European Commission against Racism and Intolerance
Commission européenne contre le racisme et l'intolérance

CRI(2016)16

RECOMMANDATION DE POLITIQUE GENERALE N° 16 DE L'ECRI

SUR LA PROTECTION DES MIGRANTS EN SITUATION IRREGULIERE CONTRE LA DISCRIMINATION

ADOPTEE LE 16 MARS 2016

Strasbourg, le 10 mai 2016

COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Publication de la
Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)
Conseil de l’Europe - 2016
Strasbourg

Résumé :

Aux fins de la présente Recommandation de politique générale (RPG), par « migrants en situation irrégulière » il faut entendre les personnes – femmes, hommes et enfants - présentes dans un Etat membre qui n'est pas leur pays d'origine, qui ne remplissent pas, ou plus, les conditions de droit national d'entrée ou de séjour dans cet Etat membre.

La RPG a pour objet de traiter un problème urgent de discrimination qui porte gravement préjudice à de nombreux migrants en situation irrégulière dans les Etats membres. Elle porte exclusivement sur la question de l'accès de toutes les personnes de ce groupe particulièrement vulnérable aux droits de l'homme garantis par les instruments internationaux relatifs à ces droits, en particulier en ce qui concerne l'éducation, la santé, le logement, la sécurité et l'assistance sociales, la protection au travail et la justice, lorsqu'elles se trouvent sous la juridiction d'un Etat membre.

A cette fin, la présente RPG préconise la création de mesures effectives (ci-après dénommées « pare-feux ») pour empêcher les acteurs des secteurs public et privé de nier en pratique leurs droits fondamentaux aux migrants en situation irrégulière, en interdisant clairement la communication aux services de l'immigration, aux fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application, de données à caractère personnel ou d'autres informations concernant des personnes soupçonnées d'être en situation irrégulière ou de travailler illégalement.

La présente RPG ne porte en aucune façon sur la législation et la pratique des Etats membres relatives à l'expulsion des migrants en situation irrégulière, ni sur les questions ou les problèmes d'accès éventuel au marché du travail ou de régularisation de personnes en situation irrégulière.

La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) :

Rappelant l'article 1er de la Déclaration universelle des droits de l'homme selon lequel tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ;

Rappelant que les droits de l'homme énoncés dans les instruments internationaux des Nations Unies, du Conseil de l'Europe et d'autres organismes internationaux ainsi que dans la législation nationale sont le patrimoine de l'humanité tout entière ;

Considérant la définition élargie des « migrants en situation irrégulière », au sens de personnes – femmes, hommes et enfants - présentes dans un Etat membre qui n'est pas leur pays d'origine, qui ne remplissent pas, ou plus, les conditions légales d'entrée ou de séjour dans cet Etat ;

Soulignant que tous les migrants, y compris les migrants en situation irrégulière, ont des droits fondamentaux, dont des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels ; rappelant que le droit international fixe des normes minimales à cet égard qui doivent être garanties sans discrimination au regard des motifs interdits par le mandat de l'ECRI ;

Reconnaissant le droit de tous les Etats, en tant qu'expression de la souveraineté nationale, de contrôler l'entrée et le séjour sur leur territoire de non-ressortissants sous réserve de leurs obligations en matière de droits de l'homme, dont le devoir de non-discrimination et le principe d'égalité de traitement ; reconnaissant aussi que la souveraineté nationale comporte l'obligation de protéger les droits de l'homme de toute personne sous la juridiction d'un Etat ;

Rappelant que les personnes placées par les Etats dans la catégorie des migrants en situation irrégulière, et en particulier les enfants, figurent parmi les personnes les plus vulnérables face à l'action de l'Etat et doivent donc faire l'objet d'une attention particulière pour que leurs droits fondamentaux soient protégés ;

Tenant compte de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses Protocoles et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ;

Tenant compte du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, de la Convention relative aux droits de l'enfant, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, de la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, de la Convention sur l'inspection du travail, de la Convention sur les travailleurs migrants (révisée), de la Convention sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires) et de la Convention sur les travailleuses et travailleurs domestiques ;

Tenant compte de l'obligation spécifique des Etats membres, conformément à la Convention relative aux droits de l'enfant, de toujours prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant s'agissant de la situation de l'enfant et de ses parents indépendamment de leur statut d'immigré ou migratoire ;

Tenant compte de la Charte sociale européenne (révisée) et de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux ;

Tenant compte de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à

caractère personnel et les instruments liés à cette convention ;

Rappelant la Résolution 1509 (2006) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et les migrants en situation irrégulière ; la Recommandation 1985 (2011) sur les enfants migrants sans papiers en situation irrégulière : une réelle cause d'inquiétude ; la Recommandation 1917 (2010) sur les migrants et les réfugiés : un défi permanent pour le Conseil de l'Europe ; la Recommandation 1975 (2011) intitulée vivre ensemble dans l'Europe du XXIe siècle : suites à donner au rapport du groupe d'éminentes personnalités du Conseil de l'Europe ; la Recommandation CM/Rec(2011)13 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la mobilité, les migrations et l'accès aux soins de santé ; et la Résolution 2059 (2015) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la criminalisation des migrants en situation irrégulière : un crime sans victime ;

Rappelant les rapports du rapporteur spécial de l'Onu sur les droits de l'homme des migrants, en particulier l'étude régionale de 2013 sur la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne et ses incidences sur les droits de l'homme des migrants ; les rapports des Rapporteurs spéciaux de l'Onu sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible[1] ; et le Rapport de 2014 du Haut-Commissariat des Droits de l'Homme sur les droits économiques, sociaux et culturels des migrants en situation irrégulière ;

Rappelant l'Observation générale no. 2 sur les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et des membres de leur famille (2013) et les rapports de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment son rapport de 2015 sur le coût de l'exclusion des soins de santé - le cas des migrants en situation irrégulière ;

Rappelant les positions sur les droits des migrants en situation irrégulière du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, et notamment le document thématique de 2007 sur les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière en Europe et le document thématique de 2010 sur la criminalisation des migrations en Europe : quelles incidences pour les droits de l'homme ? ;

Rappelant la Stratégie du Conseil de l'Europe sur les droits de l'enfant et notamment son attention aux enfants les plus vulnérables, tels que les mineurs non-accompagnés ;

Rappelant que l'ECRI a pour mission de lutter contre le racisme[2], la discrimination raciale[3], la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance dans la grande Europe sous l'angle de la protection des droits de l'homme et qu'elle a toujours examiné la situation des non-ressortissants, y compris des migrants en situation irrégulière, dans le cadre de ses travaux de monitoring par pays ;

Rappelant ses recommandations de politique générale n° 1 sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance ; n° 2 sur les organes

[1] Tels que le rapport de 2010 sur le droit à l'éducation des migrants, réfugiés et demandeurs d'asile du Rapporteur spécial de l'ONU sur le droit à l'éducation (A/HRC/14/25) et le rapport de 2013 sur le droit à la santé des travailleurs migrants du Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint (A/HRC/23/41).

[2] Conformément à la Recommandation de politique générale (RPG) n° 7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, on entend par « racisme » la croyance qu'un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique justifie le mépris envers une personne ou un groupe de personnes ou l'idée de supériorité d'une personne ou d'un groupe de personnes.

[3] Conformément à la RPG n° 7 de l'ECRI, on entend par « discrimination raciale » toute différence de traitement fondée sur un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, qui manque de justification objective et raisonnable.

spécialisés dans la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance au niveau national ; n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale ; n° 8 : lutter contre le racisme tout en combattant le terrorisme ; n° 10 : lutter contre le racisme et la discrimination raciale dans et à travers l'éducation scolaire ; n° 11 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police et n° 14 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans le monde du travail ;

Rappelant que la lutte contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance fait partie intégrante de la protection et de la promotion des droits de l'homme, universels et indivisibles, qui sont les droits de tout être humain sans distinction aucune ;

Reconnaissant, en outre, que la dignité et l'égalité inhérentes aux migrants en situation irrégulière en tant qu'êtres humains exigent des autorités nationales qu'elles s'abstiennent de tenir des discours qui encouragent ou justifient implicitement la discrimination fondée sur des motifs interdits par le mandat de l'ECRI et qu'elles évitent de faire de l'immigration une question exclusivement économique ou sécuritaire qui ne tient pas compte de la dimension humaine ;

Tenant compte de la vulnérabilité des personnes – femmes, hommes et enfants - qui, bien qu'elles puissent prétendre à la jouissance des droits de l'homme, estiment qu'elles sont exclues des règles nationales relatives aux droits et qu'elles font l'objet de mesures coercitives visant à les contraindre à quitter l'Etat en raison des statuts particuliers que les Etats accordent aux non-ressortissants ;

Tenant compte de la jurisprudence croissante de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité européen des droits sociaux qui énonce l'obligation des Etats de protéger les droits de toutes les personnes présentes sous leur juridiction, y compris les migrants en situation irrégulière, en particulier en ce qui concerne l'éducation, la santé, le logement, la sécurité et l'assistance sociales, la protection au travail et la justice ;

Tenant compte que la nécessité pratique de protéger les droits de l'homme de tous, y compris des personnes en situation irrégulière sous la juridiction d'Etats membres, demande une séparation stricte entre les activités relatives au contrôle de l'immigration et à ses mesures d'application et les autres services publics et privés ; tenant compte que cela exige également la création de pare-feux pour empêcher, en droit et en pratique, les acteurs des secteurs public et privé de nier leurs droits fondamentaux aux migrants en situation irrégulière, en interdisant clairement la communication aux services de l'immigration, aux fins de contrôle de l'immigration et ses mesures d'application, de données à caractère personnel ou d'autres informations concernant les migrants suspectés d'être en situation irrégulière ou de travailler illégalement ;

Soulignant que ces pare-feux doivent être obligatoires pour les autorités des secteurs public et privé afin de protéger pleinement les droits de l'homme des migrants considérés comme étant en situation irrégulière conformément aux objectifs des recommandations de politique générale pertinentes de l'ECRI ;

Recommande aux gouvernements des Etats membres ce qui suit :

1. Veiller à ce que tous les migrants en situation irrégulière – femmes, hommes et enfants - soient pleinement protégés contre toute forme de discrimination, y compris en adoptant une législation adaptée conformément aux normes et aux instruments internationaux, dont les recommandations de politique générale pertinentes de l'ECRI ;

2. Respecter les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, notamment dans les domaines de l'éducation, de la santé, du logement, de la sécurité et de l'assistance sociales, de la protection au travail et de la justice ;

