

La protection juridique des travailleurs migrants en situation irrégulière dans le MERCOSUR

Juliana Silva Araujo *

Au fil des ans, la migration internationale a joué un rôle substantiel dans le colonialisme, l'industrialisation, le développement et la croissance de plusieurs pays. Aujourd'hui, ce phénomène entraîne encore d'importantes répercussions sociales, politiques, économiques et juridiques¹. En effet, l'augmentation des mouvements migratoires contribue à ce que la communauté internationale se penche de plus en plus sur ce thème et sur les questions concernant la protection des droits des migrants.

Le contexte d'intégration économique et, dans certains cas, politique, tel qu'il se vit en Amérique, comme le *Marché commun du Sud* (MERCOSUR), la *Communauté andine des Nations* (CAN), l'*Accord de libre échange nord-américain* (ALÉNA) et surtout le processus de négociation pour la création d'une *Zone de libre-échange des Amériques* (ZLÉA) soulève des préoccupations liées à la migration et à la libre circulation des travailleurs. Alors que, d'un côté, les États ouvrent les portes à l'intégration économique, de l'autre, ils imposent de plus en plus de barrières à la circulation des personnes².

Dans ce contexte, les obstacles à la réussite d'une migration régulière et les difficultés pour un migrant d'accéder au marché du travail engendrent des situations de vulnérabilité liées à la perte des droits fondamentaux³. La constitution de blocs d'intégration régionale a de nombreuses incidences sur les relations de travail et soulève des préoccupations, entre autres, en ce qui concerne les réformes des normes du travail, la flexibilité de la législation, la sécurité sociale et les conditions de travail⁴. Par conséquent, du fait de leur situation particulière de vulnérabilité, la protection des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière est d'une importance fondamentale. Plusieurs employeurs profitent du fait que ces travailleurs migrants sont en

* Candidate à la maîtrise en Droit international, Département des Sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

¹ Karine Landry, « Gestion des migrations internationales dans les Amériques : étude de l'efficacité des institutions interaméricaines existantes à l'aube du XXIème siècle », décembre 2004. En ligne : Institut québécois des hautes études internationales <<http://www.iqhei.ulaval.ca/Pdf/CEIEssaiKarineLandry.pdf>> (date d'accès : 20/02/2005).

² Miguel Villa et Martínez Pizarro, « La migración Internacional de Latinos americanos y Caribeños en las

Américas », dans *Conferencia hemisférica sobre migración internacional: derechos humanos y trata de personas en las Américas*, Santiago del Chile, 20-22 novembre 2002, Comisión económica para América Latina y el Caribe et Organización Internacional para las Migraciones. En ligne : ECLAC <<http://www.eclac.cl>>, (date d'accès : 02/04/05) ; Adela Pellegrino, « La migración internacional en América Latina. Tendencias y Perfiles de los Migrantes », dans *Conferencia hemisférica sobre migración internacional: derechos humanos y trata de personas en las Américas*, Santiago de Chile, 20-22 novembre 2002, Comisión Económica para América Latina, y el Caribe et Organización Internacional para las Migraciones. En ligne : ECLAC <<http://www.eclac.cl>>, (date d'accès : 02/04/05) [Pellegrino « Migración Internacional en América »].

³ Eduardo Geronimo, *Aspectos jurídicos del tráfico et de la traite des travailleurs migrants*, Perspectivas sobre Migraciones Laborales, Organización internacional du travail (OIT), Genève, 2002.

⁴ Voir Nora Pérez Vichich, *Nosotros y los otros : Las Fronteras del Trabajo en el Mercosur*, Incasur, Buenos Aires, 1995.

situation irrégulière et qu'ils aient grand besoin de travailler. Ils les exposent souvent à des situations de travail indignes.

Dans cette chronique, nous nous pencherons sur la protection légale des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière dans le MERCOSUR. À cette fin, nous nous poserons trois questions : la première sera de savoir s'il existe des normes qui tiennent compte de ces travailleurs migrants ; la deuxième, de les identifier et de repérer les autorités dont elles émanent; et la troisième, d'évaluer leur cohérence.

Les lois nationales des pays membres du MERCOSUR et les instruments juridiques du MERCOSUR ne définissent pas le terme de « travailleurs migrants en situation irrégulière ». Selon la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*⁵ (Convention de 1990) de l'ONU, les « travailleurs migrants en situation irrégulière » sont ceux qui n'étaient pas autorisés à entrer, à rester ou à travailler dans un État selon les lois nationales en vigueur et les accords internationaux dont cet État fait partie⁶.

