



COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME

CONSEIL DE L'EUROPE



Strasbourg, 17 décembre 2007

CommDH/IssuePaper(2007)1

LES DROITS FONDAMENTAUX DES MIGRANTS

EN SITUATION IRRÉGULIÈRE EN EUROPE

SOMMAIRE

Remerciements	2
Introduction.....	3
I. Les facteurs de l'immigration clandestine vers l'Europe : le contexte international.....	5
i. Les facteurs de départ des pays d'origine.....	5
ii. Les facteurs d'attraction dans les pays de destination	7
II. Vulnérabilité et besoin de protection	8
i. A l'arrivée.....	9
ii. Pendant le séjour irrégulier.....	10
iii. En rétention	11
iv. Lors des opérations d'éloignement.....	12
III. Droits en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme.....	13
i. Pendant le voyage.....	16
ii. En rétention	16
iii. Pendant le séjour irrégulier.....	17
iv. Lors des opérations d'éloignement.....	19
IV. Obstacles et dilemmes	20
VI. Conclusions	23

Remerciements

Ce document de réflexion fait suite à l'atelier d'experts organisé le 8 novembre 2006 par le Commissaire aux droits de l'homme. Le Commissaire tient à exprimer sa gratitude à Stefanie Grant, consultante externe, pour l'aide qu'elle a apportée à la préparation du présent document.

Introduction

« Les hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente convention. » (Article 1, CEDH)

Historiquement, l'Etat a protégé les droits de ces citoyens sur son territoire – par exemple contre la torture ou l'exploitation - de même que ceux des ressortissants d'autres Etats entrés légalement dans le pays. Lorsque des réfugiés fuient les persécutions de leur propre Etat, le droit international impose aux autres Etats l'obligation de leur fournir la protection qui ne leur est pas accordée chez eux.

Le présent document traite d'une autre catégorie: les migrants qui ne sont ni réfugiés ni demandeurs d'asile et qui se trouvent dans un autre pays sans le consentement de cet Etat. On assiste à une polarisation des opinions concernant ces migrants en situation irrégulière. L'expression « migrants en situation irrégulière » s'entend de non ressortissants qui ne bénéficient pas d'une autorisation valable d'entrée et/ou de séjour sur le territoire d'un Etat. Leurs pays d'origine voient ce phénomène comme une migration par nécessité et non par choix. Ils considèrent en outre que les transferts de fonds des émigrés à leurs familles contribuent au développement. Les pays d'« accueil », en revanche, ont tendance à les considérer en premier lieu comme des personnes dans l'illégalité qui doivent dès lors être renvoyés à la première occasion. Sous l'angle des droits de l'homme, les migrants ont droit à une protection en vertu du droit international, quelle que soit leur situation au regard du droit interne. En pratique, de nombreux migrants en situation irrégulière sont en fait des hors-la-loi, au sens propre du terme : ils vivent en dehors de la loi et en dehors de sa protection, comme décrit dans le présent document.

Qui sont les migrants en situation irrégulière ? Une personne est en situation irrégulière en vertu des dispositions nationales en matière d'immigration ; ce n'est pas un statut définitif. Une telle situation peut résulter de diverses circonstances. Les migrants peuvent entrer illégalement dans un pays, sans visa valable, en évitant les contrôles frontaliers ou munis de faux documents. Ceux qui entrent légalement dans le pays mais y restent au-delà de la date d'expiration de leur visa deviennent des clandestins. La majorité des personnes en situation irrégulière, y compris les victimes de la traite, sont probablement dans ce cas de figure. D'autres migrants entrent munis d'un visa non assorti d'une autorisation de travail, puis travaillent. Dès lors, leur entrée devient illégale, rétroactivement. La plupart des migrants en situation irrégulière sont des travailleurs. Ils sont généralement moins qualifiés que ceux qui se déplacent légalement car les voies légales existantes pour l'immigration dite « contrôlée » sont de plus en plus restreintes aux personnes ayant les compétences techniques dont ont besoin les économies développées : médecins, infirmiers ou spécialistes des technologies de l'information.

L'enjeu en termes de droits de l'homme est de réconcilier ces différentes perspectives en protégeant les droits des migrants dans les pays d'accueil tout en réduisant les causes des migrations involontaires grâce à une protection accrue des droits dans les pays d'origine. La difficulté, pour les Etats, est de trouver le juste milieu entre la protection des droits de toutes les personnes se trouvant sur leur territoire ou à leurs frontières et le maintien du contrôle des frontières.

Les migrants sont particulièrement vulnérables dans ces quatre situations :

- pendant le voyage et à la frontière : les migrants peuvent perdre la vie ou subir de graves blessures en raison a) des actions de personnes privées dans le cadre d'opérations de trafic ou de traite, par voie terrestre ou maritime, et b) d'un recours excessif à la force par les responsables de l'application des lois chargés du contrôle aux frontières ;
- pendant les périodes de clandestinité, en raison de la discrimination, de l'impossibilité d'accéder à des droits fondamentaux tels que les soins médicaux d'urgence, et de leur exploitation aux mains d'employeurs privés, sans possibilité de s'échapper ou de se plaindre sans risques pour leur vie ;
- en rétention : lorsque les migrants sont retenus dans des conditions inhumaines et dégradantes, sans aucun moyen légal de contester leur rétention, ou lorsque des mineurs sont placés en rétention ;
- au cours des procédures d'expulsion.

Six exemples illustrent ces situations :

- Les autorités italiennes ont procédé au sauvetage d'une embarcation partie d'Afrique du Nord, qui s'était retrouvée à cours de fuel, d'eau et de nourriture pendant le voyage. La plupart des passagers étaient morts. Sur les quatre-vingt-cinq personnes qui s'étaient embarquées, quinze seulement étaient encore en vie. Il s'agirait de Somaliens qui auraient fait le voyage depuis la Libye. L'un des sauveteurs a décrit le spectacle offert par ce bateau, avec sa charge de morts et de survivants, comme une scène de *l'Enfer* de Dante.
- Quand on lui a demandé pourquoi il était venu en Europe, un jeune migrant — retenu en Grèce — a répondu : « *Mon père m'a dit "Tu dois devenir médecin, tu ne dois pas combattre"* », et c'est ce que je voulais faire. » (Amnesty International, *Greece: Out of the Spotlight*, 2005)
- « Nos Roms sont essentiellement vendus en Italie, les garçons comme les filles : les garçons sont vendus à des fins de travail forcé, et les filles à des fins de mendicité et de prostitution. Les enfants sont transportés dans des boîtes en carton [...] les enfants de 5 ans sont les plus appréciés car ils peuvent travailler pendant dix ans ou plus. » (Société de victimologie de Serbie, « La traite des êtres humains en Serbie », cité in BIDDH, *Awareness Raising for Roma Activists on the Issues of Trafficking in Human Beings in South-Eastern Europe*, 2006, p. 11)
- Une femme moldave victime de la traite a été contrainte de travailler comme prostituée au Monténégro. Elle aurait subi de terribles sévices physiques et sexuels pendant trois ans. Ces violences auraient entraîné des blessures graves, dont plusieurs côtes cassées, des lésions internes ... des cicatrices laissées par les menottes, des ecchymoses sur le pourtour de la bouche et les brûlures de cigarettes sur ses organes génitaux. La victime a affirmé avoir été torturée et violée par divers hommes politiques, juges, policiers et fonctionnaires. Pourtant, aucune poursuite n'a été engagée. A la suite de l'intervention du Conseil de l'Europe et de l'OSCE, le procureur adjoint et un procureur ont été destitués. (*Summary of Cases*, rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la traite des personnes, E/CN.4/2006/62/Add.1, paragraphes 130 à 134)
- Entre 2002 et 2004, des ouvriers ont été recrutés par une organisation mafieuse pour travailler en usine dans la clandestinité. Ils partaient avec la promesse d'un permis de travail, mais se voyaient remettre un faux passeport en cours de route. Lorsqu'ils tentaient de s'échapper, ils étaient menacés et contraints de continuer. A l'arrivée, ils étaient informés qu'ils devaient travailler sept jours sur sept pour rembourser le coût du transport ainsi que la nourriture et le logement. Une fois leurs dettes épongées, ils devaient travailler pendant au moins un an, gratuitement ou en contrepartie d'un peu « d'argent de poche ». Leurs salaires étaient versés sur le compte bancaire de l'employeur. Ils allaient de maison en maison et seraient maintenus dans l'isolement. S'ils ne respectaient pas les conditions fixées, y compris s'ils s'absentaient pour cause de maladie, leur dette était alourdie d'autant ou une ponction était effectuée sur leur argent de poche. Pour se faire respecter, leur employeur les battait et les menaçait de s'en prendre à eux et à leur famille une fois qu'ils seraient rentrés dans leur pays. (OIT, *Une alliance mondiale contre le travail forcé*, rapport, 2005, paragraphe 260)
- Lorsque les corps de trente-cinq jeunes hommes — dont douze provenaient du même village marocain, Hansala — se sont échoués devant chez lui sur la baie de Cadix, Rafael Quiros a fondé une organisation caritative afin d'aider à juguler le flux des jeunes qui tentent de gagner l'Espagne à bord de barques de fortune pilotées par des passeurs. Malgré cette issue tragique, les familles étant tenues d'acquitter les 8 000 euros exigés pour la traversée. La fondation a également répondu de ces dettes. Elle a aussi construit à Hansala un centre de santé alimenté en énergie solaire, une école et un foyer pour les professeurs. Les parents sont payés pour laisser leurs enfants aller à l'école : « Nous avons calculé combien les enfants gagneraient en gardant des chèvres et nous avons donné plus aux familles. » (*The Guardian*, 8 mai 2007)

Le présent document est axé sur le droit européen et international qui lie les 47 Etats membres du Conseil de l'Europe¹. Il présente, dans une première partie, les facteurs nationaux et internationaux des migrations clandestines. Dans la deuxième partie, il examine la vulnérabilité particulière des migrants en situation irrégulière aux atteintes aux droits fondamentaux. La troisième partie expose leurs droits en vertu du droit européen et international et énonce les obligations des Etats en matière de protection. La quatrième partie identifie les obstacles empêchant l'exercice de ces droits et met en exergue quelques bonnes pratiques. Enfin, un certain nombre de conclusions sont formulées.

I. Les facteurs de l'immigration clandestine vers l'Europe : le contexte international

i. Les facteurs de départ des pays d'origine

Le droit international protège les réfugiés victimes de persécutions. La protection étant étroitement liée aux raisons qui poussent chacun à partir, il existe une somme non négligeable de recherches sur les causes de la fuite des réfugiés. En revanche, on tend à analyser les migrations internationales essentiellement en termes de développement, comme une réponse aux écarts dans les niveaux de revenu et les possibilités d'emploi existant entre les pays.