3. Dissocier le contrôle de l'immigration et ses mesures d'application de la fourniture des services et de la garantie des droits des migrants en situation irrégulière sous leur juridiction en vue de garantir ces droits et de décharger les services dont les tâches principales relèvent d'autres domaines (tels que l'éducation, la santé, le logement, la sécurité et assistance sociales, la protection au travail et la justice) de l'ingérence par les politiques et les institutions liées à l'immigration et à ses mesures d'application ;

4. Protéger les données à caractère personnel de chacun, y compris des migrants en situation irrégulière, conformément aux obligations internationales et s'assurer que toutes les autorités publiques obtiennent des autorisations individualisées et spécifiques lorsqu'elles ont des raisons de soupçonner des personnes identifiées comme auteurs d'activités criminelles ou lorsque la sécurité nationale le justifie avant de demander des données à caractère personnel protégées par le droit au respect de la vie privée ;

5. Reconnaître et affirmer les obligations qui existent à l'égard des enfants migrants en situation irrégulière sous leur juridiction et s'assurer que toutes les politiques concernant les migrants en situation irrégulière sont élaborées en tenant compte de l'obligation de respect des droits de l'enfant, notamment le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant qu'élément primordial ;

6. Reconnaître et garantir le droit au respect de la vie familiale compte tenu de l'intérêt de l'enfant de résider avec ses parents, membre de sa famille ou tuteur, indépendamment de leur statut d'immigré ou migratoire ;

7. S'assurer que les migrants en situation irrégulière ont un plein accès, et sans discrimination, aux voies de recours administratives et judiciaires pertinentes, y compris à l'encontre des acteurs du secteur privé tels que les propriétaires ou les employeurs, sans risque de communication de leurs données personnelles ou d'autres informations aux services de l'immigration à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application ;

8. Se conformer à l'esprit de la Résolution 3449 (2433e réunion plénière du 9 décembre 1975) de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les mesures destinées à faire respecter les droits de l'homme et la dignité de tous les travailleurs migrants, et à la Résolution 2059 (2015) de l'Assemblé parlementaire du Conseil de l'Europe sur la criminalisation des migrants en situation irrégulière : un crime sans victime, et s'abstenir de qualifier d' « illégaux » les migrants qui sont entrés ou sont présents dans un Etat membre sans autorisation ;

I. INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX

9. S'ils ne l'ont pas encore fait, signer et ratifier, et dans tous les cas appliquer l'ensemble des instruments énumérés en annexe à la présente recommandation ;

II. DISCRIMINATION AU MOTIF DE LA NATIONALITE

10. Conformément à la RPG n° 7 de l'ECRI, interdire toutes les formes de discrimination au regard du mandat de l'ECRI, y compris sur la base de la nationalité ; toute différence de traitement doit être prévue par la loi, raisonnablement justifiée et à même de faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité ;

III. PROTECTION DES MIGRANTS EN SITUATION IRREGULIERE DANS DES DOMAINES CLES DES SERVICES PUBLICS ET PRIVES

a) Dispositions générales

11. Veiller à ce qu'aucun organisme public ou privé fournissant un service dans les domaines de l'éducation, de la santé, du logement, de la sécurité et de l'assistance sociales, de la protection au travail et de la justice ne soit soumis à une obligation de dénonciation à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application ;

12. Elaborer une législation, des directives de politique générale et toutes autres mesures pour interdire aux organismes publics ou privés de communiquer aux services de l'immigration des données à caractère personnel ou des informations sur les migrants soupçonnés d'être en situation irrégulière et de partager avec eux ces données ou informations, sauf circonstances exceptionnelles prévues par la loi et pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire et d'un droit d'appel sur le fond ;

13. Interdire les opérations de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application à l'intérieur ou à proximité des établissements scolaires, des services de santé, des centres d'hébergement (organismes de logement et foyers), des centres d'assistance juridique, des banques alimentaires et des établissements religieux ;

14. S'assurer que l'aide sociale et humanitaire apportée aux migrants en situation irrégulière dans tous les domaines relevant des services publics et privés ne soit pas érigée en infraction pénale ;

15. Encourager les autorités compétentes, en coopération avec la société civile, à sensibiliser les migrants en situation irrégulière, les fournisseurs de services et les autorités publiques sur les droits et l'accès aux services (telles que l'éducation, la santé, le logement, la sécurité et l'assistance sociales, la protection au travail et la justice) de toute personne, indépendamment de leur statut d'immigré ou migratoire ;

16. S'assurer que les mesures de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application n'entraînent pas de restrictions disproportionnées au droit de se marier et de fonder une famille, voire une interdiction générale de se marier ou des restrictions allant au-delà de l'appréciation de sincérité de la relation, ou qui constituent une discrimination contre les migrants ou leurs époux au regard des motifs interdits au regard du mandat de l'ECRI ;

17. Veiller à ce que, en droit et en pratique, les migrants en situation irrégulière puissent faire enregistrer leurs enfants nés sous la juridiction d'un Etat membre et obtenir un certificat de naissance sans risque de communication de leurs données personnelles

ou d'autres informations aux services de l'immigration à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application ;

b) Education

18. Garantir l'accès à l'enseignement préscolaire, primaire et secondaire aux enfants des migrants en situation irrégulière et aux mineurs non-accompagnés en situation irrégulière dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'Etat membre ;

19. Veiller à ce que les autorités scolaires ne demandent pas pour l'inscription de documents relatifs au statut d'immigré ou migratoire que les migrants en situation irrégulière ne peuvent leur remettre ;

20. S'assurer que les enfants des migrants en situation irrégulière ou les mineurs non-accompagnés en situation irrégulière puissent obtenir des Etats membres des certificats indiquant leur niveau d'étude ;

c) Santé

21. S'assurer que le droit à la santé est formellement reconnu à tous dans la législation nationale, y compris aux migrants en situation irrégulière, et parmi eux aux indigents, et comprend le traitement médical d'urgence ainsi que les autres formes de soins de santé nécessaires ;

22. Veiller à ce que les fournisseurs de services de santé ne demandent pas pour l'admission de documents relatifs au statut d'immigré ou migratoire que les migrants en situation irrégulière ne peuvent leur remettre ;

23. Veiller à ce que les professionnels de santé fournissent des soins adéquats et appropriés en suivant les mêmes lignes directrices, protocoles et codes de conduite qu'appliquent les organisations professionnelles médicales et universitaires pour les soins de tous les autres patients ;

24. Veiller, d'une part, à ce que les enfants migrants en situation irrégulière ont accès aux programmes nationaux de vaccination et aux soins pédiatriques et, d'autre part, que les femmes migrantes en situation irrégulière ont accès à tous les services liés à la maternité ;

d) Logement

25. Pour réduire le risque d'exploitation ou d'abus, s'assurer que la location de logements à des migrants en situation irrégulière ne soit pas érigée en infraction pénale au seul motif de leur statut d'immigré ou migratoire ;

26. Etablir un cadre qui reconnaisse et garantisse le droit des migrants en situation irrégulière à un logement d'urgence, y compris dans des foyers pour sans-abris ;

27. Reconnaître l'obligation spécifique d'assurer un logement adéquat à tous les enfants, y compris à ceux qui sont en situation irrégulière ou dont les parents le sont, indépendamment du fait d'être accompagnés ou non ;

e) Protection au travail

28. Garantir dans la législation des conditions de travail décentes pour tous, indépendamment du statut d'immigré ou migratoire, fondé sur le principe d'égalité et conformément aux normes internationales du travail, y compris en matière de rémunération et d'indemnisation équitables, d'heures de travail, de congés, de système d'assurance sociale, d'accès à la formation et au droit au travail, de conventions collectives et d'affiliation syndicale, d'indemnisation des accidents et d'accès aux juridictions prud'homales de l'Etat membre ;

29. Garantir un système efficace de contrôle et d'inspection du travail en séparant les pouvoirs et les attributions des inspecteurs du travail de ceux des services d'immigration ;

30. Mettre en place des mécanismes efficaces pour permettre aux travailleurs migrants en situation irrégulière de porter plainte contre les employeurs et d'en obtenir un traitement efficace sans risque de voir leurs données à caractère personnel ou d'autres informations communiquées aux services de l'immigration à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application ;

31. S'assurer que les travailleurs migrants en situation irrégulière ayant versé des cotisations salariales au système d'assurance sociale ont droit aux prestations qui en résultent ou au remboursement de leurs cotisations s'ils doivent quitter le pays ;

f) Police et justice pénale

32. Interdire l'abus des activités de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application pour justifier le profilage racial en toutes circonstances et garantir un contrôle efficace indépendant de toutes les pratiques relevant de la police, de la sécurité nationale et de l'immigration ;

33. Prévoir des garanties pour que les migrants en situation irrégulière victimes d'infractions soient informés de leurs droits et puissent signaler toute infraction aux autorités de police, témoigner aux tribunaux et accéder effectivement à la justice et autres voies de recours sans crainte de voir leurs données à caractère personnel ou d'autres informations communiquées aux services de l'immigration à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application ;

IV. AIDE AUX MIGRANTS EN SITUATION IRREGULIERE : ORGANES SPECIALISES ET SOCIETE CIVILE

34. Créer des organes spécialisés indépendants et efficaces pour aider les migrants, y compris ceux en situation irrégulière, se disant victimes de discrimination au mépris de la présente recommandation de politique générale ; lorsque ces organes existent déjà, tels que les organismes chargés de promouvoir l'égalité, les institutions nationales des droits de l'homme ou les médiateurs, s'assurer que les migrants en situation irrégulière y ont accès sans crainte de voir leurs données à caractère personnel ou d'autres informations communiquées aux services de l'immigration à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application ;

35. Encourager les organisations de la société civile à veiller à ce que leurs activités et services bénéficient à toute personne sous la juridiction de l'Etat dès lors où ces activités et services visent à garantir le respect des droits de l'homme.

Annexe : instruments juridiques

Instruments du Conseil de l'Europe

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) (1950) et ses protocoles additionnels
- Charte sociale européenne (1961) et ses protocoles additionnels
- Charte sociale européenne (révisée) (1996)
- Convention européenne d'établissement (1955)
- Convention européenne pour la protection à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (1981) et ses instruments connexes
- Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (2011)
- Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (2005)

Instruments de l'Organisation des Nations unies

- Déclaration universelle des droits de l'homme (1948)[4]
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966)
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966)
- Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990)
- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965)
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard les femmes (1979)
- Convention relative aux droits de l'enfant (1990)
- Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (1960)
- Convention de 1947 sur l'inspection du travail [n° 81] (OIT)
- Convention de 1949 sur les travailleurs migrants (révisée) [n° 97] (OIT)
- Convention de 1975 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires) [n° 143] (OIT)
- Convention de 2011 sur les travailleuses et travailleurs domestiques (n° 189) (OIT)

[4] Etant donné qu'il s'agit d'une déclaration, aucune signature ou ratification n'est nécessaire.

