



HAL
open science

Migrants, étrangers, réfugiés : une visibilité croissante

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Migrants, étrangers, réfugiés : une visibilité croissante. Sophie Grosbon. Résistance et résilience des Pactes internationaux de protection des droits de l'homme à l'épreuve d'une société internationale post-moderne, Pedone, pp. 207-228, 2018, 978-2-233-00882-4. hal-02114286

HAL Id: hal-02114286

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-02114286>

Submitted on 23 Nov 2020

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

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

Migrants, étrangers, réfugiés : une visibilité croissante

Danièle Lochak, professeure émérite, Université Paris Nanterre (Credof)

in S. Grobon (dir.), Résistance et résilience des pactes internationaux de droits de l'Homme à l'épreuve d'une société internationale post-moderne, Pedone, 2018, pp. 207-228.

Non-ressortissants, migrants, réfugiés : sous quelque dénomination que ce soit, les étrangers sont quasi-invisibles dans les Pactes, comme ils l'étaient, dix-huit ans auparavant, dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH). Il y a cela deux raisons au moins. La première, c'est l'inspiration universaliste qui sous-tend ces textes et transparait dans leur rédaction : « toute personne », « tout individu », « chacun », « quiconque », « nul ne peut ». Les droits proclamés le sont pour tous, « sans discrimination aucune », ils valent donc implicitement pour les étrangers comme pour les nationaux. La seconde raison est plus conjoncturelle : la question des migrations, à l'époque, préoccupe peu les États, et elle est absente des enceintes internationales ; quant au problème des réfugiés, s'il est encore obsédant en 1948, ce qui explique la consécration du « droit de chercher asile » dans la Déclaration universelle, il ne retient plus guère l'attention en 1966, d'autant que la Convention de Genève semble y avoir apporté une réponse suffisante.

Cinquante ans plus tard, la perspective a sensiblement changé. L'importance prise par les phénomènes migratoires, d'un côté, l'existence de dizaines de millions de réfugiés à la recherche d'une terre d'asile, de l'autre, mais aussi les politiques restrictives des pays dits « d'accueil » qui tentent de se protéger contre ces « flux » indésirables, obligent les organes de protection des droits de l'Homme à se préoccuper du sort des migrants, quelle que soit la cause de leur migration.

De fait, on trouve dans les différents documents émanant du Comité des droits de l'Homme (CDH), d'un côté, du Comité pour les droits économiques, sociaux et culturels (Codesc), de l'autre, de fréquentes notations sur la situation des étrangers au regard des droits garantis par l'un et l'autre Pactes. C'est donc la lecture des observations générales, des observations finales sur les rapports périodiques des États, des constatations relatives aux communications dans le cas du CDH¹, qui éclaire sur l'applicabilité des dispositions des Pactes aux non ressortissants et sur les obligations corrélatives des États.

Le choix a été fait ici de privilégier une approche dynamique visant à analyser la façon dont les comités fabriquent une « doctrine » en fonction des situations qu'ils observent et à mesure des questions qui leur sont posées.

Dans un premier temps, nous montrerons comment les étrangers ont acquis une visibilité qu'ils n'avaient pas initialement dans les Pactes. Dans un second temps, nous mettrons en lumière les principales questions qui mobilisent l'attention des comités concernant le sort des migrants. Pour répondre à ces questions, pour dire s'il y a eu ou non violation des droits consacrés par les textes, les comités sont amenés à les interpréter : c'est ce travail d'interprétation qui constituera le troisième temps de nos développements. Pour conclure, nous nous interro-

¹ Compte tenu de l'entrée en vigueur très récente du protocole permettant d'adresser au Codesc des communications adressées par des particuliers, les constatations de ce Comité ne fournissent pas d'éléments pertinents. À la fin de l'année 2016, quinze communications seulement lui avaient été adressées et une seule, encore pendante, concernait un étranger – en l'occurrence un mineur qui alléguait une discrimination dans la participation à des tournois de football.

gerons sur l'articulation entre les Pactes et les autres instruments internationaux qui peuvent être mobilisés pour protéger les droits des migrants .

Le corpus et sa méthode d'exploration

Le corpus sur lequel s'appuient les analyses qui suivent inclut, outre les deux Pactes, les travaux du CDH et ceux du Codesc. Plus précisément, ont été prises en compte : les observations générales rédigées par les deux comités ; une trentaine d'observations finales du CDH sur les rapports périodiques des États remis au cours des quatre dernières années (durée qui correspond en gros à la périodicité des rapports), en privilégiant les pays d'immigration mais en incluant aussi un échantillon de pays d'émigration ou de transit – et d'autres qui ne sont ni l'un ni l'autre ; une quarantaine d'observations finales du Codesc sur les rapports périodiques des États, là encore sur une période de quatre ans, sélectionnés sur la base des mêmes critères ; une quarantaine de plaintes individuelles examinées par le CDH, sélectionnées par mots-clés (voir ci-après) sur la période 2000-2016.

Les mots clés utilisés qui ont permis de circuler rapidement dans cette masse de documents sont les suivants : « étranger » (*foreigner*), « non-ressortissant », « non national », « migrant » (ou « travailleur migrant »), « demandeur d'asile » (*asylum*), « réfugié », « apatride ». Ce balayage par mots-clés conduit d'ailleurs à constater que, s'agissant des droits civils et politiques, le mot « étranger » (ou ses équivalents fonctionnels : « non ressortissant », « non national ») est celui qui apparaît le plus souvent, le mot « migrant » se retrouvant rarement dans les observations du CDH, même lorsqu'il est question de la liberté de circulation. L'inverse est vrai lorsque sont en cause les droits économiques et sociaux, le mot « migrant », comme substantif ou adjectif, étant alors le plus fréquent. Les termes « demandeurs d'asile » et « réfugiés » se retrouvent indifféremment dans les deux corpus.

I. UNE VISIBILITE PROGRESSIVEMENT ACQUISE

A. Les étrangers quasi-invisibles dans les Pactes

L'absence de visibilité des étrangers dans les Pactes prolonge leur invisibilité dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH).

C'est le cas, en premier lieu, de l'affirmation du principe de non discrimination : l'article 2-1 du PIDCP oblige les États parties « à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation », reprenant mot pour mot l'énumération des critères prohibés par l'article 2 de la DUDH – la même qui figure encore à l'article 26 du PIDCP qui proclame un droit substantiel à l'égalité devant la loi, d'application générale, et le droit d'être protégé contre les discriminations. L'« origine nationale » n'étant pas assimilable à la « nationalité », le texte ne dit rien, explicitement, des discriminations fondées sur la nationalité.

L'article 12-1 du PIDCP consacre le droit de circuler librement et de choisir librement sa résidence à l'intérieur d'un État ; mais en limitant ce droit aux personnes qui se trouvent « légalement » sur le territoire, il fait implicitement référence aux non ressortissants. En garantissant par ailleurs le droit de quitter « n'importe quel pays, y compris le sien » (art. 12-2) et le droit d'entrer « dans son propre pays » (art. 12-4), il entérine une distinction entre ressortissants et non ressortissants : ce sont les premiers qu'il convient de protéger contre la prétention des gouvernements autoritaires d'interdire à leurs nationaux de quitter le pays ; et c'est à eux qu'est reconnu le droit d'entrer – et donc de revenir – dans leur pays.