L'un des principaux « moteurs » des migrations internationales contemporaines est la mondialisation économique. La libre circulation des biens et des capitaux crée des emplois au-delà des frontières nationales, l'amélioration des communications accentue la visibilité des différences des conditions de vie d'un pays à l'autre, la baisse du coût des voyages facilite les déplacements entre les pays et les continents, et les communautés transnationales (les diasporas) préservent les liens entre les familles restées au pays et les travailleurs partis à l'étranger.

Au sein de cette économie mondiale, les disparités économiques entre les pays les plus riches et certains des pays les plus pauvres se sont accentuées. Y compris en Europe, il y existe un abîme entre les pays à haut et à bas revenu. La Norvège et les Pays-Bas ont ainsi un PIB par habitant de l'ordre de 38 000 et 32 000 dollars. Par comparaison, les chiffres équivalents pour l'Ukraine, l'Albanie et la Moldavie sont de 6 400, 5 000 et 1 700 dollars². L'incidence globale de tels écarts sur les vies humaines est manifeste dans les flux de migrants clandestins des pays les plus pauvres vers les pays plus développés.

Même si l'asymétrie économique est un facteur fondamental dans toute migration, les inégalités de salaire et de revenu ne suffisent cependant pas à expliquer toutes les migrations. Un grand nombre de ceux qui entreprennent le long et dangereux voyage vers l'Europe depuis, par exemple, les pays d'Afrique subsaharienne, le font poussés par la famine, la négation de leurs droits économiques et sociaux, la corruption et la « mauvaise » gouvernance, les conflits et d'autres formes d'insécurité humaine. Dans ces situations, la pauvreté est comprise comme le résultat du non-respect des droits, notamment économiques et sociaux. Même s'il s'agit souvent de facteurs nationaux, les facteurs internationaux jouent aussi un rôle.

Trois exemples illustrent l'interaction complexe entre facteurs nationaux et internationaux :

- la migration de travailleurs qualifiés, en particulier des enseignants, médecins et infirmières qui sont activement recrutés par les Etats européens, a eu une incidence négative sur l'éducation et la santé dans certains des pays les plus pauvres, et constitue l'un des principaux obstacles au développement dans des pays ayant des taux d'émigration élevés ;
- des habitants d'un village de pêcheurs sénégalais expliquent l'exode des jeunes hommes par la surexploitation pratiquée par les grands chalutiers européens. Les traditionnels petits bateaux de pêche en bois ne peuvent pas leur faire concurrence, et les fils et les maris partent : en 2006, quatre-vingt-un d'entre eux sont morts noyés au large des Canaries pendant le voyage vers l'Europe ;

¹ Cet exposé ne comporte pas d'analyse du cadre normatif de l'Union européenne sur ces questions.

² PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain*, 2006.

- dans certains pays d'Afrique de l'Ouest, l'émigration a pris de l'ampleur en raison de l'effondrement des marchés du coton. Les exportations subventionnées en provenance des Etats-Unis et de l'Union européenne ont constitué un facteur essentiel du déclin des prix après 1997. Dans les pays producteurs, comme le Mali et le Burkina Faso, cette baisse des prix a entraîné une perte de revenu pour les cultivateurs, une paupérisation, une réduction des budgets de l'Etat pour la santé et l'éducation, et une émigration vers l'Europe depuis les zones de monoculture du coton. A leur arrivée aux Canaries en 2006, deux jeunes Maliens ont déclaré avoir quitté leur village à la suite de l'effondrement des prix du coton, afin de pouvoir gagner de l'argent pour leur famille. Selon leurs dires, ils ont traversé la Libye et le Maroc, avant de payer leur place à bord du bateau d'un passeur. Des gardes-côtes espagnols les ont sauvés, mais leurs vêtements et leurs économies ont été volés par le passeur.

A l'avenir, les migrations irrégulières seront probablement de plus en plus déterminées par la pauvreté, les lacunes en matière de droits de l'homme ou de sécurité des personnes et les conflits provoqués par les changements climatiques.

Les recherches sur la traite, une forme extrême de migration involontaire, éclairent les raisons complexes qui alimentent les migrations. Les analyses reconnaissent généralement que la pauvreté et le manque d'opportunités économiques en sont les causes les plus visibles. La majorité des victimes de la traite viennent des pays les plus pauvres. En Europe, l'Albanie, la Moldova et l'Ukraine sont d'importants pays « source » de traite.

Mais la pauvreté n'est pas le seul facteur. Un autre paramètre des migrations clandestines est la vulnérabilité particulière des femmes et des enfants dans certaines sociétés. Relégués dans l'exclusion par des pratiques discriminatoires, ils sont plus susceptibles d'être victimes de la traite en raison des préjugés sociaux et culturels, du manque d'éducation et de la prévalence de la violence sexospécifique. Diverses formes de discrimination sociale accroissent la vulnérabilité, notamment les lois relatives à l'héritage, les lois foncières et les régimes d'emploi qui sont discriminatoires envers la femme. Il faut citer aussi des pratiques traditionnelles en vertu desquelles des fillettes sont vendues à des fins de prostitution. En Europe, l'exclusion ethnique et raciale est aussi un facteur. Les enfants victimes de la traite en Albanie sont souvent des Roms, tout comme ceux qui sont la proie de trafiquants dans l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Roumanie et la Serbie. L'absence d'enregistrement à la naissance ou la non scolarisation des fillettes sont d'autres facteurs augmentant la vulnérabilité des enfants. Le rapporteur spécial des Nations Unies a noté que la croissance de la traite s'est accompagnée d'une hausse des migrations clandestines, encouragée par l'inégalité, la pauvreté et la discrimination fondée sur le sexe³.

Les bénéfices économiques pour les pays d'origine induits par les envois de fonds des émigrés, de même que les possibilités d'emploi résultant des déficits démographiques dans certains pays européens, sont aussi des facteurs déterminants.

Les transferts des migrants totalisaient 203 milliards de dollars en 2006, soit plus que l'aide internationale au développement et sept fois plus qu'en 1990. En Europe, les envois de fonds représentent plus d'un tiers du PIB de la Moldavie, et plus de 5 % du revenu national pour la Bosnie, l'Albanie, la Serbie et l'Arménie. Le chiffre est similaire pour la Géorgie. Dans les quinze ans après 1989, ce pays a perdu un cinquième de sa population du fait des migrations⁴. Pour expliquer pourquoi ils sont prêts à entreprendre un si long et dangereux voyage, les migrants d'Afrique subsaharienne qui sont interceptés aux frontières maritimes de l'Europe du Sud citent notamment la nécessité de subvenir aux besoins de leurs familles. S'ils réussissent, leurs gains contribueront au développement de leur communauté. Ainsi, 200 migrants du Mali envoient de l'argent depuis la France à leur village d'origine, dans la région de Kayes, pour financer différents équipements collectifs : pompes d'irrigation et moulins à millet électriques, un nouveau puits, silos à grain et à riz, une nouvelle école et une mosquée⁵.

³ Rapport du rapporteur spécial sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, mission en Albanie, E/CN.4/2006/67/Add.2 [2005].

⁴ *Migration and Remittances: Eastern Europe and the Former Soviet Union*, Banque Mondiale, janvier 2007.

⁵ *Guardian Weekly*, 6 janvier 2006 [d'après un article du *Monde*].

ii. Les facteurs d'attraction dans les pays de destination

D'autres facteurs d'attraction influent sur les migrations et les encouragent. A cet égard, des aspects essentiels sont la présence d'importantes diasporas dans les pays de destination, les liens familiaux et l'espoir d'accéder à l'éducation et à des soins de santé.

La demande constitue un autre ressort des migrations clandestines. De faibles taux de natalité et des populations vieillissantes créent des déficits démographiques dans plusieurs pays d'Europe. Les migrations sont un élément de réponse à cette problématique. En 2000, les Nations Unies estimaient que d'ici à 2050 les 15 (à l'époque) Etats membres de l'Union européenne auraient besoin de plus de 40 millions d'immigrés pour maintenir la taille globale de leur population. Sans les migrations, le rapport entre les personnes en âge de travailler et les retraités devrait se détériorer dans certains pays européens. D'après les prévisions, il passera à 2 pour 1 en 2050, contre plus de 4 actifs pour 1 retraité actuellement. Cela entraînera une baisse des revenus fiscaux et une hausse des dépenses liées aux soins de santé et aux retraites.

Ces tendances démographiques peuvent être modifiées par le recul de la retraite ou des taux de natalité plus élevés. Cependant, on continuera à voir l'immigration comme l'une des solutions à long terme aux situations exposées ci-dessus.

Ces tendances sont manifestes dans la demande de travailleurs non qualifiés dans les économies « informelles » de certains Etats européens. Les 570 000 travailleurs immigrés régularisés par l'Espagne en 2005 l'ont été à l'initiative de leurs employeurs, ce qui indique à quel point la demande économique avait contourné les restrictions à l'immigration. Les secteurs dans lesquels la demande de migrants en situation irrégulière est importante sont les moins réglementés, et ceux où les cas d'exploitation de la main-d'œuvre sont les plus fréquents. Ils sont aussi très lucratifs. L'OIT estime à quelque 32 milliards de dollars le total des profits illicites produits en un an par les travailleurs forcés ayant fait l'objet d'une traite ; la moitié est générée dans les pays industrialisés.

Dans de nombreux pays industrialisés, la récession économique des années 1970 a conduit à la mise en place de politiques d'immigration restrictives. En imposant des sanctions aux transporteurs, un rigoureux contrôle des frontières et des régimes de visas stricts, les pays européens ont appliqué des lois qui cherchaient à réduire les entrées de personnes à la recherche d'un emploi, voire à y mettre fin. La mondialisation grandissante des marchés ne s'est pas accompagnée d'une mondialisation de la main-d'œuvre. Cela a provoqué un décalage entre le nombre de travailleurs souhaitant émigrer — pour toutes les raisons indiquées précédemment — et les possibilités légales d'immigration. Ces lois restrictives n'ont pas diminué le nombre de migrants, mais les ont obligés à faire le voyage en dehors des filières légales et à recourir aux trafiquants et aux passeurs. A leur tour, les réseaux criminels se sont développés pour répondre à cette demande alimentée par les restrictions :

Les politiques de restriction de l'immigration et de réduction des possibilités d'immigration régulière promues par les Etats se sont révélées inefficaces. Au lieu d'empêcher les migrations, elles ont créé un marché de l'immigration clandestine, souvent sous forme de crime organisé, par le biais du trafic et de la traite des êtres humains. (Rapport du groupe d'experts sur la traite des êtres humains, Commission européenne, Bruxelles, 2004) [Traduction non officielle]

Confrontés à un nombre croissant d'arrivées irrégulières — souvent des flux mixtes de migrants et de demandeurs d'asile —, certains Etats ont eu recours à des pratiques d'interception systématique aboutissant au refoulement. Plusieurs pays européens ont eu recours à « l'externalisation » des contrôles aux frontières. Le HCR a souligné la nécessité de faire en sorte que les mesures prises pour gérer les frontières, lutter contre le trafic et faciliter le renvoi et la réadmission ne deviennent pas des violations des droits de base, notamment du droit de bénéficier de procédures d'asile efficaces⁶.

