

Les Travailleurs Migrants*

(Problèmes de Droit du Travail)

Kemal Oğuzman**

I. Introduction

1- La migration internationale est un phénomène qui revêt un caractère de plus en plus étendu. De nos jours presque toutes les nations envoient ou reçoivent des migrants. La République de Corée constitue un exemple intéressant d'un pays "exportateur" de main-d'œuvre devenu "importateur" en un quart de siècle.

La migration internationale se caractérise principalement par des mouvements de personnes des pays en voie de développement vers les pays industrialisés ou à l'intérieur des pays en voie de développement. Il faut souligner aussi les mouvements allant des pays de l'Europe orientale vers l'Europe occidentale et l'Amérique du Nord.¹

La migration pour l'emploi permet à des millions de personnes d'améliorer leurs conditions économiques et celles de leurs familles.

Le facteur principal de l'émigration paraît être d'une part l'écart entre le développement économique et la croissance démographique dans le pays d'émigration et d'autre part le besoin de main-d'œuvre des pays développés. Au facteur économique s'ajoute la pression créée par l'afflux des réfugiés contraints de s'expatrier pour des raisons politiques, sociales etc. et des demandeurs d'asile qui en réalité sont des réfugiés économiques.

2- La situation des travailleurs employés dans un pays autre que leur pays d'origine intéresse presque tous les pays et leur protection occupe une place importante dans les activités des relations internationales.

Séparés de leurs patries, devant faire face à des conditions nouvelles de vie et de travail qu'ils ignorent, mal préparés à défendre leurs intérêts dans un milieu parfois hostile, les travailleurs migrants ont plus de problèmes que les salariés nationaux.

Les différentes organisations internationales ont déployé diverses activités pour la protection des travailleurs migrants. L'Assemblée Générale des Nations Unies, le Conseil Economique et Social, la Commission des Droits de l'Homme, l'OIT, l'UNESCO, l'OMS et des organisations régionales ont adopté des résolutions, des conventions au sujet des droits de l'homme, du droit du travail, de la sécurité sociale, de l'éducation, des droits culturels et de la santé des travailleurs migrants.

La situation des travailleurs migrants au point de vue de droit du travail constitue un des thèmes du XIV^{ème} Congrès International de notre Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale.

* Rapport Général présenté au XIV^{ème} Congrès Mondial de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale.

** Professeur à l'Université d'Istanbul et à l'Université de Galatasaray, Facultés de Droit.

¹ Voir BIT, Migrations, Genève 1992.

3- Les instruments internationaux qui traitent directement du sujet, sont les conventions et les recommandations de l'OIT, à savoir la convention no. 97 avec la recommandation no. 86 et la convention no. 143 avec la recommandation no. 151. En effet la convention no. 97 contient une série de mesures visant à réglementer les conditions dans lesquelles les migrations aux fins d'emploi doivent avoir lieu ainsi qu'à assurer aux travailleurs migrants l'égalité de traitement dans certains domaines.

La Convention no. 143 impose l'obligation de respecter les droits fondamentaux de l'homme pour tous les travailleurs migrants même dans les cas de l'emploi illégal. Elle requiert que toutes les mesures nécessaires soient prises au niveau national et international pour éliminer les migrations clandestines et l'emploi illégal des migrants. Cette convention exige également que des mesures soient prises à l'encontre des organisateurs de ces mouvements illicites ainsi qu'à l'encontre de ceux qui emploient des travailleurs ayant immigrés dans des conditions illégales. La convention prévoit en outre une politique visant à promouvoir et à garantir l'égalité de traitement en matière d'emploi et de profession, de sécurité sociale, de droits syndicaux et culturels et de libertés individuelles et collectives. Tout en réservant aux Etats, la latitude d'agir par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, la convention prévoit une série de mesures à prendre à cet effet.²

4- La convention no. 97 qui a été adoptée en 1949 et qui est entrée en vigueur en 1952 a été ratifiée jusqu'à Janvier 1993 par 39 pays.³ Parmi 17 pays dont j'ai reçu les rapports nationaux,⁴ seulement cinq⁵ ont ratifié cette convention.

La convention no. 143 qui a été adoptée en 1975 et qui est entrée en vigueur en 1978 a été ratifiée jusqu'à Janvier 1993 par 16 pays. Parmi ces pays seulement la Suède m'a envoyé son rapport national.⁶

5- La plus grande partie des pays qui m'ont envoyé des rapports nationaux n'a pas ratifié la convention no. 97 et surtout la convention no. 143 qui impose l'obligation de respecter les droits fondamentaux de l'homme des travailleurs migrants et qui exige une politique visant à promouvoir et à garantir l'égalité de traitement. Mais les rapports nationaux soulignent que les principes des conventions de l'OIT sont généralement appliqués dans différents pays par la législation, par la Jurisprudence ou

2 Voir BIT, *Travailleurs Migrants, Etude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Genève 1980.

3 Voir BIT, *Liste des ratifications par convention et par pays*, Genève 1993.

4 Dix-sept pays dont j'ai reçu le rapport national sont: Allemagne, Argentine, Autriche, Canada, Chili, France, Ghana, Grèce, Hongrie, Israël, Japon, Maroc, Pays-Bas, Pologne, Suède, Turquie et Uruguay. Je remercie les rapporteurs nationaux.