Exposé des motifs

Cette Recommandation de politique générale (RPG) porte sur un problème de discrimination urgent qui frappe durement les très nombreux migrants en situation irrégulière présents dans les Etats membres, à savoir l'incapacité d'exercer certains des droits qui leur sont reconnus en droit international du fait de la vulnérabilité inhérente à leur statut migratoire[5].

Aux fins de la RPG, on entend par « migrants en situation irrégulière » les personnes – hommes, femmes ou enfants – présentes sur le territoire d'un Etat membre qui n'est pas leur pays d'origine, qui ne remplissent pas, ou plus, les conditions légales d'entrée ou de séjour dans cet Etat. La RPG reconnaît la diversité de ce groupe de personnes, qui inclut aussi bien les personnes qui se trouvent en situation irrégulière pour des raisons techniques que celles qui ont délibérément essayé d'enfreindre ou de contourner la réglementation nationale relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers. Elle porte donc exclusivement sur la question de savoir comment veiller à ce que ces personnes bénéficient d'un accès effectif à certains de leurs droits fondamentaux pendant toute la période où elles se trouvent sous la juridiction d'un Etat membre, quelle qu'en soit la durée.

L'approche suivie dans cette RPG repose sur le fait incontestable que les Etats membres ont contracté un certain nombre d'obligations – en particulier dans les domaines de l'éducation, de la santé, du logement, de la sécurité et de l'assistance sociales, de la protection au travail et de la justice - en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et de ses Protocoles, de la Charte sociale européenne (révisée) et des autres instruments énumérés en annexe. Il s'ensuit que tous les migrants, y compris ceux qui se trouvent en situation irrégulière, jouissent de droits civils, politiques[6], économiques, sociaux et culturels. Bien que les obligations découlant du droit international ne définissent que des normes minimales, celles-ci doivent être garanties sans aucune discrimination fondée – entre autres motifs – sur le statut migratoire.

L'élément central de cette RPG est la mise en place de « pare-feux » pour empêcher certaines autorités publiques et d'autres acteurs du secteur privé de refuser dans la pratique la jouissance de certains droits fondamentaux aux migrants en situation irrégulière. Elle vise à leur interdire clairement la communication aux services de l'immigration de données à caractère personnel et autres informations concernant des migrants soupçonnés d'être en situation irrégulière, à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application[7]. Ce partage d'informations constitue un obstacle, souvent insurmontable, pour les migrants en situation irrégulière à l'exercice de leurs droits fondamentaux, toute tentative de les faire valoir donnant lieu à des mesures de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application plutôt qu'à la reconnaissance de ces droits.

La RPG n'entend pas revenir sur la législation ou les pratiques des Etats membres en matière d'entrée, d'expulsion ou de rétention des migrants en situation irrégulière. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé il y a longtemps que « la [CEDH] ne garantit, comme tel, aucun droit pour un étranger d'entrer ou de résider sur le territoire d'un pays déterminé » (*Boultif c. Suisse*[8]). Elle a également reconnu que les migrants en situation

---

[5] Vulnérabilité reconnue maintes fois par la Cour européenne des droits de l'homme (par exemple dans les affaires *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09, 21 janvier 2011 ; *Jeunesse c. Pays-Bas*, requête n° 12738/10, 3 octobre 2014 ; *Nunez c. Norvège,* requête n° 55597/09, 28 septembre 2011 et *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas,* requête n° 50435/99, 3 juillet 2006).

[6] La RPG inclut les droits politiques dans la mesure où ils sont reconnus à toute personne dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et tels qu'interprétés par le Comité des droits de l'homme des Nations Unis créé en vertu de ce dernier.

[7] Voir en particulier les recommandations 3, 4, 11 et 12 de la présente RPG.

[8] Requête n° 54273/00, 2 août 2001.

irrégulière pouvaient, dans certaines circonstances, être placés en rétention. Cela étant, le droit souverain des Etats membres de contrôler l'entrée et le séjour des migrants sur leur territoire ne les dispense pas de leur obligation de reconnaître les droits de l'homme à toute personne relevant de leur juridiction, indépendamment de son statut d'immigré ou migratoire.

Les domaines du droit et domaines d'action visés par la présente RPG sont l'éducation, la santé, le logement, la sécurité et l'assistance sociales, la protection au travail et la justice. En ce qui concerne le travail, on constatera qu'il n'existe aucun droit spécifique qui permettrait aux migrants en situation irrégulière de travailler sans autorisation. Par ailleurs, la RPG ne traite pas de la question de l'accès au marché du travail. Elle n'aborde pas non plus celle de la régularisation des personnes en situation irrégulière.

Il est à noter cependant que l'ECRI a souvent recommandé, dans ses rapports de monitoring par pays, l'adoption de stratégies globales et durables en matière de migrations, qui portent également sur la question de l'immigration irrégulière, avec mise en place des moyens humains et financiers nécessaires et d'une formation du personnel en contact avec les migrants en situation irrégulière pour assurer le respect plein et entier des normes internationales et européennes relatives aux droits de l'homme (voir par exemple le quatrième rapport de l'ECRI sur la Grèce). Comme l'a relevé l'ECRI dans son cinquième rapport sur la Grèce, l'opinion publique a tendance à associer le basculement dans la misère des migrants en situation irrégulière à la détérioration et à la paupérisation de certaines zones, ce qui contribue à accroître le racisme et l'intolérance.

L'objectif de la présente RPG est de protéger les droits de l'homme de tous, indépendamment de leur statut d'immigré ou migratoire. Il est essentiel que le caractère universel des droits de l'homme, conçus pour s'appliquer à toutes les personnes relevant de la juridiction d'un Etat, ne soit pas compromis par des règles faisant du statut migratoire et de la nationalité des conditions préalables à l'exercice de ces droits. La RPG n'entend pas parvenir à ce résultat en introduisant des restrictions à la législation des Etats membres en matière d'immigration. Elle se limite à veiller à ce que toutes les personnes relevant de la juridiction d'un Etat aient accès aux droits de l'homme en limitant les situations dans lesquelles les pouvoirs publics et acteurs du secteur privé peuvent être contraints ou encouragés à communiquer des données à caractère personnel ou d'autres informations aux services de l'immigration à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application.

Recommandation 1

Les Etats sont encouragés à adopter une législation visant l'élimination de toutes les formes de discrimination qui relèvent du mandat de l'ECRI et à veiller à ce que celle-ci s'applique à toutes les personnes, y compris aux migrants en situation irrégulière. Une liste des principaux instruments internationaux applicables figure en annexe à la RPG. Les Recommandations de politique générale pertinentes de l'ECRI sont les RPG n° 1 sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance, n° 2 sur les organes spécialisés dans la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance au niveau national, n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, n° 8 : lutter contre le racisme tout en combattant le terrorisme, n° 10 : lutter contre le racisme et la discrimination raciale dans et à travers l'éducation scolaire, n° 11 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police et n° 14 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans le monde du travail.

Recommandation 2

Les droits fondamentaux de toutes les personnes relevant de la juridiction des Etats membres doivent être respectés[9]. La recommandation 2 porte notamment sur le droit à l'éducation, à la santé, au logement, à la sécurité et à l'assistance sociales, à la protection au travail et à la justice. Ces thèmes revenant souvent dans les conclusions des rapports par pays de l'ECRI relatives aux migrants en situation irrégulière, il a été jugé important de les inclure dans la RPG. Les migrants en situation irrégulière sont souvent victimes de discrimination – directe ou indirecte – dans ces domaines en particulier. D'une part, il n'est pas rare que les législations nationales les excluent de l'accès à l'éducation, à la santé, au logement, à la sécurité et à l'assistance sociales (discrimination directe). D'autre part, certaines lois nationales privent les migrants en situation irrégulière de l'accès aux droits fondamentaux des travailleurs, toute tentative de revendiquer ces droits donnant lieu au transfert de données à caractère personnel et d'autres informations aux services de l'immigration (discrimination indirecte). Dans nombre de rapports du quatrième cycle de monitoring, l'ECRI a recommandé aux Etats de garantir dans la législation l'accès aux soins médicaux à toute personne relevant de leur juridiction, quel que soit son statut juridique (voir les rapports sur l'Azerbaïdjan, la Grèce, l'Espagne et la Suède). Dans son quatrième rapport sur Chypre, l'ECRI a noté avec préoccupation que les coordonnées des enfants immigrés s'inscrivant à l'école étaient régulièrement envoyées à la police. L'exposition des travailleurs migrants en situation irrégulière à l'exploitation et aux mauvais traitements et leurs conditions de travail abusives ont été soulignées dans de nombreux rapports par pays (voir les rapports du quatrième cycle de monitoring sur la Belgique, Chypre, la Fédération de Russie et l'Espagne). L'ECRI a également recommandé de dépénaliser la fourniture de logements aux migrants en situation irrégulière (voir le quatrième rapport sur l'Italie et le cinquième rapport sur la Grèce). Dans son quatrième rapport sur l'Espagne, l'ECRI s'est félicitée des dispositions prévoyant l'enregistrement de toutes les personnes dans les registres de population, indépendamment de leur statut migratoire, afin de leur donner accès aux soins de santé de base, aux services sociaux et à l'aide sociale, mais a noté avec préoccupation que l'enregistrement nécessitait la présentation de documents d'identité et de titres de séjour. L'exclusion dans le domaine du logement est également contraire à la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, et notamment à ses décisions dans les affaires *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*[10] et *Conférence des Eglises européennes c. Pays-Bas*[11] où il a conclu que la mise à disposition d'un hébergement d'urgence était un devoir de tous les Etats, fondé sur le besoin et non sur le statut migratoire. Cette jurisprudence pourrait également être appliquée par extension aux autres droits sociaux fondamentaux.

Recommandation 3

L'application des règles relatives à l'immigration ne doit pas faire obstacle au respect effectif par l'Etat des obligations qu'il a en matière de droits de l'homme envers toutes les personnes relevant de sa juridiction. Les objectifs légitimes des ministères de la Justice et de l'Intérieur sur le plan du contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application ne doivent pas empêcher les autres ministères de s'acquitter de leurs obligations en matière de droits de l'homme à l'égard des personnes pouvant être en situation irrégulière sur le territoire de l'Etat. Les sans-abris et les personnes qui ont besoin d'une aide alimentaire ou d'un traitement médical, ou encore les enfants en âge d'être scolarisés relèvent tous de la responsabilité de ministères autres que ceux de la Justice et de l'Intérieur et n'ayant aucun lien avec le contrôle de l'immigration. Il doit exister des « pare-feux » pour séparer les

---

[9] Voir Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, The Economic, Social and Cultural Rights of Migrants in an Irregular Situation, HR/PUB/14/1, 2014.