⁶ Voir rapport du haut-commissaire des Nations Unies sur les réfugiés, *Note sur la protection internationale*, A/AC.96/1038 [2007] ; HCR, *Protection des réfugiés et migration mixte : un Plan d'action en 10 points*, 2007 ; Recommandations du HCR à la présidence portugaise de l'Union européenne, 2007.

II. Vulnérabilité et besoin de protection

La vulnérabilité particulière des migrants tient au fait qu'ils ne sont pas des ressortissants du pays dans lequel ils vivent, qu'ils ont franchi une frontière internationale et — contrairement aux citoyens — qu'ils ne peuvent entrer et vivre dans un autre pays qu'avec le consentement express des autorités de ce pays, ou si les Etats ont décidé d'autoriser la libre circulation, comme dans le cas des citoyens de l'Union européenne.

Cette dissociation entre nationalité et présence physique a de nombreuses conséquences. En leur qualité d'étrangers, les migrants peuvent ne pas bien connaître la langue, les lois et les pratiques de la société d'accueil, et être moins capables que d'autres de connaître et faire respecter leurs droits. Ils peuvent être confrontés à la discrimination et à des situations d'inégalité de traitement et d'inégalité des chances au travail ou dans leur vie quotidienne. Ils peuvent aussi être victimes du racisme et de la xénophobie. En période de tensions politiques, ils peuvent être les premiers à être soupçonnés de poser un risque pour la sécurité, ou à être pris comme boucs émissaires. En liant mesures de sécurité et contrôle de l'immigration, certains gouvernements ont encouragé — bien qu'involontairement — la xénophobie envers les migrants et les réfugiés.

Alors que beaucoup d'immigrés sont bien protégés, notamment ceux qui sont très qualifiés, les migrants en situation irrégulière sont doublement vulnérables, à la fois en tant que « non nationaux » et en raison de l'illégalité de leur statut au regard du droit interne.

L'un des indicateurs de cette vulnérabilité est l'invisibilité statistique. En 2005, le nombre de migrants dans le monde était estimé à plus de 190 millions (un million de personnes partiraient chaque année des pays les moins développés vers l'Europe)⁷, dont quelque 85 millions de femmes migrantes⁸. Nul ne connaît la proportion de clandestins ni comment ils se répartissent (au niveau international, régional ou dans les pays européens).

De par leur nature, les migrants en situation irrégulière sont une population cachée, et il existe peu de données statistiques fiables. Des chiffres sont disponibles par exemple pour les personnes qui se sont retrouvées en situation irrégulière après le rejet de leur demande d'asile et dont l'identité était connue des autorités de l'Etat par le biais de la demande d'asile ; de telles données sont aussi disponibles parce que les ONG assurent un suivi en matière de protection des réfugiés avec une diligence qui fait généralement défaut pour les migrants⁹. Les informations concernant les migrants partis pour travailler ou pour échapper à la pauvreté, aux conflits et à l'insécurité sont plus vagues. Les victimes de la traite font elles l'objet d'une attention statistique grandissante. Les personnes entrant clandestinement le font, par définition, sans être enregistrées, tandis que la plupart de ceux qui entrent légalement puis restent sans y être autorisés ne sont pas comptabilisés, faute d'une vérification croisée des registres des entrées et des sorties. Des migrants peuvent figurer comme expulsés même si l'arrêté d'expulsion n'a pas été mis à exécution, et rester - dans le pays, mais en dehors des statistiques officielles.

Pour toutes ces raisons, les statistiques ne donnent qu'une « couverture très partielle » des migrants en situation irrégulière. Selon les estimations, de 10 à 15 % des migrants seraient concernés¹⁰. Il y aurait 4,5 millions de clandestins dans l'Union européenne, dont plus de 400 000 au Royaume-Uni, et de 10 à 12 millions en Russie¹¹. Il n'est pas évident que l'introduction de documents d'identité biométriques permette d'obtenir des données plus fiables.

Un autre indicateur de la vulnérabilité est le grave *manque d'informations* recensant les types d'atteintes aux droits des migrants, les lieux où elles sont commises et leurs caractéristiques. Les atteintes aux droits fondamentaux ne sont pas enregistrées, ou sont sous-enregistrées lorsque les migrants sont clandestins. Les femmes migrantes, par exemple, ou encore les travailleurs forcés

⁷ *International Migration 2006*, Division de la population des Nations Unies, New York.

⁸ *Les femmes et la migration internationale*, rapport du Secrétaire général, A/59/287/Add.1.

⁹ Mais même dans ce cas, les données officielles sont souvent peu précises. Ainsi, on ne sait pas exactement combien de demandeurs d'asile dont la demande a été rejetée sont toujours au Royaume-Uni. *Returning Failed Asylum Applicants*, rapport du contrôleur et auditeur général, Chambre des communes, 76^e Session 2005-2006, Londres, 14 juillet 2005, § 8.

¹⁰ OIT, *Towards a Fair Deal for Migrant Workers in the Global Economy*, § 36-37, 2004.

¹¹ Recommandation 1807 (2007) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les programmes de régularisation des migrants en situation irrégulière, 1^{er} octobre 2007.

employés dans l'économie souterraine, tendent à échapper aux statistiques nationales. De plus en plus de rapports des médias ou des pouvoirs publics font néanmoins état des atteintes aux droits des migrants, mais la question est de savoir si cela reflète une augmentation du nombre de cas ou une dénonciation accrue de la situation. Les ONG documentent aussi de plus en plus cette problématique, mais la production de rapports à ce sujet demeure modeste par rapport à celle consacrée aux réfugiés.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a attiré l'attention sur le manque d'informations concernant les violences infligées lors des opérations d'expulsion, en soulignant qu'« *on ne doit souvent qu'au hasard la connaissance d'un mauvais traitement au cours d'une expulsion* »¹².

En pratique, c'est aux quatre stades ci-après du cycle des migrations que la vulnérabilité est la plus grande : à l'arrivée par voie terrestre ou maritime ; pendant le séjour irrégulier ; en rétention ; enfin, lors des procédures d'expulsion.

i. A l'arrivée

Les Etats ont resserré les contrôles légaux et renforcé — voire fortifié — leurs frontières géographiques tandis que les possibilités de migration légale étaient réduites. En conséquence, le trafic et la traite des migrants ont pris de l'ampleur. Réfugiés et migrants voyagent désormais souvent ensemble dans le cadre de flux mixtes, et les routes migratoires sont devenues plus périlleuses. Il y a eu un accroissement exponentiel des dangers auxquels sont exposés les migrants au cours de leurs déplacements. Une conséquence du renforcement des contrôles frontaliers, observée en Europe et à la frontière entre les Etats-Unis et le Mexique, a été l'allongement de la durée du voyage, devenu une véritable odyssée. La plupart des trajets par mer d'Afrique en Europe sont organisés par des passeurs. Ces voyages ont leur lot de pertes en vies humaines. Les informations faisant état de morts par noyade, insolation ou déshydratation sont monnaie courante. Des migrants seraient même morts des suites de violences infligées par l'équipage des embarcations. Les mêmes drames se reproduisent au sein des pays, par exemple lorsque des clandestins tombent de camions porte-conteneurs et sont tués sur l'autoroute.

Une autre conséquence est la tendance des Etats à user des mêmes mesures face aux arrivées de migrants et face aux menaces pour la sécurité nationale. Dans l'exercice de son mandat (la gestion des risques en matière de sécurité aux frontières extérieures de l'Union européenne), Frontex a notamment chargé ses patrouilles d'intercepter les embarcations transportant des migrants en provenance d'Afrique du Nord, et aussi d'empêcher la « migration illégale » des candidats à l'émigration qui utilisent de faux documents pour quitter leur pays. Dans les deux cas, il s'agit d'empêcher des entrées clandestines dans les Etats membres de l'Union européenne.

Les pays situés sur les frontières terrestres orientales de l'Europe sont de plus en plus des pays de transit pour les migrations vers l'Union européenne. Ils reçoivent des migrants et des réfugiés en provenance d'Asie et du Moyen-Orient, mais aussi les migrants et les demandeurs d'asile rejetés et renvoyés par les Etats européens dans le cadre d'accords bilatéraux de réadmission. Dans certains pays, les migrants et les demandeurs d'asile seraient systématiquement retenus dans de mauvaises conditions, victimes de violences, de vols et d'extorsion, et n'auraient pas la possibilité de bénéficier d'une assistance juridique. Dans certains cas, ils seraient renvoyés de force dans des pays où ils risquent d'être persécutés et torturés¹³. Tous les pays récepteurs font de gros efforts pour gérer ces arrivées massives. Certains, comme Malte, ont néanmoins beaucoup de mal à assurer des conditions d'accueil décentes. Plusieurs pays de la région, dont Malte, demandent un plus grand partage de ce fardeau, mais cet appel à l'aide ne trouve guère d'écho auprès de certains Etats membres.

Lors des arrivées par voie maritime ou terrestre, les autorités nationales, dont les ressources sont souvent limitées, doivent organiser le sauvetage et l'accueil de ces personnes et, le cas échéant, leur renvoi. Elles doivent protéger les droits des migrants, mais aussi identifier et protéger les demandeurs d'asile. A l'heure actuelle, cependant, aucun système général, comparable à celui du HCR pour les

¹² Recommandation 1547 (2002) sur les procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, Assemblée Parlementaire, 22 janvier 2002.

¹³ Human Rights Watch, *Ukraine: On the Margins*, 2005.

réfugiés, n'a encore été créé aux fins d'enregistrer les arrivées, de munir les migrants de papiers provisoires et de tenir un registre de ceux dont la mort est confirmée ou qui sont portés disparus¹⁴.

Le manque de pièces d'identité est à la fois une source de vulnérabilité et un grave problème pour les Etats. Cela peut tenir à différentes causes : dans certains cas, les demandeurs d'asile ne peuvent quitter le pays où ils sont persécutés qu'avec de faux papiers ; de faux passeports sont souvent utilisés dans les opérations de trafic de personnes ; les papiers de nombreuses femmes, victimes de la traite, sont volés ou détruits à l'arrivée ; d'autres migrants, enfin, détruisent leurs pièces d'identité et se prévalent d'une fausse nationalité dans l'espoir d'éviter un renvoi. Une conséquence tragique de ces pratiques est que l'identité de ceux qui trouvent la mort au cours du voyage, par noyade ou victimes de la chasse au clandestin, demeure souvent inconnue — des autorités, mais aussi des familles.