La région étudiée compte une proportion importante de travailleurs migrants en situation irrégulière, surtout dans les régions frontalières. À titre d'exemple, nous exposerons les caractéristiques de la circulation des travailleurs migrants, ainsi que leurs conditions de travail dans la région frontalière entre le Brésil et le Paraguay, soit entre les villes de Foz do Iguacu et de Ciudad del Este. À la suite de cette mise en contexte, nous nous pencherons plus précisément sur la protection juridique des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière dans la région. Nous concluons en abordant la nécessité d'une harmonisation des normes dans le MERCOSUR.

⁵ *Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille* Res. AG. 45/158, 18 novembre 1990 (entrée en vigueur: 01 juillet 2004). En ligne : Haut Commissariat de Droits Humains <http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/m_mwctoc_fr.htm> (date d'accès: 20/05/2005). La Convention a été ratifiée par l'Uruguay et a été signée par l'Argentine et le Paraguay.

⁶ *Ibid.* art. 5.

La migration frontalière : le cas de Foz do Iguacu et de Ciudad del Este

La migration entre les pays membres du MERCOSUR a toujours représenté un phénomène important. Même si, au fil des années les tendances migratoires ont changé et qu'on note une croissance de l'émigration latino-américaine vers les pays développés, les pays membres du MERCOSUR connaissent actuellement un important mouvement migratoire intrarégional. Une grande proportion de ce flux migratoire est constituée de travailleurs, dont la majorité est en situation migratoire ou de travail irrégulière⁷. Le caractère très sélectif et rigoureux des normes d'admission de travailleurs étrangers contribue à encourager ces migrations irrégulières. Les normes actuelles créent plusieurs obstacles aux travailleurs migrants, surtout pour les travailleurs frontaliers et les travailleurs saisonniers, qui désirent entrer, séjourner et travailler de manière régulière dans un pays voisin. À l'heure actuelle, la politique de migration des pays membres du MERCOSUR favorise davantage la migration des travailleurs qualifiés et des détenteurs de capitaux⁸.

Or, la migration frontalière présente une dynamique particulière qui est loin de correspondre aux normes et aux politiques de migration et de travail des pays en question. Au-delà des liens culturels et sociaux existant entre les populations de chaque côté de la frontière, la circulation des personnes est liée étroitement à la conjoncture économique des pays. C'est ainsi que la circulation de la main-d'œuvre varie selon l'offre et la demande de travail ou selon le salaire minimum appliqué des deux côtés de la frontière⁹. La frontière entre le Brésil et le Paraguay, plus précisément entre les villes de

⁷ Adela Pellegrino, « La migración internacional en América Latina. Tendencias y Perfiles de los Migrantes », *supra* note 2 ; Ezequiel Texidó *et al.*, *Migraciones laborales en Sudamérica: el Mercosur ampliado*. Estudios sobre migraciones internacionales n° 63, OIT, Genève, 2003.

⁸ Voir *Lei n° 6.815 de 19 de agosto de 1980, Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências*, art. 106(VII), art.16,17. En ligne : Ministério de Justiça, <<http://www.mj.gov.br/Estrangeiros/Estatuto.htm>> (date d'accès: 20/05/2005) [Estatuto do Estrangeiro] ; *Ley n° 978 27 de junio de 1996 Migraciones*, Gaceta Oficial, 12 novembre 1996, n° 136, p. 24-36, art.12, 13. En ligne : <http://www2.paraguaygobierno.gov.py/ley_migraciones.html> (date d'accès : 15/06/2005).

⁹ Texidó *e al.*, *Migraciones laborales*, *supra* note 7 , à la p. 71.

Foz do Iguacu et de Ciudad del Este, illustre bien ce fait.

Le mouvement le plus important entre ces deux pays se déploie de Foz do Iguacu (Brésil) vers Ciudad del Este (Paraguay), où le secteur économique le plus important est celui du commerce de détail. Ce secteur est particulièrement ouvert aux travailleurs brésiliens, étant donné que la majorité des consommateurs sont Brésiliens. Les transactions sont ainsi facilitées, car les consommateurs et les commerçants parlent la même langue : le portugais. Selon la « Dirección de Migraciones », autorité de migration du Paraguay, quelque dix mille Brésiliens croisent les frontières chaque jour pour travailler à Ciudad del Este dans le commerce de détail. On estime qu'approximativement trois cents établissements commerciaux ont recours à cette main-d'œuvre¹⁰. La majorité de ces travailleurs est peu qualifiée et se trouve en situation migratoire et de travail irrégulière. De plus, ces travailleurs ne participent à aucune association syndicale, gagnent un salaire inférieur et ont une journée de travail supérieure à celle des travailleurs nationaux¹¹. Règle générale, ces travailleurs habitent à Foz do Iguacu, où ils passent leur vie, et ils traversent la frontière tous les jours uniquement pour travailler à Ciudad del Este. Ils utilisent différents moyens pour effectuer leur traversée comme, par exemple, l'entrée à titre de touriste, puisque l'entrée d'un touriste originaire d'un des pays membres du MERCOSUR peut se faire sans visa, en exhibant une simple pièce d'identité, ou encore l'entrée à titre de résident permanent. Cependant, la « Dirección de Migraciones » du Paraguay relève plusieurs cas où les travailleurs migrants déjouent les lois d'immigration en fournissant

