



Conseil économique et social

Distr. générale
1^{er} juin 2010
Français
Original : anglais

Session de fond de 2010

New York, 28 juin-23 juillet 2010

Point 14 g) de l'ordre du jour provisoire*

**Questions sociales et questions relatives
aux droits de l'homme : droits de l'homme**

Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme**

Résumé

Le présent rapport porte principalement sur les droits économiques, sociaux et culturels des migrants dans les pays d'accueil et sur les obligations des États dans ce domaine. Une analyse est présentée à partir des instruments internationaux, des travaux d'organes de surveillance de l'application des traités et de titulaires de mandat au titre des procédures spéciales, ainsi que de la jurisprudence internationale et nationale afin de mettre en évidence les obligations générales des États et leurs obligations spécifiques concernant divers droits économiques, sociaux et culturels des migrants.

* E/2010/100.

** Rapport présenté avec retard dans le souci d'y faire figurer une information aussi actuelle que possible.



Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Obligations des États concernant les droits économiques, sociaux et culturels de tous les migrants	5
A. Obligations générales	6
B. Éducation	8
C. Santé	10
D. Logement	13
E. Nourriture	15
F. Sécurité et protection sociales	16
G. Travail et droits liés au travail	18
H. Droits culturels	19
III. Conclusions	20

I. Introduction

1. Le présent rapport, soumis en application de la résolution 48/141 de l'Assemblée générale, porte principalement sur les droits économiques, sociaux et culturels des migrants dans les pays d'accueil et sur les obligations des États dans ce domaine. Il doit être lu en parallèle avec les précédents rapports du Conseil économique et social qui ont explicité certains aspects de la protection et de la promotion des droits économiques, sociaux et culturels s'appliquant également aux migrants. Ces rapports ont abordé les questions de la protection juridique des droits économiques, sociaux et culturels (E/2006/86); la notion de « réalisation progressive » (E/2007/82); le principe de l'égalité des sexes et l'interdiction de la discrimination à l'égard des femmes dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (E/2008/76); ainsi que la mise en œuvre et le suivi des droits économiques, sociaux et culturels (E/2009/90).

2. On estime que 214 millions de personnes vivent actuellement hors de leur pays d'origine¹. Les migrations touchent toutes les régions du monde. Contrairement à une idée répandue, on compte moins de migrants internationaux des pays en développement vers les pays développés que d'un pays en développement à un autre ou d'un pays développé à un autre. Certaines migrations sont salutaires et stimulantes, mais de nombreux migrants sont victimes de discrimination, d'exploitation et d'un large éventail de violations de leurs droits fondamentaux. Dans le monde entier, les migrants risquent davantage de voir leurs droits économiques, sociaux et culturels bafoués. Ils n'ont souvent accès ni aux soins de santé publics, ni à un logement adéquat, ni à une couverture sociale de base. De graves violations sont commises à l'encontre de leurs droits liés au travail; les travailleuses subissent en particulier de multiples formes de discrimination. Dans certains cas, les migrants évitent de recourir aux services en place par crainte de révéler leur statut. Les migrants sont particulièrement vulnérables parce qu'ils ne bénéficient pas de la protection juridique du pays dont ils ont la nationalité. En outre, venant de l'extérieur, ils connaissent souvent mal la langue, les lois et les pratiques de leur pays d'accueil et n'ont pas forcément accès aux réseaux sociaux habituels. Ils sont de ce fait moins à même que les autres de connaître et de faire valoir leurs droits.

3. Si l'on veut étudier les droits des migrants, il est important de resituer le mouvement international de personnes dans le contexte mondial contemporain. Si la pauvreté, l'exclusion sociale ou les atteintes aux droits de l'homme, notamment aux droits économiques, sociaux et culturels, continuent de pousser de nombreux individus et familles à migrer, des facteurs récents, tels que la récession économique mondiale, les changements climatiques et l'insécurité alimentaire sont venus s'ajouter aux facteurs de vulnérabilité préexistants. Les sessions extraordinaires du Conseil des droits de l'homme consacrées aux crises alimentaire et financière ont mis en évidence les faiblesses critiques des migrants dans ces situations. En outre, les migrants contraints de se déplacer du fait de la dégradation de l'environnement et des changements climatiques sont souvent extrêmement démunis face aux atteintes à leurs droits fondamentaux, et ce, tout au long de leur trajet migratoire.

¹ Programme des Nations Unies pour le développement, *Rapport sur le développement humain, 2009, Lever les barrières : mobilité et développement humains* (New York, 2009).

4. La crise financière mondiale a influé sur les migrations internationales de différentes façons. Dans les pays d'accueil, ces crises ont favorisé la montée de la xénophobie, de l'hostilité et des pratiques discriminatoires à l'encontre des migrants. Les travailleurs migrants sont souvent les premiers à perdre leur emploi et à voir leur salaire diminuer et leurs conditions de travail empirer quand les entreprises et les employeurs cherchent à réaliser des économies. La réduction des services sociaux a par ailleurs des incidences sur la qualité de vie et la santé des migrants. Le retour dans leurs pays d'origine des travailleurs migrants qui ont perdu leur emploi ou dont les gains ont diminué peut engorger les services sociaux de ces pays déjà mis à rude épreuve et en compromettre aussi la stabilité économique et sociale. La diminution des envois de fonds qui s'ensuit peut également avoir des répercussions sur les droits économiques, sociaux et culturels dans le pays d'origine, notamment sur la sécurité alimentaire.

5. Il y a fort à parier que la crise alimentaire mondiale aura une incidence néfaste comparable sur la structure des mouvements migratoires dans certaines régions, même si elle n'a pas pour effet à court terme d'augmenter les migrations internationales. On peut déjà constater que la crise alimentaire a amplifié les déplacements internes et a eu une incidence néfaste sur les groupes vulnérables tels que les réfugiés et les personnes déplacées dans leur propre pays. La montée des prix des denrées alimentaires peut engendrer ou aggraver la malnutrition, parfois exacerbée par la diminution des envois de fonds. L'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) a « pris note de l'importance croissante des migrations aux niveaux tant national qu'international, qui contribuent à la sécurité alimentaire, et elle a instamment invité tous les pays à améliorer la gestion, l'éducation et la protection des travailleurs migrants et de leur famille »².

6. Les changements climatiques jouent aussi un rôle déterminant dans les migrations, tant à court qu'à long terme. À court terme, les phénomènes climatiques tels que les inondations, les séismes, les violentes tempêtes et les crues soudaines des lacs glaciaires provoquent nécessairement des migrations internes et même internationales. À plus long terme, les phénomènes climatiques tels que l'élévation du niveau de la mer, la salinisation des terres agricoles, la désertification et l'aggravation de la pénurie d'eau peuvent contraindre des individus ou des communautés à partir pour pouvoir exercer leurs droits fondamentaux, notamment leur droit à l'eau.