Confrontés à la nécessité d'établir l'identité des migrants — nom, date de naissance et nationalité —, certains Etats ont adopté des procédures visant à déterminer la nationalité et à évaluer l'âge. L'analyse du langage et du dialecte pour attribuer une nationalité est une méthode critiquée car cela ne prend pas nécessairement en compte le degré de correspondance entre les frontières nationales et les groupes linguistiques¹⁵. Une conclusion erronée peut entraîner le renvoi d'une personne vers un pays dont elle n'est pas ressortissante. Les procédures d'évaluation de l'âge utilisées pour déterminer si les jeunes migrants ont moins de 18 ans, et ont donc droit à bénéficier d'une protection en tant que mineurs, sont de même critiquées au motif que la détermination de l'âge est un processus complexe mettant en jeu des facteurs physiques, sociaux et culturels, et qu'elle est particulièrement difficile dans le cas des adolescents les plus âgés. Une mauvaise appréciation peut donner lieu à la rétention injustifiée d'un enfant séparé ou non accompagné¹⁶.

ii. Pendant le séjour irrégulier

Certains migrants sont retenus à leur arrivée puis renvoyés sans délai. Pour un grand nombre d'entre eux, cependant, le renvoi n'intervient pas avant plusieurs années, voire jamais. La procédure accuse le plus grand retard lorsque la personne ne part pas volontairement, lorsque les autorités perdent sa trace, lorsque son identité et sa nationalité ne sont pas claires, ou lorsque le retour est impossible pour des raisons pratiques (par exemple en cas de conflit). Le renvoi est légalement impossible lorsque le migrant est « sans Etat » identifié ou s'il n'a pas de nationalité effective parce que l'Etat de nationalité ne coopère pas avec la procédure. Cela peut aboutir à une situation d'incertitude permanente, voire de vide juridique, où le migrant n'a pas de statut d'immigration légal, peut être expulsé à tout moment, n'est pas autorisé à travailler et se retrouve exclus des droits de subsistance.

Certains Etats refusent aux migrants en situation irrégulière l'accès aux *droits économiques et sociaux* afin de les forcer à partir « volontairement ». Le rejet d'une demande d'asile peut être suivi de l'exclusion des prestations sociales. La pratique diffère d'un Etat à l'autre, mais plusieurs rapports ont mis en évidence de telles politiques en Allemagne, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Norvège notamment¹⁷.

Les Etats doivent fournir gratuitement des *soins de santé d'urgence* indépendamment du statut légal. Il n'y a cependant pas accord sur les traitements entrant dans cette catégorie étroite et souvent non définie. Une enquête parlementaire britannique a révélé que, bien que le ministère de la Santé eut rangé la prise en charge de la maternité dans la catégorie des « traitements immédiatement nécessaires », les patientes demeuraient astreintes au paiement des soins, les établissements étant habilités à effectuer le recouvrement de la dette selon les procédures habituelles. Dans certains cas, des personnes vulnérables, comme des femmes enceintes ou des personnes vivant avec le VIH/sida, se sont vu refuser un traitement hospitalier. A propos du VIH/sida, l'enquête soulignait les conséquences négatives d'un refus en termes de coût et de risque d'infection. Les personnes attendent que leur cas relève d'un traitement urgent, mais à ce stade leur charge virale a augmenté.

¹⁴ HCR, *Protection des réfugiés et migration mixte : un Plan d'action en 10 points*, 2007.

¹⁵ 'Guidelines for the Use of Language Analysis in Relation to Questions of National Origin in Refugee Cases', *International Journal of Speech, Language and the Law: Forensic Linguistics* (2004), vol. 11, n° 2, p. 179-266.

¹⁶ Voir, d'une manière générale, Save The Children et HCR, *Déclaration de bonne pratique (Programme des enfants séparés en Europe)*, 2004.

¹⁷ ECRE, *The Return of Asylum Seekers*, juin 2005 et *Enquête européenne sur l'accès aux soins des personnes en situation irrégulières*, Observatoire de l'accès aux soins de Médecins du monde, juin 2007.

L'African HIV Policy Network (réseau africain chargé des politiques en matière de VIH) a expliqué à la commission d'enquête que la thérapie antirétrovirale offrait le meilleur rapport coût-efficacité. Si elle leur est refusée, les patients se présenteront simplement aux urgences puis dans le service des soins intensifs, avec une fréquence de plus en plus rapprochée. En l'espace de quelques jours, leur prise en charge aura coûté autant qu'une année de traitement antirétroviral. Des groupes médicaux ont dénoncé l'incohérence de cette politique : alors que l'Agence du développement internationale fait très activement campagne en faveur de l'accès universel au traitement antirétroviral, ce même traitement est refusé à un groupe très vulnérable au Royaume-Uni¹⁸.

Dans le secteur privé, les abus se produisent généralement lorsque les migrants sont pris au piège de *l'exploitation par le travail* et lorsque les femmes, les enfants et les hommes font l'objet d'une traite. Quatre rapporteurs spéciaux des Nations Unies sur les droits de l'homme — chargés d'étudier les questions des migrants, de la vente d'enfants, de la traite et de la violence envers les femmes — ont recensé des atteintes aux droits fondamentaux commises en Europe pendant leur mandat, notamment la traite de femmes enceintes dont les bébés sont vendus pour adoption illégale, la traite de femmes et de fillettes à des fins d'exploitation sexuelle, la traite d'enfants à des fins de mendicité ou pour la vente ambulante, la traite de mineurs dans le but d'obtenir illégalement des prestations de sécurité sociale, et la traite d'hommes afin de les employer dans des conditions d'exploitation dans des secteurs tels que l'agriculture, le bâtiment, la restauration et le travail domestique.

Le racisme et la xénophobie prennent plusieurs formes. En 2006, une flambée de violence a embrasé une ville de Carélie (Russie) à la suite de la mort de deux personnes. Des migrants en provenance de Tchétchénie, d'Azerbaïdjan et de Géorgie ont été attaqués, et des maisons et des commerces leur appartenant ont été détruits. Au lieu de blâmer les émeutiers, le gouverneur local a plutôt montré du doigt les migrants, dont le comportement aurait « dépassé les bornes »¹⁹. Le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) a dénoncé la pratique consistant à appeler les retenus par leur numéro de dossier d'immigration ou de matricule et à y faire référence de la même façon dans tous les documents officiels, y compris les dossiers médicaux. Cette pratique, observée dans un centre de rétention, était ressentie comme humiliante et dégradante par la plupart des personnes concernées, tout comme la pratique consistant à interpellier les retenus par leur nationalité présumée (« Hé ! toi le Soudanais, viens ici », « toi, l'Algérien, fais ça... »)²⁰.

Les attitudes populaires xénophobes sont encouragées lorsque les médias (généralement la presse à sensation) établissent un lien entre migrations clandestines, criminalité, chômage et terrorisme. Traiter de ces questions avec objectivité est difficile, parce qu'elles sont particulièrement sensibles. Même si l'on veut donner une couverture positive à un événement, il y a toujours le risque de véhiculer les clichés habituels. Par ailleurs, les pressions commerciales subies par les journaux ayant des tirages en baisse les incitent à faire du sensationnel.

iii. En rétention

Le placement en rétention intervient généralement à l'arrivée, dans l'attente du renvoi. Si le renvoi est impossible ou n'a pas lieu, les migrants en situation irrégulière demeurent « passibles » de rétention jusqu'au moment de leur expulsion ou de la régularisation de leur statut. Des rapports de Human Rights Watch, d'Amnesty International et d'autres ONG, ainsi que du CPT, font état d'une forte surpopulation et décrivent le caractère déplorable (insuffisance du couchage et de l'habillement, pas de possibilité de loisirs ou d'exercice, absence d'air frais, manque de nourriture et de soins médicaux) des conditions de rétention dans plusieurs Etats.

- En Ukraine, les migrants placés en rétention n'avaient pas accès à des droits fondamentaux tels que la possibilité de consulter un avocat ou un médecin et de faire appel à un interprète. Ils n'avaient pas non plus le droit de formuler une demande de libération et n'étaient pas en

¹⁸ Commission parlementaire mixte du Royaume-Uni sur les droits de la personne, *The Treatment of Asylum Seekers*, § 125 à 152, 2006-2007.

¹⁹ *International Herald Tribune*, 14 septembre 2006.

²⁰ *CPT Report on visit to Malta*, CPT/Inf (2005) 15, § 27 [août 2005].

mesure de faire prévenir un membre de leur famille. La plupart n'avaient pas la moindre idée du motif de leur rétention et ignoraient pendant combien de temps elle pourrait se prolonger²¹.

- Des allégations de maltraitance ont été recueillies dans des centres d'urgence accueillant des enfants non accompagnés dans les îles Canaries. Des mauvais traitements auraient en particulier été infligés aux plus jeunes enfants par d'autres garçons ainsi que par le personnel. Selon un rapport, les autorités responsables ont manqué à leur devoir de superviser et de vérifier les conditions régnant dans ces centres²².
- L'inspecteur des prisons britanniques a noté que du moment où est prise la décision initiale de placement en rétention, l'enfant devient invisible. La question de savoir si la rétention aura une incidence néfaste sur le bien-être d'un enfant dans une famille n'est pas prise en considération²³.
- Dans un centre de rétention grec, les retenus n'avaient rien à faire de toute la journée et passaient le plus clair de leur temps à jouer aux échecs avec des pièces qu'ils avaient découpées dans du carton²⁴.

Après avoir visité des centres de rétention, le CPT a dégagé

« plusieurs aspects négatifs : environnement semblable à une prison, climat de tension, absence quasi-totale d'activités, manque d'exercice régulier en plein air, insuffisance des soins médicaux et psychiatriques, manque d'information des ressortissants étrangers concernant leur situation — ce qui les plongeait dans l'incertitude quant à leur avenir et rendait leur rétention encore plus insupportable dans la plupart des cas. Comme il fallait s'y attendre, les actes d'automutilation, les tentatives de suicide, les grèves de la faim, le vandalisme et les violences étaient des problèmes relativement courants. Ces conditions de rétention pouvaient être considérées comme s'apparentant à une forme de traitement inhumain²⁵ ». [Traduction non officielle]

iv. Lors des opérations d'éloignement

Certains migrants en situation irrégulière retournent volontairement dans leur pays. Quelques-uns le font grâce à l'aide financière fournie par l'Office des migrations internationales. Dans tous les cas, le retour doit s'effectuer dans la sécurité et la dignité.

Mais d'autres ne veulent pas rentrer, et c'est dans ce contexte que se pose la question de l'usage légitime de la force par les agents statutaires et contractuels. Au Royaume-Uni, une étude de la Fondation médicale pour la prise en charge des victimes de la torture a fait apparaître que le recours à une « force excessive ou gratuite » constituait une pratique bien établie²⁶. Le CPT a constaté que lorsqu'une résistance est rencontrée lors des opérations d'éloignement par voie aérienne, le personnel d'escorte a habituellement recours à une immobilisation totale de l'étranger au sol, face contre terre, afin de lui passer les menottes aux poignets. *« Le maintien de l'étranger dans une telle position, qui plus est avec du personnel d'escorte apposant son poids sur diverses parties du corps (pression sur la cage thoracique, genoux dans les reins, blocage de la nuque) après qu'il se soit débattu, présente un risque d'asphyxie posturale²⁷. »*

²¹ Human Rights Watch, *On the Margins: rights violations against migrants & asylum seekers at the new eastern border of the EU*, 2005.