La différence de traitement entre ressortissants et non ressortissants apparaît aussi, quoique toujours formulée de façon implicite, dans l'article 25 du Pacte, repris de l'article 21 de la DUDH, qui énumère les droits politiques qui doivent être accordés à « tout citoyen ».

De façon à nouveau indirecte, l'article 14 qui garantit l'égalité devant la justice prévoit qu'une personne accusée d'une infraction légale a le droit d'être informée « dans une langue qu'elle comprend », de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle, et qu'elle peut se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

On citera pour terminer l'article 13 du Pacte qui, en entourant de garanties de procédure l'expulsion de l'étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie, est le seul, finalement, à traiter spécifiquement et directement de la situation des étrangers.

Le constat concernant le Pidesc est plus rapide encore : au-delà de l'article 2-2 qui pose, toujours dans les mêmes termes, un principe de non-discrimination, on ne trouve dans le Pacte aucune disposition qui traite, même indirectement ou allusivement, du sort spécifique des étrangers. Seul l'article 2-3 prévoit que les pays en voie de développement peuvent déterminer « dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le présent Pacte à des non-ressortissants ».

B. La sortie de l'invisibilité dans les observations générales

Les deux comités vont peu à peu, dans leurs observations générales, s'intéresser aux droits des migrants et les sortir de leur invisibilité initiale.

1. Les non ressortissants dans les observations générales du CDH.

Entre 1981 et 2014, le CDH a rédigé trente-cinq observations générales. La plupart d'entre elles n'évoquent à aucun moment la question des non ressortissants. L'une d'entre elle, à l'inverse, l'observation n° 15 de 1986, est entièrement et spécifiquement dédiée à la situation des étrangers. À mi-chemin entre ces deux situations, on trouve moins d'une dizaine d'observations qui évoquent leur sort, soit de façon incidente soit de façon plus développée. Mais si l'on intègre la variable chronologique, on constate : d'une part, que les observations récentes sont plus nombreuses à faire une place à la question des étrangers ; d'autre part – et c'est encore plus significatif –, que lorsque deux observations rédigées à plusieurs années d'intervalle portent sur l'interprétation d'un même article, il est fréquent que la question, absente la première fois, soit présente la seconde.

Aucune référence spécifique n'est faite aux étrangers dans les observations générales n° 3 de 1981 relative à l'article 2 sur la mise en œuvre du Pacte au niveau national, dans les observations n° 6 de 1982 et n° 14 de 1985 sur le droit à la vie (art. 6), dans l'observation n° 9 de 1982 – et dans l'observation n° 21 de 1993 qui la remplace – sur le traitement des personnes privées de liberté (art. 10), dans l'observation n° 10 de 1983 – et dans l'observation n° 34 de 2011 qui la remplace – sur la liberté d'opinion (art. 19), dans l'observation n° 11 de 1983 sur l'incitation à la haine (art. 20), dans l'observation n° 16 de 1988 sur la vie privée et familiale (art. 17). L'observation n° 18 de 1989, qui traite de façon transversale de la non-discrimination, se borne à rappeler les motifs de discrimination interdits en reprenant l'énumération du texte du Pacte. On ne trouve pas non plus d'allusion aux étrangers dans l'observation n° 19 de 1990 sur la protection de la famille (art. 23), dans l'observation n° 22 sur la liberté de pensée et de conscience (art. 18), dans l'observation n° 34 de 2011 sur la liberté d'opinion (art. 19).

En revanche, si l'observation n° 7 de 1982 sur l'interdiction de la torture (art. 7) ne traitait pas des étrangers, l'observation n° 20 de 1992 évoque la question du renvoi vers un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement. De même, alors que l'observation n° 8 de 1982 sur le droit à la liberté et à la sécurité (art. 9) était muette sur les étrangers, l'observation n° 35 de 2014 précise que « l'expression "tout individu" recouvre notamment [...] les étrangers, les réfugiés et les demandeurs d'asile, les apatrides, les travailleurs migrants » ; et elle évoque, parmi les exemples de privation de liberté, « le maintien

dans une zone circonscrite d'un aéroport » avec une référence en note à la détention de migrants en attente d'expulsion. Enfin, alors que dans l'observation n° 13 de 1984 sur l'égalité devant la justice (art. 14) il est seulement rappelé que l'obligation d'interprétariat ne vaut pas seulement pour les étrangers mais aussi pour les nationaux, l'observation n° 32 de 2007 rappelle de façon détaillée qu'il ne saurait en effet être limité aux citoyens mais doit être accordé, dit le Comité, « à tous les individus, quelle que soit leur nationalité ou même s'ils sont apatrides, par exemple aux demandeurs d'asile, réfugiés, travailleurs migrants, enfants non accompagnés et autres personnes qui se trouveraient sur le territoire de l'État partie ou relèveraient de sa juridiction ».

Dans l'intervalle entre les deux moutures des observations que l'on vient de citer relatives aux articles 7, 9 et 14 est intervenue l'observation n° 15 de 1986 consacrée, on l'a dit, à « la situation des étrangers au regard du Pacte ». Elle énonce d'abord des principes généraux : les étrangers peuvent se réclamer de tous les droits inscrits dans le Pacte sans condition de réciprocité, il ne peut y avoir de discrimination entre étrangers et citoyens dans l'application de ces droits – à l'exception notamment du droit d'entrer et de séjourner sur le territoire d'un État partie et des droits politiques. Elle contient ensuite quelques précisions sur l'interprétation de certaines dispositions du Pacte, sur lesquelles on reviendra plus loin : ainsi, le droit de l'État de refuser l'accès de son territoire à un étranger doit céder lorsqu'entrent en jeu des considérations relatives à la non-discrimination, à l'interdiction des traitements inhumains et au respect de la vie familiale ; les garanties prévues à l'article 13 en cas d'expulsion valent pour tous les cas d'éloignement et elles excluent les mesures d'expulsion collectives ; dans l'hypothèse où les étrangers constituent une minorité, ils doivent bénéficier des droits prévus à l'article 27 – une idée qui est reprise plus longuement dans l'observation n° 23 de 1994 sur les droits des minorités.

Dans l'observation n° 17 de 1989 sur les droits de l'enfant (art. 24), la question des enfants étrangers est évoquée incidemment à propos de l'obligation d'abolir toute discrimination entre les enfants selon qu'ils sont des nationaux ou des étrangers, d'une part, de l'interdiction d'établir des discriminations en fonction de la nationalité des parents en matière d'acquisition de la nationalité, d'autre part.

L'observation n° 27 de 1999 sur la liberté de circulation (art. 12) revient, tardivement, sur une question déjà largement abordée dans l'observation n° 15 de 1986, en y ajoutant la précision importante que les expressions « son pays » ou « son propre pays » sont plus larges que le pays dont on a la nationalité.

L'observation n° 31 de 2004, enfin, qui se substitue à l'observation n° 3, extrêmement sommaire, de 1981, sur la portée de l'article 2 et « la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte », mentionne cette fois explicitement, parmi les titulaires des droits reconnus dans le Pacte, « tous les individus, quelle que soit leur nationalité ou même s'ils sont apatrides, par exemple demandeurs d'asile, réfugiés, travailleurs migrants et autres personnes qui se trouveraient sur le territoire de l'État partie ou relèveraient de sa compétence ». Et surtout elle en déduit – on y reviendra – une « protection par ricochet ».