7. Il faut donc que tous les États examinent soigneusement la législation et les politiques en vigueur pour trouver des solutions adéquates aux problèmes auxquels se heurtent les migrants, remédier à leur vulnérabilité et empêcher que leurs droits économiques, sociaux et culturels ne soient lésés. C'est pour cela qu'il est important que les États envisagent les migrations du point de vue des droits de l'homme, c'est-à-dire en plaçant le migrant en tant qu'individu au centre des politiques relatives aux migrations et en veillant à assurer sa protection, à promouvoir sa participation et à lui donner accès à des voies de recours en cas d'atteintes portées à ses droits. Les répercussions de la législation relative aux migrations et de la pratique administrative sur les droits de l'homme doivent donc être au cœur de la formulation et de la mise en œuvre des politiques. Les périodes de crise, qu'elles

² Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, « Rapport de la vingt-cinquième Conférence régionale pour l'Asie et le Pacifique », Yokohama (Japon), 28 août-1^{er} septembre 2000 (APRC/00/REP), par. 66.

soient réelles ou supposées, sont souvent marquées par une montée de la xénophobie, de l'hostilité à l'encontre des migrants et des pratiques discriminatoires qui portent atteinte à leurs droits fondamentaux. Ceci est particulièrement pernicieux lorsque ces sentiments sont renforcés par une législation, une réglementation et des politiques qui criminalisent et excluent les migrants. Les États ayant de plus en plus souvent tendance à placer les migrants en situation irrégulière en rétention administrative, nombre d'entre eux risquent d'être détenus inutilement et de façon prolongée ou (potentiellement) indéfinie et de voir bafouer leurs droits, notamment à la santé, à l'éducation ou à un niveau de vie adéquat.

8. Compte tenu du caractère indivisible et de l'interdépendance de tous les droits fondamentaux, l'absence de protection et de garantie des droits économiques, sociaux et culturels peut également avoir des conséquences graves sur la réalisation des droits civils et politiques et inversement. Ainsi, exiger la présentation d'une carte de résident pour déclarer un enfant à la naissance prive en fait dès la naissance les enfants de migrants en situation irrégulière du droit d'avoir une identité personnelle et de leur droit à la citoyenneté en les empêchant parfois aussi d'avoir accès à l'éducation. Il est important de noter que la protection des droits économiques, sociaux et culturels est étroitement liée à l'insertion et à l'intégration sociale des migrants, qui leur permettent d'avoir une vie productive sur le plan économique et enrichissante sur les plans culturel et social. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a donc engagé les États à « [s]upprimer les obstacles empêchant ou limitant l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels par les non-ressortissants, notamment dans les domaines de l'éducation, du logement, de l'emploi et de la santé » (recommandation générale n° 30, par. 29).

II. Obligations des États concernant les droits économiques, sociaux et culturels de tous les migrants

9. On peut analyser les obligations des États concernant les droits économiques, sociaux et culturels des migrants à la lumière de la teneur et de l'interprétation autorisée des instruments spécifiquement destinés à protéger les droits des migrants, ainsi que des obligations générales des États envers toutes les personnes se trouvant sur leur territoire ou relevant de leur juridiction, quel que soit leur statut.

10. Différents termes ont été employés, notamment dans les travaux des organes de surveillance de l'application des traités, pour décrire la catégorie des « migrants » : un migrant peut ainsi être autorisé ou non, en situation régulière ou irrégulière et avec ou sans titre de séjour³. Aux fins du présent rapport, l'expression « migrant en situation régulière » englobera les notions de migrant autorisé et de migrant muni d'un titre de séjour, c'est-à-dire de migrant légalement autorisé à entrer et demeurer dans le pays de destination. De même, on désignera par

³ Voir le Groupe mondial sur la migration, International Migration and Human Rights (Les migrations internationales et les droits de l'homme), octobre 2008. Il convient de noter qu'il n'existe pas de définition internationale d'un « migrant ». Toutefois, aux termes de l'article 2 1) de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, « l'expression "travailleurs migrants" désigne les personnes qui vont exercer, exercer ou ont exercé une activité rémunérée dans un État dont elles ne sont pas ressortissantes ».

« migrants en situation irrégulière » et « migrants sans titre de séjour » les migrants dépourvus de statut juridique dans un pays de transit ou un pays d'accueil.

A. Obligations générales

11. Fondés sur la dignité inhérente ainsi que sur les droits égaux et inaliénables de tout être humain, les principes de l'égalité et de la non-discrimination se trouvent au cœur du droit international des droits de l'homme. On peut le lire dans la Déclaration universelle des droits de l'homme que « [c]hacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la [...] Déclaration, sans distinction aucune » (art. 2). Quant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, il garantit à toute personne les droits qui y sont énoncés. Le Comité des droits de l'homme a indiqué que « les droits énoncés dans le Pacte [international relatif aux droits civils et politiques] s'appliquent à toute personne, sans considération de réciprocité, quelle que soit sa nationalité ou même si elle est apatride » (observation générale n° 15). Conformément à ces principes et aux dispositions énoncées dans les principaux instruments universels relatifs aux droits de l'homme, le droit international dispose que les États conservent les obligations de respecter, protéger et assurer les droits fondamentaux de tous les individus se trouvant sur leur territoire, notamment de tous les migrants.

12. Les organes de surveillance de l'application des traités ont examiné les migrations dans le cadre de différents motifs de discrimination proscrits. Dans son observation générale n° 20, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels fait de la nationalité un motif de discrimination interdit et estime que « [l]es 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 » (c'est nous qui soulignons). Dans son observation générale n° 30, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale inclut les migrants dans la catégorie des non-ressortissants et interdit toute discrimination fondée sur ce motif. Bien qu'elles diffèrent de la notion de migration, il est donc important de prendre en considération les notions de nationalité et de citoyenneté, qui ont été utilisées pour rendre compte du statut des migrants.

13. Le droit international des droits de l'homme autorise, dans certaines circonstances, des distinctions légitimes entre ressortissants et non-ressortissants, comme au paragraphe 2 de l'article 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Toutefois, cette différenciation comporte des limites précises : « [q]uoique certains de ces droits, tels que le droit de participer aux élections, de voter et d'être candidat, puissent être réservés aux ressortissants, les droits de l'homme doivent être, en principe, exercés par tous. Les États parties sont tenus de garantir un exercice égal de ces droits par les ressortissants et les non-ressortissants dans toute la mesure prévue par le droit international » (Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, observation générale n° 30, par. 3).

14. Ainsi, les distinctions légitimes entre ressortissants et non-ressortissants, entre migrants et non-migrants, ou entre différents groupes de migrants doivent être fondées sur des critères proportionnés et raisonnables (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 19, par. 37). D'une façon

générale, ces critères doivent être proportionnés par rapport à l'objectif pour lequel l'État les adopte et cet objectif ou but doit lui-même être légitime. Les organes de surveillance de l'application des traités, notamment le Comité des droits de l'homme, ont défini la portée de ces critères dans les affaires qu'ils ont examinées⁴. Selon le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, « l'application d'un traitement différent fondé sur le statut quant à la citoyenneté ou à l'immigration constitue une discrimination si les critères de différenciation, jugés à la lumière des objectifs et des buts de la Convention, ne visent pas un but légitime et ne sont pas proportionnés à l'atteinte de ce but » (observation générale n° 30, par. 4). Les « mesures spéciales » prises afin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ne tombent pas sous le coup de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (art. 1, par. 4). Il peut y avoir lieu, dans certaines situations, d'appliquer un traitement différencié aux migrants et aux non-migrants dans des domaines précis, sous réserve du respect des obligations fondamentales : les différenciations ne sauraient priver les migrants, qu'ils soient ou non en situation régulière, d'éléments essentiels des droits économiques, sociaux et culturels. D'aucuns pourraient en outre dire que les mesures différenciées qu'un État prend concernant les droits économiques, sociaux et culturels ne devraient pas être régressives et qu'elles doivent être conformes aux obligations qu'ont les États de prendre des mesures en vue de promouvoir la réalisation progressive de ces droits en portant une attention particulière aux groupes les plus vulnérables et, à ce titre, au migrants dans de nombreux pays.