5 Les pays qui ont ratifié la Convention no. 97 sont: Allemagne, France, Israël, Pays-Bas et Uruguay.

6 Voir BIT, *Liste des ratifications et le rapport national suédois*. Cf. le rapport national français.

par les conventions collectives. Le motif de l'abstention de ratification paraît être le souci de ne pas être en pleine conformité avec les conventions.

6- Bien que le principal problème soit la protection des travailleurs migrants en général, les différentes catégories de ces travailleurs ont aussi des problèmes propres à leur situation.

En effet, il y a des travailleurs migrants qui viennent chaque saison travailler dans le pays d'immigration et retournent dans leur pays d'origine à la fin de la saison. On peut les appeler des travailleurs migrants saisonniers. Il y a aussi des travailleurs qui tout en conservant leur domicile dans la zone frontalière de leur pays où ils retournent en principe chaque jour, vont travailler en qualité de frontaliers dans la zone limitrophe d'un autre pays. On peut les appeler les travailleurs frontaliers.⁷

Mais la distinction la plus importante est la distinction entre la situation des travailleurs en cas d'immigration et d'emploi légaux (réguliers) et la situation des travailleurs en cas de migration clandestine ou illégale et d'emploi illégal (irrégulier) des travailleurs migrants réguliers. Cette distinction dominera le plan de notre rapport.

En outre, les problèmes des travailleurs migrants dans les pays qui sont membres d'une Communauté d'Etats ont des particularités qui seront mentionnées dans une partie spéciale⁸ de notre rapport.

II. Les problèmes de droit du travail concernant l'immigration et l'emploi légaux

Une partie des problèmes de l'immigration et de l'emploi légaux concerne les pays d'origine (pays d'émigration). Mais la plus grande partie des problèmes concerne les pays d'accueil (pays d'immigration).

A. Les mesures préalables de protection pour les travailleurs migrants dans les pays d'origine (pays d'émigration)

Diverses garanties et facilités peuvent être prévues en faveur du travailleur et de sa famille qui vont quitter leur pays.

1) Service d'information gratuite

Pour que le futur émigrant puisse disposer avant son départ d'un minimum de renseignement sur les conditions d'émigration et d'immigration ainsi que sur les conditions de vie et surtout sur les conditions d'emploi, un service d'information est nécessaire. Les Services d'information

⁷ Il y a aussi une catégorie de travailleurs étrangers qui sont engagés par un entrepreneur du même pays pour les faire travailler dans un autre pays où il est engagé à exécuter un ouvrage. Les situations de ces travailleurs sont réglementés en principe par des accords bilatéraux entre deux pays. Voir à ce sujet les rapports nationaux allemand, polonais et turc.

⁸ Voir IV.

peuvent en règle générale être organisés par les pouvoirs publics.

Les prestations fournies par les services chargés d'aider et d'informer les travailleurs migrants doivent être gratuites.

Il faut noter qu'il y a des pays d'immigration qui organisent des services d'information d'aide dans les pays d'émigration.⁹

La question d'aide et d'information peuvent parfois être réglée dans le cadre de coopération bilatérale. Certains accords de recrutement peuvent prévoir que les autorités compétentes du pays d'immigration s'engagent à fournir la documentation nécessaire à l'information des migrants dont la diffusion sera assurée par les services du pays d'émigration.

2) Lutte contre la propagande trompeuse par des mesures préventives et répressives

Pour que les travailleurs migrants soient informés d'une manière efficace et objective il ne suffit pas qu'il existe des services officiels d'information. Il faut aussi que ces travailleurs soient protégés contre la propagande trompeuse.

Les mesures prises peuvent être soit préventives soit répressives. Les unes peuvent viser à réglementer et à contrôler la diffusion de renseignements concernant l'émigration ou l'immigration, les autres peuvent s'attacher à interdire et à sanctionner pénalement la propagande trompeuse.¹⁰

3) Service de recrutement (officiel ou privé)

Le recrutement d'un travailleur migrant signifie l'engagement d'une personne se trouvant dans un pays pour le compte d'un employeur se trouvant dans un autre pays ou le fait de s'engager vis-à-vis d'une personne se trouvant dans un pays, à lui assurer un emploi dans un autre pays.

Dans certains pays le recrutement des travailleurs est souvent confié au service public de l'emploi,¹¹ dans d'autres les opérations de recrutement peuvent également être assurées par des organisations spécialisées telles que les services de l'émigration qui agissent parfois en collaboration avec les services de l'emploi¹².

Dans certains pays le recrutement par l'employeur lui-même¹³ ou par son représentant ou encore par des bureaux privés sous réserve du contrôle des autorités compétentes est autorisé. En tous cas, le service de recrutement est gratuit.¹⁴

Dans le pays qui ne sont pas des pays d'immigration massive on soutient que la pratique officielle n'a pas été orientée vers les mesures de développement de services de recrutement, d'accueil et d'adaptation des

9 Voir BIT, *Travailleurs Migrants*.

10 Voir BIT, *Travailleurs Migrants*.

11 Voir les rapports nationaux allemand, turc et uruguayen.

12 Voir BIT- *Travailleurs Migrants*.

13 Voir par exemple les rapports nationaux hongrois et turc.

14 Voir par exemple les rapports nationaux polonais et suédois.

migrants,¹⁵

*B. La protection des travailleurs migrants dans le pays d'accueil
(pays d'immigration)*

Bien qu'il existe des problèmes dans le contexte général, tels que: l'ignorance de la langue du pays d'immigration, pénurie de logement etc., le premier problème auquel le travailleur doit faire face est un problème de droit du travail: c'est à dire l'obtention du permis (l'autorisation) de travail qui a un rapport étroit avec le permis de séjour.

