pas que ce droit interne puisse également être d'origine internationale. Cette approche est commune à tous les instruments internationaux relatifs à la protection des travailleurs migrants, y compris dans le cadre de l'Union européenne qui constitue le mécanisme d'intégration régional le plus aboutit. La référence au droit national de l'Etat d'accueil pour le traitement des travailleurs étrangers va alors avoir pour conséquence la pluralité de statuts du travailleur étranger.

B. La pluralité de statuts du travailleur étranger.

80. La pluralité internationale et interne de statuts du travailleur étranger. Quelle que soit la formule retenue, négative ou positive, le principe d'égalité de traitement avec les travailleurs nationaux est unanimement affirmé dans les instruments internationaux applicables aux travailleurs migrants. Ce principe comporte à la fois un avantage et un inconvénient : un avantage, car le travailleur migrant ne sera pas moins bien traité que les nationaux quel que soit le pays de destination ; un inconvénient, car si la législation du travail du pays d'accueil n'est pas très protectrice, l'étranger ne pourra revendiquer de traitement plus favorable. Le niveau de protection dépendra donc de la législation du pays d'accueil. C'est dans ce sens que nous entendons l'expression « pluralité internationale de statuts », car la législation applicable à un travailleur migrant variera d'un pays à l'autre. Celle-ci diffèrera

selon que l'Etat a adopté ou non tel ou tel instrument international, ou en fonction de sa législation du travail.

De la même façon qu'il existe une pluralité internationale de statuts du travailleur étranger selon le pays de destination, tous les travailleurs se rendant dans un même pays ne seront pas tous nécessairement soumis au même régime. En effet, le travailleur étranger pourra relever du droit commun des étrangers, ou d'un régime spécifique en vertu d'une convention bilatérale ou régionale. En France par exemple, il est possible de distinguer quatre types de régimes applicables aux travailleurs étrangers : le régime de droit commun inspiré des normes universelles ratifiées, le régime établi par une convention bilatérale, le régime applicable aux ressortissants de l'Union européenne, et le régime applicable aux nouveaux ressortissants de l'Union soumis à des dispositions transitoires. L'identification de la nationalité de l'intéressé est alors pertinente car de la nationalité du travailleur étranger dépend le traitement dont il pourra se prévaloir. Le statut du travailleur étranger est donc fragmenté et évolutif.

63. Raisons de la variabilité des statuts du travailleur étranger. Au niveau interne, les considérations idéologiques, politiques et économiques conditionnent l'évolution du statut des travailleurs migrants. Ces considérations sont également influentes au niveau international puisque elles conditionnent souvent la participation des Etats aux normes protectrices internationales. Elles évoluent selon les périodes historiques qui sont soit favorables, soit discriminatoires pour les travailleurs étrangers. Le droit des étrangers est donc en perpétuel mouvement. En France par exemple, on peut remarquer que si l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers n'a quasiment pas été modifiée jusqu'en 1980, elle a par la suite fait l'objet de nombreuses modifications. Ce changement s'explique par le fait que la crise économique et sociale, et la hausse du chômage qui s'en est suivie au milieu des années 1970 a entraîné une politique de fermeture vis-à-vis des étrangers⁶⁵⁷. Julien Laferrière insiste sur la nature « éminemment politique » du droit des étrangers, car la notion d'étranger est elle-même politique, et indéniablement liée à la question de la nationalité⁶⁵⁸.

Des modèles théoriques ont été élaborés pour expliquer la présence de travailleurs étrangers. Pour les marxistes, la domination impérialiste entraîne des courants migratoires, les pays

⁶⁵⁷ F. JULIEN-LAFERRIERE, « Etrangers (droits des -) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.*(dir.), *op.cit.*, p.322.

⁶⁵⁸ *Ibid.*

capitalistes ayant besoin de main-d'œuvre. Pour les économistes classiques en revanche, la migration s'inscrit dans une logique individualiste cherchant l'intérêt personnel au détriment des solidarités nationales⁶⁵⁹. Les effets de l'immigration dans le pays d'accueil sont également régulièrement analysés, soit d'un point de vue économique, soit d'un point de vue démographique ou encore d'aménagement du territoire. Il en ressort que les crises économiques constituent des éléments conjoncturels majeurs car, pendant ces périodes, les frontières ont tendance à se fermer et la discrimination augmente notamment à l'emploi⁶⁶⁰. Les différentes perceptions autour de la migration des travailleurs étrangers expliquent la tendance des Etats d'accueil à restreindre leurs droits. Danièle Lochak va même jusqu'à qualifier le droit des étrangers d'« infra-droit »⁶⁶¹.

La « police des étrangers » caractérise cette différence de traitement entre nationaux et étrangers. Il s'agit de l'ensemble des mesures de nature administrative qui peuvent viser les étrangers exclusivement, et qui sont orientées vers le contrôle des entrées sur le territoire, la sauvegarde de l'ordre public, voire la protection du marché national du travail⁶⁶². Le traitement des étrangers a souvent fait l'objet de ce que l'on peut appeler une « réserve de compétence nationale », par laquelle un Etat s'oppose à ce qu'une question qui le concerne soit appréciée par un autre sujet de droit, Etat ou organisation internationale, au motif qu'elle relève de sa compétence nationale exclusive⁶⁶³. Or comme nous l'avons mis en avant précédemment, le droit des étrangers s'internationalise de plus en plus, car les Etats acceptent de se soumettre à des règles internationales, ou se voient opposer des règles coutumières relatives au traitement des étrangers qui se sont consolidées. A cet égard notamment, la décision en France du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 exprime l'encadrement croissant de la compétence étatique. En effet, le Conseil reconnaît d'une part que « *le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques* » et que « *les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques* ». D'autre part, il précise que la différence de traitement entre étrangers et

⁶⁵⁹ R. CHIROUX, « Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales », *op.cit.*, p.38-39.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, pp. 40-41.

⁶⁶¹ D. LOCHAK, « Observations pour un infra-droit », *Droit social*, numéro spécial sur les travailleurs immigrés, mai 1976, p.44.

⁶⁶² F. JULIEN-LAFERRIERE, « Etrangers (droits des -) », *op.cit.*, p.321.

⁶⁶³ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.989.

nationaux doit toutefois se justifier par les objectifs poursuivis par le législateur, et que ce dernier doit garantir aux étrangers l'exercice des « *libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la république* »⁶⁶⁴. Le problème ici mis en évidence, est d'appréhender le degré de spécificité du statut de l'étranger et de définir ses droits fondamentaux. Les réponses varient selon les pays et selon les conjonctures, même si le développement du droit international des droits de l'homme exerce une influence positive sur le droit des étrangers⁶⁶⁵.

Malgré cette pluralité internationale et interne du statut du travailleur étranger du fait de la non-harmonisation internationale au fond des conditions de travail, on peut se demander si les travailleurs étrangers ne vont toutefois pas pouvoir bénéficier d'un certain traitement minimum au travail. Cela nous amène à étudier la contribution des droits sociaux fondamentaux.

SECTION II : Vers un standard minimum de traitement des travailleurs étrangers ?

Nous avons précédemment mis en évidence que la législation du travail pouvait varier considérablement d'un pays à l'autre, et que les droits du travailleur étranger liés à son travail peuvent varier considérablement selon le pays dans lequel il immigré. Pour certains aspects de son séjour autres que ceux liés à son travail, il bénéficie *a minima* de règles coutumières relatives à un traitement international, qui peuvent être complétées par l'adoption de règles conventionnelles. En revanche, dans le cadre de la relation de travail, le migrant ne pourra revendiquer que l'égalité de traitement avec les travailleurs nationaux.

Toutefois, nous devons rechercher si, malgré cette affirmation de principe de l'égalité de traitement dans les différents instruments internationaux, le travailleur étranger ne pourra pas bénéficier d'un traitement minimum au travail, du fait de sa qualité de travailleur. C'est ce que sous-tend l'idée de « droits sociaux fondamentaux » (§1). Cette notion ne vise en réalité

⁶⁶⁴ Conseil constitutionnel, 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, J.O. 18 août 1993.

⁶⁶⁵ F. JULIEN-LAFERRIERE, « Etrangers (droits des -) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *op.cit.*, p.321.

pas un véritable traitement minimal pour les seuls travailleurs migrants, mais un traitement international commun pour l'ensemble des travailleurs nationaux et étrangers, qui peut être revendiqué en raison de leur qualité de travailleur. Toutefois, si la notion de « droit social fondamental » permet une harmonisation *a minima* des conditions de travail dont bénéficient de manière indiscriminée les travailleurs étrangers et nationaux, l'opposabilité de cette notion reste toutefois limitée (§2).

§1 – L'apport de la notion de « droits sociaux fondamentaux »

La notion de droit social fondamental, est une notion récente qui a été affirmée dans divers instruments internationaux (A). Cette catégorisation consiste à identifier des droits au travail qui seraient d'une importance telle qu'ils devraient être garantis par tous les Etats (B).

A. L'affirmation des droits sociaux fondamentaux

81. L'affirmation européenne des droits sociaux fondamentaux. C'est au niveau de l'Union européenne qu'a été adopté pour la première fois un instrument international se référant à la notion de droit social fondamental. Le 9 décembre 1989, la *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs* a été adoptée. Elle s'inspire principalement de la Charte sociale européenne, bien que son contenu ne soit pas aussi précis⁶⁶⁶. Les droits qualifiés de fondamentaux sont identifiés comme tels au sein de l'UE car ils sont « *indispensables au bon fonctionnement du marché intérieur* »⁶⁶⁷.

Cependant, conformément au principe de subsidiarité, le Titre II de la Charte prévoit que ce sont les Etats qui doivent mettre en œuvre les droits sociaux fondamentaux par voie législative et de convention collective⁶⁶⁸. Toutefois, sur demande du Conseil européen, la Commission peut proposer l'adoption des textes contraignants afin de mettre en œuvre les droits sociaux fondamentaux qui relèvent de la compétence de l'Union. En outre la Commission est tenue de présenter chaque année un rapport sur l'application de la Charte, qui

⁶⁶⁶ J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 2^e éd., p.62.

⁶⁶⁷ § 27 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

est transmis aux autres instances européennes⁶⁶⁹. Certains droits mentionnés figurent également dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000.

Le Traité de Lisbonne, dans le préambule du traité sur l'Union européenne, confirme l'attachement des pays membres aux droits sociaux fondamentaux, et l'article 151 du TFUE, premier article du Titre X relatif à la politique sociale de l'UE, se réfère explicitement à la Charte sociale européenne et à la Charte européenne des droits sociaux fondamentaux. Il faut également souligner le développement des dispositions sociales dans les traités de coopération commerciale ; par exemple, l'accord de Cotonou de 2000 révisé en 2005, fait référence aux droits sociaux fondamentaux de l'OIT, et le respect de ces mêmes droits est une condition pour bénéficier du Système des préférences généralisées⁶⁷⁰.

La notion de droit social fondamental a également fait l'objet d'une attention particulière de l'OIT.

82. L'affirmation universelle des droits sociaux fondamentaux dans le cadre de l'OIT.

L'OIT a adopté le 18 juin 1998 la *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, dans laquelle sont identifiées des valeurs fondamentales en droit du travail. L'enjeu de ce texte consiste à répondre aux défis de la mondialisation, jusqu'alors uniquement envisagée sous l'angle de la libre circulation des capitaux et des marchandises. A partir des années 1990, plusieurs observateurs internationaux ont mis en avant les répercussions économiques inévitables de la mondialisation d'une région à l'autre. Le rejet de l'idée d'une clause sociale par l'Organisation mondiale du Commerce (OMC), a conduit l'OIT à tenter d'imposer l'idée de justice sociale. Le sommet mondial pour le développement social de Copenhague de 1995 a abouti à un accord sur quelques principes de base et à l'adoption d'un plan d'action pour la défense et la promotion de droits fondamentaux des travailleurs. En 1996, la Conférence Ministérielle de l'OMC à Singapour s'est conclue sur la promesse d'observer les normes fondamentales du travail internationalement reconnues, et elle a confirmé la compétence de l'OIT pour observer ces normes⁶⁷¹. La Déclaration adoptée en

⁶⁶⁹ §§ 29 et 30 de la Charte communautaire.

⁶⁷⁰ J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, *op.cit.*, pp.60-61.

⁶⁷¹ J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, *op.cit.*, p.56. Pour plus de détails, v. J. BURDA, « La justiciabilité des droits sociaux fondamentaux au travail », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, p. 256s. Voir également T. KOHIYAMA et M. M. TRAVIESO « Une révolution de velours dans l'ordre juridique international en matière de droits fondamentaux des travailleurs », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p. 121s. Voir également C. LA HOVARY, « Les droits fondamentaux au travail », in J.-M.

1998 par l'OIT vise alors à mettre en lien la croissance économique avec le progrès social, en identifiant les règles sociales universelles⁶⁷². Les Etats qui adoptent cette déclaration reconnaissent, qu'en raison de leur seule appartenance à l'Organisation, ils doivent garantir les valeurs identifiées comme fondamentales. Cet engagement vaut même si les pays en question n'ont pas encore ratifié les huit conventions identifiées comme fondamentales par l'OIT. Inversement, le BIT s'engage à assister les Etats pour mettre en œuvre ses principes⁶⁷³.

La Déclaration de 1998 ne se limite pas à affirmer des droits fondamentaux mais instaure également un mécanisme de suivi qui se divise en trois phases. Tout d'abord, les Etats ayant adopté la Déclaration doivent élaborer un rapport annuel explicatif des efforts accomplis pour garantir les droits sociaux fondamentaux mentionnés dans les conventions fondamentales qu'ils n'ont pas ratifié. Les organisations d'employeurs et de travailleurs peuvent présenter des observations. Un groupe d'experts indépendants effectue alors un résumé des rapports et tente d'attirer l'attention du Conseil d'administration sur les aspects devant faire l'objet de discussions plus approfondies. Ensuite, le Directeur général du BIT soumet un rapport à la Conférence internationale du travail faisant état du respect de l'un des principes dans le monde, en vue de l'adoption d'un rapport « global ». Tous les principes sont ainsi examinés successivement tous les quatre ans⁶⁷⁴. Enfin, le rapport global est discuté par la CIT⁶⁷⁵ puis

THOUVENIN et A. TREBILCOCK (dir.), *Droit international social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, Tome II, pp.884-902.

⁶⁷² I. DUPLEISSIS, « La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail : une nouvelle forme de régulation efficace ? », *Relations industrielles / Industrial Relations*, vol. 59, n° 1, 2004, p.53. Voir également C. LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, Paris, PUF, 2009, pp.181-208.

⁶⁷³ BIT, *Les règles du jeu – une brève introduction aux normes internationales du travail*, Genève, 2009, p.99.

⁶⁷⁴ Ce rapport est élaboré à partir des données concernant la mise en œuvre des conventions non ratifiées. Il s'appuie sur toutes les autres sources officielles d'informations détenues par l'OIT, notamment sur les rapports périodiques des États au titre du suivi des conventions ratifiées. Le rapport global repose sur l'idée que la ratification d'une convention par un État ne suppose pas automatiquement son respect tout comme, à l'inverse, l'absence de ratification d'une convention ne signifie que les droits qui s'y rapportent ne sont pas respectés sur le territoire d'un État. Le rapport global intéresse en premier lieu l'OIT, car il va lui permettre de déterminer ses priorités en matière de coopération technique pour soutenir les efforts des États, en vue de la ratification par ces derniers et de la mise en œuvre des conventions fondamentales. I. DUPLEISSIS, « La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail : une nouvelle forme de régulation efficace ? », *op.cit.*, p.54.

⁶⁷⁵ Voir par exemple CIT, *L'Égalité au travail : un objectif qui reste à atteindre, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, Rapport I(B), 100e session, Genève, 2011 disponible sur http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_154874.pdf. Dans cette étude, la CIT a manifesté sa préoccupation s'agissant des travailleurs migrants. Elle souligne que si les actes de violence xénophobe à l'encontre des travailleurs migrants ne sont pas un problème nouveau, ils sont plus répandus et plus visibles dans un nombre croissant de pays. Ces actes ont lieu sur le lieu de travail ou en dehors. C'est notamment le cas en Russie, comme l'a révélé le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, CE D/C/RUS/CO /19, 20 août 2008). La CIT souligne encore le cas de l'Afrique du Sud où, en 2008, plus de 60 immigrés ont été tués, et plus de 10 000 ont perdu leur logement à

transmis au Conseil d'administration qui, en collaboration avec le BIT, prépare le plan d'action visant à promouvoir le respect du principe examiné pour les quatre ans à venir⁶⁷⁶.

L'objet de la Déclaration et de son mécanisme de suivi n'est pas de créer des normes supplémentaires mais d'aider les Etats à ratifier les normes fondamentales de l'OIT. Une fois cet objectif atteint, l'examen du respect de ses droits par les Etats s'effectue au titre du contrôle régulier⁶⁷⁷. La notion de droit social fondamental ne désigne donc pas un droit nouveau mais qualifie certains droits existants et identifiés comme fondamentaux⁶⁷⁸. Selon Michel Hansenne, Directeur général de l'OIT lors de l'adoption de la Déclaration, « *les droits fondamentaux au travail ne sont pas fondamentaux parce que la déclaration le dit, mais la déclaration le dit parce qu'ils le sont* »⁶⁷⁹. L'apport de la notion consiste donc à donner un cadre de travail minimal commun dans tous les Etats⁶⁸⁰. Il convient alors de s'interroger sur le contenu de ce minima social en droit du travail.

B. L'identification des droits sociaux fondamentaux

83. La notion de droit social fondamental. Jean-Michel Servais met en évidence les diverses réalités auxquelles renvoie l'expression « droits fondamentaux », surtout si l'on inclut les droits sociaux. Le titre même de la Convention européenne de 1950 notamment, utilise l'expression de libertés fondamentales ; le cinquième paragraphe de son préambule précise à leur propos qu'elles désignent les « *normes fondamentales qui constituent les assises mêmes*

cause de violentes manifestations anti-étrangers motivées par le fait que les immigrants auraient pris les emplois des nationaux. Dans un communiqué de presse du 12 janvier 2010, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme a dénoncé le fait que 53 travailleurs migrants ont été blessés et 1000 ont été conduit dans des centres d'expulsion suite à deux jours de troubles (Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « UN experts urge Italian authorities to curb xenophobic attitude towards migrant workers », communiqué de presse, 12 janvier 2010.). CIT, *l'Egalité au travail : un objectif qui reste à atteindre*, op.cit., §143.

⁶⁷⁶ I. DUPLISSIS, « La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail : une nouvelle forme de régulation efficace ? », op.cit., p.55.

⁶⁷⁷ BIT, *Les règles du jeu*, op.cit., p.99.

⁶⁷⁸ Pour plus de détails sur le choix des droits fondamentaux de leur qualification, v. C. LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, op.cit., pp.33-54.

⁶⁷⁹ M. HANSENNE, « L'OIT et la mondialisation de l'économie », in P. DELNOY (dir.), *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p.941.

⁶⁸⁰ La Déclaration ne limite pas l'obligation de garantir ses droits pour les seuls nationaux puisque, comme l'indique l'intitulé, il s'agit de droits fondamentaux liés au travail. Par ailleurs, dans le préambule de la Déclaration, l'OIT rappelle qu'elle porte « *une attention spéciale aux problèmes des personnes ayant des besoins sociaux particuliers, notamment les chômeurs et les travailleurs migrants* ».

de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique d'une part et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament »⁶⁸¹.

Le Parlement européen dans une étude de 1999 définit les droits sociaux fondamentaux comme « *les droits qui incombent au citoyen qu'il ne peut faire valoir que dans sa relation avec d'autres individus en tant que membre d'un groupe et qui ne peuvent être réalisés que si la communauté publique fournit des prestations en vue de garantir le cadre de vie du citoyen* »⁶⁸². Il envisage les droits sociaux comme un complément indispensable aux libertés tout en les distinguant de ces dernières ; un droit social n'est pas la liberté par rapport à l'État mais bien la liberté avec l'aide de l'État. Les droits sociaux en l'espèce concernent donc des droits fondamentaux qui sont considérés comme des droits à des prestations ou à une participation. Bien que les droits fondamentaux se distinguent à première vue des libertés classiques et du principe général d'égalité, l'on constate un grand nombre de recoupements⁶⁸³. Le Parlement européen retient une conception large de la notion de droit social fondamental car il met davantage en évidence les particularismes des droits sociaux dans son étude, sans pour autant identifier le caractère essentiel de certains.

Pourtant la distinction de droits sociaux « plus fondamentaux » que d'autres avait été introduite en Europe et au sein de l'OIT par les deux instruments précités, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux et la Déclaration des droits sociaux fondamentaux. Comme le souligne Julien Burda, le modèle de régulation socio-économique mis en place au début du XXe siècle est aujourd'hui remis en cause, notamment en raison de la concurrence mondiale qui a des répercussions sociales considérables sur les travailleurs puisque l'on constate une augmentation de la précarité au travail et du secteur informel. L'objectif de la réduction des coûts de production incite les pays à attirer les investissements au détriment des conditions de travail. Ce contexte de fragilisation des droits sociaux a conduit à s'interroger sur les possibilités de renforcer les droits des travailleurs. Dès lors, la promotion des droits fondamentaux au travail consiste à identifier « *un socle commun de droits des travailleurs qui méritent d'être protégés dans ce contexte* »⁶⁸⁴. Selon l'auteur, leur caractère fondamental ressortirait de leur nature constitutionnelle, car ils sont mentionnés,

⁶⁸¹ J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne, op. cit.*, pp.55-56.

⁶⁸² Parlement européen, *Droits sociaux fondamentaux en Europe*, Série affaires sociales, Luxembourg, novembre 1999, p.10, consultable sur http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_fr.pdf

⁶⁸³ *Ibid.*

⁶⁸⁴ J. BURDA, *op.cit.*, pp.249-250.

explicitement ou non, dans la Constitution de l'OIT en tant que piliers sur lesquels celle-ci repose. La Déclaration, s'est alors limitée à rappeler les obligations constitutionnelles des États membres, dont elle cherche à promouvoir l'application universelle⁶⁸⁵. Il convient à présent de s'interroger sur le contenu de ces droits.

84. Le contenu des droits sociaux fondamentaux. Le nombre de droits identifiés comme fondamentaux dans la Charte communautaire est beaucoup plus large que la liste des droits contenus dans la Déclaration de l'OIT. Cela s'explique sans doute par l'application géographique beaucoup plus restreinte de la Charte ; les États qui l'ont adoptée ont une législation du travail protectrice. L'ensemble des droits identifiés dans la Déclaration de l'OIT constitue alors le droit commun en la matière. La Déclaration de l'OIT mentionne quatre droits : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination du travail forcé ou obligatoire, l'interdiction du travail des enfants, ainsi que l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi et de profession. Ces droits trouvent leur inspiration dans huit conventions que l'OIT a identifiées comme fondamentales⁶⁸⁶. Contrairement à Philip Alston qui a soutenu une interprétation et une application des principes et droits fondamentaux selon la jurisprudence développée à partir des conventions correspondantes⁶⁸⁷, les rédacteurs de la Déclaration n'ont pas souhaité substituer la Déclaration à la logique conventionnelle⁶⁸⁸. Cependant, comme l'a souligné Francis Maupain, depuis l'adoption de la Déclaration en 1998, il est possible d'observer une hausse certaine de la ratification des conventions fondamentales⁶⁸⁹. C'est pourquoi nous retiendrons les définitions des droits fondamentaux énoncées dans ces instruments.

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ Selon I. Dupleissis, les huit conventions fondamentales pertinentes peuvent être regroupées en quatre catégories distinctes : la première catégorie regroupe la Convention n°29 sur le travail forcé, 1930, et la Convention n°105 sur l'abolition du travail forcé, 1957 ; la deuxième regroupe la Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et la Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 ; la troisième, la Convention n°100 sur l'égalité de rémunération, 1951, et la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession), 1958 ; alors que la quatrième et dernière catégorie recoupe la Convention n°138 sur l'âge minimum, 1973, et la Convention n°182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999. I. DUPLEISSIS, « La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail : une nouvelle forme de régulation efficace ? », *op. cit.*, p.53.

⁶⁸⁷ P. ALSTON, « "Core Labour Standards" and the Transformation of the International Labour Rights Regime » (2004) 15 *E.J.I.L.* 457; P. ALSTON and J. HEENAN, « Shrinking the International Labor Code: An Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work? » (2004) 36 *NYUJ Int'l L. & Pol.* 221.

⁶⁸⁸ I. DUPLEISSIS, « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international (Hors-série)*, 2007, p.260.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p.261.

La liberté syndicale selon l'article 2 de la Convention OIT n°87⁶⁹⁰ désigne le droit pour « *les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, [...] 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* ». Au terme de l'article 2 de la Convention OIT n°29⁶⁹¹, il faut entendre le travail forcé comme « *tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré* ». S'agissant du travail des enfants, au titre de l'article 1^{er} de la Convention OIT n°138⁶⁹², « *tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à poursuivre une politique nationale visant à assurer l'abolition effective du travail des enfants et à élever progressivement l'âge minimum d'admission à l'emploi ou au travail à un niveau permettant aux adolescents d'atteindre le plus complet développement physique et mental* » et les articles 2 et 3 de la Convention n°182⁶⁹³ fixent l'âge de la majorité à 18 ans et identifient les pires formes de travail des enfants que les Etats s'engagent à éliminer. Enfin, bien que le contenu du principe de l'interdiction de la discrimination ait déjà fait l'objet d'une analyse détaillée, nous pouvons souligner que l'OIT lui donne la même signification que les autres instruments de protection des droits de l'homme ; l'article 1 alinéa a) de la Convention n°111⁶⁹⁴ définit la discrimination comme « *toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* ».

La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs est plus large que la Déclaration de l'OIT de 1998. En effet, le Titre I mentionne des droits relatifs aux domaines suivants : la liberté de circulation, l'emploi et la rémunération, l'amélioration des conditions de vie et de travail, la protection sociale, la liberté de coalition et de négociations

⁶⁹⁰ Convention n°87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 9 juillet 1948, *RTNU*, vol. 68-I-881, 1950, p. 19s ; entrée en vigueur le 4 juillet 1950.

⁶⁹¹ Convention n°29 concernant le travail forcé ou obligatoire, telle qu'elle a été modifiée par la Convention portant révision des articles finals, 28 juin 1930, *RTNU*, vol. 39-I-612, 1949, p.57 et s. ; entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932.

⁶⁹² Convention n°138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, 26 juin 1973, *RTNU*, vol. 1015-I-14862, 1976, p.299 et s. ; entrée en vigueur le 19 juin 1976.

⁶⁹³ Convention n°182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, 17 juin 1999, *RTNU*, vol. 2133-I-37245, 2003, p.168 et s. ; entrée en vigueur le 19 novembre 2000.

⁶⁹⁴ Convention n°111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, 25 juin 1958, *RTNU*, vol. 362-I-5181, 1960, p.33 et s. ; entrée en vigueur le 15 juin 1960.

collectives, la formation professionnelle, l'égalité entre hommes et femmes, la consultation et la participation des travailleurs, la protection de la santé et de la sécurité au travail, la protection des enfants et des adolescents, la protection des personnes âgées et des handicapés⁶⁹⁵.

Le catalogue beaucoup plus restreint des droits identifiés comme fondamentaux par l'OIT s'explique par l'affirmation de l'universalité de ces principes. C'est également cette vocation universelle de droits de nature constitutionnelle qui contraint les Etats à promouvoir et mettre en œuvre de bonne foi ces droits dans le cadre d'une déclaration, afin d'éviter l'aléa de la ratification de conventions internationales contraignantes et qui disposent de mécanismes de suivi propres⁶⁹⁶. Cependant, tant que les Etats ne sont pas liés par des dispositions contraignantes, l'opposabilité des droits fondamentaux reste relativement discutable.

§2 – L'opposabilité restreinte des « droits sociaux fondamentaux »

Nous allons nous intéresser ici à la question de l'opposabilité des droits sociaux fondamentaux : dans quelle mesure ces règles vont pouvoir « *déployer des effets juridiques envers des sujets de droit extérieurs, étrangers aux obligations en découlant directement* »⁶⁹⁷ ? Autrement dit, le non-respect des droits sociaux fondamentaux par un Etat peut-il mettre en cause sa responsabilité internationale ?

Si la notion de droits sociaux fondamentaux constitue en avancée majeure pour la protection des travailleurs nationaux ou étrangers en ce qu'elle permet une certaine égalisation *a minima* des conditions de travail, l'effectivité de ces droits peut soulever quelques craintes. En effet, ils sont consacrés par des instruments dits de « soft law » (A), mais nous pouvons nous interroger sur l'éventuel caractère coutumier et donc contraignant de ces droits qui incarnent des valeurs fondamentales communes (B).

⁶⁹⁵ Parlement européen, *Les droits sociaux fondamentaux en Europe, op. cit.*, pp.13-14

⁶⁹⁶ J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne, op.cit.*, p. 252.

⁶⁹⁷ J. SALMON (dir.), *op. cit.*, p.782.

A. La consécration des droits sociaux « fondamentaux » dans des instruments de *soft law*

85. La consécration de la notion dans des instruments déclaratoires. Le caractère non contraignant de la Déclaration de l'OIT de 1998 apparaît clairement dans l'intitulé même de cet instrument. Le mot « déclaration » fait référence à un instrument de droit déclaratoire, c'est-à-dire non contraignant⁶⁹⁸. Cette Déclaration est donc dépourvue d'effet juridique obligatoire⁶⁹⁹, et présente un objectif « programmatoire » ou encore « promotionnel »⁷⁰⁰ mis en évidence lors de la présentation de son mécanisme de suivi, lequel vise les Etats ayant adopté l'instrument mais n'étant pas parties aux conventions fondamentales de l'OIT. S'agissant de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'utilisation même du terme « Charte » atteste de son caractère certes solennel mais non contraignant. Comme l'a rappelé le Parlement européen à son sujet, « *elle ne possède pas la qualité d'un acte juridique obligatoire de l'UE et ne constitue pas non plus un contrat impératif de droit international public entre les Etats signataires* »⁷⁰¹.

En raison de leur absence de caractère contraignant, la Charte communautaire et la Déclaration de l'OIT appartiennent à la catégorie des actes concertés non conventionnels ou de « *soft law* ». La *soft law*, expression formulée par Lord McNair⁷⁰², désigne par opposition aux règles de *hard law*, un ensemble de règles dont le non-respect ne permet pas d'engager la responsabilité internationale des Etats parties auteurs des violations ; aucun recours juridictionnel ne peut être introduit⁷⁰³. Pour une partie de la doctrine, ces actes n'ont pas de caractère juridique ; ils ne visent que des engagements moraux et politiques et ne seraient pas régis par le droit international. Outre la confusion entre le caractère « juridique » et le

⁶⁹⁸ Pour plus de détails sur le droit déclaratoire voir E. DECAUX, « De la promotion à la protection des droits de l'homme. Droit déclaratoire et droit programmatoire », in SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp.81-119.

⁶⁹⁹ J. BURDA, *op.cit.*, p.251. I. DUPLEISSIS, *op.cit.*, p.52.

⁷⁰⁰ BIT, *Les règles du jeu – une brève introduction aux normes internationales du travail*, *op. cit.*, p. 99. Voir également C. LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail. Origine statut et impact en droit international*, *op.cit.*, pp.209-220.

⁷⁰¹ Parlement européen, *Droits sociaux fondamentaux en Europe*, p.13.

⁷⁰² Lord A. McNAIR, « The Functions and Differing Legal Character of Treaties » (1930) 11 *Brit. Y.B. Int'l L.* 100.

⁷⁰³ I. DUPLEISSIS, « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *op.cit.*, p.249.

caractère « obligatoire », une autre partie de la doctrine, en revanche, tend à relativiser cette absence d'effet contraignant⁷⁰⁴.

86. Relativisation de l'absence d'effet contraignant des actes de *soft law*⁷⁰⁵. Isabelle Dupleissis s'est interrogée sur la pertinence du choix de la régulation non contraignante pour définir et mettre en œuvre un programme ambitieux, celui de déterminer un socle social minimal universel en droit du travail. Elle rappelle les critiques formulées à l'encontre du choix d'un instrument déclaratoire, selon lesquelles le mode de régulation adopté par l'OIT serait inadéquat pour faire face aux défis de la mondialisation, et le choix de cet instrument de droit mou fragiliserait l'ensemble du système normatif international ; la Déclaration de 1998 présenterait de surcroît un haut degré d'incertitude dans l'application de ses dispositions⁷⁰⁶.

En réponse à ces critiques, l'auteure met en évidence que dans certains domaines, la souplesse de ce type d'instrument permettra une adaptation rapide aux fluctuations de la réalité et une plus grande marge de manœuvre des Etats pour la mise en œuvre des droits. De plus, l'adoption de ce type d'instrument, en l'espèce la Déclaration de l'OIT, constitue un premier pas dépassant les divergences politiques des Etats. Enfin la norme de *soft law* permet parfois de préparer l'adoption d'une norme contraignante. Pour rappel, le nombre de ratifications des conventions fondamentales a nettement augmenté depuis l'adoption de la Déclaration⁷⁰⁷.

Il faut ajouter à cela que la « fondamentale » des droits sociaux identifiés constitue par ailleurs un argument d'autorité⁷⁰⁸. La Déclaration est importante symboliquement car elle s'inscrit dans la tradition des grands documents internationaux consacrés aux droits de l'homme. Elle est le fruit d'un consensus⁷⁰⁹. Ce dernier argument est également avancé par le Parlement européen au sujet de la Charte ; elle reflète les opinions et traditions communes des

⁷⁰⁴ P. DAILLIER *et al.*, *op. cit.*, p. 4. Pour plus de détails sur les réactions doctrinales face à la *soft law* en droit international, voir I. DUPLISSIS, « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *op.cit.*, p.252 et s. et 259 et s.

⁷⁰⁵ Ne nous intéresserons à la portée de la Charte communautaire et de la Déclaration en tant que telle. Nous écarterons donc les hypothèses où les normes acquièrent une force contraignante du fait de l'adhésion des Etats aux conventions fondamentales de l'OIT, ou de l'inscription de certains droits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne car le caractère contraignant des droits sociaux fondamentaux ainsi consacré ne fait plus débat.

⁷⁰⁶ I. DUPLISSIS, « La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail : une nouvelle forme de régulation efficace ? », *op.cit.*, pp.55-56.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, pp.57-58.

⁷⁰⁸ A. SOUSSAN, « Les droits sociaux comme droits coutumiers ou droits fondamentaux? », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T.1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.197-198.

⁷⁰⁹ I. DUPLISSIS, *op.cit.*, pp.58-59.

Etats membres que ces derniers souhaitent défendre. C'est pourquoi elle s'impose dès son adoption comme un outil d'interprétation des dispositions du traité CE⁷¹⁰.

Il convient encore de souligner que la Charte communautaire et la Déclaration s'inscrivent dans une tendance actuelle ; en raison de leurs caractéristiques, les actes concertés non conventionnels sont de plus en plus utilisés et jouent un rôle politique très important. Soumis au droit international, ils ont une portée juridique non négligeable puisque si les Etats ne sont pas liés par les dispositions de ces textes, ils le sont par le principe de bonne foi. Il en résulte que les parties seront juridiquement tenues d'observer un comportement, dans l'exécution et dans l'interprétation de leurs droits et obligations, quelle qu'en soit la source, en vertu d'un principe général de droit dont la force obligatoire est rappelée par une pratique et une jurisprudence constante⁷¹¹. De même, les Etats ne pourront plus invoquer l'exception de compétence nationale dans le domaine concerné, et une demande d'exécution des règles acceptées ne constituera pas une ingérence illicite dans les affaires intérieures des Etats⁷¹². Ajoutons à cela que les deux instruments précités, la Charte et la Déclaration, instaurent des mécanismes de suivi dont le fonctionnement donne lieu à une coopération technique avec l'organisation dans le cadre de laquelle ils ont été adoptés.

Si le caractère non contraignant de ces actes ne fait pas obstacle à ce qu'ils produisent certains effets juridiques, la question se pose de savoir si les droits consacrés ne disposeraient pas d'un caractère coutumier dès lors qu'ils semblent incarner des valeurs communes essentielles.

B. Le caractère coutumier des droits sociaux fondamentaux ?

87. L'approche coutumière du droit international du travail. L'apport de la coutume est de conférer un caractère contraignant et opposable à une norme, indépendamment de toute adhésion ou ratification. L'opposabilité est l'aptitude d'une norme à être invoquée à l'encontre des sujets de droit international et donc à produire des effets de droit à leur égard.

⁷¹⁰ Parlement européen, *Les droits sociaux fondamentaux en Europe*, *op.cit.*, pp.13-14.

⁷¹¹ J. SALMON (dir), *op.cit.*, p.134.

⁷¹² P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.4.

Une évolution qui tend vers un renforcement de la portée des actes juridiques non contraignants concerne la contribution de ces derniers à la formation de règles coutumières⁷¹³.

Véronique Marleau, du Centre de formation Internationale de l'OIT, s'est interrogée sur l'idée d'un droit international coutumier du travail. Elle souligne au préalable que la normativité d'une règle coutumière ne peut concerner une règle abusive⁷¹⁴. Mais elle ajoute que ce risque ne concerne pas les règles de droit international coutumier qui se développent essentiellement à partir de normes conventionnelles, dont l'adoption puis la ratification font l'objet d'une procédure laborieuse. Leur légitimité leur confère une portée réellement universelle. « *Les coutumes internationales sont produites « par le haut», voire même « vers le haut » du fait qu'elles consacrent uniquement les principes dont la légitimité est universellement reconnue comme nécessité sociale* »⁷¹⁵. Le caractère coutumier provient de la valeur ajoutée de la reconnaissance de l'obligatorité de la règle par la pratique générale, indépendamment de son régime conventionnel.

Selon Véronique Marleau, la question fondamentale ne consiste pas à se demander si les droits fondamentaux sont universellement reconnus mais à s'interroger sur quoi l'on s'accorde universellement, et à quoi oblige la reconnaissance universelle. Il est intéressant de noter l'engagement des Etats présents lors du Sommet mondial pour le Développement social de Copenhague de 1995, à garantir les normes fondamentales du travail. Cet engagement a été réaffirmé dans la Déclaration ministérielle adoptée à Singapour en 1996 dans le cadre de l'OMC, et confirmé lors de la Conférence de Doha en 2001⁷¹⁶. De même, le nombre d'instances internationales qui ont adopté des accords, chartes, ou déclarations relatives aux droits sociaux fondamentaux s'est multiplié. On peut par exemple citer l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT) de 1994 complémentaire à l'accord ALENA et qui répertorie onze principes fondamentaux au travail. La Déclaration sociale du Mercosur de 1998 reprend, quant à elle, les principes et droit fondamentaux de

⁷¹³ *Ibid*, et sur la coutume en général voir pp. 352-379.

⁷¹⁴ V. MARLEAU « Réflexion sur l'idée d'un droit international coutumier du travail », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.369-370.

⁷¹⁵ *Ibid*, p.371.

⁷¹⁶ *Ibid*, p.387 et s. Toutefois, Audrey Soussan s'interroge sur le fait de savoir si cette réaffirmation renforce ou affaiblit la déclaration. A. SOUSSAN, « Les droits sociaux comme droits coutumiers ou droits fondamentaux? », *op.cit.*, p.184.

l'OIT. Les nouveaux accords bilatéraux d'investissement et accords de libre-échange contiennent très souvent une clause sur les normes fondamentales de l'OIT. On peut encore citer l'adoption d'instruments énumérant des droits sociaux, et destinés aux entreprises multinationales. Tel est notamment le cas des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales adoptés en 1976 et révisés en 2002, de la Déclaration OIT de principes tripartite sur les entreprises multinationales et son suivi de 1977 modifiée en 2000, et des Principes du «Global Compact», proposés par Kofi Annan, lors du Forum économique mondial de 1999. Il faut encore ajouter les Accords-cadres conclus entre des syndicats globaux et des entreprises multinationales, qui font référence aux principes fondamentaux énumérés dans la Déclaration de l'OIT de 1998. Enfin, il faut mentionner les initiatives de la société civile, telles que la création de labels ou de fonds d'investissement, afin de promouvoir les droits sociaux fondamentaux⁷¹⁷.

La multiplication des instruments relatifs aux droits sociaux fondamentaux qui révèlent un noyau commun permet de renforcer l'idée d'une approche coutumière du droit du travail, mais encore faut-il que la violation de ces règles puisse entraîner l'engagement de la responsabilité sur ce fondement.

88. La consécration de normes coutumières du travail en pratique. Véronique Marleau a tenté d'évaluer le consensus international autour des principes fondamentaux en tant que règles coutumières par l'étude de la jurisprudence, bien que l'application de règles coutumières, particulièrement par les tribunaux internes, soit peu fréquente et pas toujours claire⁷¹⁸.

a) *Concernant de la liberté syndicale* : déjà en 1975 Nicolas Valticos évoquait une « règle coutumière au-dessus des conventions »⁷¹⁹, et il semble aujourd'hui incontestable qu'elle lie les Etats de l'OIT même s'ils n'ont pas ratifié les conventions s'y référant. Si les premières affirmations du caractère coutumier de la liberté syndicale étaient doctrinales, la jurisprudence est allée dans ce sens depuis la décision rendue par la District Court of Alabama (Etats-Unis),

⁷¹⁷ J.-P. LAVIEC, « Le développement du droit international social », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK, *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.56-57.

⁷¹⁸ La rareté des précédents jurisprudentiels s'explique par la « psychologie » du juge national, mais surtout par les particularités procédurales des recours contentieux internes. Voir P. DAILLIER *et al.*, *op. cit.*, pp.377-379.

⁷¹⁹ Voir N. VALTICOS, « Droit international du travail et souverainetés étatiques », *Mélanges Fernand DEHOUSSE*, Bruxelles, Labor, 1979, p.127, se référant à l'observation de la Commission d'investigation en matière de liberté syndicale dans son rapport, *La situation syndicale au Chili*, Genève, BIT, 1975, §466.

dans l'affaire *Estate of Rodriguez v. Drummond Co., Inc* du 23 avril 2003⁷²⁰. Dans cette affaire, les demandeurs alléguaient que des dirigeants syndicaux avaient été assassinés par des représentants de la société défenderesse Drummond, qui contrôlait une mine de charbon ainsi qu'une ligne de chemin de fer et des installations portuaires d'appoint en Colombie. La société avait embauché des forces de sécurité paramilitaires se tenant au niveau des différentes installations, et qui avaient recours à des moyens violents (meurtre, torture et détention arbitraire) pour neutraliser les dirigeants syndicaux représentant les travailleurs. Bien que la Cour ait rejeté la demande introduite sur le fondement de l'*Alien Tort Claims Act* (ATCA), elle a conclu que, même si la Convention n°87 n'avait pas été ratifiée par les Etats-Unis, la liberté syndicale et la Convention n°87 étaient des « *principes généralement reconnus du droit international* »⁷²¹.

Cependant, la liberté syndicale s'inscrit dans une logique de subsidiarité ; les autorités ne doivent pas seulement empêcher les initiatives privées d'organisation syndicale, mais elles ont aussi à charge des obligations de faire, notamment d'adopter des mesures législatives permettant la jouissance du droit syndical, tel que cela est précisé dans les conventions fondamentales de l'OIT et dans la jurisprudence, particulièrement dans celle du Comité de la liberté syndicale⁷²².

*b) A propos de l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi et de profession*⁷²³, il est intéressant d'évoquer l'avis consultatif n°18, déjà analysé, de la Cour IADH sur le statut juridique des travailleurs migrants, et par lequel la Cour affirme l'existence d'une norme de *jus cogens* opposable à tous. Bien que cette approche n'ait pas été reprise, la reconnaissance du caractère coutumier du principe a trouvé un certain écho. La Cour Suprême de l'Inde notamment l'a affirmé explicitement dans l'affaire *Vishaka and others v. State of Rajasthan and others* du 13 août 1997, à propos de la discrimination homme-femme, en s'appuyant sur des déclarations publiques et recommandations⁷²⁴. La même conclusion sur le caractère coutumier du principe de non-discrimination a été adoptée par la Cour Suprême du Canada au

⁷²⁰ E.E. POTTER, « The Growing Importance of the International Labour Organization », International Labour Law Conference, *Meeting the Challenges of Globalization*, London (Ontario), Oxford University Press, 18 October 2003, pp.11-12.

⁷²¹ V. MARLEAU, *op.cit.*, p.392

⁷²² Nicolas VALTICOS, «Droit international du travail et souverainetés étatiques», *op.cit.*, p.127. Voir aussi Cour suprême du Canada a reconnu dans l'affaire *Dunmore c. Ontario* (Procureur général), 2001, 3 RCS 1016.

⁷²³ Voir également, M. BENLOLO-CARABOT, « Le principe fondamental de non-discrimination », *op.cit.*, pp.871-882.

⁷²⁴ 3 LRC 361 (13 août 1997).

sujet de l'appartenance à un groupe professionnel dans l'affaire *Dunmore* précitée au sujet des travailleurs agricoles⁷²⁵.

c) *L'interdiction du travail forcé* a, pour sa part, été reconnue comme une règle coutumière par la jurisprudence, mais elle a surtout été consacrée en tant que norme de *jus cogens*. La Cour fédérale d'appel du 9^e Circuit aux États-Unis a jugé, dans l'affaire *Doe v. Unocal* de 2002, que le travail forcé constituait une forme moderne d'esclavage et l'a qualifié de crime de droit international⁷²⁶. De même, la Commission d'enquête sur le travail forcé au Myanmar affirme qu'« *il existe aujourd'hui une norme qui interdit de manière impérative tout recours au travail forcé, le droit de ne pas être astreint à accomplir un travail ou un service comptant parmi les droits fondamentaux de la personne humaine* »⁷²⁷. Les pires formes du travail forcé sont aujourd'hui unanimement reconnues comme des formes modernes d'esclavage. Pour Véronique Marleau, le niveau d'intensité de la protection par le droit international peut varier selon la gravité de l'exploitation, mais ces pratiques sont pour le moins toutes reconnues comme des violations d'une règle coutumière *erga omnes*⁷²⁸.

d) Enfin, s'agissant de *l'interdiction du travail des enfants*, la Convention n°182 de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants a fait l'objet d'une très large ratification, ce qui reflète l'existence d'un consensus universel sur le sujet. La pratique ne fournit pas encore assez d'exemples, mais on peut se référer à l'avis n°17 de la CourIADH *Condition juridique et droits de l'enfant*⁷²⁹, qui invoque une *opinio juris communis* à propos des principes consacrés par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant⁷³⁰.

⁷²⁵ Cour suprême du Canada, *Dunmore c. Ontario* (Procureur général), 2001, 3 RCS 1016. V. MARLEAU, *op.cit.*, pp.395-396.

⁷²⁶ *Doe v. Unocal Corp.*, 2002 U.S. App. (9th Cir. 2002) Lexis 19263 (recours collectif intenté par des villageois de la région de Tenasserim au Myanmar en vertu de l'Alien Tort Claims Act). La Commission d'enquête de l'OIT sur le travail forcé au Myanmar a tiré des conclusions similaires dans son rapport rendu en 1998. Voir *Rapport de la commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner le respect par le Myanmar de la Convention n°29 sur le travail forcé*, 1930; *Bulletin officiel*, vol. 81, 1998, Série B, supplément spécial, §§ 593-594.

⁷²⁷ OIT, *Travail forcé au Myanmar (Birmanie) – Rapport de la Commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner le respect par le Myanmar de la convention (n°9) sur le travail forcé*, 1930, Genève, 2 juillet 1998, §203.

⁷²⁸ V. MARLEAU, *op.cit.*, p.397.

⁷²⁹ CourIADH, 28 août 2002, « La situation juridique et les droits de la personne de l'enfant », avis OC-17/02.

⁷³⁰ L. CAFLISCH et A.A. CANÇADO TRINDADE, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, 2004, vol. 108, p.58.

Véronique Marleau aboutit à trois conclusions. Premièrement, elle remarque que le caractère fondamental des principes est reconnu unanimement. Deuxièmement, cette reconnaissance est indépendante de toute ratification conventionnelle et ne se limite pas au seul cadre de l'OIT⁷³¹. Et troisièmement, les actes de reconnaissance ont en commun leur référence aux principes fondamentaux du travail tels que les a définis l'OIT, cette organisation ayant d'ailleurs été reconnue par les différentes conférences ministérielles précitées comme l'instance officielle pour définir les droits fondamentaux du travail⁷³². Il est possible d'observer une tendance jurisprudentielle actuelle à reconnaître aux droits sociaux fondamentaux un caractère coutumier. A défaut de toute consécration jurisprudentielle bien établie, il existe néanmoins un consensus international autour du concept et du contenu de ces droits. La reconnaissance de l'existence d'un minimum de droits coutumier en droit international du travail permettrait au travailleur migrant de pouvoir également bénéficier de ce minimum de manière indiscriminée, quel que soit l'Etat où il se trouve. Il s'agit cependant d'un mouvement en construction.

Conclusion du Chapitre II :

Dans les instruments relatifs à la protection des travailleurs migrants, le principe central qui est affirmé est celui de l'interdiction de la discrimination, principe classique du droit international. Les travailleurs migrants ne doivent dès lors pas être moins bien traités que les travailleurs nationaux. Pourtant, si l'origine nationale constitue le critère de discrimination majeure dont souffrent les travailleurs étrangers, il existe d'autres formes de discrimination qui ne sont pas envisagées dans les textes spécifiques, mais qui affectent *de facto* les travailleurs entre eux. Il s'agit principalement de la discrimination entre catégories d'étrangers selon leur origine nationale, dès lors que les personnes concernées ne sont pas soumises à un régime juridique plus favorable en vertu d'un accord international, et les discriminations liées au genre qui vont favoriser dans certains cas les migrations d'hommes et dans d'autres cas les

⁷³¹ Selon l'auteur, l'OIT présente un double caractère : elle est une organisation interétatique et un ordre institutionnel à fondement constitutionnel. Les règles coutumières peuvent alors être rattachées à deux ordres juridiques distincts : l'ordre constitutionnel de l'OIT, ou à l'ordre juridique international spécialisé (le droit international du travail constituant alors une *lex specialis*). Pour qu'une règle coutumière d'origine constitutionnelle puisse devenir une coutume internationale, la règle coutumière doit être autonome, c'est-à-dire reconnue de manière externe à l'organisation. En l'espèce, la reconnaissance est universelle car elle émane des Etats au niveau de leur ordre interne, ou dans le cadre d'organisations ou forums internationaux. V. MARLEAU, *op.cit.*, pp.400-401.

⁷³² *Ibid*, p.402.

migrations de femmes, ce, alors que ces formes de discrimination sont interdites dans d'autres instruments non spécifiques.

Si l'interdiction de la discrimination dans ses différents aspects constitue le principe clé de la consolidation du statut de travailleur étranger, les droits auxquels ils s'appliquent ne sont pas définis. En effet, les instruments internationaux ne déterminent pas les règles applicables au fond, mais opèrent un renvoi au droit national de l'Etat d'accueil, ce qui a pour conséquence que ce statut varie d'un pays à l'autre, et peut même varier à l'intérieur d'un seul pays selon le régime auquel le travailleur étranger sera soumis.

Il est toutefois possible de se demander si les travailleurs étrangers, parce qu'ils sont avant tout des travailleurs, ne bénéficieraient pas de règles minimum de traitement en droit international du travail, ce qui conduirait à une harmonisation même minime des conditions de travail entre les pays. C'est l'apport de la notion de « droits sociaux fondamentaux », droits qui concernent l'interdiction de la discrimination, l'interdiction du travail forcé, l'interdiction du travail des enfants, et le droit à la négociation collective. Bien que ces droits soient consacrés dans des instruments de *soft law*, ils trouvent leur origine dans la constitution de l'organisation qui les consacre, et les Etats, en vertu du principe de bonne foi, réitèrent leur engagement à les respecter. Par ailleurs, une tendance jurisprudentielle semble consacrer le caractère coutumier de ces principes. L'on pourrait alors même envisager l'opposabilité des droits sociaux fondamentaux pour les travailleurs en situation irrégulière du fait de leur qualité de travailleur, mais cette question s'écarte de notre étude.

L'étude du principe de non-discrimination nous amène ensuite à nous intéresser aux droits matériels du travailleur migrant auxquels il va s'appliquer.

TITRE II : LE TRAVAILLEUR MIGRANT : UN TRAVAILLEUR, UN INDIVIDU

Le travailleur migrant revêt une double qualité, celle de « travailleur » et celle d'« étranger ». Comme le précise Maurice Flory, en tant qu'étranger, son statut est particulier sur le plan des libertés par rapport au régime du citoyen ; mais par son travail il s'intègre à la société dans laquelle il vit et ne doit donc pas être discriminé⁷³³. Initialement, c'est la qualité de travailleur qui a justifié l'adoption de règles internationales protectrices, la qualité d'étranger à limité leur développement. Mais les limites de cette protection vont progressivement être contournées grâce à l'émergence du droit international des droits de l'homme qui consacre la notion d'« individu ». Ce mouvement est particulièrement intéressant pour étudier l'étendue de la protection car « *la condition des étrangers donne la mesure de leur aptitude à être titulaires de droits et à en jouir* »⁷³⁴. Selon Vincent Chetail, le développement des normes de protection internationale des droits de l'homme a eu un impact majeur sur la structure du droit international classique et sur les principes applicables aux étrangers⁷³⁵. Alexandre-Charles Kiss va même plus loin en affirmant « *qu'il se pourrait qu'au terme de l'évolution en cours que toute la matière connue sous le nom de « condition des étrangers » disparaisse entièrement ou partiellement car ses règles auront été reprises et généralisées dans le cadre des règles visant à la protection universelle des droits de l'homme* »⁷³⁶. La place occupée aujourd'hui par les droits de l'homme remet en cause l'approche traditionnelle de la condition de l'étranger en droit international. En effet, la notion d'« individu » permet de dépasser progressivement la distinction entre national et étranger ; la seule qualité d'« être humain » doit permettre à un individu d'être titulaire de droits, en vertu du droit international, indépendamment de sa nationalité. Le développement des droits de l'homme apparaît alors comme une synthèse de la théorie de l'assimilation de l'étranger au national et de la théorie du standard international minimum de traitement. En effet, les droits de l'homme affirment le principe de l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers, tout en assurant que ce minimum soit garanti par le droit international⁷³⁷.

⁷³³ M. FLORY, « Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers », *op.cit.*, p. 175.

⁷³⁴⁷³⁴ A. LYON-CAEN, « La condition sociale des travailleurs étrangers et le droit international privé », in SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont –Ferrand, Paris, Pedone, 1979, p.277.

⁷³⁵ V. CHETAIL, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états », *op.cit.*, p.47.

⁷³⁶ A.-C. KISS, « La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme », in W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris*, Paris/Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 1972, p.499.

⁷³⁷ *Ibid*, p.55.

Le travailleur migrant bénéficie donc de cette évolution du droit international concernant les étrangers, qui va lui garantir une protection pour tous les aspects de son séjour. Nous étudierons d'abord l'étendue matérielle de la protection dont il pourra revendiquer le bénéfice, en vertu du principe de l'égalité de traitement avec les nationaux dans la relation de travail (Chapitre I) ; puis nous nous intéresserons à la manière dont le droit international des droits de l'homme est venu renforcer ou consacrer des droits liés au séjour, indépendamment de la relation de travail, en vertu du principe de non-discrimination entre les individus (Chapitre II).

CHAPITRE I: LA QUALITE DE « TRAVAILLEUR », FONDEMENT DE L'EGALITE DE TRAITEMENT « DANS L'ENTREPRISE »⁷³⁸

Le travailleur migrant est initialement envisagé comme « travailleur ». Une fois un étranger admis sur le territoire d'un Etat, c'est la qualité de travailleur qui lui garantit un traitement égal à celui des travailleurs nationaux. Dès 1919, il a été stipulé dans le traité de Versailles que les personnes résidant légalement sur le territoire d'un Etat devaient pouvoir bénéficier d'un traitement économique équitable. Rappelons aussi que le principe de la non-discrimination au travail a été reconnu comme un principe fondamental. Le caractère fondamental de ce principe l'inscrit au sommet de la hiérarchie des normes du travail. En effet, comme le souligne Claire La Hovary, « *il existe [...] un ordre public international et plusieurs affirment en conséquence l'existence d'une hiérarchie inévitable entre différentes règles juridiques dont la violation produit des effets différents* »⁷³⁹.

Assurer une égalité de traitement dans le cadre du travail est apparu comme la nécessité première pour protéger les travailleurs migrants en raison de la vulnérabilité dans laquelle ils peuvent se trouver. Même légalement autorisés à séjourner, dans de nombreux pays, ils se voient souvent exclus de fait législation nationale du travail. La dépendance financière vis-à-vis de l'employeur, la crainte de ne pas voir renouvelées leurs autorisations de séjour et de travail, conduit de nombreux migrants à accepter des conditions de travail particulièrement difficiles, ou encore des salaires inférieurs à ceux des nationaux⁷⁴⁰. Bien que le droit à l'information soit affirmé dans la Convention n°97 de l'OIT et dans la Convention des

⁷³⁸ L'« entreprise », par opposition à la « cité », distinction empruntée à B. TEYSSIE, *op. cit.*, p.157.

⁷³⁹ C. LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, *op.cit.*, p.176.

⁷⁴⁰ CIT, *l'Egalité au travail : un objectif qui reste à atteindre*, *op.cit.*, pp.39-41. La CIT se réfère aux Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale qui a exprimé son inquiétude notamment à propos de l'augmentation et de la gravité des actes racistes en Russie (CEDR, Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, CE RD/C/RUS/CO /19, 20 août 2008). Dans ce même pays, l'association Human Rights Watch a dénoncé l'exploitation des travailleurs migrants recrutés pour les infrastructures nécessaire au déroulement des Jeux Olympiques d'hiver de 2014 ; les migrants se sont vu confisquer leurs passeports et permis de travail, pour les maintenir dans une situation d'exploitation (HRW, *Race to the Bottom Exploitation of Migrant Workers Ahead of Russia's 2014 Winter Olympic Games in Sochi*, 6 février 2013, consultable sur <http://www.hrw.org/reports/2013/02/06/race-bottom-0>). L'OIT souligne qu'en Afrique du Sud, en 2009, plus de 60 étrangers ont été tués et plus de 10000 ont été privé de domicile suite à des émeutes anti-étrangers, le motif principal invoqué par les auteurs étant que les étrangers venaient voler leurs emplois (I. AWAD, *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*, BIT, Genève, 2009, p.37).

Nations Unies de 1990⁷⁴¹, une étude menée par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne a révélé que, bien souvent, la méconnaissance des lois et institutions du pays d'accueil entrave les efforts pour lutter contre la discrimination. Par exemple, selon une étude de l'Agence européenne de 2010, en Irlande, 34% des immigrants originaires d'Europe centrale et orientale ignoraient l'existence d'une législation antidiscriminatoire quand ils ont postulé pour un emploi, contre 57% des Africains subsahariens⁷⁴². Parfois encore, les voies de recours n'apparaissent pas toujours efficaces et ne sont donc pas utilisées par les intéressés. Tel est le cas notamment des immigrants originaires des Philippines qui ne souhaitent généralement pas engager d'actions en justice par peur des représailles, par manque de confiance dans le système judiciaire ou par manque d'information sur les voies de recours judiciaire⁷⁴³.

Pourtant, l'égalité factuelle dans laquelle se trouvent un travailleur étranger et un travailleur national pour l'accomplissement de tâches identiques justifie une protection juridique égale. Mais comme nous l'avons déjà souligné, le droit international social ne définit pas au fond les droits affirmés dans les instruments ; il mentionne une série de droits pour lesquels les États doivent garantir une égalité de traitement avec les travailleurs nationaux. Toutefois, le renvoi aux législations nationales pour connaître l'étendue de ces droits ne dispense pas de se demander comment le droit international définit, et encadre spécifiquement, le champ d'application des droits qui sont directement liés au travail (Section I), mais aussi des droits « accessoires » au travail (Section II).

SECTION I : Le bénéfice de droits directement liés au travail

Comme l'a souligné la CIT en 2006 « *la discrimination dans le monde du travail non seulement constitue un abus des principes et droits fondamentaux au travail, mais elle a aussi un coût énorme pour la société ; [elle est] un gâchis des capacités humaines. Cependant, il est peut-être possible de dire que la prise de conscience de la discrimination et de ses*

⁷⁴¹ Voir la Partie I de l'étude.

⁷⁴² Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Sensibilisation aux droits et organismes de promotion de l'égalité. Renforcement de l'architecture des droits de l'homme au sein de l'UE III*, données EU - MIDI S du rapport « Données en bref » n°3, Vienne, 2010.

⁷⁴³ Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles, neuvième et dixième sessions, Assemblée générale, 2009, A/64/48, p.36.

conséquences négatives augmente en même temps que les actions entreprises pour la contrer »⁷⁴⁴. Les instruments internationaux spécifiques relatifs à la protection des travailleurs migrants ont pour objet d'identifier les droits pour lesquels l'égalité de traitement doit être assurée. Le champ d'application de l'égalité de traitement au travail concerne l'accès à l'emploi, ainsi que les conditions d'exercice de l'emploi. Nous remarquerons qu'excepté dans le cadre de l'Union européenne, si le droit international garantit pleinement l'égalité des conditions de travail (§2), il consacre la possibilité pour les Etats d'instaurer des restrictions concernant l'égal accès à l'emploi (§1).

§1 – L'égalité restreinte des droits liés à l'accès à l'emploi

Parler d'accès à l'emploi suppose que cet accès soit tout d'abord volontaire pour le travailleur migrant. Bien que l'interdiction du travail forcé soit dénoncée dans de nombreux instruments internationaux et consacrée comme un droit fondamental du travail⁷⁴⁵, la traite des êtres humains et le travail forcé persistent dans de nombreux pays, y compris les pays riches⁷⁴⁶.

Il est souvent commun de penser, lorsque l'on associe migration et travail forcé, que seuls les migrants en situation irrégulière peuvent être victimes de ce type d'abus. Précisons d'abord que, selon Jacobo Ríos Rodriguez, il convient de distinguer la traite du trafic qui font l'objet de deux protocoles distincts à la Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée : le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants⁷⁴⁷, et le Protocole contre le trafic illicite de migrants par

⁷⁴⁴ CIT, *Changements dans le monde du travail*, *op.cit.*, p.34 et s.

⁷⁴⁵ Pour rappel, l'interdiction du travail forcé est consacré notamment et principalement dans la Convention de la SDN de 1926 relative à l'esclavage, dans les Conventions n°29, 105 et 182 et les Recommandations n° 35, 36 et 190 de l'OIT. Elle est également consacrée dans la Convention de 1949 pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation et la prostitution d'autrui, à l'article 4 de la DUDH, à l'article 4 de la CESDH, à l'article 8 du PIDCP, à l'article 6 du PIDESC, dans la Convention contre la criminalité transnationale organisée de 2000. Au sujet des travailleurs migrants spécifiquement, voir les Conventions de l'OIT n° 97 et 149, ainsi que l'article 11 de la Convention de New York. Pour plus de détails voir C. LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, *op. cit.*, pp.75-87 ; F. SUDRE, *op.cit.*, pp.358-363.

⁷⁴⁶ Voir par exemple, R. PLANT, « Travail forcé, migration et traite des êtres humains », *Education ouvrière*, vol. 4, n° 129, 2002, pp.65-73 ; ou encore CIT, *Une alliance mondiale contre le travail forcé*, Rapport du directeur général, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport I(B), OIT, Genève, 93^e session, 2005. Sur le travail forcé dans le secteur domestique, voir OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op.cit.*, pp.10-11, Encadré Intro. 3 ; et CTM, *Observation générale n°1 sur les travailleurs domestiques migrants*, 23 février 2011.

⁷⁴⁷ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, 15 novembre 2000, RTNU vol. 2237, p. 319; Doc. A/55/383 ; entré en vigueur le 25 décembre 2003.

terre, mer et air⁷⁴⁸. Si les deux infractions se caractérisent par l'absence de consentement, dans le cas de la traite il y a exploitation et le délit est continu. La traite se réfère au recrutement, transport ou transfert de personnes par la force ou par la contrainte, l'enlèvement, la pression financière. Elle suppose : l'absence de consentement et l'exploitation ; elle n'est pas nécessairement internationale. C'est un délit permanent. Le trafic en revanche suppose de tirer un avantage financier de l'entrée illégale d'un migrant. Il se caractérise par l'absence de consentement de la victime mais il n'y a pas toujours d'exploitation bien que celle-ci soit un fait aggravant ; enfin le trafic est international. Il s'agit d'un délit instantané⁷⁴⁹. Si le trafic concerne le migrant irrégulier, l'exploitation peut également affecter le travailleur étranger légalement présent sur le territoire d'un Etat, y compris lorsque la décision de migrer pour exercer une activité salariée dans un pays tiers a été librement prise par l'intéressé. C'est pourquoi les règles internationales encadrent les conditions dans lesquelles les travailleurs étrangers peuvent accéder à l'emploi dans le pays hôte (A) et définissent des garanties spécifiques en cas de perte de l'emploi (B).

A. L'interdiction non-absolue de la discrimination en termes d'emploi et de profession

89. La question de la liberté du choix de l'emploi et de l'employeur. La première question qui se pose à propos de la non-discrimination en termes d'accès à l'emploi concerne la liberté de choix de l'emploi et de l'employeur. Les développements qui vont suivre dans ce paragraphe ne concernent pas l'Union européenne, car en dehors de la question de la réserve de certains emplois, les ressortissants de l'Union n'ont pas besoin d'autorisation de travail et peuvent librement choisir leur employeur⁷⁵⁰. Excepté dans le cadre de la régulation de

⁷⁴⁸ Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 novembre 2000, *RTNU* vol. 2241, p.519; Doc. A/55/383 ; entré en vigueur le 28 janvier 2004.

⁷⁴⁹ J. RIOS RODRIGUEZ, « la prévention : la lutte contre le trafic et la traite des êtres humains », contribution au colloque *Les migrations contraintes*, 7 décembre 2012, Université de Caen.

⁷⁵⁰ Les articles 1^{er} et 3 du Règlement n°1612/68 prévoient également l'exclusion des dispositions des législations nationales qui imposeraient aux employeurs une priorité d'embauche pour les nationaux. L'arrêt de la CJCE du 4 avril 1974 dit des « marins français » (*Commission c. France*, aff. 167/73, *Rec.*1974 p.359) rappelle à propos des entraves secondaires le principe de l'égal accès à l'emploi et aux autres conditions de travail. P. DAILLIER, « Le droit de l'Union européenne en matière de droit du travail », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.1059.

l'activité des organismes de recrutement et de placement, cette question n'est pas vraiment abordée dans les instruments internationaux. Selon l'article 6§1 du PIDESC, « *les Etats parties au présent Pacte 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* ». Le CEDESC admet que le droit au travail ne vise pas à conférer un droit absolu et inconditionnel d'obtenir un emploi ; il inclut le droit de chaque être humain de décider librement d'accepter ou de choisir un travail, ce qui implique « *de ne pas être forcé de quelque manière que ce soit d'exercer un activité ou de prendre un emploi, et le droit de bénéficier d'un système de protection garantissant à chaque travailleur l'accès à l'emploi. Il suppose aussi le droit de ne pas être injustement privé d'emploi* »⁷⁵¹. Pourtant, l'OIT dénonce régulièrement la situation de dépendance dans laquelle se trouvent certains travailleurs vis-à-vis de leur employeur qui peut « *aggraver leur vulnérabilité face à la discrimination et aux mauvais traitements* ». En Corée du Sud par exemple, la loi sur les travailleurs étrangers dispose que les migrants ne peuvent se voir octroyer un nouveau permis pour changer de travail que si le permis du premier employeur autorisé à les embaucher a été annulé. Au Qatar, les migrants qui souhaitent être admis dans le pays pour y exercer un emploi doivent être représentés par un parrain ; ce système de parrainage a donné lieu à des pratiques arbitraires (non-paiement des salaires, rétention des passeports, horaires de travail très longs etc.)⁷⁵². Toutefois, au Moyen Orient des efforts ont été faits pour diminuer la grande vulnérabilité des travailleurs migrants qui ont le plus souffert de la crise économique. Ainsi, en août 2009, le Bahreïn a modifié son système de parrainage (kafil) afin de faire « *du gouvernement, et non de l'employeur, le parrain officiel des migrants, et de permettre à ceux-ci de changer d'employeur plus facilement* ». En septembre 2010, le Koweït a fait de même. Pourtant tous les pays de la région ne sont pas disposés à fournir les mêmes efforts. Dans les Emirats Arabes Unis, le Ministre du travail a indiqué en 2011 que le système du kafil resterait en vigueur bien qu'il ait également reconnu la nécessité de « *l'examiner* »⁷⁵³. La difficulté majeure qui se pose tient au fait que le travailleur migrant obtient son autorisation sur le fondement d'un contrat de travail conclu avec un

⁷⁵¹ CEDESC, *Observation générale n°18, Article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Trente-cinquième session, U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006) §6. Pour plus de détails sur le droit au travail voir N. ELKIN et M. SU THOMAS, « Le droit au travail », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.913-936

⁷⁵² CIT, *l'Egalité au travail : un objectif qui reste à atteindre*, op.cit., p.39.

⁷⁵³ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, op.cit., pp.77-78.

employeur en particulier et pour un secteur d'activité déterminé. Quelle est donc la liberté contractuelle du travailleur migrant ? Nous examinerons ce problème, avant d'étudier la question des emplois autorisés ou non aux étrangers.

Les textes internationaux relatifs aux travailleurs migrants énoncent le principe de la liberté de choix de l'emploi pour le travailleur migrant ; mais ils ajoutent aussitôt la possibilité pour les Etats de subordonner cette liberté à une condition de résidence légale dans le pays, aux fins d'emploi, pour une période maximale de deux ans (art. 14 al. a de la convention OIT n°143, et art. 52§3 al. a de la Convention des Nations Unies). Le travailleur migrant n'est donc pas autorisé à changer de « métier » pendant deux années. S'agissant du choix de l'employeur, la Convention du Conseil de l'Europe dispose à l'article 8 alinéa 2 que « *le permis de travail délivré pour la première fois ne peut, en règle générale, lier le travailleur à un même employeur ou à une même localité pour une période supérieure à une année* ». Cela signifie que, pendant une année, le travailleur étranger n'est pas autorisé à chercher un autre employeur, hormis en cas de licenciement, y compris dans la même branche d'activité. Les autres textes n'apportent pas de précision sur le choix de l'employeur, excepté de manière implicite, à propos du libre-choix du travailleur de migrer dans un autre pays pour occuper un emploi. En général, la liberté du choix de l'emploi et de l'employeur s'exprime lors de la demande de première autorisation de travail et de séjour, mais ne sera ensuite recouvrée qu'après une certaine durée de résidence légale. Cette restriction tient certainement au désir des Etats de protéger leur marché du travail en ne délivrant initialement des autorisations de travail que pour des emplois spécifiques. Rappelons que les Etats sont souverains en matière d'admission mais que, même une fois les travailleurs admis, ils peuvent maintenir certaines restrictions. La protection de certaines branches d'activités est autorisée à l'article 52§3 al. b de la Convention de New York qui dispose que, dans le cas des travailleurs migrants titulaires d'un permis de travail de durée limitée, un Etat peut « *limiter l'accès d'un travailleur migrant à une activité rémunérée au titre d'une politique consistant à donner la priorité aux nationaux ou aux personnes qui leur sont assimilées à cet effet en vertu de la législation ou d'accords bilatéraux ou multilatéraux. Une telle limitation cesse d'être applicable à un travailleur migrant qui a résidé légalement sur son territoire en vue d'y exercer une activité rémunérée pendant la période prescrite par sa législation nationale, cette période ne devant pas excéder cinq ans* ». En France par exemple, la plupart des étrangers sollicitant des titres de séjour « salarié » se voient opposer la situation de l'emploi ; pour chaque région, est établie une liste

des métiers dits « en tension » pour lesquels il existe des difficultés de recrutement. Pour les demandes de titre concernant des métiers qui n'apparaissent pas sur cette liste, le seul taux élevé de chômage peut justifier le refus de délivrer un titre de séjour. De même, cette liste varie selon l'origine nationale du travailleur migrant⁷⁵⁴. La liberté de choix de l'employeur, qui n'implique pas nécessairement la liberté de choix de l'activité professionnelle, s'applique donc au moment de la demande d'autorisation de séjour et de travail, mais peut disparaître à l'arrivée du travailleur qui ne peut quitter son employeur pendant au plus deux années. Nous nous intéresserons donc à l'interdiction de la discrimination au moment du recrutement.

90. Le principe de l'interdiction de la discrimination en termes d'emploi. Selon la CIT, « [d]ans le monde du travail, la discrimination raciale désigne les obstacles arbitraires à l'avancement des membres de communautés ou de minorités linguistiques dont l'identité se fonde sur des caractéristiques religieuses ou culturelles, voire sur l'origine nationale ». Elle ajoute que « même si la nationalité est ce qui entraîne souvent la discrimination contre les non-ressortissants, la race, la couleur des personnes et leur religion telle qu'elle est perçue sont aussi des facteurs de discrimination. C'est la perception de ces travailleurs en tant qu'étrangers qui peut expliquer le comportement discriminatoire dont ils font l'objet »⁷⁵⁵.

Outre les éventuelles restrictions liées au choix de l'employeur mentionnées au point précédent, se pose ici la question de l'égal accès aux emplois ouverts autorisés. Au niveau de l'OIT, rappelons que l'interdiction de la discrimination fait partie des droits fondamentaux du travail. Les conventions relatives aux travailleurs migrants affirment l'égalité de traitement dans les conditions de travail mais apportent peu de précisions sur l'accès à l'emploi. En 1949, la Recommandation n° 86 dispose au §16 que « (1) les travailleurs migrants [...] devraient, autant que possible, être admis à y occuper un emploi dans les mêmes conditions que les nationaux ». Ce sont surtout la Convention n° 111 et la Recommandation n°111 de 1958 relatives à l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi et de profession⁷⁵⁶ qui affirment ce principe. En effet, l'article 1§1 de la Convention définit la discrimination⁷⁵⁷ et le

⁷⁵⁴ Les différentes listes sont consultables sur le site : <http://www.immigration-professionnelle.gouv.fr/proc%C3%A9dures/m%C3%A9tiers-en-tension>. Pour plus de détail sur la liberté de choix de l'employeur et de la profession, voir BIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, pp.168-173.

⁷⁵⁵ CIT, *Changements dans le monde du travail, op.cit.*, p.36.

⁷⁵⁶ Convention n°111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, 25 juin 1958, *RTNU* vol. 362-I-5181, p.33 ; entrée en vigueur le 15 juin 1960.

⁷⁵⁷ La notion de discrimination dans la Convention comporte trois éléments : un élément de fait qui constitue une différence de traitement, un motif qui constitue la différence de traitement et un résultat objectif qu'elle provoque. A. TREBILCOCK, « Discrimination en matière d'emploi et de profession et promotion de l'égalité de

§3 précise le champ d'application de la convention : « *les mots emploi et profession recouvrent l'accès à la formation professionnelle, l'accès à l'emploi et aux différentes professions, ainsi que les conditions d'emploi* ». En vertu de l'article 2 de cette convention, les Etats doivent promouvoir l'égalité, ce qui suppose un processus évolutif qui s'adapte aux nouvelles formes de discrimination, et non pas un état stable à atteindre⁷⁵⁸. L'interdiction de la discrimination en matière d'emploi est également établie dans la Charte sociale européenne (art. 18§4 al. a) ainsi que dans la Convention New York de 1990 (art. 25 al. b). En droit de l'UE, le principe est affirmé dans la Directive n°2000/78 du 27 novembre 2000 « portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail »⁷⁵⁹ et dans la Directive n°2000/43 du 29 juin 2000 relative à « la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail »⁷⁶⁰.

L'interdiction de la discrimination en termes d'emploi signifie donc que la seule qualité d'« étranger » ne peut pas faire obstacle au recrutement d'un travailleur migrant⁷⁶¹ dès lors que celui-ci possède les compétences ou diplômes requis. L'OIT invite d'ailleurs régulièrement les Etats à faire usage de la faculté prévue par l'article 14 alinéa b de la convention n° 143, selon laquelle ils peuvent « *après consultation appropriée des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, réglementer les conditions de reconnaissance des qualifications professionnelles, y compris les certificats et les diplômes, acquises à l'étranger* »⁷⁶². La discrimination peut pourtant être prévue dans des actes internes ou résulter d'actes intentionnels, de comportements négatifs ou même de simples préférences. Par exemple, les Directives européennes n°2000/78 et n°2000/43 précédemment mentionnées, interdisent explicitement ces comportements, et notamment le harcèlement qui constitue une forme de discrimination. Le principe d'égalité se heurte donc à la liberté contractuelle de l'employeur. Le droit de l'UE comme la convention n°111 de l'OIT disposent que, pour

traitement », in J.-M. THOUVENIN et A. TREBILCOCK (dir.), *Droit international social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, Tome II, p.1441.

⁷⁵⁸ Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, CIT, 98^e session, 2009, Rapport II (1A), §106. Les obligations énoncées dans la Convention supposent donc un éventail d'actions prises par les Etats en collaboration avec les partenaires sociaux. Mais à l'occasion du 50^e anniversaire de la Convention, la Commission d'expert conclut à un bilan mitigé de l'élimination de la discrimination reposant sur divers motifs. A TREBILCOCK, *Ibid*, pp.1444-1445.

⁷⁵⁹ JOCE L 303, 2 décembre 2000, p.16.

⁷⁶⁰ JOCE L 180, 19 juillet 2000.

⁷⁶¹ Si la qualité d'étranger peut entraîner des comportements discriminatoires, la question de l'appartenance religieuse ou culturelle également. Pour plus de détails sur le respect identitaire Voir J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, op. cit., p.203.

⁷⁶² Pour plus de détails sur la reconnaissance des qualifications professionnelles, voir BIT, *Travailleurs migrants*, 1999, op. cit., p.226 et s.

écarter un candidat, ne seront pas considérées comme discriminatoires les distinctions qui reposent sur les qualifications, la poursuite d'un but légitime (comme la sécurité), ou la mise en œuvre de mesures particulières bénéficiant aux groupes spécifiques⁷⁶³. Dans son rapport sur la mise en œuvre de la Déclaration des droits fondamentaux sur l'égalité au travail, la CIT promeut les politiques de la diversité au sein de l'entreprise notamment au titre de la responsabilité sociale des entreprises (RSE). Plusieurs pays ont d'ailleurs adopté des Chartes de la diversité⁷⁶⁴. Pourtant, nous mettrons en évidence que, malgré des qualifications équivalentes, certains emplois pourront être légalement « fermés » aux travailleurs étrangers.

91. La persistance d'emplois « fermés » : le problème de l'équivalence des diplômes et la réserve des emplois « publics ». La fermeture de l'emploi peut résulter de deux exigences : la condition de nationalité exigée pour les emplois publics, et la condition de la possession d'un diplôme national ou équivalent pour certains emplois.

a) *Concernant la réserve des emplois publics*, la condition de la nationalité est autorisée. Le préambule de la convention OIT n° 143 rappelle que toutes les distinctions fondées sur la nationalité ne constituent pas une discrimination. L'article 14 alinéa c) de ce texte énonce que les Etats peuvent restreindre l'accès à certaines catégories d'emplois et fonctions quand cela est nécessaire dans leur intérêt. De même, la convention OIT n°151 relative à la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique du 27 juin 1978 n'interdit aucunement d'instaurer une condition de nationalité pour accéder à la fonction publique. L'article 52§2 alinéa a) de la Convention de New York est rédigé dans des termes similaires ; il précise seulement que ces restrictions doivent être prévues dans la loi.

⁷⁶³ J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne, op.cit.*, pp.77-78. Pour la Convention n°111 voir respectivement les articles 1§2 (qualifications), 4 (sécurité) et art. 5 (protection spéciale). Pour plus de détails sur les mesures qui ne sont pas considérées comme discriminatoires par l'OIT, voir CIT, *Egalité dans l'emploi et la profession*, Rapport III (Partie 4B), Troisième question à l'ordre du jour : Informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations. Etude spéciale sur l'égalité dans l'emploi et la profession relative à la Convention n°111, 83^e session, Genève, 1996, §117 et s.

⁷⁶⁴ CIT, *l'Egalité au travail : un objectif qui reste à atteindre, op.cit.*, p.43. Une étude réalisée par la Commission européenne révèle que des chartes de la diversité ont notamment été adoptées en Espagne, en Allemagne, en Belgique, en France, en Italie et en Suède. Les entreprises sont invitées à signer ces chartes afin d'encourager la diversification des profils dans l'entreprise en promouvant des environnements de travail ouverts. Commission européenne, *Emploi, affaires sociales et inclusion, chartes de la diversité*: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=915&langId=fr> et European Institute for Managing Diversity: www.iegd.org/englishok/charter.html, consulté le 9 novembre 2010.

Au sein de l'Union européenne, l'article 45§4 du TFUE dispose que les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs « *ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique* ». La CJCE a précisé qu'il fallait tenir compte de « *l'intérêt légitime qu'ont les Etats membres à réserver à leurs propres ressortissants un ensemble d'emplois ayant un rapport avec l'exercice de la puissance publique et la sauvegarde des intérêts généraux* »⁷⁶⁵ ; toutefois, la Cour vérifie la bonne qualification d'administration publique. Ainsi, ne sont pas liés à l'exercice de prérogatives de puissance publique : les stages de formation préparatoire à la profession d'enseignant, l'emploi de professeur de l'enseignement secondaire, ou encore l'emploi d'infirmier. La Commission a également exclu les emplois occupés dans les services publics suivants : les organismes chargés de gérer un organisme commercial (transport, gaz, électricité, radio-diffusion), les services opérationnels de santé publique, l'enseignement dans les établissements publics, la recherche à des fins civiles dans les établissements publics⁷⁶⁶. La Cour opère donc une interprétation stricte de la notion d'emploi dans l'administration publique, en ne permettant de réserver aux nationaux que les emplois qui sont au cœur de la fonction de l'Etat, c'est-à-dire qui participent de manière directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique ou aux activités visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques⁷⁶⁷. Au sein de l'UE, la liste des emplois publics réservés diminue sans cesse. Par exemple, dans plusieurs arrêts récents du 24 mai 2011, la CJUE a jugé que la profession de notaire ne pouvait plus être réservée aux nationaux, mais devait être ouverte aux ressortissants communautaires⁷⁶⁸. Toutefois, ces avancées en droit de l'Union n'ont pas bénéficié aux ressortissants de pays tiers. Par ailleurs, pour accéder à un emploi ouvert, encore faut-il pouvoir présenter les qualifications requises.

b) L'exigibilité d'un diplôme obtenu auprès d'institutions déterminées peut constituer une discrimination indirecte, interdite par la convention n°111⁷⁶⁹. Cela soulève la question de la reconnaissance des diplômes étrangers. Dans de nombreux pays, les diplômes présentés par le travailleur étranger ne sont pas reconnus, ou alors reconnus à un niveau bien inférieur. Le cas

⁷⁶⁵ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c. Belgique*, aff. 149/79, *Rec.* 1980, p.3881, §19.

⁷⁶⁶ CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73, *Rec.* 1974, p.153 ; CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, *Rec.* 1974, p.631 ; CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. 149/79, *Rec.* 1980, p.3881 ; *RTDE* 1981, p.357.

⁷⁶⁷ B. TEYSSIE, *op.cit.*, pp.121-125.

⁷⁶⁸ Voir les arrêts du 24 mai 2011, *Commission c. Belgique*, C-47/08, *Rec.* 2011 p.I-04105 ; *Commission c. France*, C-50/08, *Rec.* 2011 p.I-04195 ; *Commission c. Luxembourg*, C-51/08, *Rec.* 2011 p.I-04231 ; *Commission c. Portugal*, C-52/08, *Rec.* 2011 p.I-04275 ; *Commission c. Autriche*, C-53/08, *Rec.* 2011 p.I-04309 ; *Commission c. Allemagne*, C-54/08 ; et *Commission c. Grèce*, C-61/08, *Rec.* 2011 p.I-04399.

⁷⁶⁹ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, *op.cit.*, p.120.

des médecins étrangers en France offre un bon exemple. En effet, les diplômes étrangers de médecine obtenus dans un pays tiers à l'UE ne sont pas reconnus en France, et le fait d'effectuer une spécialisation en France n'équivaut pas à une reconnaissance de diplôme⁷⁷⁰. Les qualifications requises par un employeur doivent pourtant correspondre aux caractéristiques objectives de l'emploi. Dans une affaire portée devant une instance de l'OIT à propos de la Norvège, qui concernait la conditionnalité religieuse pour exercer un emploi, il a été précisé qu'il fallait examiner avec soin les exigences réelles de chaque poste⁷⁷¹.

Au sein de l'Union européenne, selon les Directives n°2000/78 et n°2000/43 précitées, les Etats membres peuvent légalement prévoir des restrictions en matière d'accès à l'emploi, notamment en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice ; cette caractéristique constitue une exigence professionnelle « *essentielle et déterminante* » si l'objectif est légitime et l'exigence proportionnée⁷⁷². De nombreuses avancées ont eu lieu concernant la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles conformément à l'article 53 du TFUE (ex-57 TCE, ex-47 TCE)⁷⁷³. Dans son arrêt *Heylens* de 1987, la CJCE a posé les bases de la reconnaissance mutuelle, en rappelant que la libre circulation des travailleurs constituait « *un des objectifs fondamentaux du traité* », et a jugé que « *devant concilier l'exigence des qualifications requises pour l'exercice d'une profession déterminée avec les impératifs de la libre circulation des travailleurs, la procédure de reconnaissance d'équivalence doit permettre aux autorités nationales de s'assurer objectivement que le diplôme étranger atteste dans le chef de son titulaire des connaissances et des qualifications sinon identiques, du moins équivalentes à celles attestées par le diplôme national* »⁷⁷⁴. Pour plus de cohérence, la Directive n° 2005/36/CE du 7 septembre 2005⁷⁷⁵, est venue remplacer dans les mêmes termes les Directives n° 89/48/CEE du 21 décembre 1988⁷⁷⁶ sur les diplômes d'enseignement supérieurs et n°92/51/CE du 18 juin 1992⁷⁷⁷ relative aux

⁷⁷⁰ Pour plus de détails voir B. JALBERT (dir.), *Toubib or not toubib ?* [images animées] : *médecins d'ici venus d'ailleurs*, Prod. : Les films de la Passion, Public sénat, Telessonne, 2006.

⁷⁷¹ OIT, *Rapport du Comité chargé d'étudier la réclamation présentée par la Fédération norvégienne des syndicats (LO) au sujet de l'application de la convention n°111 par la Norvège*, conseil d'administration du BIT, 222^e session, Genève, mars 1983, document GB.222/18/23.

⁷⁷² J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, op.cit., p.78.

⁷⁷³ Aux termes de l'article 53 du TFUE, « *afin de faciliter l'accès aux activités non salariées et leur exercice, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent des directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, ainsi qu'à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres concernant l'accès aux activités non salariées et à l'exercice de celles-ci* ».

⁷⁷⁴ CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec.*, p.4087, §13.

⁷⁷⁵ JOUE n° L 255 du 30 sept. 2005, p.22.

⁷⁷⁶ JOCE n° L 19 du 24 janv. 1989, p.16.

⁷⁷⁷ JOCE n° L 209 du 24 juil. 1992, p.25.

autres niveaux de formation. Cette Directive concerne les professions indépendantes et salariées et dispose que les intéressés ayant obtenu un des diplômes visés dans un Etat membre doivent pouvoir exercer leur profession dans un autre Etat membre, notamment pour les professions réglementées⁷⁷⁸.

De nombreux corps de métiers ont ainsi été ouverts aux ressortissants des Etats membres. Pour la France par exemple, citons en Annexe les tableaux récapitulatifs sur les emplois fermés dans le secteur public et dans le secteur privé, réalisés par l'Assemblée nationale dans son rapport n° 2594 du 9 juin 2010. Mais au sein des pays de l'Union européenne, si les personnes titulaires de diplômes communautaires bénéficient d'un régime favorable, tel n'est pas le cas des personnes titulaires de diplômes obtenus dans des pays tiers pour lesquels chaque Etat reste libre de déterminer unilatéralement les conditions et procédures de reconnaissance.

Le principe de l'interdiction de la discrimination dans l'accès à l'emploi connaît ainsi d'importantes limites. Qu'en est-il de l'égalité de traitement face à la perte d'un emploi ? Nous avons déjà montré comment la perte de l'emploi pouvait affecter le droit au séjour⁷⁷⁹. Nous nous intéresserons maintenant aux garanties d'ordre social.

B. Les garanties sociales conditionnelles en cas de perte de l'emploi

92. Des garanties subordonnées à la perte involontaire de l'emploi. L'égalité de traitement des travailleurs étrangers avec les travailleurs nationaux en cas de perte de l'emploi ne s'applique que si, au moins au début du séjour, la rupture de la relation de travail n'est pas intervenue à l'initiative de l'employé. La perte de l'emploi doit résulter d'une incapacité de travail ou d'une rupture de contrat par l'employeur. Toutefois, le seul fait que le salarié soit étranger ne suffit pas à rendre le licenciement abusif. Aux termes de la Convention n° 158 sur le licenciement de 1982, le licenciement d'un travailleur doit se fonder sur l'existence d'un motif valable lié à son aptitude ou à sa conduite, ou sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. Serait considéré comme abusif un licenciement qui reposerait sur l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales, le fait

⁷⁷⁸ Pour plus de détails, voir. B. TEYSSIE, *op.cit.*, pp.201-207, et S. HENNION *et al.*, *Droit social européen et international*, Paris, PUF, 2010, pp.113-117.

⁷⁷⁹ Voir les points 50 et 51 de l'étude.

d'avoir déposé une plainte contre un employeur, la race, la couleur, le sexe, la situation matrimoniale, les responsabilités familiales, la grossesse, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, l'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou pendant le congé de maternité⁷⁸⁰. Dans la Partie I de notre étude nous avons mis en évidence que la perte involontaire du travail ne devait pas conduire immédiatement à l'éloignement du territoire, mais que le travailleur migrant devait bénéficier d'un « délai raisonnable » pour retrouver un emploi. Dès lors, pendant cette période, il doit bénéficier des mêmes prestations sociales que les travailleurs nationaux si de telles prestations existent, et peut rechercher un nouvel emploi. Le principe de la perte involontaire de l'emploi connaît toutefois une exception en droit de l'UE. En effet, les ressortissants de l'Union sont soumis aux mêmes règles que les nationaux concernant la démission et le licenciement⁷⁸¹, et les conditions (bien-fondé de la rupture, procédure, indemnités, etc.) doivent être également appliquées, que cela comporte des avantages ou des contraintes⁷⁸². Ce régime favorable tient à la logique d'intégration qui inspire la construction européenne. La libre-circulation des travailleurs au sein de l'UE ne s'inscrit pas dans une logique de besoin temporaire de main-d'œuvre dans certains secteurs. Le ressortissant d'un Etat membre qui n'a pas besoin d'autorisation de travail n'est pas lié à un employeur en particulier. Toutefois, nous verrons que du caractère volontaire ou involontaire de la perte de l'emploi dépendra la durée pendant laquelle ce ressortissant conservera la qualité de travailleur, et donc la durée pendant laquelle l'intéressé pourra bénéficier de prestations sociales.

93. Le droit aux prestations sociales pendant la cessation de l'activité (chômage et rentes). Notons que le droit international du travail n'indique pas nécessairement quelles mesures les Etats doivent adopter en cas de cessation de l'emploi, ni quelles prestations ils sont tenus d'assurer mais, quand de telles mesures sont prévues, elles doivent être appliquées de manière indiscriminée⁷⁸³. La question du bénéfice des prestations sociales peut concerner à la fois l'hypothèse selon laquelle le travailleur migrant reste dans le pays d'accueil, comme

⁷⁸⁰ En cas de licenciement individuel, le travailleur doit pouvoir se défendre contre les allégations portées à son encontre. En cas de licenciement collectif, les pouvoirs publics doivent encourager les employeurs à consulter les représentants des travailleurs et à rechercher d'autres solutions. La convention traite également des questions relatives aux indemnités de départ, au préavis, aux procédures de recours contre une mesure de licenciement, à l'assurance chômage et à la notification des autorités en cas de licenciement collectif. BIT, *Les règles du jeu*, op. cit., p.52.

⁷⁸¹ Art. 7§1 du Règlement n°1612/68/CEE du 15 octobre 1968, JO L 257 du 19 octobre 1968, p. 2, modifié par le Règlement n° 312/76/CEE du Conseil, du 9 février 1976, JO n° L 39 du 14.2.1976, p.2.

⁷⁸² CJCE, 24 sept. 1998, *Commission c. France*, aff. C-35/97, *Rec.*, p.5325.

⁷⁸³ A propos de l'indemnisation du chômage voir J.M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, op.cit., pp.144-146.

celle où il regagne son pays d'origine⁷⁸⁴. Le paragraphe 34 (1) de la Recommandation n° 151 énonce que tout travailleur migrant devrait avoir droit « *sans qu'il soit tenu compte de la légalité de son séjour dans ce pays: [...] b) aux prestations qui lui seraient dues en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles* ». Dans l'hypothèse selon laquelle ces prestations seraient versées dans un autre pays, cela suppose que les régimes de réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles assurent le paiement des prestations à l'étranger, ce qui n'est pas toujours le cas. L'article 10 de l'annexe II de la convention n°97 indique que « *si l'autorité compétente du territoire d'immigration considère que l'emploi pour lequel le migrant a été recruté [...] se révèle inadéquat, cette autorité [...] devra prendre des dispositions pour assurer soit son entretien, en attendant qu'il obtienne un tel emploi, soit son retour dans la région où il a été recruté, si le migrant est d'accord ou a accepté de s'en retourner dans ces conditions lors de son recrutement, soit son rétablissement dans un autre lieu* ». L'article 54§1 alinéa b) de la Convention de New York prévoit le droit aux prestations de chômage pendant la période de validité du titre de séjour, et les articles 9§4 et 25 de la Convention européenne de 1977 le laissent entendre. Le droit de l'Union européenne, prévoit que le principe d'égalité concerne l'attribution des allocations de chômage⁷⁸⁵. La période de chômage ne fait en effet pas perdre au ressortissant de l'Union la qualité de travailleur migrant « *s'il prouve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a de véritables chances d'être engagé* »⁷⁸⁶. Cette construction jurisprudentielle a été consacrée par la Directive n°2004/38/CE du 29 avril 2004. Selon l'article 7§3 de la Directive relatif aux séjours de plus de trois mois, la cessation de l'emploi n'entraîne pas la perte de la qualité de travailleur dans quatre hypothèses : si le travailleur est frappé d'une incapacité temporaire de travail résultant d'une maladie ou d'un accident ; si le travailleur est au chômage involontaire dûment constaté après avoir été employé plus d'un an et s'il s'est fait enregistrer comme demandeur d'emploi auprès du service de l'emploi ; si le chômage est involontaire après un contrat inférieur à un an ou si le travailleur est involontairement au chômage depuis douze mois et s'il est enregistré comme demandeur d'emploi depuis douze mois, il conserve le statut de travailleur pendant au moins six mois ; et enfin, en cas de formation professionnelle si celle-ci est en lien avec

⁷⁸⁴ Si les dispositions internationales du travail visent principalement les pays d'immigration, certains droits liés au retour peuvent également créer des obligations à la charge des pays d'origine. BIT, *Travailleurs migrants*, *op.cit.*, p.235.

⁷⁸⁵ CJCE, 5 février 2002, *Kase*, aff. C-277/99, *Rec.*, p.1261 ; *RJS* 6/02, n°755 – Rapp. 16 sept 2004, *Merida*, aff. C-400/02, *Rec.*, p.8471.

⁷⁸⁶ CJCE, 26 février 1991, *Antonissen*, aff. C-292/89, *Rec.* 1991, p.745 ; et CJCE, 20 février 1997, *Commission c. Belgique*, aff. C-344/95, *Rec.* 1997 p.I-1035.

l'activité précédemment exercée. Mais ces conditions ne s'appliquent pas si le travailleur bénéficie d'un droit au séjour permanent ; le maintien de son droit au séjour n'est plus conditionné⁷⁸⁷. L'intéressé n'aura pas nécessairement accès à l'ensemble des prestations sociales des personnes au chômage (art. 24§2 de la directive). Mais cette dérogation est encadrée : les Etats ne peuvent priver les ressortissants des prestations de nature financière destinées à faciliter l'accès au marché du travail⁷⁸⁸.

En dehors du droit de l'Union, quelques rares dispositions prévoient ainsi que les travailleurs migrants doivent avoir droit aux prestations sociales en cas de cessation de l'activité, pendant au moins la durée de validité du titre. Mais en cas de perte de l'emploi, le travailleur étranger est également autorisé à chercher un autre emploi.

94. Droit de rechercher un nouvel emploi. L'article 10 de l'annexe II de la convention n°97 précité indique que *« si l'autorité compétente du territoire d'immigration considère que l'emploi pour lequel le migrant a été recruté [...] se révèle inadéquat, cette autorité devra prendre les mesures appropriées pour assister ledit migrant dans la recherche d'un emploi convenable qui ne porte pas préjudice aux travailleurs nationaux »*. L'article 8, paragraphe 2, de la convention n°143 envisage également l'égalité de traitement pour retrouver un emploi ; elle indique que le travailleur migrant *« devra, en conséquence, bénéficier d'un traitement égal à celui des nationaux, spécialement en ce qui concerne les garanties relatives à la sécurité de l'emploi, le reclassement, les travaux de secours et la réadaptation »*. Toutefois, face à des difficultés d'interprétation invoquées par les Etats dans un mémorandum préparé par le BIT, il semble que ces dispositions ne créent pas de droit au bénéfice du travailleur migrant mais constituent une incitation pour les Etats ; en aucun cas les Etats ne sont tenus de prolonger le permis de résidence mais doivent accorder une égalité de traitement pendant la période de validité du permis⁷⁸⁹. Pourtant, le BIT a mis en évidence que cet article faisait obstacle à la ratification de la Partie I de la convention⁷⁹⁰. L'article 51 de la Convention de New York pour sa part dispose qu'en cas de perte de l'emploi : *« les travailleurs migrants qui, dans l'Etat d'emploi, ne sont pas autorisés à choisir librement leur activité rémunérée [...] ont le droit de chercher un autre emploi, de participer à des programmes d'intérêt public et de suivre des stages de reconversion pendant la période de validité restant à courir de leur*

⁷⁸⁷ S. HENNION *et al.*, *op.cit.*, p.123.

⁷⁸⁸ CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras*, aff. C-22/08, *Liaisons sociales Europe*, 2009, n°229, p.9.

⁷⁸⁹ Pour plus de détails sur le Memorendum, voir BIT, *Travailleurs migrants, 1999, op.cit.*, p.245.

⁷⁹⁰ *Ibid*, p.246.

permis de travail, sous réserve des conditions et restrictions spécifiées dans le permis de travail ». Il est donc possible de limiter le droit de retrouver un emploi semblable au secteur pour lequel l'autorisation a été délivrée. L'article 54§1 alinéa b) ajoute que les travailleurs migrants bénéficient de l'accès à des programmes d'intérêt public destinés à combattre le chômage et l'article 43 §1 alinéa b) garantit l'égal accès aux services d'orientation professionnelle et de placement.

La convention du Conseil de l'Europe énonce dans son article 25 que l'Etat d'accueil doit favoriser « *les mesures nécessaires pour assurer autant que possible la rééducation et la réadaptation professionnelles du travailleur migrant* ». Mais cette disposition a uniquement un caractère incitatif. De même, à l'expiration du contrat, la règle générale est que le travailleur peut rester dans le pays à condition qu'il trouve à se réemployer conformément à la législation nationale. L'article 27 ajoute que, pendant cette période, les travailleurs migrants ont le droit de faire appel aux services de l'emploi, dans les mêmes conditions que les travailleurs nationaux⁷⁹¹. Au sein de l'Union européenne, le droit à la réintégration et au réemploi est affirmé à l'article 7§1 du Règlement du 5 avril 2011⁷⁹². Nous avons même relevé que, selon la Directive du 29 avril 2004, l'inscription auprès des services de l'emploi était une condition nécessaire pour ne pas perdre la qualité de travailleur au-delà de trois mois⁷⁹³.

On constate que la liberté d'accès à l'emploi et les possibilités de réemploi sont des questions politiquement sensibles. En effet, les Etats soucieux de protéger leur marché du travail sont confrontés à deux questions : celle de l'admission de travailleurs migrants sur leur territoire à des fins d'emplois, et celle des professions auxquelles ces derniers pourront avoir accès. Bien que le droit international énonce les modalités d'accès à l'emploi (et au réemploi), la compétence de l'Etat d'accueil reste finalement peu encadrée. Seule la logique européenne d'intégration a permis la mise en place d'un régime protecteur sans équivalent. En revanche, une fois l'accès à l'emploi autorisé par l'Etat, il ne peut être légitimement apporté aucune restriction à l'égalité de traitement, en raison de l'égalité factuelle dans laquelle se trouvent

⁷⁹¹ C. LEBEN, « Le droit international et les migrations de travailleurs », *op.cit.*, p.89.

⁷⁹² Règlement n°492/2011/UE du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, *JOUE* L 141 du 27 mai 2011, p.1, article 7 reprenant les termes de l'article 7 du Règlement n° 1612/68/CEE du 15 octobre 1968 aujourd'hui abrogé.

⁷⁹³ Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 préc., art. 14§4. Une double démonstration est à la charge de l'intéressé qui doit prouver qu'il continue à chercher un emploi, mais aussi qu'il a de fortes chances d'être recruté, notamment grâce aux qualifications professionnelles pour un type d'activités pour lequel il existe un courant d'embauche statistiquement démontré. B. TEYSSIE, *op.cit.*, p.119.

les travailleurs étrangers et nationaux. La qualité de « travailleur » est alors particulièrement pertinente pour justifier l'égalité de traitement dans les conditions d'exercice du travail.

§2 – L'égalité garantie des droits liés à l'exercice du travail

Selon l'OIT, les migrations internationales de travail pourraient être bénéfiques aux pays d'origine et de destination, ainsi qu'aux travailleurs migrants. Mais « *si la migration s'est avérée enrichissante et bénéfique pour beaucoup d'entre eux, bien trop nombreux sont encore ceux qui font face à des conditions de travail marquées par l'exploitation et les abus – travail forcé, bas salaires, mauvaises conditions de travail, absence quasi totale de protection sociale, déni de la liberté syndicale et des droits syndicaux, discrimination, xénophobie, exclusion sociale* »⁷⁹⁴. Certains groupes de travailleurs migrants sont identifiés comme particulièrement vulnérables selon les secteurs d'emploi - qui font d'ailleurs souvent l'objet d'une convention particulière à l'OIT - et également en raison de pratiques discriminatoires délibérées⁷⁹⁵. L'égalité de traitement à propos des conditions de travail est pourtant affirmée dans de nombreux instruments spécifiques ou non aux travailleurs migrants, à propos notamment de la rémunération, du temps de travail, des congés payés, de l'âge minimum d'accès à l'emploi, des mesures de sécurité et de santé au travail, de la sécurité sociale, des régimes et prestations de services sociaux liés à l'emploi, ou encore de la sécurité de l'emploi. Mais les conditions de travail doivent également être promues sous l'angle du « travail décent » ; ce concept formulé par l'OIT repose sur l'idée selon laquelle le travail est source de dignité personnelle, de stabilité sociale et familiale et de la croissance économique, laquelle augmente les possibilités d'emploi productif et de développement d'entreprises⁷⁹⁶. Pour analyser l'égalité de traitement au travail, il faut également considérer la relation individuelle (A) et la relation collective de travail (B).

⁷⁹⁴ CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, op.cit., p.47.

⁷⁹⁵ Voir dans le rapport précité les conditions de travail dans le secteur de l'agriculture (p.56 et s.), dans la construction (p.61 et s.), dans les industries manufacturières (p.63 et s.), dans le secteur des services (p.65 et s.), ou encore pour les employés de maison (p.67 et s.). Pour le secteur domestique, le fait qu'il ait lieu dans la sphère du foyer l'a longtemps exclu du champ du droit du travail. G. MORENO-FONTES CHAMMARTIN, « Working conditions of women migrant workers: ILO's strategy to improve their protection in an area of globalization », op.cit, p.199. Pour plus de détails sur le travail domestique voir également : CIT, *Travail décent pour les travailleurs domestiques*, Rapport IV(1), 4e question à l'ordre du jour, 99e session, Genève, 2009 ; et BIT, *Travail décent pour les travailleurs domestiques - C189 et R201 en bref*, Genève, 2011.

⁷⁹⁶ Voir BIT, *Réduire le déficit de travail décent – un défi mondial*, rapport du Directeur général à la Conférence internationale du Travail, 89e session, Genève, 2001, rapport I(A).

A. L'égalité de traitement dans le cadre de la relation individuelle du travail

95. Les garanties applicables au contrat de travail en droit de l'Union européenne. Seul le droit de l'UE est venu affirmer des garanties liées au contrat de travail. Les autres instruments multilatéraux précédemment mentionnés ne font aucune référence à cette question, à l'exception de l'obligation d'informer le travailleur sur son contrat de travail et de lui remettre celui-ci⁷⁹⁷. Bernard Teyssié indique qu'initialement, le droit du travail s'est développé autour du contrat à durée indéterminée et à temps complet. Mais depuis la fin des années 1970, d'autres formes de travail sont apparues telles que le travail à temps partiel, le contrat à durée déterminée ou encore le travail temporaire. Le travail à temps partiel n'a guère suscité de contestations, ce qui n'est pas le cas des contrats à durée déterminée⁷⁹⁸. La première règle posée par le droit de l'union a été affirmée, à propos de la constatation de la relation de travail, au point 9 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux qui dispose que « *les conditions de travail de tout salarié de la Communauté européenne doivent être précisées soit dans la loi, dans une convention collective, soit dans un contrat de travail selon les modalités propres à chaque pays* ». Mais rappelons que ce texte n'est pas contraignant. La Directive n°91/533/CEE du 14 octobre 1991⁷⁹⁹ est alors venue imposer à l'employeur l'obligation d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat de travail, et des mentions légales qui le composent ; en outre, ce contrat doit être écrit⁸⁰⁰.

C'est ensuite l'utilisation des contrats de travail à durée déterminée qui est progressivement encadrée. Un accord-cadre est conclu le 18 mars 1999⁸⁰¹, qui a pour objet non pas de limiter le recours à des CDD en général, mais de prévenir les abus. En effet, l'accord-cadre garantit la liberté de conclure des CDD définis comme des contrats conclus entre un employeur et un travailleur dans lesquels « *la fin du contrat ou de la relation de travail est déterminée par des conditions objectives telles que l'atteinte d'une date précise, l'achèvement d'une tâche*

⁷⁹⁷ Art. 5 de la Convention OIT n° 97 de 1949 et art. 6 de son annexe n° 2 ; art. 5 de la Convention du Conseil de l'Europe. Voir également BIT, *Travailleurs migrants*, *op. cit.*, §141 et s.

⁷⁹⁸ B. TEYSSIE, *op.cit.*, pp.209-210.

⁷⁹⁹ Directive n°91/533/CEE du Conseil du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, *JO L 288* du 18 octobre 1991, p. 32.

⁸⁰⁰ Pour plus de détails, v. S. HENNION *et al.*, *op.cit.*, pp.353-357.

⁸⁰¹ Accord-cadre du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée, *Social international*, 1999, n°582, p.43, complété par la Directive n°1999/70/CE du 18 juin 1999, *JOCE n° L 175* du 10 juillet 1999, p.43.

déterminée ou la survenance d'un événement déterminé »⁸⁰² ; en revanche cet accord encadre strictement le renouvellement des CDD. L'accord-cadre affirme l'impératif d'égalité entre les travailleurs sous contrat à durée indéterminée et les autres travailleurs d'une entreprise, et tente d'assurer, pour le travailleur qui le souhaite, l'accès à la permanence⁸⁰³. Une Directive du 19 novembre 2008 a également été adoptée pour encadrer le recours au travail intérimaire et pour garantir l'égalité de traitement des travailleurs intérimaires⁸⁰⁴. Les ressortissants de l'Union qui exercent leur liberté de circulation doivent bénéficier du même éventail contractuel que les nationaux. La CJCE est venue préciser que les dispositions du droit national qui imposeraient de recruter les travailleurs européens selon un certain type de schéma contractuel seraient inopposables⁸⁰⁵. Mais si le droit de l'Union est le seul à apporter des garanties relatives au contrat de travail, les modalités d'exercice du travail sont, quant à elles, régies par l'ensemble des instruments applicables aux travailleurs migrants.

96. L'égalité de temps de travail et de rémunération. Le constat général est que les salaires des migrants sont moins élevés que les salaires des nationaux. Cela peut tenir au faible niveau d'instruction et de formation des migrants, mais cela résulte également de pratiques discriminatoires⁸⁰⁶. Pourtant, l'égalité de salaire et de temps de travail entre étrangers et nationaux est clairement affirmée dans les instruments applicables à la protection des travailleurs migrants⁸⁰⁷.

a) Concernant les *salaires*, l'article 7 du PIDESC affirme le droit « à une rémunération égale pour un travail de valeur égale ». Pour le BIT, le concept de « travail décent » ne concerne pas seulement l'accès à l'emploi mais suppose les emplois proposés soient convenables. Le préambule de la Constitution de l'OIT mentionne « la garantie d'un salaire assurant des

⁸⁰² Clause 3 de l'accord-cadre.

⁸⁰³ Pour plus de détails, v. B. TEYSSIE, *op.cit.*, p.211 et s.

⁸⁰⁴ Directive n° 2008/104/CE du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire, *JOUE* n° L 327 du 5 décembre 2008, p.9.

⁸⁰⁵ CJCE, 30 mai 1989, *Alluè et Coonan c. Università degli studi di Venezia*, aff. 33/88, *Rec.*1989, p.1591 ; CJCE, 20 octobre 1993, *Maria Chiara Spotti c. Freistaat Bayernaff. C-272/92, Rec.*, p.5185.

⁸⁰⁶ Par exemple, la CIT a souligné qu'au Moyen-Orient et en Asie, le marché du travail était très segmenté et le niveau de rémunération très disparate entre nationaux et travailleurs étrangers. De plus, le faible niveau de salaires des travailleurs migrants semble lié aux conditions qui prévalent sur le marché du travail du pays d'origine. CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, op.cit.*, p.49

⁸⁰⁷ Art 6 a) i) de la Convention OIT n° 97 ; art. 9§1 Convention OIT n° 143; art. 16 de la Convention du Conseil de l'Europe ; art. 25 de la Convention de New York. Art. 7§1 du Règlement n°1612/68/CEE et Directive du 4 novembre 2003 n° 2003/88/CE.

conditions d'existence convenables ». De plus, le paragraphe III d) de la Déclaration de Philadelphie de 1944 concernant les buts et objectifs de l'OIT a inscrit parmi les programmes à réaliser « *la possibilité pour tous d'une participation équitable aux fruits du progrès en matière de salaires et de gains [...] et un salaire minimum vital pour tous ceux qui ont un emploi* ». En effet, comme le souligne Jean-Michel Servais, « *le salaire constitue la principale contrepartie à la prestation fournie dans le cadre de la relation de travail, à tel point que l'on qualifie de « salarié » la personne employée* »⁸⁰⁸. L'instrument principal en termes de rémunération est la convention n° 95 de 1949⁸⁰⁹ qui s'applique à toutes les personnes auxquelles un salaire est « payé ou payable »⁸¹⁰. La convention recense quatre modalités de paiement : les espèces, le chèque bancaire, le chèque ou le mandat postal, et le paiement en nature dans des conditions limitées. Le salaire doit en principe être versé directement à l'intéressé. Des retenues légales au titre de contributions sont autorisées. Les articles 10 et 12 envisagent la régularité de paiement du salaire. Mais une attention particulière doit également être apportée aux femmes, car elles peuvent être victimes de discrimination à deux titres : parce qu'elles sont étrangères et sont à ce titre confrontées aux mêmes discriminations que leurs homologues masculins ; et parce qu'elles sont femmes et, en tant que telles, souffrent des considérations traditionnelles quant à la place des femmes dans la société et dans la vie professionnelle qui prévalent dans certains pays⁸¹¹. La Convention n°100 sur l'égalité de rémunération et la Recommandation n° 90 de l'OIT applicable aux travailleurs migrants affirment l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes⁸¹².

⁸⁰⁸ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, p.166.

⁸⁰⁹ Convention n° 95 concernant la protection des salaires, 1^{er} juillet 1949, RTNU vol. I-1871, p.225, entrée en vigueur le 24 septembre 1952.

⁸¹⁰ Mais les Etats peuvent néanmoins exclure des catégories de travailleurs non manuels ou employés dans le secteur domestique.

⁸¹¹ BIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, § 367. Voir également, Voir R. DE GOUTTES, « Les “doubles discriminations” ou les cumuls de discriminations dans l'accès aux droits de l'homme : l'approche du problème par les Nations Unies », in E. DECAUX et A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS (dir.), *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, p.103 et s.

⁸¹² Convention n°100 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, 29 juin 1951, RTNU vol. 165- I-2181, p.305 ; entrée en vigueur le 23 mai 1953. Pour plus de détails sur cette convention, voir A. TREBILCOK « Discrimination en matière d'emploi et de profession et promotion de l'égalité de traitement », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.1446 et s. Voir également Commission d'experts de l'OIT, *observation générale relative à la convention n°100 sur l'égalité de rémunération*, 2007.

Cependant, le montant de la rémunération auquel pourra prétendre le travailleur étranger, varie selon les pays ; tous n'ont pas instauré de salaire minimum⁸¹³. En effet, la Convention n°131 sur la fixation des salaires minima de 1970⁸¹⁴ invite les États qui l'ont ratifiée à mettre en place un système de fixation des salaires minima ; ce système doit permettre d'établir et d'ajuster périodiquement les niveaux minima qui auront force de loi. Toutefois, cette Convention ne fixe pas au fond quel doit être ce minimum. Le BIT souligne cependant une tendance actuelle de plusieurs pays développés et en développement à instaurer un salaire minimum afin de réduire les tensions sociales résultant des inégalités croissantes. Pour la période 2001-2007, les salaires minima ont été augmentés en moyenne de 5,7% par an, ce qui représente une augmentation non négligeable du pouvoir d'achat. Dans les pays développés, le Royaume-Uni, par exemple, après avoir démantelé son système de salaires minima dans l'industrie au cours des années 1980, a adopté en 1999 un nouveau salaire minimum au niveau national. En 2000, un salaire minimum a été introduit pour la première fois en Irlande. Dans les pays en voie de développement, l'Argentine, le Brésil, la Chine ou l'Afrique du Sud ont augmenté leurs salaires minima pour assurer une protection sociale aux travailleurs les plus vulnérables et non organisés. En Chine, une nouvelle réglementation sur les salaires minima est entrée en vigueur en 2004 pour faire face aux préoccupations croissantes liées aux inégalités de revenus. En Afrique du Sud, des seuils salariaux minima ont été introduits en 2002 en réponse à la faiblesse des salaires dans de nombreux secteurs. Au Brésil et en Argentine, pour faire face à la baisse des salaires des travailleurs les plus pauvres, depuis le début des années 2000, la politique du salaire minimum a été réactivée⁸¹⁵.

b) L'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et étrangers doit également s'apprécier au regard du *temps de travail* effectué. Le temps de travail désigne toutes les périodes de la vie d'un individu qui ont un rapport avec son activité professionnelle. Cela concerne la durée normale ou effective du travail, y compris les heures supplémentaires, les congés, quel qu'en soit le motif (maladie, maternité, vacances), ainsi que l'âge d'accès à l'emploi et l'âge de la

⁸¹³ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, op.cit., pp.166-172.