L'approche par le contenu des observations générales reste évidemment partielle et on ne saurait en faire le test exclusif ni même principal de l'intérêt porté par le CDH aux droits des migrants. Le fait que des observations générales relatives à tel ou tel droit soient muettes sur la question des étrangers n'empêche pas que les droits correspondants aient parallèlement donné lieu à des communications et donc à des constatations du Comité ou que leur violation soit constatée dans les observations finales sur les rapports périodiques des États, dont on rend compte plus loin.

2. Les migrants dans les observations générales du Codesc

Entre 1989 et 2016, le Comité a émis vingt-deux observations générales. L'évolution dans le temps est encore plus marquée que dans le cas précédent. Les premières observations sont muettes sur le sort des migrants. Citons l'observation n° 3 de 1990 sur l'article 2 et la nature juridique des obligations des États, l'observation n° 4 de 1991 sur le droit au logement (art. 11), l'observation n° 5 de 1995 sur les personnes handicapées, l'observation n° 6 de 1995 sur les personnes âgées, l'observation n° 7 de 1997 sur le droit au logement sous l'angle des expulsions forcées (art. 11), l'observation n° 9 de 1998 complétant l'observation n° 3 quant à l'application du Pacte dans l'ordre interne, l'observation n° 11 de 1999 sur la gratuité de l'enseignement primaire (art. 14), l'observation n° 12 de 1999 sur le droit à une nourriture suffisante (art. 11).

C'est seulement à partir de 1999 que le Comité, dans ses observations, commence à évoquer, parfois incidemment, parfois plus substantiellement, le sort des migrants. Il le fait, d'abord, lorsqu'il rappelle la portée du principe de non-discrimination et précise que les droits énoncés par le Pacte valent pour tous, y compris les non nationaux, qu'il s'agisse du droit à la santé (observation n° 14 de 2000 sur l'article 12), du droit d'accéder à l'emploi (observation n° 18 de 2005 sur l'article 6) ou du droit à une rémunération égale (observation n° 23 de 2016 sur l'article 7 relatif aux conditions de travail). Dans l'intervalle est intervenue l'observation n° 20 de 2009 sur la non-discrimination (art. 2-2) qui rappelle le principe général selon lequel le motif de la nationalité ne doit pas empêcher l'accès aux droits consacrés par le Pacte, qui s'appliquent à chacun, y compris aux non ressortissants. Dans l'observation n° 16 de 2005 sur l'égalité entre les hommes et les femmes (art. 3), le Comité met l'accent sur les discriminations intersectionnelles en citant les facteurs qui peuvent s'ajouter à la discrimination fondée sur le sexe, parmi lesquels il cite la race, la couleur, l'origine ethnique, mais aussi « le statut de réfugié ou de migrant » qui ne saurait justifier une différence de traitement.

Dans d'autres cas, les non ressortissants et les demandeurs d'asile figurent à l'intérieur d'une énumération plus ou moins longue de personnes considérées comme particulièrement vulnérables car appartenant à des groupes « défavorisés ou marginalisés », auxquels les États doivent donc prêter une attention particulière. Ainsi, dans l'observation n° 14 de 2000 sur le droit à la santé (art. 12), les demandeurs d'asile et les immigrants en situation irrégulière sont cités parmi les catégories vulnérables à l'égal des détenus ou des membres des minorités à qui il convient d'assurer l'égalité d'accès aux soins. La méthode est la même dans l'observation n° 15 sur le droit à l'eau (art. 11 et 12), où le Comité préconise d'être spécialement attentif à ceux qui ont des difficultés à exercer ce droit, parmi lesquels il cite « les femmes, les enfants, les groupes minoritaires, les peuples autochtones, les réfugiés, les demandeurs d'asile, les personnes déplacées dans leur propre pays, les travailleurs migrants ». L'observation n° 22 de 2016 sur la santé sexuelle et procréative (art. 12) évoque la « discrimination croisée et multiple » que peuvent subir certains groupes, parmi lesquels figurent, là encore au milieu d'une longue énumération, les migrants.

Enfin, dans un certain nombre d'observations, la situation des migrants est examinée en tant que telle, une subdivision entière étant alors consacrée aux « non ressortissants (notamment les travailleurs migrants, les réfugiés, les demandeurs d'asile et les apatrides) ». C'est le cas de l'observation n° 21 de 2009 sur le droit de participer à la vie culturelle (art. 15) qui contient un paragraphe spécialement dédié aux migrants ou de l'observation n° 23 de 2016 sur les conditions de travail (art. 7) qui consacre plusieurs paragraphes au sort des travailleurs migrants. Le Comité fait ici observer que ceux-ci, « en particulier lorsqu'ils n'ont pas de papiers, sont exposés à l'exploitation, à une durée du travail excessive, à des salaires inéquitables et à des conditions de travail dangereuses et insalubres » et que cette vulnérabilité est aggravée par les pratiques abusives des employeurs dont ils craignent les représailles et par le

fait qu'ils sont souvent mal informés de leurs droits et incapables d'accéder aux mécanismes de plainte.

Certaines observations « mixent » les deux approches. Ainsi, l'observation n° 18 de 2005 sur le droit au travail (art. 6) rappelle l'obligation d'assurer à tous l'égalité d'accès à un travail décent, en particulier aux individus et groupes défavorisés et marginalisés, parmi lesquels il cite les travailleurs migrants ; mais elle contient aussi un paragraphe spécialement intitulé « les travailleurs migrants et le droit au travail » qui insiste sur l'importance du principe de non-discrimination. L'observation n° 19 de 2007 sur la sécurité sociale (art. 9) est bâtie sur le même modèle : d'un côté elle rappelle que les États doivent être spécialement attentifs aux individus et aux groupes qui de tout temps éprouvent des difficultés à exercer ce droit – et on retrouve, à l'intérieur d'une très longue énumération, les réfugiés, les demandeurs d'asile, les non-ressortissants ; de l'autre, elle consacre un paragraphe aux non-ressortissants (travailleurs migrants, réfugiés, demandeurs d'asile ou apatrides) où sont évoquées les conditions dans lesquelles ils doivent pouvoir accéder aux différentes prestations.

À ces observations générales il convient d'ajouter la récente « déclaration » du Codesc sur « les obligations des États envers les réfugiés et les migrants au regard du Pidesc », publiée le 13 mars 2017, qui est en quelque sorte le pendant de l'observation générale n° 15 du CDH. Prise dans la foulée de la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants votée le 19 septembre 2016 par l'assemblée générale, qui rappelle solennellement que « les réfugiés et les migrants ont les mêmes droits universels et libertés fondamentales », le Comité propose, dans cette déclaration, de répondre aux questions qui se posent « quant aux droits économiques, sociaux et culturels auxquels les personnes concernées devraient avoir droit dans les pays où elles transitent ou dans lesquels elles cherchent refuge et s'installent ».

II. LES PRÉOCCUPATIONS RÉCURRENTES

L'analyse des observations finales sur les rapports périodiques des États au cours des années récentes²² et, dans le cas du Comité des droits de l'Homme, les constatations sur les communications qui lui sont adressées permet de repérer les thématiques récurrentes et les types de violations le plus fréquemment pointées s'agissant des droits des étrangers.