1) Obtention du permis (l'autorisation) de séjour et du permis
(l'autorisation) de travail

Un Etat est libre en principe d'admettre ou de refuser à un étranger l'accès de son territoire.¹⁶ D'autre part, en principe, le permis de séjour ne suffit pas pour avoir un emploi légal. Il est nécessaire dans plusieurs pays d'obtenir en outre le permis (l'autorisation) de travail.¹⁷

Dans certains pays, les autorisations (permis) de travail sont délivrées aux étrangers, pour une certaine période; pour un poste déterminé dans une entreprise ou pour un employeur déterminé.¹⁸ Mais il y a aussi des pays où l'autorisation est accordée pour une profession ou une branche d'activité déterminée sans être limitée à un employeur¹⁹ soit dès la première période d'emploi soit lorsque certaines conditions de résidence et d'emploi sont remplies.

2) Principe d'égalité de chance et de traitement

Le principe d'égalité de chance et de traitement qui a été l'objet de différents instruments internationaux visent d'une part à éliminer les inégalités de traitement qui résultent de la législation ou de la pratique des autorités administratives, en bref de l'action des pouvoirs publics et d'autre part à promouvoir l'égalité de chance et à éliminer les discriminations dans la pratique.

Dans certains pays sans avoir de dispositions antidiscriminatoires mais en se basant sur le principe d'égalité en général prévu par la Constitution ou par d'autres lois, les rapports nationaux précisent l'égalité de traitement pour les travailleurs migrants.²⁰ Toutefois peuvent exister dans un pays des lois antidiscriminatoires²¹ qui visent principalement la

15 Voir par exemple le rapport national grec.

16 Pour la situation dans la Communauté Européenne, voir IV.

17 Voir les rapports nationaux allemand, argentin, autrichien, français, grec, polonais, suédois et turc.

18 Voir par exemple les rapports nationaux autrichien, polonais et turc.

19 Voir par exemple le rapport national français.

20 Voir les rapports nationaux argentin, canadien, chilien, ghanéen, hongrois, polonais, turc et uruguayen.

21 Voir BIT, *Travailleurs Migrants*.

discrimination exercée en raison de la couleur, de la race ou de l'origine ethnique ou nationale.

Des dispositions interdisant expressément toute discrimination fondée sur des motifs de nationalité peuvent figurer également dans des textes plus généraux tels que la Constitution ou le Code du Travail. Cette interdiction peut concerner les conditions d'emploi en général ou seulement la rémunération²².

Un autre moyen de protéger légalement les travailleurs migrants contre un traitement discriminatoire, consiste à faire figurer dans la législation régissant l'emploi des étrangers, des dispositions qui garantissent l'égalité de traitement avec les nationaux en matière de conditions d'emploi ou prévoient que les permis autorisant les employeurs à occuper des travailleurs étrangers soient assortis de la condition que les travailleurs concernés bénéficient de la même rémunération et des mêmes conditions d'emploi que les nationaux.²³

Des garanties similaires sont parfois incluses dans des accords bilatéraux.²⁴ Mais un rapport national souligne²⁵ un autre aspect en précisant que: malgré l'affirmation par les accords de main d'oeuvre comme par les législations internes des pays d'immigration de l'égalité de traitement entre les travailleurs migrants et les travailleurs nationaux, l'application de ce principe est loin d'être effective au niveau des conditions générales du travail. En outre, ce principe ne trouve pas toujours sa justification car la situation particulière des travailleurs migrants appelle parfois "une discrimination positive" assurant leur "pleine protection" d'où l'absence d'une égalité de chance réelle.

Enfin une convention collective entre les organisations d'employeurs et de travailleurs peut prévoir que les travailleurs étrangers ne peuvent être traités de façon moins favorable que la majorité des travailleurs nationaux au sein de l'entreprise pour ce qui est de la rémunération et autres conditions d'emploi et avantages sociaux.²⁶

3) Application du principe d'égalité en matière d'emploi et de profession

Le principe d'égalité de chance et de traitement recouvre dans le domaine de droit du travail d'une part l'accès à l'emploi, à la formation professionnelle, aux services d'orientation professionnelle et de placement et d'autre part les conditions d'emplois, la sécurité de l'emploi, l'affiliation aux organisations syndicales et l'exercice des droits syndicaux.

a) Accès à l'emploi et mobilité géographique

Le principe d'égalité de chance et de traitement ne s'applique qu'aux

22 Voir BIT, *Travailleurs Migrants*.

23 Voir par exemple le rapport national autrichien.

24 Voir par exemple le rapport national chilien.

25 Voir le rapport national marocain.

26 Voir BIT *Travailleurs Migrants*.

travailleurs migrants qui se trouvent légalement dans le pays d'immigration. Toutefois il existe des restrictions. En effet dans plusieurs pays l'employeur ne peut occuper un travailleur étranger que pour autant qu'il en ait obtenu l'autorisation. De plus, certaines législations exigent à la fois l'autorisation d'emploi et le permis de travail.²⁷ Il y a aussi des pays qui fixent la proportion des travailleurs nationaux qui doivent être obligatoirement employés dans l'entreprise.²⁸

Le principe d'égalité de chance et de traitement en ce qui concerne l'accès à l'emploi nécessite aussi la mobilité géographique. Mais dans le cas des autorisations de travail délivrées pour un poste ou un employeur déterminé ou celles dont la validité s'étend à une région déterminée, la mobilité géographique est limitée.