²² Human Rights Watch, *Unwelcome Responsibilities: Spain's Failure to Protect the Rights of Unaccompanied Migrant Children in the Canary Islands*, 2007.

²³ Rapport du Bureau d'inspection de Sa Majesté (HMIP), cité in Commission parlementaire mixte du Royaume-uni sur les droits de la personne, *The Treatment of Asylum Seekers*, 10^e rapport, session 2006-2007, § 243.

²⁴ Amnesty International, *Greece: Out of the Spotlight :The rights of foreigners and minorities are still a grey area*, 5 octobre 2005.

²⁵ *CPT Report on visit to Malta*, CPT/Inf (2005) 15, § 28 [août 2005].

²⁶ Medical Foundation for the Care of Victims of Torture, *Harm on Removal*, Londres, 2004.

²⁷ *L'éloignement d'étrangers par la voie aérienne*, extrait du 13^e rapport général d'activité, CPT/Inf (2003) 35, § 34.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a attiré l'attention sur le problème des discriminations, des abus verbaux à caractère raciste, des méthodes de rétention dangereuses, voire des violences et des traitements inhumains ou dégradants. « *Trop souvent, les agents chargés de l'exécution des expulsions recourent à la force de manière injustifiée ou abusive, voire dangereuse*²⁸. »

III. Droits en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme

La fin des années 1980 a vu une évolution de la structure des migrations. Jusqu'alors, les migrants — contrairement aux réfugiés — demeuraient en marge du processus de définition des normes en matière de droits de l'homme. La plupart des migrations de travailleurs se faisaient légalement, sur la base d'accords bilatéraux, et les migrants pouvaient généralement compter sur la protection consulaire de leur pays d'origine. Cette marginalisation était renforcée par le langage des instruments internationaux en matière de droits de l'homme : des normes d'application universelle qui ne citaient pas les migrants ni ne prévoyaient aucune disposition *explicite* pour leur protection.

Par la suite, étant donné le nombre grandissant de migrants, dont les déplacements s'effectuaient souvent de manière clandestine, et devant les violations manifestes des droits fondamentaux pendant le cycle migratoire, les migrants ont été reconnus comme un groupe vulnérable et leurs droits ont été intégrés aux droits de l'homme. Par sa Résolution 45/0158 du 18 décembre 1990, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, et un rapporteur spécial sur les droits des migrants a été désigné. La protection de certains droits a été intégrée dans les protocoles de Palerme, et les organes des Nations Unies créés en vertu d'instruments internationaux ont confirmé que tous les non-ressortissants sont protégés par les traités relatifs aux droits de l'homme. Plus récemment, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté des droits minimaux à appliquer aux migrants en situation irrégulière en Europe, en s'appuyant sur les instruments internationaux de protection des droits de l'homme (normes minimales européennes)²⁹.

D'une manière générale, les Etats ont le devoir de protéger tous les droits des migrants, quels que soient leur nationalité ou leur statut, pendant qu'ils sont en transit et au sein de chaque Etat. De la même façon, les Etats d'origine ont le devoir de protéger les droits de leurs ressortissants et de réagir face aux atteintes aux droits humains qui accompagnent les migrations involontaires, y compris la fuite des réfugiés. Les normes en matière de droits de l'homme fournissent ainsi un cadre pour des politiques visant à réduire les « moteurs » des migrations involontaires — par exemple mettre fin à la discrimination fondée sur le sexe, renforcer les droits à la santé et à l'éducation, et protéger les civils en cas de conflits civils. Pour leur part, les migrants ont l'obligation de respecter les lois nationales du pays d'accueil.

En Europe, les migrants ont des droits en vertu du droit régional et des instruments internationaux relatif aux droits de l'homme qui, à quelques rares exceptions près, protègent à la fois les ressortissants et les non-ressortissants. La Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH) est le traité le plus développé en matière de droits de l'homme du fait de sa jurisprudence et de son application en droit interne et par les tribunaux nationaux³⁰. Outre leurs obligations au regard de cette convention, tous les Etats européens ont aussi convenu de protéger les droits fondamentaux en vertu d'autres accords internationaux qui protègent les droits sociaux, économiques, civils, politiques et culturels d'une manière générale, et accordent une protection particulière aux femmes et aux enfants. A titre d'exemple, les normes internationales du travail protègent les travailleurs migrants ; le CPT exerce une mission de surveillance à des fins de prévention de la torture et des mauvais traitements au niveau régional ; enfin (pour la plupart des pays européens), des traités protègent les victimes de la traite et du trafic. Tous les Etats européens sont parties non seulement à la CEDH et à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements dégradants, mais aussi aux traités des Nations Unies : Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), Convention contre la torture, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination

²⁸ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1547 (2002)30, « Procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité ».

²⁹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1509 [2006].

³⁰ Jeremy McBride, *Irregular Migrants and the European Convention on Human Rights*, AS/Mig/INf(2005)21, 2005.

raciale, et Convention relative aux droits de l'enfant. La plupart des Etats européens sont également parties aux protocoles contre la traite et le trafic, et certains au Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture.

Ces traités constituent un corps de lois composite qui a force obligatoire pour les Etats européens. Réaffirmant les droits protégés par la CEDH, il va parfois au-delà pour octroyer une plus grande protection. La Convention relative aux droits de l'enfant, par exemple, crée un cadre général pour la protection de l'enfance qui englobe les droits sociaux et économiques ; le PIDCP reconnaît le droit à l'égalité en tant que tel, sans le lier à d'autres droits comme la CEDH³¹ ; le PIDESC garantit la plupart des droits économiques et sociaux (notamment la santé et l'éducation) aux migrants, quel que soit leur statut.

Les traités des Nations Unies sont interprétés par le biais d'observations générales. Par exemple, la jouissance des droits énoncés dans la Convention relative aux droits de l'enfant

« n'est [...] pas limitée aux enfants de l'État partie et doit dès lors impérativement, sauf indication contraire expresse de la Convention, être accessible à tous les enfants – y compris les enfants demandeurs d'asile, réfugiés ou migrants –, sans considération de leur nationalité, de leur statut au regard de l'immigration ou de leur apatridie³² ».

Même si très peu d'Etats européens ont ratifié à ce jour la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille³³, il faut savoir que cela ne les dispense pas de leur obligation de protéger les droits des travailleurs migrants, car la Convention reprend essentiellement des droits déjà protégés par d'autres traités contraignants pour ces Etats. La Convention est importante car elle expose clairement des droits définis dans d'autres instruments en tenant compte de la situation particulière des travailleurs migrants, y compris ceux en situation irrégulière, et fournit aux Etats un cadre de coopération, notamment pour une collaboration visant à empêcher et éliminer les déplacements illégaux.

Le droit international reconnaît le droit des Etats de déterminer quels étrangers peuvent entrer et séjourner sur leur territoire et de renvoyer ceux qu'ils refusent vers leur pays de nationalité. Dans ce cadre, les Etats sont tenus de garantir des droits « à toute personne relevant de leur juridiction »³⁴. La jurisprudence de la CEDH établit clairement que l'illégalité du statut ne prive pas automatiquement du bénéfice des droits reconnus par la convention³⁵.

Comme l'a indiqué le Comité des droits de l'homme, la règle générale est que chacun des droits énoncés dans le PIDCP doit être garanti, sans discrimination entre les citoyens et les étrangers. Les exceptions sont limitées. Le Pacte ne reconnaît pas aux non-ressortissants le droit de participation politique, ni le droit d'entrée et de séjour. L'autorisation d'entrée peut être soumise à des conditions relatives aux déplacements, au lieu de séjour et à l'emploi ; enfin, un Etat peut aussi imposer des conditions générales aux étrangers en transit.

Cependant, une fois qu'un migrant se trouve physiquement sur le territoire d'un Etat partie, la jouissance des droits reconnus dans le Pacte

« doit être accordée [...] à tous les individus, quelle que soit leur nationalité ou même s'ils sont apatrides, par exemple demandeurs d'asile, réfugiés, travailleurs migrants et autres personnes...³⁶ ».

³¹ Cette distinction perd de son importance, car le protocole n° 12 à la CEDH est aujourd'hui ratifié par un nombre grandissant de pays.

³² Comité des droits de l'enfant, *Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, Observation générale 6 [2005], § 12.

³³ Seuls trois Etats membres du Conseil de l'Europe — Turquie, Azerbaïdjan et Bosnie-Herzégovine — ont ratifié cette convention.

³⁴ CEDH, art. 1 ; PIDCP, art. 2 ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 2.

³⁵ Voir Jeremy McBride, *op. cit.*

³⁶ Comité des droits de l'homme, *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte*, Observation générale 31, § 10.

Le principe d'égalité et de non-discrimination signifie que les distinctions entre les groupes ne sont acceptables que si elles sont prescrites par la loi, poursuivent un but légitime et sont dans un strict rapport de proportionnalité avec le but visé.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a reconnu la nécessité de clarifier la question des droits des migrants en situation irrégulière, bien qu'il s'agisse d'une « *question difficile et délicate* » pour les Etats³⁷. Les normes minimales européennes couvrent les droits civils, politiques, économiques et sociaux.

Droits civils et politiques minimaux

- *Droit à la vie.* Il ne doit pas être fait usage d'une force excessive pour empêcher les non-nationaux de pénétrer sur le territoire national. Les autorités ont l'obligation de tenter de sauver ceux qui, en essayant de pénétrer dans un pays, mettent leur vie en danger.
- *Protection contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants.* La procédure de rapatriement devrait être mise en œuvre en respectant le droit à la dignité, et les mesures coercitives appliquées au cours de l'expulsion devraient « s'en tenir à un strict minimum ».
- *Protection contre l'esclavage et le travail forcé.*
- *Limitation de la mise en rétention.* Le placement en rétention devrait intervenir *seulement en dernier recours*, être autorisé par un tribunal, et ne pas se prolonger de manière excessive.
- *Respect du droit d'asile et de non-refoulement.*
- *Droit à un recours effectif avant toute expulsion.* Ce recours devrait être formulé devant une autorité compétente, indépendante et impartiale. Une interprétation et une assistance juridique devraient être mises à disposition.
- *Respect de la vie privée et familiale.* Il ne devrait pas y avoir d'éloignement lorsque la personne concernée a des « attaches très fortes ».
- *Droit de se marier.* Il ne faudrait pas ériger « d'obstacles absolus » empêchant les migrants en situation irrégulière de se marier.
- *Droit à l'égalité.* Il ne devrait pas y avoir de discrimination dans la jouissance des droits, ni de discrimination fondée sur la race ou l'appartenance ethnique en matière d'admission ou de refus d'admission, d'autorisation de séjour ou d'expulsion.