15. De même, le paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels institue une exception limitée à la règle générale de l'égalité en disposant que « les pays en voie de développement, compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale, peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le présent Pacte à des non-ressortissants ». Il convient toutefois d'interpréter cette disposition dans un sens restreint; elle ne peut être invoquée que par les pays en développement et uniquement en ce qui concerne les droits économiques⁵. En conséquence, toutes les distinctions entre ressortissants et non-ressortissants ou entre migrants en situation régulière et en situation irrégulière visant les droits économiques, sociaux et culturels devraient avoir un but légitime et être proportionnées à l'atteinte de ce but. Le droit international des droits de l'homme pose donc des limites étroites aux distinctions autorisées et dispose que, dans tous les cas, celles-ci ne doivent pas interférer avec la capacité du migrant à jouir de ses droits fondamentaux.

16. La jurisprudence régionale confirme également cette interprétation. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a ainsi rendu un avis consultatif important par lequel elle indique clairement que, aux termes de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, le principe de l'égalité et de la non-discrimination est un principe de droits de l'homme *erga omnes*, qui s'applique par conséquent

⁴ Voir par exemple CCPR/C/50/D/488/1992 ou CCPR/C/81/D/943/2000.

⁵ David Weissbrodt, Rapport final du Rapporteur spécial sur les droits des non-ressortissants (2003) E/CN.4/Sub.2/2003/23, par. 19. Les mesures prises par les États pour protéger leurs ressortissants et leurs économies à l'égard des non-ressortissants ne doivent pas être appliquées au détriment de la jouissance des droits de l'homme. *Fédération internationale des ligues des droits de l'homme c. Angola*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 71/92 (octobre 1997), par. 16.

pleinement aux conditions de travail des migrants, que ceux-ci soient munis ou non d'un titre de séjour en règle. Selon la Cour, toute personne qui pénètre dans un pays et contracte un emploi acquiert des droits, en qualité de travailleur, dans l'État où il est employé, qu'elle s'y trouve ou non en situation régulière, car la jouissance et l'exercice de ces droits doivent être respectés et garantis sans aucune discrimination et le statut migratoire d'une personne ne saurait en aucun cas justifier qu'elle soit privée de la jouissance et de l'exercice de ses droits fondamentaux, notamment de ses droits en matière d'emploi⁶.

B. Éducation

17. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels considère que l'éducation primaire pour tous est l'un des éléments fondamentaux du droit à l'éducation (observation générale n° 13, par. 57). On l'a vu, à moins d'être fondé sur des critères objectifs et raisonnables, tout traitement différencié ayant pour effet de priver du droit à l'éducation ou d'en restreindre d'autres aspects sur cette base serait considéré comme une violation de ce droit a priori. À ce propos, les États ne peuvent utiliser le statut migratoire des enfants – munis ou non d'un titre de séjour – pour justifier que ceux-ci fassent l'objet d'un traitement différent. On notera que, dans différents pays, tous les enfants ont accès à l'éducation primaire, quel que soit leur statut migratoire.

18. En ce qui concerne le droit des non-ressortissants à l'éducation, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale juge que les États parties sont tenus de « [v]eiller à ce que les établissements d'enseignement public soient ouverts aux non-ressortissants et aux enfants des immigrants sans papiers résidant sur le territoire de l'État partie » et de « [s]'abstenir d'appliquer aux non-ressortissants des systèmes de scolarisation fondés sur la ségrégation et des normes différentes en raison de leur race, couleur, ascendance et origine nationale ou ethnique dans l'enseignement élémentaire et secondaire et en matière d'accès à l'enseignement supérieur » (observation générale n° 30, par. 30 et 31).

19. On trouve des indications supplémentaires dans la Convention relative aux droits de l'enfant : la priorité de l'intérêt supérieur de l'enfant (par. 1 de l'article 3) et l'obligation légale d'enregistrer les enfants et de leur donner un nom et une nationalité aussitôt après la naissance (par. 1 de l'article 7) sont particulièrement importantes pour l'éducation primaire et jouent également dans l'éducation secondaire pour les élèves de moins de 18 ans. Ainsi, l'absence de titre de séjour d'un enfant qui n'aurait pas été déclaré dès après sa naissance ne devrait jamais justifier qu'il soit privé d'accès à l'éducation. L'interdiction qui frappe la discrimination fondée sur la nationalité vaut également sur ce point. En outre, le Comité des droits de l'enfant a explicitement indiqué que « [l]e principe de non-discrimination, sous tous ses aspects, s'applique à tous les stades du traitement des enfants séparés ou non accompagnés. Ce principe interdit en particulier toute discrimination fondée sur le fait qu'un enfant est non accompagné ou séparé, réfugié, demandeur d'asile ou migrant » (observation générale n° 6, par.18).

⁶ Voir l'avis consultatif OC-18/03 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, en date du 17 septembre 2003, par. 109, 133 et 134, respectivement.

20. L'article 30 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, qui s'applique à tous les travailleurs migrants et à leur famille, quel que soit leur statut, dispose que « [t]out enfant d'un travailleur migrant a le droit fondamental d'accès à l'éducation sur la base de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État en cause. L'accès aux établissements préscolaires ou scolaires publics ne doit pas être refusé ou limité en raison de la situation irrégulière quant au séjour ou à l'emploi de l'un ou l'autre de ses parents ou quant à l'irrégularité du séjour de l'enfant dans l'État d'emploi. D'après l'article 45, paragraphe 1, de la Convention, qui s'applique à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille munis d'un titre de séjour ou en situation régulière, les membres de la famille des travailleurs migrants bénéficient, dans l'État d'emploi, de l'égalité de traitement avec les nationaux de cet État en ce qui concerne : « [l]'accès aux institutions et aux services d'éducation, sous réserve des conditions d'admission et autres prescriptions fixées par les institutions et services concernés; » et « [l]'accès aux institutions et services d'orientation et de formation professionnelles, sous réserve que les conditions pour y participer soient remplies ».

21. Les normes régionales tiennent compte de ce principe. L'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, lu en parallèle avec l'article 14 de la Conventions européenne, interdit tout traitement différencié préjudiciable fondé sur la nationalité concernant le droit à l'éducation, à moins que des critères objectifs et raisonnables – qui seraient passés au crible – ne justifient un tel traitement⁷. En outre, le Protocole n° 14 à la Convention européenne étend l'application de l'interdiction de la discrimination à tout droit de l'homme, notamment au droit à l'éducation, même si l'État partie n'est pas également partie au Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme. De même, l'article 17, paragraphe 2, de la Charte sociale européenne révisée fait obligation aux États parties « d'assurer aux enfants et aux adolescents un enseignement primaire et secondaire gratuit, ainsi que [de] favoriser la régularité de la fréquentation scolaire ». Les paragraphes 11 et 12 de l'article 19 instituent le devoir pour les États parties de favoriser et faciliter l'enseignement de la langue nationale de l'État d'accueil et de favoriser et faciliter l'enseignement de la langue maternelle du travailleur migrant à ses enfants. D'après l'article E, « la jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation ».