Les restrictions à l'emploi qui frappent les étrangers que ce soit dans le cadre des permis de travail ou de restrictions d'emploi, sont en règle générale imposées pendant une phase préliminaire et sont progressivement levées lorsque le travailleur, après une période de résidence ou d'occupation prescrite acquiert le statut du résident permanent ou est mis au bénéfice d'un permis de travail sans restriction.²⁹

Mais dans plusieurs pays, certains emplois comme l'emploi dans la fonction publique, sont réservés aux nationaux et ils sont interdits aux étrangers.³⁰ Il semble toutefois que dans un certain nombre de pays, cette restriction ne s'exerce que par rapport aux étrangers qui ne résident pas dans le pays.³¹

b) Accès à la formation professionnelle et accès aux services d'orientation professionnelle et de placement et la reconnaissance des qualités professionnelles requises à l'étranger

Le principe d'égalité de chance et de traitement doit être respecté aussi en ce qui concerne l'accès à la formation professionnelle, l'accès aux services d'orientation professionnelle et de placement. Mais on souligne que la participation à la formation professionnelle est très occasionnelle et qu'en plus elle rencontre certaines réticences de la part des migrants eux-mêmes qui veulent éviter le manque à gagner durant la période de formation. D'autre part il existe des difficultés dues à la méconnaissance de la langue du pays.³²

Quant à la reconnaissance des qualifications professionnelles y compris les certificats et les diplômes acquis à l'étranger, la Convention no. 143 de l'OIT prévoit que chaque Etat peut après consultation appropriée des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, régle-

27 Voir BIT *Travailleurs Migrants*.

28 Voir par exemple le rapport national chilien.

29 Voir par exemple les rapports nationaux autrichien, canadien, chilien, polonais et suédois.

30 Voir par exemple les rapports nationaux français, grec, polonais, turc et uruguayen.

31 Voir par exemple le rapport national argentin.

32 Voir par exemple le rapport national marocain.

menter les conditions de reconnaissance des qualifications professionnelles y compris les certificats et les diplômes acquis à l'étranger.³³

c) Conditions d'emploi

Le principe d'égalité de traitement nécessite en premier lieu que les travailleurs migrants bénéficient de la même rémunération que les nationaux. Le principe selon lequel les travailleurs migrants devraient bénéficier d'un traitement au moins égal à celui qui est fait aux nationaux du pays d'immigration s'applique également aux autres conditions d'emploi notamment en ce qui concerne la durée du travail, les pauses, les congés payés, les mesures de sécurité et d'hygiène du travail.

Dans certains pays, il existe des dispositions légales interdisant expressément toute discrimination fondée sur des motifs de nationalité.³⁴

Mais on constate que même l'existence d'une législation qui interdit la discrimination et qui prévoit des réparations en cas de violation ne suffit pas à assurer l'égalité de traitement dans la pratique.³⁵

L'application des dispositions de la législation visant à assurer l'égalité relèvera normalement des autorités chargées d'assurer le respect de celle-ci, en particulier de l'inspection du travail, des organismes compétents en matière de relations professionnelles et des tribunaux. Pour assurer l'application effective des dispositions de ce genre, à l'initiative d'un travailleur migrant qui estime être lésé, il peut être nécessaire de lui fournir des conseils et une assistance afin de lui permettre de porter sa plainte à l'attention de l'organisme compétent.³⁶ Car, les travailleurs migrants, en raison des faits qui les rendent vulnérables à une discrimination ne seront peut être pas en mesure, notamment par ignorance, par des difficultés de langue³⁷ ou par peur de représailles, de déclencher l'application de la législation.

Les accords bilatéraux relatifs aux fins d'emploi contiennent d'ordinaire des dispositions visant à assurer l'application des dispositions prévoyant l'égalité de traitement.

d) Sécurité de l'emploi

En principe, les travailleurs migrants doivent bénéficier d'un traitement égal à celui des nationaux, spécialement en ce qui concerne les garanties relatives à la sécurité de l'emploi.

Il faut souligner que dans les pays où la législation accorde au pouvoir public de larges pouvoirs en matière d'expulsion, des dispositions qui protègent la sécurité de l'emploi risquent de perdre leur efficacité.³⁸

D'après les conventions internationales de l'OIT, la race, la couleur et

33 Voir les rapports nationaux allemand, argentin, chilien, marocain et suédois.

34 Voir par exemple le rapport national français.

35 Voir par exemple les rapports nationaux allemand et grec.

36 Voir BIT Travailleurs Migrants.

37 Voir par exemple les rapports nationaux allemand et grec.

38 Voir BIT Travailleurs Migrants.

l'ascendance nationale ne peuvent constituer des motifs valables de licenciement. Mais dans un document de la Conférence Internationale du Travail on souligne que dans certains pays la législation prévoit qu'en cas de réduction du personnel, les étrangers ou du moins ceux qui sont soumis à des restrictions d'emploi doivent être touchés en premier lieu.³⁹

Un travailleur migrant qui a formé un recours contre un licenciement doit disposer d'un délai suffisant pour obtenir une décision finale. S'il est établi que le licenciement était injustifié, il doit bénéficier des mêmes mesures de réparation que les travailleurs nationaux et s'il n'est pas réintégré dans son emploi, d'un délai suffisant pour trouver un autre emploi.