¹⁰ *La Nación*, « Anuncian expulsión de miles de brasilenos indocumentados », 23/03/2005 En ligne : *La Nación*, <http://www.lanacion.compy/imp_not.php?not=100955> (date d'accès: 23/03/2005) ; *La Nación*, « Gobierno cree que Brasil busca desviar la atención », 29/09/2005. En ligne: *La Nación*, <http://www.lanacion.compy/imp_not.php?not=10136>, (date d'accès: 23/03/2005) ; Folha de São Paulo, « Paraguai quer expulsar brasileiros ilegais no país », 23/03/2005. En ligne: Folha de São Paulo, <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u107098.shtm>>, (date d'accès: 20/03/2005).

¹¹ Tomas Palau, *Mercado de trabajo en Ciudad del este. Mano de obra extranjera*, Asunción, OIM e BASE, 1998 tel que cité dans OIM, *Matriz de encuadre jurídico, institucional y estructural de las regiones fronterizas*, Programa Latinoamericano de cooperación sobre Migraciones Internacionales, Genève, OIM, 2003.

des informations fausses ou en se prêtant à des mariages en blanc pour obtenir leur statut de résident¹².

À la fin de mars 2005, le gouvernement du Paraguay a décidé d'exercer un contrôle plus rigoureux à la frontière. Parmi les mesures adoptées, les autorités ont eu recours à la fiscalisation et à l'expulsion de travailleurs brésiliens en situation irrégulière, à la sanction des employeurs qui avaient embauché des travailleurs en situation irrégulière, au renforcement du contrôle d'entrée, à la vérification des conditions d'admissibilité exigées pour l'obtention de la résidence permanente et à leur annulation en cas d'irrégularités.

La protection juridique des travailleurs migrants

Les normes nationales

Tout d'abord, il importe de préciser, qu'à l'exception de l'Uruguay, ce ne sont pas toutes les catégories de migrants réguliers qui sont autorisées par la loi sur la migration des pays membres du MERCOSUR à exercer une activité rémunérée. L'autorisation varie selon le type de migration (permanent, temporaire ou transitoire). De plus, les lois sur la migration des quatre pays en étude interdisent aux migrants en situation irrégulière de travailler et prévoient des sanctions aux employeurs qui embauchent des migrants qui ne sont pas autorisés à travailler¹³.

Après une analyse des principales normes nationales touchant les questions sur la migration de la main-d'œuvre¹⁴, nous constatons que seulement les lois sur la migration et quelques lois du travail traitent expressément des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. Cependant, la protection des droits de ces

¹² *La Nación*, «Anuncian expulsión»; *supra* note 10.

¹³ *Ley n° 25.871 de 17 de diciembre de 2003, Migraciones : Nuevo regimen legal*, Boletín Oficial, 21 janvier 2004, n° 30.322, p.2. En ligne : Información Legislativa <<http://infoleg.gov.arscri ts/busquedas /cnsnorma .asp ?tipo=Ley&nro=25871>> (date d'accès: 20/05/2005) ; Estatuto do estrangeiro, *supra* note 8 ; *Ley n° 978 supra* note 8 ; *Ley n° 9.604 de 13 de octubre de 1936, Extranjero: se ampliam disposiciones relativas a su entrada y permanencia en territorio nacional*. En ligne : Poder Legislativo <http://www.parlamento. gub.uy/Leyes/Ley_09604.htm> (date d'accès: 20/05/2005).

¹⁴ Nous avons étudié les constitutions, les principales normes du travail, de migration et sur la non-discrimination dans les relations de travail.

travailleurs qu'offrent lesdites normes nationales est parfois très ambiguë.