[10] Réclamation n° 47/2008, 20 octobre 2009.

[11] Réclamation n° 90/2013, 1er juillet 2014.

activités des organes publics – ou privés – prestataires de services sociaux des obligations de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application. La nécessité de mettre en place de telles protections est la conséquence inéluctable du devoir des Etats de protéger contre la discrimination toutes les personnes qui relèvent de leur juridiction, énoncé dans de nombreux traités de droits de l'homme et dans les Recommandations de politique générale de l'ECRI[12].

Tous les domaines d'activité des secteurs public et privé couverts par cette recommandation revêtent une importance particulière pour la garantie des droits de l'homme de toutes les personnes relevant de la juridiction d'un Etat. Il ressort des rapports par pays de l'ECRI que c'est souvent là que les ministères de la Justice et de l'Intérieur mènent leur lutte contre la migration irrégulière. Dans son cinquième rapport sur la Grèce, par exemple, l'ECRI a recommandé aux autorités de veiller à ce que l'accès des migrants en situation irrégulière aux services médicaux assurés par des ONG ne soit pas entravé par des contrôles de police. Le fait de laisser des considérations relatives au contrôle de l'immigration et à ses mesures d'application compromettre la mise en œuvre des droits de l'homme et limiter l'accès des migrants en situation irrégulière à leurs droits dans ces domaines a un coût humain considérable. Premièrement, cela les prive de toutes ressources, les exclut de la société et fait le lit du racisme et de l'intolérance (voir également les observations relatives à la recommandation 10 de la présente RPG)[13]. L'ECRI a noté dans son cinquième rapport sur la Grèce qu'il arrive que des migrants en situation irrégulière, livrés à eux-mêmes sans aucune protection sociale, squattent des maisons abandonnées ou des immeubles résidentiels délabrés, ce qui conduit la population locale à les associer à la détérioration et à la paupérisation des zones en question. Deuxièmement, cela jette le discrédit sur tous les migrants en créant un climat de suspicion et en exigeant des vérifications continues du statut migratoire de toutes les personnes à des fins de lutte contre l'immigration irrégulière. Troisièmement, cela détourne les ministères chargés de fournir des services publics et des services sociaux de leurs obligations premières et leur impose de consacrer de précieuses ressources aux priorités des ministères de la Justice et de l'Intérieur. Quatrièmement, cela engendre de la méfiance et des divisions au sein du personnel qui travaille avec les personnes dans le besoin et suscite des craintes chez les personnes qui ne sont pas sûres de leur statut migratoire ou qui sont en situation irrégulière mais ont absolument besoin d'aide.

Il faut dissocier les activités de contrôle de l'immigration de celles qui permettent aux migrants en situation irrégulière d'exercer leurs droits fondamentaux, ce qui n'est possible qu'en supprimant les obligations liées au contrôle de l'immigration de la mise en œuvre des droits de l'homme dans les domaines visés par la RPG[14].

On peut citer ici un certain nombre de bonnes pratiques en la matière. A Paris, par exemple, Médecins du Monde gère 21 dispensaires médicaux pour les migrants en situation irrégulière avec la coopération des autorités locales[15]. Certains Etats comme l'Autriche pratiquent « l'ignorance fonctionnelle » et donnent aux migrants en situation irrégulière un accès aux

[12] Voir également l'Observation interprétative du Comité européen des droits sociaux sur les droits des réfugiés au regard de la Charte sociale européenne, 15 octobre 2015.

[13] Voir également la Résolution 2059 (2015) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la criminalisation des migrants en situation irrégulière : un crime sans victime.

[14] Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Arrestation de migrants en situation irrégulière – considérations relatives aux droits fondamentaux.

[15] François Crépeau, "Protecting Migrants' Rights: Undocumented Migrants as Local Citizens" dans François Crépeau et Colleen Sheppard, sous la dir. de, Human Rights and Diverse Societies: Challenges and Possibilities (Newcastle upon Tyne, UK: Cambridge Scholars Publishing, 2013) p. 208.

soins médicaux d'urgence sans chercher à connaître leur statut juridique[16]. Les villes italiennes de Florence, Turin et Gênes ont officiellement étendu l'accès à l'éducation en donnant à tous les enfants le droit de fréquenter l'école maternelle indépendamment de leur statut migratoire[17]. De même, la région de Hesse en Allemagne autorise depuis 2009 les enfants à s'inscrire à l'école sans preuve de résidence, et plusieurs municipalités dont Francfort, Hambourg et Munich ont levé l'obligation faite au personnel travaillant dans l'éducation de signaler la présence d'enfants migrants en situation irrégulière dans les écoles[18]. Plusieurs municipalités européennes ont étendu l'assistance juridique à toutes les personnes, indépendamment de leur statut migratoire. Par exemple, la ville de Gand en Belgique propose les conseils juridiques gratuits à tous les migrants, en coopération avec le Point Info Migration organisé par les services d'intégration de la ville de Gand et financé par les autorités locales[19].

Recommandation 4

Le droit au respect de la vie privée est garanti par l'article 8 de la CEDH et s'applique à toute personne indépendamment de son statut migratoire. Les migrants en situation irrégulière doivent bénéficier d'une protection contre la communication automatique de leurs données personnelles aux services de l'immigration des Etats membres par les autorités publiques et les acteurs privés, comme le requiert également la Convention européenne pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (1981) et ses instruments connexes. Des exceptions sont possibles mais pour des raisons précises, lorsque les services de l'immigration ont obtenu des autorisations individuelles et spécifiques reposant sur l'existence de motifs de sécurité nationale ou de motifs raisonnables de soupçonner certains individus d'activités criminelles. Le principe selon lequel il n'est possible de déroger aux obligations de protection des données à caractère personnel que pour des motifs bien spécifiques est inscrit dans la Directive et le Règlement de l'UE relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes et les acteurs du secteur privé à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données[20]. Les questions relatives à la police et à la justice pénale doivent rester de la responsabilité des autorités spécialisées compétentes.

Recommandations 5 et 6

La protection des enfants en situation irrégulière ou dont les parents sont dans cette situation soulève des préoccupations particulières du point de vue des droits de l'homme. La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant énonce les droits de *tous* les enfants. Les enfants, qui sont un groupe particulièrement vulnérable, ont besoin d'une protection non seulement en raison de leur âge mais aussi, dans certains cas, de leur

---

[16] Ursula Karl-Trummer, Sonja Novak-Zezula et Birgit Metzler, "Access to health care for undocumented migrants in the EU: A first landscape of *NowHereland*" (2010) 16:1 Eurohealth p. 13 à 15.

[17] Sergio Carrera et Joanna Parkin, Protecting and Delivering Fundamental Rights of Irregular Migrants at Local and Regional Levels in the European Union (Centre for European Policy Studies, 2011) en ligne : <http://cor.europa.eu/> p. 19.

[18] Sergio Carrera et Joanna Parkin, Protecting and Delivering Fundamental Rights of Irregular Migrants at Local and Regional Levels in the European Union (Centre for European Policy Studies, 2011) en ligne : <http://cor.europa.eu/> p. 19.

[19] Sergio Carrera et Joanna Parkin, Protecting and Delivering Fundamental Rights of Irregular Migrants at Local and Regional Levels in the European Union (Centre for European Policy Studies, 2011) en ligne : <http://cor.europa.eu/> p. 22.

[20] Le Conseil de l'Union européenne ayant confirmé l'accord politique sur la Directive et le Règlement le 28 janvier 2016, ils devraient bientôt être adoptés officiellement.

situation irrégulière, qui renforce encore cette vulnérabilité[21]. Toutes les actions des Etats membres doivent tenir compte de la Convention relative aux droits de l'enfant et du principe selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Aux termes de l'article 8 de la CEDH, tous les Etats membres doivent garantir le droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour européenne des droits de l'homme a systématiquement reconnu et confirmé l'obligation des Etats de protéger les enfants quel que soit leur statut migratoire ou celui de leurs parents, et notamment de garantir leur droit à l'instruction[22] et leur droit d'entretenir des relations avec leurs parents. Cela ne signifie pas nécessairement que les Etats doivent respecter le choix des familles et des individus quant au pays dans lequel ils souhaitent vivre ; en revanche, ils sont tenus d'examiner la situation individuelle de chaque personne concernée et de sa famille pour déterminer si elles doivent être autorisées à résider sur leur territoire. La Cour a fait de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale et l'a jugé suffisamment important pour exiger des Etats, dans certaines circonstances, qu'ils délivrent des permis de séjour aux migrants en situation irrégulière afin que leurs enfants puissent jouir pleinement de leurs droits[23]. En tout état de cause, la situation irrégulière des parents ne doit pas servir de prétexte aux Etats pour ne pas reconnaître aux enfants leurs droits de l'homme, y compris leurs droits sociaux.

Recommandation 7

S'ils ne sont pas assortis de recours, les droits n'ont que peu de valeur pour les personnes qui doivent les faire valoir. Le droit à un recours effectif est consacré par l'article 13 de la CEDH pour toute violation des droits garantis par cette convention. C'est pourquoi tous les Etats membres disposent de systèmes de contrôle administratif et judiciaire et d'arbitrage pour régler les litiges entre individus ou entre des individus et l'Etat. Ces moyens de résolution des litiges administratifs et judiciaires doivent être accessibles à toutes les personnes, y compris aux migrants en situation irrégulière, sur la base du principe de non-discrimination par rapport aux ressortissants de l'Etat en question. Les migrants en situation irrégulière ne doivent pas être dissuadés d'exercer leur droit d'accès à la justice, par exemple en raison d'une communication automatique de leurs données à caractère personnel et d'autres informations aux services de l'immigration à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application.

Recommandation 8

Les mots sont importants, en droit comme dans la pratique. Il importe au plus haut point que les gouvernements et leurs représentants évitent d'employer le qualificatif stigmatisant de « illégaux » lorsqu'ils parlent des migrants. Ce terme induit en erreur l'opinion publique en laissant entendre que les personnes ainsi nommées commettent une infraction pénale dangereuse pour la société. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a invité instamment tous les Etats à mettre un terme à l'incrimination de la migration[24] qui soulève d'importants problèmes sur le plan du respect des droits de l'homme et se révèle contre-productive du point de vue de la politique sociale. Il ne faut pas que l'opinion publique soit amenée à confondre l'immigration irrégulière avec une activité criminelle préjudiciable à la société. Dans sa Résolution 2059 (2015) sur la criminalisation des migrants en situation

---

[21] Voir la Stratégie du Conseil de l'Europe sur les droits de l'enfant (2012-2015).