Toutefois ce droit de disposer d'un délai suffisant pour obtenir une décision finale et pour trouver un nouvel emploi, si le travailleur n'a pas été réintégré dans son emploi antérieur, paraît être régi par les normes générales concernant le maintien de résidence et de reclassement en cas de perte d'un emploi.⁴⁰ En effet, la situation d'un travailleur ayant perdu son emploi dépend de la nature de son autorisation de séjour ou de son permis de travail.

Dans le cas d'un travailleur qui n'a obtenu un permis de travail que pour un emploi donné auprès d'un employeur déterminé, le travailleur doit quitter le pays lorsque le contrat pour lequel le permis de travail a été accordé prend fin. On admet que le contrat de travail de ce travailleur est un contrat à durée déterminée.⁴¹ En ce qui concerne l'obtention d'un nouveau permis de travail, la législation et la pratique varient.

Les migrants ayant été admis en qualité de résidents permanents ou ayant acquis ce statut ou encore ayant droit à un permis de travail de durée illimitée doivent être assimilés aux nationaux.

e) La protection à la fin de l'emploi

Les travailleurs migrants qui quittent le pays à la fin de leur emploi doivent profiter des mêmes droits reconnus aux travailleurs nationaux concernant le montant de la rémunération due pour le travail accompli, les indemnités de fin de contrat et l'indemnité compensatrice pour le congé acquis mais non utilisé.⁴²

4) Application du principe d'égalité en matière de droits syndicaux

L'égalité de traitement en matière de droits syndicaux comprend l'affiliation aux organisations syndicales, l'exercice des droits syndicaux, l'éligibilité aux responsabilités syndicales et aux organes de représentation des travailleurs dans les entreprises et la jouissance des avantages offerts par les conventions collectives.

a) En matière de droits syndicaux les législations et la pratique nationale de plusieurs pays reconnaissent en général aux travailleurs étrangers

39 Voir BIT *Travailleurs Migrants*.

40 Voir BIT *Travailleurs Migrants*.

41 Voir par exemple le rapport national grec.

42 Voir les rapports nationaux allemand, argentin, chilien et uruguayen.

le droit de s'affilier aux organisations syndicales dans le mêmes conditions que les nationaux.⁴³

Dans certains pays toutefois la condition de nationalité ou de citoyenneté est requise pour être fondateur d'un syndicat⁴⁴ ou pour s'affilier à un syndicat, alors que dans d'autres l'affiliation des étrangers aux syndicats est soumise à des conditions de résidence et/ou de réciprocité. Enfin, il y a des législations qui imposent aux organisations syndicales de compter parmi leurs membres un certain pourcentage de nationaux.⁴⁵

En tous cas, il faut souligner que dans certains pays où il n'existe pas de restriction, l'affiliation aux organisations syndicales pour les étrangers paraît être comme une possibilité plutôt théorique.⁴⁶

b) L'éligibilité aux responsabilités syndicales est plus fréquemment soumise à la condition de nationalité⁴⁷ qui peut être levée après une période prescrite de résidence ou d'emploi, ou lorsqu'il existe un accord de réciprocité entre les pays.

c) Quant à la question de l'exercice des droits syndicaux, elle est plus difficile à apprécier. Aucun rapport national n'a révélé l'existence de restrictions légales fondées sur la nationalité, à l'exercice des droits syndicaux des travailleurs étrangers. Mais comme on l'a souligné dans deux Etudes d'ensemble de la Commission d'experts de la Conférence Internationale du Travail, cette question doit être examinée compte tenu des pouvoirs discrétionnaires souvent étendus dont disposent les autorités administratives pour décider de l'expulsion des étrangers. La manière selon laquelle ces pouvoirs seront exercés pourra constituer un frein réel à l'exercice des droits syndicaux pour les travailleurs étrangers.⁴⁸

Les restrictions liées à la nationalité peuvent empêcher notamment les travailleurs migrants de jouer un rôle actif dans la défense de leurs intérêts.⁴⁹

d) En ce qui concerne l'éligibilité aux organes de représentations des travailleurs dans les entreprises, certains rapports nationaux précisent qu'il existe une égalité de traitement entre étrangers et nationaux sur ce point.⁵⁰

e) En ce qui concerne la jouissance des avantages offerts par les conventions collectives, il paraît qu'il existe une égalité de traitement entre étrangers et nationaux dans tous les pays qui ont envoyé le rapport national.

43 Voir par exemple les rapports nationaux canadien, ghanéen, grec, israélien, polonais, turc et uruguayen.

44 Voir par exemple le rapport national turc.

45 Voir BIT Travailleurs Migrants.

46 Voir par exemple le rapport national israélien.

47 Voir par exemple le rapport national turc et seulement pour l'éligibilité à la présidence de l'organisation syndicale, voir le rapport national argentin.