Au nombre des droits économiques et sociaux minimaux figurent :

- *un logement et une protection adéquats* garantissant la dignité humaine ;
- *l'accès des migrants en situation irrégulière à des soins médicaux d'urgence ;*
- *une protection sociale, s'il y a lieu, pour lutter contre la pauvreté et préserver la dignité humaine.* Les enfants migrants devraient avoir droit à la protection sociale, sur un pied d'égalité avec les enfants des nationaux ;
- *des droits en matière d'emploi :* rémunération équitable, conditions de travail raisonnables, accès aux tribunaux pour défendre leurs droits, activité syndicale. L'Etat devrait « rigoureusement » poursuivre tout employeur qui ne respectera pas ces droits ;
- *le droit à l'enseignement primaire et secondaire* pour tous les enfants.

Protection dans des situations particulières

Comment ces principes s'appliquent-ils lorsque les droits des migrants en situation irrégulière risquent le plus d'être bafoués, c'est-à-dire pendant le voyage, pendant le séjour irrégulier, en rétention et lors du retour vers le pays d'origine ? Dans chacune de ces situations, des obligations négatives et positives s'imposent aux Etats. Ils ont notamment l'obligation négative de veiller à ce que les représentants des pouvoirs publics ne passent pas outre aux droits, par exemple en infligeant des mauvais traitements ou en renvoyant une personne vers un pays où elle risque d'être maltraitée. En vertu de leur obligation positive de protection, les Etats doivent aussi prendre des mesures pour veiller à ce que les personnes privées, notamment les employeurs, ne maltraitent pas les migrants en situation irrégulière qui sont en leur pouvoir.

³⁷ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1509 [2006].

i. Pendant le voyage

La restriction des voies légales de migration est allée de pair avec une implication croissante des réseaux criminels dans le transport illégal des migrants.

Le devoir de protection des Etats prend plusieurs formes. En vertu du droit international relatif aux droits de l'homme, du droit des réfugiés, du droit maritime et du droit pénal, ils sont tenus de garantir la vie et la sécurité des migrants. La plupart des Etats européens sont désormais liés par les deux protocoles de Palerme sur le trafic et la traite³⁸, qui définissent le trafic et la traite comme des infractions pénales internationales, imposent aux Etats de poursuivre les auteurs de ces infractions (mais pas les migrants), incorporent leur obligation de secourir les personnes en détresse conformément au droit de la mer, et leur impose de protéger les droits des migrants indépendamment de leur statut. Le fait que le trafic soit défini comme un acte illégal dont le migrant se rend complice n'affecte pas l'obligation de l'Etat de prendre

« toutes les mesures appropriées [...] pour sauvegarder et protéger les droits des personnes qui ont été l'objet [d'un trafic illicite de migrants] [...], en particulier le droit à la vie et le droit de ne pas être soumis à la torture ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

Lorsque les arrivants sont à la fois des migrants et des réfugiés, les Etats doivent mettre en place des procédures permettant d'identifier les personnes ayant besoin d'une protection internationale et de garantir l'accès à des procédures d'asile équitables et efficaces.

En matière d'interception des mouvements illégaux ou de prévention des entrées clandestines, les Etats doivent respecter le droit de l'individu à quitter son propre pays. Les mesures prises pour contrôler l'entrée des non-nationaux et empêcher le franchissement illégal des frontières doivent être compatibles avec l'interdiction des sanctions et des traitements inhumains ou dégradants et avec le droit à la vie. La Cour européenne des Droits de l'Homme a estimé que le fait d'ordonner à des gardes-frontières d'ouvrir le feu pour protéger « à tout prix » la frontière était incompatible avec le droit à la vie³⁹.

Etant donné leur vulnérabilité et leurs besoins particuliers, les migrants traumatisés ou blessés devraient bénéficier d'une assistance humanitaire de base, comprenant une prise en charge médicale et psychologique à l'arrivée.

ii. En rétention

Il n'est pas interdit aux Etats de placer en rétention des migrants en situation irrégulière pour empêcher leur entrée illégale sur le territoire, ou en vue de les expulser ou de les renvoyer. Le pouvoir de rétention d'un Etat est cependant limité, et il doit protéger les droits des personnes retenues⁴⁰. Les migrants en situation irrégulière qui sont placés en rétention ne sont pas des prisonniers, n'ont pas été reconnus coupables d'une infraction pénale, et doivent être retenus dans des conditions convenables. La rétention ne doit intervenir qu'en dernier recours, doit être autorisée par un tribunal, et ne doit pas se prolonger pendant une durée excessive.

« Les migrants en situation irrégulière devraient, au besoin, être placés dans des centres de détention spécifiquement conçus à cet effet et être séparés des retenus condamnés. Des lieux d'hébergement appropriés devraient être prévus pour accueillir les familles ; dans les autres cas, les hommes et les femmes devraient être logés séparément.

Les personnes placées en détention devraient avoir le droit de contacter toute personne de leur choix (avocat, membre de leur famille, organisation non gouvernementale, HCR, etc.), avoir accès à des soins médicaux appropriés et, le cas

³⁸ Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, A.9(4) ; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer.

³⁹ *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* (934044/96, 35532/98 et 44801/98) [2001].

⁴⁰ Voir principe directeur 6, « Conditions autorisant une décision de placement en rétention », *Vingt principes directeurs sur le retour forcé*, CM(2005)40 final [mai 2005].

échéant, bénéficier des services d'un interprète et d'une assistance juridique gratuite. La légalité et la nécessité d'une détention prolongée devraient faire l'objet d'un contrôle judiciaire indépendant. Les personnes placées en détention devraient être informées de leurs droits, et devraient être en droit de saisir un tribunal pour qu'il statue sur la régularité de leur détention.

Le placement en détention [de migrants en situation irrégulière] doit être autorisé par un tribunal. La légalité et la nécessité d'une détention prolongée devraient faire l'objet d'un contrôle judiciaire indépendant. Les personnes placées en détention devraient être expressément informées, sans délai et dans une langue qu'elles comprennent, de leurs droits et de la procédure qui leur est applicable. Elles devraient être en droit de saisir un tribunal pour qu'il statue dans les meilleurs délais sur la régularité de leur détention.

Les migrants en situation irrégulière placés en détention ont également le droit de communiquer avec les autorités consulaires de leur pays d'origine. »

(Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1509 (2006) ; § 12.4 - 6.)

Les normes du CPT appliquent l'interdiction des traitements cruels, inhumains et dégradants à différents lieux de rétention : zones de transit et internationales dans les aéroports, postes de police, prisons et centres de rétention spécialisés. Il est évident que des personnes maintenues à l'intérieur de halls d'aéroports devraient pouvoir disposer de moyens adéquats pour dormir, avoir accès à leurs bagages, à des toilettes et à d'autres installations sanitaires, ainsi qu'être autorisées à se rendre quotidiennement à l'air frais. De plus, il convient de garantir l'accès à la nourriture et, si nécessaire, aux soins médicaux. Des étrangers retenus dans des commissariats de police pendant des périodes prolongées sont privés de toute forme d'activité et contraints, parfois, à partager une cellule avec des personnes soupçonnées d'une infraction pénale. Une telle situation est indéfendable. Le comité note qu'« *une prison, par définition, n'est pas un lieu approprié pour la rétention d'une personne qui n'est ni reconnue coupable, ni soupçonnée d'une infraction pénale* »⁴¹.

S'agissant du placement en rétention d'enfants, il y a une opposition manifeste entre les principes en matière de droits de l'homme et la pratique des Etats. En vertu de la Convention relative aux droits de l'enfant, dans toute décision des autorités publiques concernant un enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. La rétention « *ne saurait être justifiée* » par son seul statut au regard de la législation relative à l'immigration. Comme prescrit par le Comité des droits de l'enfant, des dispositions spéciales, entre autres, doivent être prises pour mettre en place des quartiers adaptés aux enfants permettant de les séparer des adultes, à moins qu'il ne soit pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant de procéder de la sorte. La démarche sous-jacente d'un tel programme devrait être la « prise en charge » et non la « rétention ». Les enfants devraient avoir accès à une assistance juridictionnelle, ainsi que la possibilité de recevoir la visite d'amis, de parents, de leur conseiller religieux, social ou juridique et de leur tuteur. Ils devraient également avoir la possibilité de se procurer tous les articles de première nécessité, ainsi que de bénéficier, au besoin, d'un traitement médical et de conseils psychologiques appropriés. En cas de rétention, les enfants ont également le droit aux loisirs et au jeu⁴².

Le Protocole facultatif se rapportant à la Convention de l'Onu contre la torture impose aux Etats de mettre en place des « organes de visite » afin de favoriser la prévention de la torture. Cela fournit une protection supplémentaire pour les migrants à l'échelon national, en complément des visites du CPT.

iii. Pendant le séjour irrégulier

Le fait d'entrer dans un pays en violation des lois de ce pays en matière d'immigration ne prive pas les migrants de leurs droits fondamentaux. Cela ne dégage pas non plus l'Etat concerné de l'obligation de protéger les migrants en situation irrégulière. Ce devoir s'étend non seulement aux droits pour lesquels l'Etat est directement responsable — les soins de santé publics par exemple —, mais aussi aux abus commis par des personnes privées, notamment les employeurs.

⁴¹ Comité européen pour la prévention de la torture, *Les normes du CPT*, chapitre IV : Personnes retenues en vertu de législations relatives à l'entrée et au séjour des étrangers ; 7^e rapport général d'activités, CPT/Inf(97) 10.

⁴² Comité des droits de l'enfant, *Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, Observation générale 6 [2005].

Une rare décision des tribunaux britanniques a donné raison à des étrangers qui avaient été retenus pour des raisons de sûreté nationale. Ces derniers avaient contesté leur rétention illimitée, sans inculpation ni jugement, en partant du principe qu'elle constituait une violation de leur *droit à l'égalité et à la liberté*. Ils ont fait valoir que la loi en vertu de laquelle ils étaient retenus était applicable aux étrangers, mais pas aux nationaux, et qu'il était inacceptable que l'Etat établisse une distinction entre les étrangers et ses propres ressortissants au regard du droit à la liberté. La Chambre des Lords a jugé que si les droits des deux groupes peuvent différer dans un contexte d'immigration, le droit international relatif aux droits de l'homme n'autorise aucune discrimination entre les citoyens d'un Etat et les étrangers en ce qui concerne le droit à la liberté⁴³.

Un corps de normes internationales définissant le *droit à la santé* a été élaboré (essentiellement au sein des Nations Unies) par les organes créés en vertu d'instruments internationaux, le rapporteur spécial sur le droit à la santé et l'Organisation mondiale de la santé. En tant que parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les Etats européens ont, d'une manière générale, des obligations immédiates au regard du droit à la santé. Les Etats sont en particulier liés par l'obligation de respecter ce droit, notamment en s'abstenant de refuser ou d'amoindrir l'égalité d'accès de toutes les personnes, dont les prisonniers ou les retenus, les membres des minorités, les demandeurs d'asile et les immigrants en situation irrégulière. Il s'ensuit que les services de santé doivent être disponibles et abordables pour les groupes défavorisés, les personnes vulnérables et celles vivant dans la pauvreté. C'est dans ce sens que le Comité européen des droits sociaux s'est prononcé, reconnaissant le droit à une assistance médicale à toutes les enfants et les jeunes personnes présentes sur le territoire d'un Etat, y compris les migrants irréguliers⁴⁴.