Au Brésil, par exemple, la principale loi sur la migration¹⁵ ne se réfère aux travailleurs migrants en situation irrégulière que lorsqu'il est question des sanctions à prendre contre les étrangers qui ont travaillé sans être autorisés par la loi. En bref, cette loi stipule que tous les « résidents » (sans mentionner leur catégorie ni leur situation migratoire) bénéficient des mêmes droits que ceux reconnus aux nationaux¹⁶. À première vue, l'utilisation du terme « résident », sans en définir clairement les paramètres, pourrait nous porter à croire que les migrants en situation irrégulière puissent également bénéficier des droits et protection contenus notamment dans les normes du travail ou dans d'autres lois nationales. Néanmoins, en ce qui se réfère à la main-d'œuvre étrangère, la principale loi nationale de travail ne traite que de travailleurs migrants en situation régulière¹⁷. De plus, certains auteurs affirment que seulement ces travailleurs bénéficient de la protection des droits conférés par cette loi du travail¹⁸.

La nouvelle loi sur la migration de l'Argentine, en vigueur depuis janvier 2004, nous porte à considérer que les travailleurs migrants en situation irrégulière bénéficient de tous les droits du travail prévus dans les normes nationales¹⁹. Par contre, la principale loi nationale du travail confère expressément aux travailleurs migrants en situation irrégulière seulement le droit à la rémunération ou à l'indemnisation due à l'extinction de la relation du travail²⁰. Cette loi est muette sur la protection d'autres droits du travail, telle la liberté syndicale.

En Uruguay, la loi de migration n'aborde tout simplement pas le sujet des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. De même, le fait de que les normes du travail soient éparses - il n'existe pas de code ou de loi générale - rend difficile la tâche de connaître la protection légale des droits de ces travailleurs. Pour sa part, la loi sur la migration du Paraguay

est la plus précise et confère expressément une protection minimale aux travailleurs en situation irrégulière, soit le paiement du salaire et de toute autre rémunération pour le travail effectué²¹.

Puisque les normes nationales interdisent certaines catégories de migrants à travailler, il serait intéressant de regarder ce que les normes sur la migration réservent aux travailleurs migrants en situation irrégulière. D'après la loi sur la migration du Brésil, le travailleur migrant en situation irrégulière, étant entré ou ayant séjourné sans être autorisé par l'autorité compétente, sera déporté²². La loi demeure muette sur leurs droits.

Selon la loi de l'Uruguay, du Paraguay et de l'Argentine, le migrant qui est entré ou qui est resté illégalement au pays devrait être expulsé. Cependant, en Uruguay et au Paraguay il est possible que les migrants demandent la régularisation de leur situation avant que soit décrétée leur expulsion²³. En Argentine, cette possibilité existe seulement si le migrant est resté pendant une période supérieure à celle qui lui a été autorisée. Au Paraguay et en Argentine, les migrants en situation irrégulière auront le droit au salaire et à tout autre sorte de rémunération même si leur expulsion a été ordonnée²⁴. Curieusement, en Argentine, cette protection va plus loin, car le travailleur migrant pourra exiger ses droits, même s'il est déjà retourné dans son pays²⁵.

Devant ces faits, force est de conclure que la protection des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière, sur le plan national, est caractérisée par d'importantes ambiguïtés et par différents degrés de protection. Nous allons donc faire un survol des législations relatives à la migration et aux droits des travailleurs migrants aux niveaux bilatéral, régional et international.

¹⁵ Estatuto do estrangeiro, *supra* note 8.

¹⁶ Estatuto do estrangeiro, *supra* note 8 art.95.

¹⁷ Voir par ex. Estatuto do Estrangeiro, *supra* note 8 art.325, 326, 359, 366.

¹⁸ Texidó et al., *supra* note 7 à la p. 105.

¹⁹ Ley n° 25.871/Ar, *supra* note 13 art.56.

²⁰ Ley n° 20.744 de 13 de maio de 1976, *Ley de Contrato de Trabajo*, Boletín Oficial, 21 mai 1976, n° 23.410, p. 2, art.40, 42. En ligne : Información Legislativa <<http://infoleg.gov.ar/txtnorma/texactley20744.htm>> (date d'accès: 20/05/2005).

²¹ Ley n° 978/Pa, *supra* note 8 art. 136.

²² Estatuto do Estrangeiro, *supra* note 8 art. 57, 125 (I) (II) (VIII).

²³ República Oriental del Uruguay, *Memoria sobre la aplicación del artículo 4 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, Trabajadores migrantes y fronterizos*, 2002. En ligne : Observatorio Mercosur <<http://www.observatorio.net/pdf/dsl/memorias.migracion.es.pdf>> (date d'accès: 04/04/2005), à la p. 18; Ley n° 978/Pa, *supra* note 8 art.58, 59, 60.