⁸¹⁴ Convention n°131 concernant la fixation des salaires minima, notamment en ce qui concerne les pays en voie de développement, 22 juin 1970, RTNU vol. 865-I-11821, p.78 ; entrée en vigueur le 29 avril 1972.

⁸¹⁵ BIT, *Les règles du jeu*, op.cit., 2009, p.55. Pour plus de détails sur la réglementation de la rémunération au sein de l'OIT, voir M. HUMBLET, « Les conditions générales de travail », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK, (dir.) *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.967 et s.

retraite. Les instruments précités, relatifs aux travailleurs migrants, affirment l'égalité de traitement, selon la législation de l'Etat d'accueil, pour « *la durée du travail, les heures supplémentaires, les congés payés* ». Mais malgré l'affirmation de ce principe, la législation nationale relative à la durée du travail varie d'autant plus que l'écart de développement entre les pays est grand⁸¹⁶. La réglementation du temps de travail fait partie des préoccupations les plus anciennes car il est communément admis, au moins en théorie, qu'un nombre d'heures excessif met en danger la santé du travailleurs. Les deux premiers instruments datent de 1919 et 1930⁸¹⁷ et viennent limiter la durée du travail à 48 heures hebdomadaires et à 8 heures par jour. Les conventions adoptées ultérieurement ont tenté de mieux définir les horaires de travail, les périodes de repos et les congés annuels. Le but était de concilier le souci de productivité avec la préservation de la santé physique et mentale des travailleurs⁸¹⁸. Mais l'OIT n'est pas parvenue à avoir une approche globale de la question, puisque les conventions adoptées sont sectorielles.

En droit de l'Union européenne, on trouve quelques directives sectorielles et une directive générale. La Directive n°2004/38 du 4 novembre 2003 définit le temps de travail comme toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de ses activités ou de ses fonctions (art. 2§1). Elle fixe des prescriptions minimales concernant le temps de travail ; les Etats peuvent donc adopter des législations plus favorables

⁸¹⁶ Selon les statistiques du BIT, la moyenne des heures effectuées par travailleur et par an vont de 2400 heures (en Asie) à 1400 heures (en Europe du Nord). BIT, *Indicateurs clés du marché du travail 2001-2002*, Genève, 2002, p.206. La durée hebdomadaire du travail est de 48h ou moins pour la plupart des pays. BIT, *Annuaire des statistiques du travail*, Genève, 2003, 62ème édition.

⁸¹⁷ La Convention n°1 sur la durée du travail (industrie) de 1919 et la Convention n°30 sur la durée du travail (commerce et bureaux) de 1930.

⁸¹⁸ Parmi les instruments ultérieurs on peut citer : la Convention n°47 des quarante heures de 1935 et la Recommandation n°116 sur la réduction de la durée du travail de 1962 ; la Convention n°14 sur le repos hebdomadaire (industrie) de 1921 et la Convention n°106 sur le repos hebdomadaire (commerce et bureaux) de 1957 qui prévoient une période de repos de 24 heures consécutives au moins tous les 7 jours ; la Convention n°132 sur les congés payés (révisée) de 1970 qui prévoit que chaque personne concernée aura droit à un congé annuel payé d'une durée d'au moins 3 semaines de travail pour une année de service ; la Convention n°171 sur le travail de nuit de 1990, qui définit ce type de travail comme tout travail effectué au cours d'une période d'au moins 7 heures consécutives comprenant l'intervalle entre minuit et 5 heures du matin ; la Convention n°171 prévoit notamment qu'une alternative au travail de nuit doit être offerte aux femmes au cours de périodes déterminées pendant et après la grossesse ; la Convention n°175 sur le travail à temps partiel de 1994 affirme l'égalité de traitement des travailleurs temporaires avec les travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable. BIT, *Les règles du jeu, op.cit.*, p.56. Pour plus de détails, voir J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, p.156 et s. ; B. TEYSSIE, *op.cit.*, p.238 s. ; et M. HUMBLET, « Les conditions générales de travail », *op.cit.*, p.936 et s.

(art. 15). La Directive dispose notamment que la durée du travail ne doit pas excéder 48 heures, y compris les heures supplémentaires, sur une période de 7 jours (art. 6b) ; le travailleur doit bénéficier d'une pause toutes les six heures (art. 4), d'un repos journalier de 11 heures consécutives au cours de chaque période de 24 heures (art. 3), ce qui écarte donc les journées de travail de plus de 13 heures ; le repos hebdomadaire doit également être de 24 heures sans interruption (art. 5). D'autres dispositions portent spécifiquement sur le travail de nuit (art. 8s.)⁸¹⁹. Les travailleurs migrants bénéficient ainsi, en application du principe de l'égalité de traitement, des prescriptions minimales qui lient les Etats en droit international. Toutefois, tous les Etats n'ont pas ratifié de tels instruments, et même pour les Etats parties, ces prescriptions étant minimales, la législation du travail peut varier d'un Etat à un autre. La santé et la sécurité des travailleurs ont également fait l'objet de quelques avancées au niveau international qui bénéficient aux travailleurs migrants.

97. Le droit à la santé et à la sécurité au travail. Bien que l'objectif général de santé et de sécurité au travail soit affirmé dans la Constitution de l'OIT ou encore à l'article 7 du PIDESC, deux millions de personnes meurent chaque année d'accidents du travail ou de maladies professionnelles. Selon les estimations du BIT, 160 millions de personnes souffriraient de maladies liées au travail et l'on compterait chaque année 337 millions d'accidents mortels et non mortels également en rapport avec le travail⁸²⁰. De plus, en raison de l'évolution de la structure de l'emploi, les caractéristiques des risques au travail sont en train de changer. Cette évolution suppose donc une vigilance constante⁸²¹. La question de la sécurité au travail et de la santé des migrants est particulièrement importante à plusieurs titres. Tout d'abord, ces travailleurs sont souvent employés dans des secteurs à haut risque, d'autant plus que la crainte de la perte de l'emploi ou de l'éloignement du territoire les conduit parfois à accepter des conditions de travail dangereuses. Ils sont confrontés à des barrières linguistiques et culturelles qui nécessitent une approche spéciale de la communication sur les règles de santé et de sécurité. Beaucoup d'entre eux assument de surcroît une charge de travail

⁸¹⁹ Directive n°2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *JOUE L 299* du 18 novembre 2003, p.9

⁸²⁰ En termes économiques, selon l'OIT, 4% du PIB mondial sont dépensés à cause des maladies professionnelles et des accidents du travail. Le coût pour l'employeur est certain : retraites anticipées coûteuses, perte de personnels qualifiés, absentéisme et des primes d'assurance élevées. En 2003, l'OIT a adopté un plan d'action en matière de sécurité et de santé au travail qui prévoit l'introduction d'une culture préventive dans ce domaine, la promotion et le développement d'instruments pertinents ainsi qu'une assistance technique auprès des Etats. BIT, *Les règles du jeu, op.cit.*, p.58.

⁸²¹ Voir CIT, *Changements dans le monde du travail, op.cit.*, p.38 et s.

excessive. Enfin, certains présentent un mauvais état de santé qui les expose particulièrement aux accidents du travail et aux maladies professionnelles. Le contexte migratoire entraîne alors une aggravation de la précarité. Selon l'OIT, en Europe par exemple, le nombre d'accidents du travail des migrants est presque deux fois supérieur à ceux des nationaux, notamment pour les emplois saisonniers. En Asie, « *les barrières linguistiques, le rapport aux nouvelles technologies, l'éclatement de la cellule familiale, l'accès limité aux soins de santé ainsi que le stress et la violence sont autant de problèmes spécifiques aux travailleurs migrants, qui font que ces personnes sont plus exposées que les autres à des risques pour leur sécurité et leur santé* ». Aux Etats-Unis, « *les travailleurs migrants dans l'agriculture ont un état général de santé caractéristique du tiers-monde, alors qu'ils vivent et travaillent dans l'une des nations les plus riches de la planète* »⁸²². Pourtant les dispositions relatives à la sécurité et à la santé au travail sont plus rares pour les travailleurs migrants et les travailleurs âgés que pour les autres catégories de travailleurs. Ceux-ci bénéficient pourtant, en droit international, de l'égalité de traitement avec les travailleurs nationaux. L'OIT a notamment adopté plus de 40 conventions et recommandations et plus de 40 recueils de directives pratiques sur la santé et la sécurité au travail. Il est possible de regrouper ces instruments en trois groupes : les instruments de portée générale⁸²³, les instruments relatifs à des branches d'activité particulières⁸²⁴ et les instruments contre des risques spécifiques⁸²⁵. Pourtant, il existe peu de dispositions spécifiques concernant les migrants. Seuls les paragraphes 20, 21 et 22 de la Recommandation n°151, qui portent sur la protection des travailleurs migrants contre les accidents de travail et les risques de santé particuliers, indiquent la nécessité de dispenser au travailleur, dans une langue qu'il puisse comprendre, une formation en matière de sécurité

⁸²² CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, op.cit., pp.73-74.

⁸²³ A titre d'exemple, on peut citer la Convention n°121 sur les prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles, la Convention n°130 sur les soins médicaux et indemnités maladies, la Convention n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs de 1981 et son Protocole de 2002, la Convention n°161 sur les services de santé au travail de 1985 et la Convention n°187 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail de 2006.

⁸²⁴ Par exemple la Convention n° 120 sur l'hygiène (commerce et bureaux) de 1964, la Convention n°152 sur la sécurité et l'hygiène dans les manutentions portuaires de 1979, la Convention n°167 sur la sécurité et la santé dans la construction de 1988, la Convention n°176 sur la sécurité et la santé dans les mines de 1995, ou encore la Convention n°184 sur la sécurité et la santé dans l'agriculture de 2001.

⁸²⁵ Par exemple, la Convention n°115 sur la protection contre les radiations de 1960, la Convention n°139 sur le cancer professionnel de 1974, la Convention n°148 sur le milieu de travail (pollution de l'air, bruit et vibrations) de 1977, la Convention n°162 sur l'amiante de 1986 ou encore la Convention n°170 sur les produits chimiques de 1990. BIT, *Travailleurs migrants*, op.cit., §507 et s. Voir BIT, *Les règles du jeu*, op.cit., p.58 et s. Voir également, J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, op.cit., pp.172-183.

et de santé professionnelles. Mais ce n'est là qu'une recommandation, c'est-à-dire une simple mesure incitative⁸²⁶.

La santé et la sécurité des travailleurs est également une question prioritaire pour l'Union européenne depuis la révision de l'Acte unique européen de 1986 qui introduit une base juridique explicite. L'objectif est aujourd'hui formulé à l'article 153 du TFUE. Deux structures ont été créées : la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (EUROFUND) qui depuis 1975 est chargée de mener des études comparatives sur les conditions de vie et de travail, et l'Agence européenne pour la santé et la sécurité des travailleurs qui depuis 1996, recueille et diffuse les informations scientifiques et économiques disponibles dans ce domaine. La Directive-cadre n°89/391/CEE a été adoptée le 12 juin 1989⁸²⁷ ; elle pose le principe de la responsabilité de l'employeur (art. 5) mais définit également un certain nombre d'obligations pour les travailleurs qui doivent eux-mêmes veiller à leur santé et à leur sécurité. D'autres directives plus spécifiques ont ensuite complété ce cadre général⁸²⁸.

Dans le cadre de la relation individuelle de travail, le travailleur migrant bénéficie d'une vaste gamme de droits reconnus dans les instruments internationaux, mais dont le contenu reste essentiellement défini par les droits internes. La difficulté ne concerne donc pas tant la reconnaissance de ces droits que leur effectivité. Celle-ci dépend pour beaucoup du rôle que sont amenées à jouer les administrations du travail, mais que nous n'aborderons que dans la partie III de notre étude. Toutefois, l'information et les connaissances du travailleur migrant sont tout aussi importantes pour l'effectivité des droits. A ce titre, l'activité syndicale joue souvent un rôle essentiel.

⁸²⁶ Pour plus de détails, voir C. BRAKHENHIELM et J. OBADIA, « Sécurité et santé au travail », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.995-1023.

⁸²⁷ Directive n°89/391/CEE du 12 juin 1989 du Conseil, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JO L 183 du 19 juin 1989, p.1 ; modifiée par la Directive n°2007/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007.

⁸²⁸ Voir S. HENNION *et al.*, *op.cit.*, pp.367-384.

B. L'égalité de traitement dans le cadre de la relation collective du travail

98. Affirmation d'un droit à la liberté syndicale (création et affiliation). Le droit à la liberté syndicale est un droit affirmé dans de nombreux instruments internationaux, multilatéraux ou régionaux, dont l'objet porte aussi bien sur des droits civils et politiques que sur des droits économiques sociaux et culturels⁸²⁹. Ce droit relève en effet de la liberté d'association et aussi de l'organisation au travail. Dans le monde du travail, le droit de constituer des syndicats ou de s'y affilier fait partie des droits fondamentaux du travail reconnus par l'OIT⁸³⁰. La liberté syndicale fait d'ailleurs l'objet d'une procédure particulière à l'OIT devant le Comité de la liberté syndicale⁸³¹. Comme le souligne Jean-Michel Servais, les organisations professionnelles remplissent trois fonctions. La première est démocratique : dans la vie professionnelle, elle donne la parole à tous ceux qui travaillent ou veulent travailler ; la deuxième est économique : elle vise à chercher des solutions face à des conflits qui peuvent surgir dans les processus de production et de distribution ; et la troisième fonction est sociale car elle permet d'intégrer dans la société les personnes désireuses de travailler⁸³². Pour les travailleurs migrants en particulier, dès lors qu'ils peuvent être représentés et faire entendre leur voix, la liberté syndicale représente un outil efficace d'amélioration de leurs conditions de travail.

Les instruments internationaux reconnaissent aux travailleurs migrants la liberté syndicale. Cette liberté est affirmée soit dans le cadre d'instruments spécialement consacrés qui s'appliquent de manière indiscriminée, soit dans les instruments relatifs aux travailleurs migrants. A l'OIT par exemple, la Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948, et la Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation

⁸²⁹ Notamment aux articles 10 et 23 de la DUDH, 5 e) ii) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 8 du PIDESC, 22-1 du PIDCP, 11§1 de la CESDH, 8§1 du Protocole de San Salvador additionnel à la CADH, bien que l'expression « syndicat » ne soit pas utilisée dans cet article.

⁸³⁰ Voir Préambule de la Constitution de 1919, Déclaration de Philadelphie de 1944, Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail, et Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948, Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de 1949 et deux résolutions de la CIT : la résolution de 1952 sur l'indépendance du mouvement syndical et la résolution de 1970 sur les droits syndicaux et leurs relations avec les libertés civiles. Pour plus de détails sur la protection de la liberté syndicale et le droit de négociation collective en droit international social, voir P. CARRIERE « La liberté syndicale » et C. VARGHA, « La négociation collective », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.1024 et s. et 1044 et s.

⁸³¹ Nous étudierons cette instance dans la partie III de notre étude.

⁸³² J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, op.cit., p.219.

collective de 1949, sont les deux conventions fondamentales qui traitent de la liberté syndicale. La Convention n°87 garantit le droit de s'organiser pour les travailleurs et les employeurs sans qu'il soit besoin d'obtenir une autorisation préalable. La convention n°98 interdit les actes d'ingérence dans les activités des organisations de travailleurs et d'employeurs et encourage la négociation collective volontaire. La Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations (CEACR) et le Comité de la liberté syndicale ont souvent réaffirmé le droit des travailleurs migrants de former des syndicats et d'y adhérer. En effet, aux termes de l'article 2 de la Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948, « *les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des syndicats de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières* ». Le paragraphe 63 de l'Etude d'ensemble de 1994 de l'OIT sur la liberté syndicale et la négociation collective précise que ce droit « *implique que tous ceux qui séjournent légalement sur le territoire d'un Etat bénéficient des droits syndicaux prévus par la convention, sans aucune différence fondée sur la nationalité* »⁸³³.

La liberté syndicale est également affirmée dans le cadre des instruments spécifiques protecteurs. Les instruments de l'OIT de 1949 et de 1975 n'affirment nommément pas le droit à la liberté syndicale des travailleurs migrants, mais interdisent les discriminations concernant l'affiliation et la jouissance de ce droit. En effet, l'article 6 alinéa a) ii) de la convention de 1949 interdit la discrimination concernant « *l'affiliation aux organisations syndicales et la jouissance des avantages offerts par les conventions collectives* ». L'article 10 de la convention de 1975 énonce que « *tout Membre pour lequel la convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir et à garantir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, de sécurité sociale, de droits syndicaux et culturels et de libertés individuelles et collectives pour les personnes qui, en tant que travailleurs migrants ou en tant que membres de leur famille, se trouvent légalement sur son territoire* ». La convention de New York et les instruments européens vont plus loin en affirmant clairement ce droit. L'article 26 de la Convention des Nations Unies reconnaît en effet le droit aux travailleurs migrants de participer à des activités syndicales, d'adhérer à des

⁸³³ CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, op.cit., p.82 et s. Voir également BIT, *Les règles du jeu*, op.cit., p.28 et s.

organisations syndicales et de bénéficier de leur aide pour défendre leurs intérêts. L'article 40 ajoute le droit de former des syndicats. Toutefois, l'alinéa 2 de ces deux articles introduit des restrictions possibles si elles sont prévues par la loi et « *nécessaires dans une société démocratique* » pour protéger l'ordre public. Les Etats bénéficient alors d'une certaine marge d'appréciation.

Au niveau européen, l'article 28 de la Convention européenne de 1977 affirme le libre exercice du droit syndical pour les travailleurs migrants. Les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne énoncent le droit syndical et les modalités selon lesquelles les Etats doivent promouvoir le droit de négociation collective. Contrairement à l'article 11 de la CESDH, la Charte reconnaît explicitement le droit de grève. Le Comité européen des droits sociaux, la CEDH et la CJCE ont également considéré que les articles relatifs à la liberté syndicale impliquaient la liberté de ne pas adhérer à un syndicat⁸³⁴. Les paragraphes 11 à 14 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs reconnaissent aux ressortissants européens la liberté de créer des organisations professionnelles, de défendre leurs intérêts et de mener des actions collectives, des restrictions étant possibles pour certains corps de la fonction publique. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se réfère à la liberté d'association et à la négociation collective aux articles 12, 27 et 28. Ces droits sont également reconnus par les articles 8 et 7§4 du Règlement n°1612/68⁸³⁵. Bien que la compétence de l'Union ne s'étende pas aux droits d'association, de grève et de lock-out (art. 152§6 TFUE), elle doit favoriser le dialogue social et la négociation collective (art. 153 et 154 TFUE)⁸³⁶. La CJCE a néanmoins reconnu le droit de mener des actions collectives, et notamment le droit de grève car celui-ci fait partie des principes généraux du droit européen. Cependant, dans les affaires *Viking* et *Laval* de 2007, elle précise que ce droit doit se concilier avec les libertés affirmées dans le TFUE ; des restrictions à ces libertés ne peuvent être

⁸³⁴ Pour le secteur privé : CEDS, décision du 15 mai 2003, réclamation n°12/2002, *Confédération des entreprises suédoises contre la Suède*. CEDH, *Sorensen et Ramussen c. Dannemark*, 11 janvier 2006, req. n°52562/99 et n°53630/99. Pour le secteur public : CEDH, arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, 21 avril 2009, req. n°68959/01, CJCE, 9 mars 2006, *Werhof*, aff. C-499/04, *Rec.* 2006, p.I-2397.

⁸³⁵ L'article 8 reconnaît le droit de vote et l'éligibilité aux organisations syndicales. Le Règlement du Conseil n°312/76 du 9 février 1976 est venu étendre les droits syndicaux et la CJCE a interprété de manière extensive les organismes auxquels s'appliquent le droit à la liberté syndicale (CJCE, 4 juillet 1991, *Association de soutien aux travailleurs immigrés (ASTI) contre Chambre des employés privés*, aff. C-213/90, *Rec.* 1991 p.I-3507). De même, seules des exigences liées à l'ordre public peuvent justifier des restrictions, ce qui n'est pas le cas des seules fins de police des étrangers (CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec.*, 1975, p.1219). P. DAILLIER, « Le droit de l'Union européenne en matière de droit du travail », *op.cit.*, p.1060.

⁸³⁶ CJCE, 11 décembre 2007, *Fédération internationale des ouvriers du transport et Union finlandaise des marins* (« *Viking* »), aff. C-438/05, *Rec.* 2007, p.I-10779 ; et 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, *Rec.* 2007, p.I-11767. J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, *op.cit.*, pp.230-231.

admises que s'il existe un objectif compatible avec le traité, justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général. Malgré une affirmation constante au niveau international de la liberté syndicale des travailleurs migrants, l'exercice de cette liberté reste encore limité.

99. Un exercice encore timide de la liberté syndicale par les travailleurs migrants. En pratique, l'exercice de la liberté syndicale par les travailleurs migrants se heurte à de nombreux obstacles. Certains Etats imposent la condition de la citoyenneté pour créer des syndicats, ou fixent un certain pourcentage de nationaux dans la composition du syndicat. D'autres Etats posent une condition de résidence et/ou de réciprocité, bien que les conventions de l'OIT notamment, garantissent l'égalité de traitement sans énoncer de condition particulière. Concernant la résidence, l'OIT encourage les Etats à garantir la liberté syndicale après au moins une période raisonnable de résidence. En ce qui concerne les conflits du travail, l'OIT souligne les pouvoirs discrétionnaires dont disposent les administrations pour éloigner les étrangers du territoire, ce qui peut freiner l'exercice de cette liberté. Par exemple, en Argentine, selon l'article 95 b) de la loi n° 22.439/81 sur les migrations et l'encouragement de l'immigration, le ministère de l'Intérieur peut expulser tout étranger, quelle que soit sa situation de résidence, s'il mène des activités qui affectent la paix sociale, la sécurité nationale ou l'ordre public ; cela laisse une grande marge d'appréciation, d'autant que l'activité syndicale dans ce pays a donné lieu à d'importantes mobilisations. L'article 96 introduit toutefois une limite : le ministère de l'Intérieur pourra dispenser de l'application de l'article 95 les personnes qui sont mariés à un(e) Argentin(e), ou de père ou mère argentin, ou ayant des enfants argentins et ceux qui ont plus de dix ans de résidence⁸³⁷. En général, les travailleurs migrants employés à titre permanent sont plus à même d'exercer leurs droits que les travailleurs temporaires.

Après consultation des travailleurs migrants, en 2003, le BIT a affirmé que les syndicats avaient la mission capitale d'organiser les travailleurs migrants et qu'il fallait abroger les restrictions législatives ou figurant dans les statuts des syndicats⁸³⁸, d'autant que dans certains secteurs, les travailleurs migrants représentent la force de travail la plus importante. A titre d'exemple, la Jordanie, dont le nombre de travailleurs étrangers représente environ un demi-million de personnes employées dans des conditions nettement inférieures à celles travailleurs

⁸³⁷ BIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, §§437-441.

⁸³⁸ CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, op.cit.*, pp.52-53.

nationaux, a autorisé, en 2010, les migrants à se syndiquer et à voter lors des élections professionnelles. Cette réforme a eu un réel impact dans les zones industrielles, notamment dans le secteur textile où les étrangers représentent presque 80% de la main-d'œuvre ; l'accès au droit syndical a permis à des travailleurs peu instruits de connaître leurs droits (salaire, horaire, congés). Selon le directeur des relations du travail au Ministère jordanien du Travail, Jehad Ahmad Jadallah, « avec le nombre croissant de problèmes concernant les travailleurs immigrés, en vue de les organiser et de protéger leurs droits, une institution devenait indispensable [...] Comment pouvons-nous connaître leurs problèmes et leurs revendications s'ils n'adhèrent pas à des syndicats ? ». Certains employeurs ont affirmé que l'amélioration des conditions de travail était rentable au niveau commercial⁸³⁹.

Mais si de nombreux obstacles perdurent concernant l'accès des étrangers à l'activité syndicale, l'implication des syndicats dans la défense des droits des travailleurs étrangers joue un rôle négligeable.

100. Un soutien variable des syndicats aux travailleurs migrants. Il existe peu d'études sur les relations entre les travailleurs étrangers et les syndicats. Pourtant à travers l'analyse de plusieurs exemples, certaines orientations se dessinent. Les actions des syndicats oscillent entre la mobilisation pour l'accès aux droits économiques et sociaux sans discrimination⁸⁴⁰, et l'hostilité, parfois, à l'encontre d'une population perçue comme plus susceptible d'accepter des conditions de travail dégradées. En France par exemple, à la fin des années 1970, période particulièrement difficile pour l'immigration, la CFTD s'est associée avec un foyer de travailleurs immigrés pour rédiger des tracts communs pour demander la baisse des loyers, la reconnaissance des comités de résidents, la fin des contrôles « racistes », et un mouvement « SOS refoulement » a été créé. Dans les années 1980-1990, au contraire, les syndicats se sont désinvestis à la fois parce qu'a été mise en place une aide au retour, et parce qu'en 1981 le droit d'association pour les étrangers a été reconnu ; le droit de s'organiser de manière

⁸³⁹ Toutefois, bien que les travailleurs immigrés puissent désormais adhérer aux 16 syndicats de l'industrie, ils ne peuvent toujours pas être candidats aux élections professionnelles et, comme les travailleurs jordaniens, ils ne peuvent pas établir leur propre organisation, la Jordanie n'ayant pas ratifié la convention fondamentale de l'OIT n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical. http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_195653/lang--fr/index.htm

⁸⁴⁰ En France, pourtant, les syndicats n'ont pas hésité à se mobiliser, en avril 2008, en faveur des sans-papiers. GISTI, *Etrangers, syndicats « tous ensemble ? »*, GISTI, *Plein droit* n°89, juin 2011, pp.3-4. Sur la mobilisation en France en faveur des sans-papiers, voir dans la même revue A. MORICE, « Sans-papiers : une difficile reconnaissance », in GISTI, *Plein droit* n°89, juin 2011, pp.5-8, et A. MORICE et V. CARRERE, « Régularisations choisies », in GISTI, *Plein droit* n°89, juin 2011, pp.9-12. Voir également P. BARRON *et al.*, *On bosse ici, on reste ici ! La grève des sans-papiers : une aventure inédite*. Paris, La Découverte, 304 p.

autonome a entraîné une certaine coupure avec les syndicats. Au début des années 1990, nouveau mouvement de balancier : des campagnes de syndicalisation ont été menées, et la priorité a été donnée à la lutte contre les discriminations. Aujourd'hui, face à la remise en cause des droits des étrangers, les syndicats semblent avoir retrouvé de nouveau un rôle à jouer⁸⁴¹.

Aux Etats-Unis, les problèmes migratoires sont apparus parallèlement à l'industrialisation et à l'émergence de la classe ouvrière. Initialement, les orientations prises par les syndicats ont été défavorables aux immigrés. Le mouvement syndical était notamment marqué par les rapports entre les races et les stratégies de mobilisation. Ces orientations ont changé avec l'émergence de mobilisations défendues par les immigrés. Mais tous les syndicats ne présentent pas le même enthousiasme, certains restant réticents à faire participer les travailleurs étrangers aux activités de l'organisation. Les immigrés les plus récemment arrivés sont perçus comme faiblement mobilisables en raison de leur statut migratoire. La forte combativité des immigrés, notamment des latino-américains, par le biais d'associations créées par eux, reste la plus efficace⁸⁴².

Concernant la protection des migrantes, la Confédération internationale des syndicats (ICFTU), a encouragé, dans plusieurs pays, les syndicats à se mobiliser pour défendre leurs intérêts - notamment ceux des étrangères travaillant dans le secteur domestique, qu'elles soient en situation régulière ou non. En Belgique, le FBTG et en Italie, les CGIL et UIL, ont offert à ces femmes une assistance administrative et juridique. Des actions similaires ont été menées au Portugal, en Espagne, en Grande-Bretagne ou encore en Grèce⁸⁴³. En Suisse, le SIT a octroyé des certificats prouvant qu'elles étaient défendues, et a essayé de mettre en place un système de chèque emploi service, comme en France, permettant à leurs employeurs de les déclarer sans complications administratives. En Amérique latine, l'OIT a organisé un séminaire avec les syndicats sur les conditions de travail dans le secteur domestique et une Déclaration a été adoptée. Parmi les avancées on peut citer : la reconnaissance de la valeur du travail effectué par les travailleuses domestiques et de leur contribution au développement du pays dans lequel elles travaillent ; la lutte conjointe pour la défense et la mise en œuvre des

⁸⁴¹ P. BOUTRON et N. FERRE, « Une vie entre syndicat et immigrés », in GISTI, *Plein droit* n°89, juin 2011, pp.13-18.

⁸⁴² M. BONZOM, « syndicats et immigrés aux Etats-Unis », in GISTI, *Plein droit* n°89, juin 2011, pp.19-22.

⁸⁴³ ICFTU, *Trade Union World Briefing, Brussels*, December 2002, pp.2-3.

conventions de l'OIT et pour la promotion d'une Convention internationale garantissant les droits des travailleuses domestiques ; le souci de placer les revendications de ces employées au cœur des agendas des syndicats et des gouvernements, afin de garantir l'égalité des droits, et de meilleures conditions de travail et de rémunération pour les travailleuses domestiques⁸⁴⁴.

Bien que la tendance actuelle, du moins en Europe, soit à l'affaiblissement des syndicats, et bien que dans d'autres régions du monde des difficultés persistent, les syndicats restent des corps intermédiaires dans la société civile⁸⁴⁵. Les travailleurs migrants y trouvent un interlocuteur privilégié. Le Bureau des activités pour les travailleurs (ACTRAV) du BIT et le Mouvement syndical international ont mis en place un « modèle d'accord syndical sur la protection des droits des travailleurs migrants » ; celui-ci a encouragé en 2009 la signature, par les secrétaires de trois syndicats nationaux de Sri Lanka et leurs homologues au Bahreïn, en Jordanie et au Koweït, de trois accords bilatéraux sur la protection des droits des travailleurs migrants. Ce modèle d'accord promeut la ratification et le respect de la convention n°143 de 1975, et appelle à lutter contre le racisme et la discrimination dans les sociétés d'accueil, conformément aux principes de solidarité, de justice sociale, d'égalité de traitement, d'égalité des chances et d'égalité entre hommes et femmes, défendus par le syndicalisme international. Ce modèle a ensuite été diffusé dans des accords multilatéraux et bilatéraux en Asie, en Afrique, et a été promu lors du congrès de 2009 de la Confédération syndicale des Amériques⁸⁴⁶.

Actuellement, l'activité syndicale des travailleurs migrants reste limitée. Ces derniers s'associent encore relativement peu aux syndicats nationaux et préfèrent créer des syndicats de migrants. Pourtant, des efforts ont été menés pour encourager l'endossement des réclamations des migrants par les syndicats nationaux qui constituent des interlocuteurs privilégiés pour défendre les droits liés à l'exercice du travail.

Mais à côté des droits directement liés au travail, d'autres droits accessoires sont également reconnus aux travailleurs étrangers.

⁸⁴⁴ G. MORENO-FONTES CHAMMARTIN, « Working conditions of women migrant workers : ILO's strategy to improve their protection in an area of globalization », *op.cit.*, pp.208-209

⁸⁴⁵ J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, *op.cit.*, p.219.

⁸⁴⁶ CIT, *l'Égalité au travail : un objectif qui reste à atteindre*, *op.cit.*, encadré 2.14.

SECTION II : Le bénéfice de droits « accessoires » au travail

La protection sociale des travailleurs étrangers étudiée dans la section précédente est étroitement liée au droit aux prestations de sécurité sociale (§1) et à la libre disponibilité des ressources (§2).

§1- Les droits liés à la sécurité sociale

Le droit d'accès à une protection sociale constitue un droit social fondamental. Outre son affirmation à l'article 22 de la DUDH et à l'art. 9 du PIDESC, la Déclaration de Philadelphie de 1944 annexée à la Constitution de l'OIT de 1919 contient comme objectif « *l'extension des mesures de sécurité sociale [...] à tous ceux qui ont besoin d'une telle protection* ». L'objet des régimes de sécurité sociale est de venir en aide aux personnes qui, à certaines périodes de leur vie, ne perçoivent plus un revenu suffisant de leur travail ou ne sont plus capables de travailler. Bien que les définitions varient selon les Etats, l'OIT a défini la sécurité sociale au sens formel comme « *un ensemble d'institutions, de mesures, de droits, d'obligations et de transferts dont l'objectif premier est de garantir l'accès aux services de santé et aux services sociaux, d'assurer une sécurité de revenu permettant de faire face à certains aléas de l'existence (perte de revenus en cas d'invalidité, vieillesse ou chômage, entre autres) et d'enrayer ou d'atténuer la pauvreté* ». Le coût de la protection des personnes individuelles contre ces éventualités est réparti entre les membres de la collectivité⁸⁴⁷.

L'accès des travailleurs étrangers à la sécurité sociale doit être étudié du point de vue de l'interdiction de la discrimination et du point de vue de la circulation des travailleurs⁸⁴⁸. L'OIM a mis en évidence que le moyen le plus efficace de garantir la sécurité sociale des travailleurs migrants était de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux pour conserver les droits acquis. Les accords multilatéraux ont pour avantage de se doter de règles communes et de contourner ainsi les difficultés de lisibilité liées à la multitude d'accords qui peuvent exister sur le sujet ; en revanche, les accords régionaux ou bilatéraux permettent d'atteindre

⁸⁴⁷ CIT, *Changements dans le monde du travail*, op.cit., p. 42. Sur les défis à relever pour la sécurité sociale, voir dans le même rapport p. 42s. Voir également : CIT, *Etude d'ensemble concernant les instruments relatifs à la sécurité sociale à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, Rapport III (Partie 1B), Troisième question à l'ordre du jour: Informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (articles 19, 22 et 35 de la Constitution), 100e session, 2011.

⁸⁴⁸ O. DANIC, « Le principe de l'égalité de traitement », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.1555.

des résultats plus efficaces⁸⁴⁹. En l'absence de règles internationales, les Etats peuvent toujours octroyer unilatéralement certains avantages aux étrangers⁸⁵⁰. Concernant les travailleurs migrants, l'objet du droit international en matière de sécurité sociale est double : assurer une égalité de traitement avec les travailleurs nationaux (A), et éviter que le changement de résidence ne conduise à la perte de droits déjà acquis ou en cours d'acquisition (B)⁸⁵¹.

A. L'égal accès à la couverture et aux prestations de sécurité sociale dans le pays d'accueil

101. Le droit d'être affilié. Le principe de l'égalité de traitement entre les travailleurs étrangers et nationaux en matière de sécurité sociale est posé très largement, à la fois comme droit individuel dans le cadre du travail, et comme droit de l'homme, même quand ce droit n'est pas explicitement affirmé dans l'instrument protecteur⁸⁵². Il est par exemple intéressant de noter comment la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples encourage les Etats à adopter des normes de sécurité sociale, bien qu'il ne s'agisse pas là d'un droit prévu par la Charte. En effet, dans le cadre de la nécessité pour l'Etat de promouvoir les droits sociaux, la Commission estime que l'Etat, au titre de la mise en œuvre des droits sociaux, peut fournir de la nourriture aux populations ou leur allouer des ressources permettant d'en acheter. Parmi les mesures suggérées aux Etats, elle cite l'aide alimentaire et la sécurité sociale⁸⁵³. La Commission africaine semble ainsi considérer le droit à la sécurité sociale comme un droit permettant de mettre en œuvre, ou d'empêcher la violation du droit à l'alimentation ou d'autres droits sociaux⁸⁵⁴. Au niveau de l'OIT, l'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et étrangers en matière de sécurité sociale est garantie au titre des instruments généraux ou encore au titre des instruments spécifiques⁸⁵⁵. L'article 6§1 alinéa b)

⁸⁴⁹ *Ibid*, p.1552.

⁸⁵⁰ OIM, *Etat de la migration dans le monde*, *op.cit.*, pp.335-336.

⁸⁵¹ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, *op.cit.*, p.249.

⁸⁵² K. MARKOV, « Le droit à la sécurité sociale », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK, (dir.) *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.1460-1489.

⁸⁵³ ComADHP, 13-27 octobre 2001, *Social and economic Rights Action Center, Centre for Economic and social Rights c. Nigeria*, n° 155/96, 30ème Session ordinaire, 15ème Rapport d'activités, (pp.29-41), §47.

⁸⁵⁴ E. GUEMATCHA, « La justiciabilité des droits sociaux en Afrique : L'exemple de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, p.144.

⁸⁵⁵ Parmi les instruments généraux qui consacrent l'égalité de traitement l'on trouve la Convention n°102 de 1952 concernant les normes minimum de sécurité sociale (art. 68), la Convention n°165 de 1987 sur la sécurité

de la Convention n°97, l'article 10 de la Convention n°143 et l'article 27 de la Convention de New York⁸⁵⁶ prévoient l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale. Notons toutefois que la Convention n°97 ne sera pleinement exécutoire que si elle est complétée par un accord bilatéral, un modèle d'accord étant proposé aux Etats en annexe de la Recommandation n°86⁸⁵⁷. S'agissant des conventions générales de l'OIT, la Convention n° 102 concernant les normes minimum de sécurité sociale affirme le droit d'être affilié mais laisse aux Etats une certaine latitude : pour les prestations financées exclusivement ou principalement sur fonds publics, les Etats peuvent adopter des règles particulières pour les étrangers et les nationaux nés hors de leur territoire ; il est également possible de subordonner à l'existence d'un accord de réciprocité le bénéfice des systèmes contributifs applicables aux salariés dont doivent bénéficier les ressortissants d'une autre Etat partie. Deux autres conventions méritent que l'on s'y arrête : la Convention n°118 de 1962 concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale, et la Convention n°157 de 1982 sur la conservation de droits dans ce domaine. Mais ces conventions contiennent une restriction importante qui compromet leur mise en œuvre. Contrairement aux autres conventions de l'OIT, l'égalité de traitement est soumise à une condition de réciprocité : ne bénéficient de l'égalité de traitement, à l'exception des réfugiés et apatrides (art. 10), que les ressortissants des Etats ayant ratifié la Convention (art. 3). Par ailleurs, l'égalité doit en principe être accordée sans condition de résidence, ce qui ne signifie pas qu'aucune condition de lieu de résidence ne puisse être exigée, mais qu'une telle condition ne doit pas être imposée uniquement aux étrangers (art. 4)⁸⁵⁸.

Au niveau du Conseil de l'Europe, certains avantages ont tout d'abord été accordés aux travailleurs migrants par la Convention européenne de Sécurité sociale de 1972⁸⁵⁹, précédée

sociale des gens de mer (partie IV), ou encore les Conventions n°121 de 1964 sur les accidents du travail et les maladies professionnelles (art. 27) et n° 130 concernant les soins médicaux et les indemnités de maladie (art. 32) *Ibid*, p. 205. Voir aussi R. PLENDER, *op.cit.*, pp.204-205 et BIT, *Les règles du jeu, op.cit.*, p.64. Il convient également de mentionner l'initiative commune du BIT et de l'OMS d'avril 2009, qui vise à créer une protection sociale universelle, ainsi que le Pacte mondial pour l'emploi adopté par la CIT en 2009. Bien que ces instruments constituent des actes de *soft law*, ils constituent des nouvelles orientations. O. DANIC, *op. cit.*, p.1554.

⁸⁵⁶ La rédaction de l'article 27 est prudente mais introduit une hypothèse originale : « 2. Lorsque la législation applicable prive les travailleurs migrants et les membres de leur famille d'une prestation, les Etats 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 ».

⁸⁵⁷ O. DANIC, *op.cit.*, p.1558.

⁸⁵⁸ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, pp.250-251.

⁸⁵⁹ Convention européenne de sécurité sociale, 14 décembre 1972, *STE* n°78, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1977.

de deux accords intérimaires élaborés en 1953⁸⁶⁰. Cette Convention a donné corps au principe de l'égalité de traitement des ressortissants des parties contractantes au regard des législations nationales de sécurité sociale, ainsi qu'au maintien des avantages attachés au bénéfice de ces législations, quels que soient les déplacements des personnes protégées sur les territoires des parties contractantes⁸⁶¹. Puis, l'article 18 de la Convention relative au statut juridique du travailleur migrant a institué une égalité de traitement pour les travailleurs migrants et les membres de leurs familles. La Charte sociale de 1961, révisée de 1996, proclame ensuite dans son article 12 le droit à la sécurité sociale qui suppose que les régimes soient maintenus à un niveau suffisant. Cet article fait d'ailleurs partie du « noyau dur » de la Charte. Celle-ci sera complétée par des dispositions plus techniques contenues dans le Code européen de la Sécurité sociale de 1964 qui vise à améliorer et harmoniser les systèmes des Etats contractants⁸⁶².

Le droit à la sécurité sociale est donc en principe largement admis, mais la condition de réciprocité qui peut être exigée constitue un frein au bénéfice effectif de ce droit. De même, si le principe de ce droit est admis, les domaines de son application peuvent varier.

102. La variabilité des domaines concernés par l'égalité de traitement selon le pays d'accueil. Tous les pays ne disposent pas des mêmes régimes de sécurité sociale car leur niveau de développement varie. La CIT distingue ainsi deux groupes. Le premier est composé des pays industrialisés et des pays en développement à revenu intermédiaire, qui disposent d'un dispositif national couvrant une part importante de la population. Le deuxième est composé, quant à lui, des pays en développement qui ont majoritairement mis en place un système formel limité, ne couvrant qu'une petite partie de la population ; ces pays restent largement tributaires des systèmes informels. Pour la CIT, les Etats du premier groupe doivent procéder à des réformes et ceux du deuxième groupe, soit se doter de régimes de sécurité sociale, soit élargir les systèmes existants. L'objet du droit international social n'est donc pas d'imposer les mêmes normes à tous Etats, d'autant que certains voient dans les régimes de

⁸⁶⁰ Accords intérimaires européens concernant la sécurité sociale à l'exclusion des régimes relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants et protocole additionnel, 11 décembre 1953, *STE* n°12 et 13.

⁸⁶¹ H. GOLSONG, « La convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant », *op.cit.*, p.229-230.

⁸⁶² Code européen de sécurité sociale, 16 avril 1964, *STE* n°48, entré en vigueur le 17 mars 1968, révisé le 6 novembre 1990, *STE* n°139, pas encore en vigueur. S. HENNION *et al.*, *op.cit.*, p.152.

sécurité sociale plutôt un coût qu'un investissement⁸⁶³. Pour ces Etats, faire bénéficier les travailleurs étrangers d'une couverture sociale est souvent perçu comme un coût supplémentaire intolérable. Les cotisations de sécurité sociale consistant en des prélèvements sur les salaires, la qualité de travailleur permet certes l'affirmation de l'égalité de traitement, mais il est clair que l'étendue du traitement dépend de chaque pays ou de chaque accord liant le pays d'accueil.

L'article 6§1 alinéa b) de la Convention OIT de 1949 entend par sécurité sociale « *les dispositions légales relatives aux accidents du travail, aux maladies professionnelles, à la maternité, à la maladie, à la vieillesse et au décès, au chômage et aux charges de famille, ainsi qu'à tout autre risque qui, conformément à la législation nationale, est couvert par un système de sécurité sociale* ». Des restrictions sont toutefois possibles en ce qui concerne, d'une part, l'existence d'« *arrangements appropriés visant le maintien des droits acquis et des droits en cours d'acquisition* » (article 6, paragraphe 1 b) i)) et, d'autre part, « *les prestations ou fractions de prestations payables exclusivement sur les fonds publics, ainsi que les allocations versées aux personnes qui ne réunissent pas les conditions de cotisation exigées pour l'attribution d'une pension normale* » (article 6, paragraphe 1 b) ii)). Il n'est cependant pas possible d'écarter systématiquement les travailleurs migrants du bénéfice des prestations de sécurité sociale sur la seule base de la nationalité. Le BIT a rappelé que la Convention couvrait tous les travailleurs migrants, aussi bien ceux qui jouissent du statut de résident permanent que ceux qui sont temporaires. Il ajoute que, selon l'article 6§1 de la Convention n°97, que les Etats Membres s'engagent à appliquer aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de leur territoire un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui appliqué aux nationaux dans certaines matières, y compris la sécurité sociale. Le BIT conclut donc que l'imposition de conditions de résidence ne pose pas de difficultés, dès lors qu'elle est opposable à tous, y compris aux ressortissants nationaux⁸⁶⁴. Les autres instruments spécifiques aux travailleurs migrants n'apportent pas de précisions⁸⁶⁵. L'article 10 de la Convention n°143 prévoit le principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale en général, ce qui n'exclut pas *a priori* les prestations non contributives. Toutefois, la Conférence a précisé que l'inclusion de la sécurité sociale dans l'article 10 ne devait pas entrer en contradiction avec les dispositions des autres conventions traitant de cette question ; on

⁸⁶³ CIT, *Changements dans le monde du travail, op.cit.*, §121.

⁸⁶⁴ BIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, §431.

⁸⁶⁵ *Ibid*, §433.

pourrait donc admettre, en ce qui concerne les prestations non contributives, des dispositions particulières semblables à celles autorisées à l'article 6§1 alinéa b) ii), de la Convention n° 97, ou encore à l'article 4§2, de la Convention n°118. Seul le paragraphe 34 alinéa c) de la Recommandation n°151 de 1975 prévoit que le travailleur migrant a droit « *conformément à la pratique nationale: [...] ii) au remboursement des cotisations de sécurité sociale qui, suivant la législation nationale ou les arrangements internationaux, n'ont pas créé ou ne créeront pas en sa faveur de droits à prestations - étant entendu que, lorsque les cotisations ne peuvent permettre l'ouverture de droits à prestations, tous les efforts devraient être faits pour conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux permettant de protéger les droits des migrants* ».

Le régime des Conventions n°118 et n°157, qui concerne les neuf branches⁸⁶⁶ de la sécurité sociale, diffère néanmoins. Selon la première Convention, un Etat « peut » accepter les obligations pour une ou plusieurs branches (art. 2) ; selon la deuxième, un pays possédant une législation pour une branche déterminée doit appliquer les normes de cette convention à propos de cette branche (art. 2). Selon les deux conventions, les Etats sont autorisés à déroger aux dispositions dès lors qu'ils n'affectent pas les droits et obligations des autres Etats parties et qu'ils adoptent des règles au moins aussi favorables (art. 8 et 9 de la Convention n°118, 4 et 17 de la Convention n°157). La Recommandation n°157 « encourage » les Etats à conclure des accords bi ou multilatéraux sur les neuf branches de la sécurité sociale et à coordonner ces instruments ; des dispositions types pour la conclusion de tels accords sont suggérées en annexe⁸⁶⁷. Le Code européen de la sécurité sociale est plus exigeant que la Convention OIT n°102, puisqu'il impose l'acceptation des dispositions pour les neuf branches ; mais il est dépourvu de procédure de contrôle. Si l'égalité de traitement entre travailleurs étrangers et travailleurs nationaux est affirmée en principe, des restrictions restent possibles. Le modèle proposé par l'Union européenne est au contraire beaucoup plus abouti.

⁸⁶⁶ Parmi les neuf branches de la sécurité sociale figurent : les accidents du travail et les maladies professionnelles ; les soins médicaux ; les indemnités de maladie ; les prestations d'invalidité ; les prestations de survivants ; les prestations de vieillesse ; les prestations de maternité ; les prestations familiales ; et les prestations de chômage. J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, p.233 et s.

⁸⁶⁷ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, pp.249-250.

103. Coordination des systèmes de sécurité sociale au sein de l'Union européenne⁸⁶⁸. La promotion de la protection sociale fait partie des objectifs de l'UE (art. 2 TUE et art. 9 TFUE). Nous ne traiterons ici que des « régimes de sécurité sociale », qu'il convient de distinguer de « l'assistance sociale » selon une jurisprudence abondante développée par la CJCE depuis son arrêt *Biason* de 1974⁸⁶⁹. L'article 34 de la Charte des droits fondamentaux proclame le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale. Le premier pilier de la sécurité sociale, qui concerne les régimes légaux de la sécurité sociale de base, a très vite été développé, sur le fondement de l'article 51 TCEE (devenu art. 42 TCE, actuel 48 TFUE), par le biais de règlements de coordination. Tel n'a pas été immédiatement le cas pour les régimes complémentaires en raison de la grande diversité des modèles entre les Etats membres. Mais si les domaines ont été coordonnés, ils ne sont pas complètement harmonisés. Selon la CJCE, « à défaut d'harmonisation en matière de sécurité sociale, les Etats membres restent compétents pour définir les conditions requises pour l'octroi des prestations de sécurité sociale »⁸⁷⁰. La Cour a également rappelé que « le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des Etats pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale »⁸⁷¹.

La libre-circulation des personnes mise en place par le marché commun a supposé de faire « fonctionner ensemble » les différents régimes de sécurité sociale applicables sur une base territoriale⁸⁷² ; mais l'intervention du droit de l'Union reste limitée. Celui-ci énonce des domaines de coordination et définit des principes⁸⁷³. Concernant les domaines de

⁸⁶⁸ D'autres groupements régionaux ont également adopté des accords de sécurité sociale comme par exemple l'Accord de la Communauté des Caraïbes (CARICOM) sur la sécurité sociale de 1996, entré en vigueur le 1^{er} avril 1997. L'accord garantit le cumul des droits pour les périodes de cotisation aux différents régimes des Etats membres. OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op.cit.*, p.336. On peut également mentionner l'Accord concernant la sécurité sociale du 15 décembre 1997, conclu sous les auspices du Mercosur, et entré en vigueur le 15 décembre 2005 ; il affirme, à l'article 2, l'égalité de traitement pour les travailleurs ressortissants des Etats parties. En Asie, l'ASEAN n'a pas conclu d'accord de sécurité sociale mais elle reconnaît l'importance du droit d'accès à la sécurité sociale pour les travailleurs migrants, tel que cela ressort de la Déclaration sur la protection et la promotion des droits des travailleurs migrants de janvier 2007. Mais nous ne nous intéresserons dans cette partie qu'aux règles de l'Union européenne qui sont particulièrement instructives. O. DANIC, *op.cit.*, p.1561.

⁸⁶⁹ CJCE, 9 octobre 1974, *G. Biason*, aff. 24/74, *Rec.*1974, p.999.

⁸⁷⁰ CJCE, 4 novembre 1997, *Snares*, aff. C-20/96, *Rec.*1997, p.I-6057

⁸⁷¹ CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, *Rec.* p.I-1931.

⁸⁷² S. HENNION, *op. cit.*, p.155.

⁸⁷³ Les premiers textes adoptés ont été les Règlements n° 3 et 4 du 25 septembre 1958 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants (*JOCE* 30 du 16 décembre 1958, p.516). Ils ont ensuite été remplacés par les Règlements n°1408/71/CEE du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leurs familles qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (*JO L* 149 du 5 juillet 1971, p.2) et n°574/72/CEE du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du précédent (*JO L* 74 du 27 mars 1972, p.1). Ces règlements prennent en compte les interprétations jurisprudentielles et les évolutions des systèmes nationaux. Puis, la Commission a proposé, en

coordination, le Règlement n°883/2004/CE identifie clairement les bénéficiaires mais n'apporte que peu de modifications concernant les matières couvertes. La coordination concerne les citoyens de l'Union, salariés et non-salariés, et également les ressortissants de l'Espace économique européen (EEE), les réfugiés et les apatrides, les fonctionnaires et les étudiants, et les membres de la famille des personnes mentionnées. Pour ce qui est du champ matériel de la coordination, l'article 3§1 du Règlement vise toutes les législations relatives aux branches de la sécurité sociale dont il fournit une liste, la notion de législation devant être entendue au sens large. Toutefois, la délimitation exacte du domaine de coordination dépend d'un mécanisme de « *déclaration des Etats membres concernant le champ d'application* » du Règlement n°883/2004/CE. L'omission d'un domaine par un Etat ne peut exclure ce domaine du champ d'application du Règlement⁸⁷⁴. Les régimes complémentaires, du moins les régimes conventionnels, sont exclus⁸⁷⁵. La Cour a par ailleurs adopté une conception extensive de la notion de prestations de sécurité sociale, pour inclure certaines prestations non contributives, grâce à la notion de « *prestations non contributives de type mixte* »⁸⁷⁶. Les principes de coordination laissent subsister autant de régimes qu'il existe d'Etats membres, mais affirment l'unicité législative ; autrement dit, ils déterminent la législation applicable pour l'octroi des prestations à un travailleur migrant qui a pu fréquenter plusieurs régimes : la loi de l'Etat d'emploi. La législation applicable est une question déterminante pour éviter les conflits de loi. Il s'agit d'une avancée majeure en droit de l'Union, alors que les normes de l'OIT n'envisagent pas la question. Seule la Convention n°157 l'évoque, mais elle se limite à renvoyer la détermination de la loi applicable à la conclusion d'accords ultérieurs par les Etats. L'article 5 énonce tout de même quelques principes, notamment l'application de la loi du pays d'emploi pour les travailleurs salariés et indépendants, même en cas de résidence dans un autre Etat. Pour les personnes inactives, la loi applicable est la loi de l'Etat de résidence. Toutefois, les Etats peuvent s'accorder pour appliquer la loi de résidence à certaines catégories de travailleurs. D'autres dérogations peuvent également être établies avec l'accord

1998, de procéder à une refonte législative mais cette proposition s'est longtemps heurtée aux divergences des Etats, la règle de décision au sein du Conseil étant l'unanimité. Finalement, le Parlement européen et le Conseil adoptent, le 29 avril 2004, le Règlement n°883/2004/CEE portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 166 du 30 avril 2004, p.1), et cinq ans plus tard, son Règlement d'application n° 987/2009/CE du 16 septembre 2009 (JO L 284 du 30 octobre 2009, p.1). L'objet de ces règlements est de moderniser et de simplifier les systèmes de coordination

⁸⁷⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Van der Veen*, aff. 100/63, *Rec.*1964, p.1105.

⁸⁷⁵ Voir la Directive n°98/49/CE du Conseil du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non-salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JO L 209 du 25 juillet 1998, p.46.

⁸⁷⁶ CJCE, 22 juin 1972, *Frilli*, aff. 1/72, *Rec.*1972, p. 457. Pour plus de détails voir S. HENNION *et al. op.cit.*, pp.173-180.

des personnes intéressées⁸⁷⁷. En droit de l'UE, sont ensuite affirmés l'interdiction de discrimination de ces travailleurs dans la mise en œuvre de la législation applicable, la suppression des clauses de résidence pour l'ouverture du droit aux prestations et leur attribution, et enfin le maintien et le cumul des droits acquis ou en cours d'acquisition⁸⁷⁸.

Le Règlement n°859/2003 du 14 mai 2003 est venu étendre aux ressortissants de pays tiers à l'Union et aux membres de leur famille les règles applicables aux ressortissants européen et assimilés, mais à la condition qu'ils résident légalement sur le territoire d'un Etat membre et s'ils se déplacent à l'intérieur de l'UE. La coordination dont bénéficient les ressortissants des pays tiers ne vaut qu'à l'intérieur de l'UE mais ne s'étend pas au territoire national de ces pays tiers. Mais certains ressortissants étrangers sont soumis un régime particulier en vertu d'un accord bilatéral conclu avec la Communauté, comme les accords conclus avec la Turquie⁸⁷⁹, avec les pays du Maghreb⁸⁸⁰ ou encore avec d'autres pays de la Méditerranée⁸⁸¹.

Seules les règles du droit de l'UE instaurent une véritable coordination, les questions de fond relevant de la législation nationale applicable en vertu de la réglementation européenne. Mais la question du droit des travailleurs migrants aux prestations de sécurité sociale soulève aussi la question du maintien des droits acquis et de l'exportabilité des droits.

B. La reconnaissance ponctuelle de l'exportabilité et du maintien des droits dans un autre pays

104. La transférabilité des droits. L'application du principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale soulève de nombreux problèmes techniques tels que la transférabilité du versement des prestations, ou encore la question du cumul des cotisations

⁸⁷⁷ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, *op.cit.*, p.252.

⁸⁷⁸ S. HENNION *et al.*, *op.cit.*, p.180.

⁸⁷⁹ Accord d'association avec la Turquie, décisions n°1/80 et n°3/80 du 19 septembre 1980 du Conseil d'association, qui transpose le mécanisme du règlement n° 1408/71 pour les ressortissants turcs qui circulent entre plusieurs Etats membres.

⁸⁸⁰ Accord avec l'Algérie du 26 avril 1976, accord avec le Maroc du 27 avril 1976 et accord avec la Tunisie du 25 avril 1976, remplacés par l'accord euro-méditerranéen liant la Communauté et ses Etats membres avec ces pays. Cet accord est signé respectivement le 19 décembre 2001, le 26 février 1996 et le 17 juin 1995, et entré respectivement en vigueur le 1^{er} septembre 2005, le 1^{er} mars 2000, et le 1^{er} mars 1998. Ces textes s'appliquent aux travailleurs salariés uniquement et aux membres de leurs familles.

⁸⁸¹ Avec Israël, la Jordanie et le Liban. GISTI, *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux*, Les cahiers juridiques, Paris, Expressions II, seconde éd., pp.26-33.

effectuées dans différents pays. La transférabilité des prestations de sécurité sociale suppose que les droits soient exportables, c'est-à-dire que l'Etat s'engage à verser les prestations dans un autre pays. Les règles de sécurité sociales contenues dans la partie II de la Convention n°143 et dans de l'article 7 de la Convention n°97 ne sont applicables aux travailleurs migrants que s'ils résident légalement sur le territoire du pays d'emploi. Elles n'ont donc pas pour objet de traiter du service des prestations à l'étranger, même si de nombreux Etats acceptent celui-ci quand une convention bilatérale a été conclue à cet effet. Il existe d'ailleurs de très nombreux accords bilatéraux de sécurité sociale, visant à résoudre les problèmes techniques. En France par exemple, ces conventions opèrent des aménagements avec le principe de territorialité, au profit de l'égalité de traitement, sur une base de réciprocité. Nombre de ces conventions prévoient la possibilité pour le bénéficiaire d'une prestation française d'exporter celle-ci hors de France. Selon les conventions, ces prestations exportables peuvent concerner les prestations à court ou à long terme. Dans la plupart des conventions, l'intéressé doit avoir liquidé sa pension avant son départ, mais pas toujours⁸⁸². La question de la transférabilité des droits est néanmoins abordée au paragraphe 34 alinéa 1 b) et c) de la Recommandation n°151 ; celle-ci prévoit que le travailleur qui se rend dans un autre pays a droit au versement des prestations auxquelles il aurait légalement droit en cas d'accident du travail et de maladies professionnelles, à une indemnité compensatrice pour les congés annuels acquis mais non utilisés, ainsi qu'au remboursement des cotisations de sécurité sociale qui n'ont pas créé de droit à prestation⁸⁸³. Aux termes de la Convention n°118 de l'OIT, l'Etat s'engage, pour une branche déterminée, à verser les prestations à l'étranger à la fois à ses ressortissants mais également aux ressortissants d'un Etat partie ayant accepté les obligations de la Convention pour la même branche (art. 5 et 6). La Convention n° 157 prévoit une obligation analogue mais pour toutes les branches de la sécurité sociale (art. 9). Les deux textes étendent le champ de cette obligation aux réfugiés et apatrides, sans condition de réciprocité. L'obligation du maintien des droits acquis et leur transférabilité est immédiate. Les Etats sont en effet tenus de « s'efforcer » de participer à la conservation des droits (art. 7 de la Convention n°118, et art. 10 de la Convention n°157). L'expression « s'efforcer » indique qu'il ne s'agit toutefois que d'une obligation de moyen : seule l'exigence de bonne foi doit amener les Etats à faire leur possible pour mettre en œuvre cette obligation, mais l'échec

⁸⁸² GISTI, *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux*, op.cit., pp.35-36.

⁸⁸³ BIT, *Travailleurs migrants*, op.cit., §434.

de celle-ci ne peut s'interpréter comme un manquement⁸⁸⁴. Toutefois, ces conventions prévoient toutes deux dans leur article 11 que les Etats sont invités à se prêter une assistance administrative pour une meilleure application de leurs législations de sécurité sociale et des conventions internationales. La Convention n°157 ajoute également l'obligation pour les Etats de développer les services sociaux destinés à assister les personnes concernées dans leurs relations avec les autorités, institutions et juridictions, et aussi de faciliter leur admission au bénéfice des prestations, l'exercice éventuel du droit de recours et l'amélioration de leur condition personnelle et familiale⁸⁸⁵.

Au niveau de l'Union européenne, l'article 48 du TFUE insiste sur la nécessité de garantir l'exportabilité des prestations de sécurité sociale en imposant « *le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des Etats membres* » (al. 1 b)). Cet article a été repris à l'article 7 du Règlement n°883/2004/CE intitulé « levée des clauses de résidence ». L'objet est d'éviter que l'intéressé perde le bénéfice des prestations parce qu'il réside dans un Etat membre autre que celui dans lequel il a acquis le droit en cause. L'exportabilité concerne toutes les prestations en espèce dues en vertu de la législation, indépendamment du fait que l'autre Etat ait adopté des dispositions législatives similaires. De plus, en droit de l'UE, il ne s'agit plus d'une obligation de moyen mais de résultat. Font toutefois l'objet d'un régime différent les « prestations spéciales à caractère non contributif » et les prestations de chômage dont le versement reste soumis à une condition de résidence. S'agissant des prestations de chômage, par exemple, l'article 64 prévoit que le chômage ne pourra être perçu dans le nouveau pays d'accueil que pendant une période de 3 à 6 mois⁸⁸⁶. L'exportabilité des droits n'est donc réellement exigible qu'au sein de l'Union européenne.

105. La totalisation des droits. Une autre difficulté technique se pose à propos du changement de résidence, qui risque de faire perdre au travailleur migrant le bénéfice des périodes d'emploi, de cotisation ou de résidence nécessaires pour le versement des prestations, ou intervenant dans le calcul du montant de ces prestations. Le changement de résidence pourrait donc contraindre le travailleur migrant à cotiser pendant un temps plus long

⁸⁸⁴ Sur la justiciabilité du droit à la sécurité sociale v. D. ROMAN, « La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale : les droits sociaux au-delà des droits créances », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, p.267 et s.

⁸⁸⁵ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, op.cit., pp.251-253.

⁸⁸⁶ S. HENNION *et al.*, op.cit., pp.193-197.

(période de stage) ou à ne toucher qu'une pension réduite. Il faudrait donc pouvoir cumuler les différentes périodes et montants de cotisations intervenus dans les différents pays. Les Conventions n°118 et n°157 demandent aux Etats de « s'efforcer » de participer à un système de conservation des droits en cours d'acquisition. L'article 18§2 de la Convention du Conseil de l'Europe de 1977 utilise le même terme, mais renvoie à la conclusion d'accords ultérieurs les modalités de mise en œuvre. Le système doit notamment prévoir la totalisation des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence, et des périodes assimilées, pour l'ouverture, le maintien ou le recouvrement des droits ainsi que pour le calcul des prestations. Il doit également s'occuper de l'éventuelle répartition des charges afférentes aux prestations d'invalidité, de vieillesse et des ayants-droits, voire des rentes de maladies professionnelles (art. 7 de la Convention n°118; art. 6 à 8 de la Convention n°157)⁸⁸⁷.

Le droit de l'Union européenne est allé plus loin en organisant les modalités de totalisation des droits. Le maintien des droits acquis et en cours d'acquisition figure parmi les objectifs du Règlement n°883/2004/CE (13^e considérant). Le principe de la totalisation est affirmé à l'article 48 du TFUE et à l'article 6 du Règlement. Les droits acquis au titre d'une législation d'un Etat membre doivent dès lors être pris en considération pour déterminer les droits à prestations dans tout autre Etat membre compétent. Mais les périodes d'assurance, d'activité ou de résidence accomplies dans un autre Etat membre ne sont prises en considération que si la législation de cet autre Etat membre leur attribue les mêmes effets. La totalisation est en tout état de cause une méthode supplétive, qui ne joue que si la législation nationale applicable ne suffit pas à conférer un droit entier en considération des seules périodes accomplies. Or, le recours à la totalisation suppose de recourir à la proratisation : le système de liquidation des prestations consiste à répartir la charge entre les différents régimes auxquels l'intéressé aura été successivement soumis. La répartition se fait *pro rata temporis*, c'est-à-dire proportionnellement au temps passé sous chaque régime. Mais la proratisation est surtout appelée à jouer pour les périodes à long terme (vieillesse, invalidité, décès). La demande de liquidation ne se fait toutefois pas auprès de chaque institution mais auprès de l'institution de « contact » qui transmettra la demande aux autres institutions⁸⁸⁸.

⁸⁸⁷ JM. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, pp.251-252.

⁸⁸⁸ S. HENNIION *et al.*, *op.cit.*, pp.197-200.

Même si certaines limites perdurent, c'est une avancée majeure que d'être parvenu à un accord multilatéral sur la question, car très souvent, ces questions sont réglées par des accords bilatéraux⁸⁸⁹.

Partout ailleurs, le droit à la sécurité sociale des travailleurs migrant, affirmé en tant que principe en vertu de l'égalité de traitement, se heurte à des obstacles techniques dont le contournement n'est encore qu'un objectif. L'accès réel des travailleurs migrants à la couverture sociale se fait donc davantage par le biais d'accords bilatéraux ou régionaux. Tel n'est pas le cas d'un autre droit accessoire au travail qu'il convient également d'analyser : le droit de disposer librement de ses revenus, et notamment d'envoyer des ressources dans son pays d'origine.

§2- La libre disponibilité des ressources : les transferts de fonds

Les objectifs de la migration internationale de travail sont de bénéficier de meilleures conditions de travail et de revenus plus importants, ou du moins d'obtenir un emploi. Si certaines personnes migrent avec leur famille pour s'installer durablement, bien souvent la famille ne peut rejoindre le migrant que lorsque sa situation se stabilise et qu'il satisfait aux conditions requises⁸⁹⁰ (nous étudierons cette question dans le chapitre suivant). Les rémunérations perçues dans le pays d'accueil servent à satisfaire les besoins propres du migrant, et bien souvent aussi les besoins des proches restés dans le pays d'origine, comme l'attestent les chiffres disponibles sur les transferts de fonds. Selon le FMI, les transferts de fonds des migrants sont comptabilisés dans trois comptes de la balance des paiements : le poste 2310, rubrique « compte courant », sous la rubrique « rémunération des salariés, crédit » contient les montants bruts des salaires des travailleurs résidant à l'étranger pendant moins de 12 mois. Le poste 2391, rubrique « compte courant », enregistré sous la rubrique « envois de fonds des travailleurs, crédit », correspond à la valeur des transferts à destination des pays

⁸⁸⁹ Pour les accords bilatéraux avec la France par exemple, ils permettent de faire valoir des droits nés de périodes d'assurance acquises dans des pays différents, notamment pour les assurances maladie ; dès l'arrivée dans le nouveau pays de résidence, des droits peuvent être ouverts si la période d'assurance requise dans l'Etat antérieur a été validée, et souvent si une nouvelle activité est exercée dans l'Etat d'accueil. Pour les retraites, le cumul des trimestres effectués dans différents pays est possible, mais l'intéressé devra souvent solliciter les différentes caisses des différents pays dans lesquels il a cotisé GISTI, *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux*, op.cit., p.35

⁸⁹⁰ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op.cit., p.161.

d'origine des travailleurs résidant à l'étranger pendant plus de 12 mois. Et le poste 2431, rubrique « compte de capital », sous la rubrique « autres secteurs, transfert des migrants, crédit », représente « la contrepartie en biens et en transferts financiers au déplacement des personnes ». Le premier compte correspond au salaire des migrants, tandis que les deux derniers comptes sont réellement des « transferts ». Or, il existe d'autres sortes de transferts, dits informels, non comptabilisés : le transfert direct via un déplacement physique du migrant ou d'un émissaire ; l'envoi de fonds par courrier ; et les transferts de type Hawala c'est-à-dire par courtier⁸⁹¹.

Selon la Banque mondiale, bien qu'il soit difficile d'évaluer exactement le montant des transferts de fonds, ceux-ci étaient estimés en 2007 à au moins 337 milliards de dollars US (ce qui représente une augmentation de 99% en 5 ans), dont 251 milliards vers les pays en voie de développement⁸⁹². Ils ont su résister à la crise économique, même le chômage a augmenté parmi les travailleurs migrants ; et bien que les Etats n'aient pris aucune mesure de relance économique à l'intention des migrants, les rapatriements de fonds ont persisté. En dépit des prévisions, il n'y a eu que très peu de migrations de retour. Selon la Banque mondiale, depuis le début de la crise en 2007-2008, les flux de fonds rapatriés ont mieux résisté que d'autres flux financiers, tels que l'investissement étranger direct (IED) et l'aide publique au développement (APD). En 2010, ils avaient presque retrouvé leurs niveaux d'avant-crise. Le montant total des rapatriements de fonds enregistrés a été estimé à plus de 440 milliards de dollars en 2010 (soit une hausse de 6% par rapport à l'année précédente), dont la plus grande partie a été envoyée vers des pays en développement. Selon les prévisions, les fonds rapatriés devraient encore croître d'environ 7 à 8 % pendant les prochaines années⁸⁹³. En 2014, selon la

⁸⁹¹ M. COIFFARD, « La régulation des transferts de fonds de migrants, vers un régime international ? », in Centre de Recherche sur l'Intégration Économique et Financière, *Économie Politique Internationale et nouvelles régulations de la mondialisation*, Colloque international, Poitiers, Université de Poitiers, 2009, pp.4-5.

⁸⁹² D. RATHA *et al.*, *Revisions to Remittance Trends 2007*, Migration and Development Brief n° 5, 10 juillet, équipe Migration et envois de fonds, groupe Perspectives du développement, Banque mondiale, Washington D.C., 2008 :

http://siteresources.worldbank.org/INTPROSPECTS/Resources/334934-1110315015165/MD_Brief5.pdf. Pour l'Amérique latine et les Caraïbes par exemple, cette région a reçu 62,3 milliards de dollars en 2006 (soit une hausse de 14% par rapport à 2005). Le Brésil a reçu 7,4 milliards, la Colombie 4,2 milliards et le Guatemala, le Salvador, l'Équateur et le Pérou ont reçu environ 3 milliards chacun. C. WITHOL DE WENDEN, *op.cit.*, p.63.

⁸⁹³ OIM, *Etat de la Migration dans le monde 2011*, *op.cit.*, p.56. Pour plus de détails sur les conséquences de la crise au niveau régional, voir dans le même rapport : « Sortie de crise dans la région MOAN (Moyen-Orient et Afrique du Nord) : progression du PIB, des rapatriements de fonds et des salaires », p. 76s. ; Pour l'Afrique « Retour des rapatriements de fonds aux niveaux d'avant-crise », p.63 et s. ; et pour l'Asie « Une région de forte émigration, dont les pays comptent parmi les principaux bénéficiaires de rapatriements de fonds au monde », pp.69-70.

Banque mondiale, les transferts de fonds des migrants vers les pays en voie de développement augmenteront de 7,8% par rapport à 2013 où ils atteignaient déjà 404 millions de dollars, pour atteindre 516 millions en 2016⁸⁹⁴. Ces revenus font l'objet d'une attention particulière des pays d'origine, qui y voient une source de revenus considérable, mais les pays d'accueil peuvent également souhaiter que cet argent ne « s'envole » pas. Si le droit de transférer librement ses fonds vers un autre pays est un droit consacré (A), les Etats tentent de promouvoir une gestion plus efficace de ces fonds (B).

A. Le droit de transférer librement les fonds à l'étranger

106. L'affirmation du principe du libre transfert de fonds. Le droit de transférer des fonds à l'étranger est affirmé dans presque tous les instruments relatifs aux travailleurs migrants. L'article 9 de la Convention n° 97 dispose que « *Tout membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à permettre, en tenant compte des limites fixées par la législation nationale relative à l'exportation et à l'importation de devises, le transfert de toute partie des gains et des économies du travailleur migrant que celui-ci désire transférer* ». L'article 17 de la Convention du Conseil de l'Europe et l'article 19 al. 10 de la Charte sociale européenne sont rédigés dans les mêmes termes. La formulation de cet article est néanmoins souple, puisqu'elle énonce une obligation de moyen et laisse ainsi une place importante à la législation nationale. De plus, la liberté de transfert peut être limitée à une partie seulement des gains. Cela laisse supposer que les Etats peuvent fixer un plafond. Nous remarquerons également l'absence de référence à la durée du séjour. La Commission d'experts du BIT a considéré que le fait, pour un Etat, d'adopter des réglementations différentes en fonction de la durée du séjour n'était pas conforme à l'article 9⁸⁹⁵. Le contenu de l'obligation est précisé à l'article 13 de l'accord-type sur les migrations temporaires, qui apparaît en annexe de la Recommandation n°86 de l'OIT. Les Etats d'émigration sont invités à faciliter le retrait des sommes par les migrants et leurs familles. Les Etats d'immigration, quant à eux, sont invités à faciliter le transfert périodique des épargnes et sommes dues vers le pays d'origine du migrant (et non pas vers tout pays). L'article prévoit également que le transfert doit s'effectuer au taux

⁸⁹⁴ <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2014/04/11/remittances-developing-countries-deportations-migrant-workers-wb>, consulté le 3 juillet 2014. Pour plus de détails sur la prise en compte des transferts de fonds voir International Monetary Fund, *International Transactions in Remittances. Guide for Compilers and Users*, Washington, IMF, 2009, 83 p.

⁸⁹⁵ OIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, §§567-570.

de change officiel, et selon des modalités administratives simplifiées. Il est aussi prévu que le migrant peut être obligé de transférer une partie de ses économies pour l'entretien de sa famille.

La question de l'obligation alimentaire est également prévue à l'article 11 de la Convention du Conseil de l'Europe ; en effet, la migration ne doit pas faire échapper le migrant au respect de son obligation. La formulation de l'article 47 de la Convention de New York de 1990 est un peu plus large, sans doute car ce texte est plus récent. Il évoque ainsi le droit de transférer les gains et économies sans préciser que ce transfert puisse être partiel. Ce transfert peut s'effectuer à destination de l'Etat d'origine ou et aussi vers un autre Etat. Le transfert d'argent ne devrait-il pas en effet être libre quant au montant et à la destination des fonds, si les capitaux et ressources sont un attribut du droit de propriété ? Bien que les restrictions aient diminué, les Etats en maintiennent parfois encore quelques-unes au nom de leur intérêt supérieur. C'est notamment le cas pour les transferts de fonds des Etats-Unis vers Cuba ; malgré ces assouplissements récents, le blocus américain contre Cuba a encore été récemment condamné par l'Assemblée générale des Nations Unies⁸⁹⁶. Et même lorsque la liberté de transfert de fonds est totale, des obstacles pratiques peuvent subsister.

107. La persistance d'obstacles pratiques à l'exercice de cette liberté. Grâce au développement des technologies de l'information et de la communication, et notamment grâce au développement de nombreux prestataires de transferts de fonds tels que Western Union, les transferts de fonds ont augmenté, et se font beaucoup plus rapidement. Mais la circulation des ressources dépend fortement de la possibilité de rapatrier les fonds de façon sûre, rapide et dénuée d'interférences ou de coûts inutiles. L'utilisation des salaires rapatriés aura un effet optimal si l'économie du pays d'origine du migrant est suffisamment ouverte et flexible, que les marchés des biens, des services et des changes y fonctionnent convenablement et que le système juridique y protège la propriété et les autres droits⁸⁹⁷. Les fonds sont désormais rapatriés par des voies détournées plutôt que par les banques et autres institutions officielles, car cela permet de contourner certaines règles ou pratiques administratives⁸⁹⁸. Deux types d'obstacles peuvent entraver la pleine jouissance des ressources que le travailleur migrant

⁸⁹⁶ AGNU, 68^e session, *Nécessité de lever le blocus économique, commercial et financier imposé à Cuba par les États-Unis d'Amérique*, AG/11445, 29 octobre 2013, consultable sur : <https://www.un.org/News/fr-press/docs/2013/AG11445.doc.htm>.

⁸⁹⁷ CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, op.cit., §423

⁸⁹⁸ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op.cit., p.366. Les migrants en situations irrégulière notamment peuvent ainsi transférer leurs économies.

destine à ses proches : les commissions élevés portant sur ces transferts, et l'isolement géographique de certaines familles qui ont difficilement accès aux organismes de transferts. Le coût des rapatriements de fonds reste extrêmement lourd dans de nombreux pays développés (5 à 15% du montant transféré), avec des différences importantes selon les pays ; il est par exemple dix fois plus élevé entre l'Europe et l'Afrique de l'Ouest, qu'entre les Etats-Unis et les Philippines⁸⁹⁹ (voir Annexe 3). L'OIM encourage les Etats d'origine et de destination à prendre des mesures pour abaisser les frais de transferts par voie officielle et rendre les services financiers accessibles dans les zones rurales pauvres. Elle suggère d'impliquer les migrants dans ces mécanismes, en tant que groupe de pression, pour un meilleur contrôle du coût des services, ce qui augmenterait le volume des fonds ; les migrants contribuent en effet à la collecte et à la diffusion d'informations sur les canaux de transfert de fonds⁹⁰⁰. La circulation des ressources des migrants est une question cruciale car, investies de manière durable, ces ressources produisent des effets positifs sur les ménages et aussi sur l'économie toute entière si elles sont investies de manière durable.

B. Une tentative de mise en cohérence des politiques pour une gestion plus efficace

108. Lien entre transferts de fonds et développement. A côté des transferts de compétences et de connaissances, les transferts de fonds représentent une opportunité considérable pour les pays d'origine, tant au niveau des familles qui bénéficient d'un pouvoir d'achat supérieur, qu'au niveau national quand ces fonds contribuent au développement du pays d'origine. Ils représentent en effet une part appréciable du PIB de nombreux pays ; chaque dollar acheminé générerait 2 à 3 dollars de PIB⁹⁰¹. Il faut noter que les effets favorables pour les pauvres qui bénéficient de rapatriements de fonds sont beaucoup plus importants dans le cas des migrants peu qualifiés que dans celui de migrants hautement qualifiés, surtout si ces derniers s'installent définitivement dans le pays d'accueil avec leur famille. En effet, les migrants peu qualifiés ont tendance à rapatrier une proportion supérieure de leurs revenus et à destiner leur épargne à leur famille, qui reste souvent dans le pays d'origine et dispose d'un revenu faible. Certes l'argent reçu par les familles permet l'achat de biens de consommation, mais la

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ *Ibid.*, p.71.

consommation doit aussi s'entendre par l'accès à une meilleure alimentation qui améliore la santé. Par ailleurs, cet argent sert aussi parfois à augmenter le capital humain par l'éducation et la formation, ou encore au lancement d'une activité économique⁹⁰². Toutefois, l'utilisation de ces ressources peut conduire parfois à des situations de dépendance.

Les effets sur le développement peuvent soit impliquer un individu ou un groupe restreint de personnes, comme dans le cas de la création d'une petite entreprise, soit bénéficier à une collectivité plus importante. Les groupes de migrants organisent en effet parfois des clubs d'investissement en commun, dans différents domaines de leur communauté d'origine : écoles, assainissement, installations et équipements sanitaires, alimentation électrique⁹⁰³. C'est par exemple le cas de l'association *Grupo Union*, constituée de migrants mexicains vivant à New York, qui ont aidé leur village d'origine dans l'Etat de Puebla au Mexique. Au total quatorze projets ont été réalisés (construction d'un stade de base-ball, achat d'une ambulance, restauration de l'église, construction d'un puits, etc.)⁹⁰⁴. Mais si l'impact sur le développement peut résulter de la propre initiative des migrants, cet impact peut être ponctuel et irrégulier ; c'est pourquoi plusieurs gouvernements ont pu adopter des initiatives pour optimiser au maximum l'utilisation des ressources.

109. Une tentative d'optimisation des transferts de fonds par les Etats. Une aide au développement axée sur le renforcement des capacités et le développement des infrastructures, dans le cadre des stratégies nationales de développement, peut accroître sensiblement l'effet positif des rapatriements de fonds. Plusieurs gouvernements des Etats d'origine ont donc mis en place, unilatéralement ou conjointement avec les migrants, des programmes de valorisation des ressources pour le développement. La plupart de ces programmes reposent sur une participation volontaire des membres de la diaspora⁹⁰⁵. Parmi les initiatives unilatérales, on peut citer la création aux Philippines d'un Fonds d'investissement qui a pour objet la contribution des travailleurs migrants à l'allègement de la

⁹⁰² *Ibid*, encadré 12.3.

⁹⁰³ CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, op.cit., §422

⁹⁰⁴ Son action a été filmée par Alex Rivera dans le documentaire « La Sexta Sección ». O. ODGERS, « Mexique et migrations », cours à l'IHEAL pour le Diplôme d'Etudes latino-américaines, Paris, La Sorbonne Nouvelle, fév.-mai 2010. Pour plus de détails sur les transferts de fonds des ressortissants Mexicains, voir également : M. L. ESPINOZA, *Estudio sobre remesas de Mexicanos en el exterior y su vinculación con el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades de origen*, Estudio sobre Migraciones internacionales – 59 – Programa de migraciones internacionales, Ginebra, OIT, 2003.

⁹⁰⁵ En effet, la participation obligatoire a été jugée contraire à l'article 9 de la Convention n°97 par la Commission d'experts. Tel a été le cas à propos d'une législation vietnamienne (décision n° 370 du Conseil des ministres, 1991) selon laquelle les ressortissants travaillant à l'étranger pour une période limitée dans le temps devaient reverser 30% de leurs revenus au gouvernement. BIT, *Travailleurs migrants*, op.cit., §571.

dette nationale⁹⁰⁶. Le programme colombien « mi casa con remesas » offre un bon exemple d'initiative concertée avec les migrants. En effet, l'Etat s'engage auprès de familles qui reçoivent régulièrement des fonds à les aider à construire leur maison⁹⁰⁷. Par ailleurs, des réseaux de communication ont été créés à l'initiative des gouvernements (South African Network of Skills Abroad, Mexican Talent Network, etc.) ou par les établissements privés (Red Caldas en Colombie, Chile Global), dans le souci de promouvoir et de faciliter l'engagement des migrants hautement qualifiés dans la vie économique de leur pays d'origine⁹⁰⁸.

Une initiative multilatérale a également été prise au niveau du PNUD⁹⁰⁹. Il s'agit d'une plateforme visant à promouvoir les projets de coopération entre les communautés migrantes et les communautés des pays d'origine. On peut, par exemple, citer dans le domaine agricole le projet « Fortalecimiento de la cadena productiva del café orgánico en la Provincia de Loja » (renforcement de la chaîne productive du café organique dans la province de Loja), créé par l'organisation Fideicomiso Ecuatoriano de Cooperación para el Desarrollo (FECD). Son objectif est de créer un réseau social entre les migrants équatoriens d'Espagne et leurs familles en Equateur, pour financer une production de café organique, alternative locale destinée à améliorer la qualité de vie des petits producteurs régionaux. Ce programme encourage les investissements des envois d'argent des migrants dans la production de café. Il vise aussi à aider les migrants Equatoriens d'Espagne qui veulent retourner dans leur pays à se réinsérer économiquement, en participant à la chaîne de production de café. Il incite à travailler avec des crédits équatoriens et des coopératives d'épargne, afin de réduire le coût des envois de fonds depuis l'Espagne, et soutien la création de petites affaires au niveau local, notamment pour les jeunes et les femmes⁹¹⁰. S'agissant de l'accès effectif aux ressources, on

⁹⁰⁶ *Ibid.*

⁹⁰⁷ <http://www.grupobancolombia.com/colombianosExterior/necesidades/creditoHipotecario/miCasaConRemesas.asp> (consulté le 19 novembre 2013). Un projet similaire a été encouragé par le Mexique dans le cadre du programme « casa Guanajuato ». L. FARET, « Dynamiques transnationales et développement au Mexique : les enjeux de la migration internationale », *Hérodote* n° 123, Paris, Editions la Découverte, 2006/4, pp.193-194.

⁹⁰⁸ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op.cit.*, p.71.

⁹⁰⁹ www.migration4development.org.

⁹¹⁰ <http://www.migration4development.org/content/fortalecimiento-cadena-productiva-del-cafe%C3%A9-org%C3%A1nico-provincia-loja> (consulté le 20 mai 2010). Ce programme mis en place le 1er octobre 2009 jusqu'au 31 mars 2011, dispose d'un financement de 200 000 euros (les donateurs étant l'Union européenne et la Joint Migration and Development Initiative, créée par les Nations Unies et à la Commission Européenne, et dont le PNUD à la charge). 1000 familles de la région de Loja ont pu bénéficier de ce programme, et 200 migrants y participent. Au moins 150 migrants ont reçu des conseils pour s'insérer dans le marché du travail européen, au moins trois organisations de petits producteurs ont promu un commerce associatif, trois coopératives de

peut citer le projet « IFAD Financing Facility for Remittances funded project », en Bolivie, via le Servicio Holandés de Cooperación al Desarrollo (SNV), dont l'objectif est la baisse des coûts de transaction pour les envois d'argent, et l'accès plus rapide de la population locale aux envois d'argent, à des coûts moindres. En effet, bien que plusieurs compagnies fournissent des services d'envoi de fonds aux migrants boliviens, les coûts sont élevés et les régions rurales ont peu ou pas d'accès aux services financiers⁹¹¹.

Au niveau interétatique également, le consensus progresse entre les Etats pour faciliter les transferts de fonds. Par exemple, dans le cadre des Nations Unies, à l'issue de la Conférence sur le Financement du Développement de 2002, les Etats ont adopté une déclaration, le « consensus de Monterrey »⁹¹². Celui-ci insiste sur la mobilisation de l'épargne et vise en particulier la promotion des sources privées de financement comme instrument pour atteindre les Objectifs du millénaire pour le développement (OMD). Une autre initiative a été lancée en 2004, lors de la réunion du G8 de Sean Island. Les Etats ont adopté la « Global Remittance Initiative » (GRI). Ce plan d'action international identifie des objectifs afin de faciliter les transferts d'argent, pour aider les familles et les petites entreprises. Un groupe de travail, composé principalement de représentants de la Banque mondiale et de la Banque des règlements internationaux, a élaboré en 2006 des *General Principles for International Remittance Services*⁹¹³, pour faire face aux difficultés qui affectent les transferts. Cinq points sont identifiés : la transparence et la protection des consommateurs, les infrastructures de paiement, l'environnement légal et réglementaire, la structure de marché et la concurrence, et la gestion de la gouvernance et du risque. Dans chaque cas, le rapport propose un ensemble de

paiement ont accordé des crédits aux petits producteurs, la priorité ayant été donnée aux femmes dont le mari est migrant en Espagne.

⁹¹¹ <http://www.ifad.org/remittances/> Le besoin de meilleurs services a été identifié parmi les 500 000 bénéficiaires d'envois de fonds vivant dans les zones rurales ou péri urbaines en Bolivie. Le projet propose donc d'utiliser une plate-forme technologique de microfinance pour créer des points d'accès près des lieux de résidence des bénéficiaires des envois, afin d'améliorer la transmission et l'accès aux services d'envois de fonds, leur permettant de collecter ces envois plus facilement avec un numéro de service financier. Le projet vise à établir un réseau de 200 agences non traditionnelles choisies stratégiquement (stations-services, magasins, centres d'appels, pharmacie, etc.) pour les équiper avec la technologie nécessaire pour offrir une plate-forme adaptée aux besoins du groupe identifié. Cette plate-forme va offrir, dans ces endroits, un accès à Internet et aux télécommunications, les applications du transfert d'argent et d'autres services. Les principaux bénéficiaires sont les ressortissants Boliviens travaillant en Espagne, aux Etats-Unis et en Argentine, et leurs familles vivant dans les zones rurales ou périurbaines de Cochabamba, La Paz et Santa Cruz en Bolivie. Le budget de ce projet est de 568 000 euros, et le principal donateur est IFAD Financing Facility for Remittances.

⁹¹² Financing for Development Office, *Monterrey Consensus of the International Conference on Financing for Development, The final text of agreements and commitments adopted at the International Conference on Financing for Development Monterrey, Mexico, 18-22 March 2002*, United Nations, 2003, 23 p.

⁹¹³ Committee on Payment and Settlement Systems, *General principles for international remittance services, Bank for International Settlements*, Basel, January 2007, 55 p.

mesures de mise en œuvre. Mais la GRI, qui est principalement influencée par le Nord, se limite à une vision quantitative des transferts et de leurs impacts, et reste pour l'instant incomplète. Elle constitue toutefois le premier élément d'un régime international de régulation des transferts⁹¹⁴.

Conclusion du Chapitre I :

Les droits au travail du travailleur migrant sont affirmés de manière claire à propos de la relation individuelle et collective de travail, et l'égalité de traitement à propos de ces droits constitue une obligation immédiate. Pourtant, la législation nationale de référence varie considérablement d'un pays à l'autre, excepté peut-être dans le cadre de l'Union européenne : là, certains domaines ont été harmonisés, ou même si tel n'est pas le cas, le niveau de protection sociale entre les Etats membre est relativement homogène. L'accès à l'emploi, même quand l'émigration est autorisée, reste soumis à d'importantes restrictions. Les droits accessoires au travail, pour leur part, sont souvent envisagés sous l'angle d'obligations de moyen, dont la mise en œuvre doit bien souvent résulter de l'adoption d'accords régionaux ou bilatéraux complémentaires. Malgré ces quelques limites, le cadre de la relation de travail a constitué la base du développement de la protection des travailleurs migrants. Le statut de l'immigré s'enrichit en effet d'abord de par sa qualité de travailleur, grâce à des valeurs, des principes et des droits affirmés dans le cadre de la relation de travail et dont dérive la notion de « *citoyenneté sociale* ». Mais au-delà, si l'affirmation, au profit du travailleur migrant, de droits sociaux liés au travail est un élément indispensable pour son « *intégration* » sociale, elle est aussi un préalable à la jouissance d'autres droits et libertés : les droits sociaux deviennent en effet un facteur clé pour l'obtention d'autres droits qui ne sont pas strictement liés au travail⁹¹⁵. Ces droits au travail devraient d'ailleurs être considérés comme faisant partie des droits de la personne, et non pas former une catégorie à part. L'évolution de la normativité internationale en matière de travail et de protection sociale a permis d'assurer au travailleur migrant un statut juridique non seulement comme travailleur, mais aussi comme personne,

⁹¹⁴ M. COIFFARD, « La régulation des transferts de fonds de migrants, vers un régime international ? », *op.cit.*, p.15 et s.

⁹¹⁵ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, « La OIT y los trabajadores migrantes », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p.547.

s'agissant de ses droits « de l'homme »⁹¹⁶. La distinction est faite à la fois par les défenseurs des droits de la personne et par les défenseurs du droit du travail. Cela s'explique sans doute par le fait que les deux courants ont des sources différentes : le droit de l'OIT d'une part, et les instruments des Nations Unies d'autre part. Par ailleurs, les préoccupations liées au droit du travail sont davantage locales et reposent plus sur la notion de justice sociale que sur les droits de la personne. Pourtant, les deux domaines ont connu un mouvement international de protection à partir de 1919 avec le Traité de Versailles, et la protection des droits de la personne fait aussi partie des objectifs de l'OIT. Afin de bénéficier d'une vision complète de ce statut, il convient d'évoquer en ce qui concerne la protection du migrant en tant qu'individu par le droit international, ses autres droits liés au séjour en dehors de la relation de travail. Car comme le souligne Antoine Lyon-Caen, « *le statut social du travailleur étranger ne constitue qu'un aspect de la théorie générale de la condition des étrangers* »⁹¹⁷.

⁹¹⁶ *Ibid*, p.548

⁹¹⁷ A. LYON-CAEN, « La condition sociale des travailleurs étrangers et le droit international privé », *op.cit.*, p.277.

CHAPITRE II : LA MISE EN OEUVRE DU TRAITEMENT INDISCRIMINE918 DE L'« INDIVIDU » : L'« INTEGRATION DANS LA CITE »

Le développement du droit international des droits de l'homme s'est centré autour d'une notion : « l'individu ». Celle-ci concerne l'être humain, la personne qui est sujet de l'ordre interne des Etats et aussi de l'ordre juridique international, de par sa seule qualité d'être humain et indépendamment de son appartenance nationale⁹¹⁹. Selon le préambule de la DUDH, « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». Dès lors, si tous les individus sont dignes, ils sont égaux, quelle que soit leur qualité de national ou d'étranger. Par conséquent, les travailleurs migrants, considérés en vertu de leur qualité d'individu, ne doivent pas être discriminés, en vertu de l'obligation générale qu'ont les Etats de respecter les droits des individus placés sous leur juridiction⁹²⁰. En effet, le principe de non-discrimination « *est même le plus fondamental des droits de la personne car il est le point de départ de tous les autres droits de la personne* »⁹²¹.

Le droit international des droits de l'homme a permis de « compléter » le statut juridique du travailleur migrant, en affirmant le respect de sa « personne » à propos des aspects de son séjour autres que la relation de travail, même si le développement de la matière n'est pas homogène selon les régions étudiées. Comme le souligne Di Gore Simmala, plusieurs instruments régionaux ou universels de protection des droits de l'homme ont entendu affirmer le principe d'universalité des droits de l'homme en assurant l'application de ces instruments aux individus se trouvant sous leur juridiction ; mais en droit international général, rien n'empêche un Etat de distinguer entre ses nationaux et les étrangers, en traitant mieux les premiers à condition de respecter le standard minimum de traitement⁹²². Bien que le droit international des droits de l'homme s'oppose à cette distinction entre nationaux et étrangers,

⁹¹⁸ Notons ici que nous employons volontairement le terme de « non-discrimination » alors que nous évoquions l'égalité de traitement à propos de la relation de travail. En effet, l'égalité de traitement en vertu de la qualité de travailleur faisait écho à l'égalité factuelle dans laquelle se trouvent les « travailleurs » pour un même emploi, qu'ils soient étrangers ou nationaux. S'agissant de la reconnaissance de droits « dans la cité », nous avons mis en évidence précédemment que ne pas discriminer signifiait ne pas traiter différemment des personnes qui se trouvent dans la même situation, ni traiter également des personnes dans des situations différentes.

⁹¹⁹ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.573.

⁹²⁰ Art. 1^{er} de la Charte des Nations Unies ; art. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

⁹²¹ H. LAUTERPACHT, *An International Bill of the Rights of Man*, New York, Columbia University Press, 1945, pp.115.

⁹²² D.G. SIMMALA, « Nationalité et discrimination : la problématique de l'accès aux droits de l'homme », *op.cit.*, pp.337-338.

le mouvement d'appropriation du droit des étrangers par les droits de l'homme n'est pas totalement linéaire ni achevé.

Une première tentative de fusion des deux branches a été initiée par la Commission du droit international dans le cadre des travaux de codification sur la responsabilité de l'Etat. Le rapporteur spécial, Garcia Amador, a établi six rapports successifs, de 1965 à 1961, sur la question de la responsabilité de l'Etat quant aux dommages causés aux étrangers. Le rapporteur souhaitait intégrer l'évolution du DIDH à cette matière traditionnelle. Il a proposé un projet d'article 5 rédigé comme suit: « 1. *L'Etat est tenu d'assurer aux étrangers la jouissance de droits et le bénéfice de garanties individuelles identiques à ceux dont jouissent ou bénéficient ses nationaux. Toutefois, ces droits et garanties ne peuvent en aucun cas être moindres que les « droits fondamentaux de l'homme » reconnus et définis dans les instruments internationaux et contemporains.* 2. *En conséquence, en cas de violation de droits civils ou de refus de garanties individuelles au détriment d'étrangers, il n'y a responsabilité internationale que s'il s'agit de « droits fondamentaux de l'homme » internationalement reconnus* ». L'article 6 tente d'identifier une liste non exhaustive de droits fondamentaux de l'homme internationalement reconnus. Si l'effort de synthèse de Garcia Amador a été accueilli avec enthousiasme au sein de la Commission et par des représentants des Etats, aucune convention n'a pu être élaborée avant l'expiration du mandat du rapporteur. Le nouveau rapporteur, Roberto Ago, s'est concentré sur les règles secondaires du régime général de la responsabilité de l'Etat, laissant de côté la question des règles primaires relatives à la protection de l'étranger. Le contexte politique de l'époque, dominé par le processus de décolonisation et la confrontation Est-Ouest, explique l'échec de la tentative de réunir le droit des étrangers et les droits de l'homme, d'autant que le DIDH n'avait pas encore atteint son stage de développement. Les droits fondamentaux de l'étranger avaient initialement constitué la matrice des droits de l'homme sur la scène internationale, mais ils vivront ensuite dans l'ombre de ces derniers. Le droit international des droits de l'homme s'est développé considérablement, mais de manière autonome.

Le regain d'intérêt pour la condition de l'étranger date de 1985, avec l'adoption par l'AGNU de la *Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*. Cette Déclaration se borne surtout à reproduire les dispositions des deux Pactes des Nations Unies, transposées aux étrangers sous une forme non conventionnelle. Mais cette Déclaration a valeur de principe. Loin des controverses passées, le traitement international de l'étranger réapparaît sous les traits nouveaux des droits de

l'Homme, dont la légitimité politique et la validité normative ne sont plus remises en doute. Ce mouvement d'appropriation va ensuite s'accélérer. Au niveau de l'ONU par exemple, il va de l'interprétation contextualisée des obligations existantes à l'insertion dans les traités les plus récents de dispositions spécifiques aux étrangers, ou à l'adoption en 1990 de la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. Diverses conférences mondiales et instances internationales réitéreront l'attention apportée aux « droits de l'homme des migrants ». Cette dernière expression exprime la logique d'appropriation qui oblige à penser l'étranger par référence aux droits de l'Homme, sans pour autant nier certaines spécificités⁹²³.

Le droit international des droits de l'homme n'a pas pour objet, en effet, de se substituer au droit international des migrations, qui emprunte à diverses branches du droit international. Toutefois, les droits de l'homme lui fournissent un support, un « fond commun » de règles applicables à tout migrant, une sorte de *lex generalis* qui complète les régimes conventionnels plus spécifiques. « *Il s'agit de constater l'existence d'un "droit commun des droits de l'homme en mouvement", qui complète et se surajoute aux droits particuliers applicables à certains domaines d'activités ou catégories d'étrangers* »⁹²⁴. Dans le fond commun des normes de droits de l'homme applicables aux travailleurs étrangers, certains droits ne sont reconnus que de manière « conditionnelle » : il faut remplir certaines conditions pour pouvoir y prétendre, telles que la citoyenneté ou, à défaut, une « intégration » - au sens de lien particulier avec l'Etat d'accueil - dont l'un des éléments d'appréciation peut être la durée du séjour. Mais la catégorie des droits conditionnels semble se réduire progressivement (section I) ; d'autres droits au contraire vont être reconnus aux travailleurs étrangers de manière « inconditionnelle », la titularité et l'exercice de ces droits pouvant être revendiqués par les étrangers qui s'imposent aux pouvoirs publics comme les composants essentiels de la démocratie constitutionnelle (Section II)⁹²⁵.

⁹²³ V. CHETAIL, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états », *op.cit.*, p.57 et s.

⁹²⁴ *Ibid.*, pp.63-64.

⁹²⁵ La distinction entre droits « conditionnels » et droits « inconditionnels » a été emprunté à Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, « La OIT y los trabajadores migrantes », *op.cit.*, p.546. Selon A. M. López Sala, dans les sociétés d'accueil actuelles, l'on remarque une prolifération de statuts d'appartenance partielle, reposant sur la reconnaissance aux étrangers d'une grande partie des droits réservés aux citoyens en raison de leur appartenance à une catégorie plus inclusive que la citoyenneté formelle : la citoyenneté post-nationale, qui repose moins sur des considérations territoriales que sur la notion de droits de l'individu. Voir A. M. LOPEZ SALA, « Inmigración, Ciudadanía y Derechos Liberales », *España y las Inmigraciones internacionales en el cambio de siglo*, Madrid, 2000, p.7 et s. Nous laisserons de côté la question

SECTION I : Le bénéfice géographiquement limitée de droits « conditionnels »

Certains droits de l'homme largement admis au bénéfice des nationaux rencontrent pourtant une certaine hostilité des Etats quant à leur application ou à l'étendue de celle-ci aux étrangers. Leur affirmation se trouve donc géographiquement limitée. Par ailleurs, des conditions sont souvent exigées pour la mise en œuvre de ces droits. Le droit au respect de la vie privée et familiale est ainsi reconnu en Europe⁹²⁶ aux personnes justifiant d'une certaine durée de séjour et de conditions matérielles suffisantes pour accueillir leurs familles (§1). De même, certains droits politiques sont exceptionnellement reconnus aux travailleurs migrants qui se sédentarisent dans le pays d'accueil (§2).

§1- La reconnaissance d'un droit conditionné par la stabilité matérielle et temporelle du séjour : le droit au respect de la vie privée et familiale

Il existe plusieurs catégories de migrations familiales. La première concerne le regroupement familial qui permet à l'immigré d'être rejoint par sa famille ; la deuxième, la formation d'une famille mixte entre un migrant et un national ; et la troisième, la migration de l'ensemble de la famille. Cette dernière forme de migration est rare en Europe, sauf pour les personnes hautement qualifiées. Les migrations familiales, et notamment celles qui se font au titre du regroupement familial sont importantes dans les pays qui accueillent peu de migrants qualifiés permanents, comme les Etats-Unis d'Amérique et la France, et dans les pays qui accueillent beaucoup de demandeurs d'asile et de réfugiés, comme la Suède⁹²⁷. Le droit au respect de la vie privée et familiale de ces travailleurs migrants va s'exprimer à deux niveaux quand la famille est composée de ressortissants tiers : tout d'abord le droit de vivre avec sa famille, qui suppose de pouvoir être rejoint par celle-ci (A), mais aussi que celle-ci puisse vivre dans les mêmes conditions que le travailleur migrant dans le pays d'accueil (B).

des étrangers vis-à-vis du service militaire car la source de l'obligation de défendre une communauté repose sur le lien d'appartenance, et donc davantage sur la nationalité que sur la résidence permanente. Pour plus de détails sur cette question, voir D. P. O'CONNELL, *op.cit.*, pp.703-704.

⁹²⁶ Au Moyen-Orient et en Asie de l'Est et du Sud-Est, le regroupement familial est rarement possible. OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op.cit.*, p.161.

⁹²⁷ *Ibid*, pp.166-167.

A. L'affirmation du droit au regroupement familial

110. Une affirmation ponctuelle. Outre sa consécration dans de nombreuses constitutions nationales, l'unité de la famille occupe une place importante dans de nombreux instruments de protection des droits de l'homme⁹²⁸. Toutefois, ces dispositions ne prouvent pas l'existence d'un droit au regroupement familial. Elles permettent cependant d'établir une acception généralisée de la proposition morale et politique selon laquelle les Etats doivent faciliter l'admission sur leurs territoires des familles de leurs citoyens ou résidents, au moins quand il y a peu de chance que la famille soit réunie ailleurs⁹²⁹. Cela suppose alors une obligation positive pour l'Etat de permettre l'entrée et le séjour sur son territoire d'un étranger qui y a des liens, par opposition aux obligations négatives en vertu desquelles l'Etat de résidence ne pourrait éloigner les étrangers « intégrés »⁹³⁰.

La migration internationale des travailleurs, initialement, se produit sans les membres de leurs familles, ce qui a des conséquences affectives très importantes. Ce problème est d'ailleurs loin de se résoudre, en raison de l'augmentation du temps de séjour des travailleurs dans les pays d'accueil, ce qui conduit à une revendication plus forte de regroupement familial. De plus, malgré les restrictions à l'immigration, les migrations familiales continuent de manière légale ou illégale. L'on est face à un besoin fondamental de la personne humaine, auquel il faut

⁹²⁸ De nombreux instruments multilatéraux de protection des droits de l'homme accordent une place importante à l'unité de la famille. L'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille [...]* ». L'article 16§3 garantit que « *la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat* ». Cette dernière affirmation est reprise dans le PIDESC, tandis que le PIDCP énonce que personne ne devrait être sujet à des immixtions arbitraires et illégales dans sa vie de famille. Le CDH a précisé que l'article 23 du Pacte qui garantit la protection de la vie familiale devait comprendre le droit au regroupement familial (communication n°1069/2003, *Ngambi & Nébol c. France*, 16 juillet 2004, CCPR/C/81/D/1179/2003, §6.4). Ces instruments consacrent ensuite la primauté de la famille et ajoutent que « *le droit des hommes et femmes en âge de se marier de s'unir et de former une famille doit être reconnu* ». La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale garantit, dans son article 5, le droit de se marier et de choisir son conjoint sans distinction de race, de couleur, ou d'origine raciale ou ethnique (référence convention). Au niveau régional, l'Acte final de la Conférence d'Helsinki sur la Sécurité et la Coopération en Europe énonce des normes concernant les liens familiaux (réunification des familles, mariage entre les citoyens de différents Etats). La Convention interaméricaine des droits de l'Homme réaffirme les droits familiaux contenus dans le PIDCP. La Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples, quant à elle, déclare, dans son article 18§2, que « *l'Etat a l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté* ». Parmi tous ces textes, un seul envisage les difficultés qui se posent en cas de résidence des membres de la famille dans deux Etats : l'Acte final de la Conférence d'Helsinki. Mais ce texte envisage surtout la question dans les cas d'émigration, et s'applique davantage dans le domaine politique que dans le domaine juridique. R. PLENDER, *op.cit.*, p.365.

⁹²⁹ *Ibid.*, pp.366-367.

⁹³⁰ Sur les notions de vie privée et de vie familiale au titre des obligations négatives voir S. SAROLEA, *op.cit.*, pp.225-241.

répondre si l'on considère un travailleur comme un être humain et non pas comme un pur facteur économique⁹³¹. En général, les instruments applicables aux travailleurs migrants reconnaissent un droit de sortie et de retour dans le pays d'accueil, ce qui permet notamment de se rendre dans le pays d'origine pour rendre visite aux familles. L'article 17 de la Recommandation n°151, notamment, prévoit en cas d'impossibilité de regroupement le droit à un congé annuel payé pour rendre visite à sa famille, ou la possibilité de recevoir sa famille pour la durée correspondant à ce congé. En revanche, peu d'instruments affirment le droit au regroupement familial. En effet, les instruments universels qui envisagent la question sont formulés sous la forme d'incitation. Les normes de l'OIT sont particulièrement modérées. Si la Convention n°97 ne prévoit aucune disposition sur ce point⁹³², l'article 13 alinéa 1 de la Convention n°143 dispose que « *Tout Membre peut prendre toutes les mesures nécessaires qui relèvent de sa compétence et collaborer avec d'autres Membres, pour faciliter le regroupement familial de tous les travailleurs migrants résidant légalement sur son territoire* »⁹³³. L'article 44 de la Convention de New York envisage également la réunion des familles sous la forme d'une incitation. Les instruments bilatéraux ne sont pas beaucoup plus affirmatifs. La progressivité des dispositions de ces accords bilatéraux dépend de la politique démographique des Etats qui ont recours aux travailleurs étrangers (en fonction de leur population ou d'une tradition historique).

L'examen des conventions bilatérales amène à se demander si celles-ci créent ou non une véritable obligation internationale, pour l'Etat d'emploi, d'admettre l'entrée des familles. Elles ne comportent généralement aucune dérogation aux conditions nationales pour l'entrée des étrangers. Deux interprétations peuvent être retenues. Une première interprétation, restrictive, consiste à faire porter tout son effet à la réserve de législation nationale (c'est-à-dire que le regroupement n'est envisagé que si la législation des Etats le permet). Une autre interprétation refuse de voir l'engagement pris par l'Etat de « favoriser » l'immigration familiale vidé de tout sens par l'adjonction de la réserve. Celle-ci ne peut porter que sur la

⁹³¹ C. LEBEN, « Le droit international et les migrations de travailleurs », *op.cit.*, pp.90-91.

⁹³² Seule la Recommandation n° 86 encourage les Etats d'accueil à adopter des mesures dans ce sens, au profit des travailleurs migrants admis à titre permanent (art. 15§1), le déplacement de la famille devant être facilité par les pays de départ et de destination (art.15§2).

⁹³³ La Recommandation n°151 ajoute qu'il est nécessaire de prendre en compte les besoins particuliers de ces travailleurs, jusqu'au moment où leur adaptation à la société du pays d'emploi est réalisée. La politique élaborée à cet effet doit, entre autre, se fonder sur un examen des conditions qui prévalent non seulement dans la terre d'accueil, mais aussi dans le pays d'origine (art. 9 et 10). L'art 13§1 prévoit simplement que les mesures des Etats doivent être précises. La Recommandation n°86 ajoute à l'article 11 qu'il conviendrait d'aider les migrants et leur famille à bénéficier des possibilités offertes par le pays d'accueil en matière de loisirs et de bien-être, y compris par des mesures spéciales pendant la période initiale d'installation. J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, p.204.

modalité de cette immigration et non pas sur le principe, qui constitue un engagement conventionnel. Il semble que ce soit cette interprétation qui ait finalement été adoptée par le gouvernement français⁹³⁴.

Au sein du Conseil de l'Europe, l'article 8 de la CESDH énonce le droit au respect de la vie privée et familiale, et prévoit que seules les raisons liées à l'ordre public ou au bien-être économique du pays peuvent justifier des restrictions. Cet article ne garantit certes pas un droit au regroupement familial, mais la question se pose de savoir jusqu'où peut aller la défense du bien-être économique pour justifier des mesures restrictives. En effet, comme l'a encore rappelé la CEDH dans son arrêt *Kissiwa Koffi c. Suisse*, « la Convention ne garantit, comme tel, aucun droit pour un étranger d'entrer ou de résider sur le territoire d'un pays déterminé. Toutefois, exclure une personne d'un pays où vivent les membres de sa famille peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, tel que protégé par l'article 8 § 1 de la Convention [...] Il faut donc rechercher si [cette exclusion] était « prévue par la loi », justifiée par un ou plusieurs buts légitimes au regard dudit paragraphe, et « nécessaire, dans une société démocratique » [...] c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi »⁹³⁵. La liberté de l'Etat d'admettre des étrangers est fréquemment invoquée par celui-ci en matière de regroupement familial, notamment en cas de refus ou lorsqu'une mesure d'éloignement est adoptée. Bien que la Cour a jugé qu'une mesure d'éloignement ne devait pas porter atteinte à la vie privée et familiale, elle prend également en compte le contexte migratoire pour

⁹³⁴ C. LEBEN, « Le droit international et les migrations de travailleurs », *op.cit.*, pp.97-99.

⁹³⁵ CEDH, 15 février 2013, *Kissiwa Koffi c. Suisse*, req. n°38005/07 §56s. Dans l'affaire *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, (Gde Ch., n° 46410/99), la Cour a résumé les critères devant guider les instances nationales dans des affaires d'exclusion (§57 et s.) :

- la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ;
- la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé ;
- le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période ;
- la nationalité des diverses personnes concernées ;
- la situation familiale du requérant, et notamment, le cas échéant, la durée de son mariage, et d'autres facteurs témoignant de l'effectivité d'une vie familiale au sein d'un couple ;
- la question de savoir si le conjoint avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale ;
- la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et, dans ce cas, leur âge ;
- la gravité des difficultés que le conjoint risque de rencontrer dans le pays vers lequel le requérant doit être expulsé ;
- l'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé ;
- et la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination.

apprécier la mesure⁹³⁶. L'étendue de la liberté pour l'Etat d'accepter ou non des migrants varie donc en fonction des circonstances et de l'intérêt général. L'Etat doit établir que la mesure qu'il prend est prévue par la loi, nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi et proportionnelle à celui-ci⁹³⁷. Dans l'affaire *Mokrani* du 15 juillet 2003 notamment, la Cour précise qu'« *il incombe aux Etats d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler [...] l'entrée et le séjour des non nationaux. A ce titre, ils ont la faculté d'expulser les délinquants parmi ceux-ci* »⁹³⁸. Mais, selon l'Acte final d'Helsinki, les Etats ont entendu « *favoriser dans toute la mesure du possible, la réunion des travailleurs migrants avec leurs familles* »⁹³⁹.

L'article 19§6 de la Charte sociale européenne envisage clairement le regroupement familial. Il dispose que les Etats s'engagent « *à faciliter autant que possible le regroupement de la famille du travailleur migrant autorisé à s'établir lui-même sur le territoire* ». La Charte sociale est donc le premier texte européen à envisager le regroupement familial. Toutefois, l'article 19§6 n'énonce pas une obligation, mais une incitation pour les Etats⁹⁴⁰. En revanche, la Convention de 1977 est la première grande convention multilatérale qui reconnaît explicitement, de manière contraignante un droit au regroupement familial pour les ressortissants des Etats parties (art.12, qui ne peut faire l'objet de réserves). Toutefois, une clause de sauvegarde a été introduite à l'article 12§3 : un Etat peut déroger temporairement, pour une période n'excédant pas douze mois, à l'obligation d'accepter le regroupement familial, dans les cas où une ou plusieurs parties de son territoire ne pourraient plus faire face à l'arrivée des familles des migrants, et si cela ne va pas à l'encontre « d'obligations découlant d'autres instruments internationaux ». Le secrétariat général du Conseil de l'Europe doit être informé⁹⁴¹.

Au niveau de l'Union européenne, il convient de distinguer les règles applicables aux ressortissants communautaires en couple avec un autre communautaire ou un ressortissant de

⁹³⁶ CEDH, 14 mars 2002, *Sejdovic et Sulejmanovic c. Italie*, req. n°57575/00 (recevabilité) ; 13 fév. 2001, *Lahniġi c. Pays-Bas*, req. n°39329/98 (recevabilité).

⁹³⁷ S. SAROLEA, *op.cit.*, pp.333-335.

⁹³⁸ CEDH, 15 juillet 2003, *Mokrani c. France*, req. n°52206/99.

⁹³⁹ *Ibid*, pp.93-94.