En Europe, la CEDH protège les personnes en situation d'extrême précarité sous l'angle des dispositions relatives au droit à la vie et à la protection contre des traitements inhumains et dégradants. Les normes minimales dégagées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe se fondent sur les dispositions des instruments internationaux et européens en matière de droits de l'homme. En application de ces droits minimaux, les Etats devraient garantir l'accès des migrants en situation irrégulière à des soins médicaux d'urgence et s'efforcer de fournir des soins médicaux plus globaux, tenant compte notamment des besoins particuliers des groupes vulnérables que sont, par exemple, les enfants, les personnes handicapées, les femmes enceintes et les personnes âgées. Les personnes souffrant d'une affection de longue durée, comme le VIH/sida, sont un groupe vulnérable.

Le refus d'un traitement essentiel – par exemple la prise en charge d'une femme enceinte – peut porter atteinte au droit à la vie garanti par la CEDH. Dans le contexte extrême d'une maladie terminale, comme le sida, le renvoi vers un pays où le traitement n'est pas disponible pourrait porter atteinte au droit d'être protégé contre des traitements inhumains et dégradants. De la même façon, dans les pays où la prise en charge des femmes enceintes est normalement gratuite, le fait d'exiger un paiement lorsqu'il s'agit de migrantes en situation irrégulière soulève des questions de discrimination dans l'exercice du droit à la vie, à une protection contre les traitements inhumains et à la vie familiale⁴⁵.

Le droit international, en particulier les normes de l'Organisation internationale du travail (OIT) et les lois pénales relatives à la traite et au trafic, crée des cadres qui facilitent la protection et les poursuites en cas de *travail forcé et d'exploitation par le travail*. Selon les normes minimales européennes, les travailleurs migrants en situation irrégulière devraient avoir droit à une rémunération équitable, à des conditions de travail raisonnables, à l'indemnisation des accidents du travail, à l'accès aux tribunaux pour défendre leurs droits ainsi qu'à la liberté de créer un syndicat et d'y adhérer. Tout employeur ne respectant pas ces droits fera « *rigoureusement l'objet de poursuites* » par les autorités compétentes de l'Etat membre. La Cour européenne des droits de l'homme a défini le travail forcé comme une contrainte exercée pour obliger un travailleur à exécuter un travail contre son gré, sans percevoir aucune rémunération. Il y a esclavage lorsque le travailleur n'a aucune autonomie personnelle et a été réduit à l'état d'objet⁴⁶.

⁴³ *A(FC) et autres (FC) (partie appelante) c. le ministre de l'Intérieur (défendeur)* [2004] UKHL 56, § 136.

⁴⁴ CEDS, *FIDH c. France* (14/2003) [7 novembre 2003]

⁴⁵ CEDH, *D. c. Royaume-Uni* (30240/96) [2 mai 1997]; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint*, Observation générale 14 [2000]

⁴⁶ CEDH, *Siliadin c. France* (73316/01) [26 juillet 2005].

Le trafic est une infraction grave dans la plupart des Etats européens. En pratique, cependant, peu de poursuites ont été engagées pour trafic à des fins de travail forcé, car le plus souvent le travail forcé n'est pas défini comme une infraction dans les législations nationales. En conséquence, il est difficile de poursuivre les responsables présumés. L'OIT a donc défini six formes de travail forcé pouvant chacune constituer une infraction pénale passible de poursuites : menaces ou violences physiques infligées au travailleur ; réclusion sur le lieu de travail ; servitude pour dettes (exécution d'un travail pour le compte d'un employeur exclusivement pour lui rembourser une dette ou un prêt) ; retenues de salaire ; rétention des papiers d'identité pour que le travailleur ne puisse pas partir ; menace de le dénoncer aux autorités.

iv. Lors des opérations d'éloignement

Dans l'exercice de leur droit de contrôler l'entrée et le séjour des migrants, les Etats sont généralement en droit de renvoyer les migrants en situation irrégulière, en usant de mesures qui respectent les droits fondamentaux, la sécurité et la dignité humaine. Les retours forcés soulèvent trois interrogations distinctes en matière de protection. Dans quels cas le droit international relatif aux droits de l'homme interdit-il l'éloignement et le renvoi ? Quelles sont les limites concernant les moyens et méthodes dont un Etat peut user pour mettre en œuvre un renvoi effectif ? Quelle position adopter lorsque le retour est impossible ?

Le renvoi est interdit lorsqu'il constitue un *refoulement* — renvoi forcé — d'un réfugié vers un territoire où il sera persécuté, ou d'un réfugié ou d'un migrant vers un pays où il serait exposé à un risque réel de subir un « préjudice irréparable » comme une exécution illégale ou la torture, soit dans le premier pays, soit dans tout autre pays vers lequel il pourrait être renvoyé par la suite. Le droit international relatif aux droits de l'homme interdit le refoulement — y compris par le biais d'un transfert officieux ou d'une « restitution extraordinaire » — d'une personne vers un Etat où elle risque d'être soumise à la torture, à des traitements inhumains et dégradants ou à des sanctions. Contrairement au droit des réfugiés, les traités relatifs aux droits de l'homme énoncent cette interdiction indépendamment de toute considération de sécurité dans l'Etat d'accueil⁴⁷.

Le renvoi peut aussi être interdit lorsque la personne a des attaches familiales ou des liens sociaux particulièrement forts avec le pays « d'accueil », et que son éloignement conduira irrévocablement à couper tous les liens sociaux avec la communauté où elle vit en raison du manque de liens avec le pays vers lequel elle doit être expulsée⁴⁸. Un élément central de la protection est la capacité du migrant à contester son renvoi devant les tribunaux.

Il y a des limites claires aux moyens et au degré de contrainte dont les Etats peuvent user pour faire appliquer la décision d'expulsion. La question se pose le plus souvent lorsque des migrants en situation irrégulière, y compris les demandeurs d'asile dont le dossier a été rejeté, se refusent à quitter le pays. La contrainte peut être exercée moyennant le recours à la force physique lors de la procédure d'éloignement, mais elle peut aussi être indirecte, par exemple moyennant une suppression des prestations sociales ou des sanctions imposées aux employeurs de migrants en situation irrégulière, afin de les obliger à coopérer avec la procédure ou de les inciter à partir volontairement.

Les tensions existant entre le droit à l'expulsion en vertu des lois sur l'immigration et le devoir de protection de l'Etat en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme sont encore plus importantes lorsque des migrants irréguliers ayant des enfants en bas âge sont exclus des services médicaux et sociaux. Dans certains cas, cette politique est présentée comme un encouragement au départ « volontaire », mais elle est contraire à l'exigence de la Convention relative aux droits de l'enfant selon laquelle « *aucun enfant* » ne doit être privé de l'accès à ces services⁴⁹.

Le CPT a formulé des règles à suivre concernant l'utilisation des moyens de contrainte dans le cadre de procédures d'éloignement. Il reconnaît que les membres des forces de l'ordre peuvent, à l'occasion, être obligés de recourir à la force, mais la force employée devrait être limitée à ce qui est strictement nécessaire. Plus particulièrement, il serait « *totalelement inacceptable* » que des migrants soient agressés physiquement pour les persuader de monter à bord d'un moyen de transport ou pour les punir de ne pas l'avoir fait. Toute administration de médicaments ne doit être effectuée que sur la

⁴⁷ CAT, *Agiza c. Suède*, [20 mai 2005] ; CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni* (22414/93), [15 novembre 1996].

⁴⁸ CEDH, *Berrehab c. Pays-Bas* (10730/84), [21 juin 1988] ; CEDH, *Nasri c. France* (19465/92), [13 juillet 1995].

⁴⁹ Convention relative aux droits de l'enfant, art. 24-1.

base d'une décision médicale et conformément à l'éthique médicale. Le comité recommande l'interdiction absolue de l'utilisation de moyens susceptibles d'obstruer, partiellement ou totalement, les voies respiratoires (nez et/ou bouche) eu égard aux « *risques considérables* » que présente pour la vie des personnes concernées l'utilisation de ces méthodes (bâillonnage de la bouche et/ou du nez avec du sparadrap, utilisation d'un coussin ou d'un gant rembourré placés sur le visage, compression du visage dans le dossier du siège précédent, etc.). Par ailleurs, aucune considération de sécurité « *ne peut être invoquée pour justifier* » le port d'un masque par les personnels d'escorte lors des opérations d'éloignement. Une telle pratique est hautement indésirable, car elle pourrait rendre très difficile l'examen des responsabilités en cas d'allégations de mauvais traitements⁵⁰.

Les principes directeurs adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe définissent les obligations des Etats en matière de droits de l'homme aux circonstances spécifiques du retour forcé : protection au cours de la procédure, pendant la rétention et pendant les opérations d'éloignement. Ils confirment la responsabilité de l'Etat pour les actions des sociétés privées ou des fonctionnaires en charge de l'exécution des procédures, et prévoient que toute allégation de mauvais traitements devrait donner lieu à une « *enquête effective et indépendante* »⁵¹.

IV. Obstacles et dilemmes

Cet exposé a présenté les droits fondamentaux dont jouissent les migrants quel que soit leur statut légal, en théorie et sur en pratique. Pourtant, ils sont fréquemment dans l'impossibilité d'exercer ces droits. Il y a plusieurs degrés d'explication à cela. Les obstacles tiennent notamment aux raisons suivantes : illégalité ; ignorance des droits ; impact des mesures anti-terroristes ; infractions dans le secteur privé ; insuffisance de la protection des droits économiques et sociaux ; utilisation de documents d'identité biométriques ; apatridie.

Illégalité

Le droit international laisse aux Etats toute latitude pour décider des sanctions à imposer ou non aux migrants en situation irrégulière. La plupart considèrent l'entrée ou le séjour irrégulier comme une infraction pénale. Il s'agit d'une infraction « sans victime », qui porte atteinte à l'autorité de l'Etat en matière de contrôle des frontières plutôt qu'à une personne privée. L'*illégalité* a plusieurs effets négatifs qui ne vont pas sans créer des dilemmes aux Etats et peuvent constituer des obstacles à la protection. Il y a dilemme car si l'illégalité peut avoir un effet dissuasif et pénalisant sur l'immigration clandestine, elle a aussi des répercussions sur la capacité de l'Etat à recouvrer les impôts et les recettes de sécurité sociale, à poursuivre les employeurs se rendant coupables d'exploitation et à rassembler des statistiques, car les migrants en situation irrégulière évitent tout contact avec les autorités nationales, même si on leur prend leur passeport ou s'ils ne sont pas payés. Par voie de conséquence, cela augmente leur vulnérabilité aux abus. Une autre conséquence est que les politiques de justice pénale peuvent prendre le pas sur les politiques sociales, comme lorsque la protection de l'enfance est sapée par l'application des dispositions en matière d'immigration. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la demande est un ressort des migrations. Criminaliser le phénomène pour tenter de les empêcher n'a permis d'obtenir que des résultats au mieux très mitigés.