22. Toutefois, l'article 1 de l'appendice de la Charte révisée dispose que « [s]ous réserve des dispositions de l'article 12, paragraphe 4, et de l'article 13, paragraphe 4, les personnes visées aux articles 1 à 17 et 20 à 31 ne comprennent les étrangers que dans la mesure où ils sont des ressortissants des autres Parties résidant légalement ou travaillant régulièrement sur le territoire de la Partie intéressée, étant entendu que les articles susvisés seront interprétés à la lumière des dispositions des articles 18 et 19 ». Il n'en reste pas moins que, compte tenu du devoir d'agir dans l'intérêt supérieur des enfants, l'application de cette clause à des enfants a été interprétée de

⁷ Voir, d'une façon générale, l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 16 septembre 1996 dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche*, par. 42.

façon très restrictive par le Comité européen des droits sociaux⁸. La résolution 1509 (2006) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dispose en son article 13.6 que « tous les enfants jouissent du droit à l'éducation dans l'enseignement primaire et dans l'enseignement secondaire dans les pays où pareille scolarisation est obligatoire ». L'enseignement devrait correspondre à leur culture et à leur langue. Ils devraient avoir droit à la reconnaissance du niveau obtenu, y compris des diplômes⁹.

23. Conformément au paragraphe 1 de l'article 1 de la Convention américaine des droits de l'homme, « la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale » sont des motifs de discrimination proscrits. Lu en parallèle avec l'article 26 de la Convention, qui évoque les droits économiques, sociaux et culturels, l'interdiction qui frappe la discrimination fondée sur la nationalité ou une « autre condition sociale » vaut également pour le droit à l'éducation. De plus, l'article 24 dispose que « [t]outes les personnes sont égales devant la loi » et que « [p]ar conséquent, elles ont toutes droit à une protection égale de la loi, sans discrimination d'aucune sorte ». L'article 19 assure également une protection spéciale sans discrimination aux enfants. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a affirmé que l'accès à l'éducation est l'une des mesures de protection spéciale que les États parties sont tenus d'assurer. Pour la Cour, en privant d'accès à l'éducation les enfants de migrant sans titre de séjour, l'État manque à son devoir de garantir l'accès à l'enseignement primaire gratuit à tous les enfants¹⁰.

24. On trouve en outre des indications utiles dans les travaux des titulaires de mandat au titre des procédures spéciales, notamment dans le dernier rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation qui examine le droit à l'éducation des migrants, des demandeurs d'asile et des réfugiés¹¹.

C. Santé

25. L'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels comporte la clause la plus complète concernant le « droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ». Au paragraphe 34 de son observation générale n° 14, le Comité évoque l'obligation des États à respecter le droit à la santé, « notamment en s'abstenant de refuser ou d'amoinrir l'égalité d'accès de toutes les personnes, dont [...] les demandeurs d'asile et les immigrants en situation irrégulière, aux soins de santé prophylactiques, thérapeutiques et palliatifs ». Interdisant toute discrimination fondée sur la nationalité, le Comité relève notamment que tous les enfants se trouvant sur le territoire d'un État, y compris ceux qui n'ont pas de titre de séjour,

⁸ Voir Comité européen des droits sociaux, Réclamation n° 14/2003, *Fédération internationale des ligues des droits de l'homme c. France*, décision sur le bien-fondé en date du 3 novembre 2004, par. 29 à 32; et Réclamation n° 47/2008, *Defence for Children International c. Pays-Bas*, décision sur le bien-fondé en date du 20 octobre 2009, par. 34 à 38.

⁹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, résolution 1509 (2006), « Droits fondamentaux des migrants irréguliers ».

¹⁰ Voir l'arrêt rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme le 8 septembre 2005 dans l'affaire *Yean et Bosico c. République dominicaine*, par. 185.

¹¹ A/HRC/14/25.

ont le droit d'avoir accès à des soins de santé d'un coût abordable (observation générale n° 20, par. 30).

26. En d'autres termes, aux termes du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 12), les États sont tenus de prendre des mesures pour garantir la pleine jouissance du droit à la santé, notamment à la santé maternelle, infantile et procréative; améliorer tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène du travail, ainsi que la prophylaxie, le traitement des maladies et la lutte contre les maladies. Il s'agit là de points particulièrement importants pour le droit à la santé des migrants, dans les pays de transit comme dans les pays d'accueil, quel que soit leur statut juridique. Quant aux mesures relatives à l'hygiène du milieu et à l'hygiène du travail, elles jouent un rôle particulièrement important pour les travailleurs migrants et pourraient, le cas échéant, être envisagées à la lumière de la recommandation n° 151 de l'Organisation internationale du Travail (OIT) relative aux travailleurs migrants (1975)¹².

27. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels précise par ailleurs que le droit à la santé suppose à la fois des « libertés » et des « droits ». Ainsi, au nombre des libertés figurent le droit ne pas être soumis sans son consentement à un traitement ou à un test de dépistage du VIH. De même, être à l'abri de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants constitue un élément important de la réalisation du droit à la santé. Au nombre des droits figurent le droit à un système de protection de la santé accessible à tous sur un pied d'égalité et à un système de prévention, de traitement et de lutte contre les maladies, l'accès aux médicaments essentiels et à la santé en matière de sexualité et de procréation, ainsi que l'accès à l'information et à l'éducation pour la santé selon différentes modalités et dans différentes langues, en particulier afin de prévenir les comportements malsains ou à risque.

28. Pour s'acquitter de ces obligations, les États parties doivent tenir compte des éléments ci-après et prévoir, le cas échéant, des mesures spéciales visant des groupes de population particuliers, tels que les migrants : a) il doit exister des installations, des biens et des services ainsi que des programmes fonctionnels en matière de santé publique; b) ils doivent être physiquement accessibles et d'un coût abordable; c) ils doivent être adaptés aux exigences spécifiques liées au sexe, être appropriés sur le plan culturel et être conçus de façon à respecter la confidentialité; d) ils doivent aussi tous être de bonne qualité sur les plans scientifique et médical (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 14, par 12).

29. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leur famille renforce le principe de non-discrimination en indiquant expressément que tous les travailleurs migrants et leur famille ont des droits économiques et sociaux égaux, quel que soit leur statut juridique. L'article 28 reconnaît que les travailleurs migrants et les membres de leur famille ont « le droit de recevoir tous les soins médicaux qui sont nécessaires d'urgence pour préserver leur vie ou éviter un dommage irréparable à leur santé, sur la base de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État en cause. De tels soins médicaux d'urgence ne leur sont pas refusés en raison d'une quelconque irrégularité en

¹² Voir aussi Organisation internationale pour les migrations, *Migration and the Right to Health: a Review of International Law*, 2009, p. 184.

matière de séjour ou d'emploi ». En l'absence de réelle définition de ce qui constitue des soins d'urgence, des migrants peuvent être exclus des soins de santé primaires et contracter des affections chroniques qui auraient pu être soignées.

30. Même s'il ne leur est pas expressément interdit d'avoir accès aux soins de santé, les migrants peuvent en être privés de nombreuses façons : les prix peuvent être excessivement élevés; il peut être exigé que les actes soient réglés immédiatement ou que la preuve de leur règlement soit produite avant même que les soins ne soient dispensés; les soins et services de santé peuvent être utilisés pour lutter contre l'immigration, notamment lorsqu'il est fait obligation aux professionnels de santé de signaler les migrants sans titre de séjour; la crainte d'être expulsé ou placé en détention peut jouer un rôle; enfin, les migrants ne sont pas nécessairement informés de leurs droits et des garanties existant en matière de services et biens de santé.

31. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a centré l'attention sur la situation des travailleuses migrantes et notamment sur leur droit à la santé en matière de sexualité et de procréation. Comme il l'a indiqué dans son observation générale n° 26, en ce qui concerne la grossesse, les cas de discrimination peuvent être particulièrement graves. Les travailleuses migrantes sont parfois obligées de passer des tests de grossesse et expulsées en cas de résultat positif; elles sont contraintes à avorter ou ne peuvent accéder à des services de santé procréative ou d'avortement médicalisé, lorsque leur santé est menacée ou même si elles ont subi des violences sexuelles; l'insuffisance, voire l'absence, de congé et d'allocations de maternité ainsi que le coût excessif des soins obstétriques les exposent à de graves problèmes de santé. Les travailleuses migrantes sont parfois renvoyées lorsque leur employeur découvre qu'elles sont enceintes; dans certains cas, cette perte d'emploi les place en situation irrégulière et les rend passibles d'expulsion.

32. Certains points concernant la situation des personnes vivant avec le VIH méritent d'être soigneusement pesés. Il s'agit notamment : des restrictions imposées aux demandeurs d'asile séropositifs; d'une façon générale, des restrictions imposées aux déplacements des personnes vivant avec le VIH, qui ciblent parfois en particulier les ressortissants de certains pays où la prévalence est élevée; de l'expulsion à l'arrivée et lors du renouvellement du permis de séjour des migrants dont le test de dépistage est positif, même quand il n'existe pas de services de conseils et de traitement du VIH dans leur pays d'origine ou quand ils ne peuvent pas y avoir accès.

33. En effet, on peut aussi considérer que la privation de soins de santé est contraire à la proscription de tout traitement inhumain et dégradant lorsque des migrants sont expulsés dans un pays où la maladie ne peut pas être traitée¹³. Dans une affaire d'expulsion, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'interruption brutale du traitement médical d'un plaignant à la suite de son expulsion pouvait réellement l'exposer au risque de mourir dans les circonstances les plus effroyables et équivalait de ce fait à un traitement inhumain¹⁴. Cette

¹³ Chetail et Giacca, « Who cares? The right to health of migrants », in *Realizing the Right to Health, Swiss Human Rights Book*, vol. 3.

¹⁴ Voir l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 2 mai 1997 dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni* (1997) 24 EHRR 423, par. 53 et 54.

interprétation a par la suite été approuvée par le Comité contre la torture¹⁵ et le Comité des droits de l'homme¹⁶.

34. En ce qui concerne l'acceptabilité et la qualité des services, certains systèmes de santé publique ont mis en place divers services de santé qui tiennent compte des besoins des migrants – interprétation, traduction de documents et médiation culturelle dans les hôpitaux et les centres de santé notamment. Ces services diminuent les obstacles linguistiques qui peuvent avoir un effet néfaste sur les services de soins et de prévention, ainsi que sur les programmes de traitement et empêcher un suivi adéquat car une mauvaise interprétation des symptômes et des traductions erronées peuvent être à l'origine de retards dans les soins et d'erreurs médicales graves, allant même jusqu'à causer la mort.

35. Par ailleurs, les professionnels de santé et le personnel administratif des structures de soins de plusieurs pays reçoivent actuellement une formation pour dispenser des soins adéquats parfois dits adaptés à la culture. Il s'agit d'intégrer des attitudes, savoirs et compétences relationnelles pertinents aux soins dispensés aux patients provenant de cultures différentes. Dans le cas de populations migrantes, cela suppose aussi une connaissance des problèmes de santé et des difficultés sociales propres au vécu de chaque groupe de migrants. Différents paramètres culturels, religieux, sociaux et liés au sexe interviennent dans la négociation et la mise en œuvre de programmes de soins concernant des problèmes de santé d'ordre général – santé procréative et santé infantile, prise en charge des affections chroniques, vieillissement et soins de fin de vie – et particuliers qui peuvent toucher les populations migrantes – mariages consanguins, mutilation génitale féminine, séquelles d'actes de torture et de traumatismes¹⁷.

D. Logement

36. L'obligation de garantir l'accès et la jouissance du droit à un logement adéquat a été confirmée à de nombreuses reprises aux niveaux international et régional. Au paragraphe 603 de son observation générale n°4, qui décrit les éléments fondamentaux de ce droit, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels indique que le droit à un logement suffisant s'applique à tous et que les individus, comme les familles, ont droit à un logement convenable sans distinction d'âge, de situation économique, d'appartenance à des groupes ou autres entités ou de condition et d'autres facteurs de cette nature. À la lumière des travaux du Comité, les « conditions et autres facteurs de cette nature » englobent les migrants. Le Comité indique en outre que « la jouissance de ce droit ne doit pas, en vertu du paragraphe 2 de l'article 2 du Pacte, être soumise à une forme quelconque de discrimination ». Pour le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, les États doivent « [g]arantir la jouissance égale du droit à un logement adéquat pour les ressortissants et les non-ressortissants » (observation générale n° 30, par. 32). L'article 43 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les

¹⁵ Comité contre la torture, *G.R.B. c. Suède*, CAT/C/20/D/83/1997, 15 mai 1998, par. 6.7.

¹⁶ Comité des droits de l'homme, *C. c. Australie*, CCPR/C/76/D/990/1999, 28 octobre 2002, par. 6.

¹⁷ Pour plus de détails, voir la Consultation de l'Organisation mondiale de la Santé et de l'Organisation internationale pour les migrations, tenue à Madrid, du 3 au 5 mars 2010, document de travail sur les systèmes de santé à l'écoute des besoins des migrants (disponible en anglais uniquement sous le titre « Background paper on migrant-sensitive health systems »).

travailleurs migrants et de leur famille garantit aux migrants et à leur famille en situation régulière l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès au logement, y compris les programmes de logements sociaux, et la protection contre l'exploitation en matière de loyers. Dans le cadre régional, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a noté qu'« un logement et un abri adéquats garantissant la dignité humaine devraient être offerts aux migrants en situation irrégulière »¹⁸.

37. Cependant, dans la pratique, les migrants se heurtent à de nombreux obstacles et sont victimes de discrimination pour avoir accès à un logement adéquat. Divers titulaires de mandat au titre des procédures spéciales, dont le Rapporteur spécial sur le logement convenable ou le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants (notamment dans son dernier rapport sur le logement et la santé des migrants¹⁹) ont rendu compte de la situation des migrants en matière de logement. Si les travailleurs migrants devraient en théorie être traités sur un pied d'égalité avec les ressortissants en ce qui concerne l'accès au logement, y compris dans le cadre des programmes de logement sociaux, et la protection contre l'exploitation en matière de loyers (Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leur famille, art. 43 par. d), le logement des travailleurs migrants s'est avéré problématique dans de nombreuses régions du monde. Dans certains pays, les employeurs sont tenus de fournir un logement aux travailleurs qu'ils font venir de l'étranger. Toutefois, même lorsqu'un logement est effectivement fourni par l'employeur, il est souvent de mauvaise qualité, ou bien l'employeur prélève des frais élevés sur le salaire pour en payer le loyer. Dans certains cas, plusieurs travailleurs doivent utiliser le même lit à tour de rôle, c'est ce qu'on appelle parfois un « lit chaud »²⁰. Compte tenu de leur situation particulière, notamment de leur manque aussi bien de connaissance des mécanismes administratifs et judiciaires que de compétences linguistiques, les migrants peuvent être plus vulnérables face aux expulsions, y compris lorsque celles-ci sont effectuées sans motifs valables. À cet égard, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a recommandé que les États veillent à ce que les agences immobilières ne se livrent pas à des pratiques discriminatoires (observation générale n° 30, par. 32).