A. Les atteintes aux droits civils et politiques

1. Les observations finales du CDH sur les rapports périodiques

Sur la période étudiée, qui va de 2012-2016, une série de thèmes se dégagent avec constance. Même si la mise en exergue de tel ou tel de ces thèmes est assez largement dépendante des informations relayées par les ONG actives dans le pays concerné, ce qui peut constituer un biais, la récurrence d'un certain nombre de questions-clés n'en est pas moins significative :

– *le racisme et de la xénophobie* (Afrique du Sud 2016, Royaume-Uni 2015, Russie 2015, Slovénie 2016). Sont pointées de façon plus spécifique la persistance d'incidents racistes (Allemagne 2012), les discours de haine et la discrimination raciale (Autriche 2015), les discours racistes à l'encontre des Coréens et des Chinois (Japon 2014) ;

– *les discriminations*. Sont notamment mentionnées les discriminations à l'égard des Roms (Autriche 2015, France 2015), dans l'accès au logement (Allemagne 2012), dans l'accès au logement, à l'éducation, à l'emploi et aux soins (Espagne 2015) ;

²² Compte tenu de la masse que représentent ces rapports, il n'a pas été possible d'en analyser l'intégralité depuis l'origine pour faire apparaître le cas échéant des évolutions. La vision qui s'en dégage vaut donc pour la période contemporaine uniquement et n'a pas de portée rétrospective.

– *le traitement des réfugiés et des demandeurs d’asile*. Le Comité relève les difficultés d’accès aux procédures d’asile (Russie 2015), l’usage excessif des procédures accélérées ou prioritaires et les procédures non équitables (Afrique du sud 2016, Kazakhstan 2016, Grèce 2015, Finlande 2013, France 2015, Slovénie 2016, Japon 2014), les procédures trop longues (Mozambique, 2013), l’absence de confidentialité des informations recueillies divulguées au pays d’origine (Nouvelle Zélande 2016), les mauvaises conditions d’accueil des demandeurs d’asile et notamment des mineurs isolés (Autriche 2015), la condamnation de demandeurs d’asile pour entrée illégale (Arménie 2012), la confiscation des biens des demandeurs d’asile pour couvrir les frais de subsistance (Danemark 2016), le renvoi forcé et le non respect de l’obligation de non refoulement (Canada 2015, États Unis 2014, Espagne 2015, Grèce 2015, Japon 2014, Koweït 2016, Suède 2016, Slovénie 2016, Russie 2015), un cadre juridique inexistant (Koweït 2016) ou non conforme aux conventions internationales (Ghana 2016), l’absence de statut légal pour les réfugiés (Maroc 2016), le taux dérisoire de reconnaissance du statut (Israël 2015), le refus d’accepter les réfugiés musulmans (Pologne 2016) ;

– *la détention des migrants sans papiers et des demandeurs d’asile*. Le Comité constate qu’elle est trop étendue et touche aussi les enfants (Pologne 2016) ; elle est trop systématique (Suède 2016), s’effectue dans de mauvaises conditions (Afrique du Sud, 2016, Autriche 2015, Danemark 2016, Grèce 2015), dans des lieux surpeuplés (Finlande 2013) ; sa durée est indéterminée (Canada, 2015), indéfinie avec difficultés d’accès à un juge (Royaume Uni 2015), excessive (États Unis 2014) – six mois renouvelables (Nouvelle Zélande 2016), jusqu’à dix-huit mois (Danemark 2016, Grèce 2015), jusqu’à trois ans (Israël 2015) ; elle s’accompagne de mauvais traitements (Espagne 2015, Japon 2014).

Parmi les autres griefs le Comité critique par exemple le fait que le regroupement familial est subordonné à trois ans de résidence régulière (Danemark 2016) ; que des millions d’immigrants sans papiers sont privés de l’accès aux soins (États Unis 2014) ; que les femmes immigrées sont victimes de violences et qu’elles rencontrent des difficultés pour porter plainte (Espagne 2015). Il pointe le harcèlement et les violences policières (France 2015), la traite des êtres humains, la servitude domestique, la prostitution forcée et le travail forcé (Kazakhstan 2016, Koweït 2016) ou encore le sort des mineurs non accompagnés, notamment lorsqu’ils sont demandeurs d’asile (Suède 2016, Autriche 2015, Grèce 2015).

2. Les violations alléguées dans les communications

Une plongée dans les communications examinées par le comité au cours des quinze dernières années et dans lesquelles des étrangers sont en cause montre qu’une majorité écrasante d’affaires concerne l’éloignement, souvent accompagné de placement en détention, de demandeurs d’asile déboutés, de migrants en situation irrégulière ou de personnes installées de longue date expulsées pour des motifs d’ordre public.

Sont alléguées et souvent retenues la détention arbitraire (art. 9), en raison de la durée de la détention ou de l’impossibilité de la contester devant un juge, accompagnée dans certains cas de mauvais traitements ou de préjudices psychologiques (art. 7 et art 10). La violation de l’obligation de non-refoulement et les risques encourus par les personnes renvoyées (art. 7 et art. 6) font également partie des griefs très fréquemment soulevés. On peut citer à titre d’exemples le cas de Tamouls renvoyés vers le Sri-Lanka, d’un opposant tunisien renvoyé vers son pays d’origine après rejet de sa demande d’asile, d’un pasteur chrétien renvoyé vers le Pakistan, d’une personne convertie au christianisme renvoyée vers l’Iran, d’une personne séropositive renvoyée vers le Zimbabwe, d’une femme homosexuelle renvoyée vers le Bangladesh, d’un Afghan ayant collaboré avec les Russes, de demandeurs d’asile somaliens, particulièrement vulnérables, renvoyés sur le fondement du règlement Dublin par le Danemark vers l’Italie où les conditions d’accueil sont déplorables.

Le Comité a examiné aussi de très nombreux cas d'expulsion arbitraire pour atteinte excessive au droit au respect de la vie familiale, notamment lorsque la personne a des enfants qui ont acquis la nationalité du pays de résidence ou y ont vécu la majeure partie de leur existence (art. 17 et 23). Sont également alléguées la violation du droit de retourner dans « son propre pays » et donc de ne pas être contraint de le quitter pour un étranger qui a passé la majorité de son existence dans le pays, ou encore la violation des droits de l'enfant (art. 24) dans le cas de l'expulsion d'une mère et de son enfant, malade, qui avait de surcroît la nationalité du pays de résidence et dont l'intérêt primordial n'a pas été pris en considération.

On trouve également, mais plus rarement, l'allégation de situations discriminatoires, critiquées sur le fondement de l'article 26. Le Comité a par exemple eu à se prononcer sur la situation des ressortissants de l'ex-URSS devenue apatrides à qui l'Estonie refuse d'accorder un permis de séjour permanent ou encore sur le refus d'accorder la nationalité à un ancien militaire russe et à examiner s'il existait des motifs objectifs et raisonnables tenant soit à la situation historique soit à la sécurité nationale justifiant ces discriminations (en l'occurrence sa réponse a été positive). Il a eu également à se prononcer, toujours sur le fondement de l'article 26, sur l'inéligibilité d'un étranger à un comité d'entreprise.

B. Les atteintes aux droits économiques, sociaux et culturels

La période étudiée va de 2008 à 2016. Alors qu'on observe une certaine récurrence dans les questions évoquées devant le Comité des droits de l'Homme, ici c'est au contraire l'éclectisme des points sur lesquels le Codesc fait porter ses observations qui frappe. Une des explications tient peut-être à ce que celles-ci sont, plus encore que dans le cas du CDH, orientées par les rapports des États et surtout par les contre-rapports déposés par les ONG.