⁹⁴⁰ Conseil de l'Europe, *Les travailleurs migrants et leurs familles. Protection dans la Charte sociale européenne*, Droits de l'Homme, Cahiers de la Charte sociale n°4, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1996, p.57.

⁹⁴¹ C. LEBEN, « Le droit international et les migrations de travailleurs », *op.cit.*, p.96.

pays tiers, des règles applicables aux ressortissants de pays tiers autorisés à séjourner dans le territoire d'un Etat membre. Concernant les ressortissants communautaires, un véritable droit au regroupement familial a été instauré par l'article 10 du Règlement n°1612/68 et l'article 1^{er} de la Directive n°73/148. La Directive n°2004/38/CE du 19 avril 2004, qui vient consacrer la liberté de circulation et de séjour en tant que droit inhérent à la qualité de citoyen européen, affirme également ce droit⁹⁴². La Cour de Justice, dans une affaire *MRAX c. Belgique* de 2002 a même précisé qu'« *un Etat membre ne peut pas refouler à la frontière un ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un ressortissant d'un Etat membre, qui tente de pénétrer sur son territoire sans disposer d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité ou, le cas échéant, d'un visa, lorsque ledit conjoint est en mesure de prouver son identité ainsi que le lien conjugal et s'il n'existe pas d'élément de nature à établir qu'il représente un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique* »⁹⁴³. S'agissant des ressortissants des pays tiers, la Directive n°2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial⁹⁴⁴ reconnaît le droit au regroupement familial à toute personne « *titulaire d'un titre de séjour délivré par un Etat membre d'une durée supérieur ou égale à un an, ayant une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent* » (art. 1^{er}§1).

Ce n'est donc qu'au niveau européen ou éventuellement dans certains accords bilatéraux que le regroupement familial, est réellement affirmé. Toutefois, les membres de la famille bénéficiaires vont être strictement déterminés.

111. Un encadrement strict de la notion de famille. La notion de famille varie selon les époques et selon les sociétés. Les instruments relatifs aux travailleurs migrants la définissent mais cette notion diffère selon la législation des Etats parties ou selon la date d'adoption de l'instrument. Au niveau universel, la Recommandation n°86 de 1949 dispose que la famille du travailleur migrant comprend la femme et les enfants mineurs. Il est précisé que les autres membres de la famille à la charge du migrant bénéficieront d'examens privilégiés à leur demande d'admission. Annexé à la Recommandation n°86, le Modèle d'Accord sur la Migration Temporaire et Permanente suggère que les pays d'émigration et d'immigration peuvent conclure des accords bilatéraux pour définir quels membres de la famille d'un

⁹⁴² L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *op.cit.*, p.55.

⁹⁴³ CJCE, 25 juillet 2002, *MRAX c. Belgique*, aff. C-459/99, *Rec.* 2002 p.I-6591.

⁹⁴⁴ Directive n°2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial *JOCE* L 251, 3 octobre 2003, p.12.

migrant peuvent être autorisés à l'accompagner ou à le rejoindre (article 5(1) (b)). L'article 13 de la Convention n°143 et le paragraphe 15 de la Recommandation n° 151 contiennent une définition un peu plus large puisqu'ils encouragent le regroupement des familles, cette notion devant inclure l'épouse, les enfants et les parents à charge (paragraphe 15). La Convention de l'ONU a également retenu une conception large de la famille tout en prenant des précautions ; l'article 4 dispose en effet que : « *Aux fins de la présente Convention, l'expression "membres de la famille" désigne les personnes mariées aux travailleurs migrants ou ayant avec ceux-ci des relations qui, en vertu de la loi applicable, produisent des effets équivalant au mariage, ainsi que leurs enfants à charge et autres personnes à charge qui sont reconnues comme membres de la famille en vertu de la législation applicable ou d'accords bilatéraux ou multilatéraux applicables entre les Etats intéressés* ».

Cette notion extensive ne sera pas reprise par la Convention du Conseil de l'Europe de 1977 qui, à l'article 12, envisage plus restrictivement le droit au regroupement familial : celui-ci ne peut concerner que l'épouse et les enfants mineurs à charge non mariés. La formulation de l'article 19§6 de la Charte sociale européenne est identique⁹⁴⁵. Toutefois, « *le Comité a estimé que le terme « travailleur » employé dans la Charte s'applique aussi bien aux travailleurs qu'aux travailleuses, sauf dans le cas où le contexte impose une interprétation différente, et qu'en conséquence la définition de la famille du travailleur figurant dans l'annexe à la Charte englobe les enfants à charge (mais pas l'époux d'une travailleuse)* » (Conclusions IV, p. 127). Des restrictions peuvent donc être appliquées aux époux. L'âge limite pour les enfants est fixé à 21 ans dans l'annexe à l'article 19§6, et cette limite d'âge s'impose quel que soit l'âge de la majorité retenu dans la législation interne des Etats parties⁹⁴⁶. Cette définition de la famille vaut pour les autres dispositions de la Convention. C'est une définition plus restrictive que celle prévue à l'article 10§1 du Règlement européen n°1612/68. Cette dernière inclut le conjoint et les descendants de moins de 21 ans ou à charge, que la naissance ait eu lieu dans le mariage ou non, et les ascendants du travailleur migrant ou de son conjoint qui sont à charge. La définition restrictive de la famille dans la Convention du Conseil de l'Europe provient du fait que les pays d'immigration ont eu des difficultés à contrôler les flux

⁹⁴⁵ C. LEBEN, « Le droit international et les migrations de travailleurs », *op.cit.*, pp.99-100.

⁹⁴⁶ Conseil de l'Europe, *Les travailleurs migrants et leurs familles. Protection dans la Charte sociale européenne*, *op.cit.*, pp.57-58.

de personnes, du fait du libellé très général de l'article 8 de la CESDH qui garantit le « droit au respect de la vie privée et familiale »⁹⁴⁷.

En revanche, le droit de l'Union européenne va encore étendre la définition de la famille au moins pour la famille des ressortissants de l'Union. L'article 2 de la Directive n°2004/38/CE, qui consacre les interprétations jurisprudentielles de la CJCE⁹⁴⁸, inclut dans la composition de la famille le conjoint, les descendants et les ascendants directs du migrant et de son conjoint, mais innove également en incluant les partenaires « enregistrés » - considérés par l'Etat d'accueil comme équivalents au mariage⁹⁴⁹ - et dont la durabilité de la relation est attestée (art. 3§2). La Cour retient une interprétation large de la Directive : elle estime que le conjoint d'un ressortissant de l'Union qui réside dans un autre Etat membre, bénéficie du droit au séjour sur son territoire quelle que soit la manière dont il y est entré et quels que soient la date et le lieu du mariage, même si ce conjoint n'a jamais préalablement séjourné de manière régulière dans un autre Etat membre⁹⁵⁰. En revanche, la conception de famille est un peu plus restreinte pour le regroupement familial des ressortissants tiers autorisés à séjourner dans l'UE. Selon l'article 4 de la Directive n°2003/86, la famille concerne le conjoint, les enfants mineurs non mariés du regroupant et du conjoint, naturels ou adoptés⁹⁵¹. Pour les autres membres de la famille, tels que les partenaires, les ascendants à charge et les enfants majeurs célibataires souffrant de graves problèmes de santé, l'alinéa 2 de l'article 4 prévoit que les Etats « peuvent » autoriser leur entrée sur le territoire. Une notion extensive de la famille est donc seulement promue par les instruments universels et affirmée par le droit de l'UE pour les ressortissants communautaires. En dehors de ces cas de figure, elle est envisagée de manière restrictive.

⁹⁴⁷ H. GOLSONG, « La convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant », *op.cit.*, p.235-23

⁹⁴⁸ Notamment les précisions données dans l'arrêt *Singh* de la CJCE du 7 juillet 1992, aff. C-370/90, *Rec.*1992, p. I-4265.

⁹⁴⁹ J.-L. CLERGERIE *et al.*, *L'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2012, 9^e éd., p.623.

⁹⁵⁰ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e. a.*, aff. C-127/08, *Rec.* 2008, p. I-6241. Sur les interprétations extensives de la directive en matière de regroupement familial autres que concernant les travailleurs migrants voir L. DUBOIS et C. BLUMMAN, *op.cit.*, p.57.

⁹⁵¹ Une restriction est néanmoins prévue : « Par dérogation, lorsqu'un enfant a plus de 12 ans et arrive indépendamment du reste de sa famille, l'Etat membre peut, avant d'autoriser son entrée et son séjour au titre de la présente directive, examiner s'il satisfait à un critère d'intégration prévu par sa législation existante à la date de la mise en œuvre de la présente directive » (art. 4§& al. d)). De même, l'article 4 alinéa 6 dispose que « par dérogation, les Etats membres peuvent demander que les demandes concernant le regroupement familial d'enfants mineurs soient introduites avant que ceux-ci n'aient atteint l'âge de 15 ans, conformément aux dispositions de leur législation en vigueur à la date de la mise en œuvre de la présente directive. Si elles sont introduites ultérieurement, les Etats membres qui décident de faire usage de la présente dérogation autorisent l'entrée et le séjour de ces enfants pour d'autres motifs que le regroupement familial ».

112. Les conditions de la mise en œuvre du droit au regroupement familial en Europe.

Selon l'OIM, la famille était autrefois considérée comme une force d'intégration, mais elle est davantage perçue aujourd'hui comme un facteur d'isolement dans la société. De même, certains Etats comme la France et les Etats-Unis ont mis en avant le risque d'un nombre excessif d'entrées de migrants par la voie du regroupement familial. On a donc pu observer, dans les pays européens surtout, un durcissement des conditions d'entrée⁹⁵². Les instruments internationaux qui envisagent le regroupement familial autorisent généralement les Etats à formuler des restrictions. Ces exigences sont de deux ordres : elles portent d'une part sur une durée minimum de séjour dans le pays d'accueil, et d'autre part sur la réunion de conditions matérielles satisfaisantes (ressources stables et logement « normal »).

a) *Concernant la durée minimum de séjour*, selon l'art. 12§1 de la Convention du Conseil de l'Europe, le regroupement familial peut être subordonné « à un délai d'attente qui ne pourra excéder douze mois ». Certaines conventions bilatérales prévoient un période de quelques mois⁹⁵³. Aucune durée minimale de séjour n'est en revanche requise pour les ressortissants communautaires en droit de l'UE puisque l'article 6§2 de la Directive n°2004/38 dispose que, même pour les séjours de moins de trois mois, « les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent également aux membres de la famille munis d'un passeport en cours de validité qui n'ont pas la nationalité d'un État membre et qui accompagnent ou rejoignent le citoyen de l'Union ». En revanche pour les ressortissants de pays tiers, l'article 8 de la Directive n°2003/86 dispose que « les États membres peuvent exiger que le regroupant ait séjourné légalement sur leur territoire pendant une période qui ne peut pas dépasser deux ans, avant de se faire rejoindre par les membres de sa famille. Par dérogation, lorsqu'en matière de regroupement familial, la législation existant dans un État membre à la date d'adoption de la présente directive tient compte de sa capacité d'accueil, cet État membre peut prévoir d'introduire une période d'attente de trois ans au maximum entre le dépôt de la demande de regroupement familial et la délivrance d'un titre de séjour aux membres de la famille ». Le régime applicable aux

⁹⁵² OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008, op.cit.*, p.165.

⁹⁵³ Par exemple, un accord conclu entre la Belgique et l'Algérie (Convention concerning the Employment and Residence in Belgium of Algerian workers and their families, Algiers, 8 January 1970, 717 UNTS 321), prévoit la possibilité pour les Algériens « employés et installés » en Belgique d'être rejoints par leurs familles après trois mois de travail dès lors qu'ils justifient d'un logement convenable.

ressortissants de pays tiers est donc beaucoup plus restrictif et a été jugé conforme par la CJCE⁹⁵⁴.

b) *Concernant la stabilité des ressources*, cette condition n'est pas envisagée dans les instruments universels, mais est affirmée à l'article 12§2 de la Convention du Conseil de l'Europe relative au statut juridique du travailleur migrant ; en effet, le travailleur migrant doit disposer de « *ressources stables, suffisantes pour subvenir aux besoins de sa famille* ». Il convient de préciser que la stabilité des ressources exclut les prestations d'assurance chômage et celles de l'assistance publique car l'art. 12 ne concerne que le « *travailleur migrant régulièrement employé* »⁹⁵⁵. Le droit de l'Union européenne exige également des ressortissants de l'Union pour bénéficier d'un droit de séjour, qu'ils disposent de ressources suffisantes « *pour éviter qu'ils ne deviennent une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil* » et « *d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'Etat membre d'accueil* »⁹⁵⁶. Toutefois, les ressources du partenaire doivent également être prises en considération⁹⁵⁷. Les conditions pour le regroupement familial demandé par un ressortissant de pays tiers sont similaires (art. 7§1 al. b) et c) de la Directive n°2003/86)⁹⁵⁸.

c) *S'agissant de la condition de logement « normal »*, c'est la seule condition universellement requise (même si on peut y voir un certain lien avec le niveau de ressources). Or, elle peut être difficile à satisfaire car les logements des travailleurs migrants ne sont pas toujours comparables à ceux des nationaux. Aux termes du paragraphe 12 alinéa 2 de la Recommandation n° 151, le migrant doit disposer d'un logement approprié pour sa famille « *qui réponde aux critères normalement applicables aux travailleurs nationaux du pays d'emploi* ». Cependant, les Etats doivent aider les migrants à obtenir un logement et fournir des services pour la réception de la famille du travailleur migrant (§16)⁹⁵⁹. Avant 2006, l'article 10§3 du Règlement CEE n°1612/68 disposait que le ressortissant communautaire devait disposer d'un logement pour sa famille, considéré comme « *normal pour les travailleurs nationaux, dans la région où il est employé* ». Toutefois, le texte ajoutait que cette disposition ne pouvait être appliquée de façon à « *entraîner des discriminations entre les*

⁹⁵⁴ CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*2006, p.I-57/69.

⁹⁵⁵ C. LEBEN, « Le droit international et les migrations de travailleurs », *op.cit.*, p.101.

⁹⁵⁶ L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *op.cit.*, p.56.

⁹⁵⁷ CJCE, 23 mars 2006, *Commission c. Belgique*, aff. C-408/03, *Rec.*2006, p.I-2647.

⁹⁵⁸ L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *op.cit.*, p.74.

⁹⁵⁹ R. PLENDER, *op.cit.*, pp.370-371.

travailleurs nationaux et les travailleurs en provenance d'autres Etats membres »⁹⁶⁰. La Directive du 29 avril 2004 a tout simplement abrogé cette disposition⁹⁶¹. L'article 12§1 de la Convention du Conseil de l'Europe et l'article 7§1 alinéa a) de la Directive n°2003/86 sont formulés dans les mêmes termes. Plusieurs conventions bilatérales font également référence à un logement « suffisant » ou « convenable » ou encore « approprié »⁹⁶².

La mise en œuvre du droit au regroupement familial, qui permet aux membres de la famille du travailleur migrant remplissant les conditions nécessaires de le rejoindre dans le pays d'accueil, confère à ces personnes un droit accessoire, le droit de rester sur le territoire en cas d'incapacité ou de décès du travailleur étranger.

113. Le non-retour de la famille en cas d'incapacité ou de décès du travailleur migrant.

Une autre disposition relative au séjour des membres de la famille concerne la protection contre l'éloignement en cas d'incapacité du travailleur migrant à exercer son emploi en raison d'une maladie ou d'un accident, ou encore en cas de décès. Nous avons déjà envisagé précédemment la protection contre l'éloignement du travailleur étranger en cas d'incapacité, si ce dernier le désire. L'article 8 de la Convention OIT de 1949 étend cette protection aux membres de la famille autorisés à le rejoindre, mais n'est opposable que si l'incapacité est survenue après l'arrivée. Cette disposition apparaît également à l'article 25 de l'annexe de la Recommandation de 1986. L'article 9§4 de la Convention européenne de 1977, prévoit qu'en cas d'incapacité du travailleur, il lui sera permis de demeurer sur le territoire de l'Etat d'accueil pour une période qui ne doit pas être inférieure à 5 mois. L'article 9§3 prévoit que les dispositions qu'il énonce s'appliquent également aux membres de la famille. L'objet de l'article 50 de la Convention des Nations Unies est un peu plus large puisqu'il envisage le décès du travailleur ou la dissolution du mariage, et dispose que l'Etat d'emploi « envisage favorablement » le droit de demeurer sur place en fonction de la durée de résidence des membres de la famille sur son territoire. Il semble que l'Etat soit tenu d'autoriser les membres de la famille à demeurer sur le territoire, toutefois aucune indication n'apparaît sur la durée de séjour à partir de laquelle l'Etat serait obligé à garantir ce droit. Le §2 ajoute d'ailleurs que les membres de la famille qui ne sont pas autorisés à rester doivent bénéficier d'un délai raisonnable pour leur permettre de « régler leurs affaires » dans l'Etat d'emploi.

⁹⁶⁰ La condition du logement n'est toutefois pas reprise dans la Directive n°2004/38.

⁹⁶¹ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, *op.cit.*, p.138.

⁹⁶² C. LEBEN, « Le droit international et les migrations de travailleurs », *in* SFDI, *op.cit.*, p.102.

Le droit de l'UE envisage également la protection des membres de la famille du communautaire aux articles 12 et 13 de l'article de la Directive n°2004/38 en cas de décès, de départ et de dissolution des liens familiaux, si la famille résidait sur le territoire depuis au moins un an lors du décès et si les ressources de la famille sont suffisantes, ou si les enfants sont scolarisés. Les conditions posées en cas de dissolution des liens familiaux diffèrent selon que le conjoint a la nationalité ou non d'un Etat membre. L'hypothèse est également envisagée à l'article 15§3 de la directive 2003/86 sur le regroupement familial applicable aux ressortissants de pays tiers, mais les conditions ne sont pas très explicites. L'article dispose qu'« *en cas de veuvage, de divorce, de séparation ou de décès d'ascendants ou de descendants directs au premier degré, un titre de séjour autonome peut être délivré, au besoin sur demande, aux personnes entrées au titre du regroupement familial. Les États membres arrêtent des dispositions garantissant l'octroi d'un titre de séjour autonome en cas de situation particulièrement difficile* »⁹⁶³.

Si l'admission des membres de la famille au titre du regroupement familial est occasionnellement affirmée comme une obligation pour les Etats d'accueil en droit international, en revanche, le traitement de la famille autorisée à rejoindre le travailleur migrant fait l'objet d'un encadrement plus strict.

B. Le droit à l'égalité de traitement pour les membres de la famille

114. L'égalité de traitement dans l'entreprise. Bien que l'admission de la famille du travailleur migrant reste très souvent de la compétence des Etats, les références à l'égalité de traitement pour les membres de la famille sont nombreuses dans les instruments relatifs à la protection des travailleurs migrants. La consécration la plus aboutie de la protection de la famille apparaît dans la Convention de New York puisque la famille, outre les nombreuses références dans le texte, est directement visée dans l'intitulé même de l'instrument. Les membres de la famille doivent bénéficier d'un traitement similaire à celui du travailleur étranger puisque leur séjour est lié à la présence de ce dernier, qui doit pouvoir mener une vie privée et familiale « normale ». La première dimension de l'égalité de traitement pour les

⁹⁶³ Directive n°2003/86 du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *JOUE* L 251, 3 octobre 2003, p. 2.

membres de la famille concerne l'emploi. L'accès à l'emploi des membres de la famille n'a été envisagée en 1949, dans les instruments de l'OIT, que dans la Recommandation n°86 à l'article 16§1, et à l'article 17 de l'annexe. Celui-ci invite les Etats à permettre « *autant que possible* » aux membres de la famille d'exercer un emploi dans les mêmes conditions que les nationaux, ce qui inclut en réalité, comme pour le travailleur, les restrictions à l'accès à l'emploi déjà évoquées. L'article 10 de la Convention de 1975 affirme pour sa part que les Etats doivent formuler et appliquer des politiques visant à promouvoir l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession pour les étrangers qui, en tant que travailleurs migrants ou en tant que membres de leur famille, se trouvent légalement sur leur territoire. L'égalité de traitement est ici envisagée comme une obligation de moyen. L'article 12 ajoute que la détermination de cette politique sociale doit se faire en consultation avec les organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs⁹⁶⁴.

L'article 53 de la Convention de New York distingue selon le type d'autorisation de séjour. Le paragraphe 1 énonce que les membres de la famille autorisés à séjourner sur le territoire de l'Etat d'accueil, et qui possèdent une autorisation de séjour sans limitation de durée ou automatiquement renouvelable, peuvent choisir librement une activité rémunérée dans les mêmes conditions que le travailleur. Le paragraphe 2 ajoute qu'à défaut, pour les autres membres de la famille autorisés, « *les Etats parties étudient favorablement la possibilité de leur accorder l'autorisation d'exercer une activité rémunérée en priorité sur les autres travailleurs qui demandent à être admis sur le territoire de l'Etat d'emploi, sous réserve des accords bilatéraux et multilatéraux applicables* ».

En revanche, dans la Convention du Conseil de l'Europe de 1977, la disposition relative à l'égalité de traitement en termes d'emploi pour le membre de la famille est confuse. En effet, l'article 9§3 relatif à l'obligation de délivrance d'un permis de séjour pour les travailleurs qui bénéficient d'une autorisation de travail, énonce que « *les dispositions du présent article s'appliquent également aux membres de la famille du travailleur migrant autorisés à le rejoindre conformément à l'article 12 de la présente Convention* ». Il est difficile de déterminer avec certitude si cela revient à affirmer le droit de travailler, car l'article porte sur la délivrance de l'autorisation de séjour, qui semble devoir être distinguée du permis de

⁹⁶⁴ La Recommandation de 1975 précise le contenu de ces dispositions. L'article 12 énonce une liste de domaines concernant l'emploi, et notamment l'accès à l'emploi, pour lesquels les travailleurs migrants et les membres de leur famille devraient bénéficier de l'égalité de traitement avec les nationaux. Le membre de la famille devrait bénéficier du même traitement que le travailleur. Les articles 9 et 10 concernent la formulation de la politique sociale.

travail, dont les modalités de délivrance font l'objet de l'article précédent et pour lequel aucune référence à la famille n'est faite.

Le droit de l'UE est plus précis sur ce point. En effet, l'article 11 du Règlement n°1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté énonce le droit, pour le conjoint et les enfants de moins de 21 ans ou à charge, d'exercer une activité professionnelle, salariée ou non, sur l'ensemble du territoire, y compris s'ils n'ont pas la nationalité d'un Etat membre. L'article 14 de la Directive n°2003/86 applicable aux ressortissants tiers prévoit également, au §1 alinéa b), l'accès des membres de la famille du regroupant à un emploi salarié ou à une activité indépendante. Le paragraphe 2 introduit un aménagement puisqu'il autorise les Etats à déterminer des conditions d'exercice d'une activité professionnelle pour les membres de la famille, le délai d'examen de la situation de l'emploi avant la délivrance d'une autorisation de travail ne pouvant dépasser douze mois. De même, le paragraphe 3 ajoute la possibilité de limiter l'accès à l'emploi pour les ascendants et les enfants majeurs souffrant d'incapacité en raison de problèmes de santé.

L'égalité de traitement des membres de la famille concernant l'exercice d'une activité professionnelle est donc encouragée dans les instruments universels et affirmée en droit de l'Union, avec quelques restrictions possibles pour les membres de la famille des ressortissants tiers. Une fois autorisées, ces personnes doivent bénéficier des mêmes conditions de travail que les travailleurs migrants. Mais l'insertion des familles dans les Etats de destination est également envisagée en dehors de l'emploi.

115. L'égalité de traitement dans la cité. L'égalité de traitement des travailleurs migrants et des membres de leurs familles dans la cité concerne tout d'abord l'accueil à l'arrivée dans le pays de destination, ou encore l'accès aux services sociaux. En effet l'article 4 de la Convention de 1949 prévoit très largement l'adoption de mesures appropriées pour faciliter le départ, le voyage et l'accueil des migrants⁹⁶⁵. L'article 45 de la Convention de New York prévoit l'accès aux services d'orientation, de santé et culturels. Au niveau européen, l'article

⁹⁶⁵ L'article 6 alinéa c) de l'annexe I à la convention prévoit que les mesures doivent comprendre « *toute assistance nécessaire, au cours d'une période initiale, lors de l'établissement des migrants et des membres de leur famille autorisés à les accompagner ou à les rejoindre* ». L'article 11 de la Recommandation n°86 précise que les travailleurs migrants et les membres de leurs familles doivent bénéficier des mesures relatives aux loisirs et au bien-être. L'article 14 de l'annexe de la Recommandation envisage même l'adaptation et la simplification de la procédure de naturalisation (de même aux articles 50 à 52 de la Recommandation n°100). Les articles 17 et suivants de l'annexe de la Recommandation envisagent les domaines de l'égalité de traitement. Les articles 12 et 49 de la Recommandation n°100 envisagent également le bien-être matériel, intellectuel et moral des migrants et de leurs familles. L'accès aux services sociaux de la famille des migrants est également envisagé à l'article 23 de la Recommandation n°151.

10 de la Convention de 1977 prévoit l'accès aux services sociaux afin de bénéficier de toutes les informations nécessaires à l'adaptation au pays d'accueil. L'article 19 de la Charte sociale européenne établit de manière très détaillée les différentes mesures de protection et d'assistance que les Etats doivent adopter, qui incluent notamment l'accès gratuit à des services d'information, aux services sanitaires, et au logement. En droit de l'Union, l'article 3 de la Directive n°2004/38 dispose que tous les avantages de la directive reconnus au citoyen communautaire dans le texte s'appliquent également aux membres de sa famille

Des dispositions particulières ont également été introduites concernant l'éducation des familles et particulièrement l'éducation des enfants. Le paragraphe 10 alinéa e) de la Recommandation de 1986 encourage les Etats à adopter des mesures visant à assurer l'accès aux écoles des migrants et des membres de leur famille. L'article 12 alinéa f) de la Convention de 1975 incite même les Etats à permettre aux enfants des travailleurs migrants de recevoir un enseignement dans leur langue maternelle. Les paragraphes 2 à 4 de l'article 45 de la Convention de New York encouragent également l'enseignement pour les enfants dans la langue d'origine mais aussi l'enseignement de la langue locale. L'article 14 de la Convention européenne de 1977 prévoit l'accès aux écoles et centres de formation pour le travailleur étranger et les membres de sa famille, tout comme l'article 12 du Règlement communautaire n°1612/86, ainsi que l'article 14 de la Directive n°2003/86 applicable aux ressortissants de pays tiers ; mais la Convention de 1977 ajoute que, pour que cet accès soit effectif, il doit être facilité grâce à l'offre de cours dans la ou les langues du pays d'accueil. L'article 14§3 encourage les Etats à délivrer des bourses aux enfants dans les mêmes conditions que les nationaux.

La Commission des Nations Unies pour le développement social et l'UNESCO ont accordé une attention particulière aux besoins d'éducation des enfants des travailleurs migrants. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale par exemple a plus particulièrement pris position sur l'éducation des enfants des travailleurs migrants, la préservation de leur culture, ainsi que sur leurs conditions de vie. A ce titre, le Comité exprime les mêmes préoccupations que pour les minorités nationales. Il estime très important que les travailleurs migrants préservent leur culture et que les enfants reçoivent une instruction dans leur langue⁹⁶⁶. Il considère que des mesures destinées à éviter l'exclusion doivent être prises, notamment par la mise en place d'un enseignement commun aux enfants d'étrangers et de

⁹⁶⁶ CEDR, *Rapport annuel pour 1973, examen du 3e rapport périodique de la RFA*, p.65.

ressortissants⁹⁶⁷. L'UNICEF également, au cours de ces dernières années, a encouragé la promotion et la protection des droits des enfants des travailleurs migrants, garantis par les dispositions de la Convention relative aux droits des enfants. De nombreuses études du Centre international de l'UNICEF pour le Développement des Enfants ont été réalisées sur leur situation, à la fois en tant que migrants *per se* et en tant que minorités ethniques dans l'Etat d'accueil. Elles traitent d'aspects particuliers des droits des travailleurs migrants, ou de situations spécifiques dans certaines régions ou pays, toutes les initiatives décrites servant de réflexions pour l'élaboration d'une convention internationale : un instrument qui couvrirait les droits de l'homme et les libertés fondamentales du travailleur migrant et de leurs familles, et qui serait suffisamment flexible pour être appliqué dans le monde entier⁹⁶⁸.

En l'état actuel des choses, l'admission des membres de la famille d'un travailleur étrangers est géographiquement limitée, car elle n'est affirmée comme véritable obligation internationale qu'en droit de l'UE ou dans certains instruments bilatéraux. Au sein du Conseil de l'Europe, c'est sous l'angle de l'ingérence de l'Etat dans le droit au respect de la vie privée et familiale que la jurisprudence de la CEDH a permis de protéger l'unité familiale, même si elle s'est essentiellement développée à propos de mesures d'éloignement. Dans les instruments universels, le regroupement familial est simplement encouragé. En revanche, une fois admis, les membres de la famille doivent pouvoir bénéficier de l'égalité de traitement dans la cité, et également, dans la mesure du possible, dans l'accès à l'emploi et les conditions de travail. Mais si le droit au regroupement familial constitue un droit conditionnel exceptionnellement affirmé, un autre droit conditionnel est encore plus exceptionnellement reconnu : le droit de vote.

§2- La reconnaissance d'un droit conditionné à la sédentarisation : le droit de vote

La participation des travailleurs étrangers à la vie politique du pays d'accueil constitue un moyen de mieux revendiquer leurs droits et d'améliorer leurs conditions de vies dans ce pays.

⁹⁶⁷ CEDR, *Rapport annuel pour 1977, examen des 2e et 3e rapports périodiques de la France*, p.41.

⁹⁶⁸ United Nations, Center for Human Rights, *The Rights of the Migrant Workers*, Geneva, World Campaign for the human rights, fact sheet n°24, 2000, pp.10-11.

Pourtant la reconnaissance des droits politiques se heurte à de nombreuses difficultés⁹⁶⁹. En effet, la participation citoyenne, le *status activus* qui permet à l'individu de voter et de participer aux fonctions de l'Etat, concerne la relation politique qu'entretient un individu avec un Etat, et se matérialise par un lien de nationalité⁹⁷⁰. Aujourd'hui la question n'est pas spécifique aux travailleurs étrangers, mais c'est d'abord à partir de cette catégorie d'étrangers que la question s'est posée car, hormis les réfugiés, la figure de l'étranger est initialement représentée par le travailleur. Le refus de la participation politique des étrangers est souvent justifié par des raisons politiques, notamment en raison des liens conservés avec le pays d'origine, et cela bien que les travailleurs étrangers soient souvent dans l'impossibilité d'exercer leurs droits politiques dans leur pays, comme c'est le cas du Liban. Même quand l'exercice du droit de vote est obligatoire, et que des facilités matérielles leur sont accordées pour qu'ils puissent revenir voter dans leur pays, l'éloignement dissuade un certain nombre d'exercer leur droit citoyen. Dans plusieurs cas, pour contourner les difficultés du vote par procuration, des centres de vote ont été créés dans les ambassades et les consulats⁹⁷¹. La reconnaissance de droits politiques dans le pays hôte pourrait apparaître comme la contrepartie des obligations imposées par cet Etat⁹⁷². Toutefois, hormis quelques exceptions accordées à certains étrangers en vertu de leur sédentarisation (B), le principe reste celui de l'exclusion des droits publics et politiques des étrangers (A).

A. Le principe de l'exclusion des droits publics et politiques

116. « Droits publics et politiques » et amélioration du statut économique et social des étrangers. « *J'y suis, j'y vote* »⁹⁷³. La revendication des droits politiques, et notamment du droit de vote, s'inscrit dans une revendication plus générale de l'égalité qui a émergé avec la

⁹⁶⁹ Pour plus de détails sur l'approche historique de la question, voir D. RUZIE, « Les droits publics et politiques des travailleurs étrangers », in SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont – Ferrand, Paris, Pedone, 1979, pp.328-329.

⁹⁷⁰ Selon Jellinek, théoricien allemand, il existerait trois types de statuts des sujets d'un Etat. Le *status libertatis*, relation minimale, qui fait référence au statut de liberté d'un individu et au devoir d'abstention de l'Etat. Le *status positivus*, relation providence en vertu de laquelle l'individu peut exiger de l'Etat des prestations positives. Et enfin, le *status activus* précédemment décrit. G. JELLINEK, *System des öffentlichen Rechte*, Tubigen, Scientia Verlag Aalen, 1892, (2^e édition 1905), (2^e impression de la deuxième édition en 1979), p. 136s. Cité par H. TIGROUDJA et L. HENNEBEL « Atelier n°1 – Nationalité et protection des droits de l'homme – Propos introductifs », in SFDI, *Droit international et nationalité*, op.cit., p.315.

⁹⁷¹ *Ibid*, pp.347-349.

⁹⁷² R. CHIROUX, op.cit., p.42.

⁹⁷³ Nom de l'exposition réalisée par la journaliste Lucie Geffroy et Marion Poussier, exposée pour la première fois en mars 2006 à la mairie du XXe arrondissement de Paris.

sédentarisation des étrangers. Si la figure de l'étranger, pendant la période d'avant et d'après-guerre, a été celle du travailleur, les immigrés ne peuvent plus être considérés du seul point de vue de leur force de travail, car nombre d'entre eux se sont installés durablement dans les pays d'accueil. Il est certain que cette évolution a souvent permis la reconnaissance du droit de vote à des élections non politiques dans les entreprises, les universités et les écoles, ou encore dans les conseils d'administration⁹⁷⁴. L'on constate aujourd'hui, dans de nombreux pays, le développement d'une certaine forme de « citoyenneté sociale ou administrative ». Selon Véronique Champeil-Desplats, « *La notion de « citoyenneté administrative » - tout comme son cadre d'exercice que constituerait la démocratie administrative - prend en effet le contre-pied des représentations traditionnelles de l'administration et de ses rapports à ses destinataires. [...] L'effet de nouveauté de la notion de citoyenneté administrative est provoqué par son caractère hybride. Ni le terme « citoyenneté », ni le qualificatif « administrative » ne sont en effet nouveaux. En revanche, leur association l'est. Celle-ci permet de construire une expression néologique dont la force escomptée repose sur le fait qu'elle unit un registre administratif et un registre politique. Chacun est alors supposé renforcer l'autre et répondre aux diverses formes de délégitimation auxquels ils peuvent être confrontés. [...] Dans le champ administratif tout particulièrement, les références à la citoyenneté s'annoncent comme un puissant vecteur de revalorisation* »⁹⁷⁵. La citoyenneté administrative confère le droit de participer, d'être informé.

Toutefois, le bénéfice de droits politiques reste souvent exclu⁹⁷⁶. David Ruzié définit par « droits publics et politiques » l'ensemble des moyens permettant de participer à la vie publique et politique d'un Etat, c'est-à-dire à la vie dans la cité⁹⁷⁷. L'auteur souligne que certains textes internationaux utilisent l'expression « droits civils et politiques », et que certaines instances internationales associent le « respect des droits de l'homme » avec celui « des droits politiques et des droits fondamentaux ». Dans d'autres cas, seuls les « droits politiques » ou « civiques » sont visés séparément, comme pour la Convention sur

⁹⁷⁴ GISTI, « Le droit de vote aux élections locales pour les résidents étrangers », *Après-demain, Journal trimestriel de documentation politique*, 3^e trimestre 2012, n°23, p.21.

⁹⁷⁵ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Démocratie et citoyenneté face à l'administration », in G. GONZALEZ-PALACIOS *et al.*, *Démocratie et Etat de droit*, BNF, Paris, 2013, p.91. Sur la « citoyennisation » des étrangers, voir A. BASTENNIER et F. DASSETTO, *Immigration et espace public. La controverse de l'intégration*, Paris, L'Harmattan, 1993, p.183 et s.

⁹⁷⁶ C'est ce qu'a notamment rappelé le Comité des droits de l'homme dans son *Observation générale n°15 sur la situation des étrangers au regard du Pacte*; l'article 25 du Pacte, en effet, mentionne des restrictions à l'encontre des étrangers parmi lesquelles figurent le droit de voter et d'accéder aux fonctions publiques (§2). Voir également, CEDR, *Recommandation générale n°30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants*, Gen. Rec. n°30, §§2-3.

⁹⁷⁷ D. RUZIE, « Les droits publics et politiques des travailleurs étrangers », *op.cit.*, p.325.

l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ou encore dans certaines conventions bilatérales. Mais les textes internationaux qui se réfèrent à ces droits les énumèrent sans les définir. Par exemple, la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale évoque les « *droits politiques, notamment le droit de participer à des élections – de voter et d'être candidat – selon le système du suffrage universel et égal, le droit de prendre part au gouvernement, ainsi qu'à la direction des affaires publiques, à tous les échelons, et droit d'accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques* ». Les « *droits et facilités* » énumérés à l'article 23§1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme sont sensiblement identiques⁹⁷⁸. En raison de leur finalité, les droits politiques, entendus comme « *la faculté d'influencer la formation de la volonté étatique, c'est-à-dire de participer, de façon directe ou indirecte, à la création de l'ordre juridique, dans laquelle s'exprime la volonté de l'Etat* »⁹⁷⁹, justifiaient jusqu'à présent la distinction entre étrangers et citoyens, et écartaient même l'idée de discrimination (dans le sens de l'illégalité). Mais l'évolution des droits de l'homme autour de la notion d'égalité entre les individus peut remettre en cause l'attribution des droits politiques aux seuls nationaux⁹⁸⁰, et interroger sur la notion de citoyenneté. Le droit de vote constitue la forme de participation politique la plus aboutie. Pourtant de nombreux obstacles subsistent.

117. Obstacles à la reconnaissance du droit de vote : la temporalité du séjour et l'absence de lien d'allégeance. Souvent les étrangers sont considérés comme une menace potentielle pour un Etat, toute activité étrangère étant perçue comme une forme d'ingérence dans les affaires intérieures⁹⁸¹. Le droit de vote consiste même sans doute, aujourd'hui, le domaine d'activité des étrangers qui suscite le plus de résistance. En effet, dans un article pourtant favorable à la relativisation de la distinction entre étrangers et nationaux, les auteurs ont écrit que « *the more important differential treatments that may be held permissible upon grounds of alienage would appear to be confined to those that relate to participation in the making of community decisions (voting and office-holding)* »⁹⁸². Au niveau sociologique, plusieurs arguments sont invoqués. Le premier argument concerne l'objection constitutionnelle, selon laquelle l'extension du droit de vote passerait par une réforme de la

⁹⁷⁸ *Ibid*, p.326.

⁹⁷⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. française de la 2^e éd. par Ch. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p.186.

⁹⁸⁰ D. RUZIE, « Les droits publics et politiques des travailleurs étrangers », *op.cit.*, pp.327-328.

⁹⁸¹ *Ibid*, p.330.

⁹⁸² M. S. McDOUGAL *et al.*, *op.cit.*, p.438.

constitution. Le second argument souligne que le suffrage est lié à la nationalité, et que la possibilité de voter peut être accordée suite à une naturalisation. Telle est la position de Pierre Mazeaud, ancien président du Conseil constitutionnel français, exprimée dans ses vœux adressés au Président de la République en 2007 que, « *le pouvoir de voter est indissociable de la nationalité, il ne se découpe pas en tranches [...] la citoyenneté est une comme une Nation est indivisible [...]. Si les étrangers devaient également disposer de tous les droits politiques des nationaux, où se trouverait la marque distinctive de la nationalité ? Si un étranger a de profondes attaches avec la France et souhaite participer pleinement à la vie de la cité, plutôt que d'accéder à un simple strapontin aux élections locales, il faut lui ouvrir la seule voie digne de ses aspirations : la voie royale de la naturalisation* »⁹⁸³. Un troisième argument consiste à évoquer le risque de communautarisme, contraire à la notion de citoyenneté⁹⁸⁴. Enfin, un quatrième argument oppose aux étrangers le fait qu'eux-mêmes ne se sentiraient pas concernés par les affaires publiques, en raison d'un héritage politique différent ou des liens maintenus avec le pays d'origine⁹⁸⁵. Dans les pays où les étrangers votent aux élections locales, force est de constater une faible inscription sur les listes électorales, même si plusieurs candidats apparaissent néanmoins. Dans le cas de la Belgique par exemple, les élections municipales du 8 octobre 2006 (les premières après la reconnaissance de ce droit) ont révélé que moins de 20 000 personnes sur les 100 000 qui remplissaient la condition de résidence de 5 ans se sont inscrites sur les listes. En revanche, à Bruxelles, 150 conseillers étrangers ont été élus sur 663⁹⁸⁶. Sont également sujets à discussion le type d'élections qui serait ouvert aux étrangers⁹⁸⁷, ou encore la durée de la résidence qui permettrait de considérer un enracinement minimal⁹⁸⁸.

Le droit international général n'oblige pas les Etats d'accueil à reconnaître aux étrangers une forme de participation politique et, hormis quelques exceptions que nous étudierons plus loin, plusieurs instruments autorisent même les Etats à l'interdire. Au niveau universel, la

⁹⁸³ Pierre MAZEAUD, Cahier du Conseil constitutionnel n°22, juin 2007.

⁹⁸⁴ F. TIBERGHIEEN, « Le droit de vote des étrangers aux élections locales », *Revue du Service social d'aide aux émigrants*, mars 2007, n° 241, pp.3-4.

⁹⁸⁵ D. RUZIE, « Les droits publics et politiques des travailleurs étrangers », *op.cit.*, p.331.

⁹⁸⁶ F. TIBERGHIEEN, *op.cit.*, p.6.

⁹⁸⁷ Au niveau du Conseil de l'Europe, selon un rapporteur de l'assemblée consultative « *les décisions prises au niveau national conditionnent la possibilité pour un migrant de s'établir dans le pays, tandis que les décisions prises au niveau local influent souvent sur la qualité de sa vie, une fois qu'il est fixé en un endroit donné* ». ANDRIANOPOULOS, *Rapport de la Commission de la population et des réfugiés*, septembre 1973, Doc. 3834, n°21, p.22

⁹⁸⁸ F. TIBERGHIEEN, « Le droit de vote des étrangers aux élections locales », *op.cit.*, pp.3-4.

Convention de Genève de 1951 par exemple, qui régit la situation des réfugiés, c'est-à-dire des personnes qui ne maintiennent plus de lien d'allégeance avec leur pays d'origine, ne comporte aucune disposition relative aux droits politiques. Mais, à partir l'article 2 selon lequel un étranger doit se conformer à l'ordre public, il a été déduit que parmi les devoirs des réfugiés figurait celui de la réserve politique vis-à-vis du pays d'accueil. Certains gouvernements ont assimilé cette réserve à la neutralité politique. S'agissant des conventions relatives aux travailleurs migrants, celles-ci ne consacrent aucun droit politique, pas même sous la forme d'une incitation dans les recommandations ; les travaux préparatoires expriment une volonté délibérée de ne pas prendre position sur ce point. La question s'est toutefois posée en 1975 à l'occasion de l'élaboration de la Convention n°143, pour laquelle il a été proposé de promouvoir l'égalité de traitement à propos de l'emploi, et aussi des droits syndicaux et des libertés individuelles et collectives. Les travailleurs migrants eux-mêmes ont considéré que ces libertés incluaient l'information, l'expression et la réunion. De même, un représentant des travailleurs a déclaré qu'il était impensable d'obtenir un engagement de la part des Etats au niveau national, mais qu'il souhaitait l'obtenir au niveau local. Finalement, la question a été écartée pour ne pas rendre plus difficile la ratification du texte⁹⁸⁹. Dans la Convention de New York de 1990, le sujet est évoqué, mais de manière très souple, puisque l'article 42 encourage les consultations des travailleurs migrants au niveau local, et le paragraphe 3 ajoute que « *les travailleurs migrants peuvent jouir de droits politiques dans l'Etat d'emploi, si cet Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, leur accorde de tels droits* »⁹⁹⁰.

Au niveau régional, la CESDH énonce expressément à l'article 16 qu'aucune des dispositions de la Convention relatives à la liberté d'expression (art.10), à la liberté de réunion et d'association (art.11) et au principe de non-discrimination (art.14) « *ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties Contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers* ». La réserve des droits politiques aux seuls nationaux est donc conforme à la Convention. La Convention de 1977 est silencieuse sur le sujet. Aucune

⁹⁸⁹ D. RUZIE, *op.cit.*, pp.232-234.

⁹⁹⁰ Cette prudence est caractéristique des Nations Unies, bien que la référence aux droits politiques constitue une avancée, même si leur consécration reste à la discrétion des Etats. Dans la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale, ne constitue pas une « discrimination raciale » les distinctions, exclusions, restrictions ou préférences faites par une Haute partie contractante entre les citoyens et les non citoyens. Notamment, il a été admis que le fait de refuser l'exercice de droits politiques aux étrangers n'était pas considéré comme discriminatoire. En 1948, la DUDH, dans son article 21, n'avait reconnu qu'aux seuls nationaux le droit de prendre part dans la direction des affaires publiques. C'est ce principe que consacre également l'article 25 du PIDCP. *Ibid*, p.334.

convention du Conseil de l'Europe n'évoque les droits civils et politiques qui pourtant préoccupent depuis plusieurs années l'Assemblée consultative, qui a multiplié les résolutions et les recommandations⁹⁹¹. Sur le continent américain, la Convention interaméricaine sur le statut des étrangers du 20 février 1928, prévoyait déjà dans son article 7 que les étrangers se mêlant aux activités politiques seraient passibles de peines prévues par la loi locale. Bien que la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme ne comporte aucune disposition analogue à l'article 16 de la CEDH, on peut considérer que de telles restrictions ne seraient pas contraires à la Convention, car on trouve dans les articles 13, 15 et 16 l'autorisation de limiter la liberté d'expression, la liberté de réunion et la liberté d'association pour les mêmes motifs que ceux visés par le PIDCP⁹⁹². Mais bien que le principe demeure celui de l'exclusion des étrangers des droits politiques, l'évolution des droits de l'homme et du concept de citoyenneté conduit à la consécration de certaines exceptions.

B. Les exceptions au principe au bénéfice des migrants sédentarisés

118. Les reconnaissances réciproques. Les premiers assouplissements à propos du droit de vote des étrangers se sont faits sur la base de la réciprocité. L'exemple le plus connu concerne celui de l'Union européenne. Celle-ci s'est inspirée de l'expérience du Conseil nordique, créé en 1952, qui a tenté de forger les éléments d'un « statut du citoyen nordique ». En 1973, le Conseil nordique a recommandé au Conseil des ministres nordiques d'étudier la possibilité d'accorder le droit de vote aux élections communales aux ressortissants des autres pays nordiques. En octobre 1975, le Conseil des Ministres décida le principe d'une réforme des conditions d'élection au plan communal. Les Etats membres ont entrepris de modifier en conséquence leur législation interne mais seule la Suède, allant au-delà des vœux du Conseil nordique, a reconnu le droit de vote actif et passif à tous les étrangers⁹⁹³.

En droit de l'UE, la reconnaissance de droits politiques repose surtout aujourd'hui sur la « citoyenneté européenne ». Depuis le traité de Maastricht, dont l'objet est de poursuivre l'intégration européenne sur une base non plus exclusivement économique mais également politique, « *est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre* » (art. 9 T.U.E). L'affirmation du droit de vote et d'éligibilité dans le Traité de Maastricht

⁹⁹¹ *Ibid*, p.354-357.

⁹⁹² *Ibid*, pp.335-336.

⁹⁹³ *Ibid*, pp.350-351.

supposait, pour être mise en œuvre, que des mesures soient arrêtées par le Conseil à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen. De telles mesures ont été adoptées, comme prévu, avant le 31 décembre 1993 pour les élections européennes, et avant le 31 décembre 1994 pour les élections municipales⁹⁹⁴. La citoyenneté européenne s'ajoute à la citoyenneté nationale et confère un certain nombre de droits au citoyen de l'Union notamment, le droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen et aux élections municipales dans un Etat membre dont il n'est pas ressortissant⁹⁹⁵. Cela suppose que le séjour du ressortissant européen soit supérieur à trois mois, et qu'il s'inscrive sur les listes électorales de la commune où il réside. Des dérogations peuvent être admises en cas de « *problèmes spécifiques à un Etat membre* », dans le cas où « *la proportion de citoyens de l'Union qui y résident sans avoir la nationalité et qui ont atteint l'âge de voter, dépasse 20% de l'ensemble des citoyens de l'Union en âge de voter et qui y résident* »⁹⁹⁶. Ce droit, qui constitue l'aboutissement de nombreuses revendications, est un droit entièrement nouveau. Certains pays comme la France et la Belgique ont dû réviser leur constitution. La CJCE a ensuite admis que ce droit puisse être étendu à des ressortissants tiers « *ayant des liens étroits* » avec l'Etat membre⁹⁹⁷.

Parmi les reconnaissances réciproques, on peut citer le cas de l'Espagne : sa constitution de 1985 prévoit le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, mais la mise en œuvre de ce droit est subordonnée à la conclusion d'accords de réciprocité⁹⁹⁸, ce qui entraîne une mise en concurrence des Etats. Son extension généralisée est régulièrement débattue dans ce pays mais l'avancée souhaitée doit reposer sur le consensus politique et social de tous les acteurs impliqués. En attendant, c'est sur la base du cadre constitutionnel de la réciprocité que des avancées sont promues⁹⁹⁹. La loi du 28 janvier 2011 est venue ajouter, pour les élections municipales, une exigence de résidence initialement non prévue par la constitution, ce qui a entraîné une forte réaction des migrants. La réforme correspond à une trajectoire

⁹⁹⁴ Directive n°93/109 du Conseil du 6 décembre 1993 fixant les modalités des élections au parlement européen, *JOCE* L 329, 30 décembre 1993 ; et Directive n°94/80 du Conseil du 19 décembre 1994 concernant les élections municipales, *JOCE* L 368, 31 décembre 1994.

⁹⁹⁵ C. DEGRYSE, *Dictionnaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, 4^e édition, pp.143-144.

⁹⁹⁶ Directive n° 93/109, art. 14.

⁹⁹⁷ CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c. Royaume-Uni*, aff. C-145/04, *Rec.* 2006, p.I-143.

⁹⁹⁸ F. TIBERGHEN, *op.cit.*, p.5.

⁹⁹⁹ J. MORENO SANCHEZ, « Un défi pour l'Union européenne », *Revue du Service sociale d'aide aux immigrants*, mars 2007, n°241, p.16.

particulière¹⁰⁰⁰. Mais on trouve peu de conventions bilatérales sur le sujet dans l'ordre juridique international, surtout en raison du caractère unilatéral des flux migratoires¹⁰⁰¹.

Même si la réciprocité permet d'opérer quelques avancées, certains auteurs la critiquent vivement. Selon Bernard Delemotte et Paul Oriol, « *prévoir de n'accorder le droit de vote qu'en cas de réciprocité, c'est avoir une piètre idée de la démocratie* ». Ces auteurs mettent en avant que ce principe ne peut s'exercer qu'entre systèmes proches. Dès lors, les personnes qui viennent de pays non démocratiques ne pourraient jamais en bénéficier. Pire encore, cela pourrait conduire « *à faire dépendre la qualité de la démocratie en France d'un despote quelconque, à reconnaître un droit de regard de ces dictateurs sur les libertés, ici, de personnes qui ont quitté leur pays quelques fois après avoir combattu le régime* ». En revanche, selon ces auteurs, il est permis de penser que l'apprentissage démocratique, dont les étrangers bénéficieraient dans le pays d'accueil si des droits politiques leur étaient reconnus sans condition de réciprocité, pourrait s'exporter vers les pays d'origine¹⁰⁰². Pourtant les reconnaissances unilatérales sont encore plus rares.

119. Les reconnaissances unilatérales. Plusieurs pays de l'Union européenne ont admis les droits de vote et d'éligibilité des étrangers aux élections locales, soit pour l'ensemble des étrangers, soit pour certaines catégories, en fonction de liens historiques. Douze Etats de l'Union accordent le droit de vote aux étrangers de manière générale, avec une condition de résidence variable. Ces pays sont : la Belgique depuis mars 2004 (5 ans)¹⁰⁰³ ; le Danemark depuis 1981 (3 ans) ; l'Estonie depuis 1993 (5 ans) ; la Finlande depuis 1996 (2 ans) ; la Hongrie, l'Irlande depuis 1947 pour l'éligibilité et depuis 1963 pour le droit de vote, avec les mêmes conditions que pour les nationaux ; la Lituanie depuis 2002 (5 ans) ; le Luxembourg depuis 2003 (5 ans) ; les Pays-Bas depuis 1985 (5 ans) ; la Slovaquie et la Slovénie depuis 2002 ; la Suède depuis 1975 (3 ans). Dans le cas du Portugal, les conditions de séjour varient selon la nationalité. Ce pays reconnaît en effet le droit de vote après deux ans de résidence, et après 4 ans pour l'éligibilité, au profit des pays lusophones (Brésil, Cap Vert), les conditions étant plus sévères pour les ressortissants des autres pays auxquels ces libertés s'appliquent

¹⁰⁰⁰ P. GONZALEZ, « Citoyenneté des étrangers (Argentine – Espagne) », *Migrant.e.s. latino-américain.e.s dans la mondialisation – Transformations du monde du travail, des rapports sociaux, de sexe et nouveau mouvements sociaux*, Journée d'études, Mardi 26 avril 2011, URMIS, Maison de l'Amérique latine.

¹⁰⁰¹ D. RUZIE, « Les droits publics et politiques des travailleurs étrangers », *op.cit.*, p.332.

¹⁰⁰² B. DELEMOTTE et P. ORIOL, « Le droit de vote des étrangers et idées reçues », *Revue du Service social d'aide aux émigrants*, mars 2007, n°241, p.12.

¹⁰⁰³ Sur la reconnaissance du droit de vote des étrangers aux élections locales dans ce pays, voir S. KILIC, « Le processus en Belgique », *Revue du Service social d'aide aux émigrants*, mars 2007, n°241, p.14.

(Argentine, Chili, Venezuela, Uruguay, Pérou, Israël, Norvège). De plus, les Brésiliens ont le droit de participer à toutes les élections, ce qui inclut les élections nationales. Dans le cas du Royaume-Uni, ce dernier a accordé le droit de vote à toutes les élections à tous les ressortissants du Commonwealth en 1945 et d'Irlande en 1983¹⁰⁰⁴. Dans d'autres pays, le droit de vote n'est reconnu qu'au niveau de certaines entités fédérées. En Chine par exemple, seule Hong Kong a admis ce droit. De même, en Argentine, quelques provinces uniquement ont approuvé ce droit¹⁰⁰⁵.

La reconnaissance du droit de vote aux étrangers peut concerner spécifiquement les travailleurs migrants. Tout dépend si le pays dans lequel le migrant réside a conclu un accord réciproque en ce sens avec son pays d'origine, ou si ce pays accorde ce droit à l'ensemble des étrangers ou à certains ressortissants incluant les ressortissants de son pays d'origine. Ensuite se pose la question de la durée du séjour. Parfois, à cette condition de durée s'ajoute la possession d'une nouvelle qualité, celle de « résident », dont il faut faire la demande et qu'il faut obtenir ; c'est alors uniquement en vertu de l'appartenance à cette catégorie d'étrangers que ce droit sera reconnu. Le droit de vote des travailleurs étrangers est donc admis exceptionnellement, dans des conditions restrictives de surcroît. En revanche, d'autres droits qualifiables de droits « inconditionnels » sont plus largement reconnus aux travailleurs migrants.

SECTION II : Le bénéfice plus largement admis de droits « inconditionnels »

Ces droits largement admis dans les instruments internationaux, qu'il s'agisse d'instruments spécifiques ou non, font partie des principes généraux applicables en droit des étrangers ; ils composent le standard minimum de traitement. Bien qu'il soit difficile de révéler le contenu exact de ce standard minimum, selon A. Verdross, les droits qui le composent peuvent être classés en cinq groupes. « *Le premier embrasse la personnalité de droit, ainsi que la capacité juridique normale pour accomplir les actes de droit privé nécessaires à la vie de l'homme*

¹⁰⁰⁴ F. TIBERGHEN, *op.cit.*, p.5.

¹⁰⁰⁵ H. ANDRES, contribution au colloque « Europe : terre du droit de vote pour les étrangers », 14 décembre 2012, Maison de l'Europe. A propos de l'Argentine, Pilar Gonzales met en évidence qu'elle a été peuplée par des vagues d'immigration massives. Très tôt, une citoyenneté de résidence est prévue. Dès 1865, le droit de vote va être localement admis, et associé à la résidence. P. GONZALEZ, *op.cit.*

comme personne physique et morale. A ce cadre appartient, par exemple, les droits de faire des contrats et d'acquérir des biens, le droit de rédiger un testament, ainsi que les droits de mariage et de famille. Il s'agit donc de droits privés essentiels que l'Etat doit conférer aux étrangers. Mais l'Etat doit de même – secundo – respecter en principe les droits privés de l'étranger qui ont été acquis valablement, soit d'après la législation de son propre pays, soit d'après celle d'un autre Etat. Les Etats sont tenus – tertio – de reconnaître aux étrangers la sphère de la liberté nécessaire pour la vie digne d'une personne humaine. Parmi ces droits figurent : la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile, la liberté de conscience et de religion, la liberté de communication. Les étrangers doivent avoir – quarto – le droit d'ester en justice pour faire respecter les droits qui lui sont accordés. Enfin l'Etat est obligé – quinto – de protéger les étrangers contre tous les actes dommageables (...) »¹⁰⁰⁶.

Par leur caractère coutumier, les droits fondamentaux des étrangers sont opposables aux Etats qui n'auraient pas ratifié d'instruments protecteurs¹⁰⁰⁷. Toutefois, leur consécration conventionnelle et jurisprudentielle dans les instruments relatifs aux travailleurs migrants, ou dans les instruments non spécifiques de protection des droits de l'homme, permettra de réaffirmer et de préciser leur contenu. C'est sans doute pour ces droits-là que le droit international des droits de l'homme a le plus dépassé la distinction national/étranger au profit de l'individu. Nous analyserons ces droits en deux temps : les droits relatifs à l'intégrité physique et identitaire du travailleur migrant d'une part (§1), et le droit de recours devant les juridictions nationales d'autre part (§2).

§1- Le droit à l'intégrité physique et identitaire du migrant et de sa famille

Qu'il soit considéré comme une incarnation de son Etat national, ou comme un sujet à part entière du droit international, le travailleur étranger a le droit au respect de son « intégrité » c'est-à-dire des éléments qui composent sa personne, à savoir sa liberté d'opinion, sa liberté culturelle et de religion (A), ainsi que le droit à la protection contre les mauvais traitements physiques (y compris de ses biens qui composent sa propriété) et psychologiques (B).

¹⁰⁰⁶ A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, 1929-V, pp.334-335

¹⁰⁰⁷ En effet, la jurisprudence internationale a consacré le principe d'introduction en substance des droits individuels subjectifs d'origine internationale. La nature générale et imprécise des normes envisagées ne remet absolument pas en cause cette règle, comme l'a reconnu la CPJI dans l'affaire relative à *certaines intérêts allemands en haute Silésie (Allemagne c. Pologne*, 26 mai 1926, *Rec.*, n°7, p.21), ou encore la jurisprudence arbitrale relative aux *réclamations britanniques pour dommages survenus dans la zone espagnole du Maroc* (Sentence du 1er mai 1925, *RSA*, vol. II, p. 647). S. TOUZE, *op.cit.*, p.87.

A. Le droit à l'identité culturelle et la liberté d'expression du travailleur migrant

120. Les résistances à l'effectivité du droit à la différence. Selon Jean-Michel Servais, « *plus que partout ailleurs, il apparaît tout à la fois important et malaisé de trouver un équilibre entre l'éradication des différentes formes de discrimination et le respect d'un droit à la différence* »¹⁰⁰⁸. Amin Maalouf dans son essai *Le Dérèglement du monde*, traite de la question de l'intégration des immigrants de manière indifférenciée. L'auteur souligne que les hommes rencontrent des difficultés à gérer leur diversité et à envisager ensemble l'avenir¹⁰⁰⁹. Pourtant les personnes continuent à traverser les frontières, et la culture des uns est quotidiennement confrontée à la culture des autres ; des populations aux origines multiples se côtoient tout en se regardant à travers des prismes déformants. Or les comportements de chaque communauté affectent les comportements de l'autre ; la propension à ne regarder l'autre qu'au travers de sa spécificité religieuse ou ethnique, de sa couleur, de son accent, compromet les chances de coexistence. Mais si l'on ne doit pas se limiter aux différences, il serait absurde de les ignorer. Aussi les pays sont-ils conduits à organiser une délicate cohabitation, afin d'empêcher la violence et les affirmations identitaires virulentes¹⁰¹⁰. Les technologies de l'information et de la communication, qui permettent aux migrants de garder des liens avec leurs pays d'origine, devraient également permettre un brassage harmonieux des cultures, au lieu d'encourager la mobilisation des « tribus globales »¹⁰¹¹. La CIT parvient aux mêmes conclusions. Elle souligne que les Etats sont confrontés à des difficultés pour concilier la cohésion sociale et le respect de la diversité religieuse et culturelle, d'autant que le non-respect de la liberté religieuse peut déstabiliser les sociétés. Concernant la discrimination religieuse sur le lieu de travail, la CIT précise qu'elle n'a pas « *fait autant et aussi bien l'objet de travaux de recherche que les autres formes de discrimination. Cela est lié en partie à la difficulté de débattre d'un sujet qui est considéré comme faisant partie de la sphère privée et de la question plus large de la liberté de conscience. [...] Dans la pratique, il est souvent difficile de déceler la discrimination religieuse et de la distinguer de la discrimination fondée sur la race ou l'origine nationale* »

¹⁰⁰⁸ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, p.203.

¹⁰⁰⁹ A. MAALOUF, *Le dérèglement du Monde*, Paris, Editions Grasset, 2009, p.5.

¹⁰¹⁰ *Ibid*, p.79.

¹⁰¹¹ *Ibid*, pp.93-205.

parce que la religion, la race et l'origine nationale sont étroitement liées et sont souvent perçues comme définissant ensemble des identités culturelles ou ethniques distinctes »¹⁰¹².

La liberté religieuse doit également être analysée parallèlement aux droits culturels. Lelio Marmora met en évidence que le droit de préserver son identité culturelle, et de faire en même temps partie intégrante de la société d'accueil, est l'un des droits les plus revendiqués par les étrangers. Pourtant, sa reconnaissance fait l'objet de fortes résistances et conduit souvent à des propos ou des comportements xénophobes. L'insertion des étrangers dans les pays d'accueil a donné lieu à une littérature abondante dans les pays de forte immigration. A partir de schémas raciaux, l'« assimilation » de l'étranger par la société d'accueil apparaissait autrefois comme l'aboutissement d'un cycle de connotation « digestive ». Des courants pluralistes ont ensuite proposé les termes d'« intégration », de « participation » ou encore d'« acculturation » mais¹⁰¹³. Mais ces termes supposent encore de se placer du côté de la société d'accueil : on se demande si le migrant s'intègre, et non pas si la société intègre le migrant.

Le concept assimilationniste va en effet à l'encontre d'un droit à la différence, et repose en fait sur des préjugés dont souffre l'étranger, qui constituent une barrière à l'acceptation des différences. Le droit à la différence ne pourra être effectif que lorsque les sociétés d'accueil renonceront à la thèse de l'assimilation pure et simple des communautés étrangères pour consentir à la cohabitation de communautés différentes, en assumant ainsi la modernité qui passe par l'universalité des cultures et la pluriethnicité. Cela suppose de cesser de percevoir l'immigration comme un danger pour l'identité culturelle de la société d'accueil, mais de la valoriser comme un enrichissement¹⁰¹⁴. En effet, les migrants peuvent représenter des ambassadeurs culturels pour les pays d'origine et d'accueil car ils maintiennent des liens étroits avec l'un et l'autre. Pour influencer la société d'origine, il ne suffit pas que le migrant s'identifie à la société d'accueil, mais il faut que cette dernière se reconnaisse en lui, ce qui suppose que le migrant puisse assumer pleinement sa double appartenance. C'est rarement le cas aujourd'hui.

¹⁰¹² CIT, *Changements dans le monde du travail*, *op.cit.*, p.36.

¹⁰¹³ Sur la notion d'intégration, des difficultés de vocabulaire et de l'analyse de celle-ci, voir J.-P. GARSON et C. THOREAU, « Typologie et analyse de l'intégration », in P. DEWITTE (dir.), *Immigration et intégration, l'état des savoirs*, Paris, Editions La Découverte, 1999, pp.25-30.

¹⁰¹⁴ L. MARMORA, *op.cit.*, pp. 117-119. Pour plus de détails sur les politiques d'intégration, voir J. COHEN, « Intégration: théories, politiques et logiques d'État », in P. DEWITTE (dir.), *Immigration et intégration, l'état des savoirs*, Paris, Editions La Découverte, 1999, pp.32-41.

S'agissant de la dignité culturelle, si la religion en est un trait, la langue est sa composante la plus irremplaçable. Pourtant, les sociétés se montrent plus réticentes à l'égard du pluralisme linguistique, jugé bénin, qu'envers le communautarisme religieux. Or, si l'appartenance religieuse est exclusive, l'appartenance linguistique ne l'est pas : tout être humain a vocation à rassembler en lui plusieurs traditions linguistiques. Pourquoi pas des traditions culturelles variées ? Si les cultures sont différentes d'un pays à l'autre, aucune n'est étanche et de nos jours leurs frontières sont encore plus poreuses¹⁰¹⁵. La différence ne constitue donc pas par elle-même un obstacle à l'adaptation à une nouvelle culture.

Pourtant, bien que les libertés religieuse et culturelle soient universellement admises, il existe de nombreux obstacles à leur effectivité.

121. Difficile effectivité d'un droit à la différence universellement reconnu. Le droit à la liberté de religion et, plus largement, d'opinion est aujourd'hui très largement affirmé dans de nombreux instruments internationaux¹⁰¹⁶. Pourtant, les droits culturels, comme le souligne Yao Agbetse, « *sont sans doute les parents pauvres de la codification des normes de droit international en terme de précision de la notion* »¹⁰¹⁷. L'auteur souligne que, bien que les droits culturels aient un caractère transversal, dans les instruments internationaux, peu de références sont faites aux migrants en tant que groupe vulnérable. C'est seulement à partir de la deuxième moitié du XXe siècle que des travaux des Nations Unies et de l'Unesco ont inversé la tendance. Le texte le plus aboutit à propos des droits culturels des travailleurs migrants est la Convention de New York de 1990, mais le consensus reste difficile¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ A. MAALOUF, *op.cit.*, pp.237-274.

¹⁰¹⁶ Art. 18 et 22 de la DUDH ; art. 2, 13 et 15 et 18 du PIDESC ; art. 42 al 1 de la Charte arabe des droits de l'homme ; art. 17 al 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 9 de la CESDH. Concernant la liberté de pensée, de conscience et de religion, elle ne peut subir aucune dérogation en vertu du PIDCP et de la Charte africaine, et est caractérisée comme « l'une des assises d'une « société démocratique » » par la CEDH (CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n°14307/88, *GACEDH*, n° 56, §31). Pour plus de détails, voir F. SUDRE, *op.cit.*, p.584 et s.

¹⁰¹⁷ Y. AGBETSE, « Droits culturels et travailleurs migrants. Contribution à la réflexion sur la problématique de la réalisation effective des droits culturels dans le contexte de la migration internationale », in *Observatoire des diversités et droits culturels*, consultable sur : <http://www.unifr.ch/iiedh/assets/files/DS/DS5-dc-travailleurs-migrants.pdf>.

¹⁰¹⁸ Parmi les textes qui font référence aux migrants, on peut citer par exemple la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, du 13 décembre 1985. Elle affirme à l'article 5§1 alinéa f) que les étrangers, y compris les migrants, ont « *le droit de conserver leur langue maternelle, leur culture et leurs traditions* ». Ensuite, en 1993, la Déclaration et le programme d'action de la Conférence de Vienne sur les droits de l'homme, sans se référer spécifiquement aux droits culturels, demande aux Etats de « *créer des conditions propres à susciter plus d'harmonie et de tolérance entre les travailleurs migrants et le reste de la population de l'Etat dans lequel ils résident* ». Par ailleurs, l'Unesco a adopté un projet de Déclaration sur les droits culturels qui énonce des principes fondamentaux dans le respect et la jouissance des droits culturels des migrants. Son article 3§1 alinéa a) dispose que « *toute personne, aussi bien*

Dans les instruments relatifs aux travailleurs migrants, le droit à l'identité culturelle et religieuse a été spécifié de manière plus ou moins précise. La Convention n°97 de l'OIT n'aborde pas directement la question du droit à la différence, mais interdit notamment, dans son article 6, les discriminations fondées sur la religion, ce qui permet de supposer implicitement que la liberté religieuse existe. La Convention n°143 est un peu plus explicite, puisque l'article 12 f) encourage les Etats à « *tout mettre en œuvre en vue d'aider et d'encourager les efforts des travailleurs migrants et de leurs familles visant à préserver leur identité nationale et ethnique ainsi que leurs liens culturels avec leur pays d'origine, y compris la possibilité, pour les enfants, de recevoir un enseignement de leur langue maternelle* »¹⁰¹⁹. Mais en vertu de la démarche adoptée par l'OIT, la rédaction de l'article suggère davantage une obligation de moyen. En effet, selon J.-M. Servais, il est difficile de trouver un équilibre entre l'éradication des différentes formes de discrimination et le respect d'un droit à la différence¹⁰²⁰.

La Convention des Nations Unies est plus précise. L'article 31 dispose que « *1. Les Etats parties assurent le respect de l'identité culturelle des travailleurs migrants et des membres de leur famille et ne les empêchent pas de maintenir leurs liens culturels avec leur Etat d'origine. 2. Les Etats parties peuvent prendre des mesures appropriées pour soutenir et encourager les efforts à cet égard* ». Le premier paragraphe est rédigé de manière directe, ce qui laisse supposer l'existence d'une obligation de résultat. D'autres dispositions énoncent également les modalités d'application de ce droit, notamment l'article 34 qui précise son indérogabilité¹⁰²¹, l'égal accès et la participation à la vie culturelle¹⁰²². L'article 43 énonce une obligation de non-ingérence pour la création de services culturels à l'intention des travailleurs migrants. L'article 45, enfin, invite les Etats d'accueil à collaborer avec les Etats d'origine pour permettre aux enfants des travailleurs de préserver leur culture et de bénéficier d'un enseignement de leur langue maternelle. Toutefois, un garde-fou est inséré à l'article 43,

seule qu'en commun, a droit de choisir et de voir respecter son identité culturelle, ainsi que ses divers modes d'expression ». L'article 4 ajoute que « *toute personne a la liberté de choisir de se référer ou non à une communauté culturelle, de se référer à plusieurs communautés culturelles simultanément et sans considération de frontières, et de modifier ce choix* ». De nombreuses résolutions des Nations Unies ont également été adoptées dans ce sens.

¹⁰¹⁹ L'article 7§2 alinéa c) de la Recommandation n°151 est rédigée dans les mêmes termes.

¹⁰²⁰ J.-M. SERVAIS, « Egalité dans l'emploi ou doit à la différence? Un point de vue international », *Les Cahiers du droit*, 1992, pp. 515-533.

¹⁰²¹ L'article 34 énonce qu'« *aucune disposition de la présente partie de la Convention n'a pour effet de dispenser les travailleurs migrants et les membres de leur famille de l'obligation de se conformer aux lois et règlements de tout Etat de transit et de l'Etat d'emploi, ni de l'obligation de respecter l'identité culturelle des habitants de ces Etats* ». L'article 17 précise que cette indérogabilité vaut même si « *les travailleurs migrants et les membres de leur famille sont privés de leur liberté* ».

¹⁰²² Art. 43§1 g) et article 45§1, d).

puisque'il est précisé que la jouissance des droits culturels ne doit pas se faire au mépris de la législation nationale du pays d'accueil, et moins encore au mépris de l'identité culturelle des habitants de ces Etats. Cette disposition vise à limiter l'exagération éventuelle dans l'usage des droits culturels, et donne une assurance aux Etats qui redoutent un « envahissement culturel ».

En Europe, la convention de 1977 ne comporte aucune disposition sur ce point. Cette absence peut s'expliquer par le fait que la CESDH énonce ce droit à l'article 9 et que la convention est d'application territoriale et non pas personnelle (art. 1). Rappelons que tous les Etats membres de l'Union européenne sont également parties à la CESDH ; ils sont donc également liés par ses dispositions quand ils mettent en œuvre le droit de l'UE.

Ainsi, la Convention des Nations Unies a donné un nouvel élan à la protection des droits culturels des travailleurs migrants, même si l'effectivité du droit à la différence connaît encore quelques résistances. En revanche, le droit au respect de l'intégrité physique du travailleur migrant et de ses biens est plus largement admis.

B. La protection de l'intégrité physique du travailleur migrant et de ses biens

122. L'interdiction de la torture et des mauvais traitements à l'encontre du travailleur migrant et des membres de sa famille. La question de la protection contre les mauvais traitements en matière d'éloignement a déjà été abordée précédemment, ainsi que la question du travail forcé. La protection du travailleur migrant contre les mauvais traitements concerne toutefois d'autres cas de figures : les conditions de voyage, les traitements infligés aux travailleurs migrants et aux membres de leurs familles par des agents de l'Etat, par l'employeur ou par des personnes privées. Nous verrons que cette protection s'étend, de manière plus relative, aux biens du travailleur migrant.

L'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants (que l'on désignera sous le terme de « mauvais traitements ») apparaît dans de nombreux textes internationaux¹⁰²³ et a été fermement affirmé parmi les principes généraux du droit international applicable aux étrangers¹⁰²⁴. L'article 1§1 de la Convention contre la torture

¹⁰²³ Art. 5 de la DUDH, art. 3 de la CESDH, art. 7 du PIDCP, Convention contre la torture, art. 5 Convention interaméricaine, art. 5 de la Charte africaine.

¹⁰²⁴ Voir par exemple *Baldwin Case, Gahagan case et Roberts case*. Il a également été codifié tel que défini dans les instruments contemporains du droit international aux articles 1 et 6 du projet d'article de Garcia-Amador (sur

définit l'infraction comme « *tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles* ». Quatre éléments constitutifs apparaissent : l'intensité des souffrances, l'intention délibérée, l'existence d'un but déterminé, et l'implication active ou passive d'une personne agissant à titre officiel. La différence entre le mauvais traitement et la torture semble concerner l'intensité de la souffrance¹⁰²⁵. Toutefois, l'appréciation se fait *in concreto* et la qualification est évolutive selon les mœurs et des sociétés.

Tout d'abord, il est possible d'affirmer, à propos de la portée, de ce droit qu'il s'agit d'une interdiction absolue, l'interdiction de la torture faisant partie des normes de *jus cogens*¹⁰²⁶. Rappelons qu'en droit européen, la CEDH a initialement affirmé l'exigence d'un « minimum de gravité » pour qu'un comportement tombe sous le coup de l'article 3 de la CESDH¹⁰²⁷. Elle a ensuite abandonné cette analyse dans l'affaire *Tomasi c. France*¹⁰²⁸, dans laquelle elle affirme, à propos des brutalités policières, que « *tout usage de la force physique qui n'apparaît pas strictement nécessaire par le comportement de ladite personne, porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3* » (§115). La Cour instaure, dans sa jurisprudence devenue constante, une « présomption de gravité » du recours à la force physique¹⁰²⁹.

la responsabilité des Etats pour les dommages causés aux étrangers). R.-B. LILLICH, « Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens », *RCADI*, 1978-III, vol. 161, pp.401-402.

¹⁰²⁵ F. SUDRE, *op.cit.*, pp.334-342.

¹⁰²⁶ TPIY, 10 décembre 1998, *Furundzija*, *RGDIP*, 1999, p.491, chron. P. Weckel; aussi TPIY, 16 novembre 1998, *Delalic et al.*, et TPIY, 22 février 2001, *Kunarac*; CEDH, 21 novembre 2001, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, *RGDIP*, 2002, 893, note I Pingel; *JCP G*, 2002, I, 105, n° 8, chron. F. Sudre; *RTDH*, 2003, 139, obs. J.-F. Flauss; Cour IADH, 11 mars 2005, *Caesar c. Trinité et Tobago*, *RTDH*, 2006, 299, chron. H. Tigroudja).

¹⁰²⁷ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n°5310/71.

¹⁰²⁸ CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c. France*, req. n°12850/87.

¹⁰²⁹ Selon la Cour, la preuve du mauvais traitement commis par des agents publics doit être établie « au-delà de tout doute raisonnable ». CEDH, 18 mai 2000, *Velikova c. Bulgarie*, req. n°41488/98, F. SUDRE, *op. cit.*, pp.325-328.

Concernant le type d'obligation liant l'Etat, il s'agit essentiellement d'obligations négatives de ne pas faire subir des mauvais traitements aux personnes sous sa juridiction¹⁰³⁰. Mais elle concerne aussi une obligation positive d'une double nature. Il s'agit tout d'abord de protéger l'intégrité physique et morale des personnes¹⁰³¹, et particulièrement des personnes en situation vulnérable telles que les personnes privées de liberté. La deuxième facette de l'obligation positive concerne l'obligation d'adopter une réglementation appropriée, pour que les personnes ne soient pas soumises à des mauvais traitements de la part des forces de l'ordre, et aussi de la part de particuliers¹⁰³². Ces développements sont applicables aux travailleurs migrants.

Concernant l'intégrité physique et psychologique des travailleurs migrants, avant l'adoption de la Convention de 1990 par les Nations Unies, les instruments relatifs à la protection des travailleurs migrants ne faisaient pas référence à une telle obligation. Seules la Convention et la Recommandation de 1949 de l'OIT évoquent le bien-être et l'hygiène des migrants pendant le voyage¹⁰³³. La convention de New York apporte quelques précisions sur le contenu de l'obligation par les Etats. Les articles 9 et 10 affirment les obligations de protéger le droit à la vie par la loi, et d'interdire la torture et les traitements cruels inhumains ou dégradants, sans pour autant définir ces obligations. Une attention particulière est portée au respect de la dignité des travailleurs migrants et des membres de leur famille privés de liberté dans l'article 17§1¹⁰³⁴.

¹⁰³⁰ CEDH, 25 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req n°2346/02.

¹⁰³¹ CIADH, 29 juillet 1988, *Velasquez Rodriguez* ; CDH, *observation générale n° 20* sur l'article 7 du Pacte.

¹⁰³² Sur l'obligation positive de prendre des mesures au titre de l'effet horizontal : CEDH, 23 septembre 1998, *A. c. Royaume-Uni*, req. n°25599/94 ; CDH, *observation générale n° 31 sur l'article 2 du Pacte* ; CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c/ Ouganda)* ; CAT, 8 mai 2009, *Osmani c. Serbie*, n°261/2005, A/64/44, 2009, p.275, §10.4.

¹⁰³³ Pour les instruments européens cela peut s'expliquer par le fait que la plupart des Etats européens et tous les Etats membres de l'UE sont partie à la CESDH. Ils sont notamment tenus de garantir l'article 3 de la Convention.

¹⁰³⁴ Les paragraphes suivants précisent que : « 2. Les travailleurs migrants et les membres de leur famille prévenus sont, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés et soumis à un régime distinct, approprié à leur condition de personnes non condamnées. Les jeunes prévenus sont séparés des adultes et il est décidé de leur cas aussi rapidement que possible.

3. Les travailleurs migrants ou les membres de leur famille qui sont détenus dans un Etat de transit ou un Etat d'emploi du chef d'une infraction aux dispositions relatives aux migrations doivent être séparés, dans la mesure du possible, des condamnés ou des prévenus.

4. Durant toute période où des travailleurs migrants ou des membres de leur famille sont emprisonnés en vertu d'une sentence prononcée par un tribunal, le régime pénitentiaire comporte un traitement dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal.

5. Durant leur détention ou leur emprisonnement, les travailleurs migrants et les membres de leur famille jouissent des mêmes droits de visite de membres de leur famille que les nationaux.

L'obligation de respecter l'intégrité physique et psychologique des migrants a fait l'objet de nombreux développements soit spécifiques, soit généraux, qui concernent principalement les hypothèses de privation de liberté ou de contrôles policiers. La révélation du contenu de l'obligation se fait cas par cas. Mais la protection de l'intégrité du migrant suppose aussi de s'intéresser à la protection de ses biens.

123. La protection des biens du travailleur migrant. L'étude de cette question concerne en réalité le droit au respect de la propriété des travailleurs migrants. Le droit de propriété de l'individu est souvent contesté dans sa nature même, notamment en tant que droit de l'homme ; la propriété est-elle essentielle à l'existence de l'individu ? Les articles 17 de la DUDH et 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, ainsi que l'article 21 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et l'article 14 de la Charte africaine, affirment un droit à la propriété ; mais ce droit n'apparaît pas dans les deux pactes de 1966. Il n'apparaît pas non plus, initialement, dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme, mais sera consacré à l'article 1 du Protocole n°1 qui affirme, pour « *toute personne physique ou morale, le droit au respect de ses biens* ». Toutefois, si la CEDH a conféré une place particulière au droit de propriété depuis l'arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède*¹⁰³⁵, cette position se démarque de la proclamation universelle où ce droit apparaît comme mineur.

La protection des biens des étrangers, notamment dans des cas de nationalisation, est pourtant une question récurrente et ancienne. Ce domaine sensible avait conduit à l'échec de la codification du statut économique de l'étranger initié par la SDN en 1929, et à celui du Projet de Convention sur la protection des biens étrangers de 1962 de l'OCDE. Pourtant, le développement du droit des investissements a permis de protéger les biens acquis contre les expropriations arbitraires. La protection contre les expropriations arbitraires est l'une des

6. Chaque fois que des travailleurs migrants sont privés de leur liberté, les autorités compétentes de l'Etat intéressé accordent une attention particulière aux problèmes qui pourraient se poser à leur famille, notamment au conjoint et aux enfants mineurs.

7. Les travailleurs migrants et les membres de leur famille qui sont soumis à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement en vertu des lois de l'Etat d'emploi ou de l'Etat de transit jouissent des mêmes droits que les ressortissants de cet Etat qui se trouvent dans la même situation.

8. Si des travailleurs migrants ou des membres de leur famille sont détenus dans le but de vérifier s'il y a eu une infraction aux dispositions relatives aux migrations, aucun des frais qui en résultent n'est à leur charge ».

¹⁰³⁵ CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req n°7151/75 et n°7152/75. La Cour inclut notamment parmi les biens : les biens corporels, les biens incorporels, les créances, les prestations sociales. La Cour admet également le droit au respect de ses biens en l'absence d'un quelconque titre juridique. Pour plus de détails sur la portée et les limites du droit de propriété en droit européen, voir F. SUDRE, *op.cit.*, p.666 et s.

obligations qui compose le standard minimum de traitement des étrangers, mais son contenu connaît des évolutions¹⁰³⁶. Les nationalisations, notamment, ont donné lieu à un contentieux abondant. La nationalisation peut se définir comme un transfert, décidé autoritairement, de propriétés privées à l'Etat ou à une collectivité publique, pour des raisons d'intérêts publics. Elle a une incidence internationale dans deux hypothèses : si elle porte sur des biens et intérêts appartenant à des propriétaires étrangers et situés sur le territoire qui nationalise, ou si elle vise des biens appartenant à des nationaux mais situés en territoire étranger¹⁰³⁷. Les nationalisations concernent principalement le droit des investissements, ce qui exclut *a priori* les travailleurs migrants, mais leur étude permet d'effectuer des analogies avec la confiscation des biens des étrangers, même si les enjeux financiers peuvent être moindres.

Le droit international reconnaît le droit d'un Etat de nationaliser mais subordonne sa validité à trois conditions : la nationalisation doit répondre à un motif d'intérêt public, ne pas être discriminatoire et être accompagnée d'une indemnité. Si la mise en œuvre du principe de non-discrimination donne lieu à une jurisprudence arbitrale incertaine, l'obligation d'indemniser a fait l'objet d'un encadrement juridique précis. L'obligation d'indemniser apparaît comme le corollaire du droit de nationaliser ; le paragraphe 4 de la résolution 1803 (XVII) de l'AGNU précise qu'en cas de nationalisation, « *le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conforme aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international* »¹⁰³⁸. Selon la « doctrine Hull » formulée par le secrétaire d'Etat américain en 1938, cette indemnité doit être « *prompte, intégrale, effective* »¹⁰³⁹.

De manière plus générale, eu égard au droit de propriété, comme le souligne Sébastien Touzé, les Etats doivent, en vertu des règles générales du droit international, respecter « *la propriété et les droits acquis des étrangers* »¹⁰⁴⁰. Dans l'affaire *Goldenberg* de 1928, il est admis que le droit de propriété peut être considéré comme un droit subjectif individuel car sa substance doit être garantie de manière effective aux ressortissants étrangers, et peut être opposé à l'Etat

¹⁰³⁶ D. CARREAU et P. JUILLARD, *op.cit.*, pp.421-423. Ce principe a notamment été codifié aux articles 1 (2) (b) et 9 du projet d'article de Garcia-Amador. R. LILLICH, « Duties of States regarding Civil Rights of Aliens », *op. cit.*, p.407.

¹⁰³⁷ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, pp.1220-1221.

¹⁰³⁸ AGNU, Résolution 1803 (XVII) 14 décembre 1962, « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles ».

¹⁰³⁹ La remise en cause de la « doctrine Hull » a suscité une forte réaction des Etats occidentaux ; ils ont réaffirmé cette doctrine qui a fait l'objet de précisions et d'un durcissement dans les instruments protecteurs des investissements. P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, pp.1222-1224.

¹⁰⁴⁰ S. TOUZE, *op.cit.*, pp.88-89.

sur le territoire duquel ils se trouvent¹⁰⁴¹. Certains auteurs ont par ailleurs tenté de remplacer la notion de propriété de l'étranger par celle de droits acquis. Bien que cette tendance ne soit pas unanime, il est possible de donner la définition suivante : « *acquired rights are any rights, corporeal or incorporeal, properly vested under municipal law in a natural or juristic person and of an assessable monetary value* »¹⁰⁴². Mais le principe du respect des biens des étrangers n'est pas absolu. Un Etat peut, pour des raisons d'intérêt général, décider de refuser l'accès des étrangers à la propriété, notamment immobilière, ou de les priver de leur propriété. Toutefois, dans une telle hypothèse, l'Etat est tenu de respecter certains droits substantiels, comme les garanties procédurales, et notamment une indemnisation juste, prompte et « équitable »¹⁰⁴³ ; et ce, même s'il refuse ce traitement à ses nationaux. De même, la CPJI a jugé que ce principe ne pouvait être remis en cause par la voie conventionnelle que si les parties prévoient explicitement un droit à une juste indemnisation au profit des individus¹⁰⁴⁴. La Commission des réclamations Etats-Unis-Panama a précisé dans l'affaire *Sabla* qu'« *il est évident que les actes par lesquels un gouvernement prive un étranger de sa propriété sans compensation engagent la responsabilité internationale* »¹⁰⁴⁵.

Concernant les instruments relatifs aux travailleurs migrants, la Convention de New York de 1990 est le premier grand texte à consacrer le principe coutumier du droit au respect de la propriété des étrangers. En effet, l'article 15 énonce l'interdiction de la privation arbitraire des biens, que la propriété soit individuelle ou collective, toute expropriation devant être prévue par la loi et donner lieu à une indemnisation. La protection contre l'arbitraire vaut également, en vertu de l'article 21, à propos des documents d'identité, des permis de travail et de séjour. Les confiscations ne peuvent se faire que sur autorisation, et un reçu détaillé doit être délivré à l'intéressé. Les passeports et documents équivalents ne peuvent jamais être détruits. L'article 46 prévoit aussi la possibilité d'importer et d'exporter, sans taxes ni droits, les biens personnels et nécessaires à l'exercice de l'activité rémunérée motivant l'admission.

¹⁰⁴¹ Sentence du 28 septembre 1928, *Goldenberg, RSA*, vol. II, p.909.

¹⁰⁴² Pour plus de détails sur les droits acquis, voir D. P. O'CONNELL, *op.cit.*, p.762 et s.

¹⁰⁴³ CPJI, 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów – fond (Allemagne c. Pologne)*, série A, n°17, *Rec. n°13*.

¹⁰⁴⁴ CPJI, 25 mai 1926, *Affaire relative à certains biens allemands en Haute-Silésie Polonaise*, fond, Série A, n°17, p.18.

¹⁰⁴⁵ Commission générale des réclamations Etats-Unis-Panama, décision du 29 juin 1933, *Marguerite de Joly de Sabla, RSA*, vol. VI, pp.358-368. La Commission admet, à propos du droit de propriété, que le standard minimum applicable aux étrangers est susceptible de créer directement des droits subjectifs au profit des individus par le jeu des obligations imposées aux Etats. Tout comme les droits affirmés dans des règles conventionnelles, les droits coutumiers doivent être introduits en substance dans l'ordre juridique interne des Etats et reconnus de manière effective en faveur des étrangers. S. TOUZE, *op. cit.*, p.89.

En pratique, il est aujourd'hui possible d'affirmer que les Etats satisfont généralement à leur obligation, et que les modalités de cette indemnisation révèlent un grand pragmatisme. Le nombre de contentieux internationaux relatifs à des questions de nationalisation ou d'expropriation a fortement diminué, même si ce type de contentieux perdure, comme l'atteste *l'affaire Diallo* portée devant la Cour internationale de Justice¹⁰⁴⁶. La généralisation du droit de recours devant les juridictions internes de l'Etat d'accueil a certainement eu un impact sur la réduction du nombre de recours internationaux.

§2- Le droit de recours devant les juridictions nationales

Selon Alain Pellet, si les Etats admettent souverainement des étrangers sur leur territoire, il en découle des conséquences juridiques en droit international. « *On les recoupe sous l'appellation commode de « standard minimum », ce qui signifie que les Etats doivent accorder aux personnes privées étrangères un traitement décent, correspondant aux exigences de la justice et conforme aux principes généraux du droit et les faire bénéficier d'une protection raisonnable* »¹⁰⁴⁷. Dans la pratique, le droit de recours devant les juridictions internes s'est rapidement imposé comme la modalité la plus efficace pour obtenir la protection raisonnable des droits travailleurs migrants. Cette règle aujourd'hui coutumière est d'ailleurs consacrée dans de nombreux instruments internationaux. Mais l'exercice effectif du droit de recours par les travailleurs étrangers n'est pas simple : à supposer préalablement qu'ils aient connaissance des voies de recours dans l'Etat d'accueil et qu'ils soient convaincus de leur efficacité, encore faut-il que des recours soient disponibles (A) et que la situation relève effectivement de la compétence de l'Etat d'accueil (B).

¹⁰⁴⁶ CIJ, 30 novembre 2010, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, fond, arrêt, *Rec.* 2010, p.639.

¹⁰⁴⁷ A. PELLET, « Le droit international à l'aube du XXIe siècle. La société internationale contemporaine – Permanences et tendances nouvelles », p.95 consultable sur : <http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%201997%20-%20Cours%20Bancaja.pdf>.

A. La disponibilité des recours

124. La reconnaissance préalable de la personnalité juridique. La personnalité juridique interne d'une personne se définit comme l'« aptitude à être titulaire de droits et d'être assujetti à des obligations dans l'ordre juridique interne. [...] elle est une composante intrinsèque de l'identité individuelle de chaque être humain, doté de droits et de responsabilités »¹⁰⁴⁸. Le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique est affirmé aux articles 6 de la DUDH, 16 du PIDCP (ces deux articles précisant que cette reconnaissance doit valoir en tous lieux), à l'article 3 de la convention américaine, et à l'article 5 de la Charte africaine, qui n'autorisent aucune dérogation à ce droit. Dans les instruments relatifs aux travailleurs migrants, les textes de l'OIT et la Convention du Conseil de l'Europe sont relativement silencieux concernant le droit au juge. Seule la Recommandation de l'OIT de 1975 énonce quelques garanties de procédure en cas de licenciement. Il a fallu attendre l'adoption de la Convention de New York de 1990, pour que le droit à la personnalité juridique en tous lieux du travailleur migrant et des membres de sa famille soit affirmé (art. 24). Cela ne signifie pas que la personnalité juridique interne des travailleurs migrants n'existait pas auparavant ; mais sa consécration conventionnelle, dans un instrument multilatéral spécifique, a été tardive.

125. Le droit d'être entendu dans le cadre d'un recours efficace. Le mémoire du gouvernement italien dans l'affaire des *Phosphates au Maroc* résume le principe de droit international : « le traitement que les conventions internationales imposent à la Puissance protectrice d'accorder aux étrangers et le respect des droits que ces derniers ont acquis à l'égard de l'administration publique [doivent être] garantis par des moyens adéquats de protection judiciaire »¹⁰⁴⁹. Le gouvernement ajoute que « la Puissance protectrice a le choix de ces moyens, elle peut les établir de la manière qu'elle estime la plus appropriée (...) mais il faut que ces moyens soient aptes à assurer aux étrangers le traitement conforme aux conventions internationales et aux droits acquis »¹⁰⁵⁰. Selon le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, il existe un droit à être entendu par une autorité compétente, mais rien n'indique que cette dernière soit un juge. L'étranger doit recevoir *tous les moyens* qui lui

¹⁰⁴⁸ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.820.

¹⁰⁴⁹ CPJI, 14 juin 1938, *Affaire des phosphates au Maroc (Italie c. France)*, exceptions préliminaires, Série C n°84.

¹⁰⁵⁰ *Ibid*, requête et pièces de procédures, *Rec.* Série C, n° 84, p.70

permettent d'exercer son recours contre l'expulsion, notamment le droit d'être représenté¹⁰⁵¹. Toutefois, si le droit au juge est reconnu, l'affaire *Abatielos* révèle que les Etats ont l'obligation d'introduire dans l'ordre juridique la règle du traitement national, notamment en matière d'accès aux tribunaux¹⁰⁵². Le principe de l'égalité de traitement avec les nationaux est affirmé à l'article 19§2 de la Charte sociale européenne, à l'article 26 de la Convention du Conseil de l'Europe de 1977 et à l'article 18§1 de la Convention de l'ONU. Toutefois, la Convention onusienne est plus précise sur les modalités d'application de ce droit. L'article 16, notamment, contient des dispositions très détaillées sur le droit à la sécurité et à la sûreté, ou encore sur la rapidité des procédures et le droit à l'assistance consulaire (également à l'article 23 pour ce droit). L'article 18 rappelle le principe de la présomption d'innocence et énonce une série de garanties dans le cadre du procès pénal. L'article 19 énonce le principe de légalité des peines et des délits, et l'article 20 prévoit des garanties en cas d'inexécution contractuelle.

Au sein du Conseil de l'Europe, la question s'est posée de la reconnaissance d'un droit de l'étranger à bénéficier d'un procès équitable, et donc de l'accès à un juge impartial en vertu de l'article 6§1 de la CESDH en matière d'immigration, ce qui soulève notamment la question de la qualité des procédures ouvertes. C'est l'arrêt *Maaouia* de 2000¹⁰⁵³ qui exprime la position de principe de la CEDH concernant les procédures d'expulsions. Alors que le gouvernement français invoquait que la protection de l'ordre public relevait de l'exercice des prérogatives de puissance publique, la Cour a rappelé l'autonomie des concepts utilisés dans la Convention et ses protocoles. En l'espèce, l'article 1^{er} du Protocole n°7 énonce des garanties procédurales en matière d'éloignement des étrangers. Mais la Cour déduit du préambule et du rapport explicatif au Protocole 7 que l'article 6 ne s'applique pas aux procédures relatives au séjour et à l'éloignement des étrangers, puisqu'il est apparu nécessaire d'adopter un texte qui leur soit destiné. La Cour conclut que la procédure en cause ne concerne pas des contestations ayant un caractère civil. Elle estime qu'il ne s'agit pas non plus d'une procédure relative au bien-fondé d'une accusation à caractère pénal car, dans la plupart des Etats, les mesures d'éloignement ne participent pas des sanctions pénales et peuvent être prises par les autorités administratives ;

¹⁰⁵¹ CDH, 3 avril 1987, *Affaire Hammel c. Madagascar*, n°155/1983, §18.2. L'étranger doit pouvoir être représenté pendant la procédure d'expulsion et, plus précisément, il doit pouvoir bénéficier d'une assistance légale et de l'information pertinente relative à cette assistance. L. HENNEBEL, *op.cit.*, pp.192-1993.

¹⁰⁵² CDH, 6 mars 1956, *affaire Abatielos (Grèce c. RU)*, RSA, vol. XII, pp.91-124.

¹⁰⁵³ CEDH, Gde ch., 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, req. n°39652/98.

les mesures d'éloignement, selon la Cour, sont des mesures de prévention spécifiques en matière de police des étrangers¹⁰⁵⁴.

Mais la non-application de l'article 6 a été contournée par l'utilisation de l'article 13 de la Convention qui consacre le droit à un recours effectif en cas de violation d'un droit protégé par la Convention. C'est l'arrêt *Chahal*¹⁰⁵⁵ qui pose les modalités d'application de cet article concernant le droit de faire appel contre une mesure d'expulsion¹⁰⁵⁶. L'article 13 n'a en principe pas d'existence autonome car il complète les droits protégés par la Convention ; toutefois, l'allégation d'une méconnaissance de l'article 13 n'est pas tributaire de la reconnaissance préalable d'une violation de la convention. Il suffit que les griefs du requérant soient « défendables » *in concreto*. Pour que le recours soit effectif au sens de l'article 13, il faut qu'il soit assorti de garanties procédurales satisfaisantes et qu'il soit suspensif¹⁰⁵⁷. Il est intéressant de souligner que l'article 13 ne s'applique pas uniquement au contentieux de l'éloignement, mais concerne tous les droits reconnus dans la convention. Toutefois, si le travailleur étranger a le droit d'être entendu, encore faut-il que l'Etat d'accueil soit compétent pour connaître de la violation alléguée du droit en question.

B. Locus standi in judicio

126. L'énoncé du principe. La notion de *jus standi* signifie le « droit pour ester en justice »¹⁰⁵⁸ et le *locus standi* renvoie au « lieu pour se tenir debout »¹⁰⁵⁹. Dès lors, le *locus standi in judicio* désigne telle cour ou tel tribunal compétent, qui peut être saisi par un particulier en l'espèce. Il convient dès lors de savoir de quelle juridiction relève une situation particulière concernant un étranger, et particulièrement un travailleur migrant. En effet, plusieurs compétences étatiques peuvent être concurremment revendiquées : la compétence personnelle de l'Etat national, ou encore la compétence territoriale de l'Etat de transit ou de

¹⁰⁵⁴ S. SAROLEA, *op.cit.*, pp.277-280.

¹⁰⁵⁵ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n°22414/93.

¹⁰⁵⁶ En l'espèce la Cour conclut que l'impossibilité de faire appel constitue une violation de l'article 13. Les conditions de mise en œuvre de cette garantie ne sont pas toujours très claires dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme. Dans l'affaire *Maroufidou c. Suède*, le Comité procède à une interprétation restrictive, car le droit de faire appel peut être exercé après expulsion. D'autres décisions postérieures indiquent le contraire (*Hammel c. Madagascar ; Giry c. République Dominicaine ; Can(i)on Garcia c. Equateur*, 1991, n°319/1988). L. HENNEBEL, *op.cit.*, pp.192-193.

¹⁰⁵⁷ Pour plus de détails, voir S. SAROLEA, *op.cit.*, p.286 et s.

¹⁰⁵⁸ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.633.

¹⁰⁵⁹ *Ibid*, p.673.

l'Etat d'accueil. La singularité des questions soulevées par l'application territoriale des instruments internationaux sera étudiée au point suivant (n°127). Nous ne nous concentrerons ici au droit de recours devant les juridictions de l'Etat d'accueil quand les lois de conflits de juridiction le permettent¹⁰⁶⁰.

Le lien entre le droit international et les règles de droit interne relatives au traitement des étrangers explique la décision rendue dans l'affaire *Johnstone v. Pedlar*¹⁰⁶¹ par la Chambre des Lords. Cette affaire concernait un citoyen américain arrêté pour ses activités subversives en Irlande, et qui avait vu son argent confisqué par un officier de la couronne. L'intéressé ayant poursuivi l'agent de la couronne pour obtenir la restitution de l'argent, la défense a opposé la doctrine de l'acte de gouvernement (*act of State*). L'argument de la défense a été rejeté. Lord Philimore, membre de la Chambre des Lords, s'est référé au droit international qui consacre le droit d'un étranger résident de demander réparation en justice ; il a précisé que la théorie de l'acte de gouvernement n'était opposable que pour les torts commis à l'encontre d'un ressortissant tiers à l'étranger, mais pas pour les torts commis sur le territoire britannique¹⁰⁶². Il apparaît clairement qu'un Etat doit offrir un droit de recours pour les dommages subis par les étrangers, mais uniquement pour ceux qui relèvent de sa compétence¹⁰⁶³. Les cours américaines ont affirmé qu'un étranger, même non-résident, peut introduire un recours dès lors que l'objet de l'action relève de leur compétence¹⁰⁶⁴ ; c'est notamment le cas en matière d'héritage¹⁰⁶⁵. Toutefois, la question de la compétence territoriale de l'Etat d'accueil soulève quelques difficultés.

127. La notion de juridiction de l'Etat et l'application territoriale des instruments internationaux. Un Etat peut se définir « *du point de vue du droit international, [comme] un groupement humain établi de manière permanente sur un territoire, ayant une organisation politique propre, dont l'existence politique dépend juridiquement de lui-même et relevant*

¹⁰⁶⁰ Le droit de recours devant les juridictions internes de l'Etat de résidence est à mettre en relation avec la théorie de l'épuisement des voies de recours internes. Un étranger peut uniquement introduire des recours internationaux quand ses intérêts légaux ne peuvent être protégés au niveau interne, et c'est l'échec du droit interne qui fonde le recours international. Mais la règle de l'épuisement des voies de recours interne n'est pertinente que si l'étranger dispose au niveau interne du *locus standi in judicio*. D. P. O'CONNELL, *op.cit.*, p.701.

¹⁰⁶¹ [1921] 2 A.C. 262

¹⁰⁶² *Buron v. Denman* (1848) 2 Ex. 167.

¹⁰⁶³ *Disconto Gesellschaft v. Umbreit*, 208 U.S. 570 (1908).

¹⁰⁶⁴ *Romano v. Capital City Brick & Pipe Co.*, 125 Iowa 591 (1904).

¹⁰⁶⁵ D. P. O'CONNELL, *op.cit.*, p.702.

directement du droit international »¹⁰⁶⁶. Nous avons déjà souligné, au début de l'étude, que l'Etat avait l'exclusivité de la compétence territoriale. L'on pourrait donc penser qu'un Etat qui s'engage internationalement est engagé pour l'ensemble de son territoire. Pourtant, les instruments relatifs à la protection des travailleurs migrants connaissent plusieurs exceptions. Nous ne traiterons pas ici des actes unilatéraux des Etats qui n'appliquent pas uniformément leur droit des étrangers à l'ensemble du territoire, comme c'est notamment le cas en France pour les territoires d'Outre-Mer¹⁰⁶⁷ ; nous nous intéresserons à la manière dont ces Etats vont être territorialement liés par le droit international. A titre d'exemple, l'article 15 de la Convention OIT de 1949 dispose que :

« 1. Les déclarations qui seront communiquées au Directeur général du Bureau international du Travail conformément au paragraphe 2 de l'article 35 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail devront indiquer:

- a) les territoires pour lesquels le Membre intéressé s'engage à ce que les dispositions de la convention et de ses diverses annexes ou de l'une d'entre elles soient appliquées sans modification;
- b) les territoires pour lesquels il s'engage à ce que les dispositions de la convention et de ses diverses annexes ou de l'une d'entre elles soient appliquées avec des modifications, et en quoi consistent lesdites modifications;
- c) les territoires auxquels la convention et de ses diverses annexes ou de l'une d'entre elles sont inapplicables et, dans ces cas, les raisons pour lesquelles elles sont inapplicables;
- d) les territoires pour lesquels il réserve sa décision en attendant d'avoir étudié davantage la situation.

2. Les engagements mentionnés aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 du présent article seront réputés parties intégrantes de la ratification et porteront des effets identiques.

3. Tout Membre pourra renoncer, par une nouvelle déclaration, à tout ou partie des réserves contenues dans sa déclaration antérieure en vertu des alinéas b), c) et d) du paragraphe 1 du présent article.

4. Tout Membre pourra, pendant les périodes au cours desquelles la présente convention peut être dénoncée conformément aux dispositions de l'article 17, communiquer au Directeur général du Bureau international du Travail une nouvelle déclaration modifiant à tout autre égard les termes de toute déclaration antérieure et faisant connaître la situation dans des territoires déterminés ».

La convention autorise donc les Etats à lier différemment les parties de leur territoire. On reconnaît ici la souplesse des instruments de l'OIT pour permettre un nombre de ratifications le plus large possible. Toutefois, les obligations de traitement minimum international, qui ont un caractère coutumier, sont opposables sur l'ensemble du territoire.

¹⁰⁶⁶ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.454.

¹⁰⁶⁷ Pour plus de détails voir GISTI, *Régimes d'exception en outre-mer pour les personnes étrangères*, les cahiers juridiques, 2012.

A l'inverse de la Convention OIT, la Convention du Conseil de l'Europe de 1977 qui ne s'applique qu'aux ressortissants des Etats parties, permet d'élargir le champ d'application territorial du texte. En effet, l'article 35 dispose que :

- « 1. Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, ou à tout autre moment par la suite, étendre l'application de la présente Convention, par déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, à l'ensemble ou à l'un ou plusieurs des territoires dont il assure les relations internationales ou pour lesquels il est habilité à stipuler.
2. Toute déclaration faite en vertu du paragraphe précédent pourra être retirée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration. Ce retrait prendra effet six mois après la réception de la déclaration de retrait par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ».

De même, il faut tenir compte du fait que la notion de « juridiction » dépasse la notion de compétence territoriale, quand les instruments imposent aux Etats de protéger les personnes qui se trouvent sous leur juridiction. La notion de juridiction a donné lieu à de nombreux développements dans la jurisprudence de la CEDH. La question s'est notamment posée à propos des compétences exercées par l'Etat hors de son territoire, puisqu'un Etat peut exercer certaines compétences sur des espaces qui se trouvent en dehors de son territoire national. Quand ces compétences ont un lien direct avec la maîtrise de tels territoires, et non pas seulement avec certaines activités qui s'y déroulent, on parle alors de « juridiction territoriale ». Toutefois, l'Etat n'étant pas souverain sur ces espaces, il ne dispose pas d'une compétence plénière mais d'un faisceau de compétences déterminées par son titre particulier. On parle alors de compétences « mineures », dont l'exercice est plus ou moins discrétionnaire¹⁰⁶⁸. L'Etat peut néanmoins être tenu comme responsable, qu'il agisse seul¹⁰⁶⁹ ou au titre d'une organisation internationale¹⁰⁷⁰. Inversement, la perte de contrôle par l'Etat d'une partie de son territoire ne le libère pas de toute obligation¹⁰⁷¹. C'est la notion de

¹⁰⁶⁸ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.357.

¹⁰⁶⁹ CEDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, req. n°55721/07. Dans cette affaire, était en cause la responsabilité du Royaume-Uni pour des faits commis en Irak. Se posait alors la question de la responsabilité d'un Etat qui contrôle directement ou indirectement un territoire (non national). Selon la Cour, le contrôle effectif s'apprécie au regard du nombre de soldats, et de l'influence du soutien à l'administration subordonnée. En l'espèce, le RU a été reconnu responsable car il exerçait, au moment des faits, des prérogatives de puissance publique, notamment le maintien de la sécurité. La responsabilité peut même être engagée quand un Etat met en œuvre une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies. CEDH, Gde ch., arrêt du 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, req. n°22021/08.

¹⁰⁷⁰ CEDH, Gde ch., 12 décembre 2001, *Bankovic et al. c. Belgique et autres (Etats membres de l'OTAN)*, req. n°52207/99.

¹⁰⁷¹ CEDH, Gde ch., 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, requête n°48787/99. La Cour admet que la Moldavie n'exerce pas de contrôle sur la Transnistrie, mais elle examine son obligation positive de prendre des mesures pour mettre en œuvre la Convention, car la perte d'autorité n'entraîne pas la perte de

contrôle effectif qui doit être prise en compte, et qu'il convient d'apprécier selon un faisceau d'indices. La juridiction territoriale de l'Etat établie, celui-ci devra garantir les droits énoncés dans l'instrument international pour les personnes se trouvant sous sa « juridiction ».

CONCLUSION DU CHAPITRE II :

Si le libre accès des travailleurs migrants à certaines professions connaît de nombreuses limites, les conditions d'exercice du travail, en revanche, doivent être les mêmes que celles dont bénéficient les nationaux. Mais celles-ci peuvent varier d'un pays à l'autre. L'égalité factuelle face à la tâche à accomplir a fondé la garantie de l'égalité de traitement, au titre de la relation individuelle et collective de travail. Mais l'effectivité des droits n'est pas toujours réelle : elle dépend en grande partie de l'accès des travailleurs migrants à l'information, et de leur capacité à s'organiser collectivement. S'agissant des droits dits « accessoires au travail », ils sont essentiellement envisagés comme des obligations de moyen. Les droits liés à la sécurité sociale dépendent de l'existence ou non d'un tel système dans le pays d'accueil, et la transférabilité des droits suppose une coordination des régimes de sécurité sociale. En dehors de l'Europe, rares sont les avancées effectuées dans ce domaine, hormis dans le cadre de quelques conventions bilatérales. La circulation des ressources, quant à elle, est en principe autorisée, mais l'utilisation de ces ressources fait l'objet de tentatives d'optimisation de la part des Etats.

Le droit international des droits de l'homme offre une complémentarité aux normes de droit international social, afin de conférer une protection aux travailleurs migrants au-delà de la relation de travail. Il appréhende également l'ensemble des aspects du séjour. Comme nous l'avons mis en évidence dans la Section II, les instruments de droit international consacrent et développent les règles qui composent l'obligation de traitement minimum des étrangers, mais vont parfois au-delà (regroupement familial, droit de vote). Toutefois, il s'agit d'affirmations géographiquement limitées. Comme le souligne R. Lillich, ces avancées laissent espérer l'émergence d'un droit international contemporain régissant le traitement des étrangers, un droit qui reflèterait les intérêts communs des Etats, et en vertu duquel ceux-ci protégeraient plus efficacement une seule catégorie de personnes, l'individu, indépendamment de sa qualité

juridiction ; elle en diminue la portée. Il convient donc d'examiner les seules obligations positives. L'Etat reste libre des mesures à prendre mais elles doivent viser à rétablir l'autorité sur la partie du territoire et à assurer le respect des droits des requérants.

de citoyen¹⁰⁷². Bien que le droit international des droits de l'homme n'ait pas vocation à se substituer au droit international des migrations¹⁰⁷³, ce dépassement de l'opposition étranger/national a permis d'ores et déjà l'affirmation conditionnelle et géographiquement restreinte du droit au regroupement familial ou encore du droit de vote, et plus largement, de droits fondamentaux de l'étranger en tant qu'individu.

CONCLUSION PARTIE II :

L'apport du droit international, concernant les travailleurs étrangers, consiste à encadrer à la compétence territoriale exclusive de l'Etat d'accueil, en vertu de laquelle celui-ci est souverain pour déterminer le droit applicable sur son territoire. Le principe que le droit international pose est l'interdiction de la discrimination. Cette interdiction concerne en réalité tous les étrangers, mais son application revêt une portée particulière pour la sous-catégorie des travailleurs. Il est important de souligner que ce principe a une valeur coutumière et s'applique donc à tous les étrangers. Ainsi, les Etats qui n'auront pas ratifié les instruments internationaux relatifs à la protection des travailleurs migrants auront l'obligation de ne pas discriminer ceux-ci en vertu de cette obligation coutumière. Mais les travailleurs étrangers soumis à un régime conventionnel bénéficieront d'un cadre juridique plus protecteur, présentant plus de sécurité juridique en raison de la lisibilité du contenu de ce statut¹⁰⁷⁴. L'interdiction de la discrimination à l'égard des étrangers, comme nous l'avons déjà établi précédemment, suppose que ces derniers ne soient pas traités de manière moins favorable que les nationaux. A défaut de reconnaissance unanime de sa nature impérative, cette règle est reconnue comme un principe supérieur. Hormis les hypothèses où le standard minimum de traitement s'impose sur des aspects au séjour autres que la relation de travail, le traitement auquel peuvent prétendre les étrangers est celui auquel sont également soumis les nationaux. Tous les travailleurs étrangers ne bénéficieront cependant pas de règles matérielles identiques car le droit international opère un renvoi au droit interne ; et tous ne seront pas soumis au même régime international conventionnel, en dépit de l'émergence de la notion de droits sociaux fondamentaux. Il faudra donc regarder pour chaque pays de destination les règles de fond qui s'appliquent.

¹⁰⁷² R. LILLICH, « Duties of States regarding Civil Rights of Aliens, *op.cit.*, p.408.

¹⁰⁷³ V. CHETAIL, « Migration, droits de l'homme et souveraineté », *op.cit.*, p.63.

¹⁰⁷⁴ Au contraire, les personnes qui ne peuvent opposer à l'Etat d'accueil que la règle coutumière, ont davantage d'incertitude concernant l'étendue du principe. Le contenu de cette obligation est révélée cas par cas par la jurisprudence internationale.

Alors que le droit international social établit un cadre minimal pour la garantie des droits individuels et collectifs liés au travail à partir de la notion de travailleur, le droit international des droits de l'homme appréhende le travailleur migrant en tant qu'individu titulaire de droits subjectifs relatifs à son séjour dans le pays d'accueil. Le contenu matériel du statut juridique international du travailleur migrant est ainsi appréhendé dans son ensemble grâce à une complémentarité des branches du droit international. Cette complémentarité s'opère d'ailleurs plus ou moins selon les régions, et selon le nombre de ratifications des instruments pertinents par un pays donné.

Mais le statut juridique international des travailleurs migrants ne saurait être considéré comme établi si les travailleurs migrants ne bénéficient pas, dans l'ordre international, de moyens leur permettant d'obtenir une mise en œuvre effective.

PARTIE III L'EFFECTIVITE DES DROITS DU TRAVAILLEUR MIGRANT

L'effectivité des droits des travailleurs migrants dans l'ordre juridique international est certainement la question qui soulève le plus de doutes. En effet, l'attribution d'un droit n'entraîne pas nécessairement sa réalisation ou sa protection¹⁰⁷⁵. « *A défaut d'être effectifs, les droits de l'homme ne sont pas des droits mais de simples prétentions* »¹⁰⁷⁶. L'effectivité des droits des travailleurs migrants suppose d'abord la création de mécanismes de suivi ou de contrôle, disponibles et efficaces, ainsi que leur acceptation par les Etats, notamment par les Etats d'accueil. Ensuite, l'effectivité suppose de s'interroger sur l'étendue du contrôle que peuvent exercer ces mécanismes, eu égard à la marge de manœuvre dont disposent les Etats selon la formulation de la règle internationale. Comme nous l'avons vu, bien souvent la formulation des règles applicables aux travailleurs migrants est relativement souple et respectueuse de la souveraineté des Etats. Pour étudier l'effectivité de ces règles, il conviendra de prendre en considération, d'une part, les mécanismes de type juridique, institués par les normes juridiques elles-mêmes, et, d'autre part, les mécanismes extra-juridiques qui dépendent de facteurs externes au droit¹⁰⁷⁷.