[22] *Ponomaryovi c. Bulgarie*, requête n° 5335/05, 28 novembre 2011 *; D.H. et autres c. République tchèque (GC),* requête n° 57325/00, 13 novembre 2007.

[23] *Jeunesse c. Pays-Bas*, requête n° 12738/10, 3 octobre 2014 ; *Nunez c. Norvège,* requête n° 55597/09, 28 septembre 2011 et *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas,* requête n° 50435/99, 3 juillet 2006.

[24] Voir le rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, intitulé « La criminalisation des migrations en Europe : quelles incidences pour les droits de l'homme ? », 10 février 2010, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605.

irrégulière : un crime sans victime, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a souligné qu'une utilisation incorrecte de la terminologie relative à la migration contribue à renforcer les sentiments xénophobes et racistes, et à accroître la peur envers les migrants. En conséquence, elle a demandé aux Etats membres de promouvoir l'utilisation d'un langage neutre et de remplacer, dans les discours et les documents officiels, l'expression « migrants illégaux » par « migrants en situation irrégulière ». De même, dans son quatrième rapport sur le Royaume-Uni, l'ECRI a exhorté les autorités à faire en sorte que les personnes ayant enfreint la législation relative à l'immigration ne soient pas considérées comme des délinquants. En outre, l'ECRI invite souvent les Etats membres à souligner dans le débat public les aspects positifs de l'immigration et les apports des personnes issues de l'immigration à la société et à l'économie (voir par exemple le cinquième rapport sur la Norvège).

I. INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX

Recommandation 9

Les Etats doivent prendre au sérieux leur obligation de prévenir et de combattre la discrimination. Cela commence par la signature et la ratification de l'ensemble des traités fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, qui fournissent une base solide pour la protection des droits de l'homme de tous, y compris des migrants en situation irrégulière. La liste figurant en annexe comprend tous les instruments internationaux et du Conseil de l'Europe que les Etats devraient ratifier s'ils ne l'ont pas déjà fait. On citera en particulier le Protocole n° 12 à la CEDH, qui prévoit une interdiction générale de la discrimination ; l'ECRI appelle régulièrement les Etats membres qui ne l'ont pas encore ratifié à le faire. Cela dit, la ratification de ces instruments n'est pas suffisante : encore faut-il assurer leur mise en œuvre pleine et entière, notamment à l'égard des migrants en situation irrégulière.

II. DISCRIMINATION AU MOTIF DE LA NATIONALITÉ

Recommandation 10

L'ECRI appelle à l'interdiction de toutes les formes de discrimination relevant de son mandat, y compris celle fondée sur la nationalité[25]. La plupart des traités relatifs aux droits de l'homme interdisent la discrimination fondée sur la nationalité, mais pas tous. Cela dit, une différence de traitement fondée sur la nationalité peut être autorisée à des fins de contrôle des frontières mais ne doit pas entraîner de discrimination indirecte ou déguisée fondée sur un autre motif comme la « race » ou l'origine ethnique. Cela doit être évité à tout prix. Comme cela a été évoqué précédemment au sujet de la recommandation n°3, il ne faut pas que les activités légitimes du ministère de la Justice et de l'Intérieur en matière de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application empiètent sur d'autres activités de l'Etat. Elles doivent demeurer strictement limitées à leur domaine, sans quoi elles risquent d'alimenter le racisme et l'intolérance dans la mesure où elles visent toujours des personnes que les services de l'immigration rangent dans la catégorie « autres » (notion trop souvent confondue dans l'imaginaire collectif avec celle de différences visibles).

[25] Conformément à la RPG n°7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, on entend par « racisme » la croyance qu'un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique justifie le mépris envers une personne ou un groupe de personnes ou l'idée de supériorité d'une personne ou d'un groupe de personnes. On entend par « discrimination raciale » toute différence de traitement fondée sur un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, qui manque de justification objective et raisonnable.

Cette position repose sur l'approche systématiquement suivie par la Cour européenne des droits de l'homme dans des affaires comme *Gaygusuz c. Autriche*[26] et *Koua Poirrez c. France*[27], selon laquelle la nationalité ne justifie pas toujours un traitement différencié qui, dans d'autres circonstances, serait considéré comme une discrimination interdite. La nationalité est un motif « suspect », bien qu'il puisse être justifié dans des cas bien particuliers, par exemple les contrôles aux frontières. D'une part, la discrimination directe fondée sur la nationalité peut se substituer à la discrimination fondée sur l'origine ethnique et constituer à ce titre une discrimination indirecte pour un motif interdit. D'autre part, elle peut favoriser des attitudes racistes.

Cette position revêt une importance particulière dans les décisions relatives aux droits sociaux, qui devraient être accordés en fonction des besoins et de manière non discriminatoire, y compris pour ce qui est de la nationalité[28]. Seules les exceptions prévues par la loi et reposant sur une justification raisonnable satisfaisant au principe de proportionnalité peuvent être envisagées.

III. PROTECTION DES MIGRANTS EN SITUATION IRRÈGULIERE DANS LES DOMAINES CLÉS DES SERVICES PUBLICS ET PRIVÉS

a) Dispositions générales

Recommandation 11

Comme cela a été expliqué au titre de la recommandation 3, l'axe central de cette RPG est la séparation des activités civiles et administratives permettant l'exercice des droits fondamentaux des activités de l'Etat en matière de contrôle et de l'immigration et de ses mesures d'application. Pour l'ensemble des raisons exposées dans la présente RPG, il apparaît que le seul moyen de protéger les droits de l'homme de toutes les personnes relevant de la juridiction d'un Etat membre et de veiller à ce que toute personne puisse exercer ses droits de l'homme en droit et dans la pratique consiste à mettre en place des « pare-feux » entre les activités des organismes publics et du secteur privé qui fournissent des services sociaux et celles des services de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application. Concrètement, cette RPG vise à faire en sorte que tous ceux qui fournissent des services dans le domaine de l'éducation, de la santé, du logement, de la sécurité et de l'assistance sociales et de la protection au travail, ainsi que les secteurs de la police et de la justice pénale, n'aient pas d'obligation de déclarer le statut migratoire des personnes qui se présentent devant eux.

Recommandation 12

Les activités de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application commencent souvent par l'obligation faite aux acteurs publics et privés, dans le cadre d'activités liées à l'éducation, à la santé, au logement, à la sécurité et à l'assistance sociales, à la protection au travail et à la justice, de communiquer aux services de l'immigration des données à caractère personnel et d'autres informations concernant les personnes soupçonnées d'être en situation irrégulière. Cette communication peut être volontaire ou être rendue obligatoire par la loi. Dans les deux cas, le résultat pose de nombreux problèmes pour la réalisation des droits de l'homme des migrants en situation irrégulière et créé un obstacle au respect de la vie privée, comme cela a été vu au sujet de la recommandation 4. Les données à caractère personnel

---

[26] Requête n° 17371/90, 16 septembre 1996.

[27] Requête n° 40892/98, 30 septembre 2003.

[28] *Gaygusuz c. Autriche,* requête n° 17371/90, 16 septembre 1996 ; *Koua Poirrez c. France,* requête n° 40892/98, 30 septembre 2003 ; *Luczak c. Pologne*, requête n° 77782/01, 27 novembre 2007.

des migrants en situation irrégulière doivent être protégées contre une communication automatique aux services de l'immigration. Comme indiqué précédemment, le principe selon lequel il n'est possible de déroger aux obligations de protection des données à caractère personnel que pour des motifs bien spécifiques est également inscrit dans la Directive et le Règlement 2016 de l'UE relatifs à la protection des données. La solution qui convient le mieux pour atteindre cet objectif est d'inscrire expressément dans la législation ou les instruments de politique une interdiction de la communication d'informations en général.

La répartition des responsabilités entre les autorités de l'Etat et les acteurs privés doit toujours se faire de manière à ce que les activités de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application relèvent de la responsabilité première des services de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application. Ces missions ne devraient pas être confiées à d'autres autorités de l'Etat ou organismes et acteurs du secteur privé sauf circonstances exceptionnelles prévues par la loi, dûment justifiées et pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

Recommandation 13

On sait que des contrôles d'identité et de statut migratoire sont effectués en divers lieux publics comme les écoles, les centres médicaux et les lieux de culte[29]. Dans son cinquième rapport sur la Grèce, l'ECRI a exprimé de vives préoccupations face aux fréquents contrôles d'identité des migrants menés par la police aux abords des centres médicaux gérés par des ONG à Athènes, contrôles qui dissuadent fortement les migrants en situation irrégulière de se rendre dans ces centres par crainte d'être arrêtés et éventuellement expulsés. Ces contrôles engendrent la peur chez les migrants en situation irrégulière et constituent un obstacle à l'exercice des droits de l'homme. L'objet de cette recommandation est de faire en sorte que les migrants en situation irrégulière puissent accéder aux services dans les domaines visés par la RPG sans craindre d'être soumis à des contrôles des services de l'immigration à proximité des lieux où ils peuvent bénéficier d'une assistance. Aux fins de la présente RPG, les centres d'hébergement sont des lieux où les personnes ayant un besoin urgent de logement peuvent se rendre pour obtenir de l'aide.

Recommandation 14

L'incrimination de l'aide sociale et humanitaire apportée aux migrants en situation irrégulière favorise l'intolérance et le racisme car elle revient à sanctionner les personnes qui en aident d'autres en raison du statut migratoire de celles-ci. La présente RPG entend par « aide sociale et humanitaire » toute aide ou action dont l'objectif est de sauver des vies, d'atténuer les souffrances et de préserver la dignité humaine. Dans sa Résolution 2059 (2015), l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a noté que certains Etats membres sanctionnent l'aide humanitaire, instituant ainsi un « délit de solidarité », et a appelé à mettre fin à la menace de poursuites pour complicité à la migration irrégulière à l'encontre de ceux qui portent secours aux migrants[30]. Le fait de menacer des citoyens et des migrants en situation régulière de poursuites pénales, de procès et de sanctions s'ils aident des migrants en situation irrégulière est tout à fait contre-productif du point de vue de l'exercice des droits de l'homme. Les migrants en situation irrégulière étant inévitablement des étrangers, parfois en difficulté, ces mesures font naître de façon fallacieuse dans l'esprit du public l'idée que ces personnes sont dangereuses. L'application de sanctions pénales à ceux qui prêtent assistance aux migrants en situation irrégulière peut aussi entraîner des situations d'exploitation dans lesquelles les personnes en relation avec des migrants en situation

[29] Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne, novembre 2011.