48 Voir BIT, Travailleurs Migrants; BIT, Liberté syndicale et négociation collective, Etude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application des conventions, Genève 1983.

49 Voir BIT, Liberté syndicale.

50 Voir par exemple les rapports nationaux allemand, français et hongrois.

III. Les problèmes de droit du travail dans les cas de migration clandestine ou illégale et l'emploi illégal des travailleurs migrants

A. Migration clandestine ou illégale

1) Notion

Bien que la migration clandestine soit aussi illégale, on fait une distinction entre les migrations clandestines où on élude les contrôles à la sortie du pays d'émigration et surtout à l'entrée du pays d'immigration, par exemple en franchissant la frontière à un endroit interdit, et les migrations illégales (illicites) où la sortie et l'entrée pouvant être faite ouvertement et légalement en apparence (par exemple comme touriste) mais avec un objectif dissimulé.

La cause principale de l'immigration clandestine ou illégale réside dans les difficultés d'immigration légale.

2) Moyens utilisés

Les migrations clandestines sont réalisées plutôt par des gens qui organisent le passage des travailleurs en fraude. Mais cette sorte de migration peut être aussi réalisée soit isolément par des individus soit en petits groupes.

Le plus souvent les personnes qui voyagent comme touristes prennent un emploi sans autorisation. En dehors des migrations de faux touristes, la migration illégale peut résulter de l'attitude des travailleurs saisonniers ou des travailleurs titulaires d'un permis de travail pour une durée limitée qui demeurent dans le pays pour y travailler alors que leur autorisation est échue.

Dans les instruments internationaux, on prévoit que les Etats y compris les Etats de transit coopérant afin de prévenir et d'éliminer les mouvements et l'emploi illégaux ou clandestins des travailleurs en situation irrégulière.⁵¹

Parmi les mesures destinées à permettre la détection de l'emploi des travailleurs migrants clandestins ou illégaux, on constate des dispositions imposant à l'employeur l'obligation de fournir à l'autorité compétente les renseignements relatifs à tous les travailleurs étrangers employés par lui.

L'exigence du permis de travail qui dans certains cas doit être délivré avant l'entrée dans le pays ou l'exigence pour les employeurs de l'obtention de l'autorisation pour prendre à leur service des travailleurs étrangers peut servir dans une certaine mesure à éliminer l'emploi d'immigrants illégaux.

Dans certains pays on envisage même à côté du contrôle, la création d'un corps policier spécial et des sanctions pénales.⁵²

51 Voir l'article 68 de la Convention sur la protection des droits de tous les migrants et de leur famille adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU en 18 Décembre 1990. Voir en outre l'article 2 de la Convention no. 143 de l'OIT.

52 Voir par exemple les rapports nationaux argentin, grec et japonais.

B. *Emploi illégal des travailleurs migrants*

1) *Notion*

La notion de l'emploi illégal des travailleurs migrants comprend l'emploi des travailleurs migrants en situation irrégulière et l'emploi des migrants occupés légalement mais qui sont soumis à des conditions de travail qui ne correspondent pas aux exigences de la législation.

Ce sont surtout les travailleurs migrants clandestins ou illégaux qui acceptent des salaires et des conditions de travail en dessous des minimal légaux. Cette situation facilite l'apparition d'une main-d'œuvre moins coûteuse qui alimente le marché noir.⁵³ D'autre part, on constate que les travailleurs migrants ayant des statuts légaux acceptent eux aussi des conditions pareilles.

2) *Mesures de détection et de suppression de l'emploi illégal des travailleurs migrants*

Dans certains pays les services de l'inspection du travail ou de l'administration du travail ont le devoir de s'assurer qu'aucun travailleurs ne soit employé illégalement.

Cette inspection est importante pour les travailleurs migrants. En effet, comparés aux nationaux, ils sont moins en mesure de défendre leurs intérêts dans un pays étranger. De plus, dans de nombreux pays ils ne peuvent changer d'emploi sans autorisation. Ils peuvent aussi hésiter à chercher à faire corriger les abus, de crainte de perdre leur emploi et de se voir refuser l'autorisation d'en prendre un autre.⁵⁴

La situation est encore plus difficile pour les travailleurs migrants clandestins. En effet, ces travailleurs craignent de dénoncer les violations à l'autorité compétente, de peur qu'on ne procède à leur expulsion du pays.⁵⁵ Ils se trouvent en fait dans une situation sans défense et obéissent avec la plus grande docilité aux volontés patronales.

Dans certains pays, il est prévu des sanctions contre l'emploi illégal des travailleurs migrants.⁵⁶

3) *Les droits des travailleurs migrants pendant et à la fin de leurs travaux illégaux*

Différents instruments internationaux contiennent un certain nombre de dispositions destinées à assurer aux travailleurs migrants, un niveau minimum de protection même s'ils ont immigré ou s'ils sont employés de façon illégale sans pouvoir régulariser leur situation.⁵⁷

53 Voir le rapport national grec.

54 Voir BIT, *Travailleurs Migrants*.

55 Voir par exemple les rapports nationaux argentin, grec et japonais.

56 Voir BIT, *Travailleurs Migrants*.

57 Voir par exemple la Convention Internationale de l'ONU de 1990.

La Convention Internationale de l'ONU de 1990, dans son article 25 concernant les travailleurs migrants, précise que tous les travailleurs migrants (légaux ou illégaux) doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui dont bénéficient les nationaux de l'Etat d'emploi en matière de rémunération et d'autres conditions de travail et d'emploi.