Outre la méconnaissance par les intéressés des droits et mécanismes nécessaires à la défense de leurs droits, il convient de s'interroger sur ce qui pourrait faire obstacle à l'effectivité des droits des travailleurs.

Rappelons ici les propos déjà cités de Robert Chiroux qui écrivait en 1979 que les travailleurs migrants « *ont seulement profité de la protection des ambassadeurs et surtout des consuls de leurs pays d'origine* »¹⁰⁷⁸. Selon une approche très classique du droit international, il semblerait que ces migrants ne pouvaient être protégés, et de manière aléatoire de surcroît, qu'en tant qu'émanation de leur Etat national et par ce dernier uniquement, via la protection diplomatique. Au cours des dernières décennies, les choses ont évolué. En particulier, le développement du droit international des droits de l'homme a bénéficié aux travailleurs migrants, par l'affirmation de droits subjectifs de l'individu quelle que soit sa nationalité et

¹⁰⁷⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p.23.

¹⁰⁷⁶ E. MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *op. cit.*, p.279.

¹⁰⁷⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op.cit.*, p.17.

¹⁰⁷⁸ R. CHIROUX, « Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales », *op.cit.*, p.17.

par la création « *de mécanismes de mise en œuvre par voie de plainte (personnalité active) ou de poursuite pénale (personnalité passive)* »¹⁰⁷⁹. La capacité juridique internationale de l'individu, et en l'occurrence du travailleur migrant, qui retiendra à présent notre attention, représente la dimension active de la personnalité juridique. Elle « *est une vertu active qui, si elle est reconnue à ces nouveaux sujets, les met en mesure de participer eux-mêmes à l'activité juridique internationale. En d'autres termes, elle consiste en des « pouvoirs », destinés à leur permettre d'agir à leur tour sur l'ordre juridique international, soit en se créant par leurs engagements de nouveaux droits et obligations (pouvoirs substantiels) soit en poursuivant par leurs « actions légales » la réalisation effective des droits dont ils sont titulaires (pouvoirs processuels)* »¹⁰⁸⁰.

Ceci étant, réclamer le respect de ses droits n'a de sens que si l'on dispose effectivement de ses droits. Se pose alors la question de la juridicité des droits sociaux, qui suscite de nombreux débats. A cet égard, il faut d'emblée souligner qu'il est difficile de présenter les « droits sociaux » comme une notion homogène, car leur contenu est hétérogène et rend difficile une approche globale ; ils comprennent des « *droits issus de la relation professionnelle (droits des salariés par rapport à leurs employeurs) contre droits à des prestations sociales désignant les bénéficiaires résultant de la législation sociale (aide sociale et droits contributifs) ; des droits fondamentaux très généraux proclamés par les textes constitutionnels et internationaux (Déclaration universelle de 1948, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels - PIDESC -, Charte sociale européenne - CSE -) contre des droits précisément définis ouverts par des dispositifs législatifs et réglementaires souvent techniques (revenu de solidarité active, droit à pension de retraite, allocation d'aide au retour à l'emploi, etc.) ; des droits individuels (droit au logement, droit à la sécurité sociale) contre des droits collectifs (action syndicale et droit de grève, protection de la famille) ; des droits libérés (droits des travailleurs) contre des droits créances (droits à des prestations)* »¹⁰⁸¹. Une partie de la doctrine a cependant érigé les droits sociaux en une catégorie spécifique de droits qui serait frappée d'une certaine vulnérabilité normative ; ces droits seraient davantage des programmes, des objectifs, des guides d'action des pouvoirs publics que des droits immédiatement exigibles. De même, ces droits souffriraient d'une

¹⁰⁷⁹ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.821.

¹⁰⁸⁰ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 4^e édition, 1999, pp.312-131.

¹⁰⁸¹ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, pp.3-4.

vulnérabilité contentieuse, car ils seraient faiblement déterminés et sans titulaires précis ; dès lors, les droits sociaux ne pourraient bénéficier d'une protection juridictionnelle¹⁰⁸². Par ailleurs, l'argument du coût de la mise en œuvre de ces droits est souvent invoqué par les Etats¹⁰⁸³.

C'est fort discutable, mais au-delà de ce débat, il faut souligner que la justiciabilité ne constitue pas la seule possibilité de promouvoir les droits de la personne dans l'ordre juridique international. La « justiciabilité » signifie que « *les personnes qui se considèrent victimes de violations de leurs droits peuvent porter plainte devant un organe indépendant et impartial, demander une réparation appropriée, et si la violation est avérée et risque de se produire, obtenir que le recours soit effectif* »¹⁰⁸⁴. L'accès à un tribunal constitue sans doute un moyen privilégié d'obtenir une réparation¹⁰⁸⁵. Pour autant « *la justiciabilité des droits, spécialement des droits sociaux, n'est qu'une technique parmi d'autres permettant la réalisation des droits. Technique « parmi d'autres », mais aucunement technique « comme les autres », tant il s'agit de la plus sujette à discussion et à hésitations* »¹⁰⁸⁶. Il conviendra alors de s'intéresser à la fois aux possibilités de recours de type contentieux, mais également aux autres techniques qui occupent une place essentielle pour la défense et l'exigibilité des droits des travailleurs migrants.

Nous étudierons, dans un premier temps, les obstacles et les modalités de suivi international de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants par les Etats (Titre I). Ensuite, nous nous intéresserons à la difficile justiciabilité des droits des travailleurs migrants et à ses « remèdes » dans l'ordre juridique international (Titre II).

¹⁰⁸² *Ibid*, p.4.

¹⁰⁸³ Sur le coût des normes internationales du travail par exemple, voir J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, *op.cit.*, pp.279-280.

¹⁰⁸⁴ Commission internationale des juristes, *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels*, *op.cit.*, p.1.

¹⁰⁸⁵ *Ibid*, p.4.

¹⁰⁸⁶ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, p.8.

TITRE I : LA GARANTIE DES DROITS DU TRAVAILLEUR MIGRANT PAR L'ETAT D'ACCUEIL

L'étude de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants sera surtout étudiée du point de vue de l'Etat d'accueil, car si les Etats d'origine et de transit ont également des obligations internationales à leur égard, c'est surtout dans les pays de destination que ces migrants sont exposés des risques d'abus ou souffrent d'abus. Ceci précisé, nous nous intéresserons successivement aux difficultés de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants (Chapitre I) et aux modalités de suivi de cette mise en œuvre au niveau international (Chapitre II).

CHAPITRE I : LES DROITS DES TRAVAILLEURS MIGRANTS, DES DROITS DIFFICILES A GARANTIR

Selon le principe de bonne foi, et plus précisément de « *pacta sunt servanda* » les Etats sont tenus de respecter les engagements internationaux qui les lient dans l'ordre juridique international et qu'ils ont souverainement acceptés. La bonne foi se définit comme « *un comportement que les parties sont juridiquement tenues d'observer, dans l'exécution et l'interprétation de leurs droits et obligations, quelle qu'en soit la source, en vertu d'un principe général de droit dont la force obligatoire est rappelée par une pratique et une jurisprudence constante* »¹⁰⁸⁷. Pourtant, force est de constater le caractère souvent imprécis des droits et obligations énoncés dans les normes protectrices, particulièrement les normes spécifiques aux travailleurs migrants. Nous avons déjà mis en évidence, à propos du principe de non-discrimination notamment, que sa définition avait fait l'objet de nombreux développements jurisprudentiels et doctrinaux. De même, le droit dont le traitement du travailleur migrant devrait jouir de manière indiscriminée n'est pas toujours clairement défini. Et lorsque ce droit est défini précisément, comme tel peut être le cas de certaines dispositions très détaillées de la Convention de New York, la formulation de la règle est parfois très souple. Les spécificités des normes relatives aux travailleurs migrants peuvent donc soulever des difficultés de mise en œuvre (Section I). Par ailleurs, l'effectivité des droits des travailleurs migrants peut se heurter aux particularismes internes d'organisation et de moyens des Etats (Section II).

¹⁰⁸⁷ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.134.

SECTION I : Les difficultés liées à la spécificité de la norme internationale

La question qui nous intéresse ici est de savoir quel est le degré de précision des normes internationales relatives aux travailleurs migrants et quelle marge de manœuvre elles laissent aux Etats, c'est-à-dire comment les Etats sont liés par ces normes. Cette marge de manœuvre dépendra de la source de la norme (§1) et de la nature de l'obligation (§2).

§1- Une mise en œuvre variable selon la source de la norme

Nous avons déjà mis en évidence que les différents instruments relatifs aux travailleurs migrants peuvent regrouper un nombre plus ou moins important d'Etats. Si les accords bilatéraux sont les plus importants numériquement, il existe des instruments régionaux et universels. Un même Etat peut alors être lié par des instruments à géométrie variable, ce qui ne va pas sans poser des difficultés de coordination¹⁰⁸⁸. De même, les instruments qui énoncent les droits sont divers. Il peut s'agir d'instruments énonçant des normes de travail, des droits de l'homme, d'accords de libre-échange ou d'association, ou encore être des instruments mixtes. Nous nous intéresserons ici à la marge de manœuvre dont dispose un Etat selon la source de l'instrument international par lequel il est lié (A), notamment dans un contexte de développement croissant des normes de *soft law* (B).

A. La disparité des sources du droit international applicable aux travailleurs migrants

128. La variabilité de la marge de manœuvre selon l'effet plus ou moins contraignant de la norme. Nous avons mis en évidence en introduction que la condition de l'étranger en droit international ressemblait à un « puzzle »¹⁰⁸⁹. Il existe en effet une multiplicité d'instruments relatifs aux travailleurs migrants. Sans chercher à établir une liste des sources du droit

¹⁰⁸⁸ Pour plus de détails, voir C. PHILIP, *Normes internationales du travail : universalisme ou régionalisme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 316p.

¹⁰⁸⁹ R. B. LILLICH, *The Human Rights of Aliens in Contemporary international Law*, *op.cit.*, p.3.

international en la matière, les instruments les plus utilisés concernent les conventions, les principes généraux, les recommandations, les résolutions, les déclarations, les règlements, les directives, et les coutumes, autant de sources qui produisent des effets juridiques variables.

Le vocabulaire renseigne la plupart du temps sur le caractère contraignant ou non, ou encore sur la marge de manœuvre que les Etats ont entendu se laisser. Ainsi seront des instruments juridiquement contraignants les coutumes qui naissent d'une « pratique effective et de l'*opinio juris* des Etats »¹⁰⁹⁰, et qui ne requièrent plus le consentement d'un Etat pour lui être opposable, sous réserve de l'applicabilité de la théorie de l'objecteur persistant¹⁰⁹¹. Peuvent être considérées comme des normes coutumières applicables aux travailleurs migrants les obligations précitées qui composent le standard minimum de traitement, ou encore les droits fondamentaux du travail.

Sont également des instruments contraignants les conventions ou traités qui désignent « *tout accord conclu entre deux ou plusieurs sujets du droit international et destiné à produire des effets de droit et régi par le droit international [...] Tout traité crée à la charge des parties des engagements juridiques ayant force obligatoire* »¹⁰⁹². Toutefois, comme le souligne le BIT à propos des normes internationales du travail, « *s'il n'est pas donné pleinement effet à une convention au moment de la ratification, toutes les mesures ultérieures d'application peuvent, en règle générale, être attribuées directement à l'instrument international* ». Les mesures d'application peuvent être prises spontanément ou résulter de procédures de contrôle quand elles existent¹⁰⁹³. Notons que l'opposabilité de la convention à l'Etat dépendra de la formulation de réserves qui doit être autorisée¹⁰⁹⁴.

En droit dérivé de l'UE seront juridiquement contraignants le règlement et la directive, mais le choix de l'un ou l'autre des instruments sera révélateur du degré de contrainte qu'ont souhaité ou non les Etats. Si le règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les ordres internes des Etats membres¹⁰⁹⁵, la directive détermine un résultat à atteindre, à échéance d'un temps défini, en laissant aux instances nationales la compétence

¹⁰⁹⁰ CII, 3 juin 1985, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte)*, Rec. 1985, p.29.

¹⁰⁹¹ Voir P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.352 et s.

¹⁰⁹² *Ibid*, pp.132-133.

¹⁰⁹³ BIT, *Les normes internationales du travail*, Genève, Imprimeries populaires, 1972, p.32.

¹⁰⁹⁴ Sur la validité des réserves aux traités de droits de l'homme voir F. SUDRE, *op. cit.*, p.65 et s. Sur les réserves en droit international du travail voir G. RAIMONDI, « Réserves et conventions internationales du travail », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p.527 et s.

¹⁰⁹⁵ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.962.

quant à la forme et aux moyens¹⁰⁹⁶. Par exemple, l'égalité de traitement en matière d'emploi et de profession fait l'objet de directives¹⁰⁹⁷. Il bénéficie alors d'un cadre, mais les règles de fond restent déterminées par les droits internes des Etats membres.

Les principes généraux de droit, c'est-à-dire communs aux ordres juridiques internes mais internationalement opposables, et les principes généraux du droit, qui désignent les règles essentielles du droit international, entrent également dans la catégorie des sources contraignantes. Par exemple, le principe de bonne foi précité revêt un intérêt certain pour la mise en œuvre des instruments non-contraignants¹⁰⁹⁸.

Ainsi la seule violation des normes juridiques contraignantes pourra conduire à la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat¹⁰⁹⁹. Toutefois, il convient de s'interroger sur la question de savoir si les normes contraignantes applicables à la matière vont toutes avoir le même degré de contrainte.

129. La hiérarchisation des droits des travailleurs migrants. L'idée que certains droits des travailleurs migrants contenus dans des instruments contraignants sont plus importants que d'autres résulte d'un mouvement de hiérarchisation des droits de l'homme, mais également des normes internationales du travail. En droit international des droits de l'homme, cette idée va pourtant à l'encontre du principe d'indivisibilité des droits, affirmé notamment dans la Proclamation de Téhéran adoptée par la Conférence internationale des droits de l'homme le 13 mai 1968¹¹⁰⁰. Pourtant, certains droits de l'homme peuvent être qualifiés de droits intangibles, ou indérogeables comme par exemple l'interdiction de la torture, l'interdiction du travail forcé ; ils engendrent des obligations absolues pour les Etats, c'est-à-dire insusceptibles de dérogations, et pouvant même entraîner la nullité de normes contraires pour les normes de *jus cogens*¹¹⁰¹. *A contrario*, les droits qui ne peuvent être qualifiés

¹⁰⁹⁶ *Ibid*, p.343.

¹⁰⁹⁷ Voir la Directive n°2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et la Directive n°2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail précitées.

¹⁰⁹⁸ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.4.

¹⁰⁹⁹ Telle que l'a défini la Commission du droit international, la responsabilité internationale de l'Etat désigne « toutes les relations nouvelles qui peuvent naître en droit international du fait internationalement illicite ». *ACDI*, 1973, vol. II, 2^e partie, commentaire sous l'article 1^{er} du projet, p.176 et s.

¹¹⁰⁰ §13, *RDH*, 1968, vol. I, p.326.

¹¹⁰¹ F. SUDRE, *op.cit.*, pp. 216-217. Voir par exemple à propos de la torture les affaires suivantes : CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n°35763/97 ; TPIY, 10 décembre 1998, *Furundzija*, IT-95817/1-T ; Chambre des Lords, affaire *ex parte Pinochet (N° 3)*, 24 mars 1999, *ILR*, vol. 119.

d'indérogeables peuvent faire l'objet de dérogations temporaires ou de restrictions, celles-ci étant toutefois strictement encadrée par les principes de nécessité et de proportionnalité¹¹⁰².

Concernant la hiérarchisation des normes internationales du travail, nous avons mentionné, à propos de l'étude des droits sociaux fondamentaux, que le BIT avait identifié huit conventions qui consacrent des principes et des droits fondamentaux au travail. Pour rappel, ces derniers concernent la liberté syndicale et le droit de négociation, l'interdiction du travail forcé, l'interdiction du travail des enfants et l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi et de profession¹¹⁰³, et ont été affirmés comme fondamentaux dans la *Déclaration sur les droits sociaux fondamentaux* de l'OIT.

Il convient par ailleurs de mentionner que quatre conventions ont été identifiées comme « prioritaires » par le BIT, en raison de leur importance pour le fonctionnement du système des normes internationales du travail. Ces conventions sont : la Convention n°81 sur l'inspection du travail de 1947¹¹⁰⁴, la Convention n° 129 sur l'inspection du travail (agriculture) de 1969¹¹⁰⁵, la Convention n°144 sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail de 1976¹¹⁰⁶, et la Convention n°122 sur la politique de

¹¹⁰² *Ibid*, p.218 et s. Par exemple, dans l'affaire *Ministre de l'Intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, la CJCE précise, à propos de la possibilité d'un Etat-membre de restreindre la libre-circulation des citoyens communautaires que : « Ni l'article 48 du traité (devenu, après modification, article 39 CE) ni les dispositions de droit dérivé qui mettent en œuvre la liberté de circulation des travailleurs ne s'opposent à ce qu'un État membre prononce, à l'égard d'un travailleur migrant ressortissant d'un autre État membre, des mesures de police administrative limitant le droit de séjour de ce travailleur à une partie du territoire national à condition :
— que des motifs d'ordre public ou de sécurité publique fondés sur son comportement individuel le justifient ;
— que, en l'absence d'une telle possibilité, ces motifs ne puissent conduire, en raison de leur gravité, qu'à une mesure d'interdiction de séjour ou d'éloignement de l'ensemble du territoire national ;

— et que le comportement que l'État membre concerné vise à prévenir donne lieu, lorsqu'il est le fait de ses propres ressortissants, à des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles et effectives destinées à le combattre ». CJCE, 26 novembre 2002, *Ministre de l'Intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, aff. C-100/01, *Rec.* 2002, p.I-10981, §45.

¹¹⁰³ Les huit conventions fondamentales sont les suivantes: la Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948 ; la Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de 1949 ; la Convention n°29 sur le travail forcé de 1930 ; la Convention n°105 sur l'abolition du travail forcé de 1957 ; la Convention n°138 sur l'âge minimum de 1973 ; la Convention n°182 sur les pires formes de travail des enfants de 1999 ; la Convention n°100 sur l'égalité de rémunération de 1951 ; et la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession) de 1958.

¹¹⁰⁴ Convention OIT n°81 concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce, 11 juillet 1947, *RTNU* vol. 54-I-792, p.4 ; entrée en vigueur le 7 avril 1950.

¹¹⁰⁵ Convention OIT n°129 sur l'inspection du travail (agriculture), 25 juin 1969, *RTNU* vol. 812-I-11565, p.88 ; entrée en vigueur le 19 janvier 1972.

¹¹⁰⁶ Convention OIT n°144 sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail, 21 juin 1976, *RTNU* vol. 1089-I-16705, p.356 ; entrée en vigueur le 16 mai 1978.

l'emploi de 1964¹¹⁰⁷. Le mécanisme de suivi de la *Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable* insiste sur l'importance des conventions « prioritaires » pour la gouvernance, et le BIT invite régulièrement les Etats à les ratifier¹¹⁰⁸. Mais la priorité de ces normes concerne avant tout la ratification, bien qu'elles fassent l'objet d'un suivi particulier.

La notion de hiérarchie dans un système juridique se définit comme « *un ensemble de règles ou de normes considérées dans leur coordination et fondé sur le principe selon lequel la norme d'un degré doit respecter et mettre en œuvre celle du degré supérieur* »¹¹⁰⁹. Cette idée de hiérarchie peut-être particulièrement pressentie à propos des normes de *jus cogens*. Concernant les normes internationales du travail, il s'agit plutôt, par le concept de droits sociaux fondamentaux, d'identifier des normes constituant un *minima* devant être garanti par tous les Etats qui sont invités à ratifier les instruments correspondants. La notion de convention prioritaire suggère la même idée bien qu'elle renvoie d'avantage à la bonne gouvernance plutôt qu'au droit du travailleur. Ainsi, parmi les normes obligatoires, les Etats doivent adopter et mettre en œuvre prioritairement certaines normes plutôt que d'autres. Malgré l'importance des normes contraignantes, il ne faut pas pour autant sous-estimer l'importance du droit promotionnel.

B. La place importante du droit promotionnel pour la protection des travailleurs migrants

130. Le droit « mou », outil de consensus sur des sujets politiquement sensibles. « *Dans la vie internationale, les Etats négocient fréquemment des instruments qui ne sont pas des traités mais qui n'en sont pas moins destinés à régir leurs relations mutuelles et, en tous cas, à orienter leur conduite. Issus, comme les traités, d'une concertation entre sujets du droit international, ces actes ne sont pas soumis au droit des traités et, en particulier, à la règle fondamentale qui sous-tend celui-ci, le principe pacta sunt servanda. Ils n'en jouent pas moins*

¹¹⁰⁷ Convention OIT n°122 sur la politique de l'emploi, 9 juillet 1964, RTNU vol. 569-I-8279, p.66. ; entrée en vigueur le 15 juillet 1966.

¹¹⁰⁸ BIT, *Les règles du jeu*, op.cit., p.17.

¹¹⁰⁹ G. CORNU, op.cit., p.457.

*un rôle politique extrêmement important [...] En réalité, les instruments que la doctrine anglo-saxonne nomme gentlemen's agreements ou non-binding agreements ne sont pas autre chose que des actes concertés non conventionnels, que l'on peut définir comme des instruments issus d'une négociation internationale et appelées à encadrer les relations de ceux-ci, sans pour autant avoir un effet obligatoire. [...] L'absence de force obligatoire des actes concertés non conventionnels a d'importantes conséquences juridiques : leur non-respect n'engage pas la responsabilité internationale de leurs auteurs et ne peut faire l'objet d'un recours juridictionnel. En dépit de ces caractéristiques, ou peut-être à cause d'elles, les actes concertés non conventionnels sont très largement utilisés dans les relations internationales et semblent même exercer un attrait croissant »¹¹¹⁰. Nous avons cité, à plusieurs reprises, de nombreux instruments spécifiques ou non aux travailleurs migrants qui sont des instruments de *soft law*, et nous aurons l'occasion d'en citer d'autres dans les développements à venir. On peut par exemple citer les recommandations de l'OIT (ou d'autres organisations) qui ont pour objet de développer les principes énoncés dans les conventions et qui représentent la moitié du corpus normatif¹¹¹¹, la DUDH, la Déclaration relative aux principes et droits sociaux fondamentaux de 1998, la Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable de 2008, ou encore les autres déclarations et résolutions adoptées au niveau régional. A défaut de caractère contraignant, le droit déclaratoire constitue souvent le premier pas vers une réflexion internationale sur un sujet particulier, et reste très important numériquement.*

Intéressons-nous spécifiquement aux recommandations de l'OIT relatives aux travailleurs migrants. Elles affirment parfois des droits qui n'apparaissent pas dans le texte de la convention qu'elles complètent, ou développent les droits qui y sont affirmés. Cela exprime-t-il la prudence des Etats sur une question politiquement sensible, ou encore la difficile conciliation des intérêts en présence ? Les recommandations sont définies par l'OIT comme des « *instruments non contraignants [pourtant] censées définir les objectifs de l'Organisation dans un domaine particulier et à un moment donné, et qui fixent des orientations à l'intention des Etats Membres en matière de politique sociale* »¹¹¹². Mais elles ont été trop souvent

¹¹¹⁰ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.4.

¹¹¹¹ G. P. POLITAKIS et K. MARKOV, « Les recommandations internationales du travail: instruments mal exploités ou maillon faible du système normatif ? », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p.497.

¹¹¹² GB.277/LILS/WP/PRS/1/1, §38, p.15.

considérées comme les « *parents pauvres* » des conventions, dont le contenu ne méritait pas de figurer dans l'instrument contraignant. Pourtant l'adoption d'une recommandation plutôt que d'une convention est laissée à la discrétion de la Conférence lorsque des « *questions qui, par suite de leur complexité ou des différences considérables existant entre les Etats, ou pour toute autre raison, se prêteraient difficilement à la rédaction des dispositions précises d'une convention destinée à être appliquée universellement* » (art. 19§1 de la Constitution de l'OIT)¹¹¹³. Dès lors, la recommandation semble constituer un préalable à la forme conventionnelle¹¹¹⁴. *A contrario*, ces instruments peuvent être perçus comme un échec à l'adoption d'une convention internationale. Pourtant initialement les recommandations sont censées remplacer et non pas suppléer les conventions¹¹¹⁵. La pratique normative apparaît contradictoire et mitigée. Les recommandations sont victimes d'une conception hiérarchique vis-à-vis des conventions, l'adoption parallèle de conventions et de recommandations s'étant banalisée, confirmant ainsi la subsidiarité des recommandations. Il faut encore ajouter que leur contenu, souvent inadapté, n'est pas toujours une réelle plus-value normative, et est parfois redondant. Pour autant le droit mou n'est pas dépourvu de normativité.

131. Le droit « mou » une faiblesse normative pour les droits des travailleurs migrants ?

Comme le souligne Jean-Claude Javillier, « *la « part » du droit est d'importance, car elle constitue un moyen privilégié d'articulation (et d'intégration) entre les actions si diversifiées, si mouvantes, si réactives aux défis sociaux, dans des contextes économiques comme politiques si différents. Mais c'est sans doute toute la question de la culture juridique qui est alors posée* »¹¹¹⁶. La création d'une culture juridique commune constitue sans doute l'apport principal des règles de *soft law*. Il convient alors de dépasser la « *sacralisation du droit*

¹¹¹³ G. P. POLITAKIS et K. MARKOV, « Les recommandations internationales du travail: instruments mal exploités ou maillon faible du système normatif ? », *op.cit.*, pp.500-501.

¹¹¹⁴ Selon la Délégation de la Conférence pour les questions constitutionnelles, leur principale fonction serait « *d'aider à traiter avec sagesse les problèmes sociaux sur le plan national, en formulant d'une manière qui fait autorité des normes ou des principes où sont incorporées les conclusions tirées de l'expérience de nombreux pays. [...] Ces normes [tireraient alors] leur autorité du fait qu'elles ont été approuvées par une conférence internationale qui est représentative des intérêts en cause, qui dispose d'une solide documentation technique et de connaissances spécialisées approfondies, et qui est mondiale dans sa composition* ». *Ibid*, p.502.

¹¹¹⁵ *Ibid*.

¹¹¹⁶ J.-C. JAVILLIER, « Libres propos sur la «part» du droit dans l'action de l'Organisation internationale du Travail », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p.665.

conventionnel » au détriment des autres sources du droit¹¹¹⁷, car une vision manichéenne du droit conduit à ignorer les grandes évolutions en cours, « *le processus d'élaboration par étapes du droit international* », le droit déclaratoire étant plus vivant que jamais¹¹¹⁸. Par ailleurs, le droit déclaratoire présente une dimension universelle, les Nations Unies et ses institutions spécialisées y ayant souvent recours ; notamment pour la matière qui concerne notre étude, on peut citer la Déclaration universelle des droits de l'homme ou encore la Déclaration de Philadelphie qui consacrent certains droits et principes, et permettent la cristallisation future de certains droits. Le droit déclaratoire occupe également une place importante dans le droit régional.

Il est certain que la dynamique juridique peut varier d'un instrument à l'autre. Tous les instruments de *soft law* ne bénéficient pas de la sacralisation de la déclaration universelle¹¹¹⁹, mais ils produisent tout de même des effets. Si la violation de ces textes ne peut entraîner l'engagement de la responsabilité internationale, elle peut tout de même avoir des répercussions politiques et juridiques. Par exemple, la Cour internationale de Justice a affirmé que « *dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne pouvait faire en dernier ressort l'objet d'une procédure judiciaire (avait) toujours constitué la règle plutôt que l'exception* »¹¹²⁰ ou encore que « *l'absence d'un lien de juridiction ne (pouvait) être considéré comme entraînant l'inexistence d'un droit* »¹¹²¹. L'idée que les normes de *soft law* seraient dépourvues de portée juridique résulte en réalité d'une confusion entre le « juridique » et « l'obligatoire ». « *En réalité, comme les recommandations des organisations internationales, les actes concertés non conventionnels, sans être obligatoires, sont soumis au droit international et ont une portée juridique qui est loin d'être négligeable : sans être liés par leurs dispositions, les Etats le sont par le principe de la bonne foi [...] ; même les auteurs les plus réservés à l'égard de la soumission de ces instruments au droit international admettent que leur conclusion empêche les Etats signataires d'invoquer l'exception de compétence nationale dans le domaine dans lequel ils sont intervenus et qu'une demande d'exécution émanant d'un Etat partenaire ne constitue pas une ingérence illicite dans les*

¹¹¹⁷ E. DECAUX, « De la promotion à la protection des droits de l'homme. Droit déclaratoire et droit programmatore », SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p.85.

¹¹¹⁸ *Ibid*, p.86. Sur l'évolution générale du droit de l'OIT au profit de normes non contraignantes, M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006, pp.125 et s.

¹¹¹⁹ *Ibid*, p.87 et s.

¹¹²⁰ CIJ, 18 juillet 1966, *Affaire relative au «Sud-Ouest africain» (Éthiopie c. Afrique du sud; Libéria c. Afrique du sud)*, Rec. 1966, p.6.

¹¹²¹ CIJ, 5 février 1970, *Affaire de la «Barcelona Traction»*, Rec. 1970, p.32.

affaires des Etats ; surtout, [...] les actes concertés non conventionnels ont une valeur permissive en ce sens qu'ils neutralisent l'application d'une éventuelle règle antérieure dans les rapports entre les signataires [...] ; en outre, comme les traités ou les résolutions des organisations internationales, les actes concertés non conventionnels peuvent contribuer à la formation de règles coutumières »¹¹²².

Pour reprendre l'exemple des recommandations de l'OIT, la pratique montre en effet qu'elles peuvent faire l'objet d'un certain suivi, qu'elles ont souvent un contenu plus « hard » que certaines dispositions « soft » des conventions, ou, au contraire, qu'elles peuvent être programmatoires en vue d'une action ou convention future dans un certain domaine. Elles appellent souvent à l'adoption de mesures positives, inspirent l'élaboration de législations nationales ou servent de « cristallisateur » des pratiques nationales souhaitables. Elles servent également à l'interprétation des conventions et du droit interne, et constituent le support des revendications des organisations d'employeurs et de travailleurs. A côté du « droit dur », vient donc se superposer une certaine conception « morale » du droit qui défend certaines valeurs. L'affirmation de « droits moraux » ne signifie pas que ces derniers disposent nécessairement d'une force contraignante, mais cela n'entame pas leur utilité¹¹²³.

La manière dont un Etat va être tenu de mettre en œuvre les droits des travailleurs migrants ne dépend pas seulement du caractère contraignant ou non de la norme. La marge de manœuvre dont l'Etat dispose dépend également à la nature de l'obligation.

§2- Une mise en œuvre variable selon la nature de l'obligation

Force est de constater que de nombreuses normes applicables aux travailleurs migrants présentent une certaine flexibilité, soit en raison de l'imprécision de leur contenu, soit par l'énoncé d'un droit programmatoire (A). Ce constat est particulièrement vrai à propos des droits sociaux et des dispositions relatives à la circulation et au séjour des travailleurs migrants. L'application de ces règles soulève des difficultés. Par exemple, dans son étude de 1999, le BIT soulignait notamment que, parmi les dispositions des Conventions n°97 et

¹¹²² P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.4.

¹¹²³ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, *op.cit.*, p.287. Voir également, J.-M. THOUVENIN « Spécificité dans son élaboration au confluent de la volonté et de la viralité », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK, (dir.) *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.98 et s.

n°143, certaines soulevaient plus de difficultés que d'autres pour leur mise en œuvre. « *En ce qui concerne la Convention n°97, ce sont les articles 6 (égalité de traitement entre travailleurs étrangers et travailleurs nationaux) et 8 (maintien du droit de résidence en cas d'incapacité de travail) qui ont été le plus souvent invoqués par les gouvernements comme source de difficultés. En ce qui concerne la Convention n°143, ce sont les articles 8 (protection en cas de perte d'emploi), 10 (égalité de chances et de traitement) et 14 a) (droit à la mobilité géographique et professionnelle du travailleur migrant) qui ont été mentionnés par les gouvernements comme posant le plus de difficultés d'application* »¹¹²⁴.

Le régime juridique des droits civils et politiques a fait l'objet de nombreux développements jurisprudentiels, et il est aujourd'hui admis que ces droits subjectifs sont immédiatement exigibles. En revanche, la formulation des droits sociaux du travailleur migrant d'une part, et des droits dont il dispose par sa qualité d'« étranger » d'autre part, sont exprimés avec souplesse et expriment un difficile consensus des Etats. Nous nous concentrerons principalement sur les normes de l'OIT car c'est au sein de cette organisation que la flexibilité est la plus défendue. Toutefois, les conclusions auxquelles nous parviendrons vaudront également pour les dispositions souples contenues dans les autres instruments applicables. Se pose alors une autre question : les normes flexibles sont-elles justiciables ? Telle est la question de l'applicabilité directe et de l'invocabilité directe par les travailleurs migrants des normes internationales protectrices (B).

A. La flexibilité des normes relatives aux travailleurs migrants

132. Variabilité de la portée des obligations étatiques. En 1987, Asbjørn Eide, alors rapporteur à la Sous-Commission des Droits de l'Homme sur le droit à une alimentation suffisante, rappelait que tous les droits de l'homme, quelle que soit leur nature civile et politique, ou sociale, impliquent trois niveaux d'obligations à la charge des Etats : l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser¹¹²⁵. L'obligation de respecter suppose une abstention de l'Etat de faire quelque chose qui violerait l'intégrité ou la liberté de l'individu. L'obligation de protéger suppose que l'Etat prenne des mesures pour empêcher que d'autres

¹¹²⁴ BIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, pp.263-264.

¹¹²⁵ E/CN.4/Sub.2/1987/23 (7 juillet 1987), §66.

individus ne violent les droits et libertés de l'intéressé. Enfin, l'obligation de réaliser impose à l'Etat de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre les droits de l'individu, particulièrement quand il ne peut y parvenir seul¹¹²⁶. Par ailleurs, la nature de l'obligation varie. Elle peut concerner une obligation de résultat, entendue comme une obligation pour le débiteur de parvenir à un résultat déterminé ; la responsabilité du débiteur est engagée sur la seule preuve que le fait n'est pas réalisé, sauf à se justifier, s'il le peut, en prouvant que le dommage vient d'une cause étrangère¹¹²⁷. Parfois encore, la règle énonce une obligation de moyen, c'est-à-dire une obligation pour le débiteur, non de parvenir à un résultat déterminé mais d'y appliquer ses soins et ses capacités ; la responsabilité du débiteur n'est engagée que si le créancier prouve, de la part de ce débiteur, un manquement à ses devoirs de prudence et de diligence¹¹²⁸. Certaines normes affirment des droits directement au bénéfice des individus tandis que d'autre constituent des normes de coordination. Il n'est en effet pas rare de trouver la formule « *les Etats s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour* » comme tel est le cas à l'article 19 de la Constitution de l'OIT, ou encore des renvois au droit national. C'est particulièrement le cas pour les normes internationales du travail.

Jean-Michel Servais distingue trois catégories de normes selon le caractère fondamental et donc prioritaire et selon la nature des dispositions contenues. Le premier groupe de normes concerne les droits fondamentaux au travail ; ce groupe contient notamment les deux Pactes des Nations-Unies de 1966, la Constitution et plusieurs conventions de l'OIT, et la Déclaration des droits sociaux fondamentaux¹¹²⁹. Ces normes consacrent des principes essentiels d'ordre public que les travailleurs peuvent revendiquer librement. Le deuxième groupe concerne les dispositions plus techniques des lois sur le travail et la sécurité sociale. Numériquement, il s'agit du groupe le plus important, et dans ce groupe apparaissent le plus de polémiques sur le contenu et l'avenir de la protection juridique internationale, contenu qui fait souvent l'objet d'une négociation qui aboutit plus facilement sur certains sujets (sécurité au travail) que sur d'autres (temps de travail). Enfin, le troisième groupe concerne des règles

¹¹²⁶ S. GROSBON, « Les ruptures du droit international », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, p.47.

¹¹²⁷ G. CORNU, *op.cit.*, p.628.

¹¹²⁸ *Ibid*, p.627.

¹¹²⁹ Selon l'auteur, même si la Déclaration de 1998 s'adresse principalement aux Etats, elle a vocation à dépasser un cadre purement interétatique. Elle évoque les droits sociaux fondamentaux des travailleurs et les moyens de les mettre en œuvre. Etant très générale, elle peut servir de référence aux différents acteurs mondiaux, et trouver un écho dans les chartes sociales régionales, et les codes de conduite des entreprises multinationales. J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, pp.295-296.

programmatisques ou incitatives ayant un caractère moins immédiat, et où le rôle des organisations patronales et syndicales est souligné. Elles fixent des objectifs à atteindre sous la forme d'obligation de moyen, et leur mise en œuvre fait souvent appel à des moyens non juridiques. Ce type de norme concerne les domaines de l'emploi, de la formation professionnelle et de la lutte contre la discrimination¹¹³⁰. Il s'agit de rendre l'action des pouvoirs publics plus systématique et plus cohérente et suppose une collaboration des parties prenantes¹¹³¹.

Des normes de différente nature peuvent donc s'articuler autour d'un même sujet. La part importante des normes programmatisques pour la protection des travailleurs migrants peut surprendre, mais la flexibilité promue permet de parvenir à un minimum de protection.

133. La flexibilité pour un minimum commun de protection. La protection des travailleurs migrants révèle des intérêts en présence qui sont parfois contradictoires. La flexibilité des règles adoptées apparaît alors comme le (seul) moyen de parvenir à un consensus international. Les instruments de l'OIT qui sont les plus flexibles et aussi les plus anciens, bénéficient d'une ratification plus importante de la part des pays de destination que la Convention de New York de 1990. En effet, la flexibilité en tant qu'outil de travail et qu'objectif politique caractérise le travail normatif de l'OIT. Bien que le caractère évasif des normes flexibles soit souvent critiqué, il s'agit en réalité, selon Nicolas Valticos « *d'obtenir le degré de souplesse permettant de tenir compte de l'inégalité du degré de développement des pays tout en évitant qu'un excès de souplesse fasse perdre aux normes toute signification réelle* »¹¹³².

Concernant les Conventions n°97 et n°143 relatives aux travailleurs migrants, la CIT souhaitait élaborer des instruments qui accorderaient une protection contre des conditions abusives d'emploi, et qui garantiraient l'égalité de chances et de traitement au plus grand nombre de migrants possible, à raison du nombre de ratifications. La flexibilité a été utilisée

¹¹³⁰ Voir notamment les articles 1 et 2 de la Convention n°122 de l'OIT sur la politique de l'emploi de 1964 et les articles 2 et 3 de la Convention n°111 de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession) de 1958.

¹¹³¹ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, op.cit., p.295 et s.

¹¹³² N. VALTICOS et F. WOLF, « L'Organisation internationale du Travail et les pays en voie de développement: techniques d'élaboration et mise en œuvre de normes universelles », in SFDI, *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Paris, Pedone, 1974, p.132. Pour plus de détails sur la flexibilité des normes de l'OIT voir G. P. POLITAKIS, « Deconstructing flexibility in international labour Conventions », in J.C JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p.463 et s. Voir également, BIT, *Les règles du jeu*, op.cit., p.20 et s.

pour le fond et la forme. La Convention et la Recommandation de 1949 ne visent que les migrants réguliers et les dispositions sont rédigées de manière souple. Notons également que les trois annexes de la Convention, qui renseignent sur les moyens pour parvenir à mettre en œuvre ses dispositions sur des sujets particuliers, peuvent être exclues de la ratification. L'objet de cette forme expérimentale a été d'inciter le plus d'Etats possibles à envisager la ratification, en évitant de les placer face à des obligations trop rigides. L'état des ratifications de la Convention n°97 révèle que peu d'Etats ont ratifié toutes les annexes¹¹³³. On peut donc penser que sans cette flexibilité, la Convention n°97 aurait été moins ratifiée. Le même objectif poursuivi pour l'élaboration de la Convention de 1975, a conduit à l'adoption d'un instrument en deux parties, l'une sur les migrations dans des conditions abusives, et l'autre sur l'égalité de traitement des travailleurs étrangers régulièrement admis. L'article 16§1 prévoit la possibilité de ratifier l'une ou l'autre des parties. Toutefois, en vertu du §3 de ce même article, si les Etats excluent une partie de la Convention, ils sont tenus de préciser dans quelle mesure ils ont donné effet aux dispositions de la partie exclue, ainsi que les raisons pour lesquelles ils n'ont pas ratifié ladite partie.

Sur le fond, ces deux conventions retiennent également des formulations souples. On peut citer, à titre d'exemple, l'article 3 de la Convention n°97 qui dispose que « *tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage, dans la mesure où la législation nationale le permet, à prendre toutes mesures appropriées contre la propagande trompeuse concernant l'émigration et l'immigration* » ; ou encore, l'article 10 de la Convention n°143 qui énonce que « *tout Membre pour lequel la convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir et à garantir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement* »¹¹³⁴.

Se pose alors la question de l'application de ces normes flexibles qui portent davantage sur les moyens utilisés que sur les résultats obtenus, étant donné que la flexibilité ne consiste pas à « déréglementer » mais à déterminer un cadre et des objectifs par le biais de règles juridiques, dont le non-respect peut entraîner la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat. Les positions des Etats peuvent varier quant à la méthode à suivre. Pour le Mexique par exemple, la promotion des instruments de l'OIT est inopportune dès lors qu'il existe des instruments

¹¹³³ BIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, §118.

¹¹³⁴ *Ibid*, §§119-120.

plus récents non ratifiés, tels que la Convention de New York. A l'inverse, le Brésil souhaite la ratification des instruments existants pour une gestion efficace des migrations. Le Maroc, de son côté, a appelé à l'établissement d'un cadre multilatéral non contraignant. Pour le gouvernement de l'Inde, les instruments de l'OIT devraient être adaptés aux exigences actuelles du marché, tandis que le gouvernement des Philippines suggère une promotion plus vigoureuse de l'Agenda pour le Travail Décent afin de pallier aux lacunes. Les membres du CARICOM, pour leur part, ont insisté sur le rôle à jouer des instruments de l'OIT sur la sécurité sociale, et ont proposé la conclusion d'un protocole sur les migrations pour répondre aux faiblesses normatives actuelles, notamment concernant la protection contre l'expulsion arbitraire et contre l'exploitation des femmes et des enfants¹¹³⁵.

Les normes de *soft law* connaissent un certain succès puisqu'elles permettent de concilier le besoin de protection avec les impératifs économiques, et également d'actualiser la réglementation en fonction de l'évolution des sciences et des techniques. Cette approche normative renouvelle le rôle de l'Etat et des pouvoirs publics qui doivent créer l'environnement nécessaire pour réaliser un objectif. L'Etat joue alors un rôle de médiateur entre les différents acteurs représentatifs. La flexibilité, exprimée particulièrement par les normes programmatiques, permet ainsi de coordonner les moyens juridiques et non juridiques d'une politique sociale qui tente de concilier la protection de l'individu, et la prise en compte des exigences économiques et de cohésion sociale¹¹³⁶. Toutefois, les règles applicables aux travailleurs migrants ne sont pas exclusivement constituées de règles flexibles. La flexibilité dépend en effet du niveau de concertation (bilatéral, régional ou universelle) et de la thématique négociée. De même, la complémentarité du droit international social et du droit international des droits de l'homme permet au travailleur migrant, selon l'état des ratifications dans un pays donné, d'avoir un statut plus ou moins étoffé et d'opposer à l'Etat d'accueil des règles plus ou moins contraignantes. Il convient alors de s'intéresser à la manière dont les normes s'appliquent et peuvent être invoquées par les travailleurs migrants dans les Etats.

¹¹³⁵ CIT, *Sixième question à l'ordre du jour : travailleurs migrants (discussion générale fondée sur une approche intégrée)*, Rapport de la Commission des travailleurs migrants, compte-rendu provisoire, 92^e session, Genève, 2004, §26.

¹¹³⁶ J.-M. SERVAIS, *Les normes internationales du travail*, op.cit., pp.299-300.

B. Quelle applicabilité et invocabilité directes pour les droits des travailleurs migrants ?

134. L'incorporation des règles internationales dans le droit interne des Etats. Dès 1925, la CPJI avait affirmé comme « *un principe allant de soi* » le fait qu'un Etat « *qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris* »¹¹³⁷. La question de l'incorporation des règles relatives aux travailleurs migrants consiste à s'interroger sur la manière dont ces normes vont « pénétrer » l'ordre juridique interne des Etats membres.

Pour pouvoir s'appliquer, les dispositions d'un traité doivent être suffisamment précises et doivent pouvoir s'inscrire dans les « structures d'accueil » juridiques ou financières du droit interne¹¹³⁸. Cette application du droit international peut être directe ou indirecte. Selon Joe Verhoeven, « *traditionnellement, l'applicabilité directe peut être entendue de l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont il puisse se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'Etat où cette règle est en vigueur* »¹¹³⁹. Comme le souligne Bérangère Taxil, cette définition est composée de deux éléments. Premièrement, la règle internationale ne requiert pas de mesure interne d'exécution ; on parle alors d'applicabilité immédiate ou de norme *self-executing*. Deuxièmement, la norme doit créer un droit subjectif invocable pour et par le particulier ; il s'agit de l'effet direct de la norme. Ces deux éléments constituent respectivement le critère objectif et le critère subjectif de la règle¹¹⁴⁰. Avant de pouvoir revendiquer le bénéfice d'une norme encore faut-il que le droit interne ait intégré son contenu, soit parce que la règle internationale s'applique directement dans l'ordre interne, soit parce qu'une norme interne a été adoptée pour transposer la règle internationale. Dans le premier cas de figure on parle de monisme, dans le second de dualisme. Pour examiner les conditions d'incorporation des normes internationales dans un système donné, il convient de se référer aux dispositions constitutionnelles et à la jurisprudence.

Selon la théorie moniste, le droit international et le droit interne forment un ordre juridique unique. La tradition moniste a été majoritairement adoptée en Europe et en Amérique latine,

¹¹³⁷ CPJI, avis du 21 février 1925 sur l'*Echange des populations turques et grecques*, série B, n°10, p.20.

¹¹³⁸ P. DAILLIER *et. al.*, *op.cit.*, p.254.

¹¹³⁹ J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *RBDI*, 1980-2, p.243.

¹¹⁴⁰ B. TAXIL, « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux en France et aux Etats-Unis », *RIDC*, 1-2007, p.159.

tandis qu'en Afrique et en Asie, la pratique est mitigée. Bien que dans les systèmes monistes les traités ratifiés ont valeur de droit interne. Pourtant, les pays qui suivent cette approche légifèrent régulièrement sur les sujets contenus dans les traités adoptés, ou ne ratifient un traité que lorsqu'ils considèrent qu'une disposition nationale donne déjà effet aux dispositions de ce traité. Ce besoin de légiférer tient à la nature des dispositions qui peuvent ne pas être directement applicables mais qui requièrent une action supplémentaire pour être mises en œuvre¹¹⁴¹.

Selon la théorie dualiste, que l'on retrouve chez les pays de *common law* ou de tradition germanique, les ordres juridiques interne et international sont distincts et fonctionnent selon leurs propres règles. Les règles internationales n'ont alors pour seuls destinataires que les Etats et doivent être incorporées par l'adoption d'une norme interne de transposition. Le développement du droit international des droits de l'homme et du droit international du travail semble éroder cette théorie. La justification actuelle de cette théorie semble reposer davantage sur l'idée que l'adoption d'instruments internationaux relève du pouvoir exécutif et que le besoin d'incorporation confère au pouvoir législatif l'habilitation à exercer cette prérogative. Selon la théorie dualiste, la question de l'applicabilité immédiate est moins pertinente puisqu'un acte interne est nécessaire pour donner effet à la norme internationale en droit interne. En revanche, elle soulève la question du rang de la norme dans la hiérarchie normative interne, car la règle internationale aura la valeur de l'acte interne de transposition¹¹⁴². Toutefois, la norme internationale peut, de manière exceptionnelle, être appliquée directement. En Allemagne, par exemple, les tribunaux l'admettent uniquement lorsque le libellé, l'objet et le contenu de la disposition sont suffisamment établis et appropriés pour produire des effets juridiques. Le tribunal administratif fédéral a admis que l'article 8§1 de la Convention OIT n°97 (droit de demeurer en cas d'accident ou de maladie professionnelle) remplissait ces conditions, et que le caractère international de la norme n'empêchait pas la reconnaissance de droits au profit des étrangers¹¹⁴³.

¹¹⁴¹ C. THOMAS, M. OELZ, and X. BEAUDONNET, « The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004 p.258.

¹¹⁴² *Ibid*, p.259.

¹¹⁴³ Federal Administrative Tribunal, Judgment of 28 May 1991 (1 C 20.89), reprinted in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 53, 1993, p.389. L'article 8§1 de la Convention n°97 dispose qu'« un travailleur migrant qui a été admis à titre permanent et les membres de sa famille qui ont été autorisés à l'accompagner ou à le rejoindre ne pourront être renvoyés dans leur territoire d'origine ou dans le territoire d'où ils ont émigré, sauf s'ils le désirent ou si des accords internationaux liant le Membre intéressé le

En revanche, pour les normes coutumières, qui sont numériquement importantes pour la protection des étrangers, l'incorporation est la même dans les systèmes monistes ou dualistes. En effet, les tribunaux internes des pays de tradition dualiste appliquent le principe selon lequel les règles coutumières sont considérées comme faisant partie du droit interne de l'Etat si elles ne sont pas contraires aux actes législatifs ou à la constitution précédemment adoptés¹¹⁴⁴.

Les conditions d'introduction de la règle internationale dans l'ordre interne « *sont exclusivement fonction du droit national des Etats intéressés* », ce qui ne remet pas en cause la validité de la norme internationale ; « *seule est en cause l'efficacité interne de la règle internationale* »¹¹⁴⁵. Mais l'efficacité des normes internationales s'apprécie aussi en fonction de la possibilité pour les particuliers d'en revendiquer le bénéfice devant les tribunaux internes, juges de droit commun du droit international.

135. Les normes protectrices et les cours nationales. Se pose ici la question du critère subjectif de la norme. De nombreuses normes applicables aux travailleurs étrangers ne sont adressées qu'aux Etats qui sont invités à atteindre un résultat par l'adoption de mesures internes. Cela concerne notamment les normes d'harmonisation, les normes qui offrent une option aux Etats et les normes de droit international privé. En revanche, d'autres normes sont suffisamment précises et inconditionnelles pour que les individus puissent en demander la mise en œuvre aux autorités nationales, ou à défaut, à un organe de contrôle *a posteriori* qui pourrait contrer l'aléa des réponses des institutions nationales¹¹⁴⁶. Tout dépend de l'effort de

prévoient, lorsque pour cause de maladie ou d'accident le travailleur migrant se trouve dans l'impossibilité d'exercer son métier, à condition que la maladie ou l'accident soit survenu après son arrivée ».

¹¹⁴⁴ *Ibid*, p.261. Pour plus de détails sur la distinction entre le monisme et le dualisme voir également M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droit interne », in M. VIRALLY, *Le droit international en devenir, essais écrits aux fils des ans*, Paris, PUF, 1990, p.103. Sur l'implication du choix en droit international des droits de l'Homme voir J. DHOMMEAUX, « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », *AFDI*, 1995, p.447.

¹¹⁴⁵ J. VERHOEVEN, *op.cit.*, pp.249-250.

¹¹⁴⁶ A titre d'exemple, le rapport établi entre la CEDH et la CJCE, et les tribunaux des Etats parties aux conventions de Rome de 1950 et 1957, permet de corriger la difficulté d'assurer une opposabilité des normes internationales protectrices selon les mêmes critères dans tous les ordres juridiques nationaux, qui présentent chacun des spécificités. L'efficacité de cette « collaboration des juges » relevant d'ordres juridiques différents en vue d'une application uniforme des normes internationales et européennes invocables et applicables individuellement est désormais suffisamment établie pour que les Etats en freinent le développement. Il en est ainsi notamment à propos des réticences et précautions prises en ce qui concerne les mesures prises dans le cadre du Titre IV du TCE (V TFUE), qui portent à la fois sur la question sensible du contrôle de l'immigration et sur la coopération judiciaire. P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.753.

transposition du législateur national et de l'examen de chaque disposition conventionnelle par un juge plus ou moins hésitant¹¹⁴⁷. La réponse varie donc d'un système à l'autre et la reconnaissance de l'effet direct peut être totale ou partielle¹¹⁴⁸. Par exemple, la Cour suprême du Costa Rica a admis l'invocabilité de substitution de la Convention n°111 sur l'interdiction de la discrimination en terme d'emploi et de profession pour évincer une disposition du Code du travail interdisant l'emploi de travailleurs étrangers au-delà d'un certain pourcentage¹¹⁴⁹. *A contrario*, le Tribunal administratif fédéral allemand considère que la Convention n°111 est adressée aux Etats et ne peut être invoquée par des particuliers. La Cour constitutionnelle allemande utilise la définition de la discrimination contenue dans la Convention pour interpréter les dispositions équivalentes de la Loi Fondamentale¹¹⁵⁰.

L'effet direct est généralement reconnu quand aucune disposition interne ne consacre le contenu de l'instrument international, ou que la législation interne est moins précise¹¹⁵¹. Tous les instruments relatifs aux travailleurs migrants n'ont pas le même statut. L'effet direct des instruments régionaux de protection des droits de l'homme énonçant des droits civils et politiques est généralement admis. En revanche, tel n'est pas toujours le cas des instruments contenant des dispositions de nature sociale. En France par exemple, la Convention n°118 sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale¹¹⁵², la Convention n°97 sur les travailleurs migrants¹¹⁵³ et la Convention n°19 sur l'égalité de traitement en matière d'accidents du travail¹¹⁵⁴ ont été reconnues d'applicabilité directe, mais tel n'est pas le cas de la Charte sociale européenne¹¹⁵⁵. L'effet direct des dispositions relatives aux travailleurs migrants est donc révélé cas par cas, selon que la formulation de la disposition invoquée est reconnue comme subjective ou non. Au minimum, les dispositions internationales, y compris

¹¹⁴⁷ *Ibid*, p.256.

¹¹⁴⁸ Par exemple, sur la réception de l'effet direct des droits sociaux par la Cour de cassation voir C. PAPINOT, « Cour de Cassation, (1ère Chambre civile), 18 mai 2005, M. François X... c./ Madame Nicole Y..., épouse Z..., n° 02-20613 », in A. PELLET (dir.), *Les grandes décisions françaises relatives au droit international*, à paraître.

¹¹⁴⁹ Caso *Magda González Salas*, acción de inconstitucionalidad (núm. 00616-99), 29 de enero de 1999.

¹¹⁵⁰ C. THOMAS, M. OELZ, and X. BEAUDONNET, « The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications », *op.cit.*, p.266.

¹¹⁵¹ Pour plus de détails sur l'effet direct des normes internationales du travail devant les tribunaux internes, voir *Ibid*, p. 268 et s, et G. VON POTOBSKY, « Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p.287 et s.

¹¹⁵² CE, 23 avril 1997, *Gisti*, n°163043 ; CE, 14 janvier 1998, *Gisti et FTDA*, n° 174219.

¹¹⁵³ CE, 7 juin 2006, *Aides et al.*, n°285576.

¹¹⁵⁴ Cour Cass, 27 février 1934, *Castanié c. Dame veuve Hurtado*.

¹¹⁵⁵ CE, 15 mai 1995, *Raut*, n°152417. Pour plus de détails sur l'applicabilité directe des textes relatifs aux étrangers qui lient la France, voir GISTI, *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux*, les Cahiers juridiques, Paris, Expressions II, 2008.

les instruments non-contraignants ou non ratifiés, pourront bénéficier d'une invocabilité d'interprétation¹¹⁵⁶. Outre les difficultés de technique juridique se heurtant à l'application de ces normes, il convient de s'intéresser aux difficultés d'organisation interne de chaque Etat qui peuvent, en pratique, faire obstacle à la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants.

SECTION II : Les difficultés liées aux spécificités internes des Etats

La mise en œuvre des droits des travailleurs migrants dépend tout d'abord de la structure politico-administrative de l'Etat et de l'identification du débiteur de l'obligation dans l'ordre juridique interne (§1). Dans un second temps, nous étudierons l'existence et l'efficacité des structures internes de contrôle, et particulièrement de l'administration du travail (§2).

§1- Une structure politico-administrative variable

La question de la structure politico-administrative des Etats consiste à s'interroger sur les difficultés qui peuvent survenir, pour la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants, en raison de la répartition des compétences au niveau interne des Etats, et de l'autonomie des entités qui les composent. C'est particulièrement le cas dans les Etats fédéraux et régionaux. Le fédéralisme se définit comme un système politique reposant sur des principes de partage des pouvoirs entre l'Etat fédéral, cantonné dans des compétences régaliennes, et des Etats fédérés disposant de compétences étendues et de garanties d'autonomie, inscrites dans la constitution fédérale. Un Etat régional reste unitaire, mais les régions disposent d'une autonomie politique et institutionnelle¹¹⁵⁷. Ces Etats ont en commun qu'ils sont composés « *d'entités qui n'ont pas de rapports immédiats avec la société internationale, soit parce qu'elles y ont renoncé, soit parce qu'elles sont issues d'un mouvement centrifuge qui n'est pas allé jusqu'à son terme, l'Etat unitaire ayant abandonné certaines de ces compétences au profit de ses composantes* »¹¹⁵⁸. Si le débiteur de l'obligation peut être difficile à identifier

¹¹⁵⁶C. THOMAS, M. OELZ, X. BEAUDONNET, « The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications », *op.cit.*, p.266 et s.

¹¹⁵⁷ O. NAY (dir.), *op.cit.*, p.207.

¹¹⁵⁸ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p.469.

(A), le droit international est quant à lui indifférent à la structure interne des Etats concernant l'exigibilité de la mise en œuvre des obligations internationales (B).

A. Un débiteur difficile à identifier

136. Le rôle prééminent de l'Etat central. Dans la majorité des pays de destination, la gestion des migrations internationales relève de la compétence du ministère de l'intérieur ou d'une administration nationale *ad hoc* (par exemple, du Ministère australien de l'immigration et de la citoyenneté, de l'Autorité des points de contrôle et de l'immigration de Singapour, ou encore de l'Office français de l'immigration et de l'intégration). Ces institutions sont chargées de concevoir et de mettre en œuvre des politiques de gestion des migrations de main-d'œuvre. En raison du caractère contradictoire d'une double approche répressive et permissive vis-à-vis de certaines catégories de travailleurs, dans certains pays, les ministères de l'économie ou du travail en collaboration avec les administrations des finances, de l'éducation et de la santé, travaillent conjointement à l'introduction de travailleurs étrangers dans certaines régions ou Etats fédérés¹¹⁵⁹. En général, la constitution d'un Etat fédéral réserve les questions extérieures au pouvoir législatif et exécutif fédéral, mais les Etats fédérés peuvent également intervenir¹¹⁶⁰.

Quelle que soit la structure administrative du pays de destination, les migrations de travail, en particulier, nécessitent une stratégie engageant l'ensemble des pouvoirs publics en collaboration avec des organismes privés, afin que tous les aspects du mouvement migratoire soient pris en considération dans la définition de la politique nationale. Chaque type de structure présente des avantages et des inconvénients. Dans les Etats centralisés, il semble difficile d'assurer conjointement la lutte contre l'immigration clandestine et l'admission planifiée de migrants. En revanche ces systèmes favorisent la mise en œuvre de programmes complets et adaptés.

A contrario, dans les systèmes décentralisés, la séparation de la fonction répressive et de l'admission planifiée permet d'éviter les tensions internes, mais la cohérence des interventions entre les différentes administrations semble plus difficile à réaliser. Les Etats

¹¹⁵⁹ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op.cit.*, p.310.

¹¹⁶⁰ D. P. O'CONNELL, *op.cit.*, p.699.

décentralisés supposent l'adoption de mécanismes de coordination permettant l'harmonisation et la cohérence des interventions. Enfin, dans les Etats fédéraux, il convient de déterminer si la coordination au niveau fédéral s'étend ou non aux Etats qui les composent, car si généralement ces entités n'exercent pas de compétences majeures en matière d'immigration, elles sont directement concernées par l'installation, l'intégration et la protection sociale des étrangers¹¹⁶¹. Par exemple, en Afrique du Sud, un Conseil consultatif statutaire sur l'immigration a été créé en vertu de la Loi sur l'immigration de 2004. Il réunit les représentants de nombreuses administrations nationales et les autres parties prenantes, à savoir le secteur privé, les syndicats et les milieux universitaires¹¹⁶². Aux Etats-Unis, le Congrès a affirmé que toutes les personnes se trouvant sur le territoire devraient bénéficier des mêmes droits dans chaque Etat à propos des contrats, du procès judiciaire, et l'égalité jouissance de la loi et des procédures concernant la sécurité des personnes et de la propriété, et qu'elles seront soumises aux mêmes obligations, pénalités et taxes. La Cour Suprême a affirmé cette prééminence de la loi fédérale¹¹⁶³, ainsi que la responsabilité internationale du gouvernement fédéral en termes de traitement des étrangers¹¹⁶⁴. Cependant, rien n'interdit aux Etats fédérés de reconnaître des privilèges et immunités aux étrangers¹¹⁶⁵. L'Etat assure donc la cohérence de la mise en œuvre des instruments internationaux relatifs aux travailleurs migrants, cohérence d'autant plus nécessaire que les entités infra-étatiques peuvent également intervenir.

137. Le rôle des entités infra-étatiques dans la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants. Dans les Etats décentralisés, régionaux ou fédéraux, les entités infra-étatiques exercent souvent des compétences concernant les étrangers. Par exemple, en Espagne, l'Etat central est compétent pour contrôler les flux migratoires, et les Communautés autonomes sont compétentes pour l'aide à l'intégration et la mise en place de services. En revanche le co-développement relève à la fois de la compétence de l'Etat central et des Communautés autonomes¹¹⁶⁶. Dans d'autres hypothèses, certaines entités infra-étatiques, qui estiment ne pas avoir pu participer à l'élaboration du dispositif national d'immigration, ont adopté un

¹¹⁶¹ *Ibid.*

¹¹⁶² OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op.cit.*, p.310.

¹¹⁶³ *S.C. Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52 (1941).

¹¹⁶⁴ *Ferrara v. Auric Min. Co.*, 43 Colo. 496 (1908); *Mulhall v. Fallon*, 176 Mass. 266 (1900).

¹¹⁶⁵ par ex *Oyama v. California*, 322 U.S. 633 (1948). D.P. O'CONNELL, *op.cit.*, p.699.

¹¹⁶⁶ M. T. GONZALEZ SANTOS, « L'évolution politico-administrative des politiques d'immigration en Espagne dans le contexte de l'UE », *Acteurs administratifs et professionnels des migrations : articuler les dynamiques nationales, européennes et internationales*, Sciences Po, Colloque des 6 et 7 juin 2011.

dispositif propre qui appréhende l'ensemble de la question migratoire, ou au contraire vont se concentrer sur l'attraction des étrangers hautement qualifiés pour répondre à leurs propres besoins économiques et démographiques¹¹⁶⁷.

Par ailleurs, le principe de la liberté de circulation des travailleurs migrants à l'intérieur d'un Etat peut soulever des difficultés quand la constitution permet aux Etats fédérés d'admettre ou de refuser des étrangers sur leur territoire. Ainsi un travailleur étranger légalement admis sur le territoire d'un Etat de la Fédération peut se voir refuser le transfert de sa résidence sur le territoire d'un autre Etat. Par exemple, en Autriche et en Suisse, le permis de séjour ou de travail délivré par les autorités est en principe restreint à un Land ou canton. Toutefois, après cinq ans ou dix ans respectivement, le travailleur migrant acquiert la possibilité de chercher du travail dans tout le pays¹¹⁶⁸.

Le seul instrument à envisager les difficultés de coordination interne de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants est la Convention OIT n°97 de 1949. Aux termes de l'article 6§2 relatif à l'égalité de traitement avec les travailleurs nationaux, « *[d]ans le cas où il s'agit d'un Etat fédératif, les dispositions du présent article devront être appliquées dans la mesure où les questions auxquelles elles ont trait sont réglementées par la législation fédérale ou dépendent des autorités administratives fédérales. Il appartiendra à chaque Membre de déterminer dans quelle mesure et dans quelles conditions ces dispositions seront appliquées aux questions qui sont réglementées par la législation des Etats constituants, provinces ou cantons, ou qui dépendent de leurs autorités administratives. Le Membre indiquera, dans son rapport annuel sur l'application de la convention, dans quelle mesure les questions visées au présent article sont réglementées par la législation fédérale ou dépendent des autorités administratives fédérales. En ce qui concerne les questions qui sont réglementées par la législation des Etats constituants, provinces ou cantons ou qui dépendent de leurs autorités administratives, le Membre agira conformément aux dispositions prévues au paragraphe 7 b) de l'article 19 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail* ». La flexibilité introduite dans ce paragraphe a pour objet de permettre aux Etats fédéraux de ratifier la convention, quand bien même ils ne pourraient pas assurer la mise en œuvre de l'égalité de traitement en raison de la répartition interne des compétences. Par exemple, l'Australie a indiqué ne ratifier une convention que lorsqu'elle a obtenu l'accord formel de tous les

¹¹⁶⁷ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op.cit., p.128.

¹¹⁶⁸ BIT, *Travailleurs migrants*, op.cit., §398.

gouvernements des territoires et des Etats constitutants, afin d'éviter que l'application de cet instrument ne pose problème ultérieurement¹¹⁶⁹.

A propos des domaines relevant de la compétence des entités infra-étatiques, chaque Etat devra déterminer dans quelle mesure et dans quelles conditions les dispositions de l'article 6§1 leur seront appliquées. Dans les autres instruments relatifs à la protection des travailleurs migrants, la question n'a pas été envisagée mais la formulation souple de certains articles permettra de ne pas porter atteinte à la répartition des pouvoirs. Les articles 10 et 12 de la Convention OIT n°143, notamment, évoquent des « *méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux* »¹¹⁷⁰. Toutefois, cette diligence ne remet pas en cause l'« indifférence » du droit international pour la structure interne de l'Etat, concernant la mise en œuvre de la responsabilité en cas de manquement à ses engagements internationaux.

B. Indifférence du droit international quant à la structure interne de l'Etat

138. L'Etat central, internationalement responsable en cas de violation des droits des travailleurs migrants. La pratique internationale révèle, qu'en cas d'infraction internationale commise par une entité infra-étatique, l'Etat fédéral est responsable, ce dernier ne contestant généralement pas cette responsabilité¹¹⁷¹. Dès 1927, l'Institut de droit international, dans son Rapport relatif à la Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, a envisagé la situation des Etats fédéraux. En effet, l'article 9 du rapport dispose que « *l'Etat fédéral est responsable de la manière d'agir des Etats particuliers, non seulement si elle est contraire à ses propres*

¹¹⁶⁹ *Ibid*, §373.

¹¹⁷⁰ *Ibid*, §398.

¹¹⁷¹ Par exemple, à l'occasion de l'affaire *McLeod*, qui avait été arrêté dans l'Etat de New York pour un assassinat commis durant la destruction du *Caroline* en 1840, il avait été allégué que les autorités fédérales n'avaient pas compétence pour connaître de la réclamation du Gouvernement britannique. Pour éviter cette difficulté à l'avenir, le Congrès a modifié en 1842, la loi d'habeas corpus. De même, suite au lynchage de citoyens italiens à Tallulah en 1899, le Président McKinley a invité le Congrès à « *donner compétence aux tribunaux fédéraux pour ce genre d'affaires internationales où la responsabilité du Gouvernement fédéral risque d'être finalement engagée* ». Dans une autre affaire, en 1906, le Gouvernement japonais protestait contre l'interdiction faite à des élèves japonais d'accéder aux écoles publiques de la ville de San Francisco. Sur pression du gouvernement fédéral, le Département de l'éducation de San Francisco a dû laisser sans effet cette mesure. Le Président Roosevelt a de nouveau demandé au Congrès de modifier la législation pénale et civile des Etats-Unis afin que l'Exécutif puisse protéger les droits des étrangers conformément aux dispositions des traités internationaux. *Document A/CN.4/134 et Add.1. — Responsabilité internationale: sixième rapport de F. V. Garcia Amador, rapporteur spécial, point 3 de l'ordre du jour, Annuaire de la CDI*, 1961, vol. II, A/CN.4/SER.A/1961/Add.1, pp.18 et 27, consultable sur : [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(f\)/ILC_1961_v2_f.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(f)/ILC_1961_v2_f.pdf).

obligations internationales, mais encore si elle l'est aux obligations internationales qui incomberaient à ces Etats. Il ne peut invoquer pour se soustraire à cette responsabilité le fait que sa constitution ne lui donne ni le droit de contrôle sur les Etats particuliers, ni le droit d'exiger d'eux qu'ils satisfassent à leurs obligations. De même, l'Etat protecteur est responsable de la manière d'agir de l'Etat protégé, en tant que ce dernier est tenu d'exécuter les obligations internationales de l'Etat protecteur, ou en tant que celui-ci représente l'Etat protégé vis-à-vis des Etats tiers, lésés par lui et usant de la faculté de faire valoir leurs réclamations »¹¹⁷².

Les développements ultérieurs du droit international ont confirmé cette approche. Elle est résumée à l'article 31 du quatrième rapport de sir Gerald Fitzmaurice sur le droit des Traités : « 1. *Du point de vue international, et que sa constitution nationale soit celle d'un Etat unitaire ou celle d'un Etat fédéral, l'Etat constitue une entité une et indivisible, et c'est à cette entité qu'incombe le devoir d'exécuter les obligations conventionnelles. La détermination du service ou organe étatique responsable sur le plan interne de l'exécution du traité ou, éventuellement, responsable en cas de non-exécution, est une question purement interne et non internationale.* 2. *Il s'ensuit que l'Etat, en tant qu'entité internationale, est, en ce qui concerne toute obligation conventionnelle assumée par lui, à la fois internationalement tenu de veiller à ce que cette obligation soit dûment exécutée par ses organes législatifs, judiciaires, administratifs ou autres, et internationalement responsable de tout manquement de leur part à cet égard.* 3. *Le fait que tel ou tel organe de l'Etat est, sur le plan interne, fondé à ne pas exécuter — voire tenu de ne pas exécuter — le traité est sans aucun effet sur la responsabilité internationale de l'Etat »¹¹⁷³.* Le droit international des droits de l'homme ne fait pas exception à cette règle. Par exemple la CourIADH a jugé que l'Etat qui s'est engagé au niveau international est responsable, la réciproque étant également valable ; un accord conclu par une entité fédérée, non conclu pas l'Etat fédéral n'est pas opposable à ce dernier. En matière de

¹¹⁷² Rapport consultable sur : http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf.

¹¹⁷³ Cela s'explique, selon l'article 30 du même rapport, par le fait que « 1. *Tout Etat a le devoir de se donner des lois et une constitution telles qu'il puisse, en ce qui les concerne, exécuter tout traité auquel il devient partie, et qu'il puisse donner à toute obligation conventionnelle contractée par lui les effets internes que le traité ou l'obligation conventionnelle peuvent exiger.*

2. *Du point de vue international, ce but est atteint dans l'un quelconque des cas suivants: les lois internes et la constitution ne placent aucun obstacle à l'exécution de l'obligation conventionnelle ; en vertu des lois internes et de la constitution, les traités dûment conclus sont automatiquement applicables et exécutoires sur le plan interne, sans qu'il y ait besoin d'aucune autre mesure interne, d'ordre législatif ou autre; les mesures législatives ou autres nécessaires ont en fait été prises; ou enfin le traité, de par sa nature, peut être exécuté sans qu'il y ait à tenir compte de la situation au regard des lois internes ou de la constitution ».* DOCUMENT A/CN.4/120, Droit des Traités, Quatrième rapport de sir Gerald Fitzmaurice, rapporteur spécial, Annuaire CDI, 1959, vol. II, pp.49-50, consultable sur : [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(f\)/ILC_1959_v2_f.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(f)/ILC_1959_v2_f.pdf)

droits de l'homme, la Cour considère qu'étant donné qu'au moment de l'adhésion l'Etat fédéral a entendu exercer la compétence, il ne peut plus y renoncer¹¹⁷⁴.

La justification de la responsabilité de l'Etat central repose sur le fait, qu'en droit international, les entités infra-étatiques ne peuvent prétendre à la personnalité juridique des Etats. Toutefois, la réalité est souvent plus complexe car certaines entités peuvent avoir des rapports non-médiatisés avec la communauté internationale. Par exemple, le district fédéral Nord-Ouest de la Russie s'est conjointement engagé avec la Finlande et la Lettonie dans le cadre du projet de coopération contre l'emploi illégal des travailleurs migrants dans le but de promouvoir les possibilités d'emploi régulier (PIELAMI), sous l'impulsion du bureau de l'OIM à Helsinki¹¹⁷⁵. Cependant, même dans l'hypothèse où l'entité infra-étatique dispose de compétences internationales, la différence de nature de l'entité avec l'Etat central demeure. Les compétences de l'Etat central proviennent du droit international, tandis que les compétences des entités infra-étatiques dérivent du droit constitutionnel interne. Leur éventuelle personnalité juridique internationale reste dérivée de celle de l'Etat central¹¹⁷⁶.

Si les modalités d'organisation politico-administrative à l'intérieur d'un Etat peuvent susciter des difficultés, le contrôle de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants dépend aussi de l'existence d'une administration du travail efficace.

§2- La nécessité d'une administration du travail de contrôle efficace

Les administrations du travail jouent un rôle fondamental dans la surveillance de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants au travail (A), pourtant dans beaucoup de pays, ces structures sont encore trop faibles, voire inexistantes (B).

¹¹⁷⁴ CourIADH, arrêt du 27 août 1998, *Garrido et Baigorria c. Argentine*, Série C, n°39, §45. De même, selon la jurisprudence de la CEDH concernant la « juridiction » de l'Etat, l'Etat central conserve des obligations quand bien même il perdrait son autorité sur une partie du territoire. CEDH, Ge Ch., arrêt du 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, req. n°48787/99, §310 et s.

¹¹⁷⁵ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op.cit.*, p.238.

¹¹⁷⁶ P. DAILLIER *et al*, *op.cit.*, pp.469-470. Pour plus de détails sur la protection des droits fondamentaux dans les Etats fédérés, voir C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral. Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Paris/Clermont-Ferrand, LGDJ/Fondation Varenne, 2011, 819p.

A. Le rôle fondamental de l'administration et de l'inspection du travail

139. L'importance des structures de contrôle pour une meilleure application des droits dans la relation de travail. Selon l'OIT, l'administration du travail, telle qu'envisagée dans la Convention n°150¹¹⁷⁷, concerne les activités de l'administration publique dans le domaine de la politique nationale du travail qui sont exercées par des organes publics tels qu'administrations, institutions publiques, organismes para-étatiques, administrations régionales ou locales décentralisées ; et toute autre structure institutionnelle établie pour coordonner ces activités et assurer la consultation et la participation des employeurs, des travailleurs et de leurs organisations qui peuvent se voir confier certaines activités. La fonction de l'administration du travail consiste à préparer, mettre en œuvre, coordonner, contrôler et évaluer la politique nationale de l'emploi. Elle prépare et applique la législation du travail, étudie de manière suivie la situation des personnes avec ou sans emploi, et tente de remédier aux insuffisances et aux abus. Dans le cadre de la coopération avec les organisations professionnelles, l'administration du travail est chargée d'assurer des consultations et de répondre aux demandes d'avis techniques. Son champ d'intervention ne se limite pas au travail salarié mais concerne aussi d'autres catégories de travailleurs. Cette même administration doit faire l'objet d'une surveillance de la part du ministère du travail qui doit s'assurer que ces organismes para-étatiques agissent conformément à la législation nationale et respectent les objectifs qui leur ont été attribués¹¹⁷⁸.

L'inspection du travail est une institution chargée d'assurer le respect de la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, et de promouvoir une législation adaptée et évolutive. Elle désigne « *l'existence d'un corps de fonctionnaires capables d'effectuer un diagnostic global de l'entreprise et interlocuteurs uniques, susceptibles de faire des liens entre les questions d'organisation du travail, de santé-sécurité, d'emploi, sans méconnaître naturellement le rôle primordial de contrôle de l'application effective de la législation du travail* »¹¹⁷⁹. Aux termes de la Convention OIT n°81¹¹⁸⁰, l'instauration d'une telle structure

¹¹⁷⁷ Convention n°150 relative au rôle, fonctions et organisation de l'administration du travail, 26 juin 1978, RTNU vol. 1201-I-19183, p.180 et s. ; entrée en vigueur le 11 octobre 1980.

¹¹⁷⁸ BIT, *Normes internationales du travail relevant de la compétence de l'inspection du travail : principales dispositions*, Genève, BIT, 1990, pp.11-12.

¹¹⁷⁹ L. JUSTET, *L'inspection du travail, une expérience du droit*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, p.10.

est obligatoire dans les établissements industriels mais facultative dans les autres secteurs. Le personnel de l'inspection doit être composé de fonctionnaires publics, dont le statut assure la stabilité de leur emploi et l'indépendance de leurs fonctions. Le rôle des inspecteurs du travail est de s'assurer de la bonne application de la législation du travail, d'assister les organisations professionnelles à mieux mettre en œuvre cette législation, et de porter à l'attention de l'autorité compétente les difficultés qui ne sont pas couvertes par la législation en vigueur. Parmi les domaines prioritaires, on compte le contrôle de l'hygiène et de la sécurité, le contrôle du respect des droits fondamentaux, le contrôle des conditions de travail et d'emploi. Les inspecteurs doivent prêter une attention particulière à certaines catégories de travailleurs, et doivent assurer la surveillance des bonnes relations professionnelles. Ils peuvent pénétrer librement dans les établissements, procéder à des contrôles, interroger l'employeur ou le personnel, ou encore demander la communication de documents. Ils doivent être informés des accidents du travail et des maladies professionnelles¹¹⁸¹.

Le Comité européen des droits sociaux a explicité l'obligation de se doter d'un système d'inspection du travail en vertu de l'article A alinéa 4 de la Charte sociale révisée. Il considère que, pour être conforme aux exigences de la Charte, un tel système doit être efficace et effectif. La forme juridique de l'inspection du travail doit être appropriée aux missions qui lui sont confiées, son action doit couvrir l'ensemble du territoire national, et le personnel et les moyens dont elle dispose doivent être suffisants. Les visites effectuées dans les entreprises doivent consister en des visites de contrôle, être régulières et nombreuses, et durer le temps nécessaire pour être effectives. De plus, les sanctions doivent être infligées en cas de manquement¹¹⁸².

Les inspecteurs du travail semblent ainsi remplir une double mission, une « *mission de contrôle objective basée sur le respect des textes et dotée de moyens de répression* », et une « *mission de conciliation subjective basée sur les savoir-faire comportementaux, et libre de toute contrainte* ». Si le métier d'inspecteur du travail consiste à veiller à la bonne application du droit, il peut aussi s'entendre comme un « *segment spécifique inclus dans la sphère du*

¹¹⁸⁰ Convention OIT n°81 concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce, 11 juillet 1947, RTNU vol. 54-I-792, p. 4s. ; entrée en vigueur le 7 avril 1950.

¹¹⁸¹ BIT, *Normes internationales du travail relevant de la compétence de l'inspection du travail : principales dispositions*, op.cit., pp.3-4.

¹¹⁸² J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La justiciabilité des droits sociaux et de la Charte sociale européenne n'est pas une utopie », in J.-F. AKANDJI-KOMBE (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.478.

droit, compris comme une intervention toujours instable pour « civiliser » le vivre en commun humain »¹¹⁸³. En effet, comme le souligne Maria Luz Vega Ruiz, « l'action de l'inspection du travail va au-delà de la protection des intérêts privés et personnels des parties aux relations de travail. Il s'agit d'une action publique tutélaire qui puise sa légitimité dans les exigences de l'intérêt général »¹¹⁸⁴. Concernant les travailleurs migrants, ces activités vont soulever des questions particulières.

140. La spécificité du rôle des organes de contrôle concernant les travailleurs migrants.

La pertinence du rôle de l'administration et de l'inspection du travail apparaît, comme pour les travailleurs nationaux, dans les domaines d'intervention précités. Toutefois, pour les travailleurs migrants, certaines questions spécifiques se posent pour garantir leur protection sociale et leur insertion professionnelle. En effet, l'existence d'une législation protectrice ne suffit pas à elle seule à lutter efficacement contre la discrimination ; les travailleurs migrants, par ignorance ou par peur des représailles, en raison même des faits qui les rendent vulnérables à une discrimination, ne seront peut-être pas en mesure de prendre l'initiative de faire appliquer la législation. C'est pourquoi les procédures de contrôle par lesquelles interviennent des personnes ou des organismes indépendants, qui peuvent prendre l'initiative d'enquêter sur les violations de la loi et faire respecter celle-ci, complètent de façon particulièrement utile les procédures normales dans le cadre desquelles l'initiative appartient à la personne lésée elle-même¹¹⁸⁵. Cependant, certains secteurs particulièrement demandeurs de main d'œuvre étrangère comme le travail domestique ou le secteur agricole restent très peu contrôlés¹¹⁸⁶.

Les structures administratives de contrôle doivent notamment fournir aux travailleurs étrangers des informations exactes afin de lutter contre la propagande trompeuse, veiller à la bonne santé des migrants, et contrôler que ces derniers bénéficient d'une égalité de traitement en matière de rémunération, d'allocations, de temps de travail, d'heures supplémentaires, de congés payés, de restrictions au travail à domicile, d'âge d'accès à l'emploi, d'apprentissage et de formation professionnelle, de droit syndical, de sécurité sociale, d'avantages

¹¹⁸³ L. JUSTET, *op.cit.*, p.12.

¹¹⁸⁴ M. L. VEGA RUIZ, « L'inspection du travail : la singularité de l'application du droit du travail », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.521.

¹¹⁸⁵ BIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, §413.

¹¹⁸⁶ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008, op.cit.* p.234.

conventionnels, de contributions afférentes au travail et d'actions en justice. De même, au titre des instruments de l'OIT, les services de l'emploi des Etats membres doivent coopérer entre eux¹¹⁸⁷. D'après les renseignements adressés à la Commission d'experts du BIT, il semblerait que l'inspection du travail soit le système le plus courant pour assurer le respect des lois par les agences de recrutement privées¹¹⁸⁸.

Une autre tâche des structures de contrôle très encouragée par les Etats d'accueil concerne la détection de l'emploi illégal de migrants. A ce titre, les employeurs sont tenus de fournir aux autorités tous les renseignements relatifs aux travailleurs étrangers qu'ils embauchent. Au Mozambique par exemple, l'employeur doit systématiquement informer l'administration du nombre et de l'identité des travailleurs étrangers occupés par lui, et/ou lui signaler la cessation de l'emploi d'un travailleur migrant. Dans d'autres pays, tels que Bahrein, la Thaïlande, la Tunisie, les employeurs auxquels ont été délivrés des permis de travail doivent fournir, sur la demande d'un fonctionnaire du service de l'immigration, des renseignements sur tous les travailleurs à leur service et informer ledit service lorsqu'ils cessent d'employer un travailleur autorisé à travailler pour eux. Dans d'autres pays comme la Tunisie, les employeurs doivent tenir un registre indiquant le nom des travailleurs étrangers qu'ils emploient et présenter ce document au service d'inspection, quand celui-ci le leur demande. Aux Etats-Unis enfin, l'employeur doit vérifier l'authenticité du permis de travail présenté par tout travailleur étranger recruté par lui, et doit conserver les preuves des démarches effectuées en ce sens pour pouvoir les présenter, en cas de besoin, aux représentants du Service de l'immigration et de la naturalisation et du ministère du Travail¹¹⁸⁹.

Les administrations du travail ou organes spécifiques doivent pour leur part, effectuer des visites régulières et inopinées dans les secteurs réputés embaucher fréquemment de la main-d'œuvre illégale (hôtellerie, restauration, construction). Par exemple, en 2006, l'Agence pour la gestion des frontières du Royaume-Uni a effectué plus de 5 200 opérations visant à combattre le travail illégal, à la suite desquelles plus de 22 000 personnes ont été éloignées. Depuis février 2008, les employeurs peuvent recevoir une amende de 10 000 livres sterling pour chaque personne qui travaillerait pour leur compte sans autorisation. Si l'employeur connaît l'irrégularité de la situation du travailleur, l'amende est illimitée et une peine de deux

¹¹⁸⁷ BIT, *Normes internationales du travail relevant de la compétence de l'inspection du travail : principales dispositions*, *op.cit.*, pp.127-128.

¹¹⁸⁸ BIT, *Travailleurs migrants*, *op.cit.*, §184. Cela est notamment le cas pour l'Albanie, l'Angola, le Burkina Faso, la Colombie, la Jamaïque, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni.

¹¹⁸⁹ *Ibid*, §350.

ans d'emprisonnement est encourue¹¹⁹⁰. Les organes de contrôle peuvent donc être sollicités par les bureaux de l'emploi pour vérifier que l'emploi des travailleurs migrants est légal. D'autres structures peuvent également intervenir pour la détection du travail illégal. Les caisses d'assurance sociale sont parfois mises à contribution par le biais de vérifications périodiques. La police joue également un rôle pour détecter les travailleurs migrants illégalement employés mais aussi pour contrôler les mouvements migratoires clandestins. La Commission d'experts du BIT a toutefois rappelé que les agents des administrations ou services publics considérés avaient aussi le devoir de respecter les droits fondamentaux de l'homme de tous les travailleurs migrants¹¹⁹¹.

Pourtant, nous verrons que si des efforts ont été faits pour contrôler le respect des droits des travailleurs migrants dans le cadre du travail, les structures de contrôle restent encore souvent trop faibles.

B. Des structures de contrôle souvent trop faibles

141. Difficultés techniques et financières à la mise en place de structures de contrôle. Si la plupart des pays du monde disposent d'une administration du travail, nombreuses sont les administrations qui sont confrontées à des difficultés techniques et financières qui s'ajoutent à la complexité et à l'ampleur des réglementations¹¹⁹². Dans de nombreux pays, les inspections du travail jouent un rôle encore peu efficace, en raison de l'insuffisance des budgets et des personnels qui y sont rattachés. En effet, certains pays en voie de développement allouent moins d'1% du budget national à l'administration du travail, les inspections du travail ne recevant qu'une faible partie de ce budget. Pourtant certaines études prouvent que les maladies professionnelles et les accidents du travail, l'absentéisme, la violation des droits des travailleurs et les conflits au travail entraînent des coûts très élevés. L'inspection du travail est alors amenée à jouer un rôle essentiel pour prévenir ces problèmes et améliorer la productivité et le développement économiques¹¹⁹³.

¹¹⁹⁰ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op.cit. p.234.

¹¹⁹¹ *Ibid*, §351.

¹¹⁹² BIT, *Les règles du jeu*, op.cit., p.42.

¹¹⁹³ *Ibid*, p.44.

Concernant spécifiquement les travailleurs migrants, la plupart des pays contrôlent les conditions de travail dans le cadre de l'inspection générale du travail. 40% des pays déclarent disposer de systèmes spéciaux de contrôle pour les travailleurs migrants (voir Annexe n°5), soit par le biais de services spécialisés soit par des inspecteurs du travail ordinaires, ou encore par la vérification administrative des conditions de travail. La CIT a identifié trois types de mécanismes spécifiques : les organes institutionnels qui ont un rôle consultatif et promotionnel, voire quasi-juridictionnel ; les médiateurs/conciliateurs ; et les codes de conduite¹¹⁹⁴. La majorité des inspections spéciales qui ont lieu, ont pour objet de vérifier que les travailleurs migrants bénéficient des mêmes conditions de travail que les nationaux, et qu'ils disposent d'un permis de travail valide. Toutefois, les procédures spéciales font souvent suite à une plainte émanant d'un travailleur migrant. Les 60% des pays qui ne disposent pas de procédures spéciales invoquent, pour certains, le fait de ne pas distinguer les travailleurs étrangers des travailleurs nationaux¹¹⁹⁵. Mais certains pays comme les Emirats Arabes Unis, le Guatemala, le Liban ou encore le Mali ont évoqué le coût financier et la charge de travail supplémentaires qu'engendrerait la mise en œuvre des instruments internationaux pour leur administration du travail, qui n'est déjà pas très développée. Cette crainte de coût supplémentaire fait alors obstacle à la ratification des instruments pour certains pays¹¹⁹⁶. Toutefois, des efforts sont menés pour renforcer les administrations et inspections du travail.

142. Les efforts menés pour développer et consolider les modalités de contrôle. A côté de la promotion des instruments relatifs à l'administration et à l'inspection du travail par l'OIT¹¹⁹⁷, plusieurs réflexions ont été menées au sein de cette instance pour assurer le caractère obligatoire des normes du travail au niveau interne. Une sanction en cas d'infraction est évoquée dans plusieurs instruments, et certains pays ont adopté un véritable droit pénal du travail et de la sécurité sociale. Toutefois, dans la plupart des cas, peu de peines sévères sont prononcées, et l'efficacité de la sanction dépend du montant des amendes. En raison de la longueur des affaires, certaines autorités administratives ont été habilitées à appliquer des

¹¹⁹⁴ BIT, *Travailleurs migrants*, op.cit., §412.

¹¹⁹⁵ CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, op.cit., pp.170-173.

¹¹⁹⁶ BIT, *Travailleurs migrants*, op.cit., p.632.

¹¹⁹⁷ Comme la communauté internationale a reconnu l'importance de l'inspection du travail, l'OIT a prioritairement fait la promotion de la ratification des deux Conventions n°81 et n°129 sur l'inspection du travail. BIT, *Les règles du jeu*, op.cit., p.44. En 2014, 145 États Membres de l'OIT (soit près de 80%) ont ratifié la Convention n°81 sur l'inspection du travail, et 53 États ont ratifié la Convention n°129.

amendes. En pratique, les inspecteurs du travail préfèrent jouer un rôle conciliateur, plutôt incitatif que répressif. Parallèlement, des formations sont proposées dans de nombreux pays aux personnes exposées aux risques ou aux personnes qui les exposent. Il faut également souligner le rôle essentiel des institutions non gouvernementales, et notamment celui des organisations d'employeurs et de travailleurs qui sensibilisent les personnes responsables, identifient les sources de risque, et participent même à l'élaboration de règles de protection ou d'une politique de santé. Plusieurs pays ont également institué des délégués du travail à la sécurité ou des comités d'hygiène consultatifs, et certaines sociétés multinationales imposent à leurs co-contractants des codes de bonne conduite sociale. A côté du droit, l'intervention des partenaires sociaux permet d'assurer une plus grande égalité dans l'application des normes du travail, dans les pays autoritaires où les pratiques administratives peuvent donner lieu à des abus¹¹⁹⁸.

A côté des initiatives nationales, des initiatives régionales ont été prises comme par exemple l'adoption d'un « Plan régional d'inspection du travail » au sein du Mercosur le 2 juillet 2009, dont l'objet est de coordonner les inspections du travail des Etats membres, d'échanger les bonnes pratiques et d'élaborer des formations destinées aux inspecteurs sur des sujets tels que le travail des enfants, la traite ou encore le travail forcé¹¹⁹⁹.

Conclusion du Chapitre I :

Les droits des travailleurs migrants sont affirmés dans des instruments très variés, tant par leur source que par leurs formulations. Si certains droits sont énoncés de manière précise et subjective, certaines dispositions laissent subsister davantage de doutes. En effet, force est de constater que la flexibilité souhaitée dans les instruments multilatéraux, notamment dans les instruments de l'OIT, et la part importante du droit promotionnel. Le juge interne est le juge de droit commun de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants, mais la reconnaissance de l'effet direct des instruments de protection variera d'une disposition à l'autre et d'un pays à l'autre. Outre les difficultés de mise en œuvre liées à la spécificité de la norme internationale pour identifier le contenu et la portée des obligations, les Etats doivent aussi faire face à des questions d'organisation interne, tant du point de vue de leur structure politico-administrative, que de l'efficacité des administrations et inspections du travail. La

¹¹⁹⁸ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, pp.291-293.

¹¹⁹⁹ Plan Regional de Inspección del Trabajo del Mercosur, de 2 juillet 2009, MERCOSUR/GMC/RES. n°22/09.

répartition interne des compétences, qui peut faire intervenir plusieurs entités infra-étatiques, ne doit pas faire obstacle à une mise en œuvre efficace des droits des travailleurs migrants sur tout le territoire, car c'est l'Etat central qui pourra alors voir sa responsabilité engagée pour inexécution des engagements internationaux. Par ailleurs, si les administrations et inspections du travail ont un rôle fondamental à jouer pour la prévention et la répression de la violation des droits des travailleurs migrants, elles ne disposent souvent pas de moyens suffisants, même si des efforts ont été menés pour renforcer leurs capacités. L'obligation de développer des structures de contrôle peut même constituer un obstacle à la ratification des instruments protecteurs. Les difficultés que peuvent rencontrer les Etats pour mettre en œuvre les droits des travailleurs migrants font l'objet d'un suivi au niveau international.

CHAPITRE II : LE SUIVI INTERNATIONAL DE LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS DES TRAVAILLEURS MIGRANTS

Au niveau international, la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants fait d'abord l'objet d'un suivi dans le cadre de procédures classiques, peu contraignantes mais dynamiques (Section I). Toutefois, le suivi de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants s'exprime également dans le cadre de mécanismes originaux de promotion, qui réunissent les différentes parties-prenantes (Section II).

SECTION I : Le suivi dans le cadre de procédures de contrôle

La majorité des instruments applicables aux travailleurs migrants, qu'ils soient spécifiques ou non, font l'objet d'un suivi dans le cadre d'une procédure peu contraignante du point de vue de l'engagement de la responsabilité : la procédure des rapports périodiques (§1). Mais l'absence de sanction et les lacunes de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants vont être partiellement palliées par l'organisation d'une coopération de la part des organisations internationales pour renforcer l'effectivité de la protection (§2).

§1- Le suivi par des mécanismes peu contraignants

Les procédures de contrôle par des rapports périodiques sont des mécanismes dans le cadre desquels les Etats sont invités à remettre périodiquement à l'organe de contrôle, un rapport détaillé sur la mise en œuvre interne de l'instrument international. Ce rapport de l'Etat rend compte de la mise en œuvre des obligations assumées par lui, soit de manière générale, soit sur des points particuliers, et expose des événements ou des situations, à la suite de demandes de renseignements qui lui ont été adressées. A l'issue de cet examen, l'organe de contrôle formule des recommandations, c'est-à-dire des observations, mais aucune sanction n'est prononcée¹²⁰⁰. Ce type de mécanisme de contrôle *a minima*, permet néanmoins de révéler certaines violations des droits en cause, et la souplesse du mécanisme de contrôle permet une adoption assez large des instruments par les Etats. Les discussions diplomatiques sur la situation des droits des personnes sont un élément aujourd'hui accepté des relations

¹²⁰⁰ J. SALMON (dir.), *op. cit.*, p.927.

internationales. Bien qu'elles suscitent des controverses au niveau politique, elles permettent d'atteindre de manière constructive divers objectifs¹²⁰¹.

Les droits des travailleurs migrants font l'objet d'un examen dans le cadre de la procédure du contrôle régulier des instruments ratifiés (A), mais ils peuvent aussi exceptionnellement faire l'objet d'un suivi au titre des instruments non ratifiés (B).

A. Une procédure de suivi classique : la procédure des rapports périodiques des Etats

143. L'examen dans le cadre de procédures *ad hoc*. Nous nous intéresserons ici au contrôle des rapports périodiques au titre des instruments de l'OIT, des instruments onusiens et régionaux, à leur efficacité et à leur impact pour la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants.

a) *Le contrôle régulier des instruments onusiens.* Les grandes conventions de droits de l'homme de l'ONU instaurent toutes un Comité chargé du contrôle des rapports périodiques des Etats, compétent pour connaître des violations des droits des travailleurs migrants pour lesquelles ils sont compétents. Le CEDR par exemple, rapidement après son instauration, a examiné la conformité des politiques d'immigration avec le respect des droits des étrangers, notamment concernant le regroupement familial, ou encore les garanties liées à l'expulsion et le traitement des immigrés clandestins. Le Comité s'efforce également de déterminer le contenu en substance des droits des étrangers sur le territoire de l'Etat partie et demande que les droits des nationaux soient également garantis aux non-ressortissants. Il n'hésite pas à demander des renseignements, à exercer une certaine pression sur l'Etat et à se prononcer sur tel ou tel aspect du statut des étrangers dans un Etat donné. A propos des conditions de vie et de la jouissance de leurs droits sociaux, le Comité s'intéresse principalement au droit du travail et à la sécurité sociale. Il recommande l'égalité dans la législation du travail, notamment pour la rémunération, et insiste sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale. Par ailleurs, le Comité demande à ce que le gouvernement puisse faire face à la hausse du chômage chez les immigrants¹²⁰².

¹²⁰¹ Voir Centre des Nations Unies pour les droits de l'homme, *Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme*, New York, 1992, pp.13-22.

¹²⁰² M. BIDAULT, *op.cit.*, pp.135-138.

Le CDESC, quant à lui, à l'occasion de l'examen du deuxième rapport périodique de l'Iran en 2013, a exprimé sa préoccupation concernant la discrimination affectant les migrants pour l'accès aux droits sociaux¹²⁰³. Le CAT pour sa part, à l'occasion de l'examen du rapport périodique de la France de 2010, a formulé de nombreuses recommandations sur le traitement des étrangers en zone d'attente, en centre de rétention, ou encore sur le non-refoulement¹²⁰⁴.

La procédure de contrôle sur rapport est obligatoire pour les Etats qui adoptent une des grandes conventions onusienne. Un mécanisme de réclamations facultatif est également instauré mais nous l'étudierons dans la suite de notre étude. Si ces grandes conventions intéressent directement ou indirectement la protection des travailleurs migrants, nous concentrerons notre analyse sur la procédure de rapports au titre de la Convention de New York de 1990 relative aux droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles¹²⁰⁵.

L'article 72 de la Convention instaure un Comité chargé, au titre des articles 73 et 74, d'examiner les rapports périodiques des Etats partie. Chaque Etat doit transmettre, dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la Convention pour lui, puis tous les 5 ans (ou chaque fois que le Comité en fait la demande), un rapport sur les mesures législatives, judiciaires ou administratives prises pour donner effet à la Convention, et les difficultés rencontrées. Les rapports des Etats doivent être mis à la disposition du public. Le Comité examine les rapports, et transmet à l'intéressé des commentaires auxquels l'Etat peut répondre en adressant des observations¹²⁰⁶. Le Comité peut demander des informations supplémentaires aux Etats. La procédure est donc semblable à la procédure devant les autres comités des Nations Unies. Toutefois, une coordination est mise en place avec l'OIT et les autres institutions onusiennes pour éviter les chevauchements entre les différents rapports, et permettre ainsi un examen optimal. Le BIT, les institutions spécialisées et ONG reçoivent une

¹²⁰³ CDESC, *Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la République islamique d'Iran*, quinzième session (29 avril-17 mai 2013), E/C.12/IRN/CO/2.

¹²⁰⁴ CAT, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, version avancée et non éditée, Observations finales du Comité contre la torture – France*, Quarante-quatrième session, 26 avril - 14 mai 2010, consultable sur :

<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/files/2010/05/catcfraco4-6.1273865663.pdf>, consulté le 24 avril 2014.

¹²⁰⁵ Pour le contrôle des rapports au titre des autres instruments, voir *Ibid*, p.23 et s.

¹²⁰⁶ Pour plus de détails sur le fonctionnement de ce Comité et la procédure des rapports voir AGNU, *Rapport du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, Première session (1^{er}-5 mars 2004), New York, cinquante-neuvième session, supplément n°48 (A/59/48) et AGNU, *Rapport du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, Deuxième session (25-29 avril 2005), New York, soixantième session, supplément n°48 (A/60/48).

copie des rapports, et sont invités à fournir des commentaires et documents ou encore, à titre consultatif, à participer aux réunions du Comité¹²⁰⁷. Concernant la participation des ONG auprès du Comité, on peut notamment souligner la création de la *Plate-forme internationale des ONG pour la Convention sur les travailleurs migrants* (IPMWC), une coalition d'ONG créée afin de faciliter la promotion, la mise en œuvre et la surveillance de la Convention¹²⁰⁸. Après chaque examen, le Comité adresse à l'Etat intéressé des recommandations et observations. Toutes les recommandations et observations au titre de la procédure de rapport, seront synthétisées dans un rapport annuel adressé à l'Assemblée générale, au Conseil économique et social, au Conseil des droits de l'homme, au directeur du BIT et autres organisations pertinentes.

A titre d'exemple, en 2010 le Comité sur les travailleurs migrants a examiné le premier rapport du Sénégal sur la mise en œuvre de la Convention. Quatorze organisations de la société civile ont adressé des observations. Le Comité a exprimé des préoccupations au sujet des travailleurs sénégalais à l'étranger, notamment en raison des expulsions depuis l'Europe ou l'Afrique du Nord, et du manque d'assistance des autorités consulaires. Concernant les travailleurs étrangers au Sénégal, le Comité a dénoncé la grande précarité des personnes en situation irrégulière, leur placement en détention avec des personnes accusées de crime, les mineurs n'étant pas séparés des adultes. Enfin, le Comité a invité le Sénégal à prendre des mesures pour lutter contre le trafic des enfants provenant de pays limitrophes, et à constituer une base de données statistique sur les migrations économiques¹²⁰⁹.

b) *Le contrôle régulier dans le cadre de l'OIT.* Un Etat qui a ratifié une convention de l'OIT doit également présenter périodiquement un rapport sur les mesures prises pour lui donner effet. La périodicité pour la présentation de ces rapports est de deux ans pour les huit conventions fondamentales, et de cinq ans pour les autres instruments. Mais des rapports peuvent être demandés à intervalles plus rapprochés. Les Etats doivent communiquer leurs rapports aux organisations d'employeurs et de salariés qui peuvent adresser des commentaires

¹²⁰⁷ Pour plus de détails sur la contribution des ONG, voir IPMWC, *Guide à l'usage des Organisations non-gouvernementales sur la mise en œuvre de la Convention des Nations unies pour les travailleurs migrants*, p.23s., consultable sur : http://www.fidh.org/IMG/pdf/guideONG_IPMWC_fr.pdf

¹²⁰⁸ Pour plus de détails, voir *Ibid*, p.29 et s.

¹²⁰⁹ CMT, *Observation Finales sur le Sénégal*, 3 décembre 2010, Doc. N° CMW/C/SEN/CO/1, consultables sur : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmws13.htm> .

au BIT¹²¹⁰. La constitution de l'organisation dispose que le Conseil d'administration reçoit : les rapports portant sur les mesures prises par les Etats Membres afin de donner effet aux dispositions des conventions auxquelles ils sont parties (art. 22) ; les informations et rapports concernant la soumission des conventions et des recommandations aux autorités nationales (art. 19) ; et les informations et rapports sur les mesures prises par les Etats Membres pour donner effet aux conventions et recommandations dans les territoires non métropolitains (art. 35)¹²¹¹.

Les rapports et autres informations sont examinés par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations¹²¹² qui fournit une évaluation impartiale et technique. Elle formule des observations qui constituent des commentaires sur des questions fondamentales, ou des demandes directes qui portent sur des questions plus techniques, adressées au gouvernement intéressé. Dans les cas les plus importants¹²¹³, elle publie ces commentaires dans le rapport annuel qu'elle soumet à la CIT¹²¹⁴. Celle-ci constitue une Commission de l'application des normes de la conférence, au sein de laquelle sont discutés les cas les plus graves afin de mettre un terme aux violations constatées. La Commission des normes fait un rapport à la CIT, où un cas peut encore être débattu en séance plénière¹²¹⁵.

Les Etats peuvent donc être invités à prendre des mesures. A titre d'exemple, concernant l'application en France de la Convention n°97, la Commission d'experts a examiné, en 2011, la mise en œuvre des articles 2, 3, 4 et 6 de la Convention, et adopté le document « Mesures visant à aider et informer les travailleurs migrants. Promouvoir leur intégration sociale et économique et lutter contre la discrimination à leur égard ». Elle examine l'évolution de la

¹²¹⁰ BIT, *Les règles du jeu, op.cit.*, p.86.

¹²¹¹ CIT, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (articles 19, 22 et 35 de la Constitution), Troisième question à l'ordre du jour: Informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations*, Genève, 2011, p.2.

¹²¹² La Commission d'experts a été créée en 1926. Elle se compose de 20 experts éminents aux origines nationales et culturelles variées, désignés par le Conseil d'administration sur proposition du directeur général. Le mandat est de trois ans renouvelables. J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, p.259, et BIT, *Les règles du jeu, op.cit.*, p.86.

¹²¹³ Sur les manquements graves, et notamment la non-soumission des rapports, voir CIT, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (articles 19, 22 et 35 de la Constitution), op.cit.*, p. 11s. Sur la coopération technique du BIT relative à l'obligation d'envoyer des rapports, voir CIT, *Document d'information sur les ratifications et les activités normatives (au 31 décembre 2010) Troisième question à l'ordre du jour: Informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations*, Rapport III (partie 2), 100^e session, Genève, 2011, p.14.

¹²¹⁴ Le rapport annuel publié par la Commission d'experts se divise en trois parties. La partie I comprend le rapport général qui contient les commentaires sur la façon dont les États membres ont rempli leurs obligations constitutionnelles. La partie II concerne les observations sur l'application des normes internationales du travail et la partie III une étude d'ensemble. BIT, *Les règles du jeu, op.cit.*, p.86.

¹²¹⁵ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, pp.259-260.

mise en œuvre de la Convention à partir des observations précédentes, car elle n'a pas reçu le rapport du gouvernement. La Commission note que des efforts ont été faits, notamment que l'accueil et l'intégration des nouveaux migrants constituent une des priorités du gouvernement français. Elle souligne la création de l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM), du contrat d'accueil et d'intégration (CAI), et l'adoption du *Plan de traitement des foyers de travailleurs migrants*. Toutefois, la Commission relève, d'après le rapport de l'expert indépendant des Nations Unies sur les questions des minorités¹²¹⁶, les observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC)¹²¹⁷ et celles du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW)¹²¹⁸, que « *des problèmes importants continuent à exister en matière d'intégration de la population immigrante dans la société française, dont un climat de suspicion et de préjugé négatif, ainsi qu'une discrimination encore très répandue à l'encontre des travailleurs migrants, qui a un impact sur leurs conditions générales de vie et sur leurs chances de recevoir un enseignement et d'obtenir un emploi* ». La Commission invite le gouvernement à lui fournir des informations complémentaires et à prendre les mesures nécessaires¹²¹⁹.

Les Etats peuvent aussi être invités à abroger des dispositions internes. Le Bénin a notamment été invité par la Commission d'experts à abroger le décret n° 77-45 du 4 mars 1977 portant réglementation de la circulation des étrangers qui soumet les travailleurs étrangers à une autorisation spéciale pour sortir de leur ville de résidence. Bien que le gouvernement ait indiqué que cette mesure était obsolète, la Commission a estimé que la non-abrogation de ce décret était source d'ambiguïté et posait des difficultés particulières concernant l'application de l'article 14 a) de la Convention n°143, selon lequel les travailleurs migrants résidant légalement dans le pays doivent avoir le droit à la mobilité géographique dans les mêmes conditions que les ressortissants du pays¹²²⁰.

c) *Le contrôle régulier des instruments régionaux*. Le contrôle des rapports au titre de la Charte sociale européenne est similaire aux procédures précédemment étudiées (art. 21). Pour la Convention du Conseil de l'Europe relative au statut juridique du travailleur migrant, il n'est pas spécifié que les Etats doivent adresser périodiquement des rapports au Comité

¹²¹⁶ A/HRC/7/23/Add.2, 4 mars 2008.

¹²¹⁷ E/C.12/FRA/CO/3, mai 2008.

¹²¹⁸ CEDAW/C/FRA/CO/6.S.

¹²¹⁹ CIT, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (articles 19, 22 et 35 de la Constitution)*, *Rapport III (Partie IA)*, *op.cit.*, p.829.

¹²²⁰ *Ibid*, p.828.

consultatif. En revanche, ce dernier doit, en vertu de l'article 33 alinéa 7, établir « *périodiquement, à l'intention du Comité des Ministres, un rapport contenant des renseignements relatifs à l'état de la législation et de la réglementation en vigueur sur le territoire des Parties et se rapportant aux matières visées par la présente Convention* ».

Dans l'ensemble, les mécanismes souples de contrôle *ad hoc* de rapports périodiques laissent entrevoir des progrès même si la mise en conformité complète avec l'instrument n'est pas immédiate. Par exemple, en 2009, la Commission d'experts comptait pour l'ensemble des conventions de l'OIT plus de 2 600 cas de progrès depuis 1964. Parmi les exemples intéressant indirectement les travailleurs migrants, on peut citer le cas du Honduras qui, suite à des observations de la Commission, a adopté le décret n°234-2005 du 28 septembre 2005 qui réforme le Code pénal. Dorénavant, les articles 148 et 149 interdisent le proxénétisme ainsi que la traite internationale et la traite interne de personnes à des fins d'exploitation commerciale. Ces deux dispositions prévoient également des sanctions plus lourdes lorsque la victime est âgée de moins de 18 ans. On peut encore citer le cas de la République Unie de Tanzanie qui a abrogé la loi sur les tribunaux du travail (n°41 de 1967), qui interdisait les grèves non conformes à la procédure fixée dans la loi, et dont la violation était passible de peines de prison¹²²¹.

Le contrôle de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants dans le cadre de la procédure des rapports périodiques s'inscrit également dans une procédure générale, l'examen périodique universel.

144. L'examen général au titre de l'Examen périodique universel. La Commission des droits de l'homme des Nations Unies a été créée en 1946 par l'ECOSOC¹²²², et est devenue en 2006 le Conseil des droits de l'homme, organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies¹²²³. Le Conseil est chargé « *de procéder à un examen périodique universel, sur la foi d'informations objectives et fiables, du respect par chaque État de ses obligations et engagements en matière de droits de l'homme de façon à garantir l'universalité de son action et l'égalité de traitement de tous les États ; se voulant une entreprise de coopération fondée sur un dialogue auquel le pays concerné est pleinement associé et qui tient compte des besoins de ce dernier en termes de renforcement de ses capacités, cet examen viendra*

¹²²¹ BIT, *Les règles du jeu, op.cit.*, pp.88-89.

¹²²² Conseil économique et social, Résolution 1/5, 16 février 1946, 1ère session, Document E/20 du 15 février 1946.

¹²²³ AGNU, Résolution 60/251 « Conseil des droits de l'homme », A/RES/60/251, 3 avril 2006.

*compléter l'œuvre des organes conventionnels sans faire double emploi [...] »*¹²²⁴. La base juridique de l'examen se compose de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, des instruments internationaux de droits de l'homme et de droit humanitaire auxquels l'Etat intéressé est partie (ainsi que les engagements souscrits si cet Etat présente sa candidature au Conseil des droits de l'homme).

L'examen repose sur les informations fournies par l'Etat, sur les rapports des organes conventionnels et des procédures spéciales présentées par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, et sur les autres informations pertinentes présentées par les parties prenantes. L'examen du rapport de l'Etat est effectué par un groupe de travail présidé par le Président du Conseil et composé de 47 Etats membres. Un groupe de trois rapporteurs est désigné au hasard parmi les membres. La procédure prend la forme d'une discussion avec chaque Etat jusqu'à l'élaboration d'un rapport final, présenté en séance plénière et adopté en coopération avec l'Etat. L'examen suivant porte sur la mise en œuvre des recommandations¹²²⁵.

Concernant spécifiquement les questions relatives aux travailleurs migrants, on peut citer l'exemple de la France, dont l'examen a eu lieu le 21 janvier 2013. S'il ressort du rapport du Groupe de travail qu'elle a fait des efforts pour la protection des droits des migrants, de nombreuses recommandations ont invité la France à ratifier la Convention sur les droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990. D'autres recommandations l'ont également invité à rendre plus efficace l'intégration sociale des migrants, la lutte contre la discrimination et la protection en matière d'éloignement du territoire¹²²⁶. Toutefois, la France n'a pas accepté les recommandations portant sur la ratification de la Convention¹²²⁷. Parmi les motifs exposés par la France, aucun des Etats membres de l'UE n'a ratifié cet instrument car il relève en partie de la compétence de celle-ci. De plus, « *l'absence de distinction entre les travailleurs migrants en situation régulière et ceux en situation irrégulière sur le territoire est problématique au regard du droit français* » ; « *il s'agit de deux situations de fait totalement différentes* » qui requiert deux systèmes de protection distincts. Pour les personnes en situation régulière, elles bénéficieraient déjà en

¹²²⁴ *Ibid*, article 5, e).

¹²²⁵ Conseil des droits de l'homme, Résolution « Mise en place des institutions du Conseil des droits de l'homme », 18 juin 2007 A/HRC/RES/5/1.

¹²²⁶ Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel – France*, Vingt-troisième session, Point 6 de l'ordre du jour, 21 mars 2013, A/HRC/23/3.

¹²²⁷ Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel – France, Additif. Observations sur les conclusions et/ou recommandations, engagements exprimés ou réponses de l'État examiné*, Vingt-troisième session, Point 6 de l'ordre du jour, A/HRC/23/3/Add.1.

droit français des garanties de la Convention, tandis que les personnes en situation irrégulière bénéficient d'une protection de leurs droits fondamentaux au titre de la Convention européenne des droits de l'homme, et des autres instruments de protection des droits de l'homme¹²²⁸.

Même si de nombreuses critiques sont formulées à l'encontre du Conseil des droits de l'homme, et notamment sur sa politisation¹²²⁹, l'avantage de ce mécanisme est d'effectuer un contrôle d'ensemble des instruments internationaux auxquels est lié un Etat, et de porter l'attention sur des violations de droits de l'homme au niveau universel. Bien qu'il puisse sembler regrettable que l'ensemble des recommandations adressées à un Etat ne soient pas adoptées, l'EPU permet au moins de mettre en lumière les obstacles à sa ratification.