[30] Résolution 2059 (2015) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la criminalisation des migrants en situation irrégulière : un crime sans victime.

irrégulière (propriétaires ou employeurs, par exemple) compensent le « risque » associé à cette relation en obligeant les personnes en question à se plier à des exigences abusives pour conserver leur emploi, leur logement, etc. Quoi qu'il en soit, l'argument de l'aide sociale et humanitaire ne doit en aucun cas servir de prétexte pour exploiter des migrants en situation irrégulière. Enfin, l'incrimination de l'assistance aux migrants en situation irrégulière accroît la précarité de ces derniers au sein de la société[31]. Vivant dans la peur, ils hésitent davantage à faire appel aux services dont ils peuvent avoir besoin, y compris les services médicaux d'urgence.

Recommandation 15

Les autorités compétentes dans les différents secteurs concernés sont encouragées à mener une action d'information pour que toutes les personnes, y compris les migrants en situation irrégulière et ceux qui fournissent des services sociaux et des services publics, aient connaissance des droits et des possibilités d'accès aux services dont il est question dans la présente RPG. L'ECRI a souligné ce point dans certains de ses rapports par pays comme le quatrième rapport sur la Finlande, dans lequel elle a recommandé aux autorités de prendre des mesures pour faciliter l'accès des migrants en situation irrégulière aux soins de santé et tout particulièrement, de veiller à ce qu'ils disposent des informations nécessaires pour pouvoir jouir de leurs droits. Les ONG sont d'une très grande aide en la matière car elles sont souvent en contact direct avec les migrants en situation irrégulière.

Recommandation 16

Le droit de se marier est un droit prévu par la CEDH (article 12) et d'autres traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Il permet donc à toute personne de déterminer son statut matrimonial selon les lois nationales mais ne confère pas automatiquement le droit de rester sur le territoire de l'Etat où le mariage a lieu. Le droit de se marier peut faire l'objet de restrictions légitimes, par exemple pour empêcher la bigamie, mais celles-ci ne doivent pas s'appliquer exclusivement aux migrants en situation irrégulière. L'obligation de produire des documents d'identité spécifiques dont les migrants en situation irrégulière ne disposent pas, comme un titre de séjour valide, une carte d'identité nationale, un passeport, ou un document émis au niveau national autorisant les étrangers à se marier sur le territoire de l'Etat en question, constitue une restriction de ce type. Tous les autres moyens légitimes de prouver l'identité de la personne qui souhaite se marier doivent être acceptés par les autorités qui s'occupent de la célébration du mariage.

Recommandation 17

Tous les enfants ont le droit d'être enregistrés aussitôt leur naissance (article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant). Il convient de respecter ce droit sans que les parents en situation irrégulière soient dissuadés d'enregistrer leur enfant du fait de la communication automatique des données à caractère personnel et d'autres informations les concernant aux services de l'immigration à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application. Toute personne doit pouvoir enregistrer une naissance sans avoir à produire des documents dont elle ne dispose pas toujours ou qu'elle ne peut obtenir (par exemple, permis de séjour, passeports, cartes d'identités nationales en cours de validité). Même s'il est admis que certains documents peuvent être exigés pour l'enregistrement des naissances, il convient de faire preuve de souplesse en la matière ; en tout état de cause, les documents requis ne devraient pas inclure des documents exclusivement liés au statut migratoire.

[31] Voir le rapport de 2010 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe intitulé « La criminalisation des migrations en Europe : quelles incidences pour les droits de l'homme ? »

b) Education

Recommandation 18

Le droit à l'instruction est inscrit dans l'article 2 du Protocole additionnel à la CEDH. La Cour européenne des droits de l'homme a indiqué que le droit à l'instruction représente une valeur démocratique fondamentale du Conseil de l'Europe et constitue à ce titre un droit garanti à tous[32]. Le droit de tous les enfants à l'éducation doit être assuré, quel que soit leur statut migratoire ou celui de leurs parents (voir également les observations relatives aux recommandations 5 et 6), comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Ponomaryovi c. Bulgarie*[33] et *D.H. et autres c. République tchèque*[34]. L'accès à l'éducation est une composante essentielle de la dignité humaine et joue un rôle central dans l'épanouissement de tout individu. Le droit à l'instruction ne se limite pas à l'enseignement primaire mais s'applique à la totalité de l'enseignement obligatoire. Dans son quatrième rapport sur la Slovénie, l'ECRI a recommandé aux autorités de veiller à ce que tous les enfants aient un accès égal au deuxième cycle de l'enseignement secondaire, indépendamment de leur nationalité, de leur origine ethnique, de leur statut migratoire ou de ceux de leurs parents. L'éducation préscolaire joue un rôle central dans le développement des potentialités des enfants, en comblant les éventuels écarts résultant d'inégalités et en les préparant à l'éducation obligatoire. Elle devrait être assurée à tous les enfants sur un pied d'égalité, tout comme l'enseignement universitaire. On retrouve cette approche dans de nombreux rapports par pays de l'ECRI. Dans son cinquième rapport sur la Norvège, par exemple, l'ECRI a appelé les autorités à prévoir par la loi le droit à l'éducation préscolaire (des enfants demandeurs d'asile). Dans son cinquième rapport sur la République tchèque, l'ECRI a également recommandé vivement aux autorités de mener à bien le projet d'introduire au moins une année d'école maternelle obligatoire et gratuite pour tous les enfants avant l'entrée dans l'enseignement primaire général. Enfin, il est souhaitable que l'égalité de traitement soit également assurée dans l'accès à la formation professionnelle et à l'apprentissage.

Recommandation 19

Un enfant doit pouvoir s'inscrire dans un établissement scolaire à tous les niveaux d'enseignement sans avoir à produire de documents que lui-même et sa famille ne sont pas en mesure d'obtenir (par exemple, permis de séjour, cartes d'identité nationales, passeports en cours de validité). Bien qu'il existe des situations dans lesquelles les autorités scolaires auront besoin de connaître le statut migratoire d'un enfant pour répondre au mieux à ses besoins en matière d'éducation, par exemple s'il présente un stress évident dû à la précarité de sa situation ou de celle de sa famille, ces informations doivent rester confidentielles au sein de l'école.

Recommandation 20

Si l'enfant quitte l'Etat membre avec sa famille, il doit pouvoir obtenir tous les documents confirmant le niveau d'études atteint dans le pays en question, de manière à pouvoir poursuivre sa scolarité ailleurs sans difficulté. On retrouve cette approche dans l'Observation n° 6 du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine.

---

[32] *Timishev c. Russie*, requêtes n° 55762/00 et 55974/00, 13 décembre 2005, voir § 64.

[33] Requête n° 5335/05, 28 novembre 2011.

[34] Requête n° 57325/00, 13 novembre 2007.

c) Santé

Recommandation 21

Le droit à la santé est garanti par l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, l'article 5(e)(iv) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, l'article 24 de la Convention relative aux droits de l'enfant et l'article 11 de la Charte sociale européenne (révisée). Cette dernière garantit également à l'article 13 le droit à l'assistance médicale.

Dans sa décision sur la réclamation *FIDH c. France*[35], le Comité européen des droits sociaux a confirmé que le droit à la santé était un droit social fondamental. Toute personne a droit, au minimum, à une prise en charge médicale d'urgence et aux autres soins de santé requis. Selon l'interprétation qui en a été donnée par la Cour européenne des droits de l'homme, cette obligation des Etats inclut celle de rendre les soins médicaux accessibles à l'ensemble de la population, le refus de soins pouvant constituer une violation de l'article 2 de la CEDH[36]. L'ECRI a attiré l'attention sur cette obligation dans bon nombre de ses rapports par pays. Dans le cadre du quatrième cycle de monitoring, elle a par exemple recommandé aux autorités finlandaises de prendre des mesures pour faciliter l'accès aux soins de santé des migrants en situation irrégulière, et aux autorités grecques de prévoir des dispositions juridiques concernant l'accès de chacun aux soins de santé publique sur le territoire grec, quel que soit son statut d'immigré ou migratoire. La détermination de la nécessité des soins est une évaluation médicale qui doit être effectuée en tenant pleinement compte de la jurisprudence de la CEDH[37]. Le droit à la santé revêt également une importance centrale pour la population d'accueil, car le fait de priver de soins médicaux une personne qui en a besoin peut avoir des conséquences sanitaires non négligeables (par exemple dans le cas d'une personne atteinte d'une maladie transmissible). Dans son cinquième rapport sur la Grèce, l'ECRI a recommandé aux autorités de fournir aux migrants des soins médicaux appropriés, indépendamment de leur situation au regard du droit de séjour, en cas de maladies infectieuses graves ou d'autres risques pour la santé publique.

L'un des principaux obstacles à l'accès aux soins de santé est l'incapacité de les payer. De nombreux Etats membres imposent à toutes les personnes qui résident sur leur territoire, y compris celles en situation irrégulière, de souscrire une assurance maladie. Dans la pratique, beaucoup ne peuvent en assumer le coût. La présente recommandation veille à ce que le droit aux soins de santé soit garanti à tous, même aux migrants sans ressources. Les personnes en situation d'extrême pauvreté sont celles dont les conditions de vie sont constitutives d'un traitement inhumain et dégradant prohibé par l'article 3 de la CEDH et d'une atteinte à leur dignité, comme l'a constaté la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*[38].

Recommandation 22

Toute personne doit avoir accès aux services de santé sans avoir à produire des documents dont elle ne dispose pas toujours ou qu'elle ne peut obtenir (par exemple, permis de séjour, passeports, cartes d'identités nationales en cours de validité). Même s'il est admis que

---

[35] Réclamation n° 14/2003, 3 novembre 2004.

[36] *Cyprus c. Turquie* (GC), requête n° 25781/94, 10 mai 2001 ; *Powell c. Royaume-Uni,* requête n° 45305/99, 4 mai 2000 ; *Nitecki c. Pologne,* requête n° 65653/01, 21 mars 2002.

[37] *Mehmet Emin Yüksel c. Turquie*, requête n° 40154/98, 20 octobre 2004 ; *Serifis c. Grèce*, requête n° 27695/03, 2 novembre 2006 ; *Tarariyeva c. Russie*, requête n° 4353/03, 14 décembre 2006 ; Observation générale n° 20 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, paragraphe 33 ; Organisation mondiale de la santé, Aide-mémoire n° 323, décembre 2015.