Tous les pays sont tenus de respecter les droits fondamentaux de l'homme tels que le droit à la vie, à la protection contre la torture, contre tous traitements et toutes peines cruels, inhumains ou dégradants; le droit à la liberté et à la sûreté de la personne et à la protection contre toute arrestation et détention arbitraires etc. Ces droits doivent être reconnus aussi aux travailleurs migrants quelle que soit leur situation légale dans le pays d'immigration et doivent être respectés même à l'égard d'une personne dont la présence dans le pays est illégale, et dans les cas où des poursuites pénales sont engagées avant l'expulsion d'une telle personne, celle-ci devrait bénéficier du droit à un procès équitable.⁵⁸

D'après les instruments internationaux, les travailleurs migrants qui n'ont pas respecté la législation relative à l'entrée sur le territoire du pays d'immigration et à l'admission à l'emploi, pourront aussi bénéficier de l'égalité de traitement pendant et à la fin du travail.

Dans certains pays, on admet que la violation des dispositions légales sur l'emploi des étrangers n'entraîne pas la nullité du contrat de travail.⁵⁹ Pour d'autres pays on indique que la législation accorde expressément aux travailleurs dont la relation de travail est illégale envers l'employeur des droits qu'il aurait en vertu d'un contrat valide.⁶⁰ Mais en principe, l'employeur peut invoquer la nullité ou résilier le contrat sans préavis. Le travailleur dont le statut est illégal ne peut bénéficier de la période de préavis ni des indemnités découlant de la résiliation.⁶¹

Dans certains pays la solution acceptée par la doctrine et admise par la jurisprudence est différente de la solution mentionnée ci-dessus. En effet, dans ces pays l'employeur ne peut se libérer de ses obligations en invoquant la nullité du contrat de travail. Bien que soit établi l'interdiction d'employer des travailleurs clandestins, s'il existe de fait une relation de travail, le travailleur jouira de tous les droits tels que salaire minimum, treizième salaire complémentaire de vacances, heures supplémentaires etc. reconnus aux autres travailleurs.⁶² L'employeur qui licencie le travailleur clandestin, doit quand-même lui verser l'indemnité d'ancienneté.⁶³

Dans les pays où on admet la nullité du contrat de travail d'un migrant illégal, pour ne pas river le travailleur de ces droits, la jurisprudence admet une action en justice fondée sur l'enrichissement sans cause.⁶⁴

Cependant on souligne que la protection des travailleurs clandestins

58 Voir BIT, *Travailleurs Migrants*.

59 Voir les rapports nationaux allemand et turc.

60 Voir le rapport national français.

61 Voir les rapports nationaux allemand et autrichien.

62 Voir les rapports nationaux argentin et uruguayen.

63 Voir le rapport national uruguayen.

64 Voir le rapport national grec.

est souvent théorique d'une part parce que le salarié en situation irrégulière sera reconduite à la frontière et d'autre part parce que la preuve du travail clandestin et de sa durée reste très difficile à établir.⁶⁵

4) Régularisation de la situation des travailleurs dont les travaux sont illégaux

On entend par régularisation de la situation d'un travailleur migrant dont le travail est illégal, de lui accorder la possibilité de rester dans le pays et d'y être légalement employé.

On constate que cette possibilité existe dans certains pays à condition d'obtenir l'autorisation de travail.⁶⁶ Dans d'autres pays, pour régulariser la situation, on exige la justification de revenus suffisants pour vivre dans le pays.⁶⁷

On parle aussi exceptionnellement des programmes de régularisation mis en oeuvre par certains pays. Mais on souligne que ces programmes n'ont concerné qu'une partie infime de la main d'œuvre.⁶⁸

IV. La particularité des problèmes de droit du travail des travailleurs migrants dans les pays qui sont membres d'une communauté d'Etats (comme la Communauté Européenne).

Les rapports nationaux mentionnent quatre communautés d'Etats: la Communauté Européenne (CE),⁶⁹ le Marché Commun du Sud (MERCOSUR) en Amérique du Sud,⁷⁰ l'Union du Maghreb Arabe (UMA)⁷¹ et la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (ECOWAS).⁷²

Bien qu'on n'ait pas donné assez d'information sur les trois dernières communautés, certains rapports nationaux ont donné des explications sur les particularités des problèmes de droit du travail concernant les travailleurs migrants dans la CE.

1) La Constitution de CE

La Communauté Européenne dont la construction a commencé par le Traité de Rome en 1957 est en train de devenir l'Union Européenne

65 Voir les rapports nationaux français, grec et japonais.

66 Voir le rapport national allemand.

67 Voir le rapport national uruguayen.

68 Voir le rapport national marocain.

69 Voir les rapports nationaux allemand, français, et grec. Voir en outre Böhning/Werquin, *Migration internationale, Réflexions d'ordre économique, social et sur les droits de l'homme concernant le futur statut, des pays tiers dans le marché intérieur européen*, Genève 1990.

70 Voir le rapport national uruguayen

71 Voir le rapport national marocain

72 Voir le rapport national ghanéen.

d'après l'accord de Schengen en 1985 et le Traité de Maastricht en 1991.