38. Dans de nombreux pays, les employés de maison immigrés vivent chez leur employeur; ils sont de ce fait dans l'impossibilité de s'isoler, vivent souvent dans des conditions déplorables (n'ayant parfois d'autre choix que de dormir dans des vestibules ou des placards) et sont de service 24 heures sur 24. Certains ont été victimes d'actes de violence physique, psychologique et sexuelle. Comme ils risquent par ailleurs de se faire expulser du logement mis à leur disposition par leur employeur²¹, ils se sentent parfois obligés de supporter les abus pour ne pas se retrouver à la rue. Il est donc essentiel de mettre des centres d'accueil d'urgence à la disposition des migrants qui sont victimes d'actes de violence commis par leurs employeurs ou dépourvus de logement.

39. L'emplacement géographique des logements attribués aux migrants peut aggraver leur marginalisation. Les États doivent éviter la ségrégation en matière de logement (observations générales n°s 30 à 32 du Comité pour l'élimination de la

¹⁸ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, résolution 1509 (2006), par. 13.1.

¹⁹ A/HRC/14/30.

²⁰ Voir, par exemple, le rapport du Rapporteur spécial sur le logement convenable (A/HRC/7/16/Add.2).

²¹ Voir, par exemple, le rapport du Rapporteur spécial sur le logement convenable (E/CN.4/2006/118, par. 68).

discrimination raciale). Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui s'est déclaré préoccupé par le fait que les familles des migrants « vivent majoritairement dans des quartiers pauvres où les infrastructures sont de mauvaise qualité [et] les immeubles mal entretenus », a recommandé que soit effectivement appliquée « la législation visant à combattre la discrimination dans le logement, y compris les pratiques discriminatoires du secteur privé ». Le Comité a également vivement engagé l'État partie à améliorer la situation des ménages à faible revenu, notamment en construisant de grands ensembles de logements sociaux et en rénovant les ensembles existants (E/C.12/FRA/CO/3, par. 21, 41 c) et 43).

40. Les migrants en situation irrégulière, notamment les demandeurs d'asile déboutés, continuent souvent, du fait de leur statut, d'être privés de leur droit à un logement décent. Les migrants en situation irrégulière sont souvent sans logis, vivent dans des abris de fortune, des bâtiments abandonnés ou inachevés ou bien en plein air. Pour le Comité européen des droits sociaux, le droit à un abri est directement lié aux droits à la vie et à une protection sociale et est crucial pour le respect de la dignité humaine de l'enfant et de son intérêt supérieur, quel que soit son statut au regard de la résidence²².

E. Nourriture

41. L'article 11.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose que toute personne a le droit « à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris [à] une nourriture [...] suffisant[e] ». En outre, l'article 11.2 reconnaît le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim et de la malnutrition. L'article 27.3 de la Convention relative aux droits de l'enfant demande aux États de combattre la malnutrition infantile. Comme l'a indiqué le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, la nourriture devrait être disponible, accessible et suffisante. Le Comité a souligné l'importance de la « disponibilité de nourriture exempte de substances nocives et acceptable dans une culture déterminée, en quantité suffisante et d'une qualité propre à satisfaire les besoins alimentaires de l'individu » (observation générale n° 12, par. 8).

42. Les causes structurelles de l'insécurité alimentaire et l'impact des changements climatiques portent atteinte à la capacité des populations à produire des denrées alimentaires, compromettant ainsi le droit à la nourriture des groupes marginalisés, notamment des migrants.

43. Les violations du droit des employés de maison immigrés à la nourriture peuvent prendre différentes formes. La privation de nourriture et l'absence d'eau et de nourriture en quantité suffisante – qui figurent au nombre des mauvais traitements signalés à leur encontre – leur font perdre du poids et mettent leur santé en péril. La privation de nourriture sert parfois à sanctionner les « erreurs » commises par les employés²³. Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a par ailleurs appelé l'attention sur l'absence ou l'insuffisance de nourriture mise à la disposition des migrants placés en détention (E/CN.4/2003/85/Add.4, par. 12). À cet égard, le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation a souligné que les États ont l'obligation directe de veiller à ce que les

²² *Defence for Children International (DCI) c. Pays-Bas*, réclamation n° 47/2008, décision sur le bien-fondé, 20 octobre 2009.

²³ Voir par exemple, A/HRC/11/6/Add.3, par. 59.

détenus, notamment les migrants, aient droit à une nourriture suffisante, puisqu'ils sont considérés comme étant incapables de se nourrir (E/CN.4/2002/58, par. 46). En outre, selon le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, « [e]n ce qui concerne l'accès à la nourriture, la discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou autre situation, ne peut se justifier en aucune circonstance, y compris par le faible niveau des ressources » (Ibid., par. 41).

44. Pour certains migrants, la nourriture, ainsi que l'achat et la consommation de denrées alimentaires peuvent avoir des connotations culturelles importantes. Aussi la nourriture mise à la disposition des travailleurs migrants doit-elle être accessible, en quantité suffisante et acceptable sur le plan culturel. Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a donc fait observer que de nombreux centres de détention ne prenaient aucune disposition pour que les migrants reçoivent une alimentation acceptable dans leur culture (E/CN.4/2003/85, par. 53).

45. Les Directives volontaires de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale²⁴ permettent de disposer d'un outil concret pour aider les États à donner effet au droit à une nourriture en quantité suffisante. En particulier, la directive 12,5 invite les États à prendre des mesures appropriées et à proposer des stratégies visant à contribuer à la sensibilisation des familles de migrants, de manière à encourager l'utilisation efficace des devises qui leur sont envoyées au travers d'investissements susceptibles d'améliorer leurs moyens de subsistance, y compris la sécurité alimentaire de leur famille.

F. Sécurité et protection sociales

46. Le niveau de sécurité ou de protection sociale peut être différencié dans certains cas, mais, en principe, les États ne peuvent pas exclure arbitrairement les travailleurs migrants des régimes de sécurité ou de protection sociale. Le principe d'égalité et d'interdiction de toute discrimination sur la base de la nationalité s'applique également au droit à la sécurité sociale, notamment à une assurance sociale et à une protection sociale. Les travailleurs migrants participent à la main-d'œuvre et à l'économie des États où ils sont employés et, à ce titre, ils contribuent généralement aux régimes d'assurance sociale et bénéficient de l'ensemble des prestations prévues. Même s'ils ne versent pas de cotisations, ils contribuent aussi aux régimes et programmes de protection sociale, ne serait-ce qu'en payant des impôts indirects. En outre, le statut des migrants, que ceux-ci soient en situation régulière ou non, ne devrait pas intervenir dans des régimes de protection sociale qui visent à atténuer la misère ou la vulnérabilité.