Dans le cadre des procédures de rapports, générales ou particulières, la mise en œuvre des conventions ratifiées fait l'objet d'un suivi régulier sous la forme d'une discussion avec les Etats. Mais exceptionnellement, la mise en œuvre des instruments non ratifiés peut également faire l'objet d'un suivi.

B. L'obligation d'examiner les conventions non ratifiées

145. L'examen des conventions non-ratifiées dans le cadre de l'OIT. Pour garantir les droits de l'homme en général, et les droits des travailleurs migrants en particulier, il faut que les Etats aient envie de conclure ou d'adhérer à un traité. L'OIT fait ici preuve d'un dynamisme particulier ; les accords adoptés par la conférence sont le fruit d'un consensus entre les délégations tripartites, puis sont soumis à ratification des Etats qui rendent compte périodiquement de l'état d'avancement de la procédure de ratification¹²³⁰. En effet, si les Etats restent libres de ratifier ou non telle ou telle convention, l'article 19 de la Constitution de l'OIT dispose que les Etats sont tenus de présenter, sur demande du Conseil d'administration, un rapport indiquant les obstacles à la ratification d'une convention particulière, et les

¹²²⁸ <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.equipo.htm>, consulté le 12 février 2014.

¹²²⁹ Voir notamment M. BOSSUYT, « Le Conseil des droits de l'homme : une réforme douteuse ? », *Droit du pouvoir, pouvoir du droit – Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, pp.1183-1192. Voir également I. FASSASSI, « L'examen périodique universel devant le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies », *RTDH*, 2009, vol. 79, pp.739-761, ou encore M. EUDES, « De la Commission au Conseil des droits de l'homme : vraie réforme ou faux-semblant ? », *AFDI*, 2006-LII, pp.599-616.

¹²³⁰ M. FLORY, « Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers », in SFDI, *op.cit.*, p.204.

mesures déjà prises pour lui donner effet. A partir des informations communiquées par les Etats et les organisations d'employeurs et de travailleurs au titre de l'article 19, la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations publie, chaque année, une étude d'ensemble de la législation et de la pratique des Etats membres sur un thème choisi par le Conseil d'administration¹²³¹. Notons qu'une attention particulière est portée aux conventions identifiées comme fondamentales dans la déclaration des droits sociaux fondamentaux¹²³².

Ces études d'ensemble permettent d'analyser les difficultés d'application des conventions, et d'identifier les moyens pour y remédier. Une étude d'ensemble relative aux travailleurs migrants a été réalisée en 1999, que nous avons déjà eu l'occasion de citer à plusieurs reprises. Ces instruments sont très instructifs mais, en raison du nombre d'instruments adoptés par l'OIT, aucune étude d'ensemble sur le même sujet n'a eu lieu récemment¹²³³. Toutefois, d'autres études d'ensemble relatives à des droits ou conditions de travail peuvent intéresser les travailleurs migrants. Par exemple, le Conseil d'administration a décidé, lors de sa 303e session de novembre 2008, d'aligner le sujet des études d'ensemble sur celui des discussions annuelles récurrentes dans le cadre de la Conférence et mises en place en vertu du suivi de la Déclaration sur la justice sociale. Conformément à la décision prise par le Conseil d'administration lors de sa 304e session de mars 2009, les gouvernements ont été appelés à fournir, au titre de l'article 19 de la Constitution, des rapports aux fins de l'étude d'ensemble, sur les instruments suivants : la Convention n°102 concernant la sécurité sociale (norme minimum) de 1952, la Convention n°168 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage de 1988, la Recommandation n°67 sur la garantie des moyens d'existence de

¹²³¹ Pour plus de détails, voir BIT, *Mémoire sur l'obligation de soumettre les Conventions et Recommandations aux Autorités compétentes - Article 19 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail*, Genève, 2005, consultable sur :

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/questionnaire/wcms_088471.pdf.

¹²³² La Déclaration des droits fondamentaux dispose en effet que son suivi se fait sur la base de rapports demandés aux Etats au titre de l'article 19 §5 alinéa e) de la Constitution. Les rapports établis à partir de formulaires seront compilés par le Bureau et examinés par le Conseil d'administration. Un rapport global relatif aux quatre droits fondamentaux est établi sous la responsabilité du Directeur général, afin d'évaluer l'efficacité de l'assistance apportée par l'OIT et de déterminer les priorités pour la période suivante, notamment sous la forme de plans d'actions relatifs aux modalités de coopération technique. Ce rapport global s'appuie également sur les rapports des Etats ayant ratifié les 8 conventions fondamentales et établis en vertu de l'article 22 de la Constitution. Ce rapport global est ensuite soumis à la Conférence qui déterminera les démarches à adopter pour la période suivante.

¹²³³ BIT, *Les règles du jeu, op.cit.*, p.96.

1944, ainsi que la Recommandation n°69 sur les soins médicaux de 1944. 424 rapports sur 681 ont été reçus, soit 62,26% des rapports demandés, ce qui représente une augmentation en comparaison aux années précédentes. L'OIT se félicite de cette tendance et note, en outre, que les rapports reçus cette année-là contiennent, dans l'ensemble, les informations demandées¹²³⁴.

Si une étude d'ensemble relative aux travailleurs migrants a eu lieu en 1999, c'est que très peu de ratifications étaient intervenues au cours des années précédentes¹²³⁵. Elle a révélé que plusieurs Etats envisageaient la ratification des Conventions n°97 et n°143, mais que certains Etats comme l'Afrique du Sud, l'Albanie, ou encore le Chili ne l'envisageaient qu'après l'adoption d'une législation appropriée. Parmi ces trois pays, seule l'Albanie est devenue partie à la Convention n°97 en 2005, et à la Convention n°143 en 2006. L'Afrique du Sud et le Chili n'ont ratifié aucun des deux instruments. D'autres pays comme la République de Corée, le Maroc ou le Tadjikistan souhaitent préalablement bénéficier du soutien technique du BIT. Seul le Tadjikistan est devenu partie aux Conventions n°97 et 143 en 2007. Les autres pays évoqués n'ont ratifié aucun des deux instruments. En revanche de nombreux pays, et notamment des pays de destination ne souhaitent pas envisager de ratification.

Parmi les principaux obstacles à la ratification, la Commission d'experts a relevé la faiblesse de la législation migratoire, les difficultés économiques que traversent certains pays, le coût financier de la mise en œuvre des instruments, notamment pour le renforcement des capacités des administrations et inspections du travail, ou encore le caractère incomplet, imprécis ou obsolète des instruments¹²³⁶. Concernant le caractère obsolète, précisons toutefois que la CIT peut adopter des conventions révisées qui remplacent les anciennes, ou des protocoles ajoutant de nouvelles dispositions, et elle peut également procéder au retrait de recommandations ou conventions non entrées en vigueur. Entre 1995 et 2002, la CIT a examiné l'ensemble des normes. Elle a conclu que 71 conventions, incluant les conventions fondamentales et prioritaires et les conventions adoptées après 1985, étaient à jour et devaient faire l'objet d'une promotion. Un amendement à la Constitution de l'OIT a également été

¹²³⁴ CIT, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (articles 19, 22 et 35 de la Constitution)*, *op.cit.*, p.34.

¹²³⁵ En 1999, la Convention n°97 a recueilli 41 ratifications et la Convention n°143 seulement 18, soit un total de 59 ratifications pour les deux instruments; 12 Etats Membres ont ratifié les deux instruments. BIT, *Travailleurs migrants*, *op.cit.*, §622.

¹²³⁶ *Ibid*, §623 et s.

adopté en 1997, pour permettre l'abrogation, à la majorité des deux tiers, d'une convention en vigueur mais reconnue comme étant obsolète¹²³⁷.

Par comparaison, au niveau du Conseil de l'Europe, bien qu'il n'existe pas de procédure aussi élaborée qu'à l'OIT, l'organisation encourage, très rapidement après son adoption, la ratification de la Convention européenne relative au statut juridique des travailleurs migrants et de la Charte sociale européenne. Un mécanisme d'examen des dispositions non ratifiées, au titre de la procédure des rapports, est également prévu à l'article 22 de la Charte sociale européenne.

L'Assemblée consultative, composée des parlementaires des Etats membres, encourage la promotion de ces instruments au niveau national, par l'intermédiaire de ses membres auprès des parlements respectifs ou de l'opinion publique, ou encore adopte des recommandations. De même, le Comité des ministres adopte des recommandations animées du même objectif. On peut citer la recommandation du 21 février 1961 qui invite les Etats à lui adresser chaque début d'année, un rapport détaillé sur l'Etat des ratifications des conventions du Conseil de l'Europe. Toutefois, cette procédure est prévue par un texte non contraignant, contrairement à la procédure de l'article 19 de la Constitution de l'OIT. De même, les conventions du Conseil de l'Europe ne constituent pas un acte juridique de l'organisation, et il n'y a pas d'organe compétent pour suivre l'application des conventions. Il faut donc en prévoir spécialement un par convention, comme tel est le cas à l'article 33 de la Convention relative au statut juridique des travailleurs migrants. Cet article prévoit la constitution d'un Comité de nature consultative, composé des représentants des Etats parties, chargé d'examiner les propositions visant à faciliter ou améliorer les conditions d'application de la convention, ou destinées à la modifier¹²³⁸. Ces différents mécanismes incitatifs à la ratification des instruments reposent donc sur la persuasion.

¹²³⁷ BIT, *Les règles du jeu*, *op.cit.*, p.21.

¹²³⁸ M. FLORY, « Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers », *op.cit.*, pp.205-206. Le Comité adopte à la majorité des avis et recommandations, et à l'unanimité les propositions de modification (§4). Ces documents sont ensuite transmis au Comité des ministres qui décide des suites à donner (§5). Les réunions du Comité consultatif ont lieu au moins une fois tous les deux ans, sur convocation du Secrétaire général, ou sur demande du Comité des ministres ou d'au moins deux Etats parties. Une réunion peut également être sollicitée en cas de dérogation souhaitée à l'article 12§3 (regroupement familial) (§6). Le Comité consultatif doit établir périodiquement un rapport au Comité des ministres, indiquant des renseignements relatifs à l'état de la législation et de la réglementation en vigueur sur le territoire des Etats partie en lien avec la Convention.

146. La persuasion, outil de l'adoption des conventions protectrices. L'objectif poursuivi par l'article 19 de la Constitution de l'OIT repose sur la persuasion. L'idée des fondateurs de l'organisation était d'atteindre l'universalisme dans la mise en œuvre des instruments, grâce à la soumission des instruments à l'autorité compétente (l'article prévoyait même initialement de recourir à la CPIJ en cas de non-soumission). La pression pour leur ratification pourrait s'exercer à la fois par la communauté internationale et par les secteurs intéressés au niveau national¹²³⁹. Si la période d'avant-guerre n'a pas confirmé cet espoir, la période d'après-guerre a permis un retour à l'optimisme, mais il n'a été que de courte durée.

Francis Maupain, proposa en 2004 le postulat suivant : « (i) *les pressions de l'OIT, ses efforts de persuasion ainsi que l'émulation entre Membres ont un impact indiscutable sur leur décision de ratifier; (ii) cet impact ne peut toutefois être réellement efficace dans le contexte actuel sans le relais et l'appui de facteurs et considérations d'ordre interne parmi lesquels l'existence d'une législation nationale conforme; enfin (iii) la ratification ne doit pas se heurter non plus de manière trop frontale à des considérations d'efficacité économique et de compétitivité* »¹²⁴⁰. En pratique, si les efforts de persuasion au niveau international sont réels, la mobilisation interne pour la ratification est relativement faible, ce qui conduit à un paradoxe : la ratification ne survient que lorsque le droit interne semble déjà globalement conforme à la convention. Par ailleurs, le souci de compétitivité économique pèse lourd dans la décision de ratifier une convention. C'est pourquoi l'OIT s'est concentrée sur l'intérêt que pouvaient avoir les Etats, au-delà des obligations ou d'un avantage moral, à bénéficier de droits ou d'avantages tangibles. Il ressort des analyses qu'il semble plus facile d'introduire une dimension commerciale dans les normes internationales du travail qu'une dimension sociale dans les normes du commerce international¹²⁴¹, en raison des règles respectives relatives à la prise de décision (majorité des deux tiers dans le cas de l'OIT contre consentement unanime dans le cas de l'OMC). Toutefois, cela suppose un réel effort de persuasion pour mobiliser les acteurs de la société civile, mais également un nombre suffisamment important de gouvernements de l'ensemble des régions, comme tel a été le cas

¹²³⁹ F. MAUPAIN, « Persuasion et contrainte aux fins de la mise en œuvre des normes et objectifs de l'OIT », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p.692.

¹²⁴⁰ *Ibid*, p.694. Pour plus de détails voir p.694 et s.

¹²⁴¹ Une telle dimension commerciale avait par exemple été envisagée lors des travaux préparatoires de la Convention n°105 sur l'abolition du travail forcé de 1957, à propos de l'importation des «produits» du travail forcé. *Ibid*, p.706.

pour la Convention maritime consolidée¹²⁴². Des campagnes de promotions sont alors parfois organisées¹²⁴³.

Les mécanismes de suivi des conventions ratifiées (ou non) sont, exceptées les difficultés matérielles et temporelles que peuvent poser la rédaction de rapports, peu contraignants sur le plan juridique : les violations mise en lumière ne peuvent engager la responsabilité des Etats. Toutefois, cette absence d'engagement de la responsabilité des Etats dans le cadre de la procédure des rapports périodiques permet de rendre publiques les difficultés d'application des conventions et de dialoguer avec l'Etat pour y remédier. La souplesse du mécanisme, va toutefois être « compensée » par l'organisation d'une coopération internationale visant à une meilleure mise en œuvre des droits des travailleurs migrants.

§2- La coopération internationale pour la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants

La coopération internationale, qui vise à assister les Etats dans la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants, va s'exprimer à deux niveaux : l'assistance individualisée des organisations internationale auprès des Etats pour la mise en œuvre des instruments ratifiés ou l'adoption des conventions non ratifiées (A), et l'organisation d'une coopération horizontale interinstitutionnelle plus globale (B).

A. L'assistance technique des organisations internationales auprès des Etats

147. L'organisation de la coopération technique. La coopération technique est un moyen efficace pour une organisation internationale de promouvoir une orientation. La coopération technique consiste à utiliser des moyens stimulant l'assistance technique ou financière auprès

¹²⁴² *Ibid*, pp.706-707.

¹²⁴³ On peut citer par exemple, la promotion de la ratification de la Convention relative la sécurité et la santé au travail de 2006, ou encore la promotion des Conventions relatives à l'inspection et à l'administration du travail. Pour plus de détails, voir CIT, *Document d'information sur les ratifications et les activités normatives (au 31 décembre 2010) Troisième question à l'ordre du jour: Informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations*, Rapport III (partie 2), 100e session, 2011 Bureau international du Travail, Genève, §§90-94, et 103.

des Etats¹²⁴⁴. En 1953 le Conseil de l'Europe s'est doté d'un *Représentant spécial* chargé de le représenter pour toutes les questions concernant les réfugiés et les excédents de population, et a créé, en 1956, un *Fond de rétablissement*¹²⁴⁵ afin d'aider les Etats à résoudre les difficultés liées aux excédents de population. Initialement orienté vers le rétablissement des réfugiés politiques, il a ensuite été utilisé pour des actions en faveur des travailleurs migrants, notamment pour la construction d'écoles ou de centres de formation professionnelle dans les Etats membres. Le Fond a également servi à constituer des prêts pour la construction de logements et de centres sociaux pour les travailleurs migrants. L'Union européenne s'est également rapidement dotée d'un *Fond social européen* pour aider les Etats membres à mettre en œuvre les programmes adoptés au bénéfice des travailleurs migrants européens destinés à les aider à s'adapter à leur nouveau milieu de vie et de travail¹²⁴⁶.

Le BIT, quant à lui, ne se contente pas de contrôler l'application des normes, mais fournit également une assistance technique pour faire face aux problèmes juridiques et pratiques de la mise en œuvre des instruments internationaux, et dans le cadre de laquelle interviennent des fonctionnaires de l'organisation ou des experts extérieurs. L'assistance technique peut prendre différentes formes : des missions consultatives et des missions de contacts directs avec les responsables gouvernementaux, afin d'identifier les difficultés d'application et de trouver des solutions. Par exemple, à l'occasion de l'examen, en juin 2009, de l'application par le Swaziland de la Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948, la Commission de l'application des normes a invité le gouvernement à accepter la venue d'une *mission tripartite de haut niveau*. Le pays a accueilli la mission du 25 au 28 octobre 2010. Celle-ci a examiné les questions suivantes : la conformité de la législation avec la Convention n°87 ; l'incident survenu le 1er mai 2010 à l'occasion de la célébration de la fête du travail, qui a fait l'objet d'une discussion par la Commission de la Conférence ; et les mesures prises pour promouvoir un dialogue social efficace dans le pays. Un rapport a été rédigé et transmis à la Commission d'experts, au gouvernement et aux partenaires sociaux, et il est fait état des conclusions de ce rapport dans les commentaires de la Commission d'experts relatifs à la Convention n°87¹²⁴⁷. Des séminaires et ateliers nationaux peuvent également être organisés pour sensibiliser les parties prenantes nationales aux normes

¹²⁴⁴ M. FLORY, « Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers », *op.cit.*, p.208.

¹²⁴⁵ Comité des Ministres, Résolution 56/9 relative au statut du Fonds de Rétablissement du Conseil de l'Europe pour les réfugiés nationaux et les excédents de population en Europe, 16 avril 1956, 18^e session.

¹²⁴⁶ M. FLORY, « Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers », *op.cit.*, pp.208-209.

¹²⁴⁷ CIT, *Document d'information sur les ratifications et les activités normatives*, *op.cit.*, p.13.

internationales, et créer chez elles des capacités techniques pour utiliser et appliquer ces instruments. L'organisation peut également fournir une aide à l'élaboration de législations nationales conformes aux normes ratifiées ou pour lesquelles la ratification est envisagée¹²⁴⁸.

Concernant les travailleurs migrants spécifiquement, l'action du BIT se concentre principalement sur l'assistance des pays d'origine et de destination pour l'adoption de politiques et législations de gestion des flux migratoires, sur la lutte sur les migrations et l'emploi clandestins, et sur la protection des droits fondamentaux de l'homme au travail. Pour les pays de destination, la coopération technique consiste à développer et renforcer les institutions, procédures et législations relatives au recrutement, à l'emploi et au retour des travailleurs migrants, mais également à créer des mécanismes d'installation durable de migrants. Pour les pays d'origine, le soutien du BIT concerne la protection des nationaux à l'étranger, l'aide au départ et au retour des travailleurs, et la réglementation des activités des agences d'emploi privées. Le BIT répond également à des questions relatives à l'application des politiques de migration nationale, bilatérales et régionales, ainsi qu'à une sollicitation des organisations professionnelles¹²⁴⁹.

En 2004, le rôle de l'OIT concernant la protection des travailleurs migrants a fait l'objet d'une attention particulière. Le paragraphe 27 du rapport de la Commission des travailleurs migrants souligne que les actions de l'OIT concernent : l'octroi d'une assistance technique pour aider les Etats à mettre en œuvre les normes internationales du travail dans la législation et la pratique ; l'aide au renforcement des capacités, afin de mieux gérer les migrations aux échelons national et régional ; la promotion de politiques favorisant la contribution des migrations au développement ; la promotion du dialogue social au plan tant national que régional ; la promotion de discussions et de mesures de coopération bilatérales et régionales ; la diffusion d'informations sur les meilleures pratiques ; la création d'une base de données permettant de fournir des statistiques fiables et des données sur les marchés du travail ; la participation des bureaux régionaux et sous-régionaux à la dissémination de l'information ;

¹²⁴⁸ BIT, *Les règles du jeu*, *op.cit.*, p.97. Voir également J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, *op.cit.*, p.283 et s.

¹²⁴⁹ Par exemple, l'on peut citer la tenue, à la fin de l'année 1992, d'un séminaire d'éducation ouvrière en Tunisie, en présence de représentants de huit syndicats d'Afrique du Nord et occidentale, et d'experts internationaux. L'on peut citer encore l'assistance offerte en Pologne au Ministère du Travail et de la Politique sociale pour la préparation d'une conférence régionale sur les migrations de main-d'œuvre en Europe centrale et orientale. Des missions ont également été envoyées au Costa Rica et au Nicaragua à la fin de l'année 1995 pour aider ces pays dans la région des flux transfrontières illégaux. Des demandes similaires ont été adressées par des pays d'Europe centrale et orientale, des pays de la Communauté des Etats indépendants, et des pays d'Afrique et des Caraïbes. BIT, *Travailleurs migrants*, *op.cit.*, §§44-45.

l'attention portée à la cohérence entre les activités normatives et techniques de l'OIT et les institutions de l'ONU et autres institutions internationales ; et l'appui aux structures institutionnelles, afin de faciliter les échanges et le contrôle des flux migratoires¹²⁵⁰. Les modalités de travail sont donc évolutives.

Concernant la mise en œuvre de la Déclaration des droits fondamentaux, soulignons que le BIT a lancé le « Projet d'appui à la mise en œuvre de la Déclaration de l'OIT de 1998 » (PAMODEC), dont l'objet est d'aider les mandants de l'Organisation à assurer une meilleure application des conventions fondamentales dans leurs pays respectifs. A titre d'exemple, en Afrique de l'Ouest, afin de renforcer la bonne application de la Convention n°100 sur l'égalité de rémunération et de la Convention n°111 concernant l'interdiction de la discrimination en termes d'emploi et de profession, le PAMODEC a entrepris une série d'études sur la discrimination au Bénin, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire, en Mauritanie, au Niger et au Sénégal. Des ateliers de restitution et de formulation de plans d'action de lutte contre les discriminations ont été organisés au Mali, en Mauritanie et en Côte d'Ivoire en 2010, et un appui a été apporté au Ministère du Travail et aux partenaires sociaux au Sénégal pour l'élaboration de projets législatifs¹²⁵¹.

La coopération technique auprès des Etats constitue donc un outil efficace : il s'agit d'une forme souple de coopération qui repose sur la participation volontaire des parties prenantes. Cette souplesse permet une participation plus large des Etats qui bénéficient d'une aide technique qui leur permet de prévenir l'engagement de leur responsabilité internationale, ou au moins une dénonciation politique des violations des droits dans le cadre de mécanismes non-contraignants. Anne Trebilcock qualifie la coopération technique par l'expression suivante : « *la carotte et le bâton* »¹²⁵². L'offre de formation constitue une autre modalité de coopération.

148. L'offre de formation. L'offre de formation est l'un des domaines d'action spécialisés de l'OIT. Ces formations peuvent intervenir à deux titres : dans le cadre du centre international de formation de l'OIT situé à Turin, ou encore les formations délivrées par les bureaux locaux de l'organisation. Le centre international de Turin propose des formations à des fonctionnaires étatiques, des employeurs, des travailleurs, des juristes, des juges et des enseignants dans le

¹²⁵⁰ CIT, *Sixième question à l'ordre du jour : travailleurs migrants, op.cit.*

¹²⁵¹ CIT, *Document d'information sur les ratifications et les activités normatives, op.cit.*, pp.14-15.

¹²⁵² A. TREBILCOCK, « Spécificités quant aux techniques de contrôle : à la recherche de nouveaux chemins », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOCK, *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T.1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.125.

domaine des normes internationales, ainsi que des cours spécialisés sur les normes du travail, le renforcement de la productivité et du développement des entreprises, ou encore sur les normes internationales du travail et la mondialisation. Concernant la formation délivrée par les bureaux locaux, l'organisation bénéficie d'un large réseau de spécialistes qui rencontrent les responsables gouvernementaux, les organisations d'employeurs et de travailleurs pour leur fournir une aide spécialisée relative aux questions qui se posent dans la région, telles que la ratification des nouvelles conventions, l'obligation de communiquer des rapports, les solutions à apporter aux questions soulevées par les organes de contrôle et l'examen des projets de loi pour garantir qu'ils sont conformes aux normes internationales du travail¹²⁵³.

Notons que la Déclaration de Philadelphie de 1944 concernant les buts et objectifs de l'organisation, porte à ce sujet une attention particulière aux travailleurs migrants. En effet, le paragraphe III alinéa c) dispose que « *la Conférence reconnaît l'obligation solennelle pour l'Organisation internationale du Travail de seconder la mise en œuvre, parmi les différentes nations du monde, de programmes propres à réaliser : [...] pour atteindre ce but, la mise en œuvre, moyennant garanties adéquates pour tous les intéressés, de possibilités de formation et de moyens propres à faciliter les transferts de travailleurs, y compris les migrations de main-d'œuvre et de colons* »¹²⁵⁴. Certaines formations peuvent donc porter directement ou indirectement sur la protection des travailleurs migrants. On peut par exemple citer pour l'année 2010 l'animation d'une session de formation au Mali des formateurs de l'Institut national de formation judiciaire sur les conventions fondamentales dans le cadre du PAMODEC. On peut encore mentionner la tenue, dans le cadre du projet de coopération « dialogue social, droits fondamentaux au travail et inspection du travail », d'un cours de quatre séminaires pour les professeurs des principales universités de Colombie sur l'inclusion des normes internationales du travail et des travaux des organes de contrôle dans les programmes d'enseignement¹²⁵⁵.

Les activités de formation constituent également un champ d'intervention de l'OIM. Le fonds 1035, cofinancé par l'OIM et l'OSCE a permis l'élaboration de modules de formation sur la gestion des migrations de main-d'œuvre, afin de renforcer les capacités des gouvernements et des membres de la société civile, ces modules ayant été adapté à chaque contexte régional.

¹²⁵³ BIT, *Les règles du jeu, op.cit.*, p.97.

¹²⁵⁴ BIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, §32.

¹²⁵⁵ CIT, *Document d'information sur les ratifications et les activités normatives, op.cit.*, p.21

En 2010, 46 pays de quatre continents ont bénéficié d'activités de formation, 40 749 personnes ayant assisté à ces cours¹²⁵⁶.

Mais à côté de cette assistance individualisée des organisations internationales auprès des Etats, les difficultés de mise en œuvre des droits des travailleurs migrants font également l'objet d'une attention particulière par le biais du développement de la coopération interinstitutionnelle.

B. La coopération interinstitutionnelle

149. La coopération normative pour une meilleure application des normes protectrices.

Au niveau international, la coopération interinstitutionnelle permet d'intégrer des approches complémentaires nécessaires à la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants. Elle peut prendre différentes formes. Nous retiendrons deux cadres différents : la coopération normative pour le contrôle de l'application des normes, et la coopération au titre de l'adoption des instruments relatifs aux travailleurs migrants.

Concernant la coopération normative, le postulat à l'origine de cette coopération est que les normes adoptées dans le cadre de ces différentes organisations se complètent. Dès lors, la coopération permet de renforcer l'application des différentes normes, et de coordonner les différentes actions des organisations. Une première forme de coopération consiste donc à contrôler l'application des normes. Le Département des normes de l'OIT adresse régulièrement des informations aux organes onusiens de contrôle de l'application des traités, au sujet des pays qu'ils examinent, notamment sur l'état des ratifications des conventions de l'OIT ayant un lien avec les traités des Nations Unies examinés, sur les recommandations déjà adressées aux Etats, ainsi que sur l'assistance technique qu'ils ont reçue. Les membres du BIT assistent aussi parfois aux sessions des organes de surveillance en formulant des observations¹²⁵⁷.

¹²⁵⁶ OIM, *Rapport du Directeur général sur les travaux de l'Organisation pour l'année 2010, op. cit.*, §§150-151.

¹²⁵⁷ CIT, *Document d'information sur les ratifications et les activités normatives (au 31 décembre 2010) Troisième question à l'ordre du jour: Informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations*, Rapport III (partie 2), 100^e session, 2011, BIT, Genève, §§110-112.

A côté de la coopération avec les mécanismes conventionnels, le BIT apporte une aide au Conseil des droits de l'homme, à l'occasion de l'examen périodique universel notamment, en mettant à disposition ses rapports, mais également au titre de mécanismes spéciaux. Le BIT a ainsi collaboré avec la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines d'esclavage, dont le mandat a été créé en 2008, à l'occasion de ses missions au Brésil et en Mauritanie¹²⁵⁸. On peut encore citer la collaboration entre le BIT et le Conseil de l'Europe notamment pour le contrôle de l'application du Code européen de sécurité sociale et de la Charte sociale européenne. La Commission d'experts du BIT examine tous les ans les rapports soumis sur l'application du Code par les Etats parties, et un délégué du département des normes assiste aux sessions du Comité européen des droits sociaux. En 2011, la Commission d'experts a examiné 21 rapports concernant l'application du Code et, le cas échéant, de son Protocole, conformément à la procédure de contrôle établie en vertu de l'article 74, paragraphe 4, du Code européen de sécurité sociale et des arrangements conclus entre l'OIT et le Conseil de l'Europe. Les conclusions de la Commission sur ces rapports sont adressées au Comité d'experts en matière de sécurité sociale du Conseil de l'Europe pour examen et approbation. Les conclusions approuvées peuvent donner lieu à l'adoption de résolutions sur l'application du Code et de son protocole par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. La Commission d'experts, est ainsi dotée d'une double responsabilité à l'égard de l'application du Code et de l'application des conventions internationales du travail de sécurité sociale. La Commission veille à coordonner les obligations des Etats parties à ces instruments, et identifie les pays qui bénéficieraient de l'assistance technique du Conseil de l'Europe et du Bureau pour améliorer l'application du Code¹²⁵⁹.

La coopération interinstitutionnelle permet donc de renforcer l'application des instruments existants, mais elle a également pour objet l'adoption d'instruments protecteurs.

150. La coopération pour l'adoption des instruments protecteurs. La protection des travailleurs migrants a amené les institutions spécialisées ou non de l'ONU à collaborer entre elles, ou encore avec l'OIM et les organisations régionales. On peut par exemple citer la tenue, en 1992, d'une réunion régionale conjointe OIT/HCR, avec trois pays d'Afrique du Nord (Algérie, Maroc, Tunisie) pour réfléchir avec les pays européens intéressés (Allemagne,

¹²⁵⁸ *Ibid*, §114.

¹²⁵⁹ *Ibid*, §118. CIT, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (articles 19, 22 et 35 de la Constitution)*, Rapport III (Partie IA) Troisième question à l'ordre du jour: Informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations, Genève, 100^e session, 2011, §§112-113

Belgique, Espagne, France et Italie), le PNUD, la Communauté européenne et la Banque mondiale aux types de programmes nécessaires pour réduire la nécessité des ressortissants des pays d'origine à migrer vers l'Europe pour y occuper un emploi. La réunion a permis la création d'un fonds pour financer au Maroc et en Tunisie des micro-entreprises, et la Commission européenne a inscrit la question à son ordre du jour relatif aux activités de développement dans la région¹²⁶⁰.

Par ailleurs, le BIT peut être amené à fournir une assistance technique pour promouvoir la ratification d'un instrument extérieur à l'organisation. Par exemple, le bureau pour l'Afrique de l'Ouest du Haut-Commissariat des droits de l'homme a invité le bureau régional de l'OIT à Dakar à promouvoir l'adoption du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui instaure un mécanisme de réclamations. Dans le cadre d'un atelier sous-régional de mai 2010 portant sur la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels, le Bureau a apporté un soutien financier et technique à l'organisation¹²⁶¹.

Bien que le contrôle de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants ait principalement lieu dans le cadre de procédures peu contraignantes, la procédure des rapports périodiques, il faut souligner l'importance de la coopération internationale qui s'est développée pour faire face aux difficultés de mise en œuvre des instruments protecteurs. Toutefois, parallèlement au suivi de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants au titre de la procédure du contrôle régulier, ces droits vont aussi faire l'objet d'une promotion dynamique.

SECTION II : Une promotion dynamique des droits des travailleurs migrants sur la scène internationale

Selon Karl Vasak, la promotion des droits de l'homme vise initialement le champ économique et social. Elle renvoie à l'idée de développement et de progrès, et consiste en une action tournée vers l'avenir en raison des lacunes actuelles de protection, soit parce que les droits ne

¹²⁶⁰ BIT, *Travailleurs migrants*, *op.cit.*, §47.

¹²⁶¹ CIT, *Document d'information sur les ratifications et les activités normatives (au 31 décembre 2010) Troisième question à l'ordre du jour: Informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations*, Rapport III (partie 2), *op.cit.*, §113.

sont pas garantis dans des instruments, soit parce qu'ils sont mal connus de leurs titulaires ou des Etats ou des organes chargés de les respecter. L'objet de la promotion consiste à connaître les insuffisances et les violations, non tant pour les sanctionner que pour éviter leur renouvellement. A l'inverse, le concept de protection des droits de l'homme est radicalement opposé : il s'agit de faire respecter les droits de l'homme tels qu'ils existent dans le droit applicable aujourd'hui. L'idée est de sanctionner un avenir qui perpétue le passé. La technique utilisée est juridictionnelle tandis que l'institution de la promotion utilisera des techniques législatives (études, recherches, rapports...). Mais ces deux phénomènes sont liés. La promotion est le premier stade qui conduit vers la protection¹²⁶².

Nous avons mis en évidence que le développement et l'effectivité des droits des travailleurs migrants affirmés dans les instruments internationaux rencontre des difficultés, c'est pourquoi la promotion a un rôle essentiel. Elle se manifeste par des initiatives prises par les organisations internationales intervenant sur les questions migratoires, et souvent à l'origine des instruments internationaux (§1), mais aussi grâce à la régularité de la concertation internationale où interviennent les différentes parties-prenantes (§2). Nous verrons que si l'importance de ces initiatives permet de dynamiser et d'actualiser les débats sur la protection des travailleurs migrants, elle peut aussi paradoxalement être révélatrice de lacunes certaines de la protection.

§1-Les initiatives des organisations internationales

Parmi les initiatives des organisations internationales, certaines sont spécifiques aux travailleurs migrants ou portent au moins sur les migrations internationales en général, tandis que d'autres, non spécifiques, vont également concerner indirectement les travailleurs migrants. Ces initiatives concernent l'adoption de programmes et de plans d'actions (A), mais aussi, et de manière plus exceptionnelle, la création de mandats de rapporteurs spéciaux (B).

¹²⁶² K.VASAK, « Le droit international des droits de l'homme », *RCADI*, 1974-IV, t.140, pp.343-413.

A. L'adoption de programmes et de plans d'actions

151. Les initiatives des organisations universelles. Des programmes d'action spécifiques ou non spécifiques à la protection des travailleurs migrants ont été adoptés. Ils permettent une approche globale plus générale, en dehors du cadre du contrôle de la mise en œuvre des instruments. Loin de proposer une énumération exhaustive des programmes adoptés, quelques exemples seront analysés.

a) Parmi les programmes non spécifiques on peut citer le *Programme d'action de Vienne*, adopté par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme en juin 1993, qui invite à éliminer toutes les formes de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie, ou encore d'intolérance. On peut encore citer le *Programme d'action de Durban*, adopté en 2001 lors de la Conférence mondiale de Durban contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance, dans le cadre duquel les migrants sont identifiés comme un groupe vulnérable ; ce programme invite les Etats à combattre toutes les manifestations de rejet des migrants, et les organisations internationales à prévoir dans leurs programmes et activités des fonction de surveillance et de protection des droits des migrants (§25s.)¹²⁶³.

Il faut encore citer l'*Agenda pour le programme décent* de l'OIT, qui repose sur l'idée que le travail est un facteur clé du bien-être économique des individus, et que les progrès socio-économiques ne sont possibles que si ce travail est « décent ». Quatre objectifs sont identifiés : la création d'emploi, la garantie des droits au travail, l'extension de la protection sociale et la promotion du dialogue social. La mise en œuvre de cet agenda repose sur des programmes intégrés de travail décent à l'échelon national¹²⁶⁴. Notons que la mise en œuvre de cet Agenda peut se décliner régionalement ou pour des types d'emplois pour lesquels les travailleurs sont identifiés comme particulièrement vulnérables¹²⁶⁵. En complément à cet

¹²⁶³ http://www.un.org/french/WCAR/durban_fr.pdf, consulté le 12 février 2014.

¹²⁶⁴ <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang--fr/index.htm>. Pour plus de détails sur le travail décent, voir J. SOMAVIA, *Réduire le déficit du travail décent : un défi mondial*. Rapport du Directeur général à la 89e session de la Conférence internationale du Travail, Genève, BIT, 2001 ; OIT, *La mesure du travail décent – Réunion tripartite d'experts sur la mesure du travail décent*, document et information, Genève, 8-10 septembre 2008, Doc TMEMDW/2008 ; J. R. HERNANDEZ PULIDO, « Normas internacionales del trabajo y trabajo decente: El impacto de las normas internacionales del trabajo sobre el desarrollo económico y social sostenible, in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p.335 et s.

¹²⁶⁵ Voir par exemple *L'agenda du travail décent en Afrique: 2007-2015, Rapport du Directeur général*, BIT, Genève, qui porte une attention particulière aux travailleurs migrants. Voir également, CIT, *Travail décent pour*

Agenda, l'OIT a adopté, en juin 2008, la *Déclaration sur la justice sociale pour une économie équitable*, afin de renforcer la promotion du travail décent ; tous les Etats membres sont invités à mettre en œuvre des politiques relatives à l'emploi, à la protection sociale, au dialogue social et aux droits au travail. La démarche est globale et intégrée. Chaque Etat définit librement la manière dont il atteint ces objectifs. De surcroît, la Déclaration dispose d'un mécanisme de suivi pour examiner les efforts ou les difficultés liées à la mise en œuvre de la Déclaration¹²⁶⁶.

b) Parmi les programmes spécifiques aux questions migratoires, les institutions spécialisées des Nations Unies sont intervenues, dans leurs domaines respectifs, pour protéger les droits des travailleurs migrants. Par exemple, le PNUD s'est intéressé à la prévention des mouvements migratoires forcés, et a élaboré des programmes destinés à aider les pays (notamment arabes et africains) à mieux gérer les flux volontaires. Les programmes nationaux de rassemblement des données figurent aussi dans l'ordre du jour du Fonds des Nations Unies pour la Population (FNUAP), qui, par ailleurs, offre régulièrement son soutien à différentes activités de l'OIT dans le domaine des migrations¹²⁶⁷. On peut encore mentionner la promotion de l'intégration et de la préservation de l'identité culturelle par l'UNESCO dans le cadre de projets régionaux, et l'adoption par la même institution d'un Réseau de recherche sur les migrations en Asie et dans le Pacifique¹²⁶⁸.

Au niveau de l'OIT, on peut citer le lancement, au début des années 1990, du projet « Combattre la discrimination à l'égard des travailleurs immigrés et des minorités ethniques dans le monde du travail ». Il est destiné à lutter contre les discriminations importantes dont souffrent les travailleurs migrants et les minorités ethniques dans les pays de destination. Ce programme consiste à informer les parties prenantes des mesures efficaces à adopter, l'efficacité de ces mesures étant évaluée selon une comparaison internationale. Les conclusions adoptées ont révélé que les dispositions juridiques les plus efficaces, interdisant les discriminations au travail fondées sur la nationalité, sont celles mises en œuvre dans le

les travailleurs domestiques, Rapport IV(1), Quatrième question à l'ordre du jour 99e session, BIT, Genève, 2010, qui s'intéresse à la protection sociale et au travail forcé des travailleurs migrants du secteur domestique.

¹²⁶⁶ BIT, *Les règles du jeu*, op.cit., p.100. Pour plus de détails, voir CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, 6e question à l'ordre du jour, 92e session, 2004, Rapport VI.

¹²⁶⁷ *Ibid*, §60.

¹²⁶⁸ *Ibid*, §61.

cadre d'une législation civile complète, renforcée par un organe d'application doté d'un large éventail de pouvoirs et de fonctions. Des mesures complémentaires peuvent aider à lutter efficacement contre les discriminations, telles que les programmes d'action, les enquêtes sur la population active, la formation sur le lieu de travail, ou encore la subordination de l'octroi de contrats publics au respect des conditions de non-discrimination¹²⁶⁹.

Toujours dans le cadre de l'OIT, on peut mentionner que, suite à l'adoption du rapport « Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée »¹²⁷⁰, un *Plan d'action de l'OIT pour les travailleurs migrants* a été adopté en 2004¹²⁷¹. L'approche équitable encouragée par l'OIT se veut fondée sur les droits et de manière plus générale sur le « travail décent », grâce à la promotion de politiques de croissance économique et d'appui aux migrations régulières relatives à l'égalité de traitement, et grâce à la coopération entre les Etats et l'organisation. Le Plan d'action comprend l'élaboration d'un cadre multilatéral non-contraignant : des lignes directrices et des principes fondés sur les normes internationales et sur les pratiques optimales dans différents domaines, tout en tenant compte des besoins du marché du travail. Il consiste également à identifier les actions nécessaires pour renforcer l'application des normes internationales du travail, les capacités par l'assistance technique, le dialogue social, et à améliorer les informations sur l'évolution des migrations de main-d'œuvre. Le Plan d'action est à mettre en relation avec le *Pacte mondial pour l'emploi*, qui porte sur l'impact de la crise financière et économique internationale sur la politique sociale et sur l'emploi¹²⁷². Le suivi de la mise en œuvre de ce Plan d'action sera assuré par le Conseil d'administration du BIT¹²⁷³. L'existence d'un plan d'action global n'empêche toutefois pas l'existence de plans d'actions régionaux par l'OIT¹²⁷⁴.

On peut ajouter à l'élaboration du Plan d'action, la mise en place par l'OIT, tout comme l'a fait l'OCDE, d'une *Base de données sur les migrations internationales de main-d'œuvre* qui comporte des informations quantitatives et qualitatives sur les flux et les « stocks » de migrants, leurs conditions de vie et de travail dans les pays d'accueil et les pays d'origine.

¹²⁶⁹ BIT, *Travailleurs migrants*, *op.cit.*, encadré 1.1.

¹²⁷⁰ CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, *op.cit.*, 2004.

¹²⁷¹ Voir également CIT, *Sixième question à l'ordre du jour: Travailleurs migrants (discussion générale fondée sur une approche intégrée)*, Quatre-vingt-douzième session, Genève, 2004.

¹²⁷² CIT, *Surmonter la crise : un Pacte mondial pour l'emploi*, 98e session, Genève, 19 juin 2009.

¹²⁷³ G. MORENO-FONTES CHAMMARTIN, « Working conditions of women migrant workers: ILO's strategy to improve their protection in an area of globalization », *op.cit.*, pp.174-175.

¹²⁷⁴ Voir par exemple « Nouveau plan d'action de l'OIT : Travailleurs migrants d'Afrique centrale », *Travail, Revue de l'OIT* n°47, juin 2003, pp.34-35.

L'objectif de cette base consiste à fournir des informations aux Ministères, aux organisations professionnelles, aux autorités administratives, aux ONG et universitaires¹²⁷⁵.

A côté de ces initiatives au niveau universel, les organisations régionales vont elles aussi adopter des programmes d'actions pour promouvoir les droits des travailleurs migrants.

152. Les initiatives des organisations régionales. Parmi les initiatives des organisations régionales, les Etats membre de l'OEA ont manifesté, à l'occasion du Troisième sommet des Amériques, leur volonté d'adopter « *un programme interaméricain, dans le cadre de l'OEA, pour la promotion et la protection des droits de l'homme des migrants, notamment les travailleurs migrants et leurs familles* »¹²⁷⁶. Le 17 mars 2003, le Conseil permanent de l'organisation a finalement adopté le « Programme interaméricain pour la promotion et la protection des droits de l'homme de la personne migrante »¹²⁷⁷. Ce Programme repose sur l'article 45 de la Charte de l'OEA qui reconnaît le droit indiscriminé de tous les êtres humains au bien-être matériel, au développement spirituel, à la liberté, à la dignité, et à l'égalité d'opportunités et de sécurité économiques. Le Programme met l'accent sur l'importance des flux migratoires dans la région, sur les fortes disparités socio-économiques à l'origine de la migration et de la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les migrants, surtout pour les personnes clandestines, les femmes et les enfants. Bien que le Programme n'entende pas remettre en cause la liberté des Etats d'admettre ou non des étrangers, il tente d'établir un minimum de droits et obligations en matière de droits de l'homme, opposables aux Etats. Quatre catégories de droits sont identifiées : les garanties et la protection judiciaire, l'interdiction de la discrimination, la liberté personnelle et les droits du travail à la lumière des instruments de l'OIT. Les moyens identifiés pour y parvenir concernent le soutien au développement de politiques publiques et de législations pour garantir les droits de l'homme, et l'incorporation des activités des organisations internationales. La société civile occupe une place importante dans le programme¹²⁷⁸.

¹²⁷⁵ BIT, *Travailleurs migrants*, *op.cit.*, §42. Pour la base de données de l'OIT voir : <http://www.ilo.org/public/french/support/lib/resource/subject/migration.htm>; pour la base de données de l'OCDE, voir : <http://www.ilo.org/public/french/support/lib/resource/subject/migration.htm>.

¹²⁷⁶ Traduction de l'auteur.

¹²⁷⁷ Comisión de Asuntos Políticos y Jurídicos, *Programa interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes en el marco de la Organización de los Estados Americanos*, 17 de marzo de 2003, CP/CAJP-2038/03.

¹²⁷⁸ *Ibid.* Pour plus de détails sur la mise en œuvre du programme, voir : Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Informe final: sesión especial sobre la implementación del programa interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, incluidos los trabajadores migratorios y sus familias* [AG/RES. 2224 (XXXVI-O-06)], 13 febrero 2007, Doc.OEA/Ser.G CP/CAJP-2505/07, 9 mayo 2007.

A l'appui de ce programme, a été créé en 2008 un programme « migration et développement » (MIDE), rattaché au Département de Développement social et de l'Emploi qui fournit un appui technique à la Commission spéciale des affaires migratoires et au Groupe de travail du Programme interaméricain précité. Le MIDE coordonne les initiatives et promeut la transversalité de la question migratoire dans les divers domaines de l'OEA. Les projets qu'il coordonne concernent : la lutte contre la traite des personnes, l'éducation des enfants et des jeunes migrants, le programme « jeunesse en mouvement » pour la prévention des risques liées à la migration de main-d'œuvre, et la protection des femmes migrantes victimes de violences à la frontière entre le Mexique et les Etats-Unis¹²⁷⁹. Parmi les initiatives du MIDE, il faut citer le Système continu de rapports sur la migration internationale des Amériques (SICREMI), la création d'une carte interactive des Programmes d'emploi temporaire pour les travailleurs migrants (MINPET), d'une base de données juridiques et politiques des différents pays (MILEX), et enfin, la création d'une carte des tendances des différentes législations migratoires des pays de la région¹²⁸⁰.

Au niveau européen, dès 1974, la Commission européenne a proposé au Conseil un *Programme d'action en faveur des travailleurs migrants et de leurs familles*, qui a donné lieu aux Résolutions du Conseil des 21 janvier 1974 et 9 février 1976¹²⁸¹. Ce Programme d'action reposait sur la coopération entre les Etats, les partenaires sociaux et la Commission¹²⁸², et avait pour objectif « *d'améliorer les conditions de la libre circulation de ces travailleurs et des membres de leur famille et de rechercher des solutions adéquates en vue d'éliminer progressivement les limitations non justifiées à leurs droits pouvant subsister dans la réglementation communautaire en vigueur; [et] de renforcer les mesures susceptibles d'humaniser davantage la libre circulation des travailleurs ressortissants des États membres qui, tout en constituant un droit fondamental, peut cependant comporter de graves inconvénients lorsque ceux-ci et les membres de leur famille se trouvent, à défaut d'une assistance adéquate, confrontés aux difficultés qui se présentent durant les différentes phases de la migration [...]* ». Ce programme a précédé l'adoption de la convention de 1977.

¹²⁷⁹ CEPAL-CELADE, *El tema migratorio en la OEA, Fortalecimiento de las Capacidades nacionales para la Gestión de la Migración Internacional*, 8 de septiembre de(l) 2010, <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/8/41138/09AAzuara.pdf>, consulté le 23 octobre 2013.

¹²⁸⁰ *Ibid.* Ces données sont consultables depuis le site de l'OEA.

¹²⁸¹ JOCE n°13 du 12 décembre 1976.

¹²⁸² M. FLORY, « Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers », *op.cit.*, p.206.

Les programmes d'action, spécifiques ou non permettent d'identifier, dans un cadre universel ou géographiquement plus restreint, les difficultés que rencontrent les travailleurs migrants, et les mesures à prendre pour y mettre un terme. Mais un autre mécanisme permet d'appréhender la question de manière globale, celui de rapporteur spécial.

B. La promotion *ad hoc* : les mandats des rapporteurs spéciaux

153. La création de mandats de rapporteurs spéciaux sur les questions migratoires. Deux mandats de rapporteurs spéciaux ont été créés spécialement pour promouvoir les droits des migrants, l'un dans le cadre des Nations Unies, l'autre dans le cadre de l'OEA. La Commission des droits de l'homme des Nations Unies a créé en 1999 un mandat de *Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants*¹²⁸³, renouvelé plusieurs fois¹²⁸⁴, et qui couvre tous les pays, qu'ils aient ratifié ou non la Convention de New York de 1990. Le rapporteur spécial, actuellement François Crépeau, est chargé d'identifier les obstacles et les solutions possibles à l'effectivité de la protection des droits de l'homme des travailleurs migrants, une attention particulière étant portée aux femmes, aux enfants et aux migrants irréguliers. Pour ce faire, il doit demander et collecter les informations pertinentes au sujet des violations commises, auprès des différentes parties-prenantes, y compris des migrants eux-mêmes ; ces informations peuvent être adressés au rapporteur ou réunies à l'occasion de visites dans certains pays, mais également résulter de communications adressées au rapporteur. Ce dernier est invité à formuler des recommandations, à partir des meilleures pratiques, sur les moyens de prévention des violations au niveau national, régional et international, à promouvoir les instruments internationaux de protection, et à adresser régulièrement des rapports à l'Assemblée générale et au Conseil des droits de l'homme¹²⁸⁵.

¹²⁸³ Commission des Droits de l'homme, Résolution 1999/44 *Droits de l'homme des migrants*, 27 avril 1999. Le mandat de rapporteur spécial fait parties des mécanismes spéciaux instaurés par la Commission puis le Conseil des droits de l'homme, et qui portent sur des pays ou des sujets particuliers. L'origine des procédures spéciales remonte à la création, en 1967, à la demande d'Etats africains nouvellement indépendants et du Mouvement des Non-alignés, d'un Groupe de travail sur l'Afrique du Sud chargé d'enquêter sur des allégations de torture. Ces procédures spéciales sont soit individuelles (comme tel est le cas du mandat de rapporteur spécial), soit collectives dans le cadre d'un groupe de travail. O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p.881 et s.

¹²⁸⁴ Ce mandat a été prorogé pour trois années supplémentaires en 2005, par la Résolution 2005/47. En 2008, ce mandat a été reconduit pour trois ans et renforcé par la Résolution 8/10 du 18 juin 2008 du le Conseil des droits de l'homme.

¹²⁸⁵ <http://www2.ohchr.org/french/issues/migration/rapporteur/>.

Au niveau de l'OEA, le mandat de *Rapporteur spécial sur les droits des migrants* a été créé en 1996 par l'Assemblée générale. Ce mandat, actuellement occupé par Felipe González, ancien président de la ComIADH en 2010, a pour objet de sensibiliser les Etats à la nécessité de respecter les droits de l'homme des travailleurs migrants et des membres de leurs familles, de suggérer aux Etats l'adoption de mesures spécifiques de protection, d'élaborer des rapports et études thématiques sur la situation des travailleurs migrants, et de recevoir des pétitions ou communications relatives à des violations des droits des travailleurs migrants dans l'un des Etats membre de l'OEA¹²⁸⁶. Ce mandat créé selon une approche de protection des droits de l'homme, complète l'approche migration et développement du Programme MIDE déjà évoqué¹²⁸⁷.

Au niveau de l'Union africaine, l'idée de la création d'un mandat de *Rapporteur spécial sur les réfugiés, les demandeurs d'asile et des personnes déplacées à l'intérieur* a été formulée en 2004 par la Commission africaine, lors de sa 35^{ème} Session de Banjul. Ce mandat aujourd'hui confié à Maya Sahli Fadel, a été créé par la Résolution 72 adoptée lors de la 36^{ème} session ordinaire de Dakar, puis prorogé en 2006. Ce mandat porte initialement sur la tenue d'enquêtes, la réunion d'information, et la coopération avec d'autres organismes, ou l'aide à la formulation de politiques publiques relative aux réfugiés, demandeurs d'asile et aux personnes déplacées. En 2006, la prorogation du mandat a conduit à l'inclusion des questions de migrations autres¹²⁸⁸.

Toutefois, à côté de ces mandats de rapporteurs onusiens ou régionaux spéciaux liés aux questions migratoires, d'autres rapporteurs spéciaux incluent dans leurs études des aspects liés à la protection des travailleurs migrants. Au niveau de l'ONU, un mandat de *Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale de xénophobie et d'intolérance* a été créé par la Commission des droits de l'homme en 1993, et a intégré des questions pertinentes pour les travailleurs migrants¹²⁸⁹. On peut encore citer la création en 2010 d'un mandat de trois ans de *Rapporteur spécial sur le droit de réunion et d'association*

¹²⁸⁶ <http://www.cidh.org/Migrantes/Default.htm>, consulté le 20 septembre 2014.

¹²⁸⁷ CEPAL-CELADE, *El tema migratorio en la OEA, Fortalecimiento de las Capacidades nacionales para la Gestión de la Migración Internacional*, 8 de septiembre de(l) 2010.

¹²⁸⁸ <http://www.achpr.org/fr/mechanisms/refugees-and-internally-displaced-persons/>, consulté le 3 mars 2014.

¹²⁸⁹ BIT, *Travailleurs migrants, op.cit.*, §57. Le mandat du Rapporteur spécial est énoncé dans les Résolutions 1993/20 et 1994/64 de la Commission des droits de l'homme, et dans la Décision 1994/67 du Conseil économique et social.

pacifiques, les questions relevant de la compétence spéciale de l'OIT au titre des mécanismes et procédures de contrôle étant exclues¹²⁹⁰, ou encore la création d'un mandat de *Rapporteur spécial sur la violence faite aux Femmes* créé en 1994 et renouvelé en 2003, puis en 2013¹²⁹¹.

154. La dénonciation des violations des droits des travailleurs migrants dans les rapports des rapporteurs spéciaux. L'objectif des mandats de rapporteur spécial est d'attirer l'attention de la Communauté internationale sur les violations de droits de l'homme d'une catégorie spécifique d'individus, ou d'un droit en particulier. Concernant les migrants en général et les travailleurs migrants en particulier, des violations de leurs droits ont maintes fois été dénoncées dans les rapports. Parmi les derniers rapports qui ont été élaborés, on peut citer le Rapport de 2012 du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau, intitulé « Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants »¹²⁹². Il met surtout l'accent sur la détention des migrants en situation irrégulière et, tout en attaquant la vision sécuritaire des migrations, invite les Etats à faire de la détention une exception. Un autre rapport a été présenté en 2013 par le même rapporteur, intitulé « Étude régionale : la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne et ses incidences sur les droits de l'homme des migrants »¹²⁹³. Le rapport met en lumière que malgré une prise en compte des droits des migrants dans la politique migratoire de l'Union européenne, de nombreuses violations des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière ont encore lieu. Au niveau régional, le rapporteur spécial de l'OEA a déjà effectué plusieurs visites dans des pays, à l'issue desquelles il a rédigé un rapport. Par exemple, un rapport de 2011 a été réalisé sur les conditions de détention et le droit au procès équitable des migrants, notamment des migrants interpellés à la frontière avec le Mexique¹²⁹⁴.

¹²⁹⁰ CIT, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (articles 19, 22 et 35 de la Constitution)*, Rapport III (Partie IA), *op.cit.*, §108.

¹²⁹¹ Commission des droits de l'homme, Résolution 1994/45, adoptée le 4 Mars 1994. Le mandat a été renouvelé par la Commission des droits de l'homme en 2003 par la résolution 2003/45, puis en 2013 par la Résolution 23/25.

¹²⁹² Conseil des droits de l'homme, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau, 10 avril 2012, Vingtième session, Point 3 de l'ordre du jour, A/HRC/20/24, consultable sur :

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/125/97/PDF/G1212597.pdf?OpenElement>

¹²⁹³ Conseil des droits de l'homme, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, 24 avril 2013, Vingt-troisième session Point 3 de l'ordre du jour, A/HRC/23/46, consultable sur :

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/133/92/PDF/G1313392.pdf?OpenElement>.

¹²⁹⁴ Comisión interamericana de derechos humanos, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos : Detenciones y Debido proceso*, 30 dic. 2010, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 78/10 consultable sur :

<http://cidh.org/pdf%20files/InformeSobreMigracionesEnEEUU-Detenciones-y-DebidoProceso.pdf>.

Parmi les rapports des rapporteurs désignés pour d'autres thématiques, on peut citer le rapport de 2000 de la Rapporteuse spéciale sur la violence faite aux Femmes « on trafficking in women, women's migration and violence against women »¹²⁹⁵ qui dénonce à la fois les risques de trafic et de prostitution, mais également la discrimination dont souffrent les migrantes, à la fois en tant que migrantes mais aussi en tant que femmes.

Les rapports des rapporteurs spéciaux des Nations Unies sont présentés au Conseil des droits de l'homme et à l'Assemblée générale des Nations Unies. Ils sont discutés dans ces enceintes et peuvent être adoptés. Sur le même modèle, les rapports des rapporteurs spéciaux régionaux soumettent des rapports respectivement à la Commission africaine¹²⁹⁶ et à l'Assemblée générale de l'OEA. Les rapports des rapporteurs spéciaux inspirent également l'adoption de résolutions. On peut citer l'adoption au sein de l'ONU de la Résolution « Protection des migrants » adoptée par l'Assemblée générale le 20 décembre 2012¹²⁹⁷, la Résolution 67/185 du 20 décembre 2012 « sur la promotion des efforts visant à éliminer la violence à l'encontre des migrants, des travailleurs migrants et de leur famille »¹²⁹⁸ de la même date, ou encore la Résolution 66/128 sur la « violence à l'égard des travailleuses migrantes » du 19 décembre 2011¹²⁹⁹.

Les programmes d'action et les rapports des rapporteurs spéciaux ont comme intérêt principal d'identifier les difficultés à la protection des droits des migrants de manière globale, et de proposer des mesures pour y remédier. Si l'adoption des programmes d'action est consensuelle, les rapporteurs spéciaux sont au contraire indépendants dans leurs activités ; leur personnalité marquera plus ou moins politiquement leurs rapports.

A côté de ces initiatives unilatérales des organisations internationales, il faut souligner les apports de la concertation internationale multipartite.

¹²⁹⁵ Commission on Human Rights, *Integration of the human rights of women and the gender perspective*, Fifty-sixth session, Agenda item 12 (a) of the provisional agenda, E/CN.4/2000/68, 29 February 2000, consultable sur :

[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/e29d45a105cd8143802568be0051fcfb/\\$FILE/G0011334.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/e29d45a105cd8143802568be0051fcfb/$FILE/G0011334.pdf).

¹²⁹⁶ Voir par exemple le rapport de 2009, consultable sur : http://www.achpr.org/files/sessions/46th/inter-act-reps/127/achpr46_specmec_idps_actrep_2009_fra.pdf.

¹²⁹⁷ AGNU, Résolution « Protection des migrants » 20 décembre 2012, Soixante-septième session, Point 69, b, de l'ordre du jour, A/RES/67/172.

¹²⁹⁸ AGNU, Résolution « Promouvoir les efforts visant à éliminer la violence à l'encontre des migrants, des travailleurs migrants et de leur famille », 20 décembre 2012, Soixante-septième session, Point 103 de l'ordre du jour, A/RES/67/185.

¹²⁹⁹ AGNU, Résolution « Violence à l'égard des travailleuses migrantes », 19 décembre 2011, Soixante-sixième session, Point 28, a, de l'ordre du jour, A/RES/66/128.

§2- Régularité de la concertation internationale multipartite

La promotion des droits des travailleurs migrants trouve un élan particulier dans le cadre d'enceintes de discussions multipartites, institutionnalisées ou non, qui réunissent les différentes parties-prenantes (A). Parmi ces acteurs, il convient de souligner le rôle croissant de la société civile pour la défense quotidienne des droits des travailleurs migrants sur le terrain (B).

A. La promotion des droits des travailleurs migrants dans des enceintes de discussion

155. La concertation internationale à l'échelle universelle. En raison de la multiplicité des enceintes de discussions, nous analyserons le développement de la concertation internationale selon une approche chronologique. L'année 2001 a vu naître le *Dialogue international sur la migration de l'OIM*, et l'*Initiative de Berne*. Le Dialogue international sur la migration qui se fonde sur l'article 1^{er} §1(e) de la Constitution de l'organisation et confirmé dans le Document de stratégie de l'OIM de 2007, constitue la principale enceinte de dialogue de l'organisation ; participent les Etats membres et observateurs de l'organisation, les organisations internationales et les ONG, les migrants, le secteur des médias, et le secteur académique ou privé. Ce dialogue consiste en un échange d'expériences et de pratiques afin de répondre aux défis actuels de la gouvernance mondiale des migrations, et il est guidé chaque année par un thème de discussion convenu par des consultations informelles. Les conclusions de chaque Dialogue font l'objet d'une publication dans International Dialogue on Migration Series. Ce mécanisme a joué un rôle pionnier pour la réunion des parties-prenantes sur la question des migrations¹³⁰⁰.

La deuxième initiative de l'année 2001, l'*Initiative de Berne*, a été lancée par l'Office fédéral suisse des réfugiés afin de renforcer le dialogue et la coopération avec les pays d'origine et de transit, et d'élaborer, dans le cadre d'un processus consultatif, des mécanismes pour une meilleure gestion des migrations au niveau régional et mondial à partir des perceptions

¹³⁰⁰ <http://www.iom.int/jahia/Jahia/international-dialogue-migration/lang/en> et <http://www.iom.int/cms/fr/sites/iom/home/what-we-do/international-dialogue-on-migrat.html>, consultés le 6 mars 2014.

communes auxquelles sont parvenus les Etats¹³⁰¹. Ainsi l'*Agenda international pour la gestion des migrations* a été adopté en 2005¹³⁰².

En 2003, deux autres enceintes universelles ont été créées : la *Commission globale pour les Migrations internationales* et le *Groupe de Genève*. La *Commission globale/mondiale* a été créée en 2003 par un groupe d'Etats en réponse au rapport Doyle demandé par le Secrétaire général des Nations Unies¹³⁰³. Son mandat consiste à placer les migrations internationales dans un agenda global destiné à toutes les parties-prenantes, à analyser les politiques migratoires et les liens entretenus avec d'autres domaines, et enfin à formuler des recommandations au Secrétaire général des Nations Unies¹³⁰⁴. Elle a rendu un rapport final le 5 octobre 2005 et a cessé ses fonctions le 31 décembre 2005¹³⁰⁵.

Le *Groupe de Genève*, quant à lui, a été créé par les chefs de secrétariats de plusieurs organisations, s'est élargi et est devenu, en 2006, le *Groupe Mondial sur les migrations*¹³⁰⁶. L'objet de ce groupe est de créer un espace de dialogue interinstitutionnel et d'améliorer la coordination des travaux liés aux migrations menés au sein des Nations Unies car les mandats des institutions membres du groupe se recoupent partiellement¹³⁰⁷.

Enfin, en 2006, s'est tenu le *Dialogue de Haut niveau sur les Migrations Internationales et le Développement* regroupant un grand nombre d'Etats, d'organisations internationales et de

¹³⁰¹ <https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2004/2004-12-09.html>, consulté le 6 mars 2014.

¹³⁰² OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, *op.cit.*, p.65.

¹³⁰³ M. W. DOYLE, *Report to the Secretary General on Migration*, New York, 2003, <http://www.un.org>.

¹³⁰⁴ <http://www.refworld.org/docid/416520fc4.html>, consulté le 6 mars 2013.

¹³⁰⁵ <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/what-we-do/migration-policy-and-research/migration-policy-1/global-commission-on-internation.html>, consulté le 6 mars 2014. AGNU, « Droits de l'homme des migrants », *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Promotion et protection des droits de l'homme : questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Soixante-huitième session, Point 69 b) de l'ordre du jour provisoire, A/68/283, §§15-19.

¹³⁰⁶ Le GMG a été créé par les chefs de secrétariat de l'OIM, de l'Organisation internationale du Travail (OIT), du Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH), de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), et de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC). Au début de 2006, le Groupe de Genève sur la migration a été élargi au Département des affaires économiques et sociales des Nations Unies (ONU-DESA), au Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), au Fonds des Nations Unies pour la population (FNUAP) et à la Banque mondiale. <http://www.iom.int/cms/fr/sites/iom/home/partnerships-1/global-migration-group.html>, consulté le 6 mars 2013.

¹³⁰⁷ Le Rapporteur spécial a félicité les travaux réalisés par ce Groupe mais l'invite à porter une plus grande attention aux droits de l'homme des migrants. AGNU, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Promotion et protection des droits de l'homme : questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *op.cit.*, §§46-48.

membres de la société civile, et à l'issue duquel le Secrétaire général de l'ONU a proposé la création d'un forum mondial sur les questions migratoires et le développement. Les Etats ont alors créé, en dehors du cadre de l'ONU, le *Forum mondial sur la migration et le développement*, et qui se tient chaque année depuis 2007. Il constitue l'enceinte de dialogue multilatéral bénéficiant de la plus grande lisibilité¹³⁰⁸. Un second *Dialogue de Haut niveau* s'est tenu en octobre 2013 et à l'issue duquel les Etats ont adopté la Déclaration du Dialogue de haut niveau sur les migrations internationales et le développement¹³⁰⁹.

Au niveau universel, la régularité de la concertation internationale, dans le cadre ou en dehors des Nations Unies, permet une approche dynamique et actualisée des questions migratoires. Elle a pour objet la meilleure gestion des migrations internationales, et la meilleure coordination des activités des différentes organisations. En effet, la multiplicité des mandats qui se recoupent partiellement empêchent leur lisibilité ; des travaux conjoints permettent également d'éviter la multiplicité des interventions sur un même sujet. La concertation régionale, quant à elle, permet une approche plus subsidiaire des questions migratoires par la mise en lumière des difficultés locales spécifiques.

156. La concertation internationale à l'échelle régionale. Le mécanisme le plus pertinent concerne sans doute les *Processus consultatifs régionaux* (PCR) de l'OIM. Ils visent à créer, au niveau régional, une structure de dialogue et d'échange, sans que les Etats ne soient contraints de prendre des engagements officiels, même si des recommandations sont souvent adoptées. L'objectif est de parvenir à une conception commune de la gestion régionale de la migration. Le premier PCR a eu lieu en 1985, mais ce mécanisme s'est développé surtout à partir de 1995. L'OIM participe en tant que membre, partenaire ou observateur dans la plupart des PCR¹³¹⁰. La participation à des réunions dont l'ordre du jour est déterminé de manière souple, est ouverte aux Etats de la région qui le souhaitent, et des acteurs non-étatiques peuvent être invités à participer. Le nombre restreint de participants marque la réussite de ces mécanismes. Concernant les migrations de main-d'œuvre, ces processus ne conduisent pas à

¹³⁰⁸ *Ibid*, §49. Voir également, OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op.cit, Encadré Intro. 2.

¹³⁰⁹ AGNU, Déclaration du Dialogue de haut niveau sur les migrations internationales et le développement, Soixante-huitième session, Point 21 e) de l'ordre du jour Mondialisation et interdépendance : migrations internationales et développement, 1^{er} octobre 2013, A/68/L.5.

¹³¹⁰ <http://www.iom.int/jahia/Jahia/regional-consultative-processes/lang/en>, consulté le 6 mars 2014. Pour plus de détails sur l'activité des conseillers régionaux qui interviennent en parallèle des PCR, voir OIM, *Rapport du Directeur général sur les travaux de l'Organisation pour l'année 2010*, 9 juin 2011, 100e session, Doc. MC/2314, p.8 et s.

l'ouverture des marchés régionaux du travail, mais ils facilitent les mouvements de personnes par l'assouplissement des conditions d'octroi de visas, et ils se concentrent sur la protection et la formation des travailleurs. Malgré le succès de ces processus, force est de constater que le nombre de PCR portant sur la mobilité internationale de la main d'œuvre reste limité, et il est difficile d'évaluer leur impact sur les politiques migratoires nationales en raison de leur caractère non normatif¹³¹¹.

Parmi les PCR les plus connus, on peut notamment citer la *Conférence régionale sur la migration*, dite « Processus de Puebla », créée en 1996. Elle regroupe le Canada, les Etats-Unis d'Amérique, le Mexique et les pays d'Amérique centrale, et se concentre sur la politique migratoire, les droits des migrants et le développement. On peut également citer le *Dialogue sur la migration en Afrique australe* (MIDSA) créé en 2000, qui comprend l'Afrique du Sud, le Botswana, la République démocratique du Congo et douze autres pays d'Afrique australe. Le MIDSA concerne essentiellement la gestion des frontières, la santé, le développement, les droits des migrants, le retour et la réadmission, et la traite des êtres humains. Pour la région Asie on peut citer les *Consultations ministérielles sur l'emploi à l'étranger et le travail contractuel pour les pays d'origine en Asie* dites « Processus de Colombo », qui se concentrent sur trois thèmes : la protection des migrants vulnérables et l'apport de services d'appui ; l'optimisation des avantages de la migration organisée de main-d'œuvre ; et le renforcement des capacités, la collecte des données et la coopération interétatique. Ces consultations, qui ont été instaurées en 2003, regroupent l'Afghanistan, le Bangladesh, la Chine, l'Inde, l'Indonésie, le Népal, le Pakistan, les Philippines, le Sri Lanka, la Thaïlande et le Viet Nam. De plus, certains pays de destination, comme l'Arabie saoudite, Bahreïn, les Emirats Arabes Unis, l'Italie, le Koweït, la Malaisie, le Qatar et la République de Corée (Corée du Sud) ont participé en tant qu'observateurs aux consultations ministérielles de septembre¹³¹².

A côté des PCR, d'autres concertations peuvent avoir lieu. Par exemple, on peut citer la tenue d'un *Forum ibéro-américain sur la migration et le développement* en 2010 à San Salvador, regroupant les fonctionnaires des 22 pays hispanophones et lusophones membres du Secrétariat Général Ibéro-américain (SEGIB). Les discussions se sont concentrées sur les conséquences de la crise économique sur les migrants et leurs familles. La réunion ministérielle du SEGIB de 2011 avait pour thème « migration et main-d'œuvre : une

¹³¹¹ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, op.cit., pp.398-399.

¹³¹² *Ibid*, encadré 13.4.

responsabilité partagée entre les Etats »¹³¹³. L'Amérique latine discute également des questions migratoires par le biais d'un dialogue interrégional avec l'Union européenne dans le cadre du *Dialogue Structuré UE-CELAC sur la Migration*¹³¹⁴. Le Conseil de l'Europe, quant à lui, a lancé une plate-forme politique sur les migrations en vue de stimuler le dialogue avec les pays d'origine, notamment les pays d'Asie et d'Afrique¹³¹⁵.

En dépit de leur caractère informel et non-normatif, ces enceintes de discussions n'apparaissent-elles pas comme un atout dès lors qu'elles permettent la participation du plus grand nombre autour d'un sujet politiquement sensible ? Si la lenteur semble caractériser la prise de décision dans le cadre de ces enceintes de discussions, sans doute s'oriente-on vers un chemin plus sûr pour une protection plus efficace des travailleurs migrants. A ce titre, l'action de la société civile occupe une place particulière.

B. Le rôle de la société civile dans la défense des droits des travailleurs étrangers

157. Les membres de la société civile : acteurs premiers de la défense des droits des travailleurs migrants. La notion de société civile renvoie au secteur associatif, aux organisations communautaires, aux ONG, aux organisations religieuses, professionnelles et intellectuelles, et aux médias. Elle désigne un ensemble hétérogène de mouvements et d'associations qui s'efforcent, dans les arènes nationales ou internationales, à faire pression sur les Etats afin de les inciter à modifier leur politique concernant les enjeux mondiaux, mais aussi à propos de problèmes plus localisés. La notion de société civile renvoie à l'idée que la société peut s'organiser et participer aux systèmes de décision collective, au même titre que les acteurs publics¹³¹⁶. L'objet de ce paragraphe va être de démontrer, par l'analyse de certains exemples, et sans rechercher une identification exhaustive des parties-prenantes de la société civile, le rôle que peuvent être amenés à jouer les acteurs dans la défense des droits des travailleurs migrants.

¹³¹³ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011*, op.cit., p.68.

¹³¹⁴ http://www.eeas.europa.eu/la/migration/index_en.htm, consulté le 6 mars 2014.

¹³¹⁵ CM(2004)158.

¹³¹⁶ O. NAY (dir.), op. cit., pp.505-506.

a) *Le rôle des associations privées.* Comme le souligne le BIT, l'action des ONG et syndicats est potentiellement la plus importante¹³¹⁷. Nous avons déjà évoqué l'action des syndicats dans la partie précédente, à propos du droit syndical des travailleurs migrants ; nous nous réfèrerons donc à cette partie de notre étude (voir le point n°100).

A propos des associations, elles aident concrètement les migrants à surmonter les difficultés qu'ils rencontrent (renouvellement de titres de séjour et autres démarches administratives, accès aux droits, soutien juridique, matériel et financier), chaque association ayant souvent un domaine d'action limité. Mais leur action peut aussi être tournée vers des projets régionaux et sous-régionaux¹³¹⁸. De manière générale, les associations privées jouent un rôle majeur et tentent régulièrement de sensibiliser l'opinion publique¹³¹⁹. On peut citer, par exemple, le fait que plus de 50 ONG aient le statut d'observateur auprès de l'OIM¹³²⁰, participent à son Conseil et au Dialogue international sur la migration ou à diverses consultations, et établissent une coopération programmatique sur le terrain avec l'organisation. Les ONG peuvent intervenir comme collaborateurs, fournisseurs de services, réalisateurs de projets ou donateurs ou comme bénéficiaires. Les domaines principaux de coopération concernent la lutte contre la traite, la protection de la santé, l'aide au retour, défense des droits humains de migrants, la gestion de situations d'urgence, ou encore la gestion des mouvements migrations et l'assistance pour les migrations de main-d'œuvre. Dans ce dernier cadre, les ONG participent à la promotion de la migration régulière de main-d'œuvre, à la lutte contre la migration irrégulière, à la stimulation du développement économique et social des pays d'origine, de transit et de destination, et à la garantie du respect des droits et de l'intégrité des travailleurs migrants¹³²¹. Comme le soulignait G. Ress lors du colloque de la SFDI de 1997 à propos des ONG : « *on ne peut nier leur importance considérable et leur efficacité. Mais il y a un autre phénomène : celui de l'« internationalisme » de ces organisations non-gouvernementales [...] qui ont pour but la sécurité du monde et le respect de la Déclaration universelle des droits de l'homme* ». L'auteur allait même jusqu'à proposer la reconnaissance de la qualité de sujet de droit aux ONG, ne serait-ce que pour des droits très particuliers, en raison de leur statut

¹³¹⁷ BIT, *Travailleurs migrants*, *op.cit.*, §78 et s.

¹³¹⁸ *Ibid*, §81.

¹³¹⁹ R. CHIROUX, « Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales », *op.cit.*, p.36.

¹³²⁰ La coopération des ONG avec l'organisation trouve sa justification à l'article premier, paragraphe 2 de sa Constitution qui dispose que « *l'Organisation coopère étroitement avec les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales concernées par les questions de migration, de réfugiés et de ressources humaines afin, entre autres, de faciliter la coordination des activités internationales en ces domaines. Cette coopération s'exercera dans le respect mutuel des compétences des organisations concernées* ».

¹³²¹ Pour plus de détails, voir <http://www.iom.int/jahia/Jahia/ngos/lang/fr>, consulté le 6 mars 2014.

consultatif auprès d'organisations internationales et de leur capacité à introduire certaines requêtes ou réclamations dans l'ordre juridique international¹³²².

b) Le rôle des Eglises. Les Eglises et autres organisations religieuses sont également parties-prenantes dans la défense des droits des travailleurs migrants. Dès 1951, le Saint-Siège a créé la *Commission internationale Catholique pour les Migrations* (CICM), une organisation internationale qui agit en faveur des personnes qui se déplacent. Elle se compose des Conférences épiscopales catholiques et des Assemblées épiscopales de statut similaire, notamment celles des pays concernés par les questions de migration et de réfugiés. Depuis 2008, la CICM est dotée de la personnalité juridique publique canonique. Ses interventions en faveur des migrants sont multiples¹³²³. Mais l'Eglise catholique peut également intervenir auprès d'autres organisations internationales. En 2004 par exemple, lors de la tenue de la CIT, l'observateur du Saint-Siège, soutenu par le groupe des travailleurs, a exprimé qu'il « regrettait la tendance à percevoir les migrants comme une menace pour la sécurité nationale et exhortait les gouvernements à faire dépendre les questions relatives aux migrations de main-d'oeuvre du ministère du Travail plutôt que du ministère de l'Intérieur ». Il a insisté sur la complémentarité des instruments de l'OIT et la Convention de l'ONU de 1990, en précisant qu'il serait une perte de temps de vouloir mettre à jour les instruments de l'OIT¹³²⁴. Mais l'Eglise catholique, tout comme d'autres Eglises, est également présente sur le terrain. Par exemple en Thaïlande en 2011, elle a participé à l'accueil des migrants en situation de chômage forcé à cause des inondations¹³²⁵. Elle est également très présente en Libye auprès des travailleurs migrants venus des pays arabes, d'Europe de l'Est, d'Asie et d'Afrique Sub-Saharienne¹³²⁶. Mais l'implication des Eglises est loin d'être homogène selon les régions.

¹³²² G. RESS, « La protection des droits de l'homme et les acteurs internationaux », in SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1998, p.302.

¹³²³ Pour plus de détails, voir Commission internationale catholique pour les migrations, *Document de présentation*, janvier 2009, consultable sur :

http://www.icmc.net/system/files/1/icmc_presentation_file_0901_fr_hd_pdf_90386.pdf.

¹³²⁴ CIT, *Rapport de la Commission des travailleurs migrants, Sixième question à l'ordre du jour: Travailleurs migrants (discussion générale fondée sur une approche intégrée)*, op.cit., §32.

¹³²⁵ Pour plus de détails, voir <http://eqlasie.mepasie.org/asia-du-sud-est/thaïlande/2019eglise-catholique-participe-a-2019accueil-des-travailleurs-migrants-mis-au-chomage-force-du-fait-des-inondations>, consulté, le 6 mars 2014.

¹³²⁶ Selon P. Jean Forgeat, directeur adjoint du Service national de la Mission universelle de l'Église « Mgr Martinelli (NDLR : vicaire apostolique de Tripoli) avait dit qu'il s'agissait d'un des grands soucis de l'Église, plus que le culte, et que le régime lui laissait le champ libre dans ce domaine ». http://www.la-croix.com/Actualite/S-informer/Monde/L-Eglise-catholique-lance-un-appel-en-faveur-des-migrants-erythreens-_NG_-2011-03-01-564253, consulté le 6 mars 2014.

c) *Le rôle des médias.* Le dernier acteur sur lequel nous nous arrêtons concerne le secteur des médias. Ce dernier exprime une certaine perception des migrants, par la représentation des intérêts d'un groupe social, à travers la polémique pour ou contre les migrations, ou encore par la diffusion d'« information migratoire », peu important l'image positive ou négative véhiculée mais diffusée pour son côté « spectaculaire »¹³²⁷. Nous évoquerons ici trois initiatives positives pour la défense des droits des migrants. Tout d'abord, en Amérique latine, le feuilleton radiophonique « Pueblo de Paso » a été lancé en 2006, afin de sensibiliser le public à la migration et au respect des droits des migrants, en luttant contre les stéréotypes¹³²⁸. Deuxièmement, les médias sociaux permettent de dépasser les frontières en laissant circuler les informations et idées en temps réel ; à ce titre on peut citer la création du site « Migration et intégration »¹³²⁹, qui constitue une tribune virtuelle originale regroupant les bonnes pratiques en matière d'intégration, des points d'actualité ou encore des forums de discussion¹³³⁰. Et enfin troisièmement, l'OIM a créé une « Unité des médias et de l'information » qui est le principal interlocuteur des médias ; elle rédige des notes de presse, des articles et réalise des vidéos d'informations diffusées par le biais du site Internet de l'OIM¹³³¹.

Ces exemples nous montrent que les membres de la société civile sont des interlocuteurs privilégiés des travailleurs migrants et jouent un rôle quotidien concret dans la défense de leurs droits, et dans la diffusion des images véhiculées.

Conclusion du Chapitre II :

Nous avons mis en évidence dans ce chapitre que le suivi international de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants s'effectuait dans le cadre de mécanismes souples et non contraignants : les procédures des rapports périodiques. Leur caractère non contraignant, qui permet toutefois un regard sur le comportement des Etats, a conduit au développement de modalités d'assistance auprès des Etats afin de contourner partiellement des difficultés de

¹³²⁷ L. MARMORA, *op.cit.*, p. 62.

¹³²⁸ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011, op. cit.*, Encadré 4, p.35.

¹³²⁹ <http://www.unaoc.org/ibis/>

¹³³⁰ OIM, *Etat de la migration dans le monde 2011, op. cit.*, Encadré 5, p.36.

¹³³¹ OIM, *Rapport du Directeur général sur les travaux de l'Organisation pour l'année 2010, op. cit.*, §99.

mise en œuvre des instruments internationaux. Surtout, les droits des travailleurs migrants font l'objet de mécanismes de promotion réguliers, originaux et dynamiques. Mais la promotion est-elle réellement un moyen efficace de parvenir à l'effectivité des droits des travailleurs migrants ?

Prosper Weil a vigoureusement dénoncé la « dilution de la normativité » et s'est employé à réhabiliter l'obligation comme étant le seul critère du droit, et la volonté de l'Etat comme sa seule source¹³³² Au contraire, Norberto Bobbio considère que, si au sein des Etats libéraux « *l'image traditionnelle du droit [consiste] en un ordre protecteur- répressif* », s'exprimant par l'énoncé d'interdictions et de sanctions, le passage progressif à l'Etat-providence a pour conséquence que « *dans l'ordre juridique contemporain, l'utilisation des techniques d'encouragement est de plus en plus fréquente* »¹³³³. La fonction promotionnelle du droit se définit comme « *l'action que le droit réalise grâce à l'instrument des « sanctions positives », c'est-à-dire grâce à des mécanismes, génériquement désignés sous le nom d'“incitations”, qui visent à promouvoir la réalisation d'actes socialement désirés plutôt que d'empêcher les actes socialement indésirables. [...] Cette fonction n'est pas nouvelle. Ce qui est nouveau c'est l'extension qu'elle a eu et qu'elle continue d'avoir dans l'Etat contemporain* »¹³³⁴. Par ailleurs, le caractère non-obligatoire ne doit pas être confondu avec la non-juridicité, et les Etats restent liés par le principe général de bonne foi¹³³⁵. La part promotionnelle du droit est sans doute encore plus frappante dans l'ordre juridique international, et dans le cadre de la protection des travailleurs particulièrement. Il n'en demeure pas moins que le droit promotionnel constitue un outil indéniable d'effectivité. Toutefois, l'effectivité des droits des travailleurs migrants nécessite également de pouvoir accéder à un tribunal ; si le droit de recours ne constitue pas le seul moyen d'assurer le respect des droits, l'absence de justiciabilité des droits diminue le nombre de mécanismes dont disposent des victimes pour déposer un recours et obtenir réparation, elle amoindrit le devoir des États de rendre des comptes, affaiblit la dissuasion et favorise l'impunité¹³³⁶. A ce titre, le développement du droit international des droits de l'homme a permis d'apporter des remèdes à la difficile justiciabilité des droits des travailleurs migrants.

¹³³² P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », *RGDIP*, 1982, p.9 et 16.

¹³³³ N. BOBBIO, *De la structure à la fonction : nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012, p.52.

¹³³⁴ *Ibid*, p.36.

¹³³⁵ P. DAILLIER, *et al.*, *op.cit.*, p.4.

¹³³⁶ Commission internationale des juristes, *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels*, *op.cit.*, p.4.

TITRE II : LES DROITS DE L'HOMME AU SECOURS DE LA JUSTICIABILITE DES DROITS DU TRAVAILLEUR MIGRANT

Le terme de justiciabilité, dont l'origine est anglo-saxonne, désigne ce qui est propre à être examiné par des juges. Selon Diane Roman, la justiciabilité, qui est la conséquence du droit au recours, réunirait deux caractéristiques : la capacité intrinsèque du droit à être garanti par un juge, et la possibilité formelle qu'il existe un juge pour en connaître¹³³⁷. Si les droits sont justiciables, les personnes qui se considèrent victimes de la violation de leurs droits peuvent porter plainte devant un organe indépendant et impartial, demander une réparation appropriée, et, si la violation est avérée ou risque de se produire, obtenir que le recours soit effectif¹³³⁸. La justiciabilité des droits désigne la capacité des tribunaux de connaître de l'allégation de leur violation par les victimes¹³³⁹.

Dans cette partie de notre étude nous nous intéresserons au développement de la capacité processuelle des travailleurs migrants sur la scène juridique internationale. Dans quelle mesure les travailleurs migrants peuvent-ils accéder directement ou non à des juridictions internationales ? De quelle manière leurs droits sont-ils garantis ?

Nous remarquerons que les instruments internationaux spécifiques à la protection des droits des travailleurs migrants ainsi que les instruments non spécifiques énonçant des droits sociaux, notamment des droits liés au travail - travail qui pour rappel constitue le motif premier de la migration de main-d'œuvre-, offrent peu de mécanismes de contrôle ou des mécanismes limités. Toutefois, le développement du droit international des droits de l'homme, qui dépasse la distinction national/étranger au profit de l'individu offre des voies de recours complémentaires (Chapitre I). Le droit international des droits de l'homme ne constitue pas la seule branche du droit international qui a permis de développer considérablement les droits des travailleurs migrants. Le droit de l'Union européenne, notamment, via la jurisprudence dynamique de la Cour de Justice, constitue sans doute un modèle en matière d'égalité de traitement. Nous nous concentrerons cependant sur le

¹³³⁷ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op. cit.*, pp.5-6.

¹³³⁸ Commission internationale de Juristes, *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels*, *op.cit.*, p.1.

¹³³⁹ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op. cit.*, p.6.

développement des droits de l'homme qui a donné le jour à de nombreux mécanismes de réclamation directs, lesquels contribuent au renforcement de la justiciabilité des droits des travailleurs migrants dans leur ensemble (Chapitre II).

CHAPITRE I : LA DISPONIBILITE DE VOIES DE RECOURS COMPLEMENTAIRES

Le développement de l'accès des travailleurs migrants à la justice internationale se caractérise traditionnellement par des faiblesses institutionnelles (Section I). Cependant, le droit international des droits de l'homme, qui offre des mécanismes plus généraux, permet progressivement l'accès à des voies de recours individuelles plus abouties (Section II).

SECTION I : Les faiblesses institutionnelles de la justiciabilité des droits des travailleurs migrants

Les travailleurs migrants, en tant que personnes privées, n'ont pas d'accès direct à la justice internationale tant que les Etats n'ont pas accepté de leur reconnaître des voies de recours. L'existence de cette capacité, qui dépend de l'acceptation souveraine des Etats de se soumettre à des mécanismes de contrôle, révèle une réelle variabilité géographique de l'accès à la justice internationale, selon le pays dans lequel se trouve le travailleur migrant. Le premier mécanisme traditionnel pour protéger les intérêts des personnes privées à l'étranger est la protection diplomatique. Elle a connu des évolutions jurisprudentielles mais reste supplétive et occasionnelle (§1). D'autres mécanismes vont être progressivement mis en place au profit des travailleurs en général, et dont vont pouvoir bénéficier les travailleurs étrangers. Toutefois, ils ne vont concerner que des voies de recours indirectes (§2).

§1- Un mécanisme supplétif occasionnel : la protection diplomatique

Selon l'article 1^{er} du projet d'articles de la CDI, la protection diplomatique se définit comme « *l'invocation par un Etat, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit Etat à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité* »¹³⁴⁰. Les ressortissants

¹³⁴⁰ CDI, *Projet d'articles sur la protection diplomatique*, 58e session, 2006, A/61/10, p.24.

d'autres pays ne sont en principe pas concernés¹³⁴¹. Si ce mécanisme est difficile à actionner (A), il reste cependant aujourd'hui pertinent (B).

A. Un mécanisme difficile à actionner

158. Un endossement des réclamations à la discrétion des Etats. En droit international coutumier, l'endossement de la réclamation de la violation des droits d'un individu par un Etat est en principe ouvert exclusivement à l'Etat national¹³⁴². Certains régimes conventionnels permettent toutefois de dépasser cette condition de nationalité, notamment dans le cadre des recours interétatiques devant la CEDH¹³⁴³. Nous réserverons la présente analyse aux aspects coutumiers du sujet.

La question de l'endossement de la réclamation de son national par un Etat suppose préalablement l'épuisement des voies de recours internes par son ressortissant dans l'Etat en cause, sauf en l'absence de voies de recours disponibles et efficaces¹³⁴⁴. Mais la question qui nous intéresse ici est celle du pouvoir discrétionnaire de l'Etat pour endosser les réclamations des travailleurs migrants. En effet, traditionnellement, l'Etat reste libre d'endosser une réclamation privée, comme l'a jugé la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* : « *L'Etat doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce* »¹³⁴⁵. L'absence de droit à la protection diplomatique dans l'ordre juridique

¹³⁴¹ CPJI, 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, série A/B, n°76, p. 16 ; CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Compagny Limited (nouvelle requête)*, Rec. 1970, p.33. Le critère de la nationalité souffre cependant quelques exceptions.

¹³⁴² J. DUGARD, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, CDI, 52^e session, A/CN.4/506, 7 mars 2000, article 1^{er}, p. 9, consultable sur : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/330/77/PDF/N0033077.pdf?OpenElement>, consulté le 18 avril 2014.

¹³⁴³ L'article 33 de la CESDH dispose en effet que « *Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses Protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante* ».

¹³⁴⁴ Les développements récents relatifs à la protection des droits individuels dans le cadre de la protection diplomatique n'infléchissent pas cette condition. J.-F. FLAUSS, « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique ? », in J.-F. FLAUSS, *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles Bruylant – Nemesis, Coll. Droit et Justice n°43, 2003, p.34 et S.

¹³⁴⁵ CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power Compagny Limited, Belgique c. France*, Rec. 1970, p.44.

international n'exclue toutefois pas qu'il en aille autrement en droit interne¹³⁴⁶. Ce caractère discrétionnaire dans l'ordre international a suscité de nombreuses critiques en raison des abus qu'il a pu entraîner, notamment il a été accusé de servir des intérêts impérialistes foncièrement inégalitaires, et de justifier la politique de la diplomatie du dollar des Etats les plus puissants¹³⁴⁷. Faisant part de son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction* de 1970, le juge Padilla-Nervo a estimé que « *l'histoire de la responsabilité des Etats en matière de traitement des étrangers est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des Etats faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées* »¹³⁴⁸.

Dès lors, on peut se demander si la violation des droits des travailleurs migrants suscite une réelle identification de leur Etat national au point d'endosser leur réclamation, notamment lorsque les enjeux politiques ou financiers ne seraient pas considérés comme prioritaires. Le nombre et la précarité des migrants mexicains en situation irrégulière aux Etats-Unis, est sans doute à l'origine de la demande d'avis plusieurs fois citée du Mexique à la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹³⁴⁹.

De manière plus générale, la violation de droits fondamentaux lie-t-elle aujourd'hui l'Etat national ? Selon Jean-François Flauss, les traités relatifs à la protection des droits de l'homme n'affirment en aucun cas un droit individuel à la protection diplomatique. Ce, même dans l'hypothèse de la violation des normes de *jus cogens*, contrairement à ce qu'a suggéré John Dugard à l'article 4§19 de son premier rapport sur la protection diplomatique, disposition qui comporte d'ailleurs plusieurs exceptions¹³⁵⁰. Il semblerait alors que l'incursion du droit

¹³⁴⁶ CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power Company Limited, Belgique c. Espagne*, Rec. 1970, §78.

¹³⁴⁷ Voir S. N. GUHA ROY, « Is the Law of Responsibility of States for injuries to Aliens a Part of Universal International Law? », *AJIL*, 1961, pp.863-891.

¹³⁴⁸ Opinion individuelle du juge Padilla-Nervo jointe à l'arrêt du 5 février 1970 de la CIJ rendu dans l'affaire *Barcelona Traction Light and Power Company Limited, Belgique c. Espagne*, Rec. 1970, p.246. V. CHETAIL, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états », *op.cit.*, p.37 et s.

¹³⁴⁹ CourIADH, avis consultatif du 17 septembre 2003, *Condición Jurídica y Derechos de la Migrantes Indocumentados*, Série A n°18.

¹³⁵⁰ Dans le rapport, cette obligation pour les Etats d'exercer la protection diplomatique en cas de violation d'une norme impérative à l'encontre de son ressortissant est consacrée de manière subsidiaire puisqu'elle ne vise que les victimes qui seraient privées de voies d'action devant une instance internationale à caractère juridictionnel, ce qui concerne toutefois un nombre important de personnes. De même, le rapport prévoit que l'Etat national serait déchargé de cette obligation lorsqu'un autre Etat aurait assuré la protection diplomatique à l'égard de la victime, ou que la victime a la nationalité effective et dominante de la personne censée agir. Enfin une clause échappatoire prévoit que l'Etat national peut se soustraire à son obligation « *lorsque celle-ci mettrait sérieusement en danger ses intérêts majeurs ou ceux de ses citoyens* ». Il faut ajouter à cela que malgré

international des droits de l'homme dans la protection des travailleurs migrants, ne remette pas en cause le caractère discrétionnaire de la protection diplomatique. Toutefois, les droits de l'homme permettent d'étoffer le contenu matériel des droits opposables à l'Etat d'accueil et dont la violation peut conduire à l'action en protection diplomatique.

159. Variabilité matérielle des droits opposables, objet de la violation. La définition de la protection diplomatique révèle que l'Etat ne peut endosser la réclamation de son national que si celui-ci allègue avoir été victime d'un fait internationalement illicite. Or un fait n'est illicite que s'il constitue une violation de la légalité opposable à l'Etat en cause¹³⁵¹. Il faut à ce stade rappeler la liberté souveraine qu'ont les Etats d'adopter des instruments internationaux. Outre la dimension bilatérale, régionale ou universelle des instruments, la carte mondiale des ratifications des traités protecteurs des droits des travailleurs migrants est très variable. Un minimum commun est toutefois opposable aux Etats : le « standard minimum de traitement » dont le contenu est de nature coutumière, et que nous avons déjà analysé¹³⁵². Rappelons que ce contenu est évolutif ; le traitement que chaque Etat est en droit de réclamer pour ses nationaux qui se trouvent dans un autre pays est dégagé des principes relatifs aux droits de l'homme qui se développent et se consolident¹³⁵³. On pourrait également s'interroger sur l'opposabilité des droits sociaux fondamentaux dont la nature coutumière est affirmée de manière croissante¹³⁵⁴. Il existe donc un régime général coutumier opposable à tous les Etats¹³⁵⁵, auquel peuvent s'ajouter des régimes conventionnels particuliers liant les Etats qui les ont ratifiés.

L'évolution du champ *ratione materiae* de la protection diplomatique concernant les règles primaires du droit international applicables au traitement des étrangers, est admise pour la

d'importants développements jurisprudentiels, la catégorie des normes de *jus cogens* souffre une certaine imprécision. J.-F. FLAUSS, « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique ? », *op.cit.*, p. 49s. Voir également S. TOUZE, *op. cit.*, p.259 et s.

¹³⁵¹ CDI, *Projet d'article sur la Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), 2001, art. 1 et 2.

¹³⁵² Voir points 63 et s. de l'étude.

¹³⁵³ L. CONDORELLI, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », in J.-F. FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles Bruylant – Nemesi, Coll. Droit et Justice n°43, 2003, p. 20. Sur la place des droits individuels protégés à côté des droits propres de l'Etat nous nous référerons à la Partie II, Chapitre I, Section I.

¹³⁵⁴ Voir les points 87 et 88 de l'étude.

¹³⁵⁵ Pour plus de détails voir M. BENNOUNA, « La protection diplomatique : du standard minimum de traitement des étrangers aux droits de l'Homme », in A. CONSTANTINIDES, N. ZAIKOS (dir.), *The diversity of international law : essays in honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp.481-486.

première fois explicitement par la Cour dans l'affaire *Diallo*. En effet, dans son *obiter dictum*, la Cour précise qu'« *en raison de l'évolution matérielle du droit international au cours de ces dernières décennies, dans le domaine des droits reconnus aux personnes, le champ d'application ratione materiae de la protection diplomatique, à l'origine limité aux violations alléguées du standard minimum de traitement des étrangers, s'est étendu par la suite pour inclure notamment les droits de l'homme internationalement garantis* »¹³⁵⁶. Selon Olivier de Frouville, il n'est plus nécessaire que les droits individuels soient indissociables ou interdépendants des droits étatiques ; tous les droits individuels, conventionnels ou coutumiers, peuvent faire l'objet d'une action en protection diplomatique, qu'ils soient consacrés dans des instruments de droits de l'homme ou non¹³⁵⁷.

Malgré la rareté de l'utilisation du mécanisme de la protection diplomatique en raison des conditions strictes de son déclenchement, il reste encore nécessaire à la protection des droits des étrangers.

B. Un mécanisme encore nécessaire

160. La reconnaissance variable de voies de recours alternatives. Selon Luigi Condorelli, « *autrefois institution centrale du système des relations interétatiques, la protection diplomatique est généralement perçue aujourd'hui comme une sorte de vieil outil désormais rarement utilisé et promis sans doute très prochainement à un rangement définitif au grenier des concepts d'antan. [...] D'autres mécanismes, moins suspects, existent maintenant, nous dit-on : des mécanismes dont la mise au point est due à une évolution importante du système international concernant le statut des individus* »¹³⁵⁸. Le droit d'ester en justice, au niveau interne, fait partie des principes coutumier qui composent le principe du traitement international des étrangers¹³⁵⁹. Le Professeur Condorelli précise que, *a priori*, tandis que la protection diplomatique s'inscrit dans le cadre de la protection des nationaux qui ne

¹³⁵⁶ Arrêt, p.17, §39, cité par O. DE FROUVILLE, « Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République De Guinée C. République Démocratique Du Congo). Exceptions Préliminaires : Le Roman Inachevé de la Protection diplomatique », *op.cit.*, p.304.

¹³⁵⁷ *Ibid*, p.305.

¹³⁵⁸ L. CONDORELLI, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », *op.cit.*, p.3.

¹³⁵⁹ S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, *op.cit.*, p.172.

bénéficient pas de voies de recours efficaces au sein de l'Etat d'accueil, les conventions protectrices du droit international des droits de l'homme visent la protection des individus soumis à la juridiction d'un Etat, indépendamment de leur nationalité.

Par ailleurs, la reconnaissance dans l'ordre juridique international de voies de recours au profit de l'individu a une influence directe sur le droit de réclamation de l'Etat national puisque si l'individu saisit une juridiction, il faudra attendre que cette dernière ait statué. Dans cette hypothèse, l'Etat national ne pourra exercer son droit de recours que si son ressortissant n'a pas obtenu la garantie de ses droits ou si l'Etat auteur de la violation ne s'est pas conformé à la décision de l'organe qui a statué¹³⁶⁰.

Concernant l'objet des différentes procédures, Carlo Santulli précise que les procédures d'action directe des personnes privées dans l'ordre juridique international tendent au moins en apparence à la réalisation des mêmes règles que dans le cadre d'actions en protection diplomatique. Selon l'auteur, il n'y a en effet pas de répartition *ratione materiae* entre les différents types de procédure. Si le traitement des étrangers est le terrain d'élection de la protection diplomatique, le droit international des droits de l'homme et le droit des investissements constituent le champ privilégié de l'action directe des sujets internes. Toutefois, malgré une proximité fonctionnelle des procédures, l'action du sujet interne est moins susceptible de considérations politiques¹³⁶¹.

En raison du développement du droit de recours individuel, la protection diplomatique ne conserverait alors sa pertinence qu'à l'égard des règles internationales relatives au traitement des étrangers qui ne relèvent pas des droits de l'homme, telles que les règles relatives au droit d'établissement, à l'accès au marché du travail ou encore à l'imposition fiscale. Pourtant, le nombre d'instruments internationaux créant des recours internationaux sont limités, de sorte que seule une poignée d'individus peut en bénéficier. Dès lors, il convient de renforcer la protection diplomatique en matière de droits de l'homme au lieu de vouloir l'affaiblir, car elle est complémentaire des mécanismes de droits de l'homme¹³⁶².

¹³⁶⁰ Cet argument a été retenu dans les rapports de la CDI présentés par F. V. GARCIA AMADOR, *Troisième rapport sur la responsabilité internationale de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens étrangers*, Ann. CDI, 1958, vol. II, pp. 61-63, cité par S. TOUZE, *op.cit.*, p.178.

¹³⁶¹ C. SANTULLI, « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation. Eléments épars du statut international des sujets internes », *op.cit.*, pp.89-95.

¹³⁶² L. CONDORELLI, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », *op.cit.*, pp.19-20.

Par ailleurs, le droit de recours individuel, quand il existe, n'est pas toujours exclusif¹³⁶³. Il est parfois sans influence sur le droit de la réclamation étatique notamment quand le mécanisme de contrôle reste soumis à l'acceptation des Etats. De plus, la protection diplomatique vise aussi la protection de l'intérêt juridique de l'Etat, qui n'est pas prise en compte dans les mécanismes individuels. « *Autrement dit, le recours individuel et l'action en protection diplomatique n'ont ni la même portée, ni la même finalité et ne peuvent donc pas être envisagés en termes d'alternative ou de hiérarchie* »¹³⁶⁴. Aujourd'hui, la protection diplomatique reste donc un mécanisme nécessaire, toujours pertinent bien que moins utilisé.

161. Le recours à la protection diplomatique aujourd'hui. Si l'on retient la définition large de la protection diplomatique proposée par le professeur Condorelli, l'« action » en protection diplomatique peut se limiter au canal diplomatique mais peut aussi utiliser tout autre canal possible qui concerne un mode pacifique de règlement des différends. C'est ce que semble suggérer la définition retenue par la CDI dans son projet d'articles de 2006, puisque l'article 1^{er} se réfère à « *une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique* ». De même, la protection des intérêts particuliers ne doit pas nécessairement se limiter à une seule personne privée déterminée, car la libre-circulation des personnes et des biens se fait sur une toute autre échelle quantitative et qualitative ; la protection diplomatique peut alors concerner la défense des intérêts de plusieurs personnes, voire de catégories de ressortissants¹³⁶⁵. Ainsi entendue, la protection diplomatique semble donc concerner toute intervention d'un Etat auprès d'un autre Etat en vue de faire garantir les droits d'individus, notamment des travailleurs migrants en tant que catégorie de ressortissants.

L'auteur ajoute que la protection diplomatique ne s'inscrit pas seulement dans le cadre de la violation d'un fait internationalement illicite réalisé mais concerne également les « démarches » visant à prévenir les faits illicites dont leurs ressortissants risquent d'être victimes. Toutefois, ces démarches font parties de l'« univers » de la protection diplomatique, mais elles sont à distinguer de la notion traditionnelle de protection diplomatique¹³⁶⁶. La protection diplomatique peut donc concerner la voie diplomatique ou juridictionnelle, si un tribunal international est disponible et dont la compétence a été acceptée par les deux Etats. Selon Jean-François Flauss, aujourd'hui, les recours interétatiques ouverts devant les

¹³⁶³ Pour plus de détails, v. S TOUZE, *op.cit.*, pp.179-202.

¹³⁶⁴ *Ibid*, pp.203-204.

¹³⁶⁵ L. CONDORELLI, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », *op.cit.*, pp.5-6.

¹³⁶⁶ *Ibid*, p.7.

instances internationales sont utilisés comme substituts à la protection diplomatique. On peut citer à ce titre le recours interétatique devant la Cour de Justice de l'Union européenne, ou encore devant la Commission puis la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁶⁷. De même, l'article 36§1 de la Convention européenne des droits de l'homme réserve, dans le cas d'une saisine individuelle, un droit de tierce-intervention de l'Etat national du requérant¹³⁶⁸. Les recours interétatiques seraient donc à distinguer de la protection diplomatique au sens stricte.

Mais que l'on retienne une définition large ou stricte de la protection diplomatique, le Professeur de Frouville souligne que l'affaire *Diallo*, précédemment citée, démontre que les actions en protection diplomatique sont « *des institutions « résiduelles », qui ne trouvent à s'appliquer que dans des situations qui ne sont pas couvertes par un autre mécanisme spécial obligatoire (arbitral ou juridictionnel) de règlement des différends* » ; mais « *le « résidu » reste important et ce serait une erreur que de le remiser parmi les outils dont on n'a plus l'usage* »¹³⁶⁹.

La protection diplomatique reste donc un outil pertinent en matière de protection internationale des droits de l'homme, en l'absence de moyens et procédures efficaces. Les Etats peuvent ainsi intervenir lorsque leurs ressortissants ont été victimes de violations de leurs droits fondamentaux, comme l'atteste la requête introductive d'instance de la Guinée contre le Congo devant la Cour internationale de 1998¹³⁷⁰. Cependant, les modalités de recours qui sont créées dans l'ordre juridique international pour protéger les travailleurs, et dont vont pouvoir bénéficier les travailleurs migrants, offrent d'autres modalités de garanties de type contentieux, mais qui sont encore souvent indirectes.

¹³⁶⁷ Voir par exemple les affaires *Soering* du 7 juillet 1989, req. n°14038/88 ; *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, req. n° 25781/94 ; ou encore *Danemark c. Turquie*, décision sur la recevabilité du 8 juin 1999, req. n°34382/97, règlement amiable du 5 avril 2000.

¹³⁶⁸ J.-F. FLAUSS, « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique ? », *op.cit.*, pp.29-30.

¹³⁶⁹ O. DE FROUVILLE, « Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République De Guinée C. République Démocratique Du Congo). Exceptions Préliminaires : Le Roman Inachevé de la Protection diplomatique », *op.cit.*, p.297.

¹³⁷⁰ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République De Guinée C. République Démocratique Du Congo)*, Requête introductive d'instance, 28 décembre 1998, consultable sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/7175.pdf>, consultée le 19 avril 2014.

§2- Des modalités de recours imparfaites pour garantir la protection des « travailleurs »

Avant de commencer l'analyse des voies de recours disponibles pour protéger le migrant en tant que « travailleur », sans doute convient-il de mentionner que le seul mécanisme international créé spécifiquement pour contrôler ses droits, le Comité des travailleurs migrants, constitue l'un des rares comités conventionnels des Nations Unies qui n'est pas encore compétent pour recevoir des réclamations. Bien que les articles 76 et 77 de la Convention de New York de 1990 énoncent que les Etats parties peuvent d'adopter des déclarations reconnaissant la compétence du Comité pour recevoir des réclamations interétatiques ou individuelles, le nombre d'Etats ayant accepté cette compétence reste trop limité pour que ces procédures entrent en vigueur¹³⁷¹. La compétence facultative du le Comité a sans doute permis de contourner partiellement les obstacles à la ratification de la Convention. Pourtant, l'abstention des Etats à l'égard de cette compétence quasi-contentieuse exprime une nouvelle fois les réticences à se lier internationalement dans le domaine des migrations internationales.

Toutefois, d'autres voies de recours non spécifiques sont disponibles pour les travailleurs migrants, grâce à leur qualité de « travailleur », mais ces mécanismes sont imparfaits. En effet, ils sont indirects ; ils nécessitent la représentation d'une ONG ou d'un syndicat (A), et leurs décisions ne sont pas contraignantes (B). Tel est le cas des mécanismes de l'OIT et sur le Comité européen des droits sociaux (CEDS), sur lesquels nous concentrerons notre analyse.

A. La création de voies de recours indirectes

162. Les mécanismes de réclamation de l'OIT et le Comité européen des droits sociaux.

a) Les mécanismes de l'OIT. A côté de la procédure de rapports périodiques déjà analysée, le contrôle des normes de l'OIT est assuré par des mécanismes de protection qui peuvent être

¹³⁷¹ Selon les articles 76§2 et 77§8, pour entrer en vigueur, dix déclarations d'acceptation sont nécessaires pour chacun des mécanismes. Or, les Etats ayant effectué une telle déclaration pour l'un et/ou l'autre des articles précités sont le Guatemala (le 11 septembre 2007 pour les réclamations étatiques et individuelles), le Mexique (le 15 septembre 2008 pour les réclamations individuelles) et l'Uruguay (le 13 avril 2012, pour les réclamations individuelles) : https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=fr#Participants, consulté le 18 avril 2014.

soit généraux, soit particuliers. Les procédures générales concernent les « réclamations », en vertu des articles 24 et 25 de la Constitution, et les « plaintes », en vertu de l'article 26.

Des « réclamations » peuvent être présentées au Conseil d'administration par des organisations professionnelles à l'encontre d'un Etat pour violation d'une convention qu'il a ratifiée. Dans un premier temps, le Conseil d'administration peut (donc discrétionnairement) constituer une Commission tripartite qui invite l'Etat concerné à s'exprimer et à participer à l'examen de l'affaire. En cas de réponse non satisfaisante, le Conseil peut rendre publique la réclamation et la réponse.

La procédure de « plainte » peut être introduite par un Etat membre contre un autre Etat membre pour la violation d'une convention communément ratifiée. Un délégué à la conférence internationale peut également introduire une plainte. L'Etat est invité à s'exprimer. Dans le cadre des deux procédures, une Commission d'enquête, composée de trois membres nommés sur proposition du Directeur général, peut être constituée par le Conseil d'administration qui établira un rapport contenant éventuellement des recommandations, après un examen approfondi. Ce rapport sera communiqué par le Directeur général au Conseil d'administration et aux gouvernements intéressés au différend, et le Directeur en assure la publication. Chacun des gouvernements devra lui notifier s'il accepte ou non les recommandations, et dans la négative s'ils désirent soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, laquelle n'a pour l'instant jamais été saisie à ce titre¹³⁷².

La procédure particulière de l'OIT concerne la procédure de plainte en cas de violation de la liberté syndicale. En effet, la liberté syndicale a rapidement été identifiée comme droit fondamental au travail. Une procédure spéciale a alors été instaurée en 1950 après un accord conclu avec les Nations Unies, et qui vient compléter les mécanismes généraux. Le *Comité de la liberté syndicale*, organe tripartite constitué au sein du Conseil d'administration, peut recevoir des plaintes émanant d'organisations professionnelles ou d'un Etat. Dans des hypothèses beaucoup plus rares, le Comité peut renvoyer l'affaire devant une commission d'investigation et de conciliation. A l'issue de l'examen, le Comité de la liberté syndicale établit un rapport à l'attention du Conseil d'administration. L'originalité de cette procédure se caractérise par le fait qu'elle peut être déclenchée même si l'Etat en cause n'a pas ratifié une

¹³⁷² J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, pp.260-261. Pour plus de détails sur les commissions d'enquêtes de l'OIT, voir B. VUKAS, « Some remarks concerning the Commissions of Inquiry established under the ILO Constitution », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p.75.

convention en matière de liberté syndicale. Le consentement de l'Etat n'est pas non plus requis pour déclencher la procédure, excepté pour l'établissement d'une commission d'enquête. En cas d'allégation très grave, un représentant peut être désigné par le Directeur général pour établir des contacts sur place¹³⁷³.

L'OIT dispose ainsi de deux mécanismes généraux et d'un mécanisme particulier. Ils sont de type institutionnel, potentiellement compétents pour les violations des différentes conventions adoptées sous l'égide de l'organisation, mais dont l'accessibilité dépendra de la ratification de l'instrument pertinent par l'Etat en cause, sauf pour la violation de la liberté syndicale. Les conventions de l'OIT s'appliquant à toute personne qui se trouve sur le territoire d'un Etat partie, tout travailleur migrant pourra saisir les mécanismes de l'organisation, sous réserve des conditions précitées.

b) *Au niveau du Conseil de l'Europe*, la Charte sociale européenne de 1961 révisée énonce des droits « économiques et sociaux ». Depuis 1998¹³⁷⁴, le Comité européen des droits sociaux (CEDS)¹³⁷⁵, organe chargé de superviser l'application de la Charte, a connu un élargissement de sa compétence. A côté du contrôle régulier au titre des rapports périodiques, le Comité est, depuis cette date, compétent pour recevoir et examiner des réclamations collectives après épuisement des voies de recours internes¹³⁷⁶. Comme le souligne Régis Brillat, « *le Comité a toujours constaté les violations de la Charte et il a toujours estimé qu'il devait être le seul organe à le faire. Ce qui est nouveau, c'est que les Etats ont reconnu cette situation et mis fin aux contestations antérieures* »¹³⁷⁷.

Notons cependant, que la compétence du Comité est facultative puisqu'elle dépend de la ratification du Protocole additionnel par les Etats parties à la Charte¹³⁷⁸. De même, l'étendue

¹³⁷³ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, op.cit., pp. 262-264. Voir également, A. ODERO et M.M. TRAVIESO, « Le Comité de la liberté syndicale (I): origines et genèse » et « Le Comité de la liberté syndicale (II): composition, procédure et fonctionnement », in J.C JAVILLIER et B. GERNIGON, *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p.159 et s., et p.195 et s.

¹³⁷⁴ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, 9 novembre 1995, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998, STE n°158, consultable sur : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/158.htm>, consulté le 18 avril 2014.

¹³⁷⁵ Nom dont il dispose depuis 1999. Avant cette date, il s'intitulait « Comité d'experts indépendants de la Charte sociale européenne »

¹³⁷⁶ R. BRILLAT, « Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale », in J.-F. AKANDJI KOMBE et S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.45.

¹³⁷⁷ *Ibid*, p.47.

¹³⁷⁸ Le Protocole additionnel est aujourd'hui ratifié par treize Etats (Belgique, Chypre, Croatie, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, République Tchèque et la Suède). Cinq Etats l'ont signé,

du contrôle devant le CEDS est restreinte *ratione loci* et *ratione personae* ; ce contrôle ne concerne que l'application de la Charte au territoire métropolitain des Etats parties (sauf déclaration contraire de l'Etat), et que les ressortissants nationaux et ceux des Etats parties résidant régulièrement sur le territoire. Le Comité d'experts indépendants a précisé dès ses premières conclusions que le « travailleur migrant » visé aux articles 18 et 19 de la Charte désignait une personne ressortissante d'une partie contractante à la Charte, résidant légalement ou travaillant régulièrement sur le territoire d'une autre partie contractante. Toutefois, les Parties contractantes peuvent étendre ces droits à d'autres personnes¹³⁷⁹.