2) Accès à l'emploi des ressortissants des pays membres dans d'autres pays de CE

Le droit communautaire dans la CE reconnaît quatre libertés⁷³: liberté d'établissement, la libre circulation des capitaux, la liberté de circulation des travailleurs et la liberté de prestation de services. Ces libertés sont garanties.

La jurisprudence de la Cour de Justice de CE a donné un contenu précis au texte relatif à la liberté de circulation des travailleurs.

Elle a élargi l'interprétation en créant un véritable droit subjectif à la mobilité pour tous les ressortissants communautaires quelle que soit la raison de leur mobilité.

De plus Traité de Maastricht reconnaît le droit de circuler et de séjourner librement dans la Communauté.

La liberté de circulation des travailleurs continue à trouver une spécificité dans le cadre de l'application du principe d'égalité de traitement entre les nationaux et les ressortissants communautaires. Ce principe d'égalité s'impose à tous les stades de la relation de travail et s'étend à tous les avantages sociaux.

Les Etats membres de CE ne peuvent en aucun cas restreindre le droit de séjour des ressortissants communautaires ni restreindre leur accès à l'emploi en dehors des cas prévus par le Traité.

Concernant l'accès à l'emploi on souligne deux difficultés⁷⁴: la première concerne les emplois dans l'administration publique, la seconde a trait à l'équivalence des qualifications.

Pour le premier point, bien que la notion de l'emploi dans l'administration ait fait l'objet d'interprétation très extensive de la part des Etats membres, la Cour de Justice a considéré que les ressortissants communautaires pouvaient être exclus seulement des emplois qui comportent l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat.⁷⁵

Quant à l'équivalence des qualifications, la question est à l'étude.

En ce qui concerne le contrôle des conditions de travail des ressortissants communautaires, se pose la délicate question de conciliation entre la liberté de circulation des travailleurs et la liberté de prestation de service.

3) La situation des travailleurs migrants venant des pays tiers

Les travailleurs migrants venant des pays tiers ne profitent pas du droit de la libre circulation des ressortissants de CE. Aussi, les migrants régulièrement établis dans un Etat membre, demeurent-ils soumis à des formalités administratives s'ils veulent circuler sur le territoire d'un autre

73 Voir le rapport national français.

74 Voir le rapport national français.

75 Voir le rapport national français.

pays signataire.⁷⁶

On souligne que la question essentielle tient aux choix qui seront faits dans la CE face aux ressortissants des pays tiers dans les années à venir, pour tenir compte à la fois des valeurs de protection des droits de l'homme, des contraintes économiques en période de crise et des équilibres politiques et culturels propre à chaque Etat membre de la communauté. On constate que le fossé se creuse de façon nette et peut être excessive entre le statut des ressortissants communautaires et le statut des ressortissants des pays tiers.⁷⁷

V. Conclusion

La protection des travailleurs migrants est prévue par différents instruments internationaux. Presque tous les pays acceptent le principe d'égalité de traitement. Mais on constate que même l'existence d'une législation qui interdit la discrimination ne suffit pas à assurer l'égalité de chance et de traitement dans la pratique.

Les travailleurs migrants, en raison des faits qui les rendent vulnérables à une discrimination risquent en plus d'être exploités.

Il est nécessaire de créer une solidarité internationale pour protéger les travailleurs migrants et au moins une coopération franche et loyale entre pays d'émigration et pays d'immigration. Cette coopération doit servir à remédier aux maux et aux problèmes qui sont à l'origine des pressions migratoires dans les pays d'émigration.⁷⁸

Les décisions dans ce domaine ne doivent pas être dictées par des considérations économiques ou des objectifs d'emploi, mais doivent aussi trouver leur origine dans des considérations de solidarité internationale notamment dans le cadre de l'aide au développement du tiers monde et doivent être fondées sur des considérations de caractère social et humanitaire.⁷⁹

La dimension internationale de l'immigration illégale à des fins d'emploi impose aussi une coopération internationale dans la lutte contre ce phénomène.⁸⁰

Il y aura toujours des travailleurs migrants illégaux. Du fait de l'inexistence de leur statut et de leur exclusion du travail légal, ils seront contraints, pour subvenir à leur existence d'accepter un travail clandestin à des conditions d'exploitation. Toutefois indépendamment de la pression extérieure migratoire, leur importance numérique dépend dans une large mesure de la facilité avec laquelle les employeurs peuvent puiser dans cette réserve de main-d'œuvre docile et bon marché.

Les effets négatifs de la migration illégale et de l'emploi irrégulier, tant sur le marché du travail que pour les travailleurs eux-mêmes exigent non

76 Voir le rapport national marocain.

77 Voir le rapport national français.

78 Voir le rapport national marocain.

79 Voir Böhning/Werquin, op. cit.

80 Voir l'article 68 de la Convention Internationale de l'ONU de 1990.

seulement que leur développement soit enrayé mais qu'il soit réduit au minimum.

Bien qu'il faille éliminer la migration illégale, il est nécessaire de protéger les travailleurs migrants qui travaillent d'une manière illégale. Il faut leur assurer la protection des droits fondamentaux de l'homme et la protection de leurs droits découlant de la relation de travail.

De plus, afin de surmonter le sous-développement et le chômage structurel et chronique, il est opportun d'encourager les déplacements des capitaux et de technologie plutôt que le déplacement des travailleurs.