Relevons qu'on ne trouve aucune information relative à la condition des migrants, sans qu'il y ait lieu de s'en étonner outre mesure compte tenu de la situation de ces pays au regard du phénomène migratoire, dans beaucoup de rapports périodiques : citons à titre d'exemple le rapport de l'Algérie en 2010, du Brésil en 2009, de la Colombie en 2010, de l'Inde en 2008, de la Lituanie en 2014, du Nicaragua en 2008, des Philippines en 2016, de la RDC en 2009.

La condition des demandeurs d'asile au regard des droits économiques et sociaux est l'un des thèmes le plus constamment présent. Sont ainsi évoquées : la question des prestations sociales, du logement, de l'accès au marché du travail, de l'accès aux soins (Allemagne 2011) ; les conséquences sur la santé mentale des demandeurs d'asile de la politique de détention à durée indéterminée (Australie 2009) ; l'insuffisance des allocations sociales, les conditions de logement et l'accès à l'emploi (Autriche 2013) ; l'absence de droit au travail la première année et l'insuffisance de l'allocation versée pour se loger, se nourrir et se vêtir (Bulgarie 2012) ; la question des droits sociaux (Equateur 2012) ; les obstacles à l'accès aux soins (France 2008) ; les conditions insuffisantes d'accueil et d'hébergement, d'accès aux droits sociaux et économiques (France 2016) ; le nombre insuffisants de centres d'accueil, les conditions de vie dans les centres, les obstacles à l'accès à des soins médicaux, à la nourriture, aux vêtements, à l'aide sociale (Grèce 2015) ; les conditions de vie dans les centres d'accueil et les conséquences délétères qui en découlent sur la santé mentale et en particulier sur les mineurs, les restrictions pour l'accès à l'emploi, à la sécurité sociale, à la santé et à l'éducation (Irlande 2015) ; les conditions déplorables dans les centres d'accueil (Italie 2015) ; le confinement des réfugiés et demandeurs d'asile dans des camps situés dans des régions isolées, sans soins hospitaliers (Kenya 2016) ; le non accès à l'emploi la première année et le montant insuffisant de l'allocation (Roumanie 2014) ; les restrictions à l'accès à l'emploi et l'insuffisance de l'allocation journalière (Royaume Uni 2016) ; les difficultés d'accès aux services de santé (Suède 2016) ; l'obligation de vivre dans des abris nucléaires souterrains pendant toute la durée de l'examen de la demande et l'absence de lieux appropriés pour les familles ou les enfants non accompagnés (Suisse, 2010) ; les mauvaises conditions de logement

et d'alimentation dans les centres d'hébergement temporaire, sans accès à des soins médicaux d'urgence gratuits (Ukraine 2014) ; l'absence de législation sur les demandeurs d'asile qui les prive de droits sociaux (Hong Kong 2014).

Un autre thème récurrent est celui des *discriminations*. Est ainsi pointée la discrimination à l'égard des migrants et des gitans pour l'emploi, le logement, la santé et l'éducation (Espagne 2012) ; la discrimination envers les migrants, en particulier dans les conditions de travail et l'accès à la sécurité sociale, et envers les membres de minorités – les russophones, les Roms et les Somaliens (Finlande 2014) ; la discrimination envers les travailleurs migrants et les personnes issues de l'immigration qui vivent majoritairement dans des quartiers pauvres avec des services publics de mauvaise qualité et des perspectives d'emploi limitées (France 2008) ; la discrimination à l'égard des migrants en matière d'emploi, de salaire, de logement) (République tchèque 2014) ; la discrimination à l'égard des roms et des migrants vulnérables (Suède 2016) ; la discrimination à l'égard des migrants et des sans papiers (Suisse 2010) ; la discrimination à l'encontre des migrants, des demandeurs d'asile et des réfugiés (Hong Kong 2014). Peuvent aussi être mises en lumière des discriminations plus spécifiques, comme les difficultés d'accès à l'assurance emploi pour les travailleurs étrangers temporaires (Canada 2016) ou l'absence de droit de se syndiquer et d'exercer des mandats syndicaux (Sénégal 1994, Liban 2016).

L'accès aux services de santé ressort comme un autre point problématique : pour les migrants en général, en raison du manque d'information ou d'obstacles linguistiques (Autriche 2013) ; pour les réfugiés, les migrants ayant bénéficié du regroupement familial et les sans papiers (Danemark 2013) ; pour les immigrés en situation irrégulière (Espagne 2012) ainsi que pour les demandeurs d'asile et les réfugiés (Finlande 2014) ; pour les étrangers qui n'ont pas de permis de séjour permanent et sont privés d'accès à l'assurance maladie (Israël 2011, République tchèque 2014) ; pour les migrants en situation irrégulière qui n'ont accès qu'aux soins d'urgence (Norvège 2013).

De même, le Comité est souvent alerté sur les *difficultés d'accès à l'école*. Il relève par exemple le taux élevé d'abandon scolaire parmi les enfants issus de l'immigration et leur relégation dans des écoles spéciales (Autriche 2013) ; la situation des enfants d'immigrés et roms économiquement et socialement défavorisés (Danemark 2013, Finlande 2014) ; la non scolarisation de beaucoup d'enfants étrangers (Japon 2013) ; les difficultés rencontrées notamment par les enfants réfugiés (Kenya 2016) ; les difficultés d'accès à une éducation de qualité notamment pour les demandeurs d'asile ou en situation irrégulière (Pologne 2016).

Enfin, un autre thème récurrent est celui des *conditions de travail* et de *l'exploitation*, notamment dans le secteur de l'économie informelle où travaillent beaucoup de migrants. Ils n'ont de ce fait pas accès à la sécurité sociale et à la retraite (Argentine 2011) ; en tant que travailleurs temporaires et saisonniers ils sont exploités et ne bénéficient pas de conditions de travail justes et favorables (Canada 2016) ; employés comme domestiques ils courent un risque très élevé d'être exploités (Hong Kong 2014) ; les travailleurs migrants sont lésés au point de vue des salaires et de l'absence d'avantages sociaux (Slovénie 2014) ; les conditions de travail sont discriminatoires pour les travailleurs migrants, confrontés à des risques accrus d'exploitation (Royaume Uni 2016) ; les travailleurs migrants, notamment en situation irrégulière, comme les demandeurs d'asile et les réfugiés, sont traités de façon inéquitable (Japon 2013) ; les Kényans émigrés sont exploités comme employés de maison au Moyen Orient et dans les pays du Golfe (Kenya 2016) ; les travailleurs dans l'économie informelle n'ont pas accès aux services de base et à la protection sociale et ils sont mal protégés contre l'exploitation (Pologne 2016). La question de l'économie informelle est évoquée de façon particulièrement détaillée dans les observations finales sur le rapport périodique de la Russie (2011), en raison de l'importance qu'elle revêt, liée au caractère généralisé des migrations illégales de main-d'œuvre qui font qu'un grand nombre de personnes travaillent sans protection juridique et sociale.