[38] Requête n° 30696/09, 21 janvier 2011.

certains documents peuvent être exigés par les prestataires de soins de santé pour l'enregistrement des patients, il convient de faire preuve de souplesse en la matière ; en tout état de cause, les documents requis ne devraient pas inclure des documents exclusivement liés au statut migratoire. L'ECRI a déjà souligné ce point, par exemple dans son troisième rapport sur l'Azerbaïdjan, dans lequel elle a vivement recommandé aux autorités de veiller à ce que personne ne soit injustement privé de soins de santé pour un quelconque motif discriminatoire reposant sur son absence de statut juridique en Azerbaïdjan, tout en soulignant que la production d'un titre de séjour en cours de validité ne devrait pas être exigée pour recevoir des soins médicaux d'urgence. Dans son quatrième rapport sur l'Espagne, l'ECRI a recommandé aux autorités de revoir les conditions d'enregistrement des immigrés en situation irrégulière dans le registre de population (donnant accès à la gratuité des soins de santé, à des services sociaux primaires de base et à une aide sociale) pour garantir que ceux qui ne possèdent pas les documents requis ne soient pas automatiquement exclus.

Recommandation 23

Les mêmes normes médicales doivent s'appliquer à l'ensemble des activités professionnelles du personnel de santé, indépendamment du statut migratoire de la personne qui a besoin de leurs services. Tous les professionnels de santé doivent être sensibilisés au caractère indivisible de leurs obligations. En aucun cas il ne doit exister un système de santé à deux vitesses dans lequel le niveau et la qualité des soins prodigués aux migrants en situation irrégulière seraient inférieurs à ceux des autres patients[39].

Recommandation 24

Il est important que tous les enfants aient accès aux soins pédiatriques et à la vaccination, et non uniquement ceux en situation régulière sur le territoire d'un Etat. La santé de toute la population en dépend. De même, toutes les femmes peuvent avoir besoin de services médicaux liés à la grossesse et il ne doit s'exercer en la matière aucune différenciation fondée sur le statut migratoire. La prise en charge doit englober l'accès aux soins anté-, péri- et post-nataux et autres services de santé connexes.

d) Logement

Recommandation 25

Dans certains Etats membres, diverses obligations ont été ou sont en voie d'être imposées aux propriétaires (des secteurs public et privé) et aux autres fournisseurs de logements, leur demandant de communiquer des données à caractère personnel et d'autres informations aux services de l'immigration ou de refuser de louer des biens résidentiels à des personnes dont il n'a pas été établi qu'elles se trouvent régulièrement sur le territoire. En cas de manquement à ces obligations, les propriétaires s'exposent à des amendes mais aussi à des sanctions pénales et notamment à des peines d'emprisonnement. Ces mesures sont contraires aux objectifs énoncés dans la RPG n° 1 de l'ECRI sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance. En contraignant les propriétaires à effectuer des contrôles d'immigration et en les exposant à des conséquences potentiellement extrêmes s'ils ne s'acquittent pas correctement de cette tâche, on risque de renforcer chez eux le sentiment que toute personne « d'apparence étrangère » doit faire l'objet de vérifications supplémentaires pour s'assurer qu'elle n'est pas en situation irrégulière. Comme cela a été souligné précédemment, dès lors que des objectifs de contrôle de l'immigration font leur entrée dans des domaines ayant trait à des dispositifs sociaux et contractuels, la population,

[39] Organisation mondiale de la santé, Aide-mémoire n° 323, décembre 2015 ; voir également la Recommandation 2010 (n° 200) de l'OIT, Recommandation concernant le VIH et le sida et le monde du travail.

par crainte de se voir infliger une amende ou une peine de prison, risque d'opter pour la prudence en refusant de loger des non-ressortissants quels qu'ils soient. Même si des personnes prennent le « risque » de louer à des migrants ou de les loger, elles peuvent avoir des inquiétudes quant à la légalité de leurs actions. Ce type de loi ne peut qu'alimenter le racisme et la discrimination et, partant, conduire au déni du droit au logement garanti par la Charte sociale européenne (révisée). Dans son quatrième rapport sur l'Italie, l'ECRI a recommandé aux autorités d'abroger la disposition selon laquelle le fait de louer un logement à des immigrés en situation irrégulière est passible d'une peine allant de six mois à trois ans d'emprisonnement assortie de la saisine du logement. Dans son cinquième rapport sur la Grèce, l'ECRI a recommandé aux autorités de dépénaliser la fourniture de logement aux migrants en situation irrégulière pour permettre aux organisations caritatives de venir en aide aux migrants sans-abri.

Recommandation 26

L'ECRI a exprimé des préoccupations au sujet des sans-abris dans plusieurs de ses rapports par pays, et notamment les rapports du cinquième cycle de monitoring sur la Hongrie et sur la Grèce. Le droit au logement est consacré par le droit international et européen des droits de l'homme. Il est garanti dans l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, l'article 5(e)(iii) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, l'article 27(3) de la Convention relative aux droits de l'enfant et l'article 31 de la Charte sociale européenne (révisée). Nul ne doit rester à la rue, exposé aux intempéries et à la violence. C'est ce qu'a affirmé le Comité européen des droits sociaux dans ses décisions relatives aux réclamations *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*[40] et *Conférence des Eglises européennes (CEC) c. Pays-Bas*[41]*.* Les Etats ont, entre autres responsabilités, l'obligation d'allouer des fonds et des ressources adéquats pour garantir à toute personne, quel que soit son statut migratoire, un niveau de vie suffisant. Les experts de l'ONU ont félicité le gouvernement néerlandais pour sa décision d'octroyer des subventions aux communes qui proposent des hébergements d'urgence aux migrants sans abri, annoncée en janvier 2015 pour faire suite à la décision susmentionnée concernant la réclamation CEC[42]. L'accès au logement doit être assuré dans des conditions d'égalité et de non-discrimination.

Recommandation 27

Comme indiqué précédemment, le droit international reconnaît la vulnérabilité particulière des enfants et exige leur protection (Convention relative aux droits de l'enfant). Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, devoir primordial d'ordre international à l'égard des enfants, doit toujours être assuré en veillant à ce que les enfants, seuls ou accompagnés par des adultes, bénéficient d'un logement adéquat. Leur statut migratoire ou celui de leurs parents ne doit jamais servir de prétexte pour ne pas leur reconnaître ce droit.

e) Protection au travail

Recommandation 28

Le droit de toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables est garanti dans plusieurs instruments internationaux parmi lesquels le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention internationale sur la protection des

---

[40] Réclamation n° 47/2008, 20 octobre 2009.

[41] Réclamation n° 90/2013, 1er juillet 2014.

[42] Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, communiqué de presse, "Dutch decision to fund emergency assistance for homeless migrants welcome change of position" – UN experts" (28 janvier 2015, Genève).

droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Charte sociale européenne (révisée).

Les droits à la protection du travail ne sont pas liés au statut migratoire. Comme l'a affirmé la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire *O. Tümer c. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*[43], la qualité de travailleur et les droits qui y sont rattachés doivent être accordés sans discrimination à tous les travailleurs, quel que soit leur statut migratoire. Toute approche qui exclurait certains travailleurs de la protection de l'emploi et des droits associés (par exemple en raison de leur situation irrégulière) conduirait inévitablement à l'exploitation et à la discrimination, lesquelles engendrent le racisme et l'intolérance. Dans son Observation générale n°2, le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille donne une interprétation de plusieurs articles de la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille qui abordent des questions examinées dans la présente RPG, notamment l'article 25 (égalité de traitement en matière d'emploi) et l'article 27 (droit à la sécurité sociale). L'égalité prévue dans le droit du travail est essentielle pour assurer le respect par les employeurs des bonnes pratiques en matière d'emploi et créer les conditions nécessaires à la bonne application des règles d'hygiène et de sécurité.

Recommandation 29

Les inspections des lieux de travail visant à contrôler l'application correcte des normes du travail sont nécessaires pour protéger tous les travailleurs. Dans certains Etats membres, les autorités ont alourdi le fardeau réglementaire pesant sur les inspections du travail en y ajoutant l'obligation de contrôler le statut migratoire des travailleurs et leur situation au regard du permis de travail, ce qui n'est pas sans poser problème. Comme cela a été souligné précédemment, les normes du travail doivent s'appliquer de la même manière à tous les travailleurs, indépendamment de leur statut migratoire. L'objectif social de ces normes, qui est de garantir une protection minimale aux salariés, serait compromis si une composante quelconque de la population active venait à en être exclue. Les inspecteurs du travail jouent un rôle essentiel dans la garantie de l'équité sur le marché du travail. Pour la bonne application des normes du travail, il faut que tous les travailleurs soient en mesure de les contacter pour dénoncer des conditions de travail inadéquates. Les mauvaises pratiques au travail causent du tort à tout le monde : la tâche des inspecteurs consiste à les prévenir ou à y mettre fin. Le fait d'imposer des obligations supplémentaires – par exemple la vérification du statut migratoire – en contradiction avec les objectifs premiers des inspecteurs va à l'encontre de l'objectif social des normes du travail et nuit aux efforts de lutte contre le travail non déclaré, en excluant une partie de la population active. La RPG prévoit néanmoins des possibilités de déroger à cette règle (voir recommandation 12) à titre exceptionnel dans des circonstances bien particulières, définies dans le cadre d'une loi régissant l'étendue et les motifs d'une dérogation et prévoyant des voies de recours.

Tous les Etats membres du Conseil de l'Europe à l'exception de cinq d'entre eux ont ratifié la Convention de 1947 de l'Organisation internationale du Travail sur l'inspection du travail, dont l'article 3(2) est rédigé comme suit : « si d'autres fonctions sont confiées aux inspecteurs du travail, celles-ci ne devront pas faire obstacle à l'exercice de leurs fonctions principales ni porter préjudice d'une manière quelconque à l'autorité ou à l'impartialité nécessaires aux inspecteurs dans leurs relations avec les employeurs et les travailleurs ». La Conférence internationale du travail (95e session, 2006)[44] sur la Convention et les

[43] Affaire C-311/13, 5 novembre 2014.

[44] Rapport III (Partie 1B), Etude d'ensemble relative à la convention (n°81) sur l'inspection du travail, 1947, et au protocole de 1995 relatif à la convention sur l'inspection du travail, 1947, à la recommandation (n°81) sur l'inspection du travail, 1947, à la recommandation (n°82) sur l'inspection du travail (mines et transports), 1947, à

documents connexes a clarifié le sens de l'article 3(2), en particulier pour ce qui est du contrôle du travail clandestin et de l'immigration irrégulière. Le Comité a rappelé que la fonction principale des inspecteurs du travail consiste à veiller à la protection des travailleurs et non à assurer l'application du droit de l'immigration (§ 78).