47. D'après la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles (art. 27), en matière de sécurité sociale, tous les travailleurs migrants et les membres de leur famille bénéficient, dans l'État d'emploi, de l'égalité de traitement avec les nationaux dans la mesure où ils remplissent les conditions requises par la législation applicable dans cet État et les

²⁴ Conseil de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, 127^e session, novembre 2004.

traités bilatéraux ou multilatéraux applicables. Les États devraient également examiner la possibilité de rembourser les cotisations, lorsque la législation en vigueur n'autorise pas les travailleurs migrants à bénéficier d'une prestation.

48. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a clairement fait savoir que le droit à la sécurité sociale englobait à la fois les régimes contributifs et non contributifs et que les principes de non-discrimination et d'égalité s'appliquaient pleinement à ce droit. Le Comité a explicitement indiqué que « le paragraphe 2 de l'article 2 [du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels] interdi[sai]t toute discrimination fondée sur la nationalité » et noté « que le Pacte n'établi[ssai]t pas de limites précises en termes de juridiction. Les non-ressortissants, dont les travailleurs migrants, qui ont cotisé à un régime de sécurité sociale devraient pouvoir bénéficier de leurs cotisations ou se les voir restituer s'ils quittent le pays. Le droit à prestations d'un travailleur migrant ne devrait pas non plus être affecté par un changement de lieu de travail » (observation générale n° 19, par. 36). En ce qui concerne les régimes non contributifs, le Comité a indiqué que les « [n]on-ressortissants devraient pouvoir bénéficier des régimes non contributifs de soutien du revenu et de la famille et accéder à des soins de santé abordables. Toute restriction, notamment toute durée d'affiliation requise, doit être proportionnée et raisonnable. Chacun, quels que soient sa nationalité, son lieu de résidence ou son statut en matière d'immigration, a droit aux soins médicaux primaires ou d'urgence » (observation générale n° 19, par. 37). Le Comité a également noté « l'importance que revêt la conclusion aux niveaux bilatéral et multilatéral d'accords internationaux de réciprocité ou d'autres instruments visant à coordonner ou harmoniser les régimes de sécurité sociale contributifs pour les travailleurs migrants » (observation générale n° 19, par. 56).

49. La Cour européenne des droits de l'homme s'est également penchée, dans un certain nombre d'affaires, sur l'interdiction de toute discrimination dans l'application des régimes de sécurité et de protection sociales. La Cour a clairement indiqué que les distinctions fondées sur la nationalité n'étaient en principe pas admissibles et que la charge de la preuve qui pèserait sur les États serait lourde si ceux-ci voulaient justifier de telles distinctions. Dans l'affaire *Gaygusuz*, la Cour européenne a jugé que « seules des considérations très fortes [pouvaient] amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité » et a donc jugé que les raisons invoquées par l'État pour justifier un traitement différencié des ressortissants et des non-ressortissants en ce qui concerne l'avance d'urgence de prestations de retraite contributives étaient insuffisantes et que cette inégalité de traitement était par conséquent discriminatoire²⁵. Dans l'affaire *Koua Poirrez*, la Cour européenne a réitéré cette doctrine, en l'étendant aux prestations non contributives. La Cour a estimé que l'inégalité de traitement fondée sur la nationalité concernant une pension d'invalidité non contributive n'était pas justifiée et était donc discriminatoire²⁶.

50. Pour l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « la protection sociale découlant de la sécurité sociale qui est nécessaire pour lutter contre la pauvreté et préserver la dignité humaine ne devrait pas être refusée aux migrants en situation

²⁵ Voir l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 16 septembre 1996 dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche*, par. 42, 50 et 52.

²⁶ Voir l'arrêt rendu le 30 septembre 2003 par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Koua Poirrez c. France*, par. 48 à 50.

irrégulière. Les enfants sont dans une situation particulièrement vulnérable. Ils devraient avoir droit à la protection sociale, sur un pied d'égalité avec les enfants des nationaux ». En outre, les migrants en situation irrégulière qui ont cotisé à la sécurité sociale devraient pouvoir profiter des cotisations versées ou être remboursés en cas d'expulsion du pays²⁷.

G. Travail et droits liés au travail

51. La protection des travailleurs contre l'exploitation et les abus constitue un élément clef des droits fondamentaux liés au travail, en particulier lorsque ceux-ci sont vulnérables et que le rapport employés/employeurs est fortement déséquilibré. Le droit international des droits de l'homme et le droit international du travail convergent sur ce point. Les droits liés au travail s'appliquent sans restriction à tous les travailleurs migrants, quel que soit leur statut, et il est particulièrement important de faire respecter ces droits pour protéger les travailleurs migrants. La Déclaration de l'Organisation internationale du Travail de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail prévoit l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire; l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession, ainsi que la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective. L'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité garantit la pleine application aux travailleurs migrants de toutes les mesures de protection liées à l'emploi²⁸.

52. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a souligné que le droit au travail s'appliquait aux migrants, en rappelant que « [l]e principe de non-discrimination consacré à l'article 2.2 du Pacte et à l'article 7 de la Convention internationale relative à la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille devrait s'appliquer à l'accès à l'emploi des travailleurs migrants et des membres de leur famille ». Il a affirmé que « [l]es États sont en particulier liés par l'obligation de respecter le droit au travail, notamment en interdisant le travail forcé ou obligatoire et en s'abstenant de refuser ou d'amoindrir l'égalité d'accès de tous à un travail décent, surtout les individus et groupes défavorisés et marginalisés, dont les détenus, les membres de minorités et les travailleurs migrants (observation générale n° 18, par. 18 et 23).

53. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a notamment estimé que les États parties devraient prendre des mesures « en vue d'éliminer la discrimination à l'encontre des non-ressortissants dans le domaine des conditions de travail et des exigences professionnelles, en ce qui concerne notamment les règles et pratiques relatives à l'emploi discriminatoires par leur but ou par leurs effets » et « [p]rendre des mesures concrètes pour prévenir et régler les problèmes graves auxquels les travailleurs non ressortissants sont généralement confrontés, en particulier les travailleurs domestiques non ressortissants, notamment le servage

²⁷ Voir Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1509 (2006), par. 13.3 et 13.4.

²⁸ Voir en particulier les Conventions 97 et 143 de l'OIT et les articles 11, 25, 26, 51, 52, 54 et 55 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles. Voir aussi Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main d'œuvre Principes et lignes directrices non contraignantes pour une approche des migrations de main-d'œuvre fondée sur les droits (Genève, Bureau international du Travail, 2006).

pour dettes, la rétention du passeport, l'enfermement illégal, le viol et les violences physiques. » En outre, le Comité a considéré que « s'il est vrai que les États parties peuvent refuser d'offrir des emplois aux non-ressortissants démunis de permis de travail, tous les individus doivent pouvoir jouir de droits relatifs au travail et à l'emploi, notamment le droit à la liberté de réunion et d'association, dès le début et jusqu'à la fin d'une relation d'emploi » (observation générale n° 30, par. 33 à 35).