Le Comité relève enfin des *inégalités importantes* comme un taux de chômage particulièrement élevé parmi les migrants (Australie 2009, Belgique 2013, Italie 2015) et les jeunes d'origine étrangère (Suisse 2010), ou encore un taux de pauvreté très élevé chez les groupes marginalisés parmi lesquels figurent les demandeurs d'asile et les migrants (Australie 2009, Grèce 2015, Irlande 2015, Pologne 2016). Le phénomène des sans abri, également, touche particulièrement les étrangers (Italie 2015) ou les demandeurs d'asile (Royaume Uni 2016).

III. LA DÉTERMINATION DES OBLIGATIONS ÉTATIQUES

De la même façon que la Cour de Strasbourg a progressivement construit une jurisprudence relative à l'applicabilité aux étrangers des articles de la Convention, en particulier de ses articles 3, 8 et 14, les comités onusiens ont été amenés à interpréter les articles des Pactes. Le CDH l'a fait de façon plus approfondie que le Codesc, les affaires individuelles portées devant lui ayant permis de dégager des principes d'applicabilité du Pacte aux non ressortissants plus précis que des observations... générales.

A. L'interprétation du PIDCP

Le principe de non-discrimination. – L'observation n° 15 (1986) affirme sans ambiguïté que ce principe exclut en général toute discrimination entre les étrangers et les citoyens – à l'exception des droits politiques qui sont explicitement réservés aux citoyens (art. 25) –, et ceci alors même que ni l'article 2-1 ni l'article 26 ne mentionnent la nationalité parmi les critères de distinction prohibés. Le comité déduit l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité de ce que les États parties « s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte ». Dans l'affaire *Gueye et consorts c/ France*, du 3 avril 1989, qui concernait la cristallisation des pensions des anciens combattants n'ayant pas conservé la nationalité française, le Comité a utilisé un raisonnement différent : si, dit-il, la nationalité ne figure pas en tant que telle parmi les motifs de discrimination interdits énumérés à l'article 26, l'énumération se termine par « ou de toute autre situation », et ce critère balai inclut la nationalité.

Pour autant, toutes les différences de traitement ne constituent pas des discriminations : la nationalité peut éventuellement fonder une différence de traitement si celle-ci est susceptible d'une justification objective et raisonnable. Le CDH applique ici le même raisonnement que la Cour européenne des droits de l'Homme pour l'application de l'article 14 CEDH. Ainsi, dans l'affaire précitée, constatant que l'octroi d'une pension était la contrepartie des services rendus dans le passé et que les Sénégalais avaient servi dans l'armée française dans les mêmes conditions que les citoyens français, le Comité a considéré qu'aucune des justifications avancées par la France (le différentiel de coût de la vie entre le Sénégal et la France, les difficultés administratives, les risques d'abus, etc.) ne satisfaisait à ces critères. De même, dans une affaire où l'État partie avait accordé à un étranger le droit de travailler sur son territoire pendant une période indéterminée, la question se posait de savoir s'il existait des critères raisonnables et objectifs justifiant l'exclusion de l'auteur – en raison de sa seule nationalité – d'un droit étroitement associé au fait de travailler : celui de se présenter aux élections au comité d'entreprise. Le comité a estimé qu'une telle exclusion n'avait pas de justification raisonnable.

La protection par ricochet. – Dans l'observation n° 20 de 1992 relative à l'article 7, le Comité indique que « les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement ». Dans ses

constatations sur deux affaires examinées en 1997, il déclare que, compte tenu de l'obligation faite aux États de garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le Pacte, il peut y avoir violation du Pacte lorsqu'un État partie expulse une personne se trouvant sur son territoire et relevant de sa compétence dans des circonstances qui exposent cette personne à un risque réel que ses droits protégés par le Pacte soient violés dans un autre État³. La protection par ricochet se trouve formalisée dans l'observation n° 31 de 2004 relative aux obligations des États, où le Comité la rattache clairement à l'article 2-1 et en déduit que les États doivent s'abstenir de renvoyer quelqu'un lorsqu'il existe « un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite ».

La détention arbitraire. – Aux yeux du Comité, l'adjectif « arbitraire » employé à l'article 9-1 n'est pas synonyme de « contraire à la loi » mais doit recevoir une interprétation plus large, englobant le caractère inapproprié ou injuste de la détention, l'absence de prévisibilité, notamment de sa durée, le non-respect des garanties judiciaires.

Dans l'observation n° 35 sur la liberté et la sécurité, adoptée en 2014, le Comité synthétise dans un très long paragraphe (§ 18) ses constatations concernant la détention liée au contrôle de l'immigration – ce que l'importance prise au cours des dernières années par le phénomène explique et justifie à la fois. Elle n'est pas en soi contraire au Pacte, estime le Comité, ce qui ne saurait surprendre puisque la Convention européenne des droits de l'Homme cite explicitement ce cas parmi les hypothèses légitimes de privation de liberté ; mais elle doit être « justifiée, raisonnable, nécessaire et proportionnée compte tenu de toutes les circonstances » et « réévaluée si elle se poursuit ». Le placement en rétention des demandeurs d'asile entrés illégalement sur le territoire d'un État partie n'est pas non plus contraire au Pacte s'il s'agit d'une « brève période initiale, le temps de vérifier leur entrée, d'enregistrer leurs griefs et de déterminer leur identité si elle est douteuse ». En revanche, les maintenir en détention pendant que leur demande est examinée serait arbitraire en l'absence de raisons particulières propres à l'individu, comme un risque de fuite de l'intéressé, le danger d'atteinte à autrui ou un risque d'acte contre la sécurité nationale. La légitimité de la privation de liberté ne peut donc être décidée que sur la base d'un examen au cas par cas, en fonction également de la possibilité de recourir à des « moyens moins drastiques » pour empêcher le demandeur de passer dans la clandestinité. Il faut en outre que la décision fasse l'objet d'un réexamen périodique et d'un contrôle juridictionnel. L'incapacité d'un État partie de procéder à l'expulsion d'une personne ne justifie pas la rétention pour une durée indéterminée.

L'impact de la détention sur l'état de santé physique ou mentale des personnes concernées doit également être pris en compte. Elle doit avoir lieu dans des locaux appropriés et salubres et pas dans une prison. Le Comité ne s'oppose pas catégoriquement à la détention des enfants, se bornant à poser en principe qu'ils ne peuvent être privés de liberté qu'en dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible et que leur intérêt supérieur doit être une considération primordiale...

Enfin, le contrôle du juge prévu à l'article 9-4 doit inclure la possibilité d'ordonner la libération du détenu si sa détention est déclarée incompatible non seulement avec la loi nationale mais avec les dispositions de l'article 9-1.

Liberté de circulation transfrontière et droit d'entrer dans « son propre pays ». – S'agissant de la circulation transfrontières, le comité, dans son observation n° 15, pose en principe que la prérogative reconnue aux États de décider qui ils autorisent à entrer et séjour-

³ Comm. n° 706/1996, *aff. T. c/ Australie*, const. 4 nov. 1997 ; Comm. n° 692/1996, *aff. A.R.J. c/ Australie*, const. 28 juillet 1997.

ner sur leur territoire doit éventuellement céder lorsque sont en jeu des droits fondamentaux reconnus par le Pacte, tels que le droit à la non-discrimination, l'interdiction des traitements inhumains ou le respect de la vie familiale.