Par ailleurs, le Parlement européen, dans sa Résolution du 14 janvier 2014[45] « Inspections du travail efficaces à titre de stratégie pour l'amélioration des conditions de travail », a exprimé les graves inquiétudes que lui inspire l'extrême vulnérabilité des travailleurs migrants en situation irrégulière ou non autorisée, qui risquent d'être exploités dans un emploi non déclaré caractérisé par des normes peu élevées, des salaires bas et de longues heures de travail dans des environnements de travail dangereux, et a insisté sur le fait que toute coopération entre les inspecteurs du travail et les autorités compétentes en matière d'immigration doit se limiter à identifier les employeurs pratiquant des abus et ne devrait pas donner lieu à des sanctions contre les travailleurs migrants concernés ou à leur expulsion, ce qui porterait atteinte aux efforts menés pour lutter contre le travail non déclaré (§ 29). Cela étant, la séparation des pouvoirs des inspecteurs du travail de ceux des services de l'immigration ne supprime ni ne compromet le pouvoir de ces derniers d'entreprendre des activités de contrôle et de l'immigration et de ses mesures d'application.

La nécessité des pare-feux dans les inspections du travail a également été évoquée par le Rapporteur spécial de l'ONU sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau, et le président du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Francisco Carrión Mena, dans leur déclaration du 15 décembre 2015 avant la Journée internationale des migrants (18 décembre 2015). L'ECRI a également examiné cette question dans son troisième rapport sur l'Azerbaïdjan, dans lequel elle a recommandé aux autorités azerbaïdjanaises de veiller à ce que la législation ne soumette pas les inspecteurs du travail qui ont eu à connaître de cas de discrimination raciale à l'encontre de travailleurs migrants en situation irrégulière à une obligation de communiquer aux services d'immigration des informations permettant d'identifier les victimes.

Recommandation 30

Certaines lois nationales créent une discrimination indirecte en rendant les droits fondamentaux du travail inaccessibles aux migrants en situation irrégulière, toute tentative de faire valoir ces droits donnant lieu au transfert de données à caractère personnel et d'autres informations les concernant aux services de l'immigration. Au lieu d'obtenir justice contre des employeurs qui les exploitent, les travailleurs migrants en situation irrégulière peuvent être menacés d'expulsion par les autorités. De ce fait, les mauvaises pratiques ne seront pas dénoncées et l'égalité sur le marché du travail sera compromise, au détriment des travailleurs nationaux comme des travailleurs migrants[46]. Cela est contraire à la RPG n°14 de l'ECRI sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans le monde du travail. Conformément à la Directive et au Règlement 2016 de l'UE relatifs à la protection des données, il ne peut être dérogé aux obligations de protection des données à caractère personnel que pour des motifs bien spécifiques, et les informations personnelles ne devraient pas être communiquées aux services de l'immigration pour une autre raison.

---

la convention (n°129) sur l'inspection du travail (agriculture), 1969, et à la recommandation (n°133) sur l'inspection du travail (agriculture), 1969.

[45] P7-TA (2014) 0012.

[46] Voir le Rapport 2014 du Rapporteur spécial de l'ONU sur les droits de l'homme des migrants consacré à l'exploitation des migrants par le travail, paragraphe 60.

Un certain nombre de rapports du quatrième cycle de monitoring de l'ECRI ont souligné la difficulté, pour les migrants en situation irrégulière, de porter plainte contre leurs employeurs lorsqu'ils sont victimes de pratiques abusives, y compris de discrimination raciale. Le quatrième rapport de l'ECRI sur la Fédération de Russie, par exemple, a recommandé la mise en place d'un mécanisme fonctionnel permettant aux migrants en situation irrégulière de dénoncer des pratiques abusives de la part des employeurs.

Recommandation 31

Les travailleurs migrants qui quittent l'Etat, y compris du fait de leur situation irrégulière, doivent pouvoir bénéficier des prestations liées aux cotisations sociales qu'ils ont versées ou se voir rembourser intégralement ces cotisations. L'Etat ne doit pas leur refuser ces prestations ou ces remboursements, car cela reviendrait à les priver d'une partie de leur rémunération.

f) Police et justice pénale

Recommandation 32

Dans sa RPG n° 11 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police, l'ECRI appelle à définir et à interdire le profilage racial dans la loi. Il est clair que le profilage racial pratiqué par la police pose problème et présente des conséquences intolérables sur le plan du racisme et de l'intolérance. Dans le cas des migrants en situation irrégulière, le motif du statut migratoire ne doit pas se substituer à celui de la « race » pour tenter de justifier le profilage dans la police et la justice pénale.

La recommandation 32 porte également sur le contrôle indépendant des pratiques relevant de la police. La RPG n°11 de l'ECRI recommande aux gouvernements de prévoir un organe, indépendant de la police et du parquet, chargé d'enquêter sur les allégations de discrimination raciale et de comportements abusifs à motivation raciste de la police.

Recommandation 33

Les migrants en situation irrégulière doivent pouvoir signaler des infractions à la police sans craindre d'être dénoncés aux services de l'immigration. Il est dans l'intérêt de tous que les infractions soient signalées et fassent l'objet d'enquêtes. Le fait que des personnes s'abstiennent de signaler les infractions dont elles ont été victimes par peur des conséquences est extrêmement préjudiciable au maintien de l'ordre. La police doit obtenir la confiance de l'ensemble de la population pour s'acquitter de sa mission comme il se doit. Elle ne pourra pas fonctionner correctement si certains membres de la société ont peur de s'adresser à elle. Il est du devoir des autorités de police et de justice d'enquêter sur les infractions signalées et d'engager s'il y a lieu des poursuites pénales. La décision des procureurs d'engager une action pénale repose sur capacité de chacun d'apporter un témoignage complet et franc, qui soit pertinent pour établir la réalité des faits. Si certains membres de la population ou certaines victimes d'infractions hésitent à témoigner par crainte de voir leurs données personnelles transmises aux services de l'immigration à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application, les procureurs, la police et les autres composantes du système de justice pénale ne pourront exercer convenablement leurs fonctions. La Directive 2016 de l'UE relative à la protection des données reconnaît l'importance de la protection des données à caractère personnel à l'égard de la justice pénale et des autorités judiciaires et limite le partage d'informations dans ce contexte. Elle invite également les Etats à créer un organe de surveillance indépendant chargé de superviser la protection des données à caractère personnel dans le système de justice pénale.

Le cinquième rapport de l'ECRI sur la Grèce attire l'attention sur une décision ministérielle qui prévoit la délivrance de permis de séjour, pour des motifs humanitaires, par le ministre de l'Intérieur aux ressortissants de pays tiers victimes ou témoins d'infractions à caractère raciste ; ces permis de séjour sont valables jusqu'à la clôture de l'affaire ou le prononcé d'une décision judiciaire définitive. Dans son quatrième rapport sur la Pologne, l'ECRI a recommandé que les centres de soutien aux victimes et les services judiciaires qui ont eu connaissance d'infractions à caractère raciste contre des immigrés en situation irrégulière s'abstiennent de communiquer des informations susceptibles d'alerter les services de l'immigration. Par ailleurs, si les personnes qui sont victimes d'infractions pénales craignent de signaler celles-ci en raison d'un partage d'informations entre la police et d'autres secteurs du système de justice pénale et les services de l'immigration à des fins de contrôle l'immigration et de ses mesures d'application, elles se voient privées des droits fondamentaux auxquels elles peuvent prétendre au titre des obligations procédurales qui incombent aux Etats d'enquêter sur les cas présumés de mauvais traitements et, s'il y a lieu, de poursuivre les auteurs d'infractions (article 3 de la CEDH). Dans son cinquième rapport sur la Grèce, l'ECRI s'est dite préoccupée par le grave problème de la sous-déclaration des actes de violence raciste, qui s'explique principalement par la crainte des victimes de se faire arrêter et expulser du fait qu'elles ne possèdent pas de permis de séjour.

Une initiative prise aux Pays-Bas peut être citée ici comme exemple de bonnes pratiques. A Amsterdam, un projet pilote a été mis en place pour permettre aux personnes n'ayant pas de documents d'identité de signaler une infraction à la police en tant que victimes ou témoins sans être arrêtées ou poursuivies au motif de l'irrégularité de leur situation. En cas d'infractions graves, un ordre de quitter le territoire peut être ajourné pendant une période de trois mois si les autorités d'instruction estiment que la présence de la personne concernée est nécessaire à l'enquête. Le projet pilote ayant rencontré un fort succès, il sera étendu à l'échelle nationale. En novembre 2015, il a obtenu un prix de la Plateforme de la gestion policière de la diversité *récompensant les bonnes pratiques de travail avec des communautés diverses.*

IV. AIDE AUX MIGRANTS EN SITUATION IRRÉGULIERE : ORGANES SPÉCIALISÉS ET SOCIÉTÉ CIVILE

Recommandations 34 et 35

Toute personne dont les droits fondamentaux ont été violés, qu'elle soit en situation irrégulière ou non, a droit à l'octroi d'un recours effectif. Il convient de mettre en place des organes chargés de les aider à faire valoir leurs droits sans qu'elles aient à craindre que leurs données personnelles ou d'autres informations ne soient communiquées aux services de l'immigration à des fins de contrôle de l'immigration et de ses mesures d'application. Conformément à la Directive et au Règlement 2016 de l'UE relatifs à la protection des données, il ne peut être dérogé aux obligations de protection des données à caractère personnel que pour des motifs bien spécifiques, et les informations personnelles ne devraient pas être communiquées aux services de l'immigration pour une autre raison.

Ces organes peuvent être les organes de lutte contre la discrimination qui existent déjà dans les Etats membres et dont le mandat peut être étendu à la protection des migrants en situation irrégulière. On se référera ici aux Recommandations de politique générale n° 2 de l'ECRI sur les organes spécialisés dans la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance au niveau national et n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale. La Directive de l'UE relative à la protection des données recommande également aux Etats de mettre en place un organe indépendant chargé de contrôler le partage d'informations entre acteurs du secteur public. Le droit d'accès à un recours effectif devant une instance nationale est énoncé dans l'article 13 de la CEDH ; la Cour européenne des droits de l'homme en a précisé les contours

et donné une interprétation dans de nombreuses affaires[47]. Par ailleurs, les organisations de la société civile sont souvent la principale source d'aide aux personnes en difficulté pour la reconnaissance de leurs droits fondamentaux en droit et dans la pratique. Il conviendrait d'encourager la société civile à proposer ses services et activités à toutes les personnes relevant de la juridiction d'un Etat, indépendamment de leur statut migratoire.

[47] *Al-Nashif c. Bulgarie,* requête n° 50963/99, 20 septembre 2002 ; *Shebashov c. Lettonie,* requête n° 50065/99, 9 novembre 2000 (décision sur la recevabilité) ; et *Čonka c. Belgique,* requête n° 51564/99, 5 mai 2002.