Concernant le champ matériel de la Charte, les Etats peuvent ne pas accepter toutes les dispositions du texte. L'article 20§1 permet en effet des engagements « à la carte » : les Etats doivent accepter au moins cinq des sept articles considérés comme les plus importants¹³⁸⁰, et d'autres articles en dehors du noyau dur, librement choisis pourvu que le nombre total d'articles et paragraphes acceptés soit au moins égal à dix articles ou quarante-cinq paragraphes¹³⁸¹. Par comparaison avec le système de la CEDH avant l'adoption du Protocole n°11, la compétence de celle-ci était également facultative, mais sa compétence *ratione materiae* ne dépendait pas d'un choix à la carte pour les Etats, parmi les articles de la convention, comme tel est le cas pour la Charte sociale européenne. Cette prudence s'explique par le fait que les droits sociaux font l'objet de plus de réticences de la part des Etats, sur lesquelles nous reviendrons dans le Chapitre II.

Le CEDS constitue donc un mécanisme conventionnel facultatif, dont la compétence *ratione materiae* peut varier d'un Etat à l'autre, et qui ne concerne, sauf déclaration contraire, que les ressortissants des autres Etats parties européens. Les travailleurs migrants ressortissants de pays tiers en sont *a priori* exclus.

mais pas encore ratifié (Autriche, Danemark, Hongrie, Slovaquie, Slovénie). <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=158&CM=&DF=&CL=FRE>, consulté le 18 avril 2014. Des fiches pays concernant les dispositions de la Charte acceptées par les Etats sont disponibles sur le site du Conseil de l'Europe : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default_fr.asp, consulté le 18 avril 2014.

¹³⁷⁹ Conseil de l'Europe, *Les travailleurs migrants et leurs familles. Protection dans la Charte sociale européenne*, *op.cit.*, pp.8-9.

¹³⁸⁰ Art. 1 : droit au travail ; art. 5 : droit syndical ; art. 6 : droit de négociation collective ; art. 12 : droit à la sécurité sociale ; art. 13 : droit à l'assistance sociale et médicale ; art. 16 : droit de la famille à la protection sociale, juridique et économique ; et art. 19 : droit des travailleurs migrants et de leur famille à la protection et à l'assistance.

¹³⁸¹ S. LECLERC, « Les restrictions et limitations à l'application de la Charte sociale », in J.-F. AKANDJI JOMBE et S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.68-76.

163. Le besoin représentativité d'une ONG ou d'un syndicat. Les personnes ayant qualité pour agir au titre des mécanismes de l'OIT et du CEDS ne sont pas exactement les mêmes. Toutefois, ces procédures ont en commun qu'elles sont indirectes pour les victimes de violation des droits protégés, qui auront besoin de se faire représenter. A côté de la plainte interétatique prévue à l'article 26 de la Constitution de l'OIT, les articles 24 et 35 disposent que seule une organisation professionnelle, de travailleurs ou d'employeurs, peut adresser une réclamation contre un Etat membre qui ne respecterait pas un instrument de l'organisation qu'il aurait ratifié¹³⁸². De même les plaintes introduites devant le Comité de la liberté syndicale ne sont ouvertes qu'aux Etats et aux organisations professionnelles¹³⁸³. Toutefois, les organisations professionnelles doivent faire valoir un intérêt direct et les allégations doivent être fondées¹³⁸⁴.

Au titre du contrôle de la Charte sociale européenne, les individus ne peuvent saisir directement le CEDS. Leur réclamation doit être portée à l'attention du CEDS dans le cadre d'une « réclamation collective », c'est-à-dire qu'elle doit être présentée par une organisation professionnelle ou non gouvernementale. Cependant, toute organisation de ce type n'est pas compétente pour saisir le Comité. Selon les articles 1 à 3 du Protocole additionnel à la Charte de 1995, seules sont habilitées à introduire, dans le domaine d'action respectif, des réclamations à l'encontre de tous les Etats ayant accepté la procédure : les organisations internationales d'employeurs et de travailleurs qui participent aux travaux du Comité gouvernemental en vertu de l'article 27§2 de la Charte, c'est-à-dire la Confédération européenne des syndicats (CES), l'Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe (UNICE) et l'Organisation internationale des employeurs (OIE)¹³⁸⁵. Sont également compétentes les organisations internationales non gouvernementales dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur une liste établie à cette fin par le Comité gouvernemental. Pour les procédures engagées à l'encontre des Etats sur le territoire duquel elles exercent leurs activités, sont compétentes : les organisations nationales

¹³⁸² J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, p.260.

¹³⁸³ *Ibid*, p.262.

¹³⁸⁴ *Ibid*, p. 263.

¹³⁸⁵ Voir par exemple G. FONTENEAU, « La Charte sociale vue par un acteur social : la Confédération européenne des syndicats (CES) », in J.-F. AKANDJI KOMBE et S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.93-102 ; et J.-P. PANCRACIO « Charte sociale et droit international public », in J.-F. AKANDJI KOMBE et S. LECLERC (dir.), *Ibid*, pp.183-185.

d'employeurs et de travailleurs et les ONG nationales si l'Etat concerné a fait une déclaration en ce sens au titre de l'article 2§1 du Protocole¹³⁸⁶.

Ainsi, la difficulté de déclenchement de ces mécanismes pour les travailleurs migrants réside en partie dans le besoin de représentativité, laquelle est parfois conditionnée à des organismes agréés. Cet obstacle, qui n'est pas insurmontable, limite pourtant le nombre de recours introduits devant ces mécanismes qui bien que non-juridictionnels, opèrent un contrôle de type contentieux.

B. Des voies de recours quasi-juridictionnelles faiblement exploitées

164. Des décisions non-contraignantes. Le vocabulaire utilisé pour désigner ces mécanismes de contrôle mentionne des « comités », des « commissions », et non pas des « cours ». Sans doute ce vocabulaire est-il révélateur de la portée de ces mécanismes car, bien qu'il s'agisse de mécanismes de contrôle *a posteriori* suite à une allégation de violation de droits individuels, seul les mots « cour » ou « tribunal » renvoient à des mécanismes juridictionnels rendant des décisions obligatoires. Les décisions adoptées dans le cadre d'une plainte ou d'une recommandation à l'OIT ou devant le CEDS constituent, quant à elles, des recommandations qui ne sont donc pas contraignantes, bien que les Etats soient invités à les mettre en œuvre en vertu du principe de bonne foi.

Toutefois, un suivi de la mise en œuvre des recommandations a été instauré pour renforcer l'application de ces décisions. Par exemple, l'article 33 de la Constitution de l'OIT dispose que « *si un Membre quelconque ne se conforme pas dans le délai prescrit aux recommandations éventuellement contenues soit dans le rapport de la Commission d'enquête, soit dans la décision de la Cour internationale de Justice, selon le cas, le Conseil d'administration pourra recommander à la Conférence telle mesure qui lui paraîtra opportune pour assurer l'exécution de ces recommandations* ». En pratique cette disposition a

¹³⁸⁶ R. BRILLAT, « Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale », *op.cit.*, p.50.

été peu invoquée¹³⁸⁷. L'article 34 ajoute la possibilité pour l'Etat fautif d'informer le Conseil d'administration de la prise de mesures nécessaires pour se conformer aux recommandations et de lui demander de constituer une commission d'enquête pour le vérifier. Si le rapport est favorable, la levée des sanctions devra être proposée par le Conseil d'administration¹³⁸⁸.

Les plaintes déposées devant le Comité de la liberté syndicale ne sont pas non plus contraignantes puisque celui-ci élabore un rapport à l'attention du Conseil d'administration¹³⁸⁹. En général, les Etats coopèrent à l'examen de l'affaire devant ce Comité. Dans l'hypothèse où tel n'est pas le cas, le Comité peut examiner l'affaire par défaut et assurer la publicité des allégations adressées, des recommandations formulées et de l'attitude du gouvernement¹³⁹⁰.

Dans le cadre des mécanismes généraux comme du mécanisme particulier, les procédures sont peu formelles, les conclusions ne sont pas des arrêts et aucune sanction n'est prévue en cas de violations des conventions et de non-respect des recommandations. Les seuls moyens de pression concernent la publicité, l'adoption de mesures dissuasives dans le cadre de la procédure de plainte, ou encore le contact direct. Comme le souligne Jean-Michel Servais, « *c'est par l'action combinée de la diplomatie et d'incitations essentiellement morales que les organes tentent de faire appliquer les normes de l'OIT* »¹³⁹¹.

Concernant le CEDS, Régis Brillat souligne que de nombreuses critiques ont été formulées à l'encontre du mécanisme ; la procédure de réclamation collective ne serait qu'un « *exercice bureaucratique sans impact réel* », par opposition au contrôle « *véritable* » exercé par la CEDH¹³⁹². Pourtant, bien que les décisions adoptées par le CEDS ne soient pas contraignantes, le contrôle opéré se rapproche d'un contrôle de type juridictionnel. Comme le souligne Jean-François Akandji-Kombé, si l'organe de contrôle de la Charte n'est pas une juridiction, « *il n'y a que cet élément formel qui fait défaut* ». L'auteur met en évidence les traits majeurs de la procédure qui sont empruntés à la procédure juridictionnelle, puisqu'il s'agit d'une procédure de recours soumise à des conditions de recevabilité et au respect du

¹³⁸⁷ Cet article a été utilisé pour la première fois en 2000, contre la Birmanie pour le contraindre à mettre fin à l'utilisation du travail forcé. BIT, *Les règles du jeu, op.cit.*, p.92.

¹³⁸⁸ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail, op.cit.*, pp.261-262.

¹³⁸⁹ *Ibid*, p.262.

¹³⁹⁰ *Ibid*, p.263.

¹³⁹¹ *Ibid*, pp.267-268. Voir également E. GRAVEL, « Les mécanismes de contrôle de l'OIT : bilan de leur efficacité et perspectives d'avenir », J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, p.3 et s.

¹³⁹² R. BRILLAT, « Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale », *op.cit.*, p.45.

principe du contradictoire. La procédure débouche sur une décision au fond par laquelle le Comité conclut à la violation ou à la conformité de la Charte. Les conclusions prennent la forme d'une appréciation définitive¹³⁹³.

Avant la réforme de 1998, ce rôle judiciaire lui avait pourtant été contesté, notamment par le Comité gouvernemental qui s'était érigé en organe d'appel des décisions du CEDS¹³⁹⁴. Depuis l'adoption du Protocole de Turin de 1991, le CEDS est désormais reconnu dans son rôle judiciaire qu'il n'hésite pas à exercer, comme l'atteste l'affaire *Confédération des entreprises suédoises c. Suède*. En effet, à la question qui il lui était posée de savoir si la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée en cas d'actes contraires à la Charte, le Comité a répondu par l'affirmative. Il a ajouté que l'application judiciaire faisait partie des modalités d'exécution des obligations énoncées dans la Charte, et a renvoyé aux juridictions internes le soin d'appliquer l'article 5 de la Charte en l'espèce, ce qui suppose sa justiciabilité¹³⁹⁵.

La seule étape postérieure concerne la mise en conformité des situations nationales avec la Charte. La mise en conformité est confiée au Comité gouvernemental et au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui doivent jouer un rôle positif à ce titre depuis l'adoption du Protocole de Turin. Le Comité gouvernemental prépare les décisions du Comité des Ministres, en choisissant les situations qui doivent faire l'objet de recommandations. Le Comité des Ministres peut, en application de l'article 29 de la Charte, adresser des recommandations aux Etats qui violeraient la Charte. Mais il a fallu attendre 1993 pour que des recommandations du Comité des Ministres soient adoptées et adressées nominalement à un Etat. Aujourd'hui, les recommandations, qui étaient initialement utilisées pour confirmer une violation d'un droit énoncé dans la Charte, interviennent comme le dernier moyen pour inciter les Etats à se mettre en conformité avec la Charte¹³⁹⁶. Cette nécessité de mise en conformité, surtout lorsqu'elle intervient spontanément de la part d'un Etat, revient par conséquent à reconnaître une « force exécutoire » aux décisions du CEDS. En France par exemple, concernant les droits des travailleurs migrants, suite à l'adoption des conclusion IX-

¹³⁹³ J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La justiciabilité des droits sociaux et de la Charte sociale européenne n'est pas une utopie », *op.cit.*, pp.487-488.

¹³⁹⁴ R. BRILLAT, « Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale », *op.cit.*, pp.53-55.

¹³⁹⁵ CEDS, *Confédération des entreprises suédoises c. Suède*, Décision du 15 mai 2003, récl. n°12/2002. Au-delà de cette affaire, le CEDS va consacrer dans sa jurisprudence un véritable droit de recours devant le juge interne. Toutefois l'applicabilité directe ou indirecte de la Charte selon que l'on se trouve dans un Etat moniste ou dualiste varie. Même dans les Etats monistes, l'effet direct lui est parfois refusé comme c'est le cas en France. Toutefois il convient aussi de remarquer la tendance dynamique qui consiste, lorsque les dispositions de la Charte sont appréciées, à les interpréter à la lumière des interprétations du CEDS. J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La justiciabilité des droits sociaux et de la Charte sociale européenne n'est pas une utopie », *op.cit.*, pp.488-497.

¹³⁹⁶ R. BRILLAT, « Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale », *op.cit.*, pp.56-59

2 par le CEDS, le Ministre de l'intérieur a pris la Circulaire du 4 janvier 1985 qui maintient à 21 ans la limite d'âge pour le droit au regroupement familial des enfants de migrants ressortissants d'un Etat partie non membre de l'UE. On peut encore citer l'adoption au Portugal de la Loi 20/98 du 12 mai 1998 abrogeant la loi qui interdisait aux entreprises de plus de 5 salariés d'employer plus de 10% d'étrangers¹³⁹⁷.

Ainsi, bien que ces mécanismes ne soient pas contraignants, certains garde-fous ont été instaurés au sein des deux organisations étudiées pour renforcer l'effectivité des recommandations adoptées.

165. Des mécanismes trop peu utilisés en pratique.

a) *Les travailleurs migrants devant l'OIT* : Jean-Michel Servais observe que pendant longtemps, les organisations professionnelles n'ont pas utilisé la procédure de réclamation de l'OIT. La situation a changé au cours des dernières années durant lesquelles de nombreuses réclamations ont été examinées à l'initiative des syndicats¹³⁹⁸. Il convient alors de s'intéresser à l'utilisation effective de ces procédures relatives aux travailleurs migrants. Malheureusement, la pratique n'offre que quelques exemples, toutefois plus nombreux dans le cadre de la procédure particulière.

Depuis la création du Comité de la liberté syndicale, treize Etats ont fait l'objet d'une plainte via cette procédure pour violation des droits des travailleurs migrants, dont certains plusieurs fois. Notamment le Costa Rica a fait l'objet de cinq plaintes, la Chine de deux, et la République de Corée de deux. On peut noter l'existence d'une plainte contre les Etats-Unis, grand pays de destination de migrants¹³⁹⁹. Les plaintes devant le Comité de la liberté syndicale de l'OIT portent souvent sur le refus de l'Etat d'accueil d'enregistrer des syndicats de travailleurs migrants.

Il est par ailleurs intéressant de remarquer que la mise en œuvre des recommandations de ce Comité fait aussi l'objet d'un suivi. Par exemple, dans l'affaire n°2637 concernant la

¹³⁹⁷ *Ibid*, pp.60-61.

¹³⁹⁸ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, op.cit., p.260.

¹³⁹⁹ Pour plus de détails, voir :

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:20030:0:FIND:NO:::>, consulté le 18 avril 2014.

Malaisie¹⁴⁰⁰, était en cause le déni des droits syndicaux des travailleurs migrants et notamment des travailleurs domestiques dans la législation et dans la pratique. Le Comité a invité le gouvernement à prendre des mesures pour permettre aux étrangers de constituer des syndicats ou d'y adhérer, et de procéder à l'enregistrement sans délai de l'association des travailleurs domestiques. Dans une communication du 9 mars 2011, le gouvernement malais a indiqué ne pas vouloir envisager la recommandation du Comité pour des raisons d'ordre public, au motif que les travailleurs migrants soumettent des demandes par le biais de divers organisations, et que cela pourrait entraîner des réactions nationalistes et racistes. Le Comité a rappelé que s'il prend en compte l'histoire des relations professionnelles de chaque pays quand il examine une plainte, il considère également que les principes de la liberté syndicale s'appliquent uniformément et constamment à tous les pays. Il s'appuie pour ce faire sur la Convention n°87 sur la liberté syndicale et sur l'article 3 de la Convention n°189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques, qui affirment la liberté d'association et le droit de négociation collective. Cette affaire fait encore l'objet d'un suivi sous la forme d'une discussion avec le gouvernement de Malaisie, et de plusieurs réexamens de la mise en œuvre des recommandations.

Malheureusement, le suivi des décisions montre que les gouvernements se conforment difficilement aux recommandations du Comité de la liberté syndicale, la procédure prenant davantage la forme d'une incitation autour du dialogue.

Au titre des procédures générales de l'OIT, les procédures de plainte et de réclamation des articles 24 et 26 ont été moins utilisées et reposent souvent sur la violation de la Convention n°111 relative à l'interdiction de la discrimination en termes d'emplois et de profession. Pour la procédure de réclamation, deux réclamations ont été introduites en violation de la Convention n°97, l'une en 1998 contre l'Espagne¹⁴⁰¹ et l'autre contre la Chine en 2003¹⁴⁰², et

¹⁴⁰⁰ Comité de la liberté syndicale, *Congrès des syndicats de Malaisie (MTUC) c. Malaisie*, Plainte déposée le 10 avril 2008, <http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:20060:0:FIND:NO:::>, consulté le 18 avril 2014.

¹⁴⁰¹ *Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Espagne de la convention (no 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, de la convention (no 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, et de la convention (no 122) sur la politique de l'emploi, 1964, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Confédération générale des travailleurs de l'Argentine (CGT), (GB.270/16/5):(GB.272/7/3)*. Cette réclamation portait sur la non-homologation de diplômés d'odontologues argentins en Espagne pour les personnes d'origine argentine alors qu'ils étaient homologués pour les nationaux. Toutefois le Comité conclut qu'aucune des conventions mentionnées ne fait l'objet d'une violation de la part de l'Espagne.

http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507255,fr:NO, consulté le 18 avril 2014.

une autre l'a été pour violation de la Convention n°143 contre la République bolivarienne du Venezuela en 1993¹⁴⁰³. Toutefois, dans d'autres hypothèses non-spécifiques à la protection des travailleurs migrants, les réclamations ont permis des avancées concernant leurs droits, car elles étoffent les garanties en droit du travail. En 1994 par exemple, une réclamation a été introduite contre le gouvernement grec par la Fédération des associations de fonctionnaires du Ministère grec du Travail (FAMIT), au motif que la loi qui prévoyait de placer l'inspection du travail sous la responsabilité des administrations préfectorales autonomes était contraire à la Convention n°81 ; selon celle-ci, l'inspection du travail doit être placée sous la surveillance et le contrôle d'une autorité centrale. Le Comité tripartite a demandé au gouvernement d'amender sa législation, ce qui fût chose faite en 1998¹⁴⁰⁴.

Au titre des procédures sur plainte, aucune n'a été introduite sur le fondement des Conventions n°97 et n°143¹⁴⁰⁵. Certaines concernent cependant plus ou moins directement les travailleurs migrants. On peut citer par exemple l'affaire opposant plusieurs délégués à la Conférence internationale du travail à la Roumanie en 1989¹⁴⁰⁶. Etaient alléguées des pratiques discriminatoires à l'égard des citoyens roumains d'origine hongroise, allemande, slave, slovaque, juive ou encore gitane, dans les domaines politique, culturel, social et de

¹⁴⁰² *Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la Chine - Région administrative spéciale de Hong-Kong de la convention (no 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par le Congrès philippin des syndicats (TUCP), (GB.286/20/2):(GB.288/17/2).* Cette plainte dénonçait l'adoption de mesures discriminatoires en matière de rémunération, de taxe et de santé affectant particulièrement les travailleurs domestiques d'origine philippine. Le Comité conclut à une violation de l'article 6 de la convention concernant l'accès à la santé et les taxes. En revanche, il déclare ne pas disposer d'assez d'informations pour se prononcer sur les rémunérations. Toutefois, le Comité rejette la violation de la convention pour les engagements pris par l'employeur et le travailleur domestique de respecter les ordonnances sur l'emploi et l'immigration.
http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507277,fr:NO, consulté le 18 avril 2014.

¹⁴⁰³ *Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par le Venezuela des conventions internationales du travail nos. 4, 81, 87, 88, 95, 98, 100, 111, 143, 144 et 158, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par l'Organisation internationale des employeurs (OIE) et la Fédération vénézuélienne des Chambres et Associations de commerce et de production (FEDECAMARAS), (GB.251/20/15):(GB.256/15/16).* La réclamation portait sur la fixation de quotas dans la législation : 90% des emplois dans les entreprises et 80% dans le secteur agricole devaient être réservés aux nationaux. Le Comité conclut à une violation de la convention.

http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507255,fr:NO, consulté le 18 avril 2014.

¹⁴⁰⁴ BIT, *Les règles du jeu, op.cit.*, pp.91-92.

¹⁴⁰⁵ http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50011:0::NO:50011:P50011_ARTICLE_NO:26, consulté le 22 avril 2014.

¹⁴⁰⁶ *Rapport de la Commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner la plainte relative à l'observation par la Roumanie de la convention (no 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, Vol. LXXIV, 1991, Série B, Supplément 3).*
http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507519,fr:NO, consulté le 18 avril 2014.

l'emploi. Il ne s'agit pas ici d'étrangers mais d'un cas de discrimination liée à l'origine nationale, dont la solution peut s'appliquer par analogie aux travailleurs migrants. En matière d'emploi, ces minorités étaient affectées d'office à certains emplois, notamment en raison d'un programme de systématisation rurale dans le cadre duquel des villages étaient détruits et remplacés par des centres agro-industriels. Par ailleurs, les restrictions d'accès à l'éducation supérieure empêchaient l'accès effectif à certains emplois qualifiés. La disponibilité de certains emplois était limitée par des quotas, et les personnes demandant à quitter le pays étaient affectées à l'armée ou dans des camps de travail forcé insalubres. La Commission s'appuie sur les rapports concernant la Roumanie au titre de l'examen régulier de la mise en œuvre de la Convention n°111. Il est intéressant de relever que le gouvernement de la Roumanie socialiste à l'époque avait contesté la constitution d'une commission d'enquête et nié les faits. L'évolution de la situation politique en 1989 a conduit la Commission à redéfinir l'examen de la plainte et à procéder à un examen des faits en deux temps, avant et après 1989. Le gouvernement de la Roumanie a alors été invité à renforcer la séparation des pouvoirs et la primauté du droit, et à mettre en œuvre plus efficacement la Convention n°111¹⁴⁰⁷.

Cette affaire offre l'exemple d'un examen minutieux et rigoureux mais conforme à l'approche traditionnelle de l'OIT. Celle-ci n'hésite pas à dénoncer des violations, mais l'examen des allégations révèle l'importance de la diplomatie. Frustrant pour certains, ce type de contrôle permet cependant une acceptation et une participation plus volontaire des Etats à la procédure. La disponibilité des mécanismes offrent donc des possibilités à exploiter.

b) Les travailleurs migrants devant le Comité européen des droits sociaux : Le contentieux devant le CEDS est un peu plus riche que celui de l'OIT malgré le caractère facultatif de la procédure et les restrictions *ratione materiae* à sa compétence. Rappelons également que le Comité ne peut être saisi dans le cadre de recours collectifs que depuis 1998. Toutefois, les conclusions du Comité d'experts indépendants avant cette date, avaient déjà permis d'apporter de nombreuses précisions concernant les droits des travailleurs migrants ressortissants des Etats parties, notamment concernant le droit à l'information, à l'exercice d'une activité lucrative, l'égalité de traitement, le regroupement familial, les garanties contre

¹⁴⁰⁷ BIT, *Rapport de la Commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner la plainte relative à l'observation par la Roumanie de la convention (n°111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, Bulletin officiel, Vol. LXXIV, Genève, 1991, Série B, Supplément 3.*

l'expulsion, les transferts d'économies ou encore concernant l'extension des garanties aux travailleurs indépendants¹⁴⁰⁸.

Après 1998, date d'entrée en vigueur du protocole permettant les recours collectifs, certaines organisations professionnelles ou associations ont introduit des recours concernant les droits des étrangers, pas uniquement des travailleurs, mais révélant des solutions qui leur sont applicables. Par exemple, dans l'affaire *FIDH c. France* du 8 septembre 2004¹⁴⁰⁹ était en cause la législation française concernant l'accès au soin des personnes en situation irrégulière, et qui prévoyait notamment un accès aux soins d'urgence uniquement pour les personnes se trouvant sur le territoire depuis moins de trois mois. La FIDH a dénoncé une violation des articles 13 et 17 relatifs à l'assistance médicale et aux droits des enfants. La difficulté dans cette affaire concernait l'application de la Charte aux ressortissants tiers alors que la Charte est en principe applicable aux ressortissants des Etats parties en séjour régulier. Le Comité a estimé que dans les circonstances particulières de l'espèce, l'exclusion de ressortissants tiers les privait d'un droit d'une importance fondamentale : le droit à la vie et la dignité de la personne humaine (§30) ; étant donné le lien entre l'accès à la santé et le respect de la dignité humaine, la privation d'assistance médicale aux tiers, même en situation irrégulière est contraire à la Charte (§32). Le Comité n'admet en l'espèce que la violation de l'article 17. L'extension du champ personnel de la Charte ainsi opéré ne concerne que les droits « intimement liés » au respect de la dignité humaine, et non pas l'ensemble des dispositions de la Charte, l'identification de ces droits n'étant pas sans difficultés¹⁴¹⁰.

Pour les travailleurs migrants *stricto sensu*, quatre réclamations ont été introduites et déclarées recevables en violation notamment de l'article 19 de la Charte relative au « droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance ». L'une concerne la non-prise en compte des prestations effectuées à l'étranger pour la valorisation des

¹⁴⁰⁸ Pour plus de détails sur la protection des travailleurs migrants dans la Charte sociale européenne avant la consécration du droit de recours collectif, voir Conseil de l'Europe, *Les travailleurs migrants et leurs familles. Protection dans la Charte sociale européenne*, op. cit.

¹⁴⁰⁹ CEDS, *FIDH c. France*, 8 septembre 2004, réclamation n°14/2003.

¹⁴¹⁰ M. BELL, « Combating discrimination through collective complaints under the European social Charter », in O. DE SCHUTTER (coord.), *The European social Charter : a social constitution for Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.42-43.

services¹⁴¹¹, deux porte sur le traitement des Roms dans les Etats européens¹⁴¹², et la dernière vise l'accès aux droits sociaux des travailleurs en situation irrégulière¹⁴¹³.

Selon Mark Bell, le mécanisme de réclamations collectives devant le CEDS est très pertinent pour lutter contre les discriminations mais comporte certaines limites. Il offre d'abord comme avantage de dépasser le cadre individuel de la réclamation mais a aussi pour objet de révéler les effets discriminatoires d'une législation ou d'une pratique institutionnelle. Le CEDS a enrichi le mécanisme de réclamation collective en introduisant une conception substantielle de l'égalité dans ses décisions reposant sur la dignité humaine et l'inclusion sociale ; il a ainsi évité une conception restrictive de l'interdiction de la discrimination pour se concentrer sur une application concrète des droits de la Charte. Cette approche finaliste trouve notamment écho dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Toutefois, l'interdiction de la discrimination, reste une disposition secondaire de la Charte et non pas un droit substantiel principal pouvant entraîner une action. Dans l'affaire *FIDH c. France* notamment, le Comité n'a pas examiné en détail la possible existence d'une discrimination en plus d'une violation du droit à l'assistance médicale. Par ailleurs, la saisine du Comité des Ministres par le CEDS pour faire exécuter ses recommandations révèle le rejet des mesures individuelles de condamnation, de sorte que les réclamations collectives ne s'inscrivent pas dans une logique individuelle mais ont pour objet de conduire à des réformes sociales. Le premier défi consiste aujourd'hui à généraliser la compétence *ratione materiae* du Comité, et peut être espérer ensuite que sa compétence et ses décisions soient obligatoires¹⁴¹⁴.

Les mécanismes imparfaits qui protègent les droits sociaux offrent donc des voies de recours de type contentieux, bien que non contraignantes, qui permettent d'élaborer une « jurisprudence » étoffant le contenu des droits des travailleurs migrants. Même si ces mécanismes sont encore peu exploités par les travailleurs migrants, ils n'en n'offrent pas moins des possibilités réelles d'obtenir des décisions relatives à la violation alléguée de leurs droits, soit dans un cadre universel, soit dans un cadre régional restreint. Le droit international

¹⁴¹¹ *Confédération Française Démocratique du Travail (CFDT) c. France*, Réclamation n°50/2008.

¹⁴¹² *Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. France*, Réclamation n° 51/2008 ; *Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) c. Italie*, Réclamation n°58/2009.

¹⁴¹³ *Conférence des Eglises européennes (CEC) c. Pays-Bas*, Réclamation n°90/2013 : <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?action=query×tamp=63222.75>, consulté le 22 avril 2014.

¹⁴¹⁴ *Ibid*, pp.46-48. Pour plus de détails sur l'influence de la Charte sur le développement du droit de l'Union européenne, voir dans le même ouvrage O. DE SCHUTTER « Le rôle de la Charte sociale européenne dans le développement du droit de l'Union européenne », pp.95-146.

des droits de l'homme va lui aussi contribuer à la juridictionnalisation des droits des travailleurs migrants en offrant des voies de recours individuelles qui ne leur sont pas spécifiques, mais qui vont permettre d'obtenir la protection de leurs droits fondamentaux.

SECTION II : La disponibilité de voies de recours individuelles non spécifiques pour protéger « l'individu »

Selon le Professeur Santulli, « *l'action directe est devenue une caractéristique banale de certains domaines du droit international. Elle est même aujourd'hui, d'un point de vue statistique, l'action internationale ordinaire (i.e. la plus fréquente)* ». Elle s'est notamment répandue pour l'application des traités relatifs à la protection des droits de l'homme ¹⁴¹⁵. Il s'agira alors d'analyser l'influence qu'a eu l'essor de l'action directe dans ce domaine sur la protection internationale des travailleurs étrangers. Le dépassement déjà évoqué par les droits de l'homme de la distinction national/étranger au profit de l'individu va permettre d'inclure les travailleurs étrangers dans les mécanismes de protection. A ce titre, les travailleurs migrants vont bénéficier du dynamisme du développement du droit de recours au niveau régional (§1), mais également des mécanismes de réclamation devant les organes conventionnels onusiens (§2).

§1- La disponibilité de voies de recours devant les mécanismes régionaux

Les mécanismes régionaux européen, américain et africain de protection des droits de l'homme créent des voies de recours individuelles dans le cadre d'un recours contentieux plus ou moins abouti. Ces mécanismes auront compétence pour les travailleurs étrangers se trouvant sur le territoire des Etats parties (A). Toutefois, il conviendra de s'intéresser à l'exercice du droit de recours par les travailleurs migrants, et notamment à la question de savoir si l'individualité du recours permet de constater un accès effectif des travailleurs migrants à la justice internationale (B).

¹⁴¹⁵ C. SANTULLI, « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation. Eléments épars du statut international des sujets internes », *op.cit.*, p.89.

A. La disponibilité de voies de recours individuelles

166. La notion de juridiction, fondement de l'accessibilité des étrangers à la justice internationale. La notion de juridiction peut se définir comme le « *pouvoir de l'Etat ou d'un de ses organes à la fois sur les espaces relevant de sa compétence territoriale, et sur les personnes ou engins relevant de sa compétence personnelle* »¹⁴¹⁶. Les grandes conventions régionales de protection des droits de l'homme auxquelles nous nous rapporterons, à savoir, la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, utilisent, pour l'identification des bénéficiaires, les notions de personnes « *sous la juridiction* » ou « *relevant de la compétence* » d'un Etat partie¹⁴¹⁷. Tous les étrangers se trouvant sous la juridiction des Etats parties bénéficient de l'application des instruments régionaux précités, et peuvent utiliser les mécanismes de contrôle qu'ils créent, ouverts aux individus. La juridiction, ou la compétence à laquelle il est fait référence, renvoie à la compétence territoriale des Etats sur le territoire national, mais pas uniquement.

L'article 1 de la Convention européenne dispose que « *les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente convention* ». Il est le seul texte à mentionner le terme « juridiction ». Pourtant la Cour interaméricaine utilisera aussi cette notion, sans doute inspirée de la jurisprudence de la CEDH¹⁴¹⁸. Cette dernière a en effet apporté de nombreuses précisions concernant les conditions de détermination de l'exercice de la juridiction. Dans l'affaire *Banković* de 2001, la Cour précise que « *du point de vue du droit international public, l'expression "relevant de leur juridiction" figurant à l'article 1 de la Convention doit être comprise comme signifiant que la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement*

¹⁴¹⁶ S. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.624.

¹⁴¹⁷ Art. 1^{er} de la CESDH ; art. 1^{er} de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; art. 2 de la Charte africaine qui n'utilise ni le terme « juridiction », ni le terme « compétence », mais ne restreint pas les personnes visées aux nationaux.

¹⁴¹⁸ Par exemple, elle utilise cette notion dans l'affaire des *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne c. République dominicaine*, sans pour autant en préciser le contenu : « *l'article 1.1 de la Convention énonce le devoir des Etats Parties de respecter les droits et libertés reconnues dans ce traité et de garantir leur libre et plein exercice à toute personne qui est soumise à leur juridiction* » (traduction de l'auteur). CourIADH, *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République Dominicaine c. République Dominicaine*, résolution de la Cour du 26 mai 2001, Série E n°3, §4 du considérant.

territoriale »¹⁴¹⁹. Elle ajoute dans l'affaire *Ilascu* de 2004, « qu'il est présumé que [la juridiction] s'exerce normalement sur l'ensemble de son territoire. Cette présomption peut se trouver limitée dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'un Etat est dans l'incapacité d'exercer son autorité sur une partie de son territoire. [...] Les engagements pris par une Partie contractante en vertu de l'article 1 de la Convention comportent, outre le devoir de s'abstenir de toute ingérence dans la jouissance des droits et libertés garantis, des obligations positives de prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire. Ces obligations subsistent même dans le cas d'une limitation de l'exercice de son autorité sur une partie de son territoire, de sorte qu'il incombe à l'Etat de prendre toutes les mesures appropriées qui restent en son pouvoir »¹⁴²⁰.

Par ailleurs, la Cour a précisé que la notion de juridiction pouvait dépasser le cadre du territoire national lorsque qu'en raison d'une intervention militaire légale ou non en territoire étranger, l'Etat partie exerce en pratique le contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire national. Ce contrôle, qui peut être direct ou indirect par le biais d'une administration locale, entraîne alors l'obligation d'assurer, sur le territoire, le respect des droits et libertés garantis par la Convention¹⁴²¹. Le contrôle à prendre en considération pour établir la juridiction concerne le contrôle global, peu important l'exercice de ce contrôle dans les détails ; le contrôle global suffit à engager la responsabilité de l'Etat¹⁴²². Les actes pouvant entraîner l'engagement de sa responsabilité ne se limitent alors pas aux actes des soldats ou fonctionnaires nationaux dans ce territoire, mais s'étendent également aux actes de l'administration locale qui survit grâce au soutien de l'Etat¹⁴²³.

Il ressort de cette jurisprudence que les étrangers se trouvant sur le territoire d'un Etat partie peuvent revendiquer les droits énoncés dans la Convention, mais également lorsqu'ils se trouvent sur un territoire dont un Etat partie à la Convention a le contrôle effectif.

167. Des recours individuels plus ou moins aboutis. Les droits de recours individuel ne sont pas pareillement consacrés selon le mécanisme régional étudié, malgré un certain mimétisme entre les systèmes. Ces recours individuels peuvent être directs ou indirects, obligatoires ou

¹⁴¹⁹ CEDH, Gde. Ch., 12 décembre 2001, *Banković et al. c. Belgique et autres (Etats membres de l'OTAN)*, req. n°52207/99, §59.

¹⁴²⁰ CEDH, Gde Ch., 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, req. n°48787/99, §§312-313.

¹⁴²¹ CEDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie (fond)*, req. n°15318/89, §52.

¹⁴²² *Ibid*, §56.

¹⁴²³ CEDH, Gde Ch., 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, §77.

facultatifs, mais ont en commun leur subsidiarité. Ils restent en effet soumis à la condition de l'épuisement des voies de recours internes.

Le mécanisme le plus abouti concerne le recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, sa compétence *ratione materiae* est plus restreinte car elle ne concerne que des droits civils et politiques. Le droit de recours individuel devant la CEDH est consacré à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme qui confère un droit d'action directe devant un organe international de contrôle. Ce mécanisme, initialement facultatif et indirect, s'est généralisé avec l'adoption du Protocole n°11, entré en vigueur en 1998¹⁴²⁴. Dès 1995, la Cour a souligné que l'article 25 était « *une disposition essentielle* » à l'efficacité du système de la Convention¹⁴²⁵, puis l'a qualifié en 2005 de « *clé de voute du mécanisme de sauvegarde des droits* » garantis par la Convention¹⁴²⁶. Ce mécanisme est particulièrement utilisé du fait de la gratuité de la procédure et de l'instauration d'un système d'assistance judiciaire¹⁴²⁷. Ce mécanisme est sans précédent en Europe puisqu'il instaure la compétence obligatoire d'une juridiction en matière de droits de l'homme, et consacre la généralisation du droit de recours individuel.

Nous avons en effet déjà vu à propos du Comité européen des droits sociaux qu'il s'agissait d'une quasi-juridiction puisque ses décisions ne sont pas obligatoires. Par ailleurs, au sein de l'Union européenne, bien que la Cour de justice ait contribué de manière considérable au développement des droits des travailleurs de l'Union, elle l'a essentiellement fait dans le cadre du contentieux interétatique, du contentieux opposant la Commission à un Etat, ou dans le cadre de question préjudicielles¹⁴²⁸, car le droit de recours individuel est limité, et ne concerne pas exclusivement le respect des droits fondamentaux¹⁴²⁹.

Les mécanismes américain et africain se distinguent du précédent tant par leur compétence *ratione materiae* que par le caractère facultatif de la compétence des cours régionales. Il faut également noter la persistance des Commissions au sein de ces mécanismes. La Convention américaine relative aux droits de l'homme dispose aux articles 44 et 45 que la Commission

¹⁴²⁴ R. ABRAHAM, « La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le protocole n°11 à la Convention », *AFDI*, 1994, pp.619-632.

¹⁴²⁵ CEDH, 13 mars 1995, *Loizidou c. Turquie (recevabilité)*, req. n°15318/89, §70.

¹⁴²⁶ CEDH, Gde Ch., *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, req. n°46827/99 et 46951/99, §122.

¹⁴²⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op.cit.*, p.763.

¹⁴²⁸ M. FLORY, « Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers », *op. cit.*, pp.207-208.

¹⁴²⁹ Les recours ouverts aux particuliers dans l'Union européenne concernent les recours en annulation, les recours en carence, les recours en responsabilité extra-contractuelle, le contentieux des contrats conclus par l'Union européenne, et l'exception d'illégalité. Pour plus de détails voir S. VAN RAEPENBUSCH, *Les recours des particuliers devant le juge de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 111p.

peut être saisie de recours individuels ou étatiques. La Cour ne peut être saisie que par la Commission ou un Etat partie (art. 61) mais sa compétence est subordonnée à l'acceptation préalable de l'Etat (art. 62§1)¹⁴³⁰. La compétence *ratione materiae* de la Cour concerne la Convention et les articles 8 (liberté syndicale) et 13 (droit à l'éducation) du Protocole de San Salvador du 17 novembre 1988 relatif aux droits économiques sociaux et culturels¹⁴³¹ qui définit de manière généreuse les droits proclamés. Mais le recours devant la Cour IADH étant indirect via la Commission, on peut alors se demander dans quelle mesure les individus sont réellement maîtres de la procédure devant la Cour. Il convient de préciser qu'outre sa fonction de filtrage, la Commission joue en pratique un rôle de ministère public devant la Cour, à tel point que l'individu est devenu auteur indirect de la saisine et assiste la Commission¹⁴³². Bien que la Cour, notamment à travers de son ancien président le juge A. A. Cançado Trindade, invite régulièrement l'OEA à renforcer le mécanisme régional de protection des droits de l'homme¹⁴³³, les individus voient dans la Commission un véritable allié.

En Afrique, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, qui consacre à la fois des droits civils et politiques et des droits économiques sociaux et culturels, créé à l'article 30 une Commission des droits de l'homme et des peuples qui peut notamment être saisie de recours interétatiques ou particuliers (art. 47 et 55). Si le règlement intérieur de la Commission du 13 février 1988 permet deux types de communications individuelles, celles des victimes présumées et celles visant à dénoncer une situation de violations graves et massives des droits de l'homme (art. 114), le fait d'adresser une communication à la Commission n'a pas pour effet de la « saisir » mais permet l'inscription de la communication sur une liste. La Commission ne sera saisie de la communication qu'à la demande de la majorité absolue de ses membres. Certaines communications peuvent donc être écartées *ab*

¹⁴³⁰ 25 Etats des 33 Etats membres de l'OEA sont aujourd'hui parties à la Convention américaine relative aux droits de l'homme, mais ne l'ont pas ratifiée le Canada et les Etats-Unis qui sont des grands pays de destination. 22 Etats ont accepté la compétence de la Cour. <https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/d.convention.rat.htm>, consulté le 22 avril 2014.

¹⁴³¹ Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux Droits de l'homme traitant des Droits économiques, sociaux et culturels, « Protocole De San Salvador », 7 novembre 1988, *Série sur les Traités de l'OEA* n°69, entré en vigueur le 16 novembre 1999. Il compte 16 Etats parties.

¹⁴³² Pour plus de détails voir K. VASAK, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1968, 262p.

¹⁴³³ A. A. CANCADO TRINDADE, « Le système inter-américain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIe siècle », *AFDI*, 2000, pp.548 et s. Voir également A. A. CANCADO TRINDADE, « Une ère d'avancées jurisprudentielles et institutionnelles : souvenirs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » in L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp.8-73.

initio avant même l'examen des conditions de recevabilité¹⁴³⁴. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne sera créée que plus tardivement, par le Protocole de Ouagadougou de 1998¹⁴³⁵, abrogé par le Protocole de Sharm el Sheikh de 2008¹⁴³⁶ qui fusionne cette Cour avec la Cour de justice de l'Union africaine en une cour unique : la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, mais qui n'est pas encore entrée en vigueur¹⁴³⁷.

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a une compétence facultative et ne peut être saisie que par la Commission, par un Etat partie, et par des individus ou ONG ayant le statut d'observateurs auprès de la Commission, à la condition que l'Etat en cause ait, au moment de la ratification du Protocole ou ultérieurement, reconnu la compétence de la Cour pour recevoir des requêtes. Un individu pourra donc soit saisir la Commission, soit exceptionnellement saisir directement la Cour. Dans cette dernière hypothèse, la Cour pourra directement connaître de la requête ou la renvoyer devant la Commission¹⁴³⁸. La difficulté majeure du système africain des droits de l'homme consiste en un manque de moyens humains et financiers.

Malgré la jeunesse de ces mécanismes plus ou moins aboutis, ils contribuent au développement des droits de l'homme en reconnaissant à l'individu un *locus standi in judicio* ; ils offrent donc des voies de recours directes, devant les cours ou les commissions régionales. Cependant, il convient de s'intéresser à l'effectivité de l'utilisation de ces mécanismes par les travailleurs migrants en pratique.

¹⁴³⁴ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 171 et s.

¹⁴³⁵ Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Ouagadougou, 9 juin 1998, *RGDIP*, t. 102, 1998 n°3, pp.855-867 ; entré en vigueur le 25 janvier 2004. Sur les 50 Etats membres de l'Union africaine, 53 ont ratifié la Charte africaine, mais seulement 25 d'entre eux ont ratifié le Protocole.

¹⁴³⁶ Protocole de Sharm el Sheikh portant le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme du 1^{er} juillet 2008. Il n'est pas encore en vigueur, le seuil de 15 ratifications énoncé à l'article 9 n'ayant pas été atteint.

¹⁴³⁷ Sur l'évolution de la juridictionnalisation des droits de l'homme en Afrique voir T. BARSAC, *La Cour africaine de Justice et des droits de l'homme*, Perspectives internationales n°32, Paris, Pedone, 2012, pp.19-35.

¹⁴³⁸ D. ROUGET, *Le guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Dijon, La pensée sauvage, pp.155-156. Voir également, M. A. NAMOUNTOUGOU, « La saisine du juge africain des droits de l'Homme », *RTDH*, 2011, n°86, pp.261 et s.

B. L'exercice des voies de recours directes par les travailleurs migrants en pratique

168. En Europe. L'accès des étrangers et des travailleurs migrants en particulier à la justice internationale est sans doute le plus avéré devant la CEDH, et constitue l'expression la plus aboutie de la subjectivisation des droits des travailleurs migrants sur le plan processuel. Malgré un contexte migratoire européen évolutif depuis l'adoption de la Convention, ses dispositions relatives aux étrangers restent inchangées. Seules quelques rares dispositions concernent les étrangers dans la version originale de la Convention, telles que l'article 16 qui autorise les restrictions à l'activité politique des étrangers, ou encore l'article 5§1 f) qui prévoit la possibilité de priver de liberté les personnes tentant d'entrer irrégulièrement sur le territoire ou contre lesquelles une mesure d'éloignement est en cours. Mais la Cour va estimer que les droits énoncés dans la Convention ne sont pas réservés aux seuls nationaux, par l'interprétation de la notion de juridiction déjà analysée. Elle va aussi livrer une interprétation extensive de certains articles de la Convention et contrôler strictement les dérogations¹⁴³⁹. Les premières affaires portées devant la Cour concernant les étrangers datent des années 1990, période restrictive dans les politiques migratoires.

Si certaines décisions internes ont pu inspirer la CEDH¹⁴⁴⁰, c'est elle qui a accru la protection des étrangers grâce à son interprétation autonome et téléologique des dispositions de la Convention.

L'apport de la jurisprudence de la CEDH s'effectue par la définition extensive du champ d'application de la Convention, et par l'enrichissement de son contenu. Concernant l'extension du champ d'application, dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni* de 1989¹⁴⁴¹ relative à une décision d'extradition, la Cour juge que « *la Convention ne consacre pas en soi*

¹⁴³⁹ F. JULIEN-LAFERRIERE, « Réflexions partielles sur l'apport de la cour européenne des droits de l'homme à la garantie de quelques droits des étrangers », in J.-F. AKANDJI-KOMBE (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.755-756.

¹⁴⁴⁰ On peut citer par exemple l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat français du 8 décembre 1978, *GISTI* qui reconnaît le droit aux étrangers de « mener une vie familiale normale », précédant ainsi l'arrêt *Abdulaziz et al. c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985 qui reconnaît aux étrangers le droit au respect de leur vie familiale sur le fondement de l'article 8 de la Convention. La CEDH a ensuite interprété de manière autonome la violation de la vie privée en garantissant ce droit à des catégories d'étrangers non mariés (célibataires, homosexuels, partenaires de PACS - CEDH, 9 octobre 2003, *Slivenko c. Lettonie*. On peut encore citer la décision du Conseil constitutionnel français (92-307 DC du 25 février 1992) condamnant le placement des étrangers dans les zones de transit des aéroports comme une atteinte à la liberté individuelle protégée par l'article 66 de la Constitution. La CEDH a explicitement visé cette décision dans son arrêt *Ammur c. France* du 25 juin 1996 pour conclure dans le même sens sur le fondement de l'article 5 de la Convention. C. TEITGEN-COLLY (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, 60 ans et après ?*, Paris, LGDJ / Lextenso éditions, 2013, pp.43-44.

¹⁴⁴¹ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, série A, n° 161, §85.

un droit de ne pas être extradé. Néanmoins quand une décision d'extradition porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la convention, elle peut, s'il ne s'agit pas de répercussions trop lointaines, faire jouer les obligations d'un Etat au titre de la disposition correspondante ». La Cour refuse ainsi que les obligations conventionnelles des Etats s'arrêtent à leur frontière quand l'étranger risque d'être exposé à la violation d'une disposition de la Convention, en l'espèce un traitement contraire à l'article 3 sur l'interdiction de la torture et des traitements cruels inhumains ou dégradants¹⁴⁴². Notamment, la Cour développe le syndrome du couloir de la mort et l'assimile à un traitement contraire à l'article 3¹⁴⁴³. La vulnérabilité particulière de l'intéressé, comme le handicap ou la minorité, entre en compte pour la qualification de la violation de l'article 3. De même, la Cour encadre la définition du droit à la sûreté énoncé à l'article 5 qui est assorti d'une exception à l'alinéa 5-1 concernant les étrangers, et interprète de manière restrictive cette exception. La Cour considère qu'il n'existe pas une différence de nature mais une simple différence de degré entre la liberté de circuler (art. 2 Protocole n°4) et la privation de liberté (art. 5§1 al. f), et conclut que le placement en zone d'attente, ainsi que le placement en centre de rétention administrative constitue une privation de liberté¹⁴⁴⁴.

Par ailleurs, la Cour fait-elle une interprétation restrictive des clauses d'ordre public. Les restrictions à certains droits de l'homme sont autorisées à l'article 15 de la Convention pour protéger l'ordre public. En effet, cet article prévoit qu'à l'exception des droits indérogeables¹⁴⁴⁵, les droits de la Convention peuvent faire l'objet, pour une durée déterminée, de restrictions dès lors qu'elles sont prévues par la loi et apparaissent comme nécessaires dans une société démocratique à la protection de la santé, de la sécurité et de l'ordre publics. Bien que le juge européen reconnaisse aux Etats une marge d'appréciation pour qualifier l'atteinte à l'ordre public, la Cour va encadrer les modalités de recours aux clauses d'ordre public. La Cour contrôle tout d'abord que l'énoncé dans la loi signifie que la mesure a une base de droit interne, mais que la loi en cause doit aussi être de qualité¹⁴⁴⁶. Cette affirmation est étendue à toutes les hypothèses de restriction des droits de la Convention et de

¹⁴⁴² C. TEITGEN-COLLY (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, 60 ans et après ?*, op.cit., p. 45.

¹⁴⁴³ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n°14038/88, §92 et s.

¹⁴⁴⁴ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n°199776/92. C. TEITGEN-COLLY (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, 60 ans et après ?*, op.cit., pp.52 et 57.

¹⁴⁴⁵ En l'espèce les articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction de la torture), 4§1 (interdiction de l'esclavage et de la servitude) et 7 (pas de peine sans loi).

¹⁴⁴⁶ CEDH, *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, req. n°11801/85, §27.

ses Protocoles, notamment dans le contentieux des étrangers¹⁴⁴⁷. L'affaire *Lawless c. Irlande*, bien qu'elle ne concerne pas le contentieux des étrangers, a permis de systématiser trois critères de contrôle : l'existence d'un danger pour la vie de la nation, la nécessité des mesures dérogatoire, et enfin la proportionnalité des mesures qui doivent être compatibles avec les autres obligations découlant du droit international¹⁴⁴⁸.

Toutefois, la protection des étrangers n'est pas intangible au regard de la Convention. Nous citerons deux exemples restrictifs. En 1996, la Cour a jugé conforme à l'article 8 l'expulsion d'un jeune Tunisien arrivée en France à l'âge de huit ans, y ayant toujours vécu avec sa famille et alors marié avec une française, en raison de condamnations pénales à quatre reprises. La Cour se fonde sur la gravité des condamnations et sur le fait que l'intéressé n'avait jamais manifesté vouloir devenir français¹⁴⁴⁹. L'appréciation de l'article 8 est donc incertaine et effectuée au cas par cas. L'autre exemple concerne la reconnaissance de conformité à la Convention d'une mesure d'éloignement d'une personne atteinte du VIH qui avait allégué le risque de violation de l'article 3, malgré la détérioration rapide et inéluctable de l'état de santé. La Cour a considéré que des traitements contre le VIH étaient disponibles dans le pays d'origine de la requérante¹⁴⁵⁰. La protection au titre de l'article 3 n'est donc pas absolue¹⁴⁵¹.

Ainsi, bien que la Convention soit applicable aux étrangers, le contentieux qui les concerne révèle un enrichissement et un développement considérable de la protection des étrangers par la CEDH, mais qui n'est pas sans limites. Les autres mécanismes régionaux contribuent aussi, bien que de façon plus modeste à la protection des droits subjectifs des droits des travailleurs étrangers.

¹⁴⁴⁷ La Cour exige la légalité de la privation de liberté (*Amuur c. France*, 25 juin 1996, req. n°199776/92), de la liberté de circulation (*Denizci c. Chypre*, 23 mai 2001, req. n° 25316/94), ou encore des droits procéduraux des étrangers sous le coup d'une mesure d'expulsion (*Lupsa c. Roumanie*, 8 juin 2006, req. n°10337/04). F. SUDRE, *op. cit.*, p.222.

¹⁴⁴⁸ CEDH, arrêt du 1er juillet 1961, *Lawless c. Irlande* (N°3), req. n°332/57.

¹⁴⁴⁹ CEDH, 24 avril 1996, *Boughanemi c. France*, req. n°22070/93.

¹⁴⁵⁰ CEDH, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, req. n°26565/05.

¹⁴⁵¹ F. JULIEN-LAFERRIERE, « Réflexions partielles sur l'apport de la cour européenne des droits de l'homme à la garantie de quelques droits des étrangers », *op. cit.*, pp.773-779.

169. En dehors de l'Europe.

a) *Devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, les droits des travailleurs migrants ont fait l'objet de précisions dans le cadre de la compétence contentieuse ou facultative de la Cour¹⁴⁵². Dans le cadre de la compétence contentieuse, l'affaire *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République dominicaine* de 2000 a révélé le pouvoir de la Cour d'ordonner des mesures provisoires. En l'espèce, une demande de mesure provisoire a été transmise par la Commission à la Cour, afin : de faire cesser les expulsions massives par la République dominicaine de travailleurs haïtiens en situation régulière et irrégulière, ainsi que de Dominicains d'origine haïtienne ; de satisfaire les conditions du procès équitable quand l'éloignement du territoire apparaît nécessaire ; et de permettre le retour des personnes identifiées au procès. Tout en prenant en compte la souveraineté des Etats pour déterminer leur politique migratoire, et les difficultés auxquelles est confrontée la République dominicaine qui ne peut à elle seule supporter les difficultés économiques et sociales des Haïtiens, la Cour reconnaît l'existence d'une situation de gravité extrême et urgente concernant les droit à la vie, à l'intégrité personnelle, à la circulation et à la résidence des personnes, ainsi qu'à la protection spéciale des enfants au sein de la famille. Elle ordonne à la République dominicaine de prendre les mesures nécessaire pour protéger la vie et l'intégrité des personnes en cause, de cesser les expulsions massives, de permettre le retour d'un des requérants, et de présenter un rapport sur la mise en œuvre des mesures conservatoires¹⁴⁵³.

Dans l'affaire *Les filles Yean et Bosico c. République Dominicaine* de 2005, la Cour précise la notion d'« étranger en transit ». Elle constate qu'en République Dominicaine, les personnes d'origine haïtienne sont souvent considérées comme relevant de cette catégorie, ce qui exclue notamment leurs enfants du droit à la nationalité en vertu de l'article 11 de la Constitution, peu important le temps passé par ces familles dans le pays. La Cour juge que « *pour considérer une personne comme étant en transit, indépendamment du terme choisi, l'Etat doit respecter une limite temporaire raisonnable et cohérente avec le fait qu'un étranger qui développe des liens avec un Etat ne peut être mis dans une situation équivalente à une*

¹⁴⁵² Il faudrait également ajouter quelques avancées apportées dans la jurisprudence de la Commission interaméricaine, mais nous limiterons notre analyse aux affaires dont a pu connaître la Cour.

¹⁴⁵³ CourIADH, *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République Dominicaine c. République Dominicaine*, ordonnance du Président de la Cour du 14 septembre 2000, Série E n°3. L. BURGORGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *op.cit.*, p.211s. De nombreuses mesures conservatoires du même type seront prononcées dans les années qui suivront.

personne en transit »¹⁴⁵⁴. On peut encore citer l'affaire *Vélez Loor* de 2010 qui condamne la violation de l'intégrité des migrants en situation irrégulière et détenu dans l'attente d'une mesure d'éloignement¹⁴⁵⁵.

Dans le cadre de la procédure consultative, on peut citer l'avis consultatif n°16 déjà évoqué demandé par le Mexique concernant le non-respect par les Etats-Unis des garanties minimales dont doivent bénéficier les étrangers dans les cas où la peine de mort est en cause : l'information du droit à l'assistance consulaire de l'Etat national. La question posée à la Cour consiste à savoir si l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires énonçait des droits individuels. La Cour y a répondu par l'affirmative, précédant ainsi le célèbre arrêt *Lagrand* de la CIJ de 2001¹⁴⁵⁶. Par ailleurs, nous avons déjà eu l'occasion de mentionner l'avis consultatif n°18 rendu à la demande du Mexique à propos des conditions de traitement des travailleurs mexicains aux Etats-Unis. La Cour affirme que les Etats sont tenus de traiter de manière indiscriminée les travailleurs migrants, même en situation irrégulière, par rapport aux travailleurs nationaux, et reconnaît à l'interdiction de la discrimination la qualité de norme de *jus cogens*¹⁴⁵⁷. Une autre demande d'avis n° 21 est actuellement examinée devant la Cour et porte sur les enfants migrants¹⁴⁵⁸.

b) *L'expérience du régionalisme africain des droits de l'homme* est beaucoup moins riche du point de vue du nombre de décisions rendues, notamment en raison de la création tardive de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, et malgré l'importance du phénomène migratoire intrarégional. Toutefois, la Commission africaine a eu à se prononcer sur quelques affaires relatives à des migrants, dont nous citerons quelques exemples. Aussi s'agissant des expulsions collectives tout d'abord, celles-ci sont interdites à l'article 12§5 de la Charte

¹⁴⁵⁴ CourIADH, *Les filles Yean et Bosico c. République Dominicaine*, arrêt sur le fond et les réparations, 8 septembre 2005, Série C n°130, § 157. L. BURGORGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *op.cit.*, p. 617.

¹⁴⁵⁵ CourIADH, *Vélez Loor c. Panama*, Exceptions préliminaires, fond, réparation et frais, 30 novembre 2010, Série C, n°218. La cour insiste sur la vulnérabilité accrue des migrants codétenus avec des personnes prévenues ou condamnées (§207) et impose des établissements différents. Elle rappelle également les obligations positives des Etats concernant les conditions de détention (§215s.). M. ROTA, « Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *CRDF* n°9, 2011, pp.160-161

¹⁴⁵⁶ CourIADH, *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre du droit au procès équitable*, opinion consultative OC-16/99 du 1er octobre 1999, Série A n°16.

¹⁴⁵⁷ CourIADH, *Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux, opinion consultative*, OC-18/03 du 17 septembre 2003, Série A, n°18. Pour plus de détails, voir L. BURGORGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *op.cit.*, p.459 et s.

¹⁴⁵⁸ Pour plus de détails, voir Institut de politiques publiques en droits de la personne/Mercosur, *Demande d'avis consultatif à la Cour interaméricaine des droits de l'homme portant sur les Enfants migrants*, consultable sur : http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_fr.pdf, consulté le 22 avril 2014.

africaine. Dans l'affaire *Rencontre Africaine des droits de l'homme (RADDHO) c. Zambie* de 1994¹⁴⁵⁹, la Commission a jugé que la condition de l'épuisement des voies de recours internes ne pouvait être opposable, les ressortissants tiers emprisonnés étant dans l'impossibilité de saisir les juridictions internes. Cette jurisprudence a été confirmée notamment dans l'affaire *IHRDA (pour le compte d'Esmaila Connateh) c. Angola*¹⁴⁶⁰ concernant l'arrestation arbitraire et la déportation de Gambiens en séjour régulier et travaillant dans le secteur minier. La Commission conclut également à la violation du droit à la dignité, en raison des conditions de détention (dans des locaux abritant des animaux et remplis d'excréments, sans eau, ni nourriture ni soins) et des traitements dégradants et inhumains infligés à ces migrants. Elle conclut par ailleurs à la violation du droit de propriété car la déportation avait empêché les intéressés de rassembler leurs biens personnels, lesquels ont parfois même été confisqués.

Dans d'autres affaires, la Commission a aussi qualifié de traitement cruel inhumain ou dégradant le fait de couper le migrant de tout contact avec sa famille en refusant notamment d'informer celle-ci du lieu de détention¹⁴⁶¹, la détention dans des prisons surpeuplées et le fait de battre les détenus¹⁴⁶² ou de les priver de lumière, de nourriture, de médicaments et de soins médicaux¹⁴⁶³.

Dans l'affaire *Media Right Agenda c. Nigeria*, la Commission a conclu à une violation de l'article 6 de la Charte (interdiction de l'arrestation et de la détention arbitraire) en précisant que « *les personnes qui sont arrêtées doivent être informées au moment de leur arrestation, dans une langue qu'elles comprennent, des motifs de leur arrestation et doivent être informées rapidement des charges retenues contre elles* »¹⁴⁶⁴. La Commission a également établi la violation de plusieurs droits sociaux des étrangers. Elle considère par exemple que l'arrestation et l'expulsion d'étrangers sans aucune possibilité de recours devant les tribunaux

¹⁴⁵⁹ *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme (RADDHO) c. Zambie*, 1994, Communication 71/92, Dixième Rapport d'activités, (2000) AHRLR 321 (CADHP 1996).

¹⁴⁶⁰ Décision de la Commission africaine 292/04, *IHRDA (pour le compte de Esmaila Connateh et 13 autres c. République d'Angola)*, 22 mai 2008.

¹⁴⁶¹ Décision de la Commission 48/90,50/91, 52/91 et 89/93, *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights, Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa c. Soudan*, 15 novembre 1999, §54.

¹⁴⁶² Décision de la Commission africaine 64/92-68/92-78/92, *Krishna Achuthan (pour le compte de Aleke Banda), Amnesty International (pour le compte d'Orton et Vera Chirwa), Amnesty International (pour le compte d'Orton et Vera Chirwa) c. Malawi*, 27 avril 1994.

¹⁴⁶³ Décision de la Commission 97/93, *Modise c. Botswana*, 3 mars 1993 ; Décision de Commission 54/91-61/91-96/93-98/93-164/97_196/97-210/98, *Malawi Africa Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union interafricaine des droits de l'Homme et RADDHO, Collectif des veuves et ayants-Droit, Association mauritanienne des droits de l'Homme c. Mauritanie*, 11 mai 2000.

¹⁴⁶⁴ Décision de la Commission africaine 224/98, *Media Right c. Nigéria*, 6 novembre 2000, §43.

peuvent entraîner la perte de leur emploi et constituer une violation du droit de travailler et du droit à l'éducation¹⁴⁶⁵.

Force est de constater que la plupart des décisions de la Commission restent lettres mortes, malgré la volonté de celle-ci de renforcer l'application de ses décisions¹⁴⁶⁶. Cependant ces avancées jurisprudentielles ont comme intérêt principal de mettre en lumière les violations des droits des migrants et de juridictionnaliser leurs droits.

A côté de ces mécanismes régionaux qui restent exceptionnels en ce qu'ils regroupent un nombre restreint d'Etats et sont encore souvent facultatifs, d'autres mécanismes universels non-juridictionnels sont disponibles.

§2- La disponibilité de recours quasi-juridictionnels devant des organes conventionnels onusiens

Les recours individuels devant les comités conventionnels des Nations Unies prennent la forme de pétitions simples. Ces pétitions-plaintes portent, comme pour les mécanismes précités, sur des faits constituant une violation de certains engagements bien définis ; elles sont adressées, selon une procédure déterminée, à l'instance spécialement et expressément chargée de la protection des droits lésés. Toutefois, ce type de pétition ne se situe pas dans un cadre juridictionnel. En effet, en raison de l'attachement des Etats à leur compétence nationale, le droit de pétition individuelle n'a pas été consacré¹⁴⁶⁷. Dans le cadre des communications étatiques et individuelles, les procédures d'examen se déroulent en deux temps : l'examen de la recevabilité, et l'examen sur le fond. La procédure des communications étatiques vise un règlement amiable du différend. Dans le cadre des communications individuelles, les comités adoptent des constatations qui n'ont pas de caractère contraignant mais que les Etats sont encouragés à respecter en vertu du principe

¹⁴⁶⁵ ComADHP, 22 mai 2008, *Institut pour les droits humains et le développement en Afrique c. Angola*, n°292/2004, 24ème Rapport d'activités de la CADHP, (pp.133-153), §76 ; et CADHP, 11 novembre 1997, *Union Interafricaine des droits de l'Homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, Rencontre africaine des droits de l'Homme, Organisation nationale des droits de l'Homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'Homme c. Angola*, n° 159/96, 11ème Rapport d'activités de la CADHP, (pp.25-27), § 17, cités par E. GUEMATCHA, « La justiciabilité des droits sociaux en Afrique : L'exemple de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples », *op.cit.*, p.137 et 139.

¹⁴⁶⁶ H. CISSE, *La protection des droits humains fondamentaux des migrants ouest africains. Les recours possibles aux mécanismes africains*, Dakar/Genève, OSIWA/MRI2010, p.20 et s.

¹⁴⁶⁷ F. SUDRE, *op.cit.*, p.93.

général de bonne foi, principe selon lequel les Etats s'engagent à coopérer pour le respect des droits de l'homme dans le cadre des Nations Unies¹⁴⁶⁸.

A l'exception du Comité des travailleurs migrants et du Comité des droits de l'enfant, les autres comités conventionnels des Nations Unies peuvent recevoir des communications individuelles bien que leur compétence soit conditionnée par des déclarations facultatives d'acceptation ou par l'adoption des Protocoles facultatifs¹⁴⁶⁹. Ces comités offrent des voies de recours alternatives aux travailleurs étrangers qui peuvent agir soit individuellement, soit par la représentation d'un syndicat ou d'une ONG. Ces mécanismes peuvent notamment leur permettre de contourner partiellement la faible disponibilité du droit de recours contentieux dans l'ordre juridique international, ou encore la non-ratification de la Convention de New York et de son Protocole facultatif par les Etats qui empêche le Comité des travailleurs migrants de recevoir des communications individuelles. Les autres conventions créant des comités sont, quant à elles, plus largement ratifiées et la compétence des comités plus largement acceptée. L'utilisation de la procédure des réclamations suppose que les droits dont violation est alléguée relèvent de la compétence *ratione materiae* de ces comités. Si le contentieux du droit des étrangers a fait l'objet d'un développement de la compétence matérielle de ces comités (A), ces derniers se sont saisis de ce contentieux et ont eux-mêmes contribué au développement des droits des étrangers et donc des travailleurs étrangers (B).

A. Le développement d'une compétence matérielle concernant les travailleurs migrants

170. Le développement d'une compétence matérielle initiale par certains comités. Pour certains Comités, le contentieux des étrangers n'était *a priori* pas exclu de leur compétence. Cette compétence se voit d'abord affirmée de manière explicite à travers l'examen des rapports périodiques. En effet, le pourcentage des conclusions des comités concernant les étrangers, pour la période 1994-2004, est de 71% pour le Comité des droits de l'enfant, 66%

¹⁴⁶⁸ D. ROUGET, *op.cit.*, p.119 et s.

¹⁴⁶⁹ Les Comités pouvant recevoir des communications individuelles sont le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité des droits de l'Homme, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, le Comité contre la torture, le Comité pour la protection des handicapés, le Comité contre les disparitions forcées, et le Comité des droits économiques sociaux et culturels. Le Comité des travailleurs migrants sera doté de cette même compétence lorsque son protocole additionnel entrera en vigueur. *Ibid.*

pour le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), de 48% pour le Comité des droits économiques sociaux et culturels (CDESC), 43% pour le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) et de 17% pour le Comité contre la torture (CAT). La répartition géographique de l'ensemble des conclusions des comités concernant les migrants est de 9% pour le WEOG (qui inclut l'Europe de l'Ouest mais aussi d'autres Etats tels que le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, les Etats-Unis ou encore Israël), 3% pour l'Europe de l'Est, 19% pour l'Asie, 9% pour l'Afrique, et 12% pour l'Amérique latine et les Caraïbes¹⁴⁷⁰. Les comités se sont également prononcés sur la situation des étrangers à l'occasion de l'adoption d'observations générales et dans le cadre des recours quasi-contentieux. Nous étudierons le développement de cette compétence à travers quelques exemples.

Concernant le Comité des droits de l'homme (CDH), ce dernier a adopté une Observation générale n°15 de 1986 relative à la situation des étrangers au regard du Pacte, dans laquelle il rappelle que si les Etats sont libres d'admettre les étrangers, ils doivent accorder de la même manière la jouissance des droits énoncés dans le Pacte à leurs ressortissants et aux étrangers, exception faite des droits reconnus au « citoyen » à l'article 25¹⁴⁷¹. On peut encore citer l'Observation générale n°18 de 1989 relative à l'interdiction de la discrimination. Dans cette observation, le Comité énonce que l'article 2§1 oblige les Etats à respecter et à garantir, à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence, les droits reconnus dans le Pacte, sans distinction aucune fondée sur un des critères mentionnés à l'article 26¹⁴⁷².

Concernant le CEDAW, il accepte les communications des femmes qui relèvent de la juridiction de l'Etat ayant accepté sa compétence, et donc des femmes migrantes¹⁴⁷³. Dans les Recommandations générales n°21 et n°24, ce Comité souligne la vulnérabilité des migrantes

¹⁴⁷⁰ Commission Internationale Catholique pour les Migrations et Décembre 18, *The UN Treaty Monitoring Bodies and Migrant Workers: a Samizdat*, novembre 2004, p.9 et 11, consultable sur : http://portal.unesco.org/shs/es/files/6959/11031941751The_UN_Treaty_Monitoring_Bodies_and_Migrant_Workers.pdf/The+UN+Treaty+Monitoring+Bodies+and+Migrant+Workers.pdf.

¹⁴⁷¹ CDH, *Observation générale n°15, Situation des étrangers au regard du Pacte*, Vingt-septième session, 11 Avril 1986, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I).

¹⁴⁷² CDH, *Observation générale n°18 : Non-discrimination*, Trente-septième session, 10 novembre 1989, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), §1-5.

¹⁴⁷³ S. JOSEPH *et al.*, *Quel recours pour les victimes de la torture. Guide sur les mécanismes de communications individuelles des organes de traités des Nations unies*, Genève, Organisation mondiale contre la torture, 2006, p.96.

concernant l'accès à la santé¹⁴⁷⁴ et insiste sur la nécessité pour elles d'être rejointes par les membres de leur famille¹⁴⁷⁵. Le CEDAW adopte ensuite une recommandation générale n°26 sur les travailleuses migrantes dans laquelle il insiste sur le fait que celles-ci doivent bénéficier des droits de l'homme en tant qu'étrangères, mais être également protégées contre la discrimination en tant que femmes, à la fois dans les pays d'origine, de transit et de destination¹⁴⁷⁶.

Le CDESC, quant à lui, a été moins explicite dans ses observations générales. Il a tout de même précisé dans son Observation générale n°3 que « *si le Pacte prévoit effectivement que l'exercice des droits devra être assuré progressivement et reconnaît les contraintes découlant du caractère limité des ressources disponibles, il impose aussi diverses obligations ayant un effet immédiat, dont deux sont particulièrement importantes pour comprendre la nature précise des obligations des Etats parties. Une obligation dont il est question dans une observation générale distincte, que le Comité étudiera à sa sixième session, est que les Etats parties "s'engagent à garantir" que les droits considérés "seront exercés sans discrimination"* »¹⁴⁷⁷. Dans son Observation générale n°20 relative à l'interdiction de la discrimination, le CDESC ajoute que « *les droits visés par le Pacte s'appliquent à chacun, y compris les non-ressortissants, dont font partie notamment les réfugiés, les demandeurs d'asile, les apatrides, les travailleurs migrants et les victimes de la traite internationale de personnes, indépendamment de leurs statut juridique et titres d'identité* »¹⁴⁷⁸. La non-

¹⁴⁷⁴ CEDAW, *Recommandation générale n°24, Article 12 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes - Les femmes et la santé*, vingtième session, 1999.

¹⁴⁷⁵ CEDAW, *Recommandation générale n°21, Egalité dans le mariage et les rapports familiaux*, treizième session, 1994.

¹⁴⁷⁶ CEDAW, *Recommandation générale n° 26 concernant les travailleuses migrantes*, 5 décembre 2008, CEDAW/C/2009/WP.1/R. Pour plus de détails, voir J. S. HAINFURTHER, « A Rights-Based Approach: Using CEDAW to Protect the Human Rights of Migrant Workers », *American University International Law Review* 2009, volume 24 n° 5, pp.843-895.

¹⁴⁷⁷ CDESC, *Observation générale n° 3, La nature des obligations des Etats parties*, 14 décembre 1990, réimprimé en Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), §1. S. SLAMA, « L'invocabilité directe des Droits économiques, sociaux et culturels en droit interne (à propos de Cass., soc., 16 décembre 2008, Eichenlaub c./Axia France) », Blog Combats pour les droits de l'homme (CPDH), 5 avril 2009, consulté le 24 avril 2014.

¹⁴⁷⁸ CDESC, *Observation générale n° 20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, Quarante-deuxième session, Genève, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20, pp.10-11.

discrimination devrait notamment s'appliquer pour le droit au travail¹⁴⁷⁹ ou le droit à la sécurité sociale¹⁴⁸⁰.

L'interdiction de la discrimination a également été affirmée par le CAT dans son Observation générale n°2¹⁴⁸¹.

Mais si ces comités ont développé une compétence en matière de droit des étrangers, le CEDR, quant à lui n'a pas hésité à affirmer une telle compétence initialement inexistante.

171. L'affirmation d'une compétence matérielle *a posteriori* concernant les étrangers : l'exemple du Comité contre la discrimination raciale. L'exemple le plus frappant d'affirmation d'une compétence pour le contentieux des étrangers concerne le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR). En effet l'article 1, qui définit le champ d'application de la Convention¹⁴⁸², exclut dans son paragraphe 2 les distinctions entre les ressortissants et les non ressortissants. Si de telles mesures existent, elles ne peuvent être considérées comme discriminatoires au sens de la Convention. Toutefois, le Comité, en vertu du paragraphe 3 du même article, est compétent pour veiller à ce qu'aucune distinction ne soit faite entre les diverses nationalités étrangères.

Soutenu par l'Assemblée générale des Nations Unies, le Comité a interprété de manière souple son mandat. Concernant tout d'abord la distinction entre catégories d'étrangers, celle-ci peut résulter d'accords bilatéraux et multilatéraux portant sur des régimes réciproques. Mais ces situations ont révélé de profondes divergences entre les Etats parties, et notamment dans le cadre de la Communauté européenne¹⁴⁸³. En l'absence d'accord entre ses membres, le

¹⁴⁷⁹ CDESC, *Observation générale n°18, Le droit au travail*, Genève, Trente-cinquième session, 24 novembre 2005, E/C.12/GC/18, §18.

¹⁴⁸⁰ CDESC, *Observation générale n° 19, Le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte)*, Genève, Trente-neuvième session, 4 février 2008, E/C.12/GC/19, §§36-38.

¹⁴⁸¹ CAT, *Observation générale n°2, Mesures internationales d'assistance technique (art. 22 du Pacte)*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 à 13 (2004), §6.

¹⁴⁸² Selon Régis De Gouttes, bien que la notion de race n'ait été conceptualisée dans aucun instrument international, pas même dans la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, celle-ci qui n'en combat pas moins le racisme ; elle le condamne de manière générale et ferme dès le préambule. L'article 1^{er} dispose que « *l'expression discrimination raciale vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique* ». Cette définition large vise les discriminations directes et indirectes. R. DE GOUTTES, « L'approche universaliste des discriminations raciales », in J.-F. AKANDJI-KOMBE (dir.), *Les droits de l'homme dans la société internationale, Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.635-639.

¹⁴⁸³ Dans les années 1970, la question s'est posée devant le Comité, à propos d'accords internationaux consacrant des avantages réciproques (Rapport annuel de 1977, examen des 2e et 3e rapports périodiques de la France, p. 41, à propos des statuts spéciaux accordés aux ressortissants d'Etats africains autrefois soumis à l'administration française et aux ressortissants algériens ; et le Rapport annuel pour 1979, examen du 4e rapport périodique de la Mongolie, p. 25), les débats ont principalement concerné le traité instituant la CEE en 1973 (Rapport annuel

Comité ne contrôle pas les discriminations entre étrangers résultant d'accords internationaux. En dehors de tout accord international, le Comité exerce un contrôle et invite même les Etats à lui transmettre des informations relatives à la composition démographique du pays et des statistiques relatives aux étrangers. Les exemples de recherche de ce type de discrimination existent mais sont peu nombreux, le Comité s'étant davantage intéressé à la discrimination entre national et étranger¹⁴⁸⁴. Il a alors élargi la définition de son mandat en examinant le respect par les Etats des droits fondamentaux des étrangers.

Pour affirmer sa compétence, le Comité commence par constater que la discrimination raciale affecte en grande partie les étrangers¹⁴⁸⁵, puis explique, dans sa Recommandation générale n°XI-42 de 1993, que l'article 1§2 de la Convention ne saurait être interprété comme portant atteinte aux droits et libertés reconnus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ou encore dans les deux Pactes de 1966¹⁴⁸⁶. En effet, il s'est posé la question de savoir si l'article 5 concernait les distinctions entre étrangers et nationaux. Dans sa Recommandation générale n°XI-42, le Comité conclut qu'il est impensable que la Convention réserve un traitement favorable aux seuls ressortissants et prive ainsi les non-ressortissants des droits fondamentaux qu'elle énonce. Toutefois, sa Recommandation générale n°XX vient nuancer cette analyse puisque le Comité affirme qu'il ne relève pas de son mandat de contrôler l'application par les Etats des droits fondamentaux dans leur ensemble¹⁴⁸⁷.

L'existence de la compétence des comités conventionnels onusiens en matière de droits des étrangers étant établie, ces derniers vont l'exercer à l'occasion de réclamations individuelles notamment, ce qui offre une autre illustration de l'accessibilité des travailleurs migrants à la « justice » internationale.

pour 1973, examen du 3e rapport périodique de la République fédérale d'Allemagne, p. 65). M. BIDAULT, *op.cit.*, pp.131-132.

¹⁴⁸⁴ *Ibid*, p.133.

¹⁴⁸⁵ CEDR, *Rapport annuel pour 1996*.

¹⁴⁸⁶ CEDR, *Rapport annuel pour 1993*.

¹⁴⁸⁷ CEDR, *Rapport annuel pour 1996*, examen du 8^e rapport périodique de la République de Corée, p.52. M. BIDAULT, *op.cit.*, pp.133-135. R. DE GOUTTES, « Le rôle du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale », *RTDH*, 2001, p.569.

B. L'exercice de la compétence quasi-contentieuse par les comités

172. La consolidation des droits des étrangers par les comités conventionnels. La jurisprudence des comités onusiens a permis de développer et renforcer les droits des migrants. Le traitement des étrangers devant le CAT a donné lieu à de nombreuses précisions en matière d'éloignement du territoire et de conditions de rétention. Dans l'affaire *Agiza c. Suède* par exemple, le CAT conclut à une violation de l'article 16 (interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants par des agents officiels) lors d'une expulsion forcée depuis la Suède vers l'Égypte, en raison de mauvais traitements infligés par des agents américains. La Suède a été condamnée pour avoir volontairement remis l'intéressé aux autorités américaines et tacitement consenti aux mauvais traitements¹⁴⁸⁸. L'expulsion d'une personne alléguant la violation de l'article 3 (interdiction d'extrader en cas de risque de torture), suite à des procédures irrégulières, peut donc aboutir à la conclusion de la violation de l'article 3, indépendamment du risque d'être soumis à la torture dans l'Etat d'accueil¹⁴⁸⁹.

Le CDH a également consacré de nombreux développements en matière d'éloignement, que nous avons déjà eu l'occasion de mentionner dans la partie I de notre étude. Le CDH dispose également d'une jurisprudence riche à propos de l'interdiction des discriminations. Par exemple, dans l'affaire *Broeks c. Pays-Bas*, il précise que l'article 26 (égalité devant la loi) ne se réduit pas à dupliquer les garanties énoncées à l'article 2, mais dérive du principe d'égalité de protection devant la loi garanti à l'article 7 de la DUDH ; il consacre un droit autonome par rapport à l'article 2 (application du Pacte aux personnes se trouvant sous la juridiction) et ne se limite pas aux droits consacrés par le Pacte. L'article 26 s'applique donc aussi bien aux droits économiques et sociaux énoncés par la loi qu'aux droits civils et politiques¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁸ CAT, *Agiza c. Suède*, n° 233/2003, §13.4. La violation de l'article 16 a également été admise à propos du port de cagoules ou de masques par les agents effectuant une expulsion forcée (Observations finales sur la Suisse, (2005), UN doc. CAT/C.CR/34/CHE, §4). En revanche dans l'affaire *G.R.B. c. Suède* (83/97), la requérante indiquait avoir été expulsée vers le Pérou où elle risquait d'être torturée par des rebelles, mais le CCT rejette la violation de l'article 3 au motif que le risque de torture par des groupes rebelles indépendants ne pouvait conduire à l'affirmation d'un consentement tacite de l'Etat péruvien à l'égard de ces actes. S. JOSEPH *et al.*, *Quel recours pour les victimes de la torture. Guide sur les mécanismes de communications individuelles des organes de traités des Nations unies*, *op.cit.*, pp.228-233.

¹⁴⁸⁹ CAT, *Brada c. France*, n°195/02.

¹⁴⁹⁰ CDH, *Broecks c. Pays-Bas*, 1987, n°172/1984, § 12.4 et 12.5. En effet, le Comité déclare régulièrement recevables des communications individuelles alléguant la violation de l'article 26 à l'égard des droits économiques et sociaux consacrés par le droit national. Pour plus de détails sur la jurisprudence du Comité des droits de l'homme à propos du principe de non-discrimination, F. SUDRE, « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des Droits de l'homme des Nations Unies », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – Les communications individuelles*, Montpellier, IEEDH, 1995, pp.33-60. Voir également L. HENNEBEL, *La jurisprudence du*

Concernant le CEDAW, il condamne par exemple l'absence de mesures prises par les Etats pour lutter contre les abus commis par les agences de recrutement et les employeurs en cas de discrimination à l'égard des femmes¹⁴⁹¹. Dans une affaire de violences conjugales, il prend en compte la vulnérabilité particulière de l'épouse d'origine étrangère et analphabète eu égard aux obligations de l'Etat en cause d'adopter rapidement des mesures de protection¹⁴⁹².

Le CEDR, dans l'affaire *Yilmaz Dogman c. Pays Bas* du 29 septembre 1988¹⁴⁹³, condamne le licenciement d'une ressortissante turque vivant aux Pays-Bas prononcé au motif que les travailleuses étrangères avaient tendance à abuser du congé maladie (art. 5 e) i) de la Convention). Le Comité estime que la plaignante a subi une discrimination dans la jouissance de son droit au travail et « suggère que l'État partie tienne compte de cet avis et lui recommande de vérifier si Mme Yilmaz-Dogan a maintenant un emploi rémunéré et, dans la négative, de faire usage de ses bons offices pour assurer à Mme Yilmaz-Dogan un nouvel emploi et/ou pour lui faire obtenir telle autre réparation qu'il pourra juger équitable »¹⁴⁹⁴.

Les recours quasi-contentieux devant les comités conventionnels des Nations-Unies sont donc effectifs.

173. Les avantages de l'utilisation par les travailleurs migrants des communications individuelles dans le cadre universel en pratique. Le professeur Cohen-Jonathan a dégagé des tendances à propos du CDH qui peuvent être, pour certaines, généralisées aux autres comités des Nations Unies, étant donné le rôle de modèle joué par le CDH¹⁴⁹⁵. Selon l'auteur, ces comités permettent en effet un enrichissement des droits garantis, grâce à une extension jurisprudentielle parfois audacieuse. Ils permettent également de rendre justiciables, dans l'ordre juridique international, des droits qui ne sont pas nécessairement consacrés dans les instruments régionaux. Les développements jurisprudentiels enrichissent ainsi, tant au niveau des garanties matérielles que procédurales, la protection des droits de l'homme, grâce au dialogue des juges notamment. De même, les observations générales constituent de véritables

Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, le Protocole international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle, op.cit., p.307 et s.

¹⁴⁹¹ CEDAW, *Mme A. T. c. Hongrie*, n°2/2003, 26 janvier 2005.

¹⁴⁹² CEDAW, *Jallow c. Bulgarie*, n°32/2011, 23 juillet 2012.

¹⁴⁹³ CEDR, 29 septembre 1988, *Yilmaz Dogman c. Pays-Bas*, n°1/1984.

¹⁴⁹⁴ CEDR, *Yilmaz Dogman c. Pays-Bas*, n°1/1984, 29 septembre 1988, § 10.

¹⁴⁹⁵ Bien que chronologiquement l'établissement du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale ait précédé celui du CDH, l'institution du CDH était déjà à l'étude lors de l'élaboration de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Dès lors c'est le CDH qui a servi de référence institutionnelle aux autres comités. A. WEBER, *Les mécanismes non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2008, p.86.

arrêts de règlement car elles permettent « à l'avance » de déterminer le contenu et la portée des droits. Par ailleurs, le contrôle dans le cadre de communications individuelles s'apparente à un contrôle de type juridictionnel puisque les comités déterminent leur compétence, utilisent la notion de juridiction, et examinent la conformité du droit national avec la convention pour laquelle ils ont compétence. Les comités contribuent également au contrôle de validité des réserves et à la qualification des normes impératives¹⁴⁹⁶.

Bien que le mécanisme des réclamations collectives soit facultatif, et que le nombre d'Etats parties à une convention onusienne particulière l'ayant accepté soit relativement faible, les comités conventionnels indépendants offrent des réclamations de type contentieux au niveau universel¹⁴⁹⁷. Leur pluralité ouvre donc un nombre non négligeable de mécanismes potentiellement saisissables, y compris pour une même affaire. En effet, la multiplication des comités conventionnels voit apparaître l'existence de compétences concurrentes de plusieurs comités. Par exemple, pour les actes de torture allégués, sont compétents le CDH et le CTA, respectivement en vertu de l'article 7 du PIDCP et de l'article 1 de la Convention contre la torture, ce qui permet de saisir l'un ou l'autre des mécanismes selon l'acceptation ou non de la compétence de l'un ou l'autre par l'Etat en cause. Selon Anne Weber, il est possible de regrouper dans une même catégorie les recours de type contentieux dans le cadre desquels un Etat « *est appelé à répondre de violations des droits de l'homme, soit sur requête d'un autre Etat, qui l'accuse, soit à la demande d'un particulier* », et qui inclut donc le recours juridictionnel et quasi-juridictionnel¹⁴⁹⁸. L'ensemble des mécanismes de type contentieux étudiés offrent ainsi des voies de recours multiples, directs ou indirects, aux travailleurs migrants, certains étant plus souvent déclenchés que d'autres. Cela atteste du développement certain de leur capacité à faire valoir directement leurs droits dans l'ordre juridique international, sans qu'il soit nécessaire que leurs réclamations soient endossées par leur Etat national.

¹⁴⁹⁶ G. COHEN-JONATHAN, « Conclusions », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – Les communications individuelles*, Montpellier, IEEDH, 1995, pp.170-186.

¹⁴⁹⁷ R. BRILLAT, « Le rôle du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale », *op.cit.*, p.577 et s.

¹⁴⁹⁸ A l'opposé, les procédures non contentieuses « *ont pour but de s'assurer que les Etats observent leurs engagements internationaux en dehors ou indépendamment de toute allégation selon laquelle ils violeraient les droits de l'homme* ». A. WEBER, *op.cit.*, p.29.

Conclusion du Chapitre I :

La possibilité formelle de saisir un juge dans l'ordre juridique international atteste d'une évolution de la justiciabilité des droits des travailleurs migrants. Elle ne se limite plus aujourd'hui « à la protection des consuls », bien que la protection diplomatique reste un mécanisme tout à fait pertinent. Le développement du droit social international et du droit international des droits de l'homme a permis la création de mécanismes complémentaires qui comportent néanmoins quelques faiblesses institutionnelles. Les procédures de l'OIT et devant le CEDS offrent, pour les premières dans un cadre universel et pour le second dans un cadre régional restreint, des mécanismes sans précédent, mais encore trop peu utilisés. Les obstacles à leur déclenchement concernent le besoin de représentativité pour introduire une réclamation, leur caractère facultatif et leur compétence matérielle restreinte. Les voies de recours individuelles créées au niveau régional sont les plus utilisées par les travailleurs migrants, surtout en Europe. Elles restent toutefois l'exception et sont plus ou moins consolidées. Les comités conventionnels des Nations Unies, bien que leur compétence soit facultative, offrent un relai considérable puisqu'ils permettent d'appréhender les différents aspects des droits des travailleurs migrants, et offrent des recours alternatifs, plusieurs comités pouvant potentiellement être saisis pour une même affaire.

Aujourd'hui, l'on peut faire le constat que ces mécanismes sont utilisés par les migrants ou leurs représentants, même s'ils pourraient être davantage exploités. Certes, la plupart des dits mécanismes ne rendent pas de décisions obligatoires, mais rappelons-le, les Etats sont tenus de coopérer en vertu du principe de bonne foi, et leur caractère non-obligatoire permet aussi leur acceptation plus large de la part des Etats. Par ailleurs, l'ensemble des mécanismes permet d'enrichir et de développer en substance les droits des travailleurs migrants et éclairent sur la capacité intrinsèque des droits à être garantis. C'est l'étude cette qualité intrinsèque qui retiendra notre attention dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II : LE RECOURS AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES POUR GARANTIR LA JUSTICIABILITE DES DROITS DES TRAVAILLEURS MIGRANTS

Avant de poursuivre notre analyse, rappelons que la protection des droits ne se limite pas à l'accès au juge. En effet, dans le monde du travail particulièrement, la liberté syndicale, le droit de grève ou encore le droit de négociation collective, sont des instruments de « vitalisation »¹⁴⁹⁹. Au niveau international, nous avons également souligné l'importance de la *soft law* et des mécanismes incitatifs pour les Etats. Toutefois, la non-reconnaissance de la justiciabilité des droits produit de nombreux effets : elle diminue le nombre de mécanismes dont disposent les victimes pour obtenir réparation, amoindrit le devoir de l'Etat de rendre des comptes, affaiblit la dissuasion et favorise l'impunité des responsables¹⁵⁰⁰. L'accès au juge reste donc un aspect important de l'efficacité de la protection des droits.

Pourtant l'étude de la justiciabilité des droits des travailleurs migrants n'est-elle pas paradoxale ? En effet, si les droits sociaux, dont les travailleurs étrangers sont titulaires en raison de leur qualité de travailleur, ont fait l'objet d'une concertation particulière au niveau international, l'on constate que ces droits « sociaux » sont difficilement justiciables. Ce, contrairement aux droits civils et politiques. La question de la justiciabilité des droits sociaux n'est d'ailleurs pas spécifique aux travailleurs migrants et les dépasse même.

La distinction entre ces deux catégories de droits trouve son expression la plus significative dans l'adoption des deux Pactes de 1966. En effet, dès la première phase de réflexion pour l'élaboration des Pactes, dont l'objet était de mettre en œuvre la Déclaration universelle des droits de l'homme (1946-1966), des divergences idéologiques, socio-économiques ou politiques sont apparues sur le nombre d'instruments à adopter et sur leur portée, alors que l'AGNU avait été saisie d'une proposition de « loi internationale sur les droits de l'homme ». En faveur d'un instrument unique, les arguments reposaient sur le fait que les droits de l'homme étaient solidaires et complémentaires, et que la pluralité de textes ne conduirait qu'à des législations partielles. En faveur de plusieurs instruments, l'on argumentait que les droits de l'homme n'étaient pas tous de même nature et qu'ils n'avaient pas les mêmes

¹⁴⁹⁹ J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La justiciabilité des droits sociaux et de la charte sociale européenne n'est plus une utopie », *op.cit.* p.479.

¹⁵⁰⁰ Commission internationale de Juristes, *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels*, *op.cit.*, p. 4.

implications ; les différentes catégories de droits comporteraient alors chacune des techniques propres de protection. La question fût alors renvoyée à la Commission des droits de l'homme. Au cours de la deuxième phase (1949-1954), celle-ci a dressé deux listes de droits, civils et politiques d'une part, et économiques, sociaux et culturels d'autre part, qu'elle a complétées de préambules et dotées de mécanismes de protection. Enfin, au cours de la troisième phase (1955-1966), les discussions ont porté sur la formulation et l'étendue des droits reconnus. Le 16 décembre 1966, vingt ans après les premières négociations, deux pactes distincts ont finalement été adoptés à 105 voix sans opposition pour le PIDESC et 106 sans opposition pour le PIDCP¹⁵⁰¹.

Même si le développement ultérieur du droit international des droits de l'homme a vu l'adoption de textes mixtes, cette distinction a été reprise, notamment au niveau régional avec l'adoption de deux instruments distincts par le Conseil de l'Europe (Convention européenne des droits de l'homme de 1950 et Charte sociale européenne de 1961) et par l'OEA (Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 et Protocole de San Salvador sur les droits économiques sociaux et culturels de 1988). L'idée est vite apparue que si ces deux catégories de droits sont exigibles, seuls les droits civils et politiques seraient justiciables.

Dans ce chapitre nous examinerons comment les évolutions relatives à la justiciabilité des droits sociaux affectent les droits des travailleurs migrants. Nous étudierons successivement les origines de la présomption d'injusticiabilité des droits sociaux (Section I) puis l'évolution de la justiciabilité des droits sociaux par le biais du recours aux droits civils et politiques (Section II).

SECTION I : La présomption d'injusticiabilité des droits sociaux

« La notion de justiciabilité transporte une revendication fondamentale : celle de droits sociaux recevant la même considération et le même traitement que les droits civils et politiques. Or quoi de mieux pour attester de la réalité d'une telle égalité de statut, que la possibilité pour ces droits que d'être protégés par un juge, et spécialement par le juge

¹⁵⁰¹ J. MOURGEON, « Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme », *AFDI*, 1967, vol. 13, pp.326-339.

interne ? »¹⁵⁰². Pourtant c'est bien une présomption d'injusticiabilité que leur a attribué une grande partie de la doctrine. Cette présomption d'injusticiabilité des droits sociaux trouve son origine dans de faux débats sur la justiciabilité des droits sociaux (§1), mais s'exprime par de vrais obstacles juridictionnels à leur garantie (§2).

§1-Faux débats sur la justiciabilité des droits sociaux

Les débats sur la justiciabilité des droits sociaux portent sur la qualification de différences *a priori* intrinsèques entre les droits civils et politiques et les droits économiques sociaux et culturels (A). Pourtant, cette distinction au détriment de l'indivisibilité des droits de l'homme est surmontable (B).

A. L'existence *a priori* de différences intrinsèques

174. La catégorisation des droits sociaux et des droits civils et politiques. Les droits civils et politiques, au XVIIIe siècle, étaient opposés aux droits de l'homme, ces derniers existant à l'état de nature et antérieurement à la société. Pour J.-J. Rousseau, les droits naturels ne sont compatibles avec la société que s'ils sont transmués en droits civils¹⁵⁰³. Les droits civils et politiques supposent donc l'existence d'une société, certains pouvant être modulés alors que les droits de l'homme seraient inconditionnels. A partir du XXe siècle, les droits civils et politiques seront opposés aux droits économiques, sociaux et culturels, distinction consacrée les deux Pactes en 1966. Les droits civils et politiques constitueraient ainsi des droits de l'individu face à l'Etat et les droits économiques sociaux et culturels, des droits de créance. Parmi les droits civils et politiques, il conviendrait encore de distinguer les droits de l'homme au sens strict, qui constituent le noyau dur : les droits indérogeables relatifs à l'intégrité physique et mentale des individus. Les droits politiques concerneraient les prérogatives reconnues au citoyen, lui permettant de participer à la vie politique. La catégorie des droits civils est plus difficile à identifier et peut être définie négativement par ce qui sépare les droits

¹⁵⁰² J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La justiciabilité des droits sociaux et de la charte sociale européenne n'est plus une utopie », *op.cit.*, p.475.

¹⁵⁰³ J. – J. ROUSSEAU, *Le Contrat social*, Livre I, Chapitre VII.

de l'homme des droits politiques ; il faut inclure la liberté d'aller et venir, le droit au respect de la vie privée, ou encore la liberté de conscience et de religion. Au niveau international, le droit international des droits de l'homme a renouvelé la matière, mais on peut toutefois observer un retard des droits politiques sur les droits civils¹⁵⁰⁴.

C'est par opposition aux droits civils et politiques, qu'il semble falloir identifier la catégorie des droits économiques sociaux et culturels. J.-F. Akandji-Kombé observe l'étalement de la consécration de ces droits dans le temps. Qualifiés de droits de « deuxième génération », les droits économiques - comme la liberté professionnelle - sous-tendent l'idéologie libérale des premières déclarations nationales de droits. Ensuite, les droits sociaux dont la finalité est essentiellement de protéger le travailleur et d'apporter aux plus démunis une protection sociale grâce à la solidarité, prennent racine dans la révolution industrielle. Enfin, les droits culturels reflètent des influences diverses, et notamment l'idéologie tiers-mondiste¹⁵⁰⁵. Ils renverraient donc à des époques et des préoccupations diverses.

Selon Diane Roman, la notion de « droits sociaux » est polysémique, ce qui rend son contenu hétérogène. Cette catégorie regroupe en effet : des droits issus de la relation professionnelle (droits des salariés par rapport à leurs employeurs) ; des droits à des prestations sociales (aide sociale, droits contributifs) ; des droits fondamentaux généraux ou précis affirmés dans des textes nationaux ou internationaux ; des droits individuels (droit au logement, droit à la sécurité sociale) ou des droits collectifs (action syndicale et droit de grève, protection de la famille) ; des droits libérés (droits des travailleurs) ; et des droits de créance (droits à des prestations)¹⁵⁰⁶. Toutefois, en dépit de cette hétérogénéité, l'auteure retient trois critères communs : formel (sources et textes proclamatoires), matériel (champ d'application) et téléologique (objet et finalités de leur proclamation). Les droits sociaux sont en effet des droits garantis par des textes internes et internationaux dans le domaine social, afin de réduire les inégalités d'ordre économique et dans une perspective de justice sociale. L'auteure observe également que malgré l'hétérogénéité du contenu, ils ont un sort doctrinal commun : la présomption de leur injusticiabilité¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰⁴ J.-M. DENQUIN, « droits civils et politiques », in J. ANDRIANTSIMBAZOVIVA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp.251-254.

¹⁵⁰⁵ J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Droits économiques, sociaux et culturels », in J. ANDRIANTSIMBAZOVIVA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p.255.

¹⁵⁰⁶ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, pp.3-4.

¹⁵⁰⁷ *Ibid*, pp.4-5.

Après avoir rappelé la classification des droits de l'homme en catégories par une partie de la doctrine, il convient à présent d'analyser les conséquences de cette catégorisation.

175. La vulnérabilité normative et contentieuse des droits sociaux. Jacques Mourgeon écrivait en 1967 à propos des deux Pactes de 1966 que les droits économiques sociaux et culturels, contrairement aux droits civils et politiques, étaient pour la plupart des droits « à développer » plutôt qu'à « respecter ». Leur protection devrait davantage reposer sur le contrôle de ce développement plutôt que sur une mise en accusation de l'Etat manquant, d'autant que de nombreux Etats parties au PIDESC sont des Etats en développement. Dès lors, le contrôle des droits sociaux devrait principalement aider les Etats à atteindre les objectifs énoncés plutôt que les sanctionner¹⁵⁰⁸. Pour certains auteurs, cette différence de nature, et donc de régime juridique, repose sur l'idée que les droits économiques sociaux et culturels ne seraient pas de vrais droits, et que leur consécration en tant que droits conduirait à introduire la confusion dans une thématique bien ordonnée¹⁵⁰⁹. Notons d'ailleurs que le Comité chargé de surveiller le PIDCP fût dénommé « Comité des droits de l'homme », et le Comité chargé de superviser l'application du PIDESC, « le Comité des droits économiques, sociaux et culturels », distinguant ainsi, selon une vision occidentale, les « vrais » droits de l'homme des objectifs à atteindre¹⁵¹⁰. Les arguments opposés à la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels dénoncent des droits programmatoires c'est-à-dire des objectifs pour les pouvoirs publics plus que des droits pour les individus ; ils seraient donc faiblement déterminés et sans titulaires précis, prohibant alors toute protection juridictionnelle.

Cette systématisation intellectuelle de nombreux auteurs repose, le plus souvent, sur une opposition : les droits civils et politiques seraient des droits-libertés dont le respect suppose une abstention des pouvoirs publics, tandis que les droits sociaux seraient des droits-créances exigeant une prestation des pouvoirs publics¹⁵¹¹, prestation d'ailleurs considérée comme coûteuse, d'où l'idée que la mise en œuvre doit être progressive et résulter de choix politiques. Ces bonnes intentions laissées dans les mains de la nation, et leur réduction à des

¹⁵⁰⁸ J. MOURGEON, « Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme », *op.cit.*, p.350.

¹⁵⁰⁹ L. FERRY, et A. RENAUT, « Droits-libertés et droits-créance, Raymond Aron critique de Friedrich-A. », *Droits*, 1985, n°2, p.75 et s.

¹⁵¹⁰ P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVIVA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, p.413.

¹⁵¹¹ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, pp.3-4.

prestations rendent alors les droits économiques, sociaux et culturels incompatibles avec la vision traditionnelle des droits de l'homme liée à la notion de « droit subjectif ». Aujourd'hui, l'argument principal repose sur l'idée d'action matérielle de l'Etat ; ces droits supposeraient une action de l'Etat mais dont il a la liberté de choix puisque ces droits sont imprécis et programmatiques, et ne renverraient qu'à des obligations de moyen¹⁵¹². Dès lors, ils ne bénéficieraient pas de la dimension subjective de l'applicabilité directe, ils ne confèreraient pas de droits subjectifs invocables par les individus. Le domaine social renverrait aux intérêts de la société, qui sont impossibles à déterminer¹⁵¹³. Les droits sociaux ne bénéficieraient alors pas d'une aptitude à l'effectivité, ce qui les place en dehors du droit¹⁵¹⁴.

Les arguments contre la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels sont donc de deux ordres : un argument démocratique selon lequel ce serait au Parlement et non pas au juge d'effectuer des choix budgétaires, en vertu du principe de séparation des pouvoirs ; et un argument technique selon lequel l'imprécision et le caractère progressif de ces droits leur confèreraient un caractère programmatique excluant leur justiciabilité, le juge n'étant techniquement pas apte à évaluer leur contenu ni à sanctionner les atteintes à ces droits¹⁵¹⁵. Pourtant la présomption d'injusticiabilité des droits sociaux peut être remise en cause.

B. Un postulat surmontable au nom de l'indivisibilité des droits de l'homme

176. Relativisation des arguments contre la justiciabilité des droits sociaux. Les partisans de la justiciabilité des droits sociaux remettent en cause les arguments précités. La Commission internationale des Juristes a effectué cet exercice, argument par argument. Sur le caractère imprécis des droits sociaux, la Commission souligne que la question du contenu et de la portée se pose pour tous les droits, et que cette imprécision n'a jamais conduit à considérer que les droits classiques n'étaient pas justiciables. En effet, il est commun que les instruments nationaux et internationaux ne définissent pas précisément les droits, par

¹⁵¹² C. M. HERRERA, *Les droits sociaux*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 2009, pp.12-22.

¹⁵¹³ F. HAYEK, *Droit législation et liberté : le mirage de la justice sociale*, coll. Quadrige, t. 2, Paris, PUF., 1995, 240p.

¹⁵¹⁴ Voir P. BREAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, coll. « Bibliothèque de droit public », t. LXXVI, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, 476p.

¹⁵¹⁵ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, p.9 et s.

recherche de consensus afin de laisser une marge de manœuvre aux autorités chargées de les développer. De plus, l'imprécision ne signifie pas qu'il soit impossible de définir le contenu des droits économiques, sociaux et culturels, comme l'attestent certains jugements nationaux¹⁵¹⁶. Mais la révélation du contenu incombe surtout au législateur, ce contenu pouvant ensuite faire l'objet d'un contrôle de conventionalité par les juges ou par les organes d'experts internationaux et les (quasi-)juridictions qui apportent régulièrement des précisions sur le contenu de ces droits. Ces précisions peuvent ensuite inspirer les Etats. De plus, quand un juge est saisi, il ne se concentre pas nécessairement sur la détermination d'une obligation de l'Etat ou d'un droit de l'individu, mais examine les effets de la mesure prise par les autorités, et notamment leur conformité aux exigences de raisonabilité, de proportionnalité, de suffisance, de progressivité, et de nécessité¹⁵¹⁷.

Concernant les obligations de garantir, respecter et protéger, développées pour qualifier les obligations à la charge des Etats pour mettre en œuvre les droits de l'homme, et qui remplacent peu à peu la distinction entre obligations positives et négatives, la Commission internationale des Juristes les analyse en matière de droits sociaux. Elle souligne que l'obligation de respecter suppose une abstention d'ingérence de la part de l'Etat mais que, pour prévenir une ingérence, il faut parfois prendre des mesures notamment pour le juge. L'obligation de protéger signifie que l'Etat doit prévenir les atteintes par les tiers, ce qui introduit l'adoption d'une réglementation, un contrôle et des sanctions. Or, le besoin de protection apparaît aussi bien pour les droits civils et politiques que pour les droits économiques, sociaux et culturels. Enfin, l'obligation de garantir, impose à l'Etat de promouvoir l'accès aux droits en identifiant les difficultés et en créant les conditions nécessaires pour permettre aux individus d'en bénéficier. Cela implique de supprimer les obstacles empêchant leur pleine jouissance et d'éliminer les comportements sociaux et culturels discriminatoires défavorisant les groupes vulnérables. Les violations des droits économiques sociaux et culturels concernent souvent la violation d'une action positive de l'Etat. Or, s'il n'est pas difficile d'évaluer une omission, d'ailleurs souvent partielle, il n'est pas toujours aisé de trouver une voie de recours. Toutefois, les omissions peuvent également

¹⁵¹⁶ On peut notamment évoquer les développements spectaculaires par la Cour européenne des droits de l'homme des notions de « traitement inhumain », « traitement dégradant », « procès équitable », ou encore « vie privée et familiale normale ». J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La justiciabilité des droits sociaux et de la Charte sociale européenne n'est pas une utopie », *op.cit.*, p.477.

¹⁵¹⁷ Commission internationale de juristes, *op. cit.*, pp.18-24.

concerner les droits civils et politiques¹⁵¹⁸. Par ailleurs, les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels sont liés pour leur réalisation mutuelle. En effet, on peut se demander par exemple comment exercer sa liberté d'expression quand on ne sait ni lire ni écrire¹⁵¹⁹, ou encore comment obtenir une réparation sans le droit au procès équitable¹⁵²⁰.

La catégorisation des droits de l'homme en apparaît donc surmontable, et renforce l'idée de leur indivisibilité.

177. Le dépassement de la catégorisation des droits de l'homme au nom de leur indivisibilité. Les certitudes concernant les spécificités intrinsèques des droits sociaux peuvent donc être remises en cause. Rappelons que l'opposition des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels dans l'ordre juridique international, résulte de l'opposition entre les Etats communistes et les démocraties libérales, chaque groupe de droits pouvant être attribué à un camp antagonique à l'autre. Selon J.-F. Akandji-Kombé, « *il n'est pas exagéré de dire qu'il s'agit là d'errements qui ne trouvent à se perpétuer que par habitude intellectuelle* »¹⁵²¹. Pour A. Pizzorusso, la classification des droits de l'homme en générations de droits, « *ne présente pas le caractère de précision nécessaire pour pouvoir être utilisée comme notion juridique, soit du point de vue législatif, soit du point de vue de l'interprétation systématique, au niveau doctrinal, jurisprudentiel ou autre* »¹⁵²². Dès lors la catégorisation des droits sociaux, composé d'un ensemble de droits présentant des caractères semblables qui les distinguent des droits civils et politiques, peut être remise en cause et semble.

La distinction des droits de l'homme en catégories remet avant tout en cause le principe d'indivisibilité des droits de l'homme, qui trouve son origine dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ce principe a été confirmé lors de la première conférence internationale des droits de l'homme de Téhéran de 1968, et réaffirmé par la Conférence mondiale de Vienne de 1993. L'indivisibilité des droits de l'homme signifie qu'il est

¹⁵¹⁸ *Ibid*, pp. 44-52.

¹⁵¹⁹ J.-M. DENQUIN, « Droits civils et politiques », *op.cit.*, p.252.

¹⁵²⁰ J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La justiciabilité des droits sociaux et de la charte sociale européenne n'est plus une utopie », *op.cit.*, p.478.

¹⁵²¹ J.-F. AKANDKI-KOMBE, « Droits économiques sociaux et culturels », *op.cit.*, p.255.

¹⁵²² A. PIZZORUSSO, « Les générations de droits », in C. GREWE et F. BENOIT-ROHMER, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, PUS, 2003, p.32.

impossible d'interpréter un droit de l'homme sans tenir compte des autres droits du système. Il convient alors « *de définir, d'interpréter et de faire respecter les droits des différentes catégories simultanément et en tenant compte à la fois des interactions et des différences de nature [...] Les degrés de gravité se conçoivent à l'intérieur de chaque droit et non entre les droits* »¹⁵²³. L'indivisibilité des droits se fonde sur le concept de dignité de la personne humaine et sur son corollaire, l'égalité entre les individus. La dignité permet en effet d'appréhender les droits de liberté et les droits sociaux dans leur unité. L'égalité sous-tendue n'est plus matérielle mais formelle, notamment par l'introduction du principe de non-discrimination¹⁵²⁴.

Toutefois, l'indivisibilité ne signifie pas que tous les droits de l'homme sont de même nature ou qu'ils impliquent une mise en œuvre uniforme. La prise en compte de spécificités renforce même l'effectivité des droits de l'homme, mais la cohérence est une condition de l'effectivité de l'indivisibilité. Or, un droit de l'homme n'est pas seulement une chose, une réclamation individuelle, mais « *une relation sociale, liant sujets et débiteurs par un objet de droit mettant en jeu la dignité commune* ». L'objet des droits de l'homme, lui, est indivisible puisque la jouissance « adéquate » d'un droit suppose le respect des autres droits de l'homme¹⁵²⁵.

Malgré la relativisation des arguments contre la justiciabilité des droits sociaux, leur prétendu particularisme trouve tout de même une expression pratique concernant leur garantie juridictionnelle ; leur justiciabilité reste souvent limitée à la situation d'exception.

§2- Vrais obstacles à la garantie juridictionnelle des droits sociaux en pratique

Dans son Observation générale n°9,¹⁵²⁶ le CDESC des Nations Unies souligne les avantages de pouvoir bénéficier d'une action judiciaire devant un organe impartial et indépendant. Celle-ci permet en effet d'obtenir des mesures préventives, des ordres formels, des sanctions ou encore des dédommagements. Pourtant, malgré une revendication croissante de l'indivisibilité des droits de l'homme, il existe des répercussions pratiques concrètes de la

¹⁵²³ P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l'homme », *op.cit.*, pp.412-413.

¹⁵²⁴ C. M. HERRERA, *op.cit.*, pp.27-29.

¹⁵²⁵ P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l'homme », *op.cit.*, pp.413-414.

¹⁵²⁶ CDESC, *Observation générale n°9, L'application du Pacte au niveau national* (19e session, 1998) ONU Doc.E/C.12/1998/24 (1998), §2.

catégorisation des droits. Elles concernent tout d'abord le difficile accès à une juridiction compétente pour garantir les droits sociaux en raison d'une absence de compétence *ratione materiae* (A), ainsi qu'une réticence traditionnelle des juges à exercer leurs compétences en matière de droits sociaux (B). Ces tendances affectent les droits sociaux des travailleurs migrants.

A. Le difficile accès à une juridiction *ratione materiae*

178. L'exclusion des droits sociaux de certains mécanismes juridictionnels au niveau interne. Au niveau interne, il n'est pas rare d'observer l'absence fréquente de procédures permettant de saisir un juge pour constater la violation d'un droit social, qu'il soit d'origine interne ou internationale. En Espagne notamment, plusieurs droits sociaux énoncés dans la Constitution sont exclus du mécanisme d'*amparo* et de la protection constitutionnelle¹⁵²⁷. La même exclusion existe encore en Inde ou en Irlande¹⁵²⁸. En Colombie et au Pérou, le caractère « fondamental » des droits conditionne la recevabilité des recours d'*amparo* ou d'*acción de tutela*, ce qui suppose une appréciation de la notion de droit fondamental¹⁵²⁹. En général, les limites procédurales concernent notamment l'objet du litige ou le nombre de participants. En effet, la plupart des mécanismes de protection des droits ont été conçus au XIXe siècle pour faire respecter des droits patrimoniaux bien précis, conférant la qualité nécessaire à leurs titulaires pour agir. Ces restrictions caractérisent encore aujourd'hui ces procédures, ce qui

¹⁵²⁷ M. E. BLAS LÓPEZ, « Les droits sociaux en Espagne », *Revue internationale de droit comparé*, n°2, Société de la législation comparée, avril-juin 2011, p.275 et s. Le recours d'*amparo* est un mécanisme spécifique ouvert devant le Tribunal constitutionnel à toute personne qui se considère victime de la violation de ses droits fondamentaux garantis par la Constitution afin de faire constater cette violation et de la faire cesser (art. 53.2 de la Constitution de 1978). C. A. CHASSIN, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux à travers le recours d'*amparo* constitutionnel en Espagne », *CRDF* n°1/2002, p.34.

¹⁵²⁸ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, p.8. En Inde, pour la protection par ricochet, que nous allons aborder par la suite, a permis de contribuer à la protection des droits sociaux. I. BOUCOBZA et D. ROBITAILLE, « Standards jurisprudentiels et contrôle de l'obligation étatique en droit comparé : une géométrie variable », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, p.314.

¹⁵²⁹ Ces recours, dont l'intitulé varie d'un Etat à l'autre dans les pays ibériques et latino-américains, ont comme objet commun de créer une voie de recours spéciale aux individus ou à des entités collectives, qui estiment que leurs droits et libertés fondamentaux ou constitutionnellement garantis sont violés. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, p.112 et 117.

soulève des difficultés notamment en cas de plainte pour violation de droits collectifs, ou encore d'actions collectives pour négligence.