Dans son observation n° 27 adoptée en 1999 sur la liberté de circulation, le Comité propose une interprétation extensive de l'article 12-4 : « nul ne peut être privé du droit d'entrer dans son propre pays ». « La signification des termes “son propre pays”, dit-il, est plus vaste que celle du “pays de sa nationalité”. [...] L'expression s'applique pour le moins à toute personne qui, en raison de ses liens particuliers avec un pays, ne peut être considérée comme un simple étranger. [Elle] prend en compte aussi toute personne qui est capable d'établir un attachement profond et fondé au dit pays ». Le Comité cite le cas de nationaux d'un pays auxquels la nationalité aurait été retirée en violation du droit international et de personnes dont le pays de nationalité aurait été intégré ou assimilé à une autre entité nationale dont elles se verraient refuser la nationalité ; mais, allant plus loin, il précise que l'expression pourrait aussi viser d'autres catégories de résidents à long terme. Ce qui implique que soient pris en considération des éléments comme la durée de résidence antérieure et l'intention de demeurer dans le pays, l'intensité des liens personnels et familiaux, l'absence d'autres liens du même type ailleurs. Cette interprétation large est conforme à l'intention des rédacteurs du Pacte, telle qu'elle ressort des travaux préparatoires. Les tentatives de certains négociateurs pour limiter le bénéfice de cet article aux seuls nationaux n'ont pas abouti et c'est à dessein qu'a été choisie l'expression « son propre pays », là où les Conventions européenne et américaine des droits de l'Homme parlent de l'État dont on est le ressortissant⁴.

L'expulsion. – En pratique, l'article 12-4 est surtout invoqué pour contester une mesure d'éloignement : cette disposition est en effet interprétée par le Comité comme faisant obstacle à ce qu'une personne soit expulsée de « son propre pays », puisque la mesure équivaut à lui interdire d'y retourner⁵. Dans cette hypothèse, l'intéressé a droit à ce que la mesure d'expulsion soit soumise à un contrôle poussé de son bien fondé, en vue de s'assurer qu'elle n'est pas « arbitraire ».

Au-delà de ce cas particulier, les étrangers qui résident régulièrement sur le territoire d'un État bénéficient des garanties de procédure prévues à l'article 13. Dans son observation n° 15, le Comité relève toutefois que si ces garanties ne portent pas sur les motifs de fond de l'expulsion, l'objectif reste d'éviter les expulsions arbitraires, puisque la mesure ne peut intervenir qu'en exécution d'une « décision prise conformément à la loi ». Par ailleurs, puisque le Pacte reconnaît à chaque étranger le droit à une décision individuelle, il interdit implicitement mais nécessairement les mesures d'expulsion collective ou massive. Mais les garanties de procédure restent minimales : à l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme qui estime que le contentieux du séjour et de l'éloignement échappe au champ d'application de l'article 6 CEDH, le Comité écarte, pour les mêmes raisons, les garanties générales du procès équitable prévues à l'article 14 du Pacte.

La protection de la vie familiale. – Dans l'observation générale n° 16 relative au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 17 et dans l'observation générale n° 19 relative à la protection de la famille garantie par l'article 23-1, le Comité rappelle que la notion de famille doit être interprétée au sens large. Il réaffirme également, conformément à sa jurisprudence, que la séparation d'une personne d'avec sa famille résultant d'une expulsion peut être considérée comme une immixtion arbitraire dans la famille et comme une violation de l'article 17 si les effets de la séparation sur l'auteur sont disproportionnés par rapport aux objectifs visés. L'appréciation du caractère non arbitraire de la décision d'expulsion – qui inclut l'appréciation du caractère raisonnable des atteintes aux droits garantis par le Pacte qui

⁴ Olivier Delas, commentaire de l'article 12, in E. Decaux (dir.), *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Economica, 2011, p. 304.

⁵ Catherine Teitgen-Colly, commentaire de l'article 13, in E. Decaux (dir.), *op. cit.*, p. 317.

en découlent – dépend donc aussi de cette mise en balance. Le raisonnement du Comité est très proche de celui qu’applique la Cour européenne des droits de l’Homme, même si dans les affaires d’expulsion portées devant lui la violation des articles 17 et 23 nous a paru être rarement retenue.

La protection des étrangers en tant que minorité. – L’article 27 qui garantit les droits des minorités n’avait pas vocation, *a priori*, à s’appliquer aux non ressortissants, les minorités étant définies, au regard du droit international, comme composées de personnes qui ont la nationalité de l’État dans lequel elles résident. Dans l’observation générale n° 15, puis dans l’observation n° 23 de 1994, le Comité interprète pourtant le Pacte en ce sens que les États ne peuvent pas réserver le bénéfice des droits énoncés à l’article 27 aux seuls citoyens. La protection qu’il confère est susceptible de s’appliquer aussi aux non ressortissants : non seulement aux résidents permanents mais aussi aux travailleurs migrants ou même aux personnes de passage dans un État partie. Et dès lors qu’ils constituent une minorité ethnique, religieuse ou linguistique, ils ne peuvent être privés du droit d’avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d’employer leur propre langue.

B. L’interprétation du Pacte

Le principe de non-discrimination. – Dans l’observation n° 20 de 2009 qui lui est consacrée, le Comité rappelle que le motif de la nationalité, pris en compte à l’intérieur du critère balai « ou de toute autre situation », ne doit pas empêcher l’accès aux droits consacrés par le Pacte (il mentionne toutefois en note la disposition de l’article 2-3 qui permet aux pays en voie de développement de restreindre les droits économiques des non-ressortissants). Les droits visés par le Pacte s’appliquent donc aux non-ressortissants, et notamment aux réfugiés, demandeurs d’asile, apatrides, travailleurs migrants et victimes de la traite – et il ajoute, précision importante : « indépendamment de leurs statut juridique et titres d’identité ».

Dans la Déclaration de 2017, un long développement est consacré à l’interdiction de la discrimination en raison de la nationalité ou du statut légal. Le Comité y réitère le principe selon lequel toute différence de traitement en raison de la nationalité ou du statut juridique doit « être conforme à la loi, poursuivre un but légitime et rester proportionné au but poursuivi ». Il rappelle, de façon plus explicite encore qu’en 2009, que la jouissance des droits du Pacte ne doit pas dépendre du statut juridique des personnes concernées et que la protection contre la discrimination ne peut être subordonnée à la condition de la régularité du séjour dans le pays d’accueil. Relevant que l’absence de papiers empêche souvent les parents d’envoyer leurs enfants à l’école ou d’avoir accès aux soins de santé, y compris aux soins médicaux d’urgence, d’occuper un emploi, de demander un logement social ou d’exercer une activité économique, il proclame que « cette situation ne peut être tolérée ».

Certaines obligations ont un caractère absolu : l’accès à l’eau, l’accès aux médicaments essentiels, l’accès à l’éducation ne sauraient être restreints en raison de la nationalité ou du statut juridique. Les États ne peuvent pas non plus en principe restreindre la jouissance des droits consacrés par le Pacte en invoquant le manque de ressources, même lorsqu’ils sont confrontés à un flux soudain et quantitativement significatif de réfugiés, « parce que les obligations fondamentales sont indérogeables, elles continuent d’exister dans des situations de conflit, d’urgence et de catastrophe naturelle », selon la formule qui figure dans la Déclaration du Comité sur la pauvreté, adoptée en 2001.