C'est dans ce contexte général que certains Etats ont adopté des programmes de régularisation, tels que celui mené à bien en Espagne en 2005, dans le but d'intégrer les travailleurs de l'économie souterraine dans l'économie officielle. Cela permet d'élargir l'assiette fiscale, d'augmenter les recettes de sécurité sociale et de limiter les atteintes aux droits des travailleurs.

Ignorance des droits

Un autre obstacle de taille est la méconnaissance des droits par les migrants eux-mêmes, mais aussi par les organismes publics. La plupart des migrants ne connaissent pas les droits qui leur sont reconnus et les responsables politiques ignorent leurs obligations en matière de protection. Ces droits sont maintenant plus clairs, des normes minimales européennes ayant été dégagées. Désormais, il

⁵⁰ *Personnes retenues en vertu de législations relatives à l'entrée et au séjour des étrangers*, 7^e rapport général, CPT/Inf(97) 10, § 36 ; *L'éloignement d'étrangers par la voie aérienne*, 13^e rapport général, CPT/Inf (2003) 35, § 36 et 38.

⁵¹ *Vingt principes directeurs sur le retour forcé*, CM(2005)40 final [mai 2005].

importe d'appliquer ces règles générales à des situations spécifiques (définir la portée des soins médicaux « d'urgence » par exemple).

Impact des mesures anti-terroristes

Les conflits entre les intérêts de la sécurité nationale et les droits des migrants peuvent aussi compromettre la protection. La rétention prolongée est un aspect de cette problématique. Un autre sont les mesures prises par certains Etats pour contourner leurs obligations de non-refoulement, comme lorsque des migrants soupçonnés d'être des terroristes ont été renvoyés vers des pays où ils risquaient d'être torturés, en violation des obligations imposées par les traités, sur la base d'« assurances diplomatiques » qu'ils ne subiraient pas de mauvais traitement.

Infractions dans le secteur privé

Lorsque le secteur privé est impliqué dans les atteintes aux droits fondamentaux, l'Etat ne peut fournir une protection efficace que s'il a connaissance des infractions commises. Il doit pouvoir les empêcher dans les situations où ces infractions se produisent, en s'appuyant sur des lois nationales permettant d'engager des poursuites contre les auteurs présumés. En l'absence de contrat de travail légal, le travailleur étant en situation irrégulière, les tribunaux peuvent ne pas avoir compétence pour octroyer une indemnisation. De la même façon, les Etats se heurtent à d'importants obstacles lorsque les victimes sont dans l'illégalité, aux mains des passeurs ou des trafiquants, ou travaillent au noir.

Protection des migrants qui se déplacent en raison de violations des droits sociaux et économiques

Un dilemme plus profond encore est posé par l'asymétrie entre la protection accordée aux réfugiés fuyant des atteintes à leurs droits civils et politiques et l'absence d'une protection comparable pour les migrants contraints au départ par de très graves violations de leurs droits économiques, sociaux et culturels. Le rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants a demandé une protection pour les personnes émigrant du fait « *de graves problèmes socioéconomiques et de problèmes de développement* »⁵².

Documents d'identité biométriques

Les documents d'identité biométriques et l'interopérabilité des systèmes entre les pays constituent d'importantes mesures de sécurité. Toute erreur éventuelle, cependant, aura une incidence beaucoup plus importante pour les migrants que pour les ressortissants nationaux. Une défaillance informatique peut donner lieu à une mauvaise identification ou au non-enregistrement d'une entrée légale, la frappant ainsi de nullité. Les recours devraient faire partie intégrante des lois relatives à l'immigration.

Apatrie

Les migrants en situation irrégulière qui sont légalement sans Etat ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement, étant donné qu'il n'y a pas d'Etat dans lequel ils aient légalement le droit d'entrer. Ceux qui sont sans Etat de fait se trouvent dans une situation analogue, puisque leur Etat d'origine ne veut pas coopérer à la procédure de retour. Lorsque le pays d'« accueil » se refuse à accorder un statut d'immigration légal, cela donne souvent lieu à une période très prolongée d'incertitude, pendant laquelle la personne concernée est maintenue en rétention. Les nombres en cause ne sont peut-être pas très élevés mais les coûts — sur le plan humain pour les intéressés, et financier pour l'Etat — sont importants.

⁵² Rapporteur spécial chargé de la question des droits de l'homme des migrants, A/61/324, § 35.

V. Bonnes pratiques

Dans ce tableau souvent sombre de la vulnérabilité, on peut néanmoins trouver quelques bonnes – voir très bonnes – pratiques.

Initiatives visant à protéger les travailleurs et à garantir un travail décent.

- De la société civile
 - La plate-forme pour la coopération internationale concernant les sans-papiers (PICUM) a publié un rapport où elle expose dix manières de protéger des travailleurs migrants. Diverses approches sont possibles, à commencer par reconnaître la présence sociale et économique des sans-papiers, sauvegarder le droit de s'organiser, investir dans l'inspection des lieux de travail et ratifier la Convention sur les travailleurs migrants⁵³.
- De l'Etat et des syndicats
 - La Sveriges Arbetares Centralorganisation (SAC, Organisation centrale des travailleurs suédois) met en œuvre des programmes destinés aux travailleurs sans papiers.
 - L'União dos Sindicatos de Lisboa (Union des syndicats de Lisbonne) a fait campagne pour exiger l'adoption d'une loi établissant la responsabilité des employeurs dans les secteurs qui font très largement appel à la sous-traitance. Si un travailleur porte plainte contre un employeur pour exploitation, cette loi pose le principe d'une responsabilité ascendante, placée sur la personne qui a embauché le travailleur, en remontant vers le haut si nécessaire jusqu'à ce que la responsabilité incombe à l'employeur principal.
 - Au Royaume-Uni, le Gangmaster Act porte création d'un système obligatoire d'octroi de licences pour les « gangmasters », c'est-à-dire des agences de recrutement pourvoyeuses de main-d'œuvre temporaire pour les industries agro-alimentaires et les secteurs du conditionnement et de la transformation des produits. Cette loi vise à mettre un frein à des activités qui relèvent de l'exploitation. Elle est complétée par des sanctions pénales. La campagne appelant à une réglementation de ces agences était dirigée par la Transport and General Workers Union (Syndicat des travailleurs des transports).

Initiatives visant à empêcher les migrations clandestines

- Solidaridad Directa (Cadix, Espagne) apporte son aide à un village marocain afin de réduire les causes des migrations clandestines. Elle fournit des fonds pour que les enfants puissent rester à l'école et pour financer des structures médicales, et donne des informations aux jeunes gens sur les dangers du trafic illicite et de la traversée illégale vers l'Espagne.

Politiques fondées sur les droits

- Le Bureau d'inspection de Sa Majesté (HMIP) a publié un document intitulé *Immigration Detention Expectations* qui expose des critères d'évaluation des conditions de rétention et du traitement réservés aux retenus, du moment de leur placement en rétention à leur départ. Ces critères sont élaborés dans la perspective des besoins d'un migrant mis en rétention. Ils sont fondés sur les normes internationales relatives aux droits de l'homme et y renvoient⁵⁴.

⁵³ PICUM, *Ten Ways to Protect Undocumented Migrant Workers*, 2005.

⁵⁴ HMIP, *Immigration Detention Expectations: criteria for assessing the conditions for and treatment of immigration detainees*, 2007.

VI. Conclusions

Il ressort clairement de cet exposé que la protection concrète des migrants en situation irrégulière n'en est qu'à ses débuts, en Europe et ailleurs, et que les enjeux et besoins auxquels il faut répondre relèvent d'une problématique complexe. Douze aspects peuvent être mis en avant :

1. Les politiques en matière de migration doivent aller au-delà de l'application des lois ; il importe de prendre des mesures visant à empêcher les migrations involontaires en s'attaquant aux problèmes de fond, à savoir la pauvreté, les violations des droits fondamentaux et les conflits dans les Etats les plus pauvres. La migration devrait être un choix, et la possibilité de rester dans son propre pays devrait être une option viable pour tous.
2. Une politique fondée sur les droits exige des informations précises et détaillées : sur les pays, sur les problèmes qui se posent et sur les cas d'atteintes aux droits fondamentaux. Le travail accompli par les rapporteurs des Nations Unies montre tout ce qui peut être fait même avec des ressources modestes. Les organes de contrôle de droits de l'Homme en Europe devraient également contribuer à renforcer la protection et aborder le problème du manque d'information.
3. Il est impératif de lancer un processus pour identifier et savoir ce qu'il est advenu de milliers de migrants sans papiers dont on ignore le sort, qui ont « disparu » pendant le voyage — ou après leur arrivée — et dont l'identité est inconnue.
4. Il faudrait enregistrer les migrants dès leur arrivée et leur délivrer des documents d'identité provisoires, à l'instar de ce que recommande le HCR pour les demandeurs d'asile et les réfugiés.
5. Il faudrait faire davantage pour informer les migrants de leurs droits, sans considération de leur situation irrégulière, afin de réduire leur méconnaissance de ces questions.
6. Les principes universels en matière de droits de l'homme doivent être appliqués dans les faits à la situation particulière des clandestins. A cette fin, les Etats devraient être encouragés à ratifier la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.
7. En leur qualité d'Etats parties à la Convention relative aux droits de l'enfant, les membres du Conseil de l'Europe devraient mettre en œuvre les principes de protection pour les enfants migrants en situation irrégulière tels que développés par le Comité des droits de l'enfant et le Programme « Separated Children in Europe ».
8. Les Etats devraient développer des lignes directrices à l'intention des gardes-frontières européens chargés de la prise en charge des migrants à leur arrivée au sein du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne en coopération avec le Haut Commissariat aux Réfugiés des Nations unies.
9. L'utilisation de la Charte sociale européenne devrait être développée pour protéger les droits sociaux et économiques essentiels des migrants en situation irrégulière. En outre, il conviendrait d'utiliser davantage le mécanisme de réclamations collectives prévu par la Charte sociale européenne en ce qui concerne les migrants en situation régulière et irrégulière.
10. Le placement en rétention ne doit intervenir qu'en dernier recours ; là où il est appliqué, l'inspection des lieux de rétention — par le CPT — constitue un puissant facteur de protection. Il faudrait donc mettre en place un organe de visite analogue à l'échelon national, comme recommandé par le Protocole facultatif se rapportant à la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.
11. Le développement de la jurisprudence de Cour européenne des Droits de l'Homme relative aux migrants irréguliers pourrait permettre de réaffirmer leurs droits et leur protection. Cela donnera des repères favorisant l'évolution des lois et des pratiques nationales.
12. Les Etats devraient reconnaître la vulnérabilité particulière des migrants en situation irrégulière qui sont sans Etat, en droit ou de fait, et régulariser leur statut d'immigration. Les personnes ayant des attaches familiales particulièrement fortes dans le pays où elles vivent constituent une autre catégorie de migrants dont la situation mérite une attention particulière. Pour ces groupes, les programmes de régularisation fournissent une réponse humaine et raisonnable.