54. Les organes régionaux compétents en matière de droits de l'homme ont fermement soutenu que les mesures de protection liées à l'emploi s'appliquaient aux migrants, y compris aux migrants en situation irrégulière. Comme l'a indiqué la Cour interaméricaine des droits de l'homme, en contractant un emploi, tout migrant acquiert des droits en tant que travailleur qui doivent être reconnus et garantis, que ce migrant soit ou non en situation régulière dans l'État où il est employé²⁹. Dans l'affaire *Siliadin c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme a entièrement appliqué l'article 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui interdit l'esclavage, la servitude et le travail forcé ou obligatoire, que la victime soit ou non un migrant. En l'occurrence, au moment des faits, la victime était une enfant migrante sans titre de séjour, forcée à travailler comme domestique, sans salaire ni repos, contre la promesse que sa situation serait régularisée³⁰.

H. Droits culturels

55. La protection des droits culturels des migrants a été mise en avant à maintes reprises, notamment dans l'observation générale n° 21 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Pour le Comité, les États devraient « accorder une attention particulière à la protection de l'identité culturelle des migrants, de leur langue, leur religion et leur folklore, ainsi que de leur droit d'organiser des manifestations culturelles, artistiques et interculturelles. Ils ne devraient pas les empêcher de maintenir leurs liens culturels avec leur pays d'origine ». En outre, les États devraient « prendre des mesures ou mettre en place des programmes appropriés pour aider les minorités ou les autres communautés, notamment les communautés des migrants, à préserver leur culture » [observation générale n° 21, par. 34 et 52 f)].

56. Pour le Comité des droits de l'homme, l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, notamment le droit d'avoir leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue, s'applique aux travailleurs migrants (observation générale n° 23, par. 5.1 et 5.2). Il convient à cet égard de garder à l'esprit les dispositions de la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques.

57. De même, l'article 31 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles souligne que l'État est tenu de respecter l'identité culturelle des travailleurs migrants et des membres de

²⁹ Voir l'avis consultatif OC-18/03 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, en date du 17 septembre 2003, par. 134.

³⁰ Voir l'arrêt du 26 juillet 2005, par. 109 à 129. Voir aussi le rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants qui expose la situation des employés de maison immigrés et les normes juridiques dont ceux-ci relèvent (E/CN.4/2004/76).

leurs familles et de ne pas les empêcher de maintenir leurs liens culturels avec leur État d'origine. Les travailleurs migrants bénéficient de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État d'emploi, en ce qui concerne l'accès et la participation à la vie culturelle [art. 43 g)]. Les migrants ont le droit de participer aux activités d'associations et de syndicats et d'en créer en vue de protéger leurs intérêts économiques, sociaux, culturels et autres (art. 26 et 40). En outre, l'État d'emploi « n'empêche pas les employeurs de travailleurs migrants de créer des logements ou des services sociaux ou culturels à leur intention » (art. 43.3). Il est important de noter que le respect de l'identité culturelle vaut aussi pour les migrants placés en détention (art. 17).

58. En ce qui concerne les enfants, les États d'emploi « s'efforcent de faciliter l'enseignement aux enfants des travailleurs migrants de leur langue maternelle et de leur culture et, à cet égard, les États d'origine collaborent chaque fois selon que de besoin » (art. 45.3). Par ailleurs, « [l]es États d'emploi peuvent assurer des programmes spéciaux d'enseignement dans la langue maternelle des enfants des travailleurs migrants, au besoin en collaboration avec les États d'origine » (art. 45.4).

III. Conclusions

59. L'accès des migrants aux droits économiques, sociaux et culturels n'est pas une question de charité. Les migrants sont en droit d'attendre que leurs droits fondamentaux soient respectés et protégés et qu'ils en jouissent où qu'ils se trouvent. Les États doivent donc adopter les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et éliminer les situations et les comportements qui engendrent ou perpétuent une discrimination à l'encontre de tous les migrants, quel que soit le statut de ces derniers. À cette fin, les États doivent examiner différents types de discrimination formelle (*de jure*) ou concrète (*de facto*). Comme le Comité des droits économiques, sociaux et culturels l'a noté dans son observation générale n° 20. Éliminer la discrimination formelle consiste à faire en sorte que la constitution, les lois et les textes de politique générale d'un État n'entraînent pas de discrimination fondée sur des motifs interdits; mais il est aussi urgent de lutter contre la discrimination concrète. « L'exercice effectif des droits consacrés par le Pacte est souvent fonction de l'appartenance d'une personne à un groupe de population victime de discrimination sur la base de motifs interdits. Pour mettre fin à la discrimination dans la pratique, il faut porter une attention suffisante aux groupes de population qui sont en butte à des préjugés hérités de l'histoire ou tenaces, plutôt que de simplement se référer au traitement formel des individus dont la situation est comparable » [E/CN.12/GC/20, par. 8 a) et b)].

60. Il est important de prendre en considération les effets de la discrimination directe et indirecte. Dans le contexte des migrations, la discrimination peut être directe quand un migrant reçoit un traitement moins favorable qu'un ressortissant dans une situation analogue pour une raison en rapport avec un motif interdit. Tel est le cas lorsque les coûts des logements sont proportionnellement plus élevés pour les migrants que pour les ressortissants. On parle de discrimination indirecte « dans le cas de lois, de politiques ou de pratiques qui semblent neutres a priori mais qui ont un effet discriminatoire disproportionné sur l'exercice des droits consacrés par le Pacte eu égard à des motifs de discrimination interdits » [observation générale n° 20, par. 10 b)]. Par exemple, exiger une carte de résident pour autoriser l'accès

aux centres de soins publics constitue une discrimination à l'encontre des migrants en situation irrégulière.

61. D'après les directives des organes de surveillance de l'application des traités et d'autres organes faisant autorité, notamment ceux du système régional de protection des droits de l'homme, les obligations fondamentales minimales dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, devraient être respectées pour tout le monde, y compris pour les migrants en situation irrégulière. Néanmoins, des mesures de contrôle de l'immigration ont parfois pour objet ou pour effet de décourager les migrants en situation irrégulière d'exercer leurs droits économiques, sociaux et culturels, notamment d'avoir accès aux services ou structures de soins, à l'éducation et au logement, quand le déni de ces droits n'est pas utilisé pour décourager les migrants d'entrer dans le pays, ce qui pourrait sembler disproportionné. Les migrants en situation irrégulière s'abstiennent souvent de recourir aux services publics auxquels la loi leur donne accès, notamment pour les soins d'urgence ou l'éducation primaire, par crainte d'être détenus ou expulsés. Ceci est encore plus vrai dans les pays qui font obligation aux fonctionnaires de dénoncer la présence de migrants en situation irrégulière. Dans ces cas-là, même si les droits fondamentaux des migrants sont protégés par la loi, ceux qui sont en situation irrégulière n'en jouissent pas nécessairement dans la pratique. De plus, les migrants en situation irrégulière passent souvent à travers les mesures officielles d'intégration ainsi que les plans d'action et stratégies concernant les services publics, notamment pour le logement, la santé ou l'eau et l'assainissement, et restent donc vulnérables face à l'exclusion, à la discrimination et aux abus systématiques.

62. Si l'on veut réellement protéger les droits de tous les migrants, il est important d'arrêter des directives plus détaillées sur les obligations des États à l'égard des droits fondamentaux des migrants en situation régulière et irrégulière, notamment en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels. Les organes de surveillance de l'application des traités souhaitent donc peut-être envisager de poursuivre leur interprétation des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dans des observations générales spécifiques, et d'inclure systématiquement l'examen de la situation des migrants dans les questionnaires envoyés aux États, ainsi que dans leurs recommandations et leurs observations finales à propos des rapports présentés par les États.