Le travail. – Dans son observation n° 18 de 2005 sur le droit au travail garanti par l’article 6 du Pacte, le Comité précise que le principe de non-discrimination doit s’appliquer à l’accès à l’emploi des travailleurs migrants et des membres de leur famille, et il cite les travailleurs migrants parmi les catégories auxquelles les États doivent en particulier s’abstenir de refuser ou d’amoindrir l’égalité d’accès à un travail décent. Dans l’observation générale n° 23 de

2016 sur le droit à des conditions de travail justes et favorables garanti par l'article 7 du Pacte, il rappelle que ce droit, qui inclut notamment le droit à une rémunération égale pour un travail de valeur égale, est conféré à tous les travailleurs indépendamment de la nationalité ou du statut de migrant.

La sécurité sociale. – Dans son observation n° 19 de 2007 sur la sécurité sociale, le Comité rappelle à nouveau que les principes de non-discrimination et d'égalité interdisent toute discrimination fondée sur la nationalité et supposent de porter une attention particulière aux groupes vulnérables. De façon plus concrète, il précise que les travailleurs migrants qui ont cotisé à un régime de sécurité sociale devraient pouvoir bénéficier de leurs cotisations ou se les voir restituer s'ils quittent le pays et qu'ils devraient pouvoir bénéficier des régimes non contributifs de soutien du revenu et de la famille et accéder à des soins de santé abordables. Le Comité revient sur cette question dans sa Déclaration de 2017, en précisant que « les restrictions à l'accès à ces régimes, y compris l'exigence d'une période de qualification, devraient être raisonnables et proportionnées ». Répondant à l'objection selon laquelle l'extension des prestations contributives de sécurité sociale aux demandeurs d'asile et aux sans-papiers poserait des problèmes spécifiques, liés à leur situation précaire, le comité fait observer que, même lorsqu'ils sont employés irrégulièrement et par des employeurs qui ne versent pas de cotisations de sécurité sociale, ces travailleurs contribuent au financement du système de sécurité sociale en payant des impôts indirects.

Droit à la santé. – Dans son observation n° 14 de 2000 sur le droit au meilleur état de santé possible, le Comité insiste sur l'obligation pour les États d'assurer l'égalité d'accès aux soins de santé prophylactiques, thérapeutiques et palliatifs pour tous, y compris les demandeurs d'asile et les immigrants en situation irrégulière. Dans sa Déclaration de 2017, le Comité se préoccupe des obstacles spécifiques auxquels se heurtent les migrants du fait que des papiers sont parfois exigés pour l'accès aux soins et qu'ils peuvent craindre d'être appréhendés et expulsés, s'ils sont en situation irrégulière, en particulier dans les pays où les fonctionnaires ont l'obligation de rendre compte des migrants en situation irrégulière.

Droits culturels. – Dans l'observation n° 13 de 1999 sur le droit à l'éducation garanti par l'article 13 du Pacte, le Comité confirme que le principe de non-discrimination s'étend à toutes les personnes d'âge scolaire qui résident sur le territoire d'un État partie, y compris les non-nationaux, indépendamment de leur statut juridique. Il recommande par ailleurs aux États parties de prendre des mesures appropriées pour aider les enfants de migrants à suivre, dans des conditions d'égalité, l'enseignement dispensé par l'État. Dans l'observation n° 21 de 2009 sur le droit de participer à la vie culturelle garanti par l'article 15-1, le Comité insiste sur l'attention que les États doivent porter à la protection de l'identité culturelle des migrants, de leur langue, leur religion et leur folklore, de leur droit d'organiser des manifestations culturelles, artistiques et interculturelles et de maintenir leurs liens culturels avec leur pays d'origine.

CONCLUSION : DÉPASSER LES PACTES ?

Les Pactes, même réinterprétés par les Comités, suffisent-ils à protéger les droits des migrants ? Sans doute pas, puisqu'il arrive souvent au CDH et au Codesc, dans leurs observations, pour conforter tel ou tel droit, de faire référence à d'autres instruments – telles la Convention sur les droits de l'enfant, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille ou encore les conventions de l'OIT.

Mais, symétriquement, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) et le Comité pour les droits des travailleurs migrants (CTM), éprouvent le besoin, pour rehausser le niveau de protection des non ressortissants, de se référer aux dispositions des Pactes. Ainsi, alors que la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale de 1965 exclut explici-

tement de son champ la discrimination fondée sur la nationalité, le Comité, dans sa Recommandation générale XXX de 2005, propose de l'article 2-1 une interprétation qui en neutralise la lettre. Partant du principe que cette disposition « doit être interprétée de manière à éviter [...] de diminuer de quelque façon que ce soit les droits et libertés reconnus et énoncés en particulier dans [la DUDH, le PIDCP et le Pidesc] », il en tire la conclusion que « l'application d'un traitement différent fondé sur le statut quant à la citoyenneté ou à l'immigration constitue une discrimination si les critères de différenciation, jugés à la lumière des objectifs et des buts de la Convention, ne visent pas un but légitime et ne sont pas proportionnés à l'atteinte de ce but ».

La Convention sur les droits des travailleurs migrants de 1990, à l'inverse, apporte à ces derniers une protection spécifique et leur assure une série de droits qui ne sont pas expressément garantis par les Pactes, ce qui explique que, dans ses observations sur les rapports périodiques des États, le Codesc prenne soin de rappeler systématiquement la nécessité de ratifier cette convention qui ne lie pour l'instant aucun des principaux pays d'immigration. Mais le Comité pour la protection des travailleurs migrants reconnaît qu'à certains égards la protection que la Convention apporte est moindre que celle des Pactes. Dans son observation générale n° 2 adoptée en 2013, il relève par exemple que certains droits énoncés dans le PIDCP s'appliquent à tous les travailleurs migrants, que leur situation soit régulière ou irrégulière, alors que la Convention fait une distinction entre les travailleurs migrants en situation régulière et ceux qui sont en situation irrégulière. De même, le Pidesc garantit à tous un vaste éventail de droits que la Convention ne reconnaît qu'aux travailleurs migrants en situation régulière. Lorsqu'il fait l'inventaire des droits dont doivent jouir les travailleurs migrants et les membres de leur famille, le Comité n'hésite donc pas à faire référence aux Pactes et à aller par conséquent au-delà de la lettre de la Convention qu'il a pour mission de faire appliquer et qu'il faut lire, dit-il, « conjointement avec d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme » auxquels les États sont parties.

En résumé : on ne trouve ni dans les Pactes, ni dans aucun des autres instruments internationaux de protection des droits de l'Homme ou des droits des migrants le moyen de contester les atteintes portées aux droits des non ressortissants. Seule l'interprétation constructive de ces textes par les Comités chargés de veiller à leur application peut servir de fondement à la dénonciation de telles atteintes, à défaut – hélas... – de garantir le respect effectif par les États des droits des migrants⁶.

⁶ Il est significatif à cet égard que la publication du Haut commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme sur « Les droits des non-ressortissants » (2009, HR/PUB/06/11) se soit donné pour objectif de « mettre en lumière les différentes sources du droit international et des normes internationales naissantes qui protègent les droits des non-ressortissants », parmi lesquelles figurent non seulement les dispositions des conventions relatives aux droits de l'homme mais les travaux des différents comités, ainsi que les rapports établis dans le cadre des procédures thématiques.