De plus, les jugements portant sur les violations des droits économiques, sociaux et culturels requièrent souvent simultanément une satisfaction urgente et de nombreuses preuves. Pourtant, ces conditions peuvent s'exclure mutuellement selon la procédure traditionnelle car la charge de la preuve pèse sur le requérant. Or, les problèmes factuels et juridiques peuvent être complexes et nécessiter une analyse approfondie des preuves et des faits. Par ailleurs, dans certaines affaires, la recherche de solutions peut se concentrer sur l'adoption de mesures coercitives, mais dans un procès traditionnel, la première phase est plus importante. Il faut encore constater que dans les systèmes civilistes, les particuliers souffrent souvent d'un désavantage procédural par rapport à l'Etat ; celui-ci bénéficie en effet de davantage de temps pour répondre, peut présenter son propre dossier administratif comme preuve et jouit de privilèges. L'existence d'un cadre procédural limité voire absent, s'explique par la grande marge de manœuvre dont disposent les pouvoirs politiques. Dans de nombreux pays, les lois relatives aux services sociaux ne prévoient pas de motifs d'action ou de raisons d'examen des prestations ; le contenu des droits n'est pas précisé et seul apparaît le dispositif administratif nécessaire. Les limites procédurales des droits économiques, sociaux et culturels sont donc particulièrement manifestes quand les violations sont de grande ampleur. Cela ne signifie pas qu'il faille pour autant renoncer à un tribunal, mais plutôt réformer les mécanismes juridictionnels¹⁵³⁰.

Certaines avancées peuvent néanmoins être constatées. Par exemple, la Colombie et le Costa Rica ont assoupli les règles procédurales formalistes pour examiner de graves violations des droits. En Argentine, un amendement constitutionnel de 1994 créé une voie de recours collectif fondé sur l'interprétation directe des dispositions de la Constitution. Au Brésil, l'« action civile publique » s'est généralisée aux questions sociales, notamment dans les affaires concernant la sécurité et la santé des travailleurs. En Colombie, l'interprétation large de la notion de droit fondamental a permis l'utilisation de nouveaux mécanismes procéduraux (*acción de tutela* devant la Cour constitutionnelle, *acción popular* devant les tribunaux ordinaires, et *acción de cumplimiento*) pour contester les activités ou les omissions de l'Etat devant des juges¹⁵³¹. En Inde, les juges ont une interprétation de plus en plus souple des

¹⁵³⁰ Commission internationale des juristes, *op.cit.*, pp.101-103.

¹⁵³¹ *Ibid*, pp.104-105.

conditions nécessaires à la saisine des tribunaux, afin de surmonter les obstacles liés au formalisme des procédures, généralisant ainsi les litiges d'intérêt public¹⁵³².

De nombreux obstacles persistent néanmoins au niveau interne excluant matériellement les droits sociaux, y compris ceux des travailleurs migrants, de certaines procédures malgré quelques avancées. L'exclusion des droits sociaux de certains mécanismes juridictionnels au niveau interne, trouve également une expression au niveau international.

179. Une supervision à deux vitesses au niveau international. Au niveau universel, bien que les deux Pactes aient été adoptés à la même date et que leurs dates d'entrée en vigueur soit proche dans le temps, le 3 janvier 1976 pour le PIDESC et le 23 mars 1976 ou le PIDCP, la date de création d'un mécanisme de contrôle diffère. Si un mécanisme était envisagé dès son adoption pour le PIDCP, à la fois au titre du contrôle sur rapport et au titre du contrôle sur plainte, il faudra attendre le 10 mai 1985 pour que le Conseil économique et social crée le CDESC chargé de contrôler la mise en œuvre du Pacte dans le cadre de la procédure des rapports périodiques. Il faudra également attendre l'entrée en vigueur le 5 mai 2013 du Protocole facultatif au PIDESC du 10 décembre 2008¹⁵³³, pour que le CDESC puisse recevoir des communications individuelles. Ces obstacles au contrôle des droits sociaux au niveau universel vont également trouver une expression au niveau régional.

Au niveau régional, nous avons déjà évoqué plus haut dans notre étude¹⁵³⁴, qu'en Europe, une instance juridictionnelle, la CEDH, était chargée de contrôler l'application de la Convention européenne des droits de l'homme adoptée en 1950 tandis qu'une instance quasi-juridictionnelle, le Comité européen des droits sociaux, était compétent pour la Charte sociale européenne adoptée 11 ans plus tard. La compétence du CEDS est, de surcroît, facultative et matériellement limitée par un choix à la carte parmi les droits énoncés. Par ailleurs, la CEDH peut recevoir des recours individuels, tandis que le CEDS ne peut recevoir que les réclamations collectives. De même dans le système interaméricain, la Cour, qui a une compétence facultative, est compétente pour contrôler la Convention américaine relative aux droits de l'homme, mais n'est compétente que pour contrôler deux articles du Protocole de

¹⁵³² *Ibid*, p.105.

¹⁵³³ Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 10 décembre 2008, AGNU, A/RES/63/117, 63^e session, entré en vigueur le 5 mai 2013.

¹⁵³⁴ Voir les points 141 et s. et 145 et s.

San Salvador des droits économiques sociaux et culturels : les articles 8 (liberté syndicale) et 13 (droit à l'éducation).

Toutefois, cette tendance dans l'ordre juridique international n'est pas généralisée puisque de nombreux instruments universels plus récents regroupent des droits de différente nature, et dont l'application est supervisée par un seul comité conventionnel¹⁵³⁵. De même au niveau régional, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, dont l'application est contrôlée par la Commission ou la Cour, énonce des droits civils et politiques et des droits économiques sociaux et culturels. Le même constat peut être fait à propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'organe de contrôle unique est la Cour de Justice de l'Union européenne, bien que le type de recours individuels soit très restreint¹⁵³⁶.

A côté des restrictions matérielles et par conséquent de la difficile accessibilité à un organe de contrôle contentieux, nous verrons que lorsque la compétence matérielle existe, les juges sont réticents à l'exercer pour contrôler la violation des droits sociaux.

B. Réticence traditionnelle des juges à exercer leur compétence

180. La crainte de l'ingérence législative et l'incapacité technique. La restriction à la capacité des juges à exercer leur compétence en matière de droits sociaux est justifiée par un argument démocratique et technique¹⁵³⁷. En effet, un des arguments contre la justiciabilité des droits sociaux repose sur le principe de « séparation des pouvoirs », le juge n'ayant pas à s'immiscer dans les décisions politiques des pouvoirs exécutif et législatif. Pourtant, les domaines politique et juridique ne s'excluent pas, et les droits économiques, sociaux et culturels sont consacrés en droit positif, notamment dans des normes de rang supérieur. Or, le juge doit contrôler l'application des lois par les pouvoirs exécutif et législatif. En effet, les instruments internes et internationaux imposent des obligations positives au pouvoir législatif

¹⁵³⁵ Voir points 170 et s. de l'étude.

¹⁵³⁶ Pour plus de détails sur l'évolution de la protection des droits sociaux dans l'Union européenne, voir M. BENLOLO-CARABOT, « Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'union européenne. Entre instrumentalisation et « fondamentalisation » ? », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, p.71 et s.

¹⁵³⁷ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, p.8.

national. En cas de non-respect de ces obligations, on peut alors se demander dans quelle mesure les juges peuvent évaluer ces omissions une fois constatées, étant donnée la liberté de moyen laissée aux autorités et la fourniture nécessaire de services pour réaliser certains droits sociaux. Apparaît alors une tension entre le contrôle par le juge de la pertinence des mesures adoptées ou non, et la marge de manœuvre dont disposent les autorités¹⁵³⁸.

Il faut encore distinguer l'évaluation du manquement à un devoir, de la détermination des modalités de réparation. Mais cette distinction ne tient pas à la différence entre les droits économiques sociaux et culturels et les droits civils et politiques, ni donc à une potentielle différence d'invocabilité en raison de leur nature, mais à la marge de manœuvre des pouvoirs politiques. Les solutions retenues selon les systèmes vont de l'activisme judiciaire, les juges se substituant au législateur, à la déférence en invitant le législateur à agir¹⁵³⁹. La Cour constitutionnelle de Colombie par exemple, distingue deux formes d'interventions pour garantir les droits sociaux. Les « causes structurelles » d'une part, nécessitent des politiques législatives et économiques, tandis que les « effets » de la non-garantie permettent au juge d'ordonner une « intervention étatique directe et immédiate »¹⁵⁴⁰.

Concernant le deuxième argument relatif à l'incapacité technique des juges pour connaître des questions sociales, les justifications avancées évoquent : l'incapacité professionnelle des juges pour résoudre des litiges concernant les droits sociaux ; l'incapacité institutionnelle des juridictions pour faire appliquer leurs décisions en la matière ; et le fait qu'un procès ne constituerait pas un moyen approprié de régler les différends en matière de droits sociaux. Il convient d'observer tout d'abord que les affaires relatives aux droits sociaux concernent tant des obligations positives que négatives de l'Etat, que toutes ces affaires ne sont pas nécessairement complexes et qu'elles ne portent pas toujours exclusivement sur ces droits. Ensuite, concernant l'incapacité professionnelle des juges à connaître des questions sociales, ces derniers n'élaborent pas de politiques mais se prononcent - sur la base de règles en vigueur - sur la question de savoir si une obligation a été mise en œuvre. De plus, les juges travaillent dans un cadre défini qui limite leur ingérence notamment des règles de procédure, la charge de la preuve, ou encore le recours à des experts qui invitent le juge à la prudence. Concernant enfin l'incapacité institutionnelle des juges, et la prétendue incapacité à imposer leurs jugements en matière de droits sociaux, cet argument vaut pour toute décision et

¹⁵³⁸ Commission internationale des juristes, *op.cit.*, p.79 et s.

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ Cour constitutionnelle de Colombie, Décision T-533 de 1992, cité par C. M. HERRERA, *op.cit.*, p.111.

constitue une composante de la garantie d'un procès équitable. La justiciabilité d'un droit et l'exécution d'une décision constituent donc deux questions différentes¹⁵⁴¹.

Bien que les arguments s'opposant à la capacité des juges puissent être réfutés, un constat peut être fait : même lorsqu'il n'existe pas de restriction matérielle ou procédurale à la compétence des juges, certains manifestent une attitude très réservée vis-à-vis des droits sociaux, refusant ou déclinant leur compétence¹⁵⁴², notamment lorsque la norme protectrice est d'origine internationale. Mais nous verrons que ces réticences sont parfois dépassées.

181. Des réticences encore trop rarement dépassées. L'étude de l'évolution de la protection juridictionnelle des droits sociaux, suppose de s'interroger sur ce que signifie pour le juge être garant des droits sociaux. La justiciabilité ne se limite pas aux notions d'effet direct ou d'applicabilité directe, bien qu'elle les recoupe partiellement¹⁵⁴³. La protection des justiciables peut être d'intensité variable, allant d'une justiciabilité minimale à une justiciabilité renforcée. Dans certaines hypothèses, le requérant invoquera une disposition internationale contre une disposition interne. La substitution de la règle interne par la règle internationale, constitue la forme de justiciabilité renforcée et correspond à la mise en œuvre de la théorie de l'effet direct. Mais l'objet du recours peut être différent. Il peut en effet consister à contester la légalité d'un acte de portée générale afin d'en obtenir l'annulation, indépendamment de la reconnaissance d'un droit subjectif. Il n'est alors pas nécessaire que la disposition invoquée soit d'effet direct, mais elle doit être obligatoire. On peut dès lors parler de justiciabilité normative. Un recours peut également avoir pour objet de demander au juge une interprétation conforme de la norme interne par rapport à la norme invoquée. Là encore, la justiciabilité d'interprétation conforme ne requiert pas nécessairement l'effet direct de la norme invoquée. La question de la justiciabilité ouvre, par conséquent, des perspectives qui vont au-delà de la question de l'effet direct au sens classique¹⁵⁴⁴.

Une autre question peut encore se poser : est-ce l'objet, le droit social qui soulève des difficultés, ou son véhicule, la norme internationale ? La doctrine comme la jurisprudence

¹⁵⁴¹ Commission internationale des juristes, *op.cit.*, p.97 et s.

¹⁵⁴² D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, p.8.

¹⁵⁴³ Pour les notions d'applicabilité directe et d'effet direct, voir les points 134 et 135 de l'étude.

¹⁵⁴⁴ J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La justiciabilité des droits sociaux et de la Charte sociale européenne n'est pas une utopie », *op.cit.*, pp.480-481.

envisagent la question de la justiciabilité par rapport à la norme, le droit lui-même. L'approche fondée sur la recherche de fondamentalité des droits neutralise les droits sociaux. Or, cela conduit à écarter le fait que le droit puisse être énoncé dans une norme internationale obligatoire pour les Etats¹⁵⁴⁵.

Certaines avancées concernant la justiciabilité des droits sociaux ont tout de même pu être constatées depuis la fin de la guerre froide, notamment pour les droits reconnus aux travailleurs migrants ce, grâce à la mise en avant du caractère impératif des valeurs de l'Etat de droit et des libertés fondamentales¹⁵⁴⁶. Une technique développée pour permettre l'exigibilité des droits sociaux consiste à distinguer les devoirs immédiats et les devoirs de réalisation progressive. La CDESC des Nations unies a notamment dégagé les devoirs immédiats au regard du Pacte tels que : l'obligation de prendre des mesures visant à mettre en œuvre les droits sociaux (mesures législatives, recours judiciaire, mesures administratives, financières, éducatives et sociales)¹⁵⁴⁷ ; le droit de former et de s'affilier au syndicat de son choix (art. 8) ; ou encore l'interdiction de la discrimination notamment entre hommes et femmes au bénéfice des droits sociaux (art. 3), en termes de salaires pour un travail égal (art. 7§a. i)). Selon le Comité, chaque Etat devrait adopter un plan d'action détaillé pour réaliser progressivement ces droits¹⁵⁴⁸. L'existence de devoirs immédiats permet donc d'évaluer les actions ou omissions des Etats¹⁵⁴⁹.

Concernant le droit au travail qui intéresse particulièrement les travailleurs migrants, les obligations immédiates identifiées sont l'interdiction de la discrimination et du travail forcé, le versement d'une rémunération équitable et le bénéfice de conditions de travail dignes. La Commission africaine, par exemple, considère que tous les Etats parties, quelles que soient leurs ressources, ont l'obligation d'éradiquer toutes les pratiques qui violent les droits énoncés dans la Charte, et notamment à propos d'allégations d'esclavage à grande échelle¹⁵⁵⁰. La Cour interaméricaine adopte la même démarche à propos de la violation du droit au travail et

¹⁵⁴⁵ *Ibid*, pp.481-482.

¹⁵⁴⁶ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, p.20.

¹⁵⁴⁷ CDESC, Observation générale n°3, *La nature des obligations des Etats parties* (5e session, 1990) Doc. ONU E/1991/23, §3, 4, 5 et 7.

¹⁵⁴⁸ CDESC, Observation générale n°1, *Rapports des Etats parties* (3e session, 1989) Doc. ONU E/1989/22, §4, et Observation générale n°3, §11.

¹⁵⁴⁹ Commission internationale des juristes, *op.cit.*, pp.27-29.

¹⁵⁵⁰ ComADHP, *Malawi African Association et autres c. Mauritanie*, Communications 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97 et 210/98 (2000), 11 mai 2000.

considère que l'interdiction du travail forcé et le droit à la liberté, combinés avec la Convention n°29 de l'OIT, s'appliquent directement¹⁵⁵¹.

Le CDESC, quant à lui, admet dans son Observation générale n°3 que, bien que certaines obligations doivent être mises en œuvre progressivement, l'Etat ne peut pas les retarder ou les supprimer. Il s'agit là du principe de non-régression. C'est ce qu'ont également admis certaines juridictions internes, comme par exemple le Tribunal constitutionnel du Portugal en soutenant « *qu'à partir du moment où l'Etat accomplit (totalement ou partiellement) les tâches constitutionnelles imposées pour réaliser un droit social* », le respect constitutionnel d'un tel droit « *ne consiste plus en une obligation positive, mais en une obligation négative* »¹⁵⁵². La Cour suprême d'Argentine est allée dans le même sens à l'occasion d'un recours contre une modification de la loi relative aux prestations concernant la santé et la sécurité des travailleurs¹⁵⁵³. La Cour constitutionnelle de Colombie a également affirmé le principe de non-régression en abrogeant des lois régressives relatives à des pensions¹⁵⁵⁴, ou encore concernant la protection de la famille et des travailleurs¹⁵⁵⁵. Toutes ces indications constituent donc une ligne directrice pour les tribunaux qui apprécient la justiciabilité des droits sociaux¹⁵⁵⁶.

Le juge a désormais acquis une fonction centrale de gardien sourcilleux des droits dans le paradigme de l'État de droit¹⁵⁵⁷. La première technique utilisée pour garantir les droits sociaux consiste à utiliser la notion d'« essentiel », c'est-à-dire évoquer la nécessité d'un minimum absolu sans lequel le droit n'aurait pas de sens. Cette notion évolutive apparaît comme le corollaire de la dignité humaine¹⁵⁵⁸. Cette technique est notamment utilisée en Amérique latine où l'on évoque les notions de « minimum existentiel » ou de « minimum nécessaire à la survie »¹⁵⁵⁹, ou encore de « noyau essentiel minimal, non négociable dans le

¹⁵⁵¹ CourIADH, 1^{er} juillet 2006, *Massacres d'Ituango c. Colombie*, série C, n°148.

¹⁵⁵² Tribunal constitutionnel du Portugal, 11 avril 1984, n°39/84.

¹⁵⁵³ Cour Suprême de l'Argentine, Aquino, *Isacio c. Cargo Servicios industriales S.A. s/accidentes ley 9.688*, 21 septembre 2004.

¹⁵⁵⁴ Cour constitutionnelle de la Colombie, Décision T-789/2002, 24 septembre 2002.

¹⁵⁵⁵ Cour constitutionnelle de la Colombie, Décision C-991-2004, 12 octobre 2004.

¹⁵⁵⁶ Commission internationale des juristes, *op.cit.*, p. 30 et s.

¹⁵⁵⁷ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, p.20.

¹⁵⁵⁸ *Ibid*, p.25.

¹⁵⁵⁹ Pour plus de détails, voir par exemple R. LOBO TORRES, « O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais », *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, jul.-set. 1989, pp.29-49, cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud », *op.cit.*, p.112.

débat démocratique »¹⁵⁶⁰. Les juges reconnaissent alors un droit subjectif à un minimum vital¹⁵⁶¹. Cette notion de minimum est également utilisée pour garantir les droits sociaux des étrangers, comme l'a admis le Tribunal fédéral suisse selon lequel il existe un droit constitutionnel non-écrit qui garantit des « conditions minimales d'existence » aux ressortissants tant étrangers que suisses¹⁵⁶². La Cour constitutionnelle italienne, quant à elle, affirme que « le “noyau irréductible” de protection de la santé en tant que droit fondamental de la personne doit être reconnu également aux étrangers, quelle que soit leur position par rapport aux normes qui règlent l'entrée et le séjour dans l'Etat, et même si le législateur peut prévoir différentes modalités d'exercice de celui-ci¹⁵⁶³ ». La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a elle aussi admis que chaque individu résidant sur le territoire devait avoir droit au minimum¹⁵⁶⁴.

Selon une conception stricte, le droit au minimum désigne le droit à la sécurité matérielle, c'est-à-dire un droit à la subsistance permettant de satisfaire des besoins élémentaires (s'alimenter, se vêtir, se loger, bénéficier de soins médicaux urgents) bien que leur identification soulève des difficultés. Dans une conception *a maxima*, le droit au minimum désigne un véritable droit au développement. La justiciabilité de ce minimum est parfois reconnue de manière objective c'est-à-dire normative, mais parfois aussi de manière subjective comme dans le cas des décisions précitées. La justiciabilité subjective suppose d'individualiser l'application de la norme, que le bénéficiaire est inconditionnel et que le droit au minimum en tant que droit doit être garanti à tous les individus. La justiciabilité du minimum, qu'elle soit objective ou subjective, repose parfois sur la dignité de la personne humaine envisagée de manière autonome ou est associée au principe d'Etat social, l'objectif étant l'autonomie de l'individu. Parfois encore, la justiciabilité repose sur le droit à la vie, ou sur les deux concepts¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶⁰ Colombie, Cour const., T-426/92.

¹⁵⁶¹ Pour plus de détails sur le minimum vital et la vulnérabilité en Amérique latine, voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud », *op.cit.*, p.121 et s.

¹⁵⁶² Tribunal fédéral suisse, *V contre la Commune X et le Conseil d'Etat du canton de Berne*, ATF 121/367 du 27 octobre 1995.

¹⁵⁶³ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 252/2001, cité par I. BOUCOBZA et D. ROBITAILLE, « Standards jurisprudentiels et contrôle de l'obligation étatique en droit comparé : une géométrie variable », *op.cit.*, p.300.

¹⁵⁶⁴ Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, 4 mars 2004, *Khosa and others v. Minister of social development and others*, CCT12/03.

¹⁵⁶⁵ C. FERCOT, « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, pp.215-232.

La présomption d'injusticiabilité des droits sociaux connaît donc certaines évolutions qui affectent directement ou indirectement les travailleurs migrants, bien qu'elle ne leur soit pas spécifique. Parmi les évolutions les plus notoires, il faut souligner le fait que certains juges ont tendance à interpréter de manière extensive certains droits civils et politiques afin de garantir les droits sociaux.

SECTION II : L'approche audacieuse des juges : la protection par ricochet des droits des travailleurs migrants

La protection par ricochet se définit comme le fait d'« étendre la protection de certains droits garantis par un texte à des droits non expressément protégés » afin, dans le cadre de notre sujet d'étude, « de pallier les insuffisances les plus criantes à l'égard des étrangers, catégorie de personnes particulièrement vulnérables »¹⁵⁶⁶. Cette technique sera utilisée par les organes de contrôle contentieux, qui vont alors interpréter de manière extensive les droits civils et politiques ou opérer une connexité entre deux catégories de droits. Nous analyserons, par l'étude de la jurisprudence de la CEDH et de la CourIADH, qui ont au niveau international une compétence matérielle restreinte en matière de droits sociaux, comment le recours aux droits civils et politiques leur permettra à la fois d'exercer une compétence justifiée *ratione materiae* (§1). Nous verrons ensuite comment cette technique qui tend à se répandre, témoignant ainsi d'un dialogue des juges dans ce domaine, permet de sanctionner les droits sociaux en palliant ainsi leur difficile justiciabilité (§2). Nous analyserons dans cette partie, comment ce mouvement affecte en pratique les droits des travailleurs migrants, ou au moins, les possibilités qui sont ainsi ouvertes.

§1- L'utilisation des droits civils et politiques pour exercer une compétence

Nous avons montré que les droits sociaux sont soit exclus de nombreux mécanismes contentieux, soit dotés de mécanismes de contrôle non contraignants. De même, quand les juridictions disposent d'une compétence matérielle pour contrôler la mise en œuvre de ces

¹⁵⁶⁶ F. JULIEN-LAFERRIERE, « Réflexions partielles sur l'apport de la Cour européenne des droits de l'homme à la garantie de quelques droits des étrangers », *op.cit.*, p.769.

droits, la majorité d'entre elles sont réticentes à l'exercer et font preuve de retenue. Au travers de l'étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, nous verrons que l'utilisation des droits civils et politiques permet alors de développer une compétence *a priori* inexistante en matière de droits sociaux grâce à une interprétation extensive de la compétence matérielle en vertu de la reconnaissance d'une perméabilité des droits (B). Ce dynamisme interprétatif audacieux permet d'étendre la compétence résiduelle de ces deux cours en matière de droits sociaux (A).

A. L'affirmation compétence matérielle résiduelle en matière de droits sociaux

182. Une compétence textuelle exceptionnelle en matière de droits sociaux. Nous avons déjà mis en évidence que la Convention de 1950 énonce des droits civils et politiques. Toutefois, deux droits à dimension sociale apparaissent dans le texte en raison de leur nature mixte, mixité qui va d'ailleurs dans le sens d'une relativisation de la distinction des droits de l'homme en catégories : l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4) et la liberté syndicale (art.11), qui sont également affirmés dans la Charte sociale européenne respectivement aux articles 5, et 1§2 de manière implicite. Dans le système interaméricain, la cour est compétente au titre de la Convention pour examiner des allégations de violation de l'article 6 qui interdit le travail forcé, la servitude et l'esclavage et de l'article 16 qui garantit la liberté d'association à « toute fin », y compris professionnelle. Il faut ajouter le droit à la liberté syndicale (art. 8.1) et le droit à l'éducation (art. 13) énoncés dans le Protocole de San Salvador de 1988.

Pourtant, la Convention américaine de 1969 comporte également une clause en matière de droits sociaux à l'article 26, qui apparaît ambiguë quant à la compétence de la CourIADH en matière de droits sociaux. L'article 26 énonce en effet que « *Les Etats parties s'engagent, tant sur le plan intérieur que par la coopération internationale – notamment économique et technique – à prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncés dans la Charte de l'Organisation des Etats Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, ce, dans le cadre des ressources disponibles, et par l'adoption de dispositions législatives ou par tous autres moyens appropriés* ». Mais cette

disposition ne peut en tant que telle constituer une base juridique justiciable, car elle énonce des principes de progressivité et de non-régressivité qui ne sont pas contrôlables par le juge *in se*. Notons également que même sur le fond, la Cour n'a pas abordé la question de la progressivité de manière frontale et tend à mettre à l'écart cette disposition¹⁵⁶⁷. La seule analyse a été effectuée dans le cadre de l'affaire des « *cinq retraités* »¹⁵⁶⁸, dans le cadre de laquelle l'article 26 avait été invoqué. Dans son *dictum*, la Cour précise que les droits économiques, sociaux et culturels ont une dimension individuelle et collective, et que leur développement progressif doit se mesurer en fonction de la couverture croissante de ces droits par rapport à l'ensemble de la population¹⁵⁶⁹. Pour certains commentateurs la Cour a confondu la fonction de « monitoring » des droits qui relève de la Commission et la fonction judiciaire qui n'est pas subordonnée à un grand nombre de victimes présumées. Dans les affaires ultérieures concernant les travailleurs, la Cour n'a pas rejeté les arguments de la violation du principe de progressivité de l'article 26, et relègue l'examen des « conséquences » de la violation des droits à l'étape de la réparation qui n'en reste pas moins essentielle¹⁵⁷⁰.

La compétence explicitement reconnue à la CEDH et à la CourIADH en matière de droits sociaux est donc très limitée. Pour autant, ces droits n'en font pas moins l'objet d'un développement certain.

183. Le développement de la compétence exceptionnelle. La CEDH et la CourIADH n'ont pas hésité à développer la portée de ces droits sociaux ou mixtes et notamment de l'interdiction du travail forcé qui consacrée dans les conventions générales et plusieurs conventions spécifiques de droits de l'homme¹⁵⁷¹. La CEDH a tout d'abord précisé que l'article 4 de la CESDH qui interdit le travail forcé ou obligatoire est indérogable, à l'exception du travail pénitentiaire, du service militaire obligatoire, des réquisitions opérées dans les périodes de crise ou à l'occasion de calamités menaçant la vie ou le bien-être de la communauté, et enfin des travaux ou services relevant des obligations civiques normales, telle

¹⁵⁶⁷ L. BURGORGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *op.cit.*, p.490.

¹⁵⁶⁸ Cour IDH, 28 février 2003, Fond, *Cinq retraités c. Pérou*, Série C n°98.

¹⁵⁶⁹ *Ibid*, §147.

¹⁵⁷⁰ L. BURGORGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *op.cit.*, pp.492-493.

¹⁵⁷¹ Art. 8§1 du PIDCP, 6§1 de la Convention américaine, art. 5 de la Charte africaine, Convention de Genève du 25 septembre 1948 relative à l'esclavage, Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 21 mars 1950, Conventions de l'OIT n°29 concernant le travail forcé du 21 mars 1950 et n°105 concernant l'abolition du travail forcé du 25 juin 1957, ou encore la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989. F. SUDRE, *op. cit.*, p.358.

la participation à un bureau de vote ou à un jury populaire¹⁵⁷². Cet article a même été qualifié de « *valeur fondamentale des sociétés démocratiques* » par l'arrêt *Siliadin c. France* de 2005¹⁵⁷³, rendu dans une affaire d'esclavage domestique - secteur domestique traditionnellement peu réglementé et souvent occupé par des travailleuses migrantes. Dans cette affaire, la requérante mineure d'origine togolaise, avait travaillé pendant trois ans chez une famille française environ quinze heures par jour, sans repos et sans rémunération, non scolarisée, dormant par terre dans la chambre des enfants, ses papiers d'identité ayant été confisqués. La Cour reconnaît « *au minimum* » la situation de travail forcé dans cette affaire en raison de la contrainte physique et morale (§120). Une lecture évolutive conduit la Cour à distinguer l'esclavage au sens classique et la « servitude », forme moderne d'esclavage. Une graduation apparaît donc : la servitude est moins que l'esclavage mais plus que le travail forcé. L'état de servitude sera retenu dans cette affaire (§129). L'autre apport majeur de cet arrêt a été de consacrer les obligations positives de l'Etat. Ce dernier est ainsi tenu de prendre les mesures nécessaires pour prévenir et poursuivre les auteurs d'atteintes à ce droit ; la Cour évoque l'obligation de « *la criminalisation et la répression effective* » de tout acte tendant à maintenir une personne dans une situation contraire à l'article 4 (§112)¹⁵⁷⁴.

Dans l'affaire des *Massacres d'Ituango c. Colombie*¹⁵⁷⁵, la Cour IADH se prononce également sur le travail forcé (art. 6§2), imposé cette fois-ci à des paysans par un groupe paramilitaire, bien que cette notion n'ait pas été invoquée par la Commission (§139). Comme dans l'affaire *Siliadin*, la Cour qualifie la notion à la lumière de la Convention OIT n°29 sur l'interdiction du travail forcé (§159s.). Si cette affaire ne concerne pas les travailleurs migrants, elle apporte cependant des précisions sur la notion de travail forcé, en appréciant la menace d'un châtement en cas de non-exécution du travail (§161s.) et en établissant le manque de volonté à la participation dudit travail (§164s.). Pour établir la responsabilité internationale de l'Etat, la Cour précise que le comportement est imputable aux agents de l'Etat qui ont acquiescé au comportement en cause en recevant notamment des avantages (§166), sans pour autant que la Cour n'utilise le terme de corruption.

¹⁵⁷² B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, op.cit., p.7. Comme l'avait jugé la Cour dans l'affaire *Van der Musselle c. Belgique*, du 23 novembre 1983, req. n°8919/80, les exceptions au travail forcé et obligatoire reposent sur « *les idées maîtresses d'intérêt général, de solidarité sociale et de normalité* » (§38).

¹⁵⁷³ CEDH, 26 octobre 2006, *Siliadin c. France*, req. n°73316/01.

¹⁵⁷⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op.cit., pp.358-363.

¹⁵⁷⁵ Cour IADH, 1^{er} juillet 2006, *Massacre d'Ituango c. Colombie*, Série C n°148.

Concernant l'article 11 relatif à la liberté syndicale, la CEDH a jugé, comme le CEDS, que si la liberté syndicale consacre le droit de former un syndicat, de s'affilier au syndicat de son choix, elle garantit aussi le droit de ne pas adhérer à un syndicat ou de s'en retirer¹⁵⁷⁶. Cette double approche positive et négative du droit syndical a également été affirmé par la CourIADH¹⁵⁷⁷, y compris pour les travailleurs migrants irréguliers. Dans son avis n°18 précité relatif au statut juridique des travailleurs migrants irréguliers, la Cour consacre le droit à la liberté syndicale pour ces derniers. A l'origine de la saisine mexicaine, on trouve une décision de la Cour Suprême des Etats-Unis (CS, 27 mars 2002, *Hoffman Plastics Compound, Inc v. National Labour Relations Board (NLRB)*) : un travailleur mexicain a été licencié pour distribution d'informations syndicales mais aucune indemnité ne lui a été versée en raison de sa situation irrégulière. L'affaire est ensuite portée devant le Comité de la liberté syndicale de l'OIT. Le Mexique saisit quand même la Cour. Beaucoup d'*amici curiae* ont été produits devant la Cour provenant d'ONG, de groupes universitaires, ou encore d'Eglise. L'avis n° 18 vient compléter une jurisprudence fluctuante sur les droits des travailleurs et les droits sociaux¹⁵⁷⁸. Les deux Cours ont précisé que la protection de ce droit emportait la protection de toutes les prérogatives intrinsèquement liées par ce droit, comme le droit de participer aux manifestations légales organisées par son syndicat¹⁵⁷⁹. La CourIADH, dans l'affaire *Huilca Tecse*, condamne le Pérou, à la suite de l'assassinat d'un leader syndical péruvien, et affirme la double dimension, individuelle (à l'encontre de la victime) et collective (à l'encontre de la société dans son ensemble) de la liberté syndicale dans le cadre de l'incapacité de l'Etat de prévenir l'exécution extra-judiciaire. Elle affirme également que l'Etat a des obligations positives en matière de liberté syndicale : « *prévenir les atteintes, protéger ceux qui l'exercent et enquêter sur les violations de cette liberté. Ces obligations positives sont mises en œuvre y compris dans la sphère des relations entre particuliers* »¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁶ CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyer*, 23 juin 1981, Série A, n°43 ; CEDH, *Sorensen et Ramussen c. Dannemark*, 11 janvier 2006, req. n°52562/99 et 53630/99 ; CEDS, décision du 15 mai 2003, réclamation n°12/2002 de la *Confédération des entreprises suédoises contre la Suède*, pour le secteur privé. Pour le secteur public, CEDH, arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, 21 avril 2009, req n°68959/01, CJCE, *Werhof*, 9 mars 2006, aff. C-499/04.

¹⁵⁷⁷ CourIADH, 3 février 2001, Fond, *Baena Ricardo et autres c. Panama*, Série C n°72, §§156 et 159.

¹⁵⁷⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, op.cit.*, p.468

¹⁵⁷⁹ CEDH, 27 mars 2007, *Karaçay c/ Turquie*, req. n°6615/03; Cour IADH, 3 février 2001, Fond, *Baena Ricardo et autres c. Panama*, Série C n°72, §156.

¹⁵⁸⁰ Cour IADH, 3 mars 2005, Fond et réparation, *Huilca Tecse c. Pérou*, Série C n°121, §144.

Concernant l'activité des syndicats, la CEDH affirme le droit pour le syndicat de défendre les intérêts professionnels de ses adhérents par l'action¹⁵⁸¹. Parmi ces actions, la Cour interprète même l'article 11 « à la lumière » de l'article 6§2 de la Charte sociale européenne relatif à l'exercice effectif du droit de négociation collective, pour admettre que le droit de mener des négociations collectives était devenu un « *élément essentiel de la liberté syndicale* », sans pour autant préciser le contenu de ce droit¹⁵⁸². Concernant le droit de grève, elle limite sa protection, au titre de l'article 11, que s'il constitue une forme de l'action des syndicats¹⁵⁸³. De même, toute atteinte au droit de grève dans ce cadre n'est pas nécessairement interdite : des restrictions restent possibles pour des raisons d'ordre public ou pour atteinte aux libertés d'autrui (art. 11§2), ou pour certains emplois notamment pour les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat. La Cour a ainsi apporté des précisions sur la portée de la liberté syndicale elle-même et étendu son champ d'application au droit de mener des négociations collectives et au droit de grève qui ne sont toutefois pas consacré de manière absolue¹⁵⁸⁴. Concernant le droit de grève, la Cour IADH a affirmé quant à elle que « *la liberté d'association en matière syndicale [dans sa dimension individuelle] inclut et surtout de manière indissociable le droit d'utiliser tous les moyens appropriés pour exercer cette liberté* »¹⁵⁸⁵, ce qui devrait inclure le droit de grève. Or, le Protocole de San Salvador qui prévoit à l'article 19§6 la compétence de la Cour, ne la reconnaît que pour le droit syndical (art. 8§1a.) mais ne vise pas l'article 8§1b relatif au droit de grève¹⁵⁸⁶.

La compétence matérielle explicite de ces Cours en matière de droits sociaux existe donc, mais elle se limite à quelques rares dispositions, qui feront toutefois l'objet de développements jurisprudentiels importants. En dépit de cette limitation textuelle, les Cours européenne et américaine vont étendre leur compétence en matière sociale par l'affirmation d'une perméabilité des droits de l'homme.

¹⁵⁸¹ CEDH, 25 avril 1996, *Gustafsson c. Suède*, req. n°15573/89.

¹⁵⁸² CEDH, Gde Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n°34503/97. N. HERVIEU, « La cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *Rev. de Dr. Du Trav.*, mai 2009, p.288 et s. Il n'est ainsi pas interdit de réserver le droit de mener des actions collectives aux syndicats représentatifs, la distinction entre syndicats représentatifs et syndicats non représentatifs étant compatible avec la liberté syndicale. Cass, soc., 14 avril 2010, *RJS 6/10*, n°529.

¹⁵⁸³ CEDH, 10 janvier 2002, *Unison c/ Royaume-Uni*, req. n°53574/99.

¹⁵⁸⁴ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, op.cit., pp.5-7.

¹⁵⁸⁵ CourIADH, 3 mars 2005, Fond et réparation, *Huilca Tecse c. Pérou*, Série C n°121, §70.

¹⁵⁸⁶ L. BURGORGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, op.cit., pp.486-488.

B. La « perméabilité »¹⁵⁸⁷ des droits de l'homme fondement de l'extension de la compétence matérielle en matière de droits sociaux.

184. La remise en cause de la répartition des droits de l'homme en catégories. L'activité des Cours reste limitée par le principe d'attribution des compétences ou encore principe de « spécialité ». En effet, cette compétence particulière, et non pas générale, résulte d'une norme juridique qui institue sa compétence, à défaut de laquelle elle n'existerait pas¹⁵⁸⁸. Comme l'a rappelé la CEDH dans l'affaire *Johnston*¹⁵⁸⁹, il ne saurait être dégagé de la Convention « *au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ* ». Mais le juge européen semble développer les droits inscrits dans la Convention grâce à une interprétation « constructive » de celle-ci et à une démarche discrétionnaire¹⁵⁹⁰. En effet, ses compétences en matière sociale vont s'affirmer « dans le cadre » ou « à partir » d'un droit relevant de sa compétence matérielle. La protection par ricochet permet de contourner l'absence de compétence *ratione materiae* au regard de la Convention et de combler les lacunes textuelles en dégagant des droits dérivés de la convention, non garantis en tant que tels, mais bénéficiant d'une protection indirecte par attraction d'un droit garanti plus précisément par la convention¹⁵⁹¹.

La CEDH a en effet rapidement considéré que l'effectivité des droits civils et politiques, dont elle assurait le contrôle, ne pouvait se concevoir dans certaines hypothèses qu'en admettant les prolongements sociaux de ces droits. La perméabilité entre les droits civils et politiques d'une part, et les droits économiques sociaux et culturels d'autre part a ainsi été clairement affirmée dans l'arrêt *Airey c. Irlande* de 1979 : « *La convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui [...], et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu [...]. Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la*

¹⁵⁸⁷ Expression empruntée à F. SUDRE, « la perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », *Pouvoir et Liberté, Mélanges offerts à J. Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.467s.

¹⁵⁸⁸ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.216. CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec. 1996*, p.78, §25.

¹⁵⁸⁹ CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, req. n°9697/82, §53.

¹⁵⁹⁰ F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction »? », *RTDH* n°55/2003, p.758.

¹⁵⁹¹ *Ibid*, p.760.

Convention »¹⁵⁹². L'effectivité des droits est en effet le « cheval de bataille » de la CEDH, raison pour laquelle la Cour va faire preuve d'un réel dynamisme interprétatif. S'il est apparu initialement que les droits sociaux ne faisaient leur entrée dans la Convention qu'au cas par cas, dès lors que leur respect apparaît indispensable à l'effectivité d'un des droits énoncés dans la Convention, la Cour utilise largement ce mécanisme dans de nombreux domaines¹⁵⁹³. Toutefois, la consécration d'une protection des droits sociaux dans la jurisprudence n'est pas sans limite, et ne trouve à s'exprimer que lorsque les droits sociaux et civils et politiques en cause sont intimement liés¹⁵⁹⁴.

Du côté de la CourIADH, celle-ci a plusieurs fois affirmé que le besoin de protection égalitaire découle « *directement de l'unité de la nature humaine et est inséparable de la dignité essentielle de la personne* »¹⁵⁹⁵. Dès lors, le principe d'indivisibilité des droits a permis de développer l'importance de la reconnaissance des droits civils et politiques pour arriver au respect des droits économiques sociaux et culturels, et réciproquement. L'« interdépendance »¹⁵⁹⁶ reconnue des droits, dont la séparation n'est d'ailleurs pas toujours claire, a permis de développer la protection des droits sociaux et notamment des droits des travailleurs nationaux et/ou migrants¹⁵⁹⁷ ; les droits affirmés au bénéfice des travailleurs nationaux s'appliquant également aux travailleurs étrangers en vertu du principe de non-discrimination.

La perméabilité des droits va donc permettre de « combiner » des droits entre eux et de fonder ainsi la compétence matérielle de ces juridictions, qui vont dès lors pouvoir se prononcer sur

¹⁵⁹² CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n°6289/73, §26.

¹⁵⁹³ C. TEITGEN-COLLY (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, 60 ans et après ?*, op.cit., pp.110-111.

¹⁵⁹⁴ Dans un arrêt de Grande Chambre de 2008, dans lequel l'argument d'une violation de l'article 3 de la Convention en cas d'expulsion d'une étrangère malade du VIH constituait un traitement inhumain est rejeté, la CEDH a rappelé que « *même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques* ». CEDH, Gde Ch., 27 mai 2008, *N c. Royaume Uni*, req. n°26565/05, §44.

¹⁵⁹⁵ CourIADH, 19 janvier 1984, *Proposition de modification de la constitution politique du Costa Rica relative à la naturalisation*, Série A n°4, OC-4/84, §32 ; Cour IADH, 28 août 2002, *Statut juridique et droits des enfants*, Série A n°17, OC-17/2002, §45 ; et Cour IADH, 17 septembre 2003, *Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux*, op.cit., §100.

¹⁵⁹⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS évoque à propos de l'approche de la Cour et de la Commission interaméricaines de la reconnaissance d'« double facette des droits et libertés » pour désigner les « effets sociaux des droits civils et politiques ». V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits sociaux en Amérique du Sud », op.cit., p.121.

¹⁵⁹⁷ L. BURGORGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, op.cit., pp.479-480. Pour plus de détails voir J. M. LOPEZ-PATRON, « Los derechos laborales en el sistema interamericano de protección de derechos humanos: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales », *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* n°12 Bogotá Jan./June 2008, consultable sur: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562008000100008&lang=pt.

les droits sociaux dont la violation porterait atteinte à un droit énoncé dans les Conventions européenne et américaine.

185. Exemples de la « combinaison » des droits. Certaines affaires que nous mentionnerons concernent directement les étrangers, et d'autres indirectement en vertu du principe de non-discrimination. Parmi les affaires concernant spécifiquement les étrangers, dans l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996¹⁵⁹⁸, la Cour apprécie le refus d'octroyer une allocation d'urgence au regard du droit de propriété garanti inscrit à l'article 1^{er} du Protocole n°1 à la CESDH. Elle adopte le même raisonnement dans l'affaire *Koua Poirrez c. France* du 30 Septembre 2003¹⁵⁹⁹ à propos du refus d'accorder une prestation sociale non contributive à un adulte handicapé en raison de son origine nationale, affaire également examinée sous l'angle de l'article 6§1 pour absence de délai raisonnable. La protection au regard du droit de propriété a également été utilisée par la CourIADH pour se prononcer sur le droit à la retraite dans l'affaire dite des « cinq retraités »¹⁶⁰⁰ de 2003. Dans l'avis n°18 maintes fois cité, la non-garantie aux travailleurs migrants de droits liés au travail par les États-Unis, est examinée sous l'angle de l'article 24 de la Convention américaine de 1969 qui garantit l'égalité devant la loi¹⁶⁰¹.

Dans d'autres affaires, c'est le droit au juge et aux garanties procédurales qui fondent la compétence juridictionnelle. La CEDH et la CourIADH ont en effet développé des garanties de procédure dans le domaine des droits sociaux. La CEDH dispose d'une jurisprudence étoffée concernant le principe de l'égalité des armes, la composition des tribunaux, l'exécution des décisions judiciaires et la durée de la procédure¹⁶⁰². En effet, elle a « reconstruit » le droit à un procès équitable en consacrant, à côté des garanties procédurales et matérielles, des garanties implicites considérées comme « inhérentes » au droit à un procès équitable¹⁶⁰³. Les articles 8 et 25 sur les garanties et la protection judiciaires ont été invoqués conjointement à l'article 1§1 (obligation de respecter les droits) devant la CourIADH dans

¹⁵⁹⁸ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n°17371/90.

¹⁵⁹⁹ CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, req. n°40892/98.

¹⁶⁰⁰ CourIADH, 28 février 2003, Fond, *Cinq retraités c. Pérou*, Série C n° 98.

¹⁶⁰¹ CourIADH, avis consultatif du 17 septembre 2003, *Condición Jurídica y Derechos de la Migrantes Indocumentados*, Série A n°18, §52.

¹⁶⁰² Commission internationale des juristes, *op.cit.*, pp.65-66. Voir aussi par exemple, P. LYON-CAEN, « La juridiction prud'homale et l'article 6-1 de la CEDH », *RJS*, Déc. 2003, p.936 et s.

¹⁶⁰³ F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction »? », *op.cit.*, p.262.

l'affaire *Acevedo Jaramillo*¹⁶⁰⁴ qui ne concerne pas spécifiquement les travailleurs migrants, mais dont les répercussions en matière de droits au travail étaient importantes. En l'espèce étaient invoquée la non-exécution des arrêts internes favorables aux travailleurs, le recours n'ayant alors pas été « effectif ». Mais la Cour va plus loin en prenant en compte les conséquences « particulièrement graves » sur les « droits du travail » des requérants¹⁶⁰⁵.

L'article 3 de la CESDH a également permis de protéger les étrangers gravement malades contre l'éloignement¹⁶⁰⁶, mais dans cette hypothèse la jurisprudence reste très exceptionnelle¹⁶⁰⁷. De même, le nonaccès à certains droits sociaux en détention, comme l'absence d'aération ou de toilettes séparés, soulevé par un ressortissant britannique contre la Grèce dans l'affaire *Peers*, constitue un traitement dégradant au sens de l'article 3¹⁶⁰⁸. Concernant le droit au travail qui n'est pas garanti par la Convention, la CEDH a admis dans un premier temps qu' « une menace de renvoi impliquant la perte de ses moyens d'existence constitue une forme très grave de contrainte »¹⁶⁰⁹, laissant peut-être entrevoir l'examen de la perte de l'emploi sous l'angle de l'article 3¹⁶¹⁰. Pourtant, la CEDH franchira un pas supplémentaire en consacrant le « droit de gagner sa vie par le travail » en vertu de l'article 8 de la CESDH relatif au droit au respect de la vie privée¹⁶¹¹, à la lumière de l'article 1§2 de la Charte sociale européenne¹⁶¹². Les concepts de « vie privée » et de « vie privée et familiale » sont en effet interprétés de manière très malléable¹⁶¹³. Dans une autre affaire encore, introduite par des ressortissants portugais contre le Luxembourg, la CEDH se prononce sur un

¹⁶⁰⁴ CourIADH, 7 février 2006, *Acevedo Jaramillo c. Pérou*, Série C n° 144, §278.

¹⁶⁰⁵ A. ÚBEDA DE TORRES, « CourIDH, *Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou*, 7 février 2006 : L'émergence d'une protection juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme » :

http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=223&id_rubrique=41, consulté le 20 mai 2014. La Cour aura la même approche dans l'affaire du 24 novembre 2006, *Travailleurs licenciés du Congrès*, Série C n°158.

¹⁶⁰⁶ CEDH, 21 avril 1997, *D. c. Royaume-Uni*, req. n°30240/96, §49

¹⁶⁰⁷ CEDH, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, req. n°26565/05, §42. Pour plus de détails sur cette jurisprudence, voir L. LEBOEUF, « Le non-refoulement face aux atteintes aux droits économiques, sociaux et culturels. Quelle protection pour le migrant de survie ? », *op.cit.*, p.12 et s.

¹⁶⁰⁸ CEDH, 19 avril 2001, *Peers c. Grèce*, req. n°28524/95, §75

¹⁶⁰⁹ CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, req. n°7601/76 et 7806/77, §55.

¹⁶¹⁰ F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction »? », *op.cit.*, p.762.

¹⁶¹¹ CEDH, 27 juillet 2004, *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, req. n° 55480/00 et 59330/00, §47.

¹⁶¹² *Ibid*, §31 Voir J.-P. MARGENAUD et J. MOULY, « le droit de gagner sa vie par le travail devant la cedh », *recueil Dalloz* 2006, p.477 et s.

¹⁶¹³ F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction »? », *op.cit.*, p.759.

accident mortel du travail au regard de l'article 2 de la convention qui énonce le droit à la vie¹⁶¹⁴.

La protection par ricochet, qui relativise la catégorisation des droits de l'homme, permet donc de « faire rentrer » les droits sociaux dans le champ de compétence matérielle des Cours régionales. La protection par ricochet permet donc d'offrir des garanties juridictionnelles aux droits sociaux et de palier dans une certaine mesure, le difficile accès à un juge. A côté de la protection de droits civils et politiques classiques qui ont déjà fait l'objet d'un développement jurisprudentiel considérable par la reconnaissance notamment d'un droit au regroupement familial ou de garanties contre l'éloignement, les travailleurs migrants vont donc trouver dans les juridictions régionales un véritable relais pour la garantie de leurs droits sociaux. Mais une fois la compétence établie en matière de droits sociaux, il convient de s'intéresser à la manière dont ces droits vont être sanctionnés par ricochet.

§2- La sanction des droits sociaux par ricochet

La technique de la protection par ricochet non spécifique aux travailleurs migrants tend également à se développer les concernant. Nous verrons que le principe de non-discrimination est utilisé comme technique de contrôle juridictionnel (A) et que les juges vont contribuer à préciser les effets de la reconnaissance de la justiciabilité des droits sociaux des travailleurs migrants dans ce contexte (B).

A. Le développement de techniques de contrôle juridictionnel

186. L'utilisation du principe de non-discrimination. L'interdiction de la discrimination constitue, comme nous l'avons déjà établi, le principe de base de la protection des travailleurs étrangers. Il n'est dès lors pas surprenant d'observer que ce principe sera au centre de nombreuses réclamations, et utilisé comme technique de contrôle juridictionnel pour apprécier la violation présumée des droits sociaux des travailleurs migrants. Dans certaines affaires,

¹⁶¹⁴ CEDH, 9 mai 2006, *Pereira Henriques c. Luxembourg*, req. n°60255/00, §54 et s.

l'interdiction de la discrimination constituera même le seul objet du contrôle. Dans l'affaire *Khosa and others v. Minister of social Development and others*, du 4 mars 2004¹⁶¹⁵, la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud déclare inconstitutionnelle la Loi sur la sécurité sociale qui n'accorde assistance qu'aux ressortissants sud-africains. Elle utilise le principe de non-discrimination pour garantir le droit à la sécurité sociale.

Parfois, le principe de non-discrimination va être invoqué en combinaison avec un autre droit « civil » qui fonde la compétence par ricochet. C'est ce que fait notamment la CEDH à propos des prestations de sécurité sociale pour sanctionner leur non-allocation aux étrangers. Elle examine en effet la violation alléguée des droits par combinaison de l'article 14 et de l'article 1^{er} du Protocole n°1. Tel a été le cas dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996¹⁶¹⁶ ou encore dans l'affaire *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003¹⁶¹⁷. Il faut noter également que le Protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, a ouvert de nouvelles perspectives puisqu'il absorbe et déborde l'article 14. En garantissant l'égalité devant la loi, cela permet en effet de contrôler le respect du principe de non-discrimination, même pour la jouissance d'un droit social¹⁶¹⁸. C'est ce qu'a fait la CourIADH, dans l'avis n°18, en examinant la question de l'égalité de protection devant la loi des migrants mexicains aux Etats-Unis au regard du principe de non-discrimination. Selon la Cour : « *la non-discrimination, avec l'égalité et la protection égalitaire de la loi favorable à toutes les personnes, sont des éléments constitutifs d'un principe de base et général ayant un rapport avec la protection des droits de l'homme. L'égalité est difficile à séparer de la non-discrimination. [...] Cette cour a fait valoir qu'en vertu de la reconnaissance de l'égalité devant la loi est interdit tout traitement discriminatoire* »¹⁶¹⁹. Comme dans cette affaire, le Professeur Sudre considère que l'article 1^{er} du Protocole n°12 peut être considéré comme un droit autonome qui devrait se substituer à l'article 14, et qui n'aura plus besoin d'être rattaché artificiellement à un autre droit substantiel pour garantir le droit à l'égalité de traitement en matière de prestations

¹⁶¹⁵ Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, 4 mars 2004, *Khosa and others v. Minister of Social Development and others*, 2004 (6) SA 505 (CC).

¹⁶¹⁶ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n°17371/90.

¹⁶¹⁷ CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, req. n°40892/98.

¹⁶¹⁸ F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction »? », *op.cit.*, p.769.

¹⁶¹⁹ CourIADH, avis consultatif du 17 septembre 2003, *Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux*, Série A n°18, §83. L. BURGORGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *op.cit.*, p.461.

sociales¹⁶²⁰. Mais la violation d'un droit, même par ricochet, suppose de contrôler la marge de manœuvre qu'avait l'Etat.

187. Le contrôle de la proportionnalité, la raisonnable et la nécessité. La détermination de la violation des droits sociaux repose surtout sur l'utilisation de critères que sont la « raisonnable », la « pertinence », et la « proportionnalité ». Ces critères permettent de contrôler la relation entre les buts et les moyens choisis pour les atteindre. Toutefois, l'utilisation des critères et l'intensité du contrôle varie d'un Etat à l'autre¹⁶²¹. Ces critères sont utilisés pour apprécier la pertinence de la discrimination entre national ou étranger. L'élasticité de la définition du principe d'égalité va être utilisée par les juges pour justifier ou non les différences. Mais, le juge oscille entre « audace » et « frilosité » et reste, dans tous les cas, particulièrement attentif à l'impact économique des décisions qu'il est amené à rendre¹⁶²². Dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche* précitée, la CEDH commence par rappeler que les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations - à d'autres égards analogues - justifient des distinctions de traitement ; elle considère que seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité¹⁶²³. En l'espèce, la Cour affirme que la différence de traitement entre étrangers et nationaux pour l'attribution d'une allocation d'urgence ne repose sur aucune justification objective et raisonnable et est donc discriminatoire. Dans l'affaire *Koua Poirez c. France* était invoquée la violation du principe de non-discrimination, en refusant l'allocation d'une prestation sociale non contributive à un adulte handicapé en raison de son origine nationale. Selon le gouvernement français, le moyen de la violation de l'article 14 de la CESDH serait mal fondé car la distinction opérée entre nationaux et étrangers répondait à un but légitime, à savoir l'équilibre entre les recettes et les dépenses de l'Etat dans le domaine social. De même, la condition de proportionnalité serait également respectée en ce que les étrangers n'étaient pas privés de toute ressource puisqu'ils pouvaient notamment bénéficier du RMI¹⁶²⁴. Après avoir rappelé le principe de la liberté encadrée des Etats

¹⁶²⁰ Pour plus de détails sur les enjeux du contrôle des droits sociaux par la CEDH au titre de l'article 1^{er} du Protocole n°12, voir F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction »? », *op.cit.*, p.770 et s.

¹⁶²¹ Commission internationale des juristes, *op.cit.*, p.35 et s.

¹⁶²² D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, p.34

¹⁶²³ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n°17371/90, §42.

¹⁶²⁴ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n°17371/90, §43.

d'apprécier la pertinence de distinctions, la Cour relève que le demandeur avait légalement séjourné en France et bénéficié du RMI qui n'est pas soumis à une condition de nationalité. En l'espèce, le refus d'octroyer l'allocation en cause reposait sur le seul constat qu'il ne possédait pas la nationalité française, sans même qu'il ne soit allégué que le requérant ne remplissait pas les autres conditions légales. La Cour conclut dès lors que la différence de traitement ne reposait sur aucune « justification objectif et raisonnable »¹⁶²⁵.

La Cour IADH dans son avis n°18 précise que « le terme « différence » sera employé pour ce qui est admissible, ce qui est raisonnable, proportionnel et objectif. La discrimination sera utilisée pour faire référence à ce qui est inadmissible et viole les droits de l'homme »¹⁶²⁶. Elle juge ensuite que les Etats « ne peuvent pas discriminer ou tolérer les situations discriminatoires contre les migrants. Cependant l'Etat peut octroyer un traitement différent aux migrants munis de papiers face aux migrants sans papiers, ou entre migrants et nationaux, si ce traitement différent est raisonnable, objectif, proportionnel et s'il ne heurte pas les droits de l'homme. [...] La condition de migrant d'une personne ne peut constituer une justification pour la priver de la jouissance et de l'exercice de ses droits, parmi eux ceux du travail »¹⁶²⁷.

Au niveau interne, la Cour constitutionnelle sud-africaine, dans l'affaire *Khosa and others* de 2004¹⁶²⁸ à propos de la contestation de l'assistance médicale aux seuls ressortissants nationaux répond à l'argument du gouvernement selon lequel si la prestation était accordée aux étrangers, cela attirerait d'innombrables immigrants, ce qui imposerait un fardeau supplémentaire excessif au budget de l'assistance sociale. La Cour rejette ce moyen, jugeant que l'exclusion des résidents permanents constitue une discrimination selon l'article 9§3 de la Constitution et viole leur droit à l'assistance sociale prévu à l'article 27§1¹⁶²⁹.

¹⁶²⁵ CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, req. n°40892/98, §§ 47-49. Dans un autre arrêt rendu deux ans plus tôt, la CEDH avait jugé, mais cette fois-ci sur le fondement du droit à la vie, que l'Etat devait « protéger la vie de l'individu contre les tiers ou contre le risque de maladie ». CEDH, 1^{er} mars 2001, *Berktaç c. Turquie*, req. n°22493/93. Mais selon le Professeur Sudre, dans ses arrêts *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, et *Nitecki c. Pologne* du 21 mars 2002, la Cour semble restreindre cette obligation à celle de ne pas mettre la vie d'une personne en danger en lui refusant les soins médicaux dont peut bénéficier l'ensemble de la population. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction »? », *op.cit.*, p.766.

¹⁶²⁶ Cour IADH, avis consultatif du 17 septembre 2003, *Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux*, Série A n°18, §84

¹⁶²⁷ *Ibid.*, §§118 et 173.

¹⁶²⁸ Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, 4 mars 2004, *Khosa and others v. Minister of Social Development and others*, 2004 (6) SA 505 (CC).

¹⁶²⁹ Commission internationale des juristes, *op.cit.*, p.59. Toutefois, les opinions dissidentes des juges Ngcobo et Madala expriment les mêmes préoccupations. G. SCOFFONI *et al.*, « Droit constitutionnel étranger. L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte. Afrique du Sud », *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2006/1 (n° 65), pp.177-201

L'apport de cette jurisprudence est d'autant plus importante que, très souvent, les Etats remettent en cause le principe d'égalité au motif que les étrangers et les nationaux sont dans des situations différentes au regard de la réglementation sur l'accès et le séjour sur le territoire national ; ils jouent ainsi sur l'élasticité de la définition du principe d'égalité pour justifier des différences de traitement en matière de protection sociale, telles que la condition de régularité du séjour ou encore la limitation des types de titres de séjour permettant d'obtenir les prestations¹⁶³⁰. Les obligations des Etats sont ainsi mieux définies par la jurisprudence qui joue un contrepois aux considérations politiques.

B. La précision des obligations concernant les droits sociaux

188. L'identification des bénéficiaires des droits et des responsables de leur violation.

Les bénéficiaires des droits sociaux dans le cadre de notre étude concernent les travailleurs migrants, c'est-à-dire les travailleurs salariés en situation régulière. Toutefois, la jurisprudence va parfois souligner la vulnérabilité de certaines catégories de travailleurs migrants, voire même inclure les travailleurs irréguliers. Tel est le cas dans l'affaire *Siliadin c. France*, la requérante ayant commencé à souffrir de servitude alors qu'elle était une adolescente âgée de quinze ans, exploitée dans le cadre du travail domestique¹⁶³¹. Concernant l'inclusion des travailleurs irréguliers au bénéfice des droits au travail, la CourIADH a précisé que « *les droits du travail découlent nécessairement de la condition de travailleur, celle-ci entendue dans le sens le plus vaste. Toute personne qui va exercer, exerce ou a exercé une activité rémunérée, acquiert automatiquement la condition de travailleur et, par conséquent, les droits inhérent à ladite condition [...]. Une personne qui entre dans un Etat et qui crée des rapports de travail, acquiert les droits du travail dans cet Etat d'emploi, indépendamment de sa situation migrante [...]. Le migrant, au moment de contracter un rapport de travail acquiert des droits pour être travailleur qui doivent être garantis et reconnus et garantis, indépendamment de sa situation régulière ou irrégulière dans l'Etat d'emploi* »¹⁶³². Dans

¹⁶³⁰ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op.cit.*, pp.34-35.

¹⁶³¹ CEDH, 26 octobre 2006, *Siliadin c. France*, req. n°73316/01, §111.

¹⁶³² CourIADH, avis consultatif du 17 septembre 2003, *Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux*, Série A n°18, §§133-134. Sur la prise en compte des travailleurs irréguliers en droit français par

l'affaire *Khosa and others* portée devant la Cour constitutionnelle sud-africaine, les requérants étaient des Mozambicains ayant le statut de résidents permanents en Afrique du Sud. La décision fait suite à un Order of Constitutional Invalidity de certaines dispositions du Social Assistance Act n° 59/1992 adopté par la High Court de Pretoria qui avait estimé que le critère de la citoyenneté, pour bénéficier des droits de l'assurance, engendrait une violation du principe d'égalité, de sécurité sociale et des droits des enfants. La réalisation d'un des buts constitutionnels fondamentaux, autrement dit la sécurité sociale, ne peut pas être atteinte en excluant les résidents permanents du bénéfice des droits sociaux¹⁶³³. La Cour constitutionnelle est allée dans le même sens.

Bien qu'au niveau international, seul l'Etat puisse voir sa responsabilité mise en cause pour non-respect des engagements conventionnels ou coutumiers qui le lient, ces affaires portées devant des mécanismes de type contentieux au niveau international et national apportent des précisions sur les personnes qui peuvent être reconnues comme responsables au niveau interne. Sont ainsi tenus de respecter les droits des travailleurs migrants, les administrations de l'Etat, mais aussi les particuliers et notamment les employeurs, quel que soit le secteur d'emploi.

189. La définition du contenu des obligations et des modalités de réparation à la charge des autorités publiques. La protection par ricochet a pour effet de contribuer à préciser, de manière contraignante, les obligations à la charge de leurs débiteurs en matière de droits sociaux. Des obligations positives et négatives, substantielles ou procédurales, sont ainsi progressivement révélées de manière plus ou moins précise. Par exemple, dans son avis n°18, qui porte dans le système interaméricain sur l'appréciation de la législation *in abstracto*¹⁶³⁴, les arguments du Mexique citaient notamment l'arrêt *Hoffman Plastics* rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis¹⁶³⁵ et dans laquelle plusieurs travailleurs, dont l'employeur ignorait qu'ils se trouvaient en situation irrégulière, ont été licenciés pour leur participation à des mouvements syndicaux. Bien que la Cour suprême ait reconnu le licenciement comme illégal,

exemple l'article L. 8223-1 du Code du travail (indemnité forfaitaire de six mois de salaire en cas de rupture du contrat lorsque le travail était dissimulé).

¹⁶³³ Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, 4 mars 2004, *Khosa and others v. Minister of Social Development and others*, 2004 (6) SA 505 (CC). G. SCOFFONI *et al.*, *op.cit.*

¹⁶³⁴ Art. 64§2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

¹⁶³⁵ Cour Suprême des Etats-Unis, 27 mars 2002, *Hoffman Plastics Compound v. National Labor Relations Board*, n° 00-1595, <http://laws.findlaw.com/us/000/00-1595.html>, consulté le 20 mai 2014.

elle a jugé que l'irrégularité du séjour ne permettait pas l'obtention d'indemnités¹⁶³⁶. La CourIADH se prononce de manière globale sur la législation des Etats-Unis, mais ses appréciations peuvent trouver une application concrète au cas d'espèce précité. La CourIADH précise en effet que « *l'Etat a l'obligation de respecter et garantir les droits du travail de tous les travailleurs, indépendamment de leur condition de nationaux ou d'étrangers ; il ne doit pas tolérer des situations de discrimination dans les rapports de travail établis entre particuliers (employeur-employé)* »¹⁶³⁷. Bien que les modalités de la mise en œuvre ne soient pas précisées, l'Etat doit s'abstenir de porter atteinte aux droits du travail, adopter des mesures pour les mettre en œuvre, et prévenir ou réprimer les atteintes commises par des personnes privées. Dans le cas de l'affaire *Hoffman Plastics*, plusieurs fois citée dans l'avis n°18, on peut supposer que les intéressés pourraient demander des indemnités pour licenciement illégal car la Cour insiste sur la faculté de saisir la justice pour protéger leurs droits contre des employeurs qui abuseraient de leur précarité sociale¹⁶³⁸.

Dans l'affaire *Acevedo Jaramillo*, bien qu'elle se prononce au fond exclusivement sur l'absence de recours effectif, les conséquences sur les droits au travail sont prises en considération au moment des réparations. La CourIADH ordonne plusieurs formes de « *restitutio in integrum* » : la réintégration à son poste de la personne licenciée, et à défaut, le paiement d'une indemnisation pour licenciement abusif tenant compte du temps de travail effectivement réalisé et de la durée pendant laquelle l'intéressé s'est injustement retrouvé au chômage¹⁶³⁹. Dans l'affaire *Siliadin c. France*, la CEDH précise que « *conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu de l'article 4 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne dans ce genre de situation* »¹⁶⁴⁰. Elle conclut que les dispositions législatives

¹⁶³⁶ L. HENNEBEL, « L'«humanization» du droit international des droits de l'homme. Commentaire sur l'avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants », *RTDH* 59/2004, p. 748

¹⁶³⁷ CourIADH, avis consultatif du 17 septembre 2003, *Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux*, Série A n°18, §173.

¹⁶³⁸ D. ROMAN, « La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale : les droits sociaux au-delà des droits créances », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, p.271.

¹⁶³⁹ A. ÚBEDA DE TORRES, « CourIDH, *Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou*, 7 février 2006 : L'émergence d'une protection juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme », http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=223&id_rubrique=41, consulté le 20 mai 2014.

¹⁶⁴⁰ CEDH, 26 octobre 2006, *Siliadin c. France*, req. n°73316/01, §112.

françaises n'ont pas permis de sanctionner effectivement les agissements dont la requérante a été victime¹⁶⁴¹. L'Etat est donc implicitement invité à modifier sa législation pénale.

Au niveau interne, dans l'affaire *Khosa and others*¹⁶⁴², la loi en cause ayant été déclarée inconstitutionnelle en ce qu'elle ne pouvait exclure les résidents permanents du bénéfice de l'assurance maladie, le gouvernement est donc invité à abroger cette loi et à en adopter une nouvelle qui garantit de manière indiscriminé l'accès à l'assurance maladie. La Chambre des droits de l'homme de la Bosnie-Herzégovine, quant à elle, constate dans l'affaire *M.M.*¹⁶⁴³ que la plaignante est victime, dans son emploi, de discrimination fondée sur son origine nationale et ordonne de mettre fin à cette situation¹⁶⁴⁴.

Conclusion du Chapitre II :

Paradoxalement, bien que les droits au travail des travailleurs migrants aient d'abord fait l'objet d'un consensus international en raison de leur qualité de travailleurs, ces droits s'inscrivent dans un contexte plus global de frilosité vis-à-vis de la justiciabilité des droits sociaux. Bien que les arguments en faveur d'une présomption d'injusticiabilité des droits sociaux puissent être remis en cause, elle trouve cependant encore une forte expression au niveau procédural. Néanmoins, ces obstacles timidement dépassés par certains tribunaux internes plus audacieux, vont également être contournés dans le cadre de la protection par ricochet des droits économiques, sociaux et culturels, sous l'impulsion de la CEDH et de la CourIADH notamment. Bien que le phénomène ne soit pas spécifique aux travailleurs migrants, il leur est bénéfique puisqu'il leur offre des voies de recours juridictionnelles disponibles dans l'ordre juridique international pour sanctionner les droits sociaux, et dont l'utilisation va permettre l'adoption d'une jurisprudence contraignante et riche d'enseignements.

¹⁶⁴¹ *Ibid*, §149.

¹⁶⁴² Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, 4 mars 2004, *Khosa and others v. Minister of Social Development and others*, 2004 (6) SA 505 (CC).

¹⁶⁴³ Chambre des droits de l'homme de la Bosnie-Herzégovine, 7 mars 2003, *M.M. c. Fédération de Bosnie-Herzégovine*, CH/00/3476.

¹⁶⁴⁴ Commission internationale des Juristes, *op.cit.*, p.60.

Conclusion de la Partie III :

L'effectivité des droits des travailleurs migrants en droit international soulève des difficultés. En effet, les Etats s'engagent au niveau international, et surtout au niveau universel, par des normes qui sont encore bien souvent programmatiques ou peu précises. Il convient ainsi de souligner la part importante de la *soft law* parmi les instruments protecteurs. Mais outre la relative flexibilité des instruments internationaux, les Etats sont confrontés au niveau interne, à une organisation politico-administrative variable où peuvent intervenir plusieurs entités infra-étatiques pour la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants. De plus, tous les Etats ne disposent pas toujours de structures administratives de contrôle dotées des ressources matérielles et humaines disponibles. Toutefois, la recherche d'effectivité des droits des travailleurs migrants va faire l'objet d'une surveillance au niveau international dans le cadre de procédures peu contraignantes : les procédures sur rapport. Mais l'absence de sanction à l'issue de l'examen des rapports étatiques va être partiellement palliée par une assistance des organisations internationales auprès des Etats pour mettre en œuvre les normes internationales protectrices, et par une concertation régulière, au niveau international, sur les questions migratoires.

L'effectivité des droits des travailleurs migrants s'apprécie également au regard de l'accès des intéressés à la justice, et à la justice internationale notamment. On observe alors que le droit international des droits de l'homme vient offrir des mécanismes complémentaires aux mécanismes du droit international classique ou du droit international social. L'ensemble de ces mécanismes juridictionnels ou quasi juridictionnels, plus ou moins bien exploités, offrent ainsi un accès plus large à un contrôle de type contentieux des violations alléguées des droits des travailleurs migrants. Et le développement de techniques de contrôle dynamiques, comme la protection par ricochet, va permettre d'accroître la juridictionnalisation et la justiciabilité des droits des travailleurs migrants.

CONCLUSION GENERALE

190. Absence de gestion concertée des migrations internationales de travailleurs. « *De toutes les faillites de la seconde moitié du XXe siècle, la plus grave est certainement de n'avoir pas su gérer simultanément la globalisation de l'économie et sa régulation sociale. [...] Les deux questions centrales auxquelles le XXe siècle n'a pas répondu sont donc les relations entre les zones géographiques, écologiques, culturelles disparates, que la globalisation rend économiquement interdépendantes, et les mouvements migratoires que provoque cette disparité* »¹⁶⁴⁵. La globalisation de l'économie, qui encourage les mécanismes de compétitivité et d'exclusion de la main-d'œuvre, a entraîné un sentiment d'insécurité sur les marchés du travail ; l'étranger est perçu comme un compétiteur mais également comme un envahisseur culturel, voire un ennemi potentiel. La demande de main-d'œuvre est donc sélective et exigeante, et une vision sécuritaire accrue par la peur du terrorisme et la lutte contre les trafics internationaux entoure aujourd'hui les migrations internationales¹⁶⁴⁶. Pourtant, ces restrictions n'ont pas suffi à faire face aux effets des déséquilibres structurels entre les pays, ni à limiter les migrations de main-d'œuvre. Selon Stéphane Hessel, la vision protectionniste des Etats explique, sans doute, le fait que le principe applicable en matière d'immigration soit celui de l'autorisation de l'Etat d'accueil. Comme le soulignait René Cassin en 1951, « *il n'y a pas de matière plus délicate en droit international, ni de domaine où les susceptibilités de la souveraineté des Etats soit plus vive* »¹⁶⁴⁷. Il est en effet paradoxal de constater que les individus disposent d'un droit de sortie de tout Etat, mais qu'ils ne disposent pas de droit d'entrée sur le territoire d'un Etat dont ils ne sont pas les ressortissants. L'exception concerne les organisations régionales d'intégration et l'Union européenne notamment ; les Etats membres ont convenu d'affirmer la liberté de circulation et la liberté professionnelle de leurs ressortissants, conscients que l'homogénéité relative de leurs niveaux de développement économique éviterait un déferlement de travailleurs. Sur les autres continents, si quelques initiatives ont également vu le jour, aucune n'est allée aussi loin.

En dehors de ces exceptions régionales, le principe de la liberté d'admission ou de non admission reconnue pour les Etats n'est jamais remise en cause, y compris par les cours régionales de droits de l'homme ou par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

¹⁶⁴⁵ S. HESSEL, *Danse avec le siècle – Souvenirs*, Paris, Editions du Seuil, 1997, Editions Points 2011, pp.355-356.

¹⁶⁴⁶ L. MARMORA, *op. cit.*, pp.375-376.

¹⁶⁴⁷ R. CASSIN, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des Droits de l'homme », *RCADI* 1951-II, t. 79, p.282.

Toutefois, les modalités d'admission de travailleurs étrangers vont faire l'objet d'un certain encadrement dans les instruments universels, régionaux et bilatéraux. Tout d'abord, l'activité des agences de recrutement ou le recrutement direct par l'employeur vont faire l'objet d'un contrôle strict par l'Etat d'accueil. Ensuite, les Etats d'origine et de destination vont convenir de coopérer entre eux ou avec les organisations internationales pour fournir des informations aux travailleurs migrants sur les opportunités professionnelles et les conditions de vie et de travail dans les pays d'emplois. La lutte contre la désinformation constitue le cœur de la concertation internationale en matière de circulation des travailleurs. Les Etats de destination s'engagent également à « faciliter » l'introduction des travailleurs régulièrement recrutés, mais cette disposition n'a, en pratique, aucun caractère réellement contraignant. Les garanties offertes aux travailleurs migrants sont donc minimales, mais réelles.

Le protectionnisme des Etats d'accueil à l'égard de l'accès des étrangers au marché du travail se traduit également par le fait que la migration temporaire est la plus encouragée, le retour des travailleurs migrants constituant un objectif pour les pays de destination. La priorité est donnée au retour volontaire dans le cadre de programmes de migrations dites circulaires, destinés à aider les travailleurs migrants à se réinstaller, que le retour soit temporaire ou définitif. Dans l'hypothèse où le retour est contraint, c'est-à-dire non souhaité par l'intéressé et prononcé en vertu d'une mesure d'éloignement, le pouvoir de l'Etat d'exclure des étrangers est encadré. L'éloignement du migrant doit répondre à des causes légitimes liées à l'ordre public ; la perte de l'emploi ne constitue pas un motif d'éloignement, au moins pendant une certaine durée. Ensuite, la mesure d'éloignement doit être conforme à la loi, individuellement motivée, et être susceptible de recours. Si la mesure remplit ces conditions, l'éloignement physique du travailleur ne doit pas l'exposer à des mauvais traitements, et ne peut être mise en œuvre vers un pays qui risque de l'y exposer.

La circulation internationale des travailleurs ne fait donc l'objet d'aucune gestion concertée, à l'exception des migrations intra-européennes. En revanche, une fois admis, les travailleurs étrangers bénéficient de droits plus ou moins étendus.

191. Protections internationales : pluralité de statuts juridiques des travailleurs étrangers. Si généralement le travailleur migrant ne bénéficie d'aucun droit d'entrée sur le

territoire d'un Etat tiers, les Etats ont tout de même progressivement convenu qu'une fois admis, l'étranger pourrait revendiquer des règles protectrices. En droit international, la protection des étrangers s'articule autour du principe de la non-discrimination vis-à-vis des nationaux. Initialement, ce principe se fonde sur l'idée selon laquelle les étrangers sont les sujets d'un Etat souverain, qu'ils en sont une émanation et qu'ils méritent donc considération. Puis des droits subjectifs vont être progressivement reconnus aux migrants à côté de ceux de l'Etat national. Il existe une multiplicité d'instruments internationaux applicables aux travailleurs migrants. L'objet de ces instruments, qui regroupent un nombre variable d'Etats parties, peut soit porter spécifiquement sur la protection des travailleurs étrangers, soit avoir un objet autre mais comporter des clauses qui leur sont applicables. Ces instruments ont en commun qu'ils consacrent le principe d'interdiction de la discrimination pour une liste plus ou moins étendue de droits.

L'accès à l'emploi est généralement soumis à d'importantes restrictions. Par ailleurs, les droits accessoires au travail sont énoncés sous la forme d'obligations de moyen, dont la mise en œuvre doit bien souvent résulter de l'adoption d'accords régionaux ou bilatéraux complémentaires. Mais malgré ces quelques restrictions, le cadre de la relation de travail a constitué la base du développement de la protection des travailleurs migrants. Les instruments spécifiques à la protection des travailleurs migrants interdisent la discrimination fondée sur l'origine nationale. Pourtant, l'origine nationale constitue encore le principal le critère de discrimination dont souffrent les travailleurs étrangers, par exemple quand il existe un accord international instaurant un régime plus favorable pour les ressortissants des pays signataires (car un tel accord est conforme au droit international). D'autres formes de discrimination, qui ne sont pas directement envisagées dans les textes internationaux relatifs aux travailleurs migrants, affectent les étrangers entre eux, comme les discriminations liées au genre qui favorisent dans certains cas les migrations d'hommes et dans d'autres les migrations de femmes. Pourtant ces formes de discrimination sont interdites dans les instruments de protection des droits de l'homme, tout comme en droit international du travail.

L'interdiction de la discrimination par rapport aux nationaux, au travail notamment, a comme conséquence qu'elle s'apprécie par rapport à la loi nationale. Dès lors, la législation nationale est plus ou moins protectrice, selon l'Etat dans lequel le travailleur migrant se trouve. Cette législation varie notamment selon le nombre instruments internationaux ratifiés par l'Etat

d'accueil ; un même Etat peut à la fois être lié par des accords régionaux, bilatéraux ou universels. Par exemple, en France il faut distinguer les situations suivantes : celle des travailleurs de l'Union européenne et des travailleurs européens sous disposition transitoire ; celle des travailleurs bénéficiant d'un accord bilatéral, comme tel est le cas pour la majorité des ressortissants des anciennes colonies ; et enfin celle des travailleurs tiers auxquels aucun accord bilatéral ou régional ne s'applique, mais qui bénéficient des normes universelles protectrices. Les normes de droit international social et de droit international des droits de l'homme s'appliquent territorialement et sont complémentaires ; elles appréhendent l'ensemble des aspects du séjour des travailleurs migrants, au-delà de la relation de travail. L'étude de la condition d'un travailleur étranger dans un pays donné révèle la pertinence encore actuelle de la nationalité, car tous les étrangers n'ont pas nécessairement le même statut, et les règles peuvent varier d'un pays à l'autre.

Toutefois, il convient s'interroger sur l'émergence d'un statut juridique minimum coutumier du travailleur migrant.

192. L'émergence d'un statut juridique minimum coutumier : vers une absorption du droit des étrangers par les droits de l'homme ? Nous avons mis en évidence que le traitement national des étrangers, indépendamment de tout traité protecteur, avait fait l'objet d'un développement opposant les partisans du traitement national à ceux du standard minimum de traitement. La jurisprudence internationale a tranché en faveur du standard minimum de traitement. L'identification du contenu est encore incertaine, mais certains droits ont pu être révélés par la pratique. Pour Michel Virally notamment, « *le standard minimum [...] englobe le respect des libertés essentielles : libertés de la personne, du droit de propriété, des droits régulièrement acquis, et la sécurité des personnes et des biens, ainsi qu'un système de garanties juridiques, notamment judiciaires, accessible aux étrangers et impartial, permettant d'obtenir justice* »¹⁶⁴⁸. Ce « noyau dur » apparaît d'ailleurs dans tous les instruments universels, bilatéraux ou régionaux qui diffèrent en réalité sur les conditions d'accès au territoire et d'accès à l'emploi. Ce « noyau dur » du droit des étrangers, et de l'individu en général, a été réaffirmé dans les instruments de protection internationale des droits de l'homme. Le contenu de ces droits a par la suite été étoffé par la jurisprudence internationale. On peut alors s'interroger sur l'état de l'absorption des droits des étrangers par le droit international des droits de l'homme.

¹⁶⁴⁸ M. VIRALLY « Cours général de droit international public », *RCADI* 1983-V, t. 183, pp.116-117.

Par ailleurs, parler d'un statut coutumier minimum des travailleurs étrangers suppose de s'intéresser à l'existence d'un droit international coutumier du travail, applicable à tous les travailleurs quelle que soit leur nationalité. C'est la question que soulève l'analyse des droits sociaux fondamentaux. Bien que de nombreux textes consacrent cette notion, la liste des droits visés est plus ou moins longue ; la Déclaration de l'OIT de 1998 reflète toutefois un consensus sur l'identification des droits sociaux fondamentaux, les droits y figurant étant communs aux instruments précités. Il s'agit de l'interdiction de la discrimination, du travail forcé, et du travail des enfants, et enfin du droit à la négociation collective, qui sont énoncés dans les huit conventions fondamentales de l'OIT. Même si le caractère fondamental de ces droits n'est énoncé que dans des instruments de *soft law*, les Etats, en vertu du principe de bonne foi, s'engagent à les respecter. L'affirmation croissante des droits sociaux fondamentaux, y compris dans des instruments de droits de l'homme, permet d'envisager la consolidation de normes coutumières. Plusieurs jurisprudences confirment cette évolution. Dès lors, la seule qualité de travailleur permet aux travailleurs étrangers de bénéficier de règles minimales en droit du travail. Mais il ne s'agit encore que d'une tendance, dont l'évolution reste encore à confirmer.

Les étrangers se voient davantage reconnaître des droits, non plus comme étrangers, mais comme individus titulaires de droits fondamentaux. Certains auteurs estiment que les critères de différenciation entre étrangers et nationaux sont aujourd'hui analysés au regard des prescriptions en matière de droits de l'homme, qui reflètent les intérêts communs des peuples du monde en tant qu'ils sont composés d'individus ; l'extranéité ne change pas les besoins et intérêts de l'individu en tant qu'être humain. La plupart des frontières de la nationalité seraient artificielles et anachroniques dans une perspective fonctionnelle. La seule distinction pertinente entre nationaux et étrangers pourrait concerner l'organisation des intérêts de la communauté¹⁶⁴⁹. Mais si l'assimilation du droit des étrangers par les droits de l'homme s'est accentuée, cette assimilation n'est pas totale. Comme le soulignait déjà R. B. Lillich en 1976, pour l'instant « *the new international human rights norms obviously should supplement, rather than supplant, traditional law* »¹⁶⁵⁰. Encore aujourd'hui, le droit des étrangers, qu'il

¹⁶⁴⁹ M. S. McDOUGAL *et al.*, *op. cit.*, p.439

¹⁶⁵⁰ R. B. LILLICH, « The problem of the applicability of existing international provisions for the protection of human rights to individuals who are not citizens of the country in which they live », *AJIL* 1976 vol. 70 n°3, p.509.

soit d'origine interne ou internationale, n'a pas été complètement absorbé par les droits de l'homme, y compris dans les pays les plus protecteurs.

193. La multiplication des recours disponibles pour les travailleurs migrants. Les droits des travailleurs migrants sont affirmés dans des instruments très variés, tant par leurs sources que par leurs formulations. Si certains droits sont formulés de manière précise et subjective, certaines dispositions laissent subsister davantage de doutes. En effet, force est de constater la flexibilité souhaitée dans les instruments multilatéraux, et particulièrement dans les instruments de l'OIT, ainsi que la part importante du droit promotionnel. La reconnaissance de l'effet direct des instruments de protection par le juge interne, juge de droit commun, variera d'un pays à l'autre. La mise en œuvre des instruments internationaux par les Etats fera donc l'objet d'un examen plus ou moins poussé au niveau interne. La non-garantie des droits des travailleurs migrants pourra alors engager la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil. La révélation de la violation des droits des migrants par cet Etat suppose que des mécanismes internationaux de contrôle soient disponibles, non seulement dans le cadre du contrôle régulier au titre de l'examen des rapports périodique, mais surtout dans le cadre d'un contrôle de type contentieux.

La disponibilité de voies de recours pour les travailleurs migrants est sans doute la question qui a suscité le plus de controverses concernant l'affirmation d'un statut juridique international. Rappelons les propos de Robert Chiroux qui considérait qu'un tel statut n'existait pas puisque les travailleurs étrangers avaient uniquement bénéficié de la protection des ambassadeurs et des consuls. La protection diplomatique reste pertinente car l'existence de voies de recours directs dépend encore de l'acceptation souveraine des Etats, ce qui n'est pas toujours le cas. Ce mécanisme a récemment connu des développements importants ; les droits individuels sont désormais consacrés à côté du droit de l'Etat à voir le droit international respecté en la personne de ses ressortissants. La création de mécanismes directs, non spécifiques mais disponibles pour les travailleurs étrangers en raison de leur qualité de travailleurs, représente une avancée certaine. Toutefois, ces mécanismes offrent des voies de recours quasi-juridictionnelles qui ne peuvent être introduites que dans le cadre de réclamations collectives, ce qui suppose l'endossement de la réclamation par une ONG ou un syndicat. Ces mécanismes sans précédent offrent, malgré leurs limites, de nombreuses pistes d'exploitation.

Les voies de recours individuels au niveau régional concernent les mécanismes les plus utilisés par les travailleurs migrants, surtout en Europe ; ils restent néanmoins exceptionnels et sont plus ou moins consolidés. Les Comités conventionnels des Nations Unies, dont la compétence reste facultative, offrent un relais sans précédent au niveau universel puisque plusieurs comités peuvent potentiellement être compétents dans une même affaire. Toutefois, les réclamations devant les Comités ne sont pas juridictionnelles. Ces différents mécanismes, qui rendent des décisions contraignantes ou non, offrent tous un examen de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants de type contentieux. Le caractère non-obligatoire, parfois regretté, de certains mécanismes permet toutefois leur plus large acceptation de la part des Etats.

L'ensemble des voies de recours analysées permet d'enrichir et de développer en substance les droits des travailleurs migrants et éclaire sur la capacité intrinsèque des droits à être garantis. Le fait que certains de ces mécanismes soient de *soft law* ne semble pas remettre en cause la contrainte au moins intellectuelle et politique de ce type de contrôle ; en effet, c'est ce que suggèrent l'entrée en vigueur seulement récente du Protocole facultatif au PIDESC, et la non-entrée en vigueur du protocole facultatif à la Convention de New York de 1990 qui donnerait compétence au Comité des travailleurs migrants pour recevoir des communications individuelles. De plus, les techniques innovantes de contrôle permettent de sanctionner certains droits, les droits sociaux notamment, traditionnellement frappés d'une présomption d'injusticiabilité. Mais malgré l'augmentation du nombre de mécanismes disponibles dans l'ordre juridique international, le contrôle de type contentieux reste encore exceptionnel en pratique.

194. La promotion, facteur indispensable d'effectivité ? Comme le souligne P. Lascoumes « *l'effectivité [constitue un] indicateur de la place du droit dans les rapports sociaux [...Toutefois], les contributions montrent que l'effectivité est toujours relative et qu'il existe une multitude d'états intermédiaires entre un énoncé et ses traductions sociales* »¹⁶⁵¹. Si l'accès au juge permet de contribuer considérablement à l'effectivité des droits des travailleurs migrants, on peut se demander si le juge épuise à lui seul les possibilités de renforcer cette effectivité ; à cet égard, il est souvent soutenu au contraire que l'accès au juge

¹⁶⁵¹ P. LASCOUMES « Conclusion : l'effectivité, indicateur de la place du droit dans les rapports sociaux », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Paris, PU de Paris10, 2008, pp.263 et 265.

n'est pas le seul moyen de garantie, ni toujours le meilleur en fonction des droits considérés¹⁶⁵².

Nous avons vu que le suivi de la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants au niveau international s'effectuait dans le cadre de mécanismes souples, interactifs et participatifs. L'examen des rapports périodiques, notamment, qui n'est pas de type accusatoire, conduit surtout à identifier les causes des violations des droits des travailleurs migrants, et à proposer à l'Etat concerné des solutions. De même, les mandats de rapporteurs spéciaux ont pour objet de présenter une vision d'ensemble des enjeux du sujet, et de promouvoir l'adoption de normes internationale ou leur ratification par les Etats. Par ailleurs, on peut mentionner les nombreuses rencontres qui ont lieu au sein de forums de discussion, originaux et dynamiques, dans le cadre desquels interviennent les différentes parties-prenantes : les Etats, les organisations internationales et les membres de la société civile. Ces derniers ont en effet un rôle de lobbying très important à jouer : auprès des autorités nationales pour faire adopter les instruments protecteurs telle que la Convention des Nations Unies de 1990 dont le succès auprès des pays de destination manque à l'appel ; pour assister les migrants dans la revendication et la jouissance de leurs droits ; ainsi que pour dénoncer les situations de violations des droits des travailleurs migrants, ou encore endosser leurs réclamations au niveau international quand cela est nécessaire. Par exemple, les associations d'aide aux étrangers et les travailleurs sociaux n'hésitent pas à développer les échanges directs avec l'administration, et utilisent des procédés « mous » comme la production de rapports ou la réalisation de campagnes d'information¹⁶⁵³.

Aujourd'hui, la promotion des droits, et particulièrement des droits des travailleurs migrants, constitue un facteur considérable d'effectivité. Elle s'inscrit au coeur de la lutte contre la désinformation et les préjugés encore très forts, surtout en période de crise économique comme l'atteste la montée des partis eurosceptiques au sein des pays de l'Union européenne¹⁶⁵⁴ - l'Union étant pourtant la seule à avoir instauré une véritable liberté de circulation des personnes. L'approche promotionnelle des droits des travailleurs migrants suppose donc de dépasser une vision strictement manichéenne du droit. « *A tout vouloir couler dans les formes*

¹⁶⁵² D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op. cit.*, p.37.

¹⁶⁵³ *Ibid*, p.38.

¹⁶⁵⁴ <http://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0315-hausse-des-partis-populistes-mais-relative-stabilite-des-forces-politiques-aux-elections>

du droit, c'est bien l'imaginaire nécessaire à l'avancement de la machine que l'on risque fort de gripper »¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Conclusion », La Convention européenne des droits de l'Homme vue d'ailleurs ; acteurs du « dedans » et du « dehors » dans la promotion d'une norme de référence, *Rapport de recherche pour la mission droit et justice*, dact., 2010, p.216.

ANNEXES

- Annexe n°1 : Quelques données sur la migration internationale de main-d'œuvre**
- Annexe n°2 : Avantages et inconvénients potentiels de l'émigration et de l'immigration**
- Annexe n°3 : Emplois fermés en France**
- Annexe n°4 : Coût approximatif du rapatriement de fonds de 200 dollars E.-U. (% du capital)**
- Annexe n°5 : Contrôle et inspection du travail**

Annexe n°1 : Quelques données sur la migration internationale de main-d'œuvre

Source : OIM, *Etat de la Migration dans le monde – Bien communiquer sur la migration*, Genève, 2011, Encadré 1.3, p.34

- **Un tiers environ des travailleurs migrants sont établis en Europe**, légèrement moins en Asie et en Amérique du Nord. L'Afrique accueille 8 % de la main-d'œuvre migrante, l'Océanie 3 % et l'Amérique latine et les Caraïbes 3 % également (OIT, 2004c). **La migration se fait surtout entre pays en développement, plutôt que d'un pays en développement vers un pays développé, ce que l'on impute souvent à la restriction de l'immigration dans le monde industrialisé.** Il faut savoir néanmoins que **les déplacements sont également limités au sein des régions où la circulation des personnes est autorisée**, voire encouragée, par exemple dans les groupements d'intégration régionale (voir chapitre 13). En 2004, 2 % seulement des citoyens de l'Union européenne s'étaient prévalus de ce droit (Commission européenne, 2006)2.

- **L'essentiel des flux migratoires est encore formé de travailleurs peu qualifiés. Cependant, dans quelques pays de l'OCDE et dans plusieurs autres nations, le nombre de migrants très instruits a excédé celui des migrants peu qualifiés entre 1995 et 2000** (OIT, 2004a). La majorité des travailleurs hautement qualifiés migrent vers le monde industrialisé ou à l'intérieur de celui-ci (voir chapitre 2). Les flux de main-d'œuvre se diversifient dans l'espace, mais une grande partie se fait encore au sein des régions.

- **Près de la moitié des migrants sont de sexe féminin** (49,6 %) et légèrement plus vivent dans les pays développés. Davantage de femmes que d'hommes partent à l'étranger et ce, quelle que soit la région du globe, à l'exception de l'Afrique et de l'Asie (DAES, 2006, et carte 5). **Soulignons également qu'un nombre croissant de femmes migrent seules et assument le rôle de soutien de famille. Sur le marché du travail, elles se concentrent aux deux extrémités de l'échelle des compétences et occupent souvent des emplois traditionnellement féminins.** Beaucoup détiennent des qualifications dans le domaine de la santé et de l'éducation, mais la plupart trouvent un emploi dans les secteurs exigeant peu de compétences, tels les services domestiques, la fabrication et le divertissement (voir également encadré Intro. 3).

- **Les migrations temporaires vers les pays industrialisés ont monté en flèche dans les années 1990**, tendance qui se poursuit depuis 2000 (voir chapitres 3 et 11). Le nombre de travailleurs temporaires d'origine étrangère reste cependant faible relativement au marché du travail des pays de destination, sauf dans les Etats membres du Conseil de coopération du Golfe. Les pays d'origine et d'accueil appartiennent au monde industrialisé comme au monde en développement. De fait, les pays développés (la Grande-Bretagne, par exemple) sont à la fois de grands Etats de destination et d'origine des travailleurs migrants (voir également chapitre 11). Il en va de même pour plusieurs pays en développement, telles l'Afrique du Sud et la Thaïlande.

- **Dans les pays développés, les migrants qualifiés et peu qualifiés travaillent surtout dans le secteur des services, en particulier la construction, le commerce, la restauration, l'éducation, la santé, les services domestiques et autres.** Dans les pays en développement, ils se concentrent dans le secteur primaire (agriculture, pêche, extraction minière) et dans l'industrie manufacturière, bien que la part des services (notamment ceux liés au tourisme) augmente dans plusieurs pays (CNUCED, 2001).

Annexe n°2 : Avantages et inconvénients potentiels de l'émigration et de l'immigration.

Source : OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, Rapport VI, 92^e session, BIT, Genève, 2004, p. 20, tableau 2.1*

	Emigration		Immigration	
	Potentiels	potentiels	potentiels	potentiels
Pour les Migrants ou les particuliers	Emploi	Interruptions de carrière, perte d'ancienneté	Services qui libèrent l'accès de la femme au marché du travail	Concurrence pour l'emploi, marginalisation des moins qualifiés
	Augmentation du Revenu Formation ou Education	Mauvaises conditions de vie et de travail Travail de niveau inférieur, perte de qualifications	Baisse des prix des biens et des services locaux	Baisse des salaires Ecoles surpeuplées
	Découverte de nouvelles cultures	Racisme, discrimination	Enrichissement de la vie culturelle	Difficultés d'adaptation à des langues et des coutumes différentes
	Nouvelles rencontres	Séparation de la famille, conséquences négatives pour les enfants	Découverte d'autres pays	
Pour les Entreprises	Qualifications acquises par les Migrants de retour dans leur pays	Perte de main-d'œuvre qualifiée	Main-d'œuvre moins coûteuse	Main-d'œuvre moins stable
	Activité lucrative Pour l'industrie du recrutement	Pénuries de main-d'œuvre tirant les salaires vers le haut	Diversification de la main-d'œuvre	Dépendance vis-à-vis de la main-d'œuvre étrangère pour certains travaux
	Supplément d'activité pour les entreprises de communication et les agences de voyage		Elargissement des marchés et économies d'échelle	
Pour le pays dans son ensemble	Réduction de la pression démographique	Exode de citoyens jeunes	Rajeunissement de la population	Frictions sociales
	Baisse du chômage	Gestion des retours soudains	Croissance de la main-d'œuvre, baisse de l'inflation	Retard dans la modernisation des technologies
	Envois de fonds En devises	Réduction du potentiel, manque à gagner en production et recettes fiscales	Accroissement du PIB, capitaux apportés par les investisseurs immigrants	Accentuation des inégalités de revenu

Connaissances et compétences des émigrés revenus dans leur pays	Exode des cerveaux et perte de travailleurs qualifiés, réduction de la recherche-développement	Importation de cerveaux	Coût des programmes d'intégration
Création de communautés transnationales	Déstructuration de la société et culture de l'émigration Accroissement des Inégalités	Diversification de la population, dynamisme géographique Recettes fiscales provenant de travailleurs jeunes	Accentuation de la stratification sociale, ghettos Coût des services sociaux et des prestations de sécurité sociale

Création de communautés transnationales
Accentuation de la stratification sociale, ghettos

Déstructuration de la société et culture de l'émigration

Accroissement des Inégalités
Coût des services sociaux et des

Diversification de la population, dynamisme géographique

Recettes fiscales provenant de

travailleurs jeunes
prestations de sécurité sociale

Annexe n°3 : Emplois fermés en France

Source : Rapport AN n° 2594, 9 juin 2010

<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2594.asp>, consulté le 4 novembre 2013

TABLEAU RÉCAPITULATIF DES CONDITIONS DE NATIONALITÉ POUR EXERCER, EN 2010, CERTAINES PROFESSIONS PRIVÉES

Professions	Condition de nationalité française	Condition de nationalité française ou de l'EEE	Condition de réciprocité	Bases juridiques de la condition de nationalité
Professions de santé				
Médecins		X (si pas de diplôme français)	X	Art. L. 4111-1 du code de la santé publique
Chirurgiens-dentistes		X (si pas de diplôme français)		Art. L. 4111-1 du code de la santé publique
Sages-femmes		X (si pas de diplôme français)		Art. L. 4111-1 du code de la santé publique
Biologistes médicaux		X		Art. L. 6213-1 à L. 6213-6 du code de la santé publique
Pharmaciens		X (si pas de diplôme français)	X	Art. L. 4221-1 du code de la santé publique
Vétérinaires		X		Art. L. 241-1 du code rural
Professions judiciaires et juridiques				
Avocats		X	X	Art. 11 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques
Avoués près les cours d'appel		X		Art. 4-1 du décret n° 45-118 du 19 décembre 1945 pris pour l'application du statut des avoués
Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation		X		Art. 1 ^{er} du décret n° 91-1125 du 28 octobre 1991 relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
Notaires	X			Art. 3 du décret 73-609 du 5 juillet 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire
Huissiers de justice	X			Art. 1 ^{er} du décret n° 75-770 du 14 août 1975 relatif aux

				conditions d'accès à la profession d'huissier de justice
Greffiers de tribunal de commerce	X			Art. R. 742-1 du code de commerce
Administrateurs et mandataires judiciaires		X		Art. L. 811-5 et L. 812-3 du code de commerce
Commissaires-priseurs		X		Art. R. 321-18 du code de commerce
Professions comptables, financières et d'intermédiaires				
Experts comptables		X	X	Art. 3 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts comptables et réglementant la profession
Commissaires aux comptes		X	X	Art. L. 822-1-1 du code de commerce
Courtiers de marchandises assermentés		X		Art. 2 du décret n° 64-399 du 29 avril 1964 portant codification et modification des dispositions concernant les courtiers de marchandises assermentés
Commissaires en douanes agréés		X	X	Art. 5 de l'arrêté du 22 décembre 1998 relatif aux personnes habilitées à déclarer les marchandises en détail et à l'exercice de la profession de commissionnaire en douane
Transport				
Capitaines de navires français et suppléants + quota de l'équipage		X		Art. 3 du code du travail maritime
Personnel navigant professionnel	X (+ UE si réciprocité)			Art. L. 421-4 et L. 421-5 du code de l'aviation civile Toutefois, autorisations d'exercice temporaire permises pour les étrangers, sur décision ministérielle (Art. L. 421-8 du code de l'aviation civile)
Métiers de l'urbanisme				
Architectes		X	X	Art. 10 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture
Géomètres-experts		X		Art. 3 de la loi n° 46-942 du 7 mai 1946 instituant l'ordre des géomètres-experts
Tourisme et loisirs				
Guides-interprètes de tourisme et conférenciers nationaux		X		Art. R. 221-15, R. 221-16 et R. 221-17 du code du tourisme
Directeurs, membres du		X		Art. 3 de la loi du 15 juin 1907 relative aux casinos

comité de direction et personnel des cercles et casinos				
Enseignement privé				
Directeurs et enseignants d'établissements d'enseignement maternel ou élémentaire privé		X		Art. L. 914-4 du code de l'éducation
Directeurs et enseignants d'établissements d'enseignement technique privé		X		Art. L. 914-5 du code de l'éducation
Sécurité				
Dirigeants ou collaborateurs indépendants d'une agence privée de recherches		X		Art. 20 et 22 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité
Dirigeants ou gérants d'une entreprise de surveillance, de gardiennage ou de transport de fonds		X		Art. 5 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité
Associés et gérants de sociétés de fabrication d'armes ou de matériels de guerre ou propriétaires d'entreprises individuelle à même activité		X		Art. 9 du décret n° 95-589 du 6 mai 1995 relatif à l'application du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions
Lieutenants de louveterie	X			Art. R. 427-3 du code de l'environnement
Agents de l'office national de la chasse exerçant des missions de police	X			Art. 11 du décret n°98-1262 du 29 décembre 1998 portant statut des personnels de l'Office national de la chasse
Activités commerciales spécialisées				
Débitants de tabac		X		Art. 1 ^{er} du décret n° 2007-906 du 15 mai 2007 relatif à l'attribution de la gérance et au transfert de débits de tabac
Débitants de boissons		X	X	Art. L. 3332-3 du code de la santé publique
Dirigeants d'une régie, entreprise, association ou d'un établissement de		X		Art. L. 2223-24 du code général des collectivités territoriales

service extérieur de pompes funèbres				
Concessions de services				
Concessionnaires d'énergie hydraulique	X			Art. 26 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique
Métiers de la communication				
Membres du comité de rédaction d'une édition de publications destinées à la jeunesse	X			Art. 4 de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse
Directeurs d'une société coopérative de messagerie de presse	X			Art. 11 de la loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques
Divers				
Conseiller du travail	X			Art. 4 du décret n° 2656 du 9 novembre 1946 relatif aux cadres sociaux du travail

TABLEAU RÉCAPITULATIF DES CONDITIONS DE NATIONALITÉ POUR EXERCER, EN 2010, CERTAINES FONCTIONS PUBLIQUES OU PROFESSIONS DANS LE SECTEUR PUBLIC

Fonctions publiques ou entités de rattachement	Conditions exigées	Bases juridiques
Fonction publique statutaire (État, hôpitaux, collectivités territoriales)	Nationalité française + Ouverture aux ressortissants de l'EEE des corps et emplois non régaliens définis par décrets + Ouverture à tous les étrangers des emplois non statutaires (sous certaines conditions CE avis n° 310715 du 17 mai 1973) et des corps d'enseignants chercheurs de l'enseignement supérieur, des établissements d'enseignement supérieur d'architecture, et les corps de fonctionnaires du CNRS, de l'INSERM, de l'INRA	Art. 5, 5 <i>bis</i> et 5 <i>ter</i> de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires Art. L. 952-6 et L. 962-1 du code de l'éducation Art. 22 du décret n° 84-1185 du 27 décembre 1984 relatif aux statuts particuliers des corps de fonctionnaires du CNRS Art. 23 du décret n° 84-1206 du 28 décembre 1984 relatif aux statuts particuliers des corps de fonctionnaires de l'INSERM Art. 29 du décret n° 84-1207 du 28 décembre 1984 relatif au statut particulier des corps de fonctionnaires de l'INRA
Adjoints de sécurité	Nationalité française	Art. 4 du décret n°2000-800 du 24 août 2000 relatif aux

		adjoints de sécurité recrutés en application de l'article 36 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995
Assistants de justice	Nationalité française ou de l'EEE	Art. 2 du décret n°96-513 du 7 juin 1996 relatif aux assistants de justice Art. R. 227-2 du code de justice administrative
Établissements publics de l'État	Nationalité française ou de l'EEE, selon chaque statut particulier	Art. 5 et 5 <i>bis</i> de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires
Offices d'intervention dans le domaine agricole et établissements publics relevant du ministère de l'agriculture	Nationalité d'un des États membres de l'Union européenne	Art. 13 du décret n°83-1267 du 30 décembre 1983 portant statut du personnel des offices créés au titre de l'article 1 ^{er} de la loi n° 82-847 du 6 octobre 1982
France Télécom, La Poste	Nationalité française ou d'un État de l'EEE pour les fonctionnaires + Ouverture des emplois de non statutaires à tous les étrangers	Art. 29 et suivants de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom
Commissariat à l'énergie atomique	Nationalité française, sous réserve de dérogations individuelles	Convention de travail du 19 mai 1982
Air France-KLM	Nationalité française pour le personnel navigant et les commandants de bord, sauf réciprocité pour les ressortissants de l'EEE Ouverture à tous les étrangers pour les autres emplois	Art. L. 421-4 et L. 421-5 du code de l'aviation civile Conventions d'entreprise en vigueur depuis le 6 mai 2006
SNCF	Nationalité française ou d'un État de l'Union européenne pour les personnels sous statut Emploi d'étrangers hors statut, en qualité de stagiaires ou de contractuels (dénommés « PS-25 » ou « DRH 0254 »), parfois sur le fondement de convention bilatérales passées avec les sociétés de chemins de fer de pays étrangers	

Annexe n°4 : Coût approximatif du rapatriement de fonds de 200 dollars E.-U. (% du capital)

Source : OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008*, p. 366, tableau 12.2

Hawala	Principaux OTA1	Banques	Autres OTA	
Belgique au Nigeria ²	12	6	9,8	—
Belgique au Sénégal ²	10	—	6,4	—
RAS de Hong Kong aux Philippines	4,5	—	—	—
Nouvelle-Zélande aux Tonga (300 dollars E.-U.)	12	3	8,8	—
Russie en Ukraine	4	3	2,5	1 à 2
Afrique du Sud au Mozambique	—	1	—	—
Arabie saoudite au Pakistan	3,6	0,4	—	—
Emirats arabes unis en Inde	5,5	5,2	2,3	1 à 2
Royaume-Uni en Inde	11	6	—	—
Royaume-Uni aux Philippines	—	0,4 à 0,5	—	—
Etats-Unis d'Amérique en Colombie	—	17	10	—
Etats-Unis d'Amérique au Mexique	5	3	4,7	—
Etats-Unis d'Amérique aux Philippines	1,2 à 2,0	0,4 à 1,8	—	—

Notes : Ces chiffres ne tiennent pas compte de la commission de change.

¹ Opérateurs de transfert d'argent.

² Etude de la Banque mondiale sur les diasporas africaines en Belgique.

— Données non disponibles.

Source : *Adapté de Banque mondiale (2006 : Tableau 6.1, p. 137).*

Annexe n°5 : Contrôle et inspection du travail

Source : CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, Sixième question à l'ordre du jour, rapport VI, 92^e session, Genève BIT, pp. 170-171.

Tableau 6. Moyens utilisés par les Etats Membres pour contrôler les conditions d'emploi des travailleurs migrants

Q.28 : Votre gouvernement contrôle-t-il les conditions d'emploi des travailleurs migrants? Dans l'affirmative, veuillez indiquer par quels moyens?

	Oui	Non	Pas de réponse
A Inspection générale du travail	77	2	11
B Rapports de l'autorité compétente chargée des questions concernant les travailleurs migrants	57	9	24
C Plaintes déposées par les travailleurs eux-mêmes	69	6	15
D Rapports de l'administration locale	56	13	21
E Rapports des syndicats et autres organisations de travailleurs	59	13	18
F Rapports des employeurs ou de leurs organisations	57	13	20
G Médias	55	15	20
H Rapports d'ONG	51	16	23

Tableau 7. Des procédures spéciales de contrôle des travailleurs migrants visent à déterminer la situation des travailleurs migrants en ce qui concerne:

Q.29B : Veuillez indiquer si ces procédures servent à déterminer si la situation des travailleurs migrants est conforme aux normes nationales du travail suivantes.

	Oui	Non	Pas de réponse
a) Non-discrimination	58	5	27
b) Age minimum d'accès à l'emploi	60	4	26
c) Protection contre le harcèlement et les violences de nature physique/sexuelle	56	7	27
d) Rémunération conforme aux normes relatives au salaire minimum	62	3	25
e) Versement des salaires conformément au contrat	58	4	28
f) Interdiction de déduire des salaires plus que ce qui est autorisé par la législation	57	5	28
g) Droit à des périodes et jours de repos	61	2	27
h) Droit à un logement adéquat	42	18	30
i) Droit à des conditions de travail sans danger pour la santé et la sécurité	62	2	26
j) Absence de discrimination entre hommes et femmes	55	7	28

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- P. BARRON *et al.*, *On bosse ici, on reste ici ! La grève des sans-papiers : une aventure inédite*. Paris, La Découverte, 304 p.
- T. BARSAC, *La Cour africaine de Justice et des droits de l'homme*, Perspectives internationales n°32, Paris, Pedone, 2012, 132 p.
- A. BASTENNIER et F. DASSETTO, *Immigration et espace public. La controverse de l'intégration*, Paris, L'Harmattan, 1993, 318 p.
- M. BIDAULT, *Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Analyse d'une dynamique institutionnelle*, Perspectives internationales n°12, Paris, Montchrestien, 1997, 230 p.
- N. BOBBIO, *De la structure à la fonction : nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012, 186 p.
- E. BORCHARD, *The Diplomatic protection of Citizens Abroad*, New York, The Banks Law, 1915, 987 p.
- F. BOVENKERK, *The Sociology of Return Migration: a Bibliographic Essay*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1974, 67 p.
- P. BREAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, coll. « Bibliothèque de droit public », t. LXXVI, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, 476 p.
- L. BURGORGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 995 p.
- C. CALVO, *Le droit international*, Paris, Marcel Rivière, 1885, 5e ed. vol. VI, 231 p.
- D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2013, 5^e édition, 802 p.
- C. – A. CHASSIN (dir.), *Les migrations contraintes*, Actes du Colloque de Caen du 7 décembre 2012, Caen, Institut international des droits de l'homme et de la paix, 2014, 195 p.
- V. CHETAIL, *Code de droit international des migrations*, Codes en poche, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1743 p.
- H. CISSE, *La protection des droits humains fondamentaux des migrants ouest africains. Les recours possibles aux mécanismes africains*, Dakar/Genève, OSIWA/MRI2010, 2010, 43 p.
- J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1999, 4^e édition, 801 p.
- J.-P. COT *et al.*, *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, 2263 p.
- P. DAILLIER *et al.*, *Droit international public*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, 8^e édition, 1709 p.

- C. DEGRYSE, *Dictionnaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, 4^e édition, 1149 p.
- R.-P. DESSE et H. DUPUY, *Mercosur : vers la « grande Amérique latine » ?*, Ellipses, coll. Transversale Débats, Paris, 2008, 205 p.
- L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'UE*, Domat droit public, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2009, 5^e édition, 752 p.
- J. DURAND, *Migrations mexicaines aux Etats-Unis*, Paris, CNRS Editions, 1996, 211 p.
- A. FENET (dir.), *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Objectif Droit, Paris, Litec, 2006, 396 p.
- C. FENWICK, *Cases on International law*, Chicago, Callaghan and company, 1951, 895 p.
- R. GALLISSOT *et al.*, *Ces migrants qui font le prolétariat*, Réponses sociologiques, Paris, Méridiens Klincksieck et Cie, 1994, 257 p.
- G. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons between states*, Oxford, Clarendon Press, 1978, 324 p.
- F. HAYEK, *Droit législation et liberté : le mirage de la justice sociale*, coll. Quadrige, t. 2, Paris, PUF, 1995, 240 p.
- L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, le Protocole international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant, 2007, 582 p.
- S. HENNION *et al.*, *Droit social européen et international*, Paris, PUF, 2010, 470 p.
- C. M. HERRERA, *Les droits sociaux*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 2009, 127 p.
- S. HESSEL, *Danse avec le siècle – Souvenirs*, Paris, Editions du Seuil, 1997, Editions Points 2011, 312 p.
- G. JELLINEK, *System der öffentlichen Rechte*, Tubigen, Scientia Verlag Aalen, 1892, 2^e édition 1905, 2^e impression de la deuxième édition en 1979, 366 p.
- P. C. JESSUP, *A Modern Law of Nations*, New York, The McMillan Co., 1958, 236 p.
- S. JOSEPH *et al.*, *Quel recours pour les victimes de la torture. Guide sur les mécanismes de communications individuelles des organes de traités des Nations unies*, Genève, Organisation mondiale contre la torture, 2006, 509 p.
- L. JUSTET, *L'inspection du travail, une expérience du droit*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, 220 p.
- E. KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Rosny-sous-Bois, Bréal, 2002, 128 p.
- H. KELSEN, *Principles of international Law*, New Jersey, Clark, Lawbook Exchange, 2003, 461 p.
- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. française de la 2^e éd. par Ch. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1999, 367 p.
- C. LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, Paris, PUF, 2009, 338 p.
- H. LAUTERPACHT, *An International Bill of the Rights of Man*, New York, Columbia University Press, 1945, 230 p.

- H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in International Community*, Oxford, Oxford University Press, 1933, 528 p.
- I. LESPINET-MORET et V. VIET, *L'Organisation internationale du travail : origine, développement, avenir*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011, 212 p.
- R.B. LILLICH, *The Human Rights of Aliens in Contemporary international Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984, 177 p.
- A. MAALOUF, *Le dérèglement du Monde*, Paris, Editions Grasset, 2009, 320 p.
- E. MACDONALD et R. CHOLEWINSKY, *The Migrant workers Convention in Europe. Obstacles to the Ratification of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families: EU/EEA Perspectives*, Paris, Unesco Migration Studies, 2007, 96 p.
- L. MARMORA, *Las políticas de migraciones internacionales*, Buenos Aires, Organización Internacional para las Migraciones, Editorial Paidós SAICF, 2002, 443 p.
- A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Paris, Montchrestien, 5^{ème} édition, 2006, 635 p.
- M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006, 461 p.
- M. MUBIALA, *Le système régional africain de protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Organisation internationale et relations internationales, 2005, 299 p.
- D. P. O'CONNELL *et al.*, *International Law*, London, Stevens & Sons, 1970, Vol. II, 1309 p.
- L. OPPENHEIM, *International Law*, London, Longmans, 1955, Vol. I, 1072 p.
- C. PHILIP, *Normes internationales du travail : Universalisme ou régionalisme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 316 p.
- R. PLENDER, *International migration law*, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1998, second edition, 587 p.
- A.H. ROTH, *The Minimum Standard of International Law applied to Aliens*, Leiden, A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, 1949, 194 p.
- D. ROUGET, *Le guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Dijon, La pensée sauvage, 2000, 381 p.
- J.-L. SAURON, *Comprendre le traité de Lisbonne*, Paris, Gualino éditeur, 2008, 351 p.
- O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 967 p.
- J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 2^e éd., 369 p.
- J. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, Paris, LGDJ, 2004, 333 p.
- I. A. SHEARER, *Extradition in international law*, Manchester, University Press, 1971, 283 p.
- F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2012, 11^e édition, 935 p.

- C. TEITGEN-COLLY (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, 60 ans et après ?*, Paris, LGDJ / Lextenso éditions, 2013, 212 p.
- B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, Paris, Lexis-Nexis, 5e édition, 2013, 517 p.
- A. VANDERPOL, *La doctrine scolastique du droit de la guerre*, Paris, Pedone 1919, 534 p.
- S. VAN RAEPENBUSCH, *Les recours des particuliers devant le juge de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 111 p.
- E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, J. P. Aillaud, 1830, 451 p.
- K. VASAK, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1968, 262 p.
- C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1955, 495 p.
- F. DE VITORIA, *De Indis et de Jure Belli*, Réflexions, Traduction française dans A. VANDERPOL, *La doctrine scolastique du droit de la guerre*, Paris, Pedone 1919, 534 p.

THESES

- Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, 338 p.
- C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral. Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Paris/Clermont-Ferrand, LGDJ/Fondation Varenne, 2011, 819 p.
- M. MAUDET-BENDAHAN, *La mobilité géographique du travailleur salarié au sein de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2012, 479 p.
- S. SAROLEA, *Droits de l'Homme et migrations : de la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 718 p.
- G. TAPINOS, *L'économie des migrations internationales*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences politiques, 1974, 287 p.
- B. TAXIL, *L'individu, entre ordre interne et ordre international : recherches sur la personnalité juridique internationale*, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2005, 785 p.
- S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, 513 p.
- A. WEBER, *Les mécanismes non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2008, 412 p.

ARTICLES

- R. ABRAHAM, « La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le protocole n°11 à la Convention », *AFDI*, 1994, pp.619-632.

- Y. AGBETSE, « La convention sur les droits des travailleurs migrants : un nouvel instrument pour quelle protection ? », *Droits fondamentaux*, n° 4, janvier - décembre 2004, consultable sur : <http://www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df4yacdtm.pdf>.
- Y. AGBETSE, « Droits culturels et travailleurs migrants. Contribution à la réflexion sur la problématique de la réalisation effective des droits culturels dans le contexte de la migration internationale », *Observatoire des diversités et droits culturels*, consultable sur : <http://www.unifr.ch/iiedh/assets/files/DS/DS5-dc-travailleurs-migrants.pdf>.
- R. AGO, « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne », *RCADI*, 1971-III, t. 134, pp.297-331.
- J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La justiciabilité des droits sociaux et de la Charte sociale européenne n'est pas une utopie », in J.-F. AKANDJI-KOMBE (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.475-503.
- J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Droits économiques, sociaux et culturels », in J. ANDRIANTSIMBAZOVIVA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp.255-257.
- P. ALSTON, « “Core Labour Standards” and the Transformation of the International Labour Rights Regime », *EJIL*, vol. 15 n°3, 2004, pp.457-521.
- D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, pp.5-29 et 285-309.
- P. ALSTON et J. HEENAN, « Shrinking the International Labor Code: An Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work? » *NYUJ Int'l L. & Pol.* 221, 2004, pp.5-33.
- F. BARON, « Travailleurs. Discrimination à rebours, Application du droit communautaire par la Cour de cassation », *Europe*, novembre 2008, n°11, chron. 1.
- M. BELL, « Combating discrimination through collective complaints under the European social Charter », in O. DE SCHUTTER (coord.), *The European social Charter : a social constitution for Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.39-48.
- M. BENLOLO-CARABOT, « Le principe fondamental de non-discrimination », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.871-882.
- M. BENLOLO-CARABOT, « Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'union européenne. Entre instrumentalisation et « fondamentalisation » ? », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, pp.71-89.
- M. BENNOUNA, « La protection diplomatique : du standard minimum de traitement des étrangers aux droits de l'Homme », in A. CONSTANTINIDES, N. ZAIKOS (dir.), *The diversity of international law : essays in honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp.481-486.
- M. BEULAY, « L'évolution du droit international social », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.59-90.

- M. E. BLAS LÓPEZ, « Les droits sociaux en Espagne », *Revue internationale de droit comparé*, n°2, Société de la législation comparée, avril-juin 2011, pp.275-294.
- M. BONZOM, « syndicats et immigrés aux Etats-Unis », in GISTI, *Plein droit* n°89, juin 2011, pp.19-22.
- M. BOSSUYT, « Le Conseil des droits de l'homme : une réforme douteuse ? », *Droit du pouvoir, pouvoir du droit –Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, pp.1183-1192.
- I. BOUCOBZA et D. ROBITAILLE, « Standards jurisprudentiels et contrôle de l'obligation étatique en droit comparé : une géométrie variable », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, pp.286-307.
- P. BOUTRON et N. FERRE, « Une vie entre syndicat et immigrés », in GISTI, *Plein droit* n°89, juin 2011, pp.13-15.
- C. BRAKENHIELM et J. OBADIA « Sécurité et santé au travail », in J.M. THOUVENIN et A (dir.). TREBILCOK, *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.995-1023.
- J. BRIERLY, « The Draft Code of American International Law », 7 *BYIL* (1926) 14.
- R. BRILLAT, « Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale », in J.-F. AKANDJI KOMBE et S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.45-66.
- T. BROUDE, « The WTO/GATS Mode 4, International labour migration regimes and global justice », *International Law Forum*, Hebrew University of Jerusalem Law Faculty, Jerusalem, research paper n°7-07, 2007, pp.2-36.
- J. BURDA, « La justiciabilité des droits sociaux fondamentaux au travail », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, pp.249-266.
- L. CAFLISCH et A.A. CANÇADO TRINDADE, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, 2004, pp.5-62.
- G. CALVES « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Septièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 17, 28 et 29 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.47-53.
- A. A. CANCADO TRINDADE, « Le système inter-américain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIe siècle », *AFDI*, 2000, pp.548-577.
- A. A. CANÇADO TRINDADE, « Une ère d'avancées jurisprudentielles et institutionnelles : souvenirs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » in L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp.7-73.
- N. CARIAT, « La nationalité en droit de l'Union européenne : différences de traitement et protection », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, pp.426-442.

- J.-Y. CARLIER, « Non-discrimination et étrangers », *Cahiers du CeDIE*, n°2012/4, pp.1-20.
- P. CARRIERE « La liberté syndicale » in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T.2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.1024-1043.
- J.-P. CASSARINO, « Patterns of Circular Migration in the Euro-Mediterranean Area : Implications for Policy-Making », *CARIM Analytic and Synthetic Notes* n°29, 2008, pp.6-18.
- R. CASSIN, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des Droits de l'homme », *RCADI* 1951- II, t. 79, pp.241-364.
- A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1929-I, T. 26, pp.315-582.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Démocratie et citoyenneté face à l'administration », in G. GONZALEZ-PALACIOS *et al.*, *Démocratie et Etat de droit*, Paris, BNF, 2013, pp.91-106.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, pp.108-127.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, pp.11-26.
- C. A. CHASSIN, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux à travers le recours d'*amparo* constitutionnel en Espagne », *CRDF* n°1/2002, pp.34-45.
- V. CHETAIL, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états », in V. CHETAIL, *Mondialisation, migration et droits de l'Homme: le droit international en question, Cours de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève*, Bruxelles, Bruylant, Volume II, 2007, pp.13-132.
- R. CHIROUX, « Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales », in SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont –Ferrand, Paris, Pedone, 1979, pp.3-46.
- J. COHEN, « Intégration: théories, politiques et logiques d'Etat », in P. DEWITTE (dir.), *Immigration et intégration, l'état des savoirs*, Paris, Editions La Découverte, 1999, pp.32-41.
- G. COHEN-JONATHAN, « Conclusions », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – Les communications individuelles*, Montpellier, IEEDH, 1995, pp.170-186.
- M. COIFFARD, « La régulation des transferts de fonds de migrants, vers un régime international ? », *Économie Politique Internationale et nouvelles régulations de la mondialisation*, Colloque international, Université de Poitiers, Centre de Recherche sur l'Intégration Économique et Financière, Poitiers, 2009, pp.1-24.
- L. CONDORELLI, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », in J.-F. FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles Bruylant – Nemesis, Coll. Droit et Justice n°43, 2003, pp.3-28.
- P. DAILLIER, « Le droit de l'Union européenne en matière de droit du travail », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.1056-1084.

- O. DANIC, « Le principe de l'égalité de traitement », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.1553-1563.
- B. DELEMOTTE et P. ORIOL, « Le droit de vote des étrangers et idées reçues », *Revue du Service social d'aide aux émigrants*, mars 2007, n°241, pp.12-13.
- E. DECAUX, « De la promotion à la protection des droits de l'homme. Droit déclaratoire et droit programmatore », in SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp.81-119.
- E. DECAUX, « Droit des travailleurs migrants : un grand absent », *Revue du service social d'aide aux émigrants*, mars 2007, n°241, pp.22-23.
- J.-M. DENQUIN, « droits civils et politiques », in J. ANDRIANTSIMBAZOVIVA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp.251-254.
- J. DHOMMEAUX, « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », *AFDI*, 1995, pp. 447-468.
- C. DOMINICE, « Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt *LaGrand* », *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI – Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp.232-242.
- D. J. DRISCOLL, « La place grandissante des Droits de l'homme dans le droit international », in W. LAQUEUR et B. RUBIN, *Anthologie des droits de l'homme*, Paris, Jouve, 2002, pp.56-76.
- B. DUHAIME, « Vers une Amérique plus égalitaire ? L'interdiction de la discrimination et le système américain de protection des droits de la personne », in L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp.151-182.
- J. DUMAS, « La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *RCADI* 1931-II, Tome 36, pp.187-261.
- I. DUPLEISSIS, « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international (Hors-série)*, 2007, pp.245-268.
- I. DUPLEISSIS, « La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail : une nouvelle forme de régulation efficace ? », *Relations industrielles / Industrial Relations*, vol. 59, n° 1, 2004, p.52-72.
- L. E. ECHEBARRÍA et A. ESTEVADEORDA, « Alianza del Pacifico: un nuevo motor de integración regional », *Alianza del Pacifico : en el proceso de integración latinoamericana*, Santiago de Chile, Cieplan, 2014, pp.27-42.
- N. ELKIN et M. SU THOMAS, « Le droit au travail », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.913-936.
- M. EUDES, « De la Commission au Conseil des droits de l'homme : vraie réforme ou faux-semblant ? », *AFDI*, 2006-LII, pp.599-616.
- M. FABRE-MAGNAN, « Dignité humaine », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, pp.226-230.

- I. FASSASSI, « L'examen périodique universel devant le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies », *RTDH*, 2009, vol. 79, pp.739-761.
- I. FALL « De la liberté de circulation et d'établissement dans les communautés de l'Afrique de l'Ouest », *Rev. jur et pol. indep. et coop.*, 1980, vol. 34, pp.92-100.
- L. FARET, « Dynamiques transnationales et développement au Mexique : les enjeux de la migration internationale », *Hérodote* n° 123, Editions la Découverte, 2006/4, pp.182-198
- C. FERCOT, « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, pp.215-232.
- L. FERRY, et A. RENAUT, « Droits-libertés et droits-créance, Raymond Aron critique de Friedrich-A. Hayek », *Droits*, 1985, n°2, p.75-84.
- J.-F. FLAUSS, « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique ? », in J.-F. FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles Bruylant – Nemesis, Coll. Droit et Justice n°43, 2003, pp.29-61.
- M. FLORY, « Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers », in SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont –Ferrand, Editions E. Paris, Pedone, 1979, pp.175-209.
- G. FONTENEAU, « La Charte sociale vue par un acteur social : la Confédération européenne des syndicats (CES) », in J.-F. AKANDJI KOMBE et S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.93-102.
- O. DE FROUVILLE, « Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République De Guinée C. République Démocratique du Congo). Exceptions Préliminaires : Le Roman Inachevé de la Protection diplomatique », *AFDI*, Paris, CNRS Editions, 2007, pp.291-327.
- J.-P. GARSON et C. THOREAU, « Typologie et analyse de l'intégration », in P. DEWITTE (dir.), *Immigration et intégration, l'état des savoirs*, Paris, Editions La Découverte, 1999, pp.25-30.
- S. GERVASONI, « Principe d'égalité et principe de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Septièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 17, 28 et 29 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.91-107.
- H. GOLSONG, « La convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant », in SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont –Ferrand, Paris, Pedone, 1979, pp.226-251
- P. GONZALEZ, « Citoyenneté des étrangers (Argentine – Espagne) », in *Migrant.e.s. latino-américain.e.s dans la mondialisation – Transformations du monde du travail, des rapports sociaux, de sexe et nouveaux mouvements sociaux*, Journée d'études, Mardi 26 avril 2011, URMIS, Maison de l'Amérique latine.
- M. T. GONZALEZ SANTOS, « L'évolution politico-administrative des politiques d'immigration en Espagne dans le contexte de l'UE », *Acteurs administratifs et professionnels des migrations : articuler les dynamiques nationales, européennes et internationales*, Sciences Po, Colloque des 6 et 7 juin 2011.

- R. DE GOUTTES, « L'approche universaliste des discriminations raciales », in J.-F. AKANDJI-KOMBE (dir.), *L'homme dans la société internationale, Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.635-644.
- R. DE GOUTTES, « Le principe de non-discrimination dans la Convention des Nations-Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Septièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 17, 28 et 29 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.55-63.
- R. DE GOUTTES, « Les « doubles discriminations » ou les cumuls de discriminations dans l'accès aux droits de l'homme : l'approche du problème par les Nations Unies », in E. DECAUX et A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp.103-112.
- R. DE GOUTTES, « Le rôle du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale », *RTDH*, 2001, pp.567-584.
- E. GRAVEL, « Les mécanismes de contrôle de l'OIT : bilan de leur efficacité et perspectives d'avenir », J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.3-9.
- S. GROSBON, « Les ruptures du droit international », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, pp.45-70.
- P. DE GUCHTENEIRE, « La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants », *La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants : enjeux et perspectives, Revue Homme & Migrations*, n°1271, janvier-février 2008, Paris, Cité nationale de l'histoire de l'immigration, pp.6-19.
- E. GUEMATCHA, « La justiciabilité des droits sociaux en Afrique : L'exemple de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, pp.128-145.
- P. DE GUCHTENEIRE et A. PECOUD, « Les obstacles à la ratification de la Convention des Nations Unies sur la protection des droits des travailleurs migrants », *Droit et société : revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 2010, vol. 75, pp. 431-451.
- S.N. GUHA ROY, « Is the Law of Responsibility of States for injuries to Aliens a Part of Universal International Law? », *AJIL*, 1961, pp.863-891.
- J. S. HAINFURTHER, « A Rights-Based Approach: Using CEDAW to Protect the Human Rights of Migrant Workers », *American University International Law Review* 2009, volume 24 n° 5, pp.843-895.
- M. HANSENNE, « L'OIT et la mondialisation de l'économie », in P. DELNOY (dir.), *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp.937-947.
- L. HENNEBEL, « L'«humanisation» du droit international des droits de l'homme. Commentaire sur l'avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants », *RTDH* 59/2004, pp.747-756.
- J. R. HERNANDEZ PULIDO, « Normas internacionales del trabajo y trabajo decente: El impacto de las normas internacionales del trabajo sobre el desarrollo económico y social

sostenible, in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.335-353.

- HERREN-OESCHT, « La formation d'une politique internationale du travail avant la Première Guerre mondiale », in J. LUCIANI (dir.), *Histoire de l'Office du travail*, Paris, Syros, 1992, pp.409-425.

- N. HERVIEU, « La cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *Rev. de Dr. Du Trav.*, mai 2009, pp.288-294.

- M. HUMBLET, « Les conditions générales de travail », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.936-995.

- G. HUGO, « Circular Migration and Development : An Asia-Pacific Perspective », in O. HOFIREK, R. KLVANOVA, AND M. NEKORJAK (eds.), *Boundaries in Motion: Rethinking Contemporary Migration Events*, Centre for the Study of Democracy and Culture (CDK), 2009, pp. 190–265.

- G. HUGO, « New Conceptual Approaches to Migration in the Context of Urbanization : A Discussion Based on Indonesian Experience », in P.A. MORRISON (ed.), *Population Movements : Their Forms and Functions in Urbanization and Development*, Ordina Editions, Liège, 1983, pp. 69-114

- J. IRAZAMY Y PUENTE, « Exclusion and expulsion of Aliens in Latin America », 36 *AJIL* (1926) 14, 23.

- I. AWAD, « Les travailleurs migrants », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1316-1341.

- J.-C. JAVILLIER, « Libres propos sur la «part» du droit dans l'action de l'Organisation internationale du Travail », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.659-685.

- F. JULIEN-LAFERRIERE, « Réflexions partielles sur l'apport de la cour européenne des droits de l'homme à la garantie de quelques droits des étrangers », in J.-F. AKANDJI-KOMBE (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.755-779.

- F. JULIEN-LAFERRIERE, « Etrangers (droits des -) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, pp.319-324.

- M. KHELLIL, « L'émigration algérienne en France au XXe siècle. Un exil planifié », *Hommes & Migrations – Algérie-France, une communauté de destins*, n°1295, janv.-fév. 2012, pp.12-25.

- S. KILIC, « Le processus en Belgique », *Revue du Service social d'aide aux émigrants*, mars 2007, n°241, p.14.

- A.-C. KISS, « La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme » in *Mélanges en l'honneur de Ganshof van der Meersch*, T.1, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp.499-511.

- T. KOHIYAMA et M. M. TRAVIESO « Une révolution de velours dans l'ordre juridique international en matière de droits fondamentaux des travailleurs », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.121-157.
- C. LA HOVARY, « Les droits fondamentaux au travail », in J.-M. THOUVENIN et A. TREBILCOCK (dir.), *Droit international social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, T. 2, pp.884-902.
- P. LASCOUMES « Conclusion : l'effectivité, indicateur de la place du droit dans les rapports sociaux », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D.LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Paris, PU de Paris X, 2008, pp.263-266.
- J.-P. LAVIEC, « Le développement du droit international social », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOCK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.45-58.
- C. LEBEN, « Le droit international et les migrations de travailleurs », in SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont –Ferrand, Paris, Pedone, 1979, pp.47-106.
- L. LEBOEUF, « Le non-refoulement face aux atteintes aux droits économiques, sociaux et culturels. Quelle protection pour le migrant de survie ? », *Cahiers du CeDIE* n° 2012/08, Université catholique de Louvain, pp.5-42.
- S. LECLERC, « Les restrictions et limitations à l'application de la Charte sociale », in J.-F. AKANDJI JOMBE et S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.67-91.
- Y. LEROY, « La discrimination indirecte en droit du travail : un mécanisme réversible », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Septièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 17, 28 et 29 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.533-546.
- C. LESSELIER et E. OLLAGNIER, « La condition des femmes migrantes face aux politiques d'immigration et d'asile en Europe », in M. C. CALOZ-TSCHOPP et P. DASEN (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme, un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp.223-255.
- R.-B. LILLICH, « Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens », *RCADI*, 1978-III, vol. 161, pp.339-443.
- R. B. LILLICH, « The problem of the applicability of existing international provisions for the protection of human rights to individuals who are not citizens of the country in which they live », *AJIL*, 1976, vol. 70 n°3, pp.507-510.
- R. LOBO TORRES, « O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais », *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, jul.-set. 1989, pp.29-49
- D. LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », in B. BADIE et M. SADOVIN, *L'Autre, Etudes réunies pour A. GROSSER*, Paris, Presses de la Fondation Nationale de Sciences politiques, 1996, pp.179-199.
- D. LOCHAK, « Observations pour un infra-droit », *Droit social*, numéro spécial sur les travailleurs immigrés, mai 1976, pp.43-49.
- M. LÔ DIATTA, « L'évolution des accords bilatéraux sur les travailleurs migrants », *Journal du droit international*, 2008, volume 135, issue 1, pp.101-131.

- J. M. LOPEZ-PATRON, « Los derechos laborales en el sistema interamericano de protección de derechos humanos: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales », *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* n°12 Bogotá Jan./June 2008, pp.183-216.
- A. M. LOPEZ SALA, « Inmigración, Ciudadanía y Derechos Liberales », *España y las Inmigraciones internacionales en el cambio de siglo*, Madrid, 2000, pp.1-20.
- P. LYON-CAEN, « La juridiction prud'homale et l'article 6-1 de la CEDH », *RJS*, Déc. 2003, pp.936-941.
- A. LYON-CAEN, « La condition sociale des travailleurs étrangers et le droit international privé », in SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont – Ferrand, Paris, Pedone, 1979, pp.277-299.
- M.S. McDOUGAL *et al.*, « The protection of Aliens from discrimination and World public order : Responsibility of States conjoined with human rights », *AJIL*, 1976, vol. 70, n°3, pp.432-469.
- V. MARLEAU « Réflexion sur l'idée d'un droit international coutumier du travail », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.363-409.
- J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, « le droit de gagner sa vie par le travail devant la cedh », *Recueil Dalloz* 2006, p.477 et s.
- K. MARKOV, « Le droit à la sécurité sociale », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.1460-1489.
- D. MARTIN, « La citoyenneté européenne : quelle plus-value pour quel national ? », in P. ICARD (dir.), *Une citoyenneté européenne dans tous ses « Etats »*, Dijon, Editions universitaires de Dijon, 2009, pp.21-38.
- F. MAUPAIN, « Persuasion et contrainte aux fins de la mise en œuvre des normes et objectifs de l'OIT », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.687-709.
- F. MAUPAIN, « La protection des travailleurs et la libéralisation du commerce international : un lien ou un frein ? », *RGDIP*, 1996, Tome 100, vol. n°1, pp.45-100.
- A. McNAIR, « The Functions and Differing Legal Character of Treaties » (1930) 11 *Brit. Y.B. Int'l L.* 100, pp. 111-127.
- P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVIVA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp.412-416.
- E. MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p.279.
- G. MORENO-FONTES CHAMMARTIN, « Working conditions of women migrant workers: ILO's strategy to improve their protection in an area of globalization », in M.C. CALOZ-TSCHOPP et P. DASEN, *Mondialisation, migration et droits de l'homme, un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, vol. II, Bruylant, 2007, pp.171-222.
- J. MORENO SANCHEZ, « Un défi pour l'Union européenne », *Revue du Service sociale d'aide aux immigrants*, mars 2007, n°241, pp.15-16.

- A. MORICE, « Sans-papiers : une difficile reconnaissance », in GISTI, *Plein droit* n°89, juin 2011, pp.5-8.
- A. MORICE et V. CARRERE, « Régularisations choisies », in GISTI, *Plein droit* n°89, juin 2011, pp.9-12.
- J. MOURGEON, « Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l’homme », *AFDI*, 1967, vol. 13, pp.326-363.
- D. NAKACHE et F. CREPEAU, « Le contrôle des migrations et l’intégration économique : entre ouverture et fermeture », in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l’Homme: le droit international en question*, Cours de l’Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, Bruxelles, Bruylant, Volume II, 2007, pp.189-238.
- M. A. NAMOUNTOUGOU, « La saisine du juge africain des droits de l’Homme », *RTDH*, 2011, n°86, pp.261-294.
- D.P. O’CONNELL, « Personal Jurisdiction : Aliens », *International Law*, vol. 2, London, Stevens & Sons, 1970, pp.751-815.
- A. ODERO et M.M. TRAVIESO, « Le Comité de la liberté syndicale (I): origines et genèse » et « Le Comité de la liberté syndicale (II): composition, procédure et fonctionnement », in J.C JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l’avenir, Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp. 159-194 et pp. 195-216.
- O. ODGERS, « Mexique et migrations », cours à l’IHEAL pour le Diplôme d’Etudes latino-américaines, La Sorbonne Nouvelle, fév.-mai 2010.
- L. OSO CASAS, « Migration, genre et rapports sociaux de sexe : le cas espagnol », in *Migrant(es) Latino-américain(es) dans la mondialisation*, Journée d’étude du 26 avril 2011, Maison de l’Amérique latine.
- J.-P. PANCRACIO « Charte sociale et droit international public », in J.-F. AKANDJI KOMBE et S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.179-194.
- C. PAPINOT, « Cour de Cassation, (1ère Chambre civile), 18 mai 2005, M. François X... c./ Madame Nicole Y..., épouse Z..., n° 02-20613 – effet direct de la convention internationale des droit de l’enfant », in A. PELLET (dir.), *Les grandes décisions françaises relatives au droit international*, à paraître.
- A. PELLET, « Le droit international à l’aube du XXIe siècle. La société internationale contemporaine – Permanences et tendances nouvelles », in J. CARDONA LLORENS (Dir.), *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, Pamplona, Aranzadi, Tome I, 1997, pp.19-112.
- C. PELLUCHON, « Sujet (Philosophie du – et des droits de l’homme) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVIVA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l’homme*, Paris, PUF, 2008, pp.722-724.
- R. PERRUCHOUD, « L’expulsion en masse d’étrangers », *AFDI*, 1988, pp.677-693.
- A. PEYRO LLOPIS, « Après Avena, l’exécution par les Etats-Unis de l’arrêt de la Cour internationale de Justice », *AFDI*, 2005, vol. 51, pp.140-161.

- A. PIZZORUSSO, « Les générations de droits », in C. GREWE et F. BENOIT-ROHMER, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, PUS, 2003, pp.927-940.
- R. PLANT, « Travail forcé, migration et traite des êtres humains », *Education ouvrière*, vol. 4, n° 129, 2002, pp.65-73.
- G. P. POLITAKIS, « Deconstructing flexibility in international labour Conventions », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.463-496.
- G. P. POLITAKIS et K. MARKOV, « Les recommandations internationales du travail: instruments mal exploités ou maillon faible du système normatif ? », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.497-525.
- N. POLITIS, « Le problème de la limitation de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, 1925-I, t. 6, pp. 5-117.
- G. RAIMONDI, « Réserves et conventions internationales du travail », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp. 527-539.
- G. RESS, « La protection des droits de l'homme et les acteurs internationaux », in SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1998, pp.298-302.
- J. RIOS RODRIGUEZ, « La lutte contre la traite et le trafic illicite de migrants, de la prévention des infractions à la protection des victimes », in C.-A. CHASSIN (dir.), *Les migrations contraintes*, Paris Pedone, 2014, pp.163-177.
- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, « La OIT y los trabajadores migrantes », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.541-564.
- D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat social », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, pp.1-40.
- D. ROMAN, « La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale : les droits sociaux au-delà des droits créances », in D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, pp.267-281.
- M. ROTA, « Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *CRDF* n°9, 2011, pp.160-175.
- H. RUIZ FABRI, « Les catégories de sujets du droit international », in SFDI, *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans de 1004, Paris, Pedone, 2005, pp.53-69.
- D. RUZIE, « Les droits publics et politiques des travailleurs étrangers », in SFDI, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont –Ferrand, Paris, Pedone, 1979, pp.325-366.

- C. SANTULLI, « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation. Eléments épars du statut international des sujets internes », in SFDI, *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans de 1004, Paris, Pedone, 2005, pp.83-96.
- O. DE SCHUTTER « Le rôle de la Charte sociale européenne dans le développement du droit de l'Union européenne », in O. DE SCHUTTER (coord.), *The European social Charter : a social constitution for Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.95-146.
- G. SCOFFONI *et al.*, « Droit constitutionnel étranger. L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte. Afrique du Sud », *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2006/1 (n° 65), pp.177-201.
- J-M. SERVAIS, « Egalité dans l'emploi ou droit à la différence? Un point de vue international », *Les Cahiers du droit*, 1992, pp.515-533.
- D.G. SIMMALA, « Nationalité et discrimination : la problématique de l'accès aux droits de l'homme », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, pp.337-358.
- S. SLAMA, « L'invocabilité directe des Droits économiques, sociaux et culturels en droit interne (à propos de Cass., soc., 16 décembre 2008, Eichenlaub c./Axia France) », Blog Combats pour les droits de l'homme (CPDH), 5 avril 2009, consulté le 24 avril 2014.
- J. DE SOTO, « L'individu comme sujet du droit des gens », *Mélanges Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, pp.687-716.
- A. SOUSSAN, « Les droits sociaux comme droits coutumiers ou droits fondamentaux? », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T.1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.167-202.
- D. SPENER, « Le coyotage et les barrières imposées à la mobilité humaine par les Etats nationaux. Le cas des Mexicains et des Centraméricains migrants vers les Etats-Unis », *Le Mexique dans les migrations internationale, Hommes & Migrations* n°1296, mars-avril 2012, pp.46-53.
- F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction »? », *RTDH* n°55/2003, pp.755-779.
- F. SUDRE, « la perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », *Pouvoir et Liberté, Mélanges offerts à J. Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.467-478.
- F. SUDRE, « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des Droits de l'homme des Nations Unies », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – Les communications individuelles*, Montpellier, IEEDH, 1995, pp.33-60.
- B. TAXIL, « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux en France et aux Etats-Unis », *RIDC*, 2007 vol. 59, pp.157-176
- I. TCHOTOURIAN, « Cadre européen du principe de non-discrimination dans les relations de travail : de la prise en compte législative à la « constitutionnalisation » », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Septièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 17, 28 et 29 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.509-532.

- G. TENEKIDES, « L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale », *RCADI*, 1980-III, t. 168, pp.285-484.
- C. THOMAS, M. OELZ, and X. BEAUDONNET, « The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.249-285.
- J.-M. THOUVENIN « Spécificité dans son élaboration au confluent de la volonté et de la viralité », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.92-106.
- F. TIBERGHEN, « Le droit de vote des étrangers aux élections locales », *Revue du Service social d'aide aux émigrants*, mars 2007, n° 241, pp.3-6.
- S. TOUZE, « La notion de nationalité en droit international, entre unité juridique et pluralité conceptuelle », in SFDI, *Droit international et nationalité*, colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, pp.11-37.
- A. TREBILCOCK, « Discrimination en matière d'emploi et de profession et promotion de l'égalité de traitement », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.1432-1458.
- A. TREBILCOCK, « Spécificités quant aux techniques de contrôle : à la recherche de nouveaux chemins », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.106-146.
- A. ÚBEDA DE TORRES, « CourIDH, Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou, 7 février 2006 : L'émergence d'une protection juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme », http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=223&id_rubrique=41, consulté le 20 mai 2014.
- N. VALTICOS et F. WOLF, « L'Organisation internationale du Travail et les pays en voie de développement: techniques d'élaboration et mise en œuvre de normes universelles », in SFDI, *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Paris, Pedone, 1974, pp.127-146.
- N. VALTICOS, « Droit international du travail et souverainetés étatiques », *Mélanges Fernand DEHOUSSE*, Bruxelles, Labor, vol. I, 1979, pp.123-132.
- T. VAN BOVEN, « Distinguishing Criteria of Human Rights », in K. VASAK et P. ALSTON (eds.), *The International dimension of Human Rights*, vol. 1, Westport, Greenwood Press, 1982, pp.43-59.
- C. VARGHA, « La négociation collective », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.1044-1056.
- L. VARLEZ, « Les migrations internationales et leur réglementation », *RCADI*, 1927-V, T. 20, pp.165-348.
- K. VASAK, « Le droit international des droits de l'homme », *RCADI*, 1974-IV, t.140, pp.343-413
- K. VASAK, « Les problèmes spécifiques de la mise en œuvre internationale des droits économiques et sociaux de l'homme », in Université Catholique de Louvain, *Vers une*

protection efficace des droits économiques et sociaux ? – Deuxième colloque du département de droits de l’homme, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp.11-34.

- M. L. VEGA RUIZ, « L’inspectorat du travail : la singularité de l’application du droit du travail », in J.M. THOUVENIN et A. TREBILCOK (dir.), *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.520-534.

- A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, 1931-III, T. 37, pp.327-409.

- J. VERHOEVEN, « La notion d’applicabilité directe du droit international », *RBDI*, 1980-2, pp.243-264.

- M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droit interne », in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp.488-505.

- M. VIRALLY « Cours général de droit international public », *RCADI* 1983-V, t. 183, pp.25-382.

- G. VON POTOBOSKY, « Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l’avenir, Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.287-305.

- B. VUKAS, « Some remarks concerning the Commissions of Inquiry established under the ILO Constitution », in J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l’avenir, Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp.75-79.

- P. WECKEL, « La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l’homme », *RGDIP*, 2009, vol. 3, pp.5-17

- P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », *RGDIP*, 1982, pp.5-47.

- L. WEIWEI, « Equality and Non-discrimination Under International Human Rights Law », Norwegian Center for Human Rights, Research Notes 03/2004, pp.1-28.

- J.M. YEPES, « Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique », *RCADI*, 1934-I, T. 47, pp.5-143.

- W. ZELINSKY, “The Hypothesis of the Mobility Transition”, *The Geographical Review*, LXI, 2, 1971, pp.219-249.

- H. ZLOTNIK, « The Global Dimension of Female Migration », *International migration report: 2002*, New York, United Nations, 2002, consultable sur: <http://www.migrationpolicy.org/article/global-dimensions-female-migration/>

DICTIONNAIRES - ENCYCLOPEDIES

- D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 p.

- J. ANDRIANTSIMBAZOVIVA *et al.*, *Dictionnaire des droits de l’homme*, Paris, PUF, 864 p.

- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^e édition, 2007, 986 p.
- R. GUILLIEN ET J. VINCENT (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 2003, 14^e édition, 619 p.
- O. NAY (dir.), *Lexique de science politique. Vie et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 2008, 576 p.
- J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001, 1198 p.
- C. WIHTOL DE WENDEN et M. BENOIT-GUYOD, *Atlas mondial des migrations : réguler ou réprimer...gouverner*, Éd. Autrement, Collection Atlas-monde, 79 p.

RAPPORTS

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

- Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Sensibilisation aux droits et organismes de promotion de l'égalité. Renforcement de l'architecture des droits de l'homme au sein de l'UE III*, données EU-MIDI S du rapport «Données en bref» n°3, Vienne, 2010, 13 p.

Banque mondiale

- D. RATHA *et al.*, *Revisions to Remittance Trends 2007*, Migration and Development Brief n° 5, 10 juillet, équipe Migration et envois de fonds, groupe Perspectives du développement, Washington D.C., Banque mondiale, 2008, 6 p.

Commission du Droit International

- CDI, *Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs*, 66^e session, 2014, A/69/10, pp. 1-55.
- CDI, *Sixième rapport sur l'expulsion des étrangers*, présenté par Maurice Kamto, rapporteur spécial, 62^e session, 2010, A/CN.4/625/Add.1, 49 p.
- CDI, *Troisième rapport sur l'expulsion des étrangers*, présenté par Maurice Kamto, 59^e session, 2007, A/CN.4/581, 46 p.
- CDI, *Projet d'articles sur la protection diplomatique*, 58^e session, 2006, A/61/10, pp. 22-103.
- CDI, *Rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers*, par Maurice Kamto rapporteur spécial, 2005, A/CN.4/554, Documents de la cinquante-septième session, pp. 201-217.
- CDI, *Projet d'article sur la Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, cinquante-sixième session, Supplément n° 10, 2001, A/56/10, pp. 388-404.

- CDI, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, par John R. Dugard, rapporteur spécial, 52^e session, 2000, A/CN.4/506, pp. 219-264.
- CDI, *Sixième rapport sur la responsabilité internationale de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens étrangers*, présenté par F. V. Garcia Amador rapporteur spécial, 13^e session, 1961, A/CN.4/134 et Add.1., pp. 1-56.

Centre des Nations Unies pour les droits de l'homme

- United Nations Center for Human Rights, *The rights of the Migrant workers*, Human Rights, World Campaign for the human rights, fact sheet n°24, Geneva, 2000, pp. 1-67.
- Centre des Nations Unies pour les droits de l'homme, *Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme*, New York, 1992, 147 p.

Comités des Nations Unies

- CAT, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, version avancée et non éditée, Observations finales du Comité contre la torture – France*, Quarante-quatrième session, 26 avril - 14 mai 2010 : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/files/2010/05/catcfraco4-6.1273865663.pdf>
- CAT, Observations finales sur la Suisse, 2005, UN doc. CAT/C.CR/34/CHE.
- CAT, *Observation générale n°2, Mesures internationales d'assistance technique (art. 22 du Pacte)*, 2004, HRI/GEN/1/Rev.7 à 13

- CDH, *Observation générale n° 31 sur l'article 2 du Pacte*, 2004, HRI/GEN/1/Rev.7.
- CDH, *Observation générale n°27, Liberté de circulation (article 12)*, 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.
- CDH, *Observation Générale n°24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, 1994, HRI\GEN\1\Rev.1.
- CDH, *Observation Générale n°20, Article 7 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)*, 1992, HRI/GEN/1/Rev.9.
- CDH, *Observation Générale n°18, Non-discrimination*, 1989, HRI/GEN/1/Rev.9.
- CDH, *Observation Générale n°15, Situation des étrangers au regard du Pacte*, 1986, HRI/GEN/1/Rev.9.

- CEDAW, *Recommandation générale n°26 concernant les travailleuses migrantes*, 2008, CEDAW/C/2009/WP.1/R.

- CEDR, *Recommandation générale n°30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants*, 2004 : [file:///C:/Users/Camille/Downloads/2004-10-01-cerd-rec-gen-30%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Camille/Downloads/2004-10-01-cerd-rec-gen-30%20(2).pdf).

- CDESC, *Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la République islamique d'Iran*, 2013, E/C.12/IRN/CO/2.
- CDESC, *Observation générale n° 20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, 2009, E/C.12/GC/20.
- CDESC, *Observation générale n° 19, Le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte)*, 2008, E/C.12/GC/19.
- CDESC, *Observation générale n°18, Article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 2005, E/C.12/GC/18.
- CDESC, *Observation générale n° 3, La nature des obligations des Etats parties*, 1990, HRI/GEN/1/Rev.7 (2004).
- CDESC, *Observation générale n°1, Rapports des Etats parties*, 1989, E/1989/22.

- CTM, *Observation générale n°1 sur les travailleurs domestiques migrants*, 2011, CMW/C/GC/1.
- CTM, *Observation Finales sur le Sénégal*, 3 décembre 2010, CMW/C/SEN/CO/1.

Conseil/Commission des droits de l'homme

- Conseil des droits de l'homme, *Rapporteur spécial sur les formes contemporaines d'esclavage, y compris leurs causes et leurs conséquences*, Point 3 de l'ordre du jour Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, Résolution n°24/3, Vingt-quatrième session, 8 octobre 2013, A/HRC/RES/24/3, 4 p.
- Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel – France, Additif. Observations sur les conclusions et/ou recommandations, engagements exprimés ou réponses de l'État examiné*, Vingt-troisième session, Point 6 de l'ordre du jour, 28 mai 2013, A/HRC/23/3/Add.1., 3 p.
- Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau Étude régionale: la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne et ses incidences sur les droits de l'homme des migrants*, Vingt-troisième session Point 3 de l'ordre du jour, 24 avril 2013, A/HRC/23/46, 47 p.
- Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel – France*, Vingt-troisième session, Point 6 de l'ordre du jour, 21 mars 2013, A/HRC/23/3, 30 p.
- Conseil des droits de l'homme, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau, Vingtième session, Point 3 de l'ordre du jour, 10 avril 2012, A/HRC/20/24, 22 p.
- Commission des droits de l'homme, *Intégration des droits fondamentaux des femmes et de l'approche sexospécifique. Violence contre les femmes. Rapport de la Rapporteuse spéciale chargée de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses*

conséquences, Mme Radhika Coomaraswamy Cinquante-sixième session, E/CN.4/2000/68, 29 février 2000, 42 p.

Commission internationale catholique pour les migrations

- Commission Internationale Catholique pour les Migrations et Décembre 18, *The UN Treaty Monitoring Bodies and Migrant Workers : a Samizdat*, novembre 2004, 22 p.

Commission internationale des juristes

- Commission internationale de Juristes, *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels*, Série droits de l'homme et Etat de droit, n°2, Genève, 2008, 129 p.

Commission mondiale pour les migrations internationales

- Commission mondiale sur les migrations internationales, *Les migrations dans un monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action*, Genève, 2005, 97 p.

Conseil de l'Europe

- Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants 1er août 2010 – 31 juillet 2011, *21e rapport sur la visite périodique de mai 2008 à Malte et réponse des autorités maltaises (traitement des détenus, centres de rétention des migrants en situation irrégulière, accès à un avocat lors de la garde à vue)*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011, 81 p.

- Conseil de l'Europe, *Les travailleurs migrants et leurs familles. Protection dans la Charte sociale européenne*, Droits de l'Homme, Cahiers de la Charte sociale n°4, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1996, 123 p.

European migration network

- European migration Network, *Temporary and circular migration : empirical evidence, current policy practice and future options in EU Member States*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, October 2011, 67 p.

Forum mondial sur la migration et le développement

- GFMD, *Rapport de la première réunion du Forum mondial sur la migration et le développement*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 209 p.

GISTI

- GISTI, « Le droit de vote aux élections locales pour les résidents étrangers », *Après-demain, Journal trimestriel de documentation politique*, 3^e trimestre 2012, n°23, p. 21

- GISTI, *Régimes d'exception en outre-mer pour les personnes étrangères*, les cahiers juridiques, 2012, 72 p.
- GISTI, *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux*, Les cahiers juridiques, Paris, Expressions II, seconde éd., 72 p.
- GISTI, *L'admission exceptionnelle au séjour par le travail dite « régularisation par le travail »*, GISTI, Paris, 2009, 40 p.
- GISTI, *Guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, Editions La Découverte, Paris, 2008, 350 p.

Human Rights Watch

- HRW, *Race to the Bottom Exploitation of Migrant Workers Ahead of Russia's 2014 Winter Olympic Games in Sochi*, 2013, 67 p.

Institut interaméricain des droits de l'homme

- Instituto interamericano de Derechos humanos, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales : sistema universal y sistema interamericano*, San José, 2008, 53 p.

Mercosur

- Mercosur, *Como Trabajar en los Países del MERCOSUR – Guia dirigida a los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR*, consultable sur www.mye.gov.br/trab_estrang/cartilha_trabalho_mercosul_esp.pdf.

Nations Unies

- AGNU, *Rapport du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, Deuxième session (25-29 avril 2005), New York, soixantième session, supplément n°48, A/60/48, 29 p.
- AGNU, *Rapport du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, Première session (1^{er}-5 mars 2004), New York, cinquante-neuvième session, supplément n°48, A/59/48, 24 p.
- Financing for Development Office, *Monterrey Consensus of the International Conference on Financing for Development, The final text of agreements and commitments adopted at the International Conference on Financing for Development Monterrey*, Mexico, 18-22 March 2002, United Nations, 2003, 23 p.

OCDE

- OCDE, *Perspectives des Migrations Internationales*, Paris, 2010, 381 p.

OEA

- - CEPAL-CELADE, *Taller sobre el fortalecimiento de las capacidades nacionales para la gestión de la migración internacional: nuevas tendencias, nuevos asuntos, nuevos enfoques de cara al futuro*, Santiago de Chile, marzo 2011, 81 p.
- Comisión interamericana de derechos humanos, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos : Detenciones y Debido proceso*, 30 diciembre 2010, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 78/10, 175 p.
- Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Informe final: sesión especial sobre la implementación del programa interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, incluidos los trabajadores migratorios y sus familias* [AG/RES. 2224 (XXXVI-O-06)], 13 febrero 2007, Doc.OEA/Ser.G CP/CAJP-2505/07, 9 mayo 2007, 112 p.

OIM

- OIM, *Etat de la Migration dans le monde - Le Bien-etre des migrants et le développement*, Genève, 2013, 224 p.
- OIM, *Rapport du Directeur général sur les travaux de l'Organisation pour l'année 2010*, 9 juin 2011, 100e session, Doc. MC/2314, 78 p.
- OIM, *Etat de la Migration dans le monde – Bien communiquer sur la migration*, Genève, 2011, 161 p.
- OIM, *Migrations Circulaires. Au-delà des promesses, quels risques ? Quelles opportunités ?*, Paris, GIP International, 2011, 77 p.
- OIM, *Les législations relatives à l'immigration légale dans les 27 Etats membres de l'UE*, Genève, 2009, 618 p.
- OIM, *Dialogue international sur la migration 2008, Migrations de retour : défis et opportunités* :
http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC_INF_293-Migration-de-retour-FR.pdf
- OIM, *Etat de la migration dans le monde 2008 – Gestion de la mobilité de la main-d'œuvre dans une économie mondiale en mutation*, Genève, 2008, 575 p.

OIT

- OIT, *Tendances mondiales pour l'emploi 2013 – Surmonter la nouvelle crise de l'emploi*, résumé analytique consultable sur : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_202298.pdf
- OIT, *Tendances mondiales de l'emploi – prévenir une aggravation de la crise de l'emploi*, 2012, résumé analytique, consultable sur :
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_171742.pdf
- CIT, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (articles 19, 22 et 35 de la Constitution)*, Rapport III (Partie IA) Troisième

question à l'ordre du jour: Informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations, Genève, 100^e session, 2011

- CIT, *Etude d'ensemble concernant les instruments relatifs à la sécurité sociale à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, Rapport III (Partie 1B), Troisième question à l'ordre du jour: Informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (articles 19, 22 et 35 de la Constitution), 100^e session, 2011, 943 p.

- CIT, *Document d'information sur les ratifications et les activités normatives (au 31 décembre 2010) Troisième question à l'ordre du jour: Informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations*, Rapport III (partie 2), 100^e session, Genève, 2011, 227 p.

- CIT, *l'Égalité au travail : un objectif qui reste à atteindre*, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport I(B), 100^e session, Genève, 2011, 76 p.

- BIT, *Travail décent pour les travailleurs domestiques - C189 et R201 en bref*, Genève, 2011, 32 p.

- BIT, *L'agenda du travail décent en Afrique : 2007-2015*, Rapport du Directeur général, BIT, Genève,.

- CIT, *Travail décent pour les travailleurs domestiques*, Rapport IV(1), 4^e question à l'ordre du jour, 99^e session, Genève, 2010, 144 p.

- BIT, *Les règles du jeu – une brève introduction aux normes internationales du travail*, Genève, 2009, 112 p.

- I. AWAD, *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*, BIT, Genève, 2009, 64 p.

- OIT, *La mesure du travail décent – Réunion tripartite d'experts sur la mesure du travail décent*, document et information, Genève, 8-10 septembre 2008, Doc TMEMDW/2008, 67 p.

- OIT, *Changements dans le monde du travail, rapport du Directeur général*, Genève, CIT, 95^e session, 2006, rapport I(C), 84 p.

- BIT, *Mémorandum sur l'obligation de soumettre les Conventions et Recommandations aux Autorités compétentes - Article 19 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail*, Genève, 2005, 7 p.

- CIT, *Une alliance mondiale contre le travail forcé*, Rapport du directeur général, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport I(B), OIT, Genève, 93^e session, 2005, 96 p.

- CIT, *Sixième question à l'ordre du jour : travailleurs migrants (discussion générale fondée sur une approche intégrée)*, Rapport de la Commission des travailleurs migrants, compte-rendu provisoire, 92^e session, Genève, 2004, 74 p.

- CIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, Rapport VI, 92^e session, BIT, Genève, 2004, 230 p.

- M. L. ESPINOZA, *Estudio sobre remesas de Mexicanos en el exterior y su vinculación con el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades de origen*, Estudio sobre

Migraciones internacionales – 59 – Programa de migraciones internacionales, OIT, Ginebra, 2003, 99 p.

- BIT, *Halte au travail forcé, rapport du Directeur général, rapport IB, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, CIT, 89e session, Genève, 2001, 134 p.

- CIT, *Les travailleurs migrants*. Rapport III (partie 1B) à la Conférence internationale du Travail (87e session), Genève, 1999, 351 p.

- BIT, *Normes internationales du travail relevant de la compétence de l'inspection du travail : principales dispositions*, Genève, BIT, 1990, 167 p.

- BIT, *Les normes internationales du travail : leur nature, leur application, leur valeur*, Genève, Imprimeries populaires, 1972, 48 p.

Plate-forme internationale des ONG pour la Convention sur les travailleurs migrants

- IPMWC, *Guide à l'usage des Organisations non-gouvernementales sur la mise en œuvre de la Convention des Nations unies pour les travailleurs migrants*, Belgique, 2007, 89 p.

PNUD

- PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain. Lever les barrières : mobilité et développement humain*, 2009, 237 p.

TEXTES INTERNATIONAUX

Institut de droit international

- IDI, *Déclaration des droits internationaux de l'homme*, Session de New York, 1929.

- IDI, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers Annuaire de droit international*, *Annuaire de droit international*, Edition nouvelle abrégée, vol. III, 1892-1896.

Nations Unies

- Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 10 décembre 2008, AGNU, A/RES/63/117, 63^e session, entré en vigueur le 5 mai 2013.

- Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 novembre 2000, RTNU vol. 2241, p. 519; Doc. A/55/383 ; entré en vigueur le 28 janvier 2004.

- Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des

femmes et des enfants, 15 novembre 2000, RTNU vol. 2237, p. 319; Doc. A/55/383 ; entré en vigueur le 25 décembre 2003.

- Déclaration et Programme d'action de Vienne adoptés par la conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993, consultable sur : http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_fr.pdf.

- Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur Famille, 18 décembre 1990, Doc. A/RES/45/158, RTNU, vol. 2220-I- 39481, p. 128 ; entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003.

- Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, Doc. A/RES/44/25, RTNU, vol. 1577 I-27531, p. 3 ; entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

- Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent – Rés. 47/144 du 13 décembre 1985.

- Convention contre la tortures et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, RTNU, vol. 1465-I-24841 p. 85 ; entrée en vigueur le 16 juin 1987.

- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, RTNU, vol. 1249-I-20378, p. 13 ; entrée en vigueur en 1981.

- Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, RTNU, vol. 1155-I-18232, p. 331, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

- Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RTNU, vol. 999-I-14668, p. 171 ; entré en vigueur le 23 mars 1976.

- Pacte des Nations Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, RTNU, vol. 993-I-14531, p. 3 ; entré en vigueur le 3 janvier 1976.

- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 décembre 1965, RTNU, vol. 660-I-9464, p. 195 ; entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

- Convention de Vienne sur les relations consulaires, 24 avril 1963, RTNU vol. 596-I-8638 p. 261 ; entrée en vigueur le 19 mars 1967.

- Convention relative au statut des réfugiés, 29 juillet 1951, RTNU 1976, vol. 995, A-2545, p. 399s, entrée en vigueur le 22 avril 1954.

- Déclaration universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, résolution 217 A (III).

- Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945 [www.un.org].

- AGNU, Résolution « Protection des migrants », 20 décembre 2012, A/RES/67/172.

- AGNU, Résolution « Promouvoir les efforts visant à éliminer la violence à l'encontre des migrants, des travailleurs migrants et de leur famille », 20 décembre 2012, A/RES/67/185.

- AGNU, Résolution « Violence à l'égard des travailleuses migrantes », 19 décembre 2011, A/RES/66/128.

- Conseil des droits de l'homme, « Mise en place des institutions du Conseil des droits de l'homme », A/HRC/RES/5/1.

- AGNU, « Conseil des droits de l'homme », 3 avril 2006, A/RES/60/251.
- Commission des Droits de l'homme, « Droits de l'homme des migrants », 27 avril 1999, Résolution 1999/44.
- AGNU, « Charte des droits et des devoirs économiques des Etats », 14 décembre 1974, Résolution 3281 (XXIX).
- AGNU, « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », 14 décembre 1962, Résolution 1803 (XVII).
- AGNU, « Charte internationale des droits de l'homme », 10 décembre 1948, Résolution 217 A (III).
- Conseil économique et social, Résolution 1/5, 16 février 1946, 1ère session, Document E/20 du 15 février 1946.

Textes de l'OIT

- Convention n° 187 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail du 15 juin 2006, *RTNU* vol. 2564-I- 45739, p. 291 et s. ; entrée en vigueur le 20 février 2009.
- Convention n°182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, 17 juin 1999, *RTNU*, vol. 2133-I-37245, p. 168 et s. ; entrée en vigueur le 19 novembre 2000.
- Convention n°181 sur les agences d'emploi privées du 19 juin 1997, *RTNU*, vol. 2115-I-36794, p.259 et s. ; entrée en vigueur le 10 mai 2000.
- Convention n°157 du 21 juin 1982 sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale, *RTNU* vol.1932-I-33063, p. 29 et s. ; entrée en vigueur le 11 septembre 1986.
- Convention n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs du 22 juin 1981, *RTNU* vol.1331-I-22345, p. 179 et s. ; entrée en vigueur le 11 août 1983.
- Convention n°150 relative au rôle, fonctions et organisation de l'administration du travail, 26 juin 1978, *RTNU* vol. 1201-I-19183, p. 180, entrée en vigueur le 11 octobre 1980.
- Convention OIT n°144 sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail, 21 juin 1976, *RTNU* vol. 1089-I-16705, p. 356 et s. ; entrée en vigueur le 16 mai 1978.
- Convention n°143 de l'Organisation internationale du travail, concernant les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité des chances et de traitement des travailleurs migrants, 24 juin 1975, *RTNU*, vol. 1120-I-17426, p. 325 et s. ; entrée en vigueur le 9 décembre 1978.
- Convention n°138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, 26 juin 1973, *RTNU*, vol. 1015-I-14862, 1976, p. 299 et s. ; entrée en vigueur le 19 juin 1976.
- Convention n°130 du 25 juin 1969 concernant les soins médicaux et les indemnités de maladie, *RTNU* vol. 826-I-11829, p. 3 et s. ; entrée en vigueur le 27 mai 1972.
- Convention OIT n°129 sur l'inspection du travail (agriculture), 25 juin 1969, *RTNU* vol. 812-I-11565, p. 88 et s. ; entrée en vigueur le 19 janvier 1972.

- Convention OIT n°122 sur la politique de l'emploi, 9 juillet 1964, *RTNU* vol. 569-I-8279, p. 66 et s. ; entrée en vigueur le 15 juillet 1966.
- Convention n° 121 concernant les prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles, 8 juillet 1964, *RTNU* vol.602-I-8718, p. 259 et s. ; entrée en vigueur le 28 juillet 1967.
- Convention n°118 concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non nationaux en matière de sécurité sociale, 28 juin 1962, *RTNU* vol. 494-I-7238, p. 271 et s. ; entrée en vigueur le 25 avril 1964.
- Convention n°111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, 25 juin 1958, *RTNU*, vol. 362-I-5181, 1960, p. 33 et s. ; entrée en vigueur le 15 juin 1960.
- Convention n°105 sur l'Abolition du travail forcé, 25 juin 1957, *RTNU* vol. 320-I-4648, p. 291 et s. ; entrée en vigueur le 17 janvier 1959.
- Convention n°102 concernant les normes minimum de sécurité sociale, 28 juin 1952, *RTNU* vol. 210-I-2838, p. 131 et s. ; entrée en vigueur le 27 mai 1955.
- Convention n°100 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, 29 juin 1951, *RTNU* vol. 165-I-2181, p. 303 et s. ; entrée en vigueur le 23 mai 1953.
- Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1^{er} juillet 1949, *RTNU* vol. 96-I-1341, p. 257 et s. ; entrée en vigueur le 18 juillet 1951.
- Convention n°97 de l'Organisation internationale du travail concernant les travailleurs migrants, 1^{er} juillet 1949, *RTNU*, vol. 120-I, n°1616, p.73 et s. ; entrée en vigueur le 22 janvier 1952.
- Convention n°95 concernant la protection des salaires, 1^{er} juillet 1949, *RTNU* vol. I-1871, p. 225 et s., entrée en vigueur le 24 septembre 1952.
- Convention n°87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 9 juillet 1948, *RTNU*, vol. 68-I-881, 1950, p. 19 et s. ; entrée en vigueur le 4 juillet 1950.
- Convention OIT n°81 concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce, 11 juillet 1947, *RTNU* vol. 54-I-792, p. 4 et s. ; entrée en vigueur le 7 avril 1950.
- Convention n°29 concernant le travail forcé ou obligatoire, telle qu'elle a été modifiée par la Convention portant révision des articles finals, 28 juin 1930, *RTNU*, vol. 39-I-612, p. 57 et s. ; entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932.
- Convention n°21 concernant la simplification de l'inspection des émigrants à bord des navires, 5 juin 1926, *RTNU* vol. 38-I-604, p. 282 et s. ; entrée en vigueur le 29 décembre 1927.
- Constitution de l'Organisation internationale du travail, 28 juin 1919, consultable sur http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO.

- Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, 10 juin 2008.
- Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 18 juin 1998.

- Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 18 juin 1998.
- Recommandation n° 167 sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale, 20 juin 1983.
- Recommandation n°151 concernant les travailleurs migrants, 24 juin 1975.
- Recommandation n°100 sur la protection des travailleurs migrants (pays insuffisamment développés), 22 juin 1955.
- Recommandation n°86 sur les travailleurs migrants (révisée), 1er juillet 1949.
- Recommandation n°67 sur la garantie des moyens d'existence, 12 mai 1944.
- Déclaration concernant les buts et objectifs de l'organisation internationale du travail, Philadelphie, 10 mai 1944.
- Recommandation n°61 sur les travailleurs migrants, 28 juin 1939.
- Recommandation n°35 sur la contrainte indirecte au travail du 26 juin 1930.
- Recommandation n°26 concernant la protection des femmes et jeunes filles émigrantes à bord des navires du 5 juin 1926.

Textes du Conseil de l'Europe

- Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, 9 novembre 1995 *STE* n°158 ; entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998.
- Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant, 24 novembre 1977, *RTNU*, vol. 1496-I, n°25700, p.17 ; entré en vigueur le 1^{er} mai 1983.
- Convention européenne de sécurité sociale, 14 décembre 1972, *STE* n°78 ; entrée en vigueur le 1^{er} mars 1977.
- Code européen de sécurité sociale, 16 avril 1964, *STE* n°48 ; entré en vigueur le 17 mars 1968 ; révisé le 6 novembre 1990, *STE* n°139 ; pas encore en vigueur.
- Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, (révisée en 1996), *STE* n°19 ; entrée en vigueur le 26 février 1965.
- Accord intérimaire européen concernant la sécurité sociale à l'exclusion des régimes relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants et protocole additionnel, 11 décembre 1953, *STE* n°12 et 13 : entrés en vigueur le 11 décembre 1953.
- Convention européenne des droits de l'homme, 4 novembre 1950, *STCE* n° 194, telle qu'amendée par le Protocole n°14 entré en vigueur le 1^{er} juin 2010 ; entrée en vigueur le 3 septembre 1953.
- Recommandation 799 (1977), relative aux droits et au statut politique des étrangers, 25 janvier 1977.
- Recommandation 773 (1976), relative à la situation des étrangers de facto, 26 janvier 1976.
- Recommandation 769 (1975) relative au statut juridique des étrangers, 3 octobre 1975.

- Recommandation 712 (1973) relative à l'intégration des travailleurs migrants dans la société d'accueil, 26 septembre 1973.

Textes de l'Union européenne

- Traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (versions consolidées), Lisbonne, 14 décembre 2007, *JOUE C 326*, 26 octobre 2012, p.13 et s. et 47 et s. ; entré en vigueur le 1^{er} février 2009.

- Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, *JOUE C 326/391*, 26 octobre 2012, p.391 et s. ; entrée en vigueur le 1^{er} février 2009.

- Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, 9 décembre 1989.

- Acte unique européen, Luxembourg, 17 février 1986 et La Haye, 28 février 1986, *JOCE L 169*, 29 juin 1987, p.1 et s. ; entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987.

- Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JOCE L 239*, 22 septembre 2000, p.19 et s. ; entrée en vigueur le 26 mars 1995.

- Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JOCE L 239*, 22 septembre 2000, p.19 et s. ; entrée en vigueur le 26 mars 1995.

- Traité de Maastricht sur l'Union européenne 7 février 1992, *JOCE C 191*, 29 juillet 1992, p. 3 ; entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

- Conseil de l'Union européenne, 2 décembre 2009, Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE C 115*, 4 mai 2010, p.1.

- Règlement n°492/2011/UE du 5 avril 2011, du Parlement européen et du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, abrogeant le règlement 1612/68/CE, *JOUE L 141*, 17 mai 2011, p.1.

- Règlement d'application n°987/2009/CE du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 284* du 30 octobre 2009, p.1.

- Règlement n°883/2004/CEE du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 166* du 30 avril 2004, p.1.

- Règlement n°312/76/CEE du Conseil du 9 février 1976 modifiant les dispositions relatives aux droits syndicaux des travailleurs figurant dans le règlement (CEE) n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JO n° L 39* du 14 février 1976, p.2.

- Règlement n°574/72/CEE du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs

salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO L 74* du 27 mars 1972, p.1.

- Règlement n°1408/71/CEE du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leurs familles qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO L 149* du 5 juillet 1971, p.2.

- Règlement n°251/70 du 29 juin 1970 relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi, *JOCE L 142/24* du 30 juin 1970.

- Règlement n°1612/68/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE L 257*, 19 oct. 1968, p.2.

- Règlements n° 3 et 4 du 25 septembre 1958 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants *JOCE 30* du 16 décembre 1958, p.516.

- Directive n°2011/98/UE 13 décembre 2011, établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, *JOUE L 34*, 23 décembre 2011, p.1.

- Directive n°2009/50/CE du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, *JOCE L 155*, 16 juin 2009, p.17.

- Directive n°2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JOCE L 348*, 24 décembre 2008, p.98.

- Directive n°2008/104/CE du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire, *JOUE n° L 327* du 5 décembre 2008, p.9.

- Directive n°2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, *JOUE n° L 255* du 30 septembre 2005, p.22.

- Directive n° 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres *JOCE L 158*, 30 avr. 2004, p. 77 et rectification *JOUE L 229*, 29 juin 2004, p.35.

- Directive n°2003/109/CE du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée *JOCE L 016*, 23 janvier 2004, p.44.

- Directive n°2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *JOUE L 299*, 18 novembre 2003, p.9.

- Directive n°2003/86 du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *JOUE L 251*, 3 octobre 2003, p.12.

- Directive n°2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE L 303*, 2 décembre 2000, p.16.

- Directive n°2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE L 180*, 19 juillet 2000, p.22.

- Directive n°98/49/CE du Conseil du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non-salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JOCE* L 209, 25 juillet 1998, p. 46.
- Directive n°94/80 du Conseil du 19 décembre 1994 concernant les élections municipales, *JOCE* L 368, 31 décembre 1994, p.38.
- Directive n°93/109 du Conseil du 6 décembre 1993 fixant les modalités des élections au parlement européen, *JOCE* L 329, 30 décembre 1993, p.34.
- Directive n°92/51/CE du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la Directive n°89/48/CEE, *JOCE* n° L 209, 24 juillet 1992, p.25.
- Directive n°91/533/CEE du Conseil du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, *JOCE* L 288, 18 octobre 1991, p.32.
- Directive n°89/48/CEE du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, *JOCE* n° L 19, 24 janvier 1989, p.16.
- Directive n°89/391/CEE du 12 juin 1989 du Conseil, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, *JO* L 183, 19 juin 1989, p.1.
- Directive n°64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *JOCE*, n° 56, 4 avril 1964, p.850.

- Décision n°771/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 relative à l'année européenne de l'égalité des chances pour tous (2007) — Vers une société juste, *JOUE* L 146, du 31 mai 2006, p.1.
- Décision du Comité exécutif du 15 décembre 1997 concernant l'harmonisation de la politique en matière de visas [SCH/Com-ex (97) 32], *JOCE* L 239, 22 sept. 2000 p.18.
- Décision 88/384/CEE de la Commission du 8 juin 1988 instaurant une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des Etats tiers, *JOCE* L 183, 14 juil. 1988, p.35.
- Décision n° 1/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980 relative au développement entre la Communauté économique européenne et la Turquie, consultable sur http://www.gisti.org/IMG/pdf/decision1-80_ce-turquie_1980-09-19.pdf.

- Résolution du Parlement européen du 22 avril 2009 sur la politique migratoire commune de l'Union européenne : principes, actions et outils, (2008/2331(INI))
- Résolution du Conseil du 30 novembre 1994 concernant la limitation de l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres aux fins de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, *JOCE* C 274, 19 septembre 1996, p.7.

- Résolution du Conseil du 30 novembre 1994 relative à l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres à des fins d'études, *JOCE* C274, 19 septembre 1996, p.10
- Résolution du Conseil du 20 juin 1994 concernant la limitation de l'admission à des fins d'emploi de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres, *JOCE* C 274, 19 septembre 1996, p. 3
- Résolution du Conseil du 9 février 1976, concernant un programme d'action en faveur des travailleurs migrants et des membres de leur famille, *JOCE* C 34, 14 février 1974, p.2.
- Résolution du Conseil du 21 janvier 1974 concernant un programme d'action sociale *JOCE* C 13, 12 février 1974, p.1.

- Recommandation du Conseil du 24 juillet 1995 concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission, *JOCE* C 274, 19 septembre 1996, p.25
- Recommandation du Conseil du 30 novembre 1994 concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un État membre et un pays tiers, *JOCE* C 274, 19 septembre 1996 p.20.

- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, La stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action: cinq étapes vers une Europe plus sûre, COM(2010) 673 final, 22 novembre 2010.
- Communication de la Commission européenne, Travailleurs migrants de l'UE, COM(2010)373, 13 juillet 2010.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une politique commune de l'immigration pour l'Europe: principes, actions et instruments, COM(2008) 359 final, du 17 juin 2008.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM(2007) 248, 16 mai 2007.
- Communication de la Commission européenne relative à l'approche globale de la question de l'immigration un an après. Vers une politique européenne globale en matière de migrations, COM(2006)0735, 30 novembre 2006.
- Communication de la Commission sur la Migration et le développement COM(2005) 390 final, 1^{er} septembre 2005.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Stratégie-cadre pour la non-discrimination et l'égalité des chances pour tous COM(2005) 224 final, 1^{er} juin 2005.
- Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques*, COM (2004) 811 final, 11 janvier 2004.
- Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier COM (2002) 175 final, du 10 avril 2002.

- Parlement européen, *Droits sociaux fondamentaux en Europe*, Document de travail, Série affaires sociales, Luxembourg, novembre 1999.

Organisation des Etats Américains

- Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux Droits de l'homme traitant des Droits économiques, sociaux et culturels, « Protocole De San Salvador », 7 novembre 1988, *Série sur les Traités de l'OEA* n°69 ; entré en vigueur le 16 novembre 1999.

- Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, *Série sur les traités OEA*, n° 36 ; entrée en vigueur le 18 juillet 1978

- Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, 2 mai 1948.

- Comisión de Asuntos Políticos y Jurídicos, *Programa interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes en el marco de la Organización de los Estados Americanos*, 17 de marzo de 2003, CP/CAJP-2038/03.

Mercosur

- Traité d'Asunción pour la constitution d'un Marché commun entre la République Argentine, la République fédérative du Brésil, la République du Paraguay et la République orientale de l'Uruguay, 26 mars 1991, *RTNU* vol. 2140, p. 339, entré en vigueur le 29 novembre 1991.

- Plan Regional de Inspección del Trabajo del Mercosur, de 2 juillet 2009, MERCOSUR/GMC/RES. n°22/09.

- Acuerdo sobre Documentos de Viaje de los Estados partes del MERCOSUR y Estados asociados, dec. n°17/08, 30 juin 2008, consultable sur http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4823&site=1&channel=secretaria.

- Accord contre le trafic illicite de migrants entre les Etats membres du Mercosur du 16 décembre 2004, déc. n°37/04, entré en vigueur le 10 octobre 2012, consultable sur : <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4827/1/77-acuerdocontraeltraficoillicitodemigrantesmsur.pdf>.

- Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados, Partes del Mercosur, dec. n°28/02, 6 décembre 2002, consultable sur : http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4823&site=1&channel=secretaria.

Union Africaine

- Protocole de Sharm el Sheikh portant le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme du 1^{er} juillet 2008. Pas encore en vigueur

- Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Ouagadougou, 9 juin 1998, *RGDIP*, t. 102, 1998 n°3, pp. 855-867 ; entré en vigueur le 25 janvier 2004.

- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 26 juin 1981, *OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5*, entrée en vigueur le 21 octobre 1986.

CEDEAO

- Protocole portant Code de la Citoyenneté de la CEDEAO, 29 mai 1982, A/DEC 8/5/82.
- Protocole de Dakar du 2 mai 1979 sur la Libre Circulation des Personnes, de Droit de Résidence et d'Etablissement, *West Africa*, 25 mai 1981, p. 1153.
- Traité établissant le Communauté Economique de l'Afrique de l'Ouest, ECOWAS, Lagos, 28 mai 1975, 14 *ILM* (1975) 1200.

Accords européens

- Conseil nordique, Convention concernant l'établissement d'un marché commun du travail 22 mai 1954, *Cooperation Agreements between the Nordic Countries*, Nordic Council, Stockholm, 1976, entrée en vigueur le 22 juin 1954.

Accords africains

- Protocole portant création du Marché commun d'Afrique de l'Est du 20 novembre 2009, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2010.

Accords américains

- Consejo andino de Ministros de relaciones exteriores, *Instrumento andino de migración laboral*, decisión 545, *Gaceta oficial dela Comunidad Andina* num. 938, 27 juin 2003.
- Convention de La Havane concernant la neutralité maritime, 20 février 1928, *Recueil des traités de la Société des Nations*, 1932, Vol.135, p.189 ; entrée en vigueur le 12 février 1931.

Accords bilatéraux

- Convention concerning the Employment and Residence in Belgium of Algerian workers and their families, Algiers, 8 January 1970, 717 *UNTS* 321.

INDEX DE JURISPRUDENCE

Jurisprudence universelle

Cour Permanente Internationale de Justice – Cour Internationale de Justice

Avis

- CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec. 1996*, p.78.
- CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971 *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du conseil de sécurité*, *Rec.1971*, p.16.
- CIJ, avis consultatif du 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *Rec. 1949*, p.174.

- CPJI, 4 février 1932, *Affaire du traitement des nationaux polonais de Dantzig*, Série A/B n° 44, *Rec. 1932*, p.4.
- CPJI, avis consultatif du 3 mars 1928, *Juridiction des tribunaux de Dantzig*, série B n°15, *Rec. 1928*, p.4.
- CPJI, avis consultatif du 7 février 1923, *Décrets tunisiens et marocains sur la nationalité*, *Rec. 1923*, p.4.

Arrêts

- CIJ, *affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, arrêt du 30 novembre 2010, *Rec. 2010*, p.38.
- CIJ, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Rwanda)*, *Rec. 2006*, p.6.
- CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c/ Ouganda)*, *Rec. 2005*, p.168.
- CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants Mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Rec. 2004*, p.36.
- CIJ, 27 juin 2001, *Affaire LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis)*, *Rec. 2001*, p.466.
- CIJ, 13 décembre 1999, *Ile de Kasili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, *Rec. 1999*, p.1045.
- CIJ, ordonnance du 9 avril 1998, *Convention sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis)*, *Rec.1998*, p.248.
- CIJ, 3 juin 1985, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte)*, *Rec. 1985*, p.29.

- CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power Compagny (Belgique c. Espagne)*, Rec. 1970, p.32 et Opinion individuelle du juge Padilla-Nervo.
- CIJ, 18 juillet 1966, *Affaire relative au « Sud-Ouest africain » (Éthiopie c. Afrique du sud; Libéria c. Afrique du sud)*, Rec. 1966, p.6.
- CIJ, 12 avril 1960, *Droits de passage sur le territoire indien (fond)*, Rec. 1960, p.16.
- CIJ, 6 avril 1955, *affaire Nottebhom – 2e phase (Liechtenstein c. Guatemala)*, Rec. 1955, p.23.
- CIJ, 9 avril 1949, *Affaire relative Détroit de Corfou*, Rec.1949, p.4.

- CPIJ 28 février 1939, *Affaire des Chemins de fer Panevezys-Saldutiskis*, Série A/B n°76, Rec. 1939, p.4.
- CPJI, 14 juin 1938, *Affaire des phosphates au Maroc (Italie c. France)*, exceptions préliminaires, Série C n° 84, Rec. 1938, p.10.
- CPJI, 26 mai 1926, *Certains intérêts allemands en haute Silésie (Allemagne c. Pologne)*, Série A n°7, Rec.1926, p.5.
- CPJI, 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów – fond (Allemagne c. Pologne)*, série A, n°17, Rec. 1928, p.5.
- CPJI, 25 août 1925, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Série A, n°6, Rec. 1925, p.5.
- CPJI, 30 août 1924, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Série A, n°2, Rec. 1924, p.7.

Comités des Nations Unies

- CAT, mai 2009, *Osmani c. Serbie*, n° 261/2005.
- CAT, mai 2005, *Agiza c. Suède*, n°233/2003.
- CAT, mai 2005, *Brada c. France*, n°195/02.
- CAT, juin 1997, *G.R.B. c. Suède*, n°83/1997.

- CDH, septembre 2006, *O'Neill et Quinn c. Irlande*, n°1314/2004.
- CDH, juillet 2006, *Khan c. Canada*, n°1302/2004.
- CDH, mars 2004, *El Ghar c. Lybie*, n°1107/2002.
- CDH, décembre 2004, *Byahuranga c. Danemark*, n°1222/2003.
- CDH, avril 2004, *Mansour Ahani c. Canada*, n°1051/2002.
- CDH, juillet 2004, *Ngambi & Nébol c. France*, n°1069/2003.
- CDH, octobre 2002, *C. c. Australie*, n°900/1999.

- CDH, novembre 2001, *Fábryová c. République Tchèque*, n° 765/1997.
- CDH, août 1997, *A.R.J. c. Australie*, n° 692/1996.
- CDH, avril 1996, *Kéténguéré Ackla c. Togo*, n° 505/1992.
- CDH, novembre 1996, *Stewart c. Canada*, n°538/1993.
- CDH, juillet 1994, *Peltonen c. Finlande*, n°492/1992.
- CDH, juillet 1994, *Celepli c. Suède*, n°456/1991.
- CDH, juillet 1994, *Zelaya Blanco c. Nicaragua*, n°328/1988.
- CDH, novembre 1993, *Chitat Ng c. Canada*, n°469/1991.
- CDH, juillet 1993, *Kindler c. Canada*, 1993, n°470/1991.
- CDH, novembre 1991, *Garcia c. Equateur*, n°319/1988.
- CDH, juillet 1990, *Giry c. République Dominicaine*, n°193/1985.
- CDH, juillet 1990, *Giry c. République Dominicaine*, n°193/1985.
- CDH, mars 1989, *J.R.C. c. Costa Rica*, n°296/1988.
- CDH, avril 1987, *Broecks c. Pays-Bas*, n°172/1984.
- CDH, avril 1987, *Eric Hammel c. Madagascar*, n°155/1983.
- CDH, avril 1981, *Maroufidou c. Suède*, n° 58/1979.

- CEDAW, juillet 2012, *Jallow c. Bulgarie*, n°32/2011.
- CEDAW, janvier 2005, *Mme A. T. c. Hongrie*, n°2/2003.

- CEDR, septembre 1988, *Ylimaz Dogman c. Pays-Bas*, n°1/1984.

OIT

Comité de la liberté syndicale

- Comité de la liberté syndicale, *Congrès des syndicats de Malaisie (MTUC) c. Malaisie*, Plainte déposée le 10 avril 2008.

Procédure de réclamation

- *Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la Chine - Région administrative spéciale de Hong-Kong de la convention n°97 sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par le Congrès philippin des syndicats (TUCP), réclamation introduite en 2003 (GB.286/20/2):(GB.288/17/2).*
- *Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Espagne de la convention n°97 sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, de la convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, et de la convention n°122 sur la politique de l'emploi, 1964, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par*

la Confédération générale des travailleurs de l'Argentine (CGT), réclamation introduite en 1998, (GB.270/16/5):(GB.272/7/3).

- Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par le Venezuela des conventions internationales du travail nos. 4, 81, 87, 88, 95, 98, 100, 111, 143, 144 et 158, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par l'Organisation internationale des employeurs (OIE) et la Fédération vénézuélienne des Chambres et Associations de commerce et de production (FEDECAMARAS), réclamation introduite en 1993 (GB.251/20/15):(GB.256/15/16).

Procédure de plainte

- OIT, Travail forcé au Myanmar (Birmanie) – Rapport de la Commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner le respect par le Myanmar de la convention n°9 sur le travail forcé, 1930, Genève, 2 juillet 1998.

- Rapport de la Commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner la plainte relative à l'observation par la Roumanie de la convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, (Vol. LXXIV, 1991, Séries B, Supplément 3)

Cour Permanente d'Arbitrage

- 2 juillet 2003, Affaire *OSPAR Irlande c. Royaume-Uni*, consultable sur : http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1223.

- 4 avril 1928, *Ile de Palmas (Etats-Unis/Pays-Bas)*, RSA, vol. II, p.839.

Arbitrage

- Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la Paix en Yougoslavie, avis n°1 du 29 novembre 1991.

- Tribunal arbitral, *affaire de la délimitation maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, *RGDIP* 1990, p.234.

- *Affaire de l'expulsion du personnel de l'ambassade des Etats-Unis d'Iran*, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. III, BXVI 142-148, p. 616 s., n° 3349-3350, 1987 Iran-US C.T.R. 35.

- Sentence 6 mars 1956, *affaire Abatielos (Grèce c. RU)*, RSA, vol. XII, pp. 91-124.

- Commission générale des réclamations Etats-Unis – Panama, sentence du 29 juin 1933, *Marguerite de Joly de Sabla*, RSA, vol. VI, pp.358-368.

- Sentence du 1er mai 1925, *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, RSA, vol. II, pp.615-742.

- *Affaire Paquet (expulsion)*, 1903, RSA vol. IX, pp.323-325.

- *Affaire Loubriel*, III Hackworth 699.

- Sentence arbitrale du 31 mars 1926, *George W. Hopkins (U.S.A.) v. United Mexican States*, RSA Vol. IV, pp.41-47.
- Sentence arbitrale du 2 novembre 1926, *Harry Roberts (U.S.A.) v. United Mexican States*, RSA vol. IV, pp.77-81.
- Mexican-American Commission, *Lacoste*, 1868, *Moore*, p.3346.

Jurisprudence régionale

Cour internationale pour l'Amérique centrale,

- Affaire *Diaz c. Gouvernement du Guatemala*, AJIL, 1909, p.743.

Cour Européenne des Droits de l'Homme

- 15 février 2013, *Kissiwa Koffi c. Suisse*, req. n°38005/07.
- Gde Ch., 12 sept. 2012, *Nada c. Suisse*, req. n°10593/08.
- Gde ch., 7 juillet 2011, *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, req. n°55721/07.
- Gde ch., 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, req. n°22021/08.
- 21 avril 2009, arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, req n°68959/01.
- 12 fév. 2009, *Nolan et K. c. Russie*, req. n°2512/04.
- Gde Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n°34503/97.
- Gde Ch., 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, req. n°26565/05.
- Gde Ch., 13 novembre 2007, *D.H. et al c. République Tchèque*, req. n°57325/00.
- 5 octobre 2006, *Lupsa c. Roumanie*, req. n°10337/04.
- 26 octobre 2006, *Siliadin c. France*, req. n°73316/01.
- Gde. Ch., 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, req. n°46410/99.
- 8 juin 2006, *Lupsa c. Roumanie*, req. n°10337/04.
- 9 mai 2006, *Pereira Henriques c. Luxembourg*, req. n°60255/00.
- 11 janvier 2006, *Sorensen et Ramussen c. Dannemark*, req. n°52562/99 et 53630/99.
- 13 décembre 2005, *Timishev c/Russie*, req. n°55762/00 et 55974/00.
- 21 juillet 2005, *Strain et al. c. Roumanie*, req. n°57001/00.
- 16 juin 2005, *Sisojeva c. Lettonie*, req. n°2345/02.
- 26 avril 2005, *Muslim c. Turquie*, 26 avril 2005, req. n°53566/99.
- 12 avril 2005, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, req. n°36378/02.

- Gde Ch., 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, req. n°46827/99 et 46951/99.
- 27 juillet 2004, *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, req. n°55480/00 et 59330/00.
- 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldava et Russie*, req. n°48787/99.
- 9 octobre 2003, *Slivenko c. Lettonie*, req. n° 48321/99.
- 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, req. n°40892/98.
- 15 juillet 2003, *Mokrani c. France*, req. n°52206/99.
- 25 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req n°2346/02.
- 14 mars 2002, *Sejdovic et Sulejmanovic c. Italie*, req. n°57575/00.
- 10 janvier 2002, *Unison c/ Royaume-Uni*, req. n°53574/99.
- Gde ch., 12 décembre 2001, *Banković et al. c. Belgique et autres (Etats membres de l'OTAN)*, req. n°52207/99.
- 21 novembre 2001, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, req.35763/97.
- 2 août 2001, *Boultif c. Suisse*, n°54273/00.
- 23 mai 2001, *Denizci c. Chypre*, req. n°25316/94.
- 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie* req. n°25781/94.
- 19 avril 2001, *Peers c. Grèce*, req. n°28524/95.
- 1^{er} mars 2001, *Berktaş c. Turquie*, req. n°22493/93.
- 13 février 2001, *Lahnifi c. Pays-Bas*, req. n°39329/98.
- Gde ch., 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, req. n°39652/98.
- 18 mai 2000, *Velikova c. Bulgarie*, req. n°41488/98.
- Gr. Ch., 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n°34369/97.
- 8 juin 1999, décision sur la recevabilité, *Danemark c. Turquie*, req. n°34382/97, règlement amiable du 5 avril 2000.
- 22 avril 1999, *Chassagnou et al. c. France*, req. n°25088/94, 28331/95 et 28443/95.
- 23 septembre 1998, *A. c. Royaume-Uni*, req. n°25599/9.
- 19 février 1998, *Dalia c. France*, req. n°154/1996/773/974.
- 26 septembre 1997, *Mehemi c. France*, req. n°85/1996/704/896.
- 21 avril 1997, *D. c. Royaume-Uni*, req. n°30240/96.
- 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, req. n°15318/89.
- 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n°22414/93.
- 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n°17371/90.
- 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n°19776/92.
- 25 avril 1996, *Gustafsson c. Suède*, req. n°15573/89.
- 24 avril 1996, *Boughanemi c. France*, req. n°22070/93.
- 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n°14307/88.

- 27 août 1992, *Tomasi c. France*, req. n°12850/87.
- 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c. Suède*, req. n°15576/89.
- 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, req. n°12313/86.
- 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. n°11801/85.
- 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n°14038/88.
- 28 octobre 1987, *Inze c/ Autriche*, req. n°8695/79.
- 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, req. n°9697/82.
- 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n°9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81.
- 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgique*, req. n°8919/80.
- 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. n°7151/75 et n° 7152/75.
- 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76.
- 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, req. n°7601/76 et 7806/77.
- 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyer*, req. n°6878/75; 7238/75.
- 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n°6289/73.
- 19 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n°6833/74.
- 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n°5310/71.
- 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, req. n°1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 et 2126/64.
- 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. Irlande (N°3)*, req. n°332/57.

Comité européen des droits sociaux

- 21 janvier 2013, *Conférence des Eglises européennes (CEC) c. Pays-Bas*, réclamation n°90/2013.
- 28 juin 2011, *Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) c. Italie*, réclamation n°58/2009.
- 19 octobre 2009, *Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. France*, réclamation n°51/2008.
- 9 septembre 2009, *Confédération Française Démocratique du Travail (CFDT) c. France*, réclamation n°50/2008.
- 8 septembre 2004, *FIDH c. France*, réclamation n°14/2003.
- 15 mai 2003, *Confédération des entreprises suédoises c. Suède*, réclamation n°12/2002.
- 10 octobre 2000, *Syndicat national des professions du tourisme*, réclamation n°6/1999.

Cour et ComIADH

Avis de la CourIADH

- 17 septembre 2003, *Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux*, OC-18/03, série A n°18.
- 28 août 2002, *La situation juridique et les droits de la personne de l'enfant*, avis OC-17/02, Série A n°17.
- 1er octobre 1999, *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre du droit au procès équitable*, opinion consultative OC-16/99, Série A n°16.
- 19 janvier 1984, *Proposition de modification de la constitution politique du Costa Rica relative à la naturalisation*, OC-4/84, Série A n°4.

Arrêts et Décisions

- CourIADH, 30 novembre 2010, *Vélez Loor c. Panama*, Exceptions préliminaires, fond, réparation et frais, Série C n°218.
- ComIADH, 21 octobre 2006, *Simone André Diniz c. Brésil*, Résolution n°66/06, Affaire 12.001.
- CourIADH, 1^{er} juillet 2006, *Massacres d'Ituango c. Colombie*, série C n°148.
- CourIADH, 7 février 2006, Fond et réparations, *Acevedo Jaramillo c. Pérou*, Série C n°144.
- CourIADH, 8 septembre 2005, *Les filles Yean et Bosico c. République Dominicaine*, arrêt sur le fond et les réparations, Série C n°130.
- Cour IADH, 11 mars 2005, *Caesar c. Trinité et Tobago*, Série C n°123.
- CourIADH, 3 mars 2005, Fond et réparation, *Huilca Tecse c. Pérou*, Série C n°121.
- CourIADH, 7 septembre 2004, *Tibi c. Equateur*, arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond et les réparations, Série C n°114.
- CourIADH, 28 février 2003, Fond et réparations, « *Cinq retraités* » c. *Pérou*, Série C n°98.
- CourIADH, résolution de la Cour du 26 mai 2001, *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République Dominicaine c. République Dominicaine*, Série E n°3.
- Cour IADH, 3 février 2001, Fond, *Baena Ricardo et autres c. Panama*, Série C n°72.
- Cour IADH, 2 février 2001, Fond, *Baena Ricardo et autres – 270 travailleurs – c. Panama*, Série C n°72.
- CourIADH, ordonnance du Président de la Cour du 14 septembre 2000, *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République Dominicaine c. République Dominicaine*, Série E n°3.
- Cour IADH, arrêt du 27 août 1998, *Garrido et Baigorria c. Argentine*, Série C, n°3.
- CourIADH, 29 juillet 1988, *Velasquez Rodriguez*, Série C N°4.

Cour et ComADHP

- ComADHP, 22 mai 2008, *IHRDA (pour le compte de Esmaila Connateh et 13 autres c. République d'Angola)*, n° 292/04.
- ComADHP, 13-27 octobre 2001, *Social and economic Rights Action Center, Centre for Economic and social Rights c. Nigeria*, n° 155/96.
- ComADHP, 6 novembre 2000, *Media Right c. Nigéria*, n°224/98.
- ComADHP, 11 mai 2000, *Malawi Africa Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union interafricaine des droits de l'Homme et RADDHO, Collectif des veuves et ayants-Droit, Association mauritanienne des droits de l'Homme c. Mauritanie*, n°54/91-61/91-96/93-98/93-164/97_196/97-210/98.
- ComADHP, 15 novembre 1999, *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights, Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa c. Soudan*, n°48/90,50/91, 52/91 et 89/93.
- ComADHP, 5 mai 1999, *Amnesty International c. Zambie*, n°212/98.
- ComADHP, 11 novembre 1997, *Union Interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme, Rencontres africaines des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme en Angola*, n°159/96.
- ComADHP, 27 avril 1994, *Krishna Achuthan (pour le compte de Aleke Banda), Amnesty International (pour le compte d'Orton et Vera Chirwa), Amnesty International (pour le compte d'Orton et Vera Chirwa) c. Malawi*, n°64/92-68/92-78/92.
- ComADHP, *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme (RADDHO) c. Zambie*, 1994, n°71/92.
- ComADHP, 3 mars 1993, *Modise c. Bostwana*, n°97/93.

TPIY

- 22 février 2001, *Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, n°IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.
- 10 décembre 1998, *Procureur c. Anto Furundzija*, n°IT-95-17/1-T.
- 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et al.*, n°IT-96-21-IT.

CJCE/ CJUE

- 3 mai 2013, *Ymeraga c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, aff. C-87/12, non encore publiée au Recueil.
- 24 mai 2011, *Commission c. Belgique*, aff. C-47/08, *Rec.* 2011 p.I-04105.
- 24 mai 2011, *Commission c. France*, aff. C-50/08, *Rec.* 2011 p.I-04195.
- 24 mai 2011, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-51/08, *Rec.* 2011 p.I-04231.
- 24 mai 2011, *Commission c. Portugal*, aff. C-52/08, *Rec.* 2011 p.I-04275.
- 24 mai 2011, *Commission c. Autriche*, aff. C-53/08, *Rec.* 2011 p.I-04309.

- 24 mai 2011, *Commission c. Allemagne*, aff. C-54/08, *Rec.* 2011, p.I-04355.
- 24 mai 2011, *Commission c. Grèce*, aff. C-61/08, *Rec.* 2011 p.I-04399.
- 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, *Rec.* 2011, p.I-1177
- 4 février. 2010, *Hava Genc contre Land Berlin*, aff. C-14/09, *Rec.* 2010, p.I-931.
- 4 juin 2009, *Vatsouras*, aff. C-22/08, affaires jointes C-22/08 et C-23/08, *Rec.* 2009, p.I-04585.
- 25 juillet 2008, *Metock e. a.*, aff. C-127/08, *Rec.* 2008, p.I-6241.
- 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, *Rec.* 2007, p.I-11767.
- 11 décembre 2007, *Fédération internationale des ouvriers du transport et Union finlandaise des marins (« Viking »)*, aff. C-438/05, *Rec.* 2007, p.I-10779.
- 12 septembre 2006, *Espagne c. Royaume-Uni*, aff. C-145/04, *Rec.* 2006, p.I-143.
- 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.* 2006, p.I-57/69.
- 23 mars 2006, *Commission c. Belgique*, aff. C-408/03, *Rec.* 2006, p.I-2647.
- 9 mars 2006, *Werhof*, aff. C-499/04, *Rec.* 2006, p.I-2397.
- 27 janvier 2005, *Europe Chemi-Con (Deutschland) c. Conseil*, aff. C-422/02, *Rec.* 2005, p.I-791.
- 26 novembre 2002, *Ministre de l'Intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, aff. C-100/01, *Rec.* 2002, p.I-10981.
- 25 juillet 2002, *MRAX c. Belgique*, aff. C-459/99, *Rec.* 2002 p.I-6591.
- 19 octobre 2004, *Zhu et chen*, aff. C-200/02, *Rec.* 2004, p.I-9925.
- 16 septembre 2004, *Merida*, aff. C-400/02, *Rec.* 2004, p.I-8471.
- 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, *Rec.* 2002, p. I-7091.
- 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C 60/00, *Rec.* 2002, p. I-6279.
- 5 février 2002, *Kaske*, aff. C-277/99, *Rec.*, p. I-1261.
- 18 janvier 2001, *Commission c. Italie*, aff. C-162/99, *Rec.* 2001, p.I-541.
- 25 mai 2000, *Commission c. Italie*, aff. C-424/98, *Rec.* 2000, p.I-4001
- 11 avril 2000, *Kaba*, aff. C-356/98, *Rec.* 2003, p.I-2623.
- 21 septembre 1999, *Proc. Pénale c. F.A. Wijzenbeek*, aff C-378/97, *Rec.* 1999, p.I-6207.
- 29 octobre 1998, *Awoyemi*, aff. C-230/97, *Rec.* 1998, p.I-6805.
- 24 septembre 1998, *Commission c. France*, aff. C-35/97, *Rec.* 1998, p.I-5325.
- 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, *Rec.* 1998, p.I-1931.
- 4 novembre 1997, *Snares*, aff. C-20/96, *Rec.* 1997, p.I-6057.
- 30 septembre 1997, *Consorts Günaydin et Freistaat Bayern*, aff. C-36/96, *Rec.* 1997, p.I-5143.
- 20 octobre 1993, *Maria Chiara Spotti c. Freistaat Bayernaff*, aff. C-272/92, *Rec.* 1993, p.I-5185.

- 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec.*1993, p.I-1663.
- 20 février 1997, *Commission c. Belgique*, aff. C-344/95, *Rec.* 1997, p.I-1061.
- 26 février 1991, *Antonissen*, aff. C-292/89, *Rec.* 1991, p.I-745.
- 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, *Rec.*1992, p.I-4265
- 4 juillet 1991, *Association de soutien aux travailleurs immigrés (ASTI) contre Chambre des employés privés*, aff. C-213/90, *Rec.* 1991 p.I-3507
- 12 décembre 1990, *Kaefer et Procacci*, aff. C-100 et C-101/89, *Rec.*1990, p.I-4647.
- 18 octobre 1990, *Dzodzi*, aff. C-297/88 et C-197/89, *Rec.*1990, p.I-3763.
- 3 octobre 1990, *Nino et al.*, aff. C-54/88, C-91/88 et C-14/89, *Rec.*1990, p.I-3537.
- 30 mai 1989, *Alluè et Coonan c. Università degli studi di Venezia*, aff. C-33/88, *Rec.*1989, p.I-1591.
- 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. C-222/86, *Rec.*1987, p.I-4087.
- 14 octobre 1987, *RFA et autres c. Commission*, aff. C-323/82, *Rec.* 1987, p.I-4013.
- 30 septembre 1987, *Meryem Demirel c. Ville de Schwâbisch Gmund*, aff. C-12/86, *Rec.* 1987, p.I-3719.
- 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. C-56/85, *Rec.*1986, p.I-2121.
- 3 juin 1986, *Kempf*, aff. C-139/85, *Rec.*1986, p.I-1741.
- 15 janvier 1986, *Pinna c. Caisse d'allocations familiales de la Savoie*, aff. C-41/84, *Rec.*1986, p.1.
- 28 juin 1984, *Moser c. Land Baden-Württemberg*, aff. C-180/83, *Rec.*1984, p.I-2539.
- 18 mai 1982, *Rezguia Adoui c. État belge et ville de Liège et Dominique Cornuaille c. État belge*, affaires jointes C-115 et C-116/81, *Rec.* 1982, p.I-1665.
- 23 mars 1982, *Levin*, aff. C-53/81, *Rec.*1982, p.I-1035.
- 17 décembre 1980, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. 149/79, *Rec.* 1980, p. I-3881.
- 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, aff. Jointes C-117/76 et C-16/77, *Rec.* 1977, p.I-01753.
- 8 avril 1976, *Royer*, aff. C-48/75, *Rec.* 1976, p. I-497.
- 28 octobre 1975, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. C-36/75, *Rec.* 1975, p.I-1219.
- 9 octobre 1974, *G. Biason*, aff. C-24/74, *Rec.*1974, p.I-999.
- 21 juin 1974, *Reyners*, aff. C-2/74, *Rec.* 1974, p.I-631.
- 4 avril 1974, *Commission c. France dit des « marins français »*, aff. C-167/73, *Rec.*1974 p.I-359.
- 15 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73, *Rec.* 1974, p.I-153.
- 22 juin 1972, *Frilli*, aff. C-1/72, *Rec.*1972, p.I-457.
- 15 juillet 1964, *Van der Veen*, aff. C-100/63, *Rec.*1964, p.I-1105.
- 17 juillet 1963, *République italienne c. Commission*, aff. C-13/63, *Rec.* 1963, p.I-360.

Jurisprudence nationale

Afrique du Sud

- Cour constitutionnelle, 4 mars 2004, *Khosa and others v. Minister of social development and others*, CCT12/03.

Allemagne

- Federal Administrative Tribunal, Judgment of 28 May 1991 (1 C 20.89), *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 53, 1993, p.389.

- Federal administrative Court of Germany, 1956, *Expulsion of Foreign National (Germany)* case, *ILR*, Vol. 32, p.255.

Argentine

- Cour Suprême, Aquino, *Isacio c. Cargo Servicios industriales S.A. s/accidentes ley 9.688*, 21 septembre 2004.

Belgique

- Conseil d'Etat, 1960, *Ouriaghi v. Belgium State*, 31 *Int'l L. Rep.* 352.

Bosnie-Herzégovine

- Chambre des droits de l'homme de la Bosnie-Herzégovine, 7 mars 2003, *M.M. c. Fédération de Bosnie-Herzégovine*, CH/00/3476.

Canada

- Cour suprême du Canada, *Dunmore c. Ontario* (Procureur général), 2001, 3 R.C.S. 1016.

Colombie

- Cour constitutionnelle, 12 octobre 2004, Décision sur le programme de renouvellement de l'administration publique, n°C-991-2004.

- Cour constitutionnelle, 24 septembre 2002, Décision sur les régimes transitoires de pension de vieillesse – Système général des retraites, n° T-789/2002.

- Cour constitutionnelle, 23 septembre 1992, Décision sur les droits des personnes sans ressources, n°T-533/92.

- Cour constitutionnelle, 24 juin 1992, Décision sur le principe constitutionnel de pondération, n°T-426/92.

Costa Rica

- Cour de cassation, 1962, *Hearn v. Consejo de Gobierno*, 32 *Int'l L. Rep.* 257.

France

- CE, 7 juin 2006, *Aides et al.*, n°285576, *AJDA* 2006, 2233.
- CE, 14 janvier 1998, *Gisti et FTDA*, n°174219.
- CE, 23 avril 1997, *Gisti*, n°163043.
- CE, 15 mai 1995, *Raut*, n°152417, *tables*.
- CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI et a.*, n° 10097 10677 10679.
- CE, Ass., 13 mai 1977, *Perregaux et a.*, n°00447, *Leb.* 216.
- CE, 21 janvier 1977, *Ministre de l'Intérieur c. Dridi*, *Leb.* 38.
- CE, 18 juin 1976, *Moussa Konaté*, *Leb.* 321.
- CE, 13 janvier 1975, *Da Silva et as.*, *Leb.* 16.
- CE, 4 août 1936, *Naundorff*, *Leb.*380.
- CE, 14 mars 1884, *Morphy*, *Leb.*215.

- Cass, soc., 14 avril 2010, *RJS* 6/10, n°529.
- Cass. crim., 20 février 1979, *Batchono*, *Bull.*, p. 208.
- Cour cass., 27 février 1934, *Castanié c. Dame veuve Hurtado*.

- Conseil constitutionnel, 13 août 1993, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, déc. n°93-325 DC.
- Conseil constitutionnel, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, déc. n°92-307 DC.
- Conseil constitutionnel, 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, déc. n°79-109 DC.

Etats-Unis

- Supreme Court, 27 mars 2002, *Hoffman Plastics Compound, Inc v. National Labour Relations Board (NLRB)*, n° 00-1595.
- Cour fédérale d'appel du 9e Circuit, *Doe v. Unocal Corp.*, (2002) *U.S. Lexis* 19263.
- Supreme Court, *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52 (1941).
- Supreme Court, *Oyama v. California*, 322 U.S. 633 (1948).
- *Disconto Gesellschaft v. Umbreit*, 208 U.S. 570 (1908).

- Supreme Court, *Ferrara v. Auric Min. Co.*, 43 Colo. 496 (1908).
- *Romano v. Capital City Brick & Pipe Co.*, 125 Iowa 591 (1904).
- Supreme Court, *Mulhall v. Fallon*, 176 Mass. 266 (1900).
- Supreme Court, *Nishumura Ekiu V. U.S. (Chinese Exclusion Case)*, 130 U. S. 581 (1899).

Portugal

- Tribunal constitutionnel, 11 avril 1984, n°39/84.

Royaume-Uni

- Chambre des Lords, *European Roma Rights Centre and others v. Immigration Officer at Prague airport* (2004) UKHL 55.
- Chambre des Lords, l'affaire *ex parte Pinochet (No. 3)*, 24 mars 1999, *ILR*, vol. 119.
- Chambre des Lords, *Johnstone v. Pedlar*, (1921) 2 A.C. 262
- Chambre des Lords, *Buron v. Denman* (1848) 2 Ex. 167.

Suisse

- Tribunal fédéral suisse, *V contre la Commune X et le Conseil d'Etat du canton de Berne*, ATF 121/367 du 27 octobre 1995.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	4
SOMMAIRE	8
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	10
INTRODUCTION	16
I. La notion de « travailleur migrant ».....	23
1. Une notion excluante à raison de l'objet et des modalités du travail : fragmentation entre différentes catégories de migration aux fins d'emploi.....	24
2. Une notion excluante à raison de l'objet de la migration : distinction vis-à-vis des autres catégories d'étrangers autorisés à travailler	27
II. L'émergence d'un consensus international autour du besoin de protection des travailleurs migrants	30
1. La difficile concertation entre les Etats d'origine et les Etats de destination.....	30
2. Un consensus international variable à échelle de la protection plurielle.....	33
III. La reconnaissance progressive de droits subjectifs aux travailleurs migrants	40
1. Le travail : un domaine favorable à la reconnaissance de droits ?	41
2. Le travailleur migrant, un individu bénéficiant de la prise en compte croissante des personnes privées en droit international.....	44
IV. Problématique.....	47
PARTIE I : L'ACQUISITION ET LA PERTE DE LA QUALITE DE TRAVAILLEUR MIGRANT	50
CHAPITRE I : LA LIBERTE SOUVERAINE D'ADMISSION DE L'ETAT D'ACCUEIL 52	
SECTION I : L'inexistence de principe d'un droit d'entrer	53
§1- Au droit de sortie ne correspond pas un droit d'entrer.....	53
A. L'existence d'un droit de sortie du territoire de « son Etat »	54
B. L'absence du droit d'entrer sur le territoire d'un Etat tiers	57
§2- Le cas spécifique des organisations régionales d'intégration	65
A. L'affirmation d'une liberté de circulation des travailleurs en Europe.....	67
B. Des avancées timides en dehors de l'Europe.....	77

SECTION II : L'encadrement des modalités d'admission.....	84
§1- L'échange d'informations sur la situation de l'emploi et la législation de l'Etat d'accueil.....	85
A. Le droit à l'information des travailleurs migrants pour prévenir les « migrations abusives ».....	85
B. L'obligation de coopération internationale en matière d'information.....	89
§2- L'octroi de facilités administratives au travailleur migrant régulièrement recruté	91
A. L'encadrement des modalités de recrutement	92
B. L'encouragement à l'introduction du travailleur recruté.....	96
Conclusion du Chapitre I :	98
CHAPITRE II : LE RETOUR COMME OBJECTIF	100
SECTION I : L'encouragement au retour volontaire.....	100
§1- La favorisation des migrations circulaires	101
A. La notion de migration circulaire	101
B. L'approche programmatique des migrations circulaires.	106
§2- Les aides au retour et à la réinsertion	110
A. La coopération avec les pays d'origine en vue du retour des travailleurs migrants	110
B. Potentialisation des migrations de retour et aide au développement.....	113
SECTION II : L'encadrement de l'éloignement contraint par l'Etat d'accueil	115
§1- La définition des causes légitimes d'éloignement.....	117
A. Les garanties spécifiques liées à l'emploi.	118
B. Les garanties générales liées à l'ordre public	121
§2- La définition des modalités d'éloignement	124
A. Les garanties liées à la forme de la mesure d'éloignement	125
B. Les garanties liées au contenu de la mesure d'éloignement	129
Conclusion du Chapitre II :	133
Conclusion de la Partie I :	134

PARTIE II : LES DROITS DU TRAVAILLEUR MIGRANT LIES A SON SEJOUR	136
<i>TITRE I : L'ENCADREMENT EN DROIT INTERNATIONAL DU TRAITEMENT DES TRAVAILLEURS ETRANGERS</i>	138

CHAPITRE I : UN ENCADREMENT A <i>MINIMA</i> : L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION.....	140
--	-----

SECTION I : L'opposabilité du principe de non-discrimination à l'Etat d'accueil.....	141
--	-----

§1 – L'affirmation d'un traitement international des étrangers.....	142
---	-----

A. Le traitement des étrangers, un domaine traditionnellement réservé	142
---	-----

B. L'internationalisation du traitement des étrangers	144
---	-----

§2 – L'identification de l'obligation internationale de traitement des étrangers.....	149
---	-----

A. Standard minimum ou égalité de traitement ?	150
--	-----

B. L'existence d'une obligation coutumière internationale	153
---	-----

SECTION II : Divergences autour du principe de non-discrimination.....	156
--	-----

§1 – Divergence autour de la notion de discrimination	156
---	-----

A. La qualification de la discrimination	157
--	-----

B. L'autonomie de l'interdiction de discrimination	162
--	-----

§2 – Le principe de non-discrimination, une norme de jus cogens ?	165
---	-----

A. La reconnaissance d'un principe supérieur	165
--	-----

B. La consécration de la nature <i>cogens</i> de l'interdiction de la discrimination par la Cour interaméricaine des droits de l'homme	169
--	-----

Conclusion Chapitre I :	172
-------------------------------	-----

CHAPITRE II : ETENDUE DU PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION DANS LES INSTRUMENTS RELATIFS AUX TRAVAILLEURS ETRANGERS	174
--	-----

SECTION I : L'interdiction de la discrimination selon l'origine nationale au regard des droits des travailleurs nationaux.....	174
--	-----

§1 – L'affirmation du principe de l'égalité de traitement au travail.....	175
---	-----

A. Le choix de l'égalité de traitement dans les textes internationaux	175
---	-----

B. L'affirmation de l'égalité de traitement selon le seul critère de l'origine nationale	179
--	-----

§2 – La persistance de la liberté des Etats pour la détermination du droit applicable.....	184
--	-----

A. La raison du choix de l'égalité de traitement s'agissant des travailleurs étrangers.	184
---	-----

B. La pluralité de statuts du travailleur étranger.	187
--	-----

SECTION II : Vers un standard minimum de traitement des travailleurs étrangers ?.....	190
§1 – L’apport de la notion de « droits sociaux fondamentaux »	191
A. L’affirmation des droits sociaux fondamentaux	191
B. L’identification des droits sociaux fondamentaux.....	194
§2 – L’opposabilité restreinte des « droits sociaux fondamentaux »	198
A. La consécration des droits sociaux « fondamentaux » dans des instruments de <i>soft law</i> 199	
B. Le caractère coutumier des droits sociaux fondamentaux ?	201
Conclusion du Chapitre II :	206
<i>TITRE II : LE TRAVAILLEUR MIGRANT : UN TRAVAILLEUR, UN INDIVIDU</i>	208
CHAPITRE I : LA QUALITE DE « TRAVAILLEUR », FONDEMENT DE L’EGALITE DE TRAITEMENT « DANS L’ENTREPRISE »	210
SECTION I : Le bénéfice de droits directement liés au travail.....	211
§1 – L’égalité restreinte des droits liés à l’accès à l’emploi.....	212
A. L’interdiction non-absolue de la discrimination en termes d’emploi et de profession 213	
B. Les garanties sociales conditionnelles en cas de perte de l’emploi.....	221
§2 – L’égale garantie des droits liés à l’exercice du travail	226
A. L’égalité de traitement dans le cadre de la relation individuelle du travail.....	227
B. L’égalité de traitement dans le cadre de la relation collective du travail	235
SECTION II : Le bénéfice de droits « accessoires » au travail.....	242
§1- Les droits liés à la sécurité sociale	242
A. L’égal accès à la couverture et aux prestations de sécurité sociale dans le pays d’accueil	243
B. La reconnaissance ponctuelle de l’exportabilité et du maintien des droits dans un autre pays	250
§2- La libre disponibilité des ressources : les transferts de fonds	254
A. Le droit de transférer librement les fonds à l’étranger	256
B. Une tentative de mise en cohérence des politiques pour une gestion plus efficace	258
Conclusion du Chapitre I :	262

CHAPITRE II : LA MISE EN OEUVRE DU TRAITEMENT INDISCRIMINE DE L'« INDIVIDU » : L'« INTEGRATION DANS LA CITE ».....	264
SECTION I : Le bénéfice géographiquement limitée de droits « conditionnels »	267
§1- La reconnaissance d'un droit conditionné par la stabilité matérielle et temporelle du séjour : le droit au respect de la vie privée et familiale	267
A. L'affirmation du droit au regroupement familial	268
B. Le droit à l'égalité de traitement pour les membres de la famille	278
§2- La reconnaissance d'un droit conditionné à la sédentarisation : le droit de vote.....	282
A. Le principe de l'exclusion des droits publics et politiques.....	283
B. Les exceptions au principe au bénéfice des migrants sédentarisés	288
SECTION II : Le bénéfice plus largement admis de droits « inconditionnels ».....	291
§1- Le droit à l'intégrité physique et identitaire du migrant et de sa famille	292
A. Le droit à l'identité culturelle et la liberté d'expression du travailleur migrant.....	293
B. La protection de l'intégrité physique du travailleur migrant et de ses biens.....	297
§2- Le droit de recours devant les juridictions nationales	303
A. La disponibilité des recours	304
B. Locus standi in judicio.....	306
CONCLUSION DU CHAPITRE II :	310
CONCLUSION PARTIE II :	311

PARTIE III L'EFFECTIVITE DES DROITS DU TRAVAILLEUR MIGRANT 314

<i>TITRE I : LA GARANTIE DES DROITS DU TRAVAILLEUR MIGRANT PAR L'ETAT D'ACCUEIL</i>	320
---	-----

**CHAPITRE I : LES DROITS DES TRAVAILLEURS MIGRANTS, DES DROITS
DIFFICILES A GARANTIR** 320

SECTION I : Les difficultés liées à la spécificité de la norme internationale	321
§1- Une mise en œuvre variable selon la source de la norme	321
A. La disparité des sources du droit international applicable aux travailleurs migrants 321	
B. La place importante du droit promotionnel pour la protection des travailleurs migrants.....	325

§2- Une mise en œuvre variable selon la nature de l'obligation	329
A. La flexibilité des normes relatives aux travailleurs migrants	330
B. Quelle applicabilité et invocabilité directes pour les droits des travailleurs migrants ? 335	
SECTION II : Les difficultés liées aux spécificités internes des Etats	339
§1- Une structure politico-administrative variable	339
A. Un débiteur difficile à identifier	340
B. Indifférence du droit international quant à la structure interne de l'Etat.....	343
§2- La nécessité d'une administration du travail de contrôle efficace	345
A. Le rôle fondamental de l'administration et de l'inspection du travail.....	346
B. Des structures de contrôle souvent trop faibles	350
Conclusion du Chapitre I :	352
CHAPITRE II : LE SUIVI INTERNATIONAL DE LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS DES TRAVAILLEURS MIGRANTS	354
SECTION I : Le suivi dans le cadre de procédures de contrôle	354
§1- Le suivi par des mécanismes peu contraignants.....	354
A. Une procédure de suivi classique : la procédure des rapports périodiques des Etats 355	
B. L'obligation d'examiner les conventions non ratifiées	362
§2- La coopération internationale pour la mise en œuvre des droits des travailleurs migrants	367
A. L'assistance technique des organisations internationales auprès des Etats.....	367
B. La coopération interinstitutionnelle.....	372
SECTION II : Une promotion dynamique des droits des travailleurs migrants sur la scène internationale	374
§1-Les initiatives des organisations internationales	375
A. L'adoption de programmes et de plans d'actions	376
B. La promotion <i>ad hoc</i> : les mandats des rapporteurs spéciaux	381
§2- Régularité de la concertation internationale multipartite	385
A. La promotion des droits des travailleurs migrants dans des enceintes de discussion 385	
B. Le rôle de la société civile dans la défense des droits des travailleurs étrangers	389
Conclusion du Chapitre II :	392

TITRE II : LES DROITS DE L'HOMME AU SECOURS DE LA JUSTICIABILITE DES DROITS DU TRAVAILLEUR MIGRANT 394

CHAPITRE I : LA DISPONIBILITE DE VOIES DE RECOURS COMPLEMENTAIRES 396

SECTION I : Les faiblesses institutionnelles de la justiciabilité des droits des travailleurs migrants 396

§1- Un mécanisme supplétif occasionnel : la protection diplomatique 396

A. Un mécanisme difficile à actionner 397

B. Un mécanisme encore nécessaire 400

§2- Des modalités de recours imparfaites pour garantir la protection des « travailleurs » 404

A. La création de voies de recours indirectes 404

B. Des voies de recours quasi-juridictionnelles faiblement exploitées 409

SECTION II : La disponibilité de voies de recours individuelles non spécifiques pour protéger « l'individu » 418

§1- La disponibilité de voies de recours devant les mécanismes régionaux 418

A. La disponibilité de voies de recours individuelles 419

B. L'exercice des voies de recours directes par les travailleurs migrants en pratique. 424

§2- La disponibilité de recours quasi-juridictionnels devant des organes conventionnels onusiens 430

A. Le développement d'une compétence matérielle concernant les travailleurs migrants 431

B. L'exercice de la compétence quasi-contentieuse par les comités 436

Conclusion du Chapitre I : 439

CHAPITRE II : LE RECOURS AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES POUR GARANTIR LA JUSTICIABILITE DES DROITS DES TRAVAILLEURS MIGRANTS 440

SECTION I : La présomption d'injusticiabilité des droits sociaux 441

§1-Faux débats sur la justiciabilité des droits sociaux 442

A. L'existence *a priori* de différences intrinsèques 442

B. Un postulat surmontable au nom de l'indivisibilité des droits de l'homme 445

§2- Vrais obstacles à la garantie juridictionnelle des droits sociaux en pratique 448

A. Le difficile accès à une juridiction *ratione materiae* 449

B. Réticence traditionnelle des juges à exercer leur compétence 452

SECTION II : L'approche audacieuse des juges : la protection par ricochet des travailleurs migrants	458
§1- L'utilisation des droits civils et politiques pour exercer une compétence	458
A. L'affirmation compétence matérielle résiduelle en matière de droits sociaux	459
B. La « perméabilité » des droits de l'homme fondement de l'extension de la compétence matérielle en matière de droits sociaux.....	464
§2- La sanction des droits sociaux par ricochet.....	468
A. Le développement de techniques de contrôle juridictionnel	468
B. La précision des obligations concernant les droits sociaux	472
Conclusion du Chapitre II :	475
Conclusion de la Partie III :.....	476
CONCLUSION GENERALE	478
ANNEXES	490
Annexe n°1 : Quelques données sur la migration internationale de main-d'œuvre	492
Annexe n°2 : Avantages et inconvénients potentiels de l'émigration et de l'immigration.	493
Annexe n°3 : Emplois fermés en France	495
Annexe n°4 : Coût approximatif du rapatriement de fonds de 200 dollars E.-U. (% du capital)	500
Annexe n°5 : Contrôle et inspection du travail.....	501