²⁴ Ley n° 978/Pa, *ibid.* art.72, 81, 82; Ley n° 25.871/Ar, *supra* note 13 art.16, 29 (i)(j) (k), 37, 67, 68.

²⁵ Ley n° 25.871/Ar, *ibid.* art. 61.

Les accords bilatéraux

Depuis 1990, les États membres ont adopté plusieurs accords bilatéraux qui traitent de la question de la migration. Ces accords représentent une grande avancée par rapport aux normes nationales, du moins sur le plan formel, étant donné qu'ils font plus qu'établir les conditions d'entrée, de permanence et d'expulsion des travailleurs migrants. Quoique la mise en œuvre de ces accords reste encore à voir, ils représentent, entre autres : une plus grande préoccupation quant à la nécessité d'adopter des politiques communes « plus simples » afin de permettre l'accès plus large aux conditions légales de migration et de travail (ce qui pourrait contribuer à une réduction des migrations irrégulières) ; un intérêt à assurer le partage des responsabilités quant à la solution des problèmes qui se rapportent aux migrations ; une préoccupation d'échanger des informations sur les flux migratoires, sur les normes et les politiques nationales qui abordent le thème. C'est le cas, par exemple, de l'accord entre le Brésil et l'Argentine qui permet à certaines catégories de travailleurs d'œuvrer dans l'autre pays pour une période de 90 jours sans la nécessité d'obtenir un visa ou un permis de travail. Également, un accord entre le Brésil et l'Uruguay touche particulièrement les travailleurs frontaliers²⁶.

Les normes du MERCOSUR

Sur le plan sous-régional, la structure institutionnelle du MERCOSUR présente des organismes, comme le Sous-groupe de travail n° 10 (SGT n°10), le Forum consultatif économique

²⁶ *Acuerdo entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de la República Federativa del Brasil sobre exención de visados*, 9 décembre 1997, En ligne : Ministerio del Interior, Presidencia de la Nación <http://www.mininterior.gov.ar/migraciones/inter_b_ina.asp> (date d'accès: 24/09/2005); *Acuerdo sobre permiso de residencia, estudio y trabajo para los nacionales fronterizos Uruguayos y Brasileños*, 21 août 2002, En ligne : Ministerio de las Relaciones Exteriores, República Oriental del Uruguay, <http://www.mrree.gub.uy/Tratados/MenuInicial/Uruguay_Brasil_Uruguay_Brasil.htm> (date d'accès: 24/09/2005). Voir République Argentine, Consolidado de las memorias art. 4 de la Declaración Socio-laboral del Mercosur. Análisis comparativo y síntesis sobre las memorias presentadas por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, Argentina, Mai 2003, En ligne: Observatorio Mercosur <www.observatorio.net/pdf/dsl/memorias.migraciones.pdf> (date d'accès:20/05/2005)[République Argentine, Consolidado de las memorias] aux pp. 55-63; Teixidó et al., *supra* note 7 aux pp. 149-150, 177- 178.

social (FCES), le Comité des réunions des ministres de l'Intérieur (CRMI), à qui a été confié, entre autres, l'obligation de traiter des questions sur la migration des travailleurs dans la région. Plusieurs instruments conçus pour permettre une plus grande circulation de travailleurs dans la région ont été élaborés à l'issue des différents travaux et activités de ces organismes²⁷.

Nous avons identifié trois instruments qui, en plus de proposer des mécanismes facilitant la circulation²⁸ ou la régularisation de migrants qui sont en situation irrégulière²⁹, établissent quelques droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. C'est le cas, par exemple, de l'Accord sur le trafic illicite de migrants³⁰, de l'Accord sur la résidence pour les nationaux des pays membres et associés³¹ et de la *Déclaration Sociolaboral del Mercosur*³².

²⁷ Voir Consejo Mercado Comun, *Entendimiento sobre tránsito vecinal fronterizo entre los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile*, MERCOSUL/CMC/DEC. n° 19/99 (1999). En ligne : MERCOSUR <<http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm>> (date d'accès: 23/06/2005) ; Consejo Mercado Comun, *Acuerdo sobre isención de visas entre los Estados partes del Mercosur*, MERCOSUL/CMC/DEC n°48/00(2000). En ligne : MERCOSUR <<http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm>> (date d'accès: 23/06/2005) ; Consejo Mercado Comun, *Acuerdo Criación de la "Visa Mercosur"*, Mercosur/CMC/DEC. N° 16/03(2003). En ligne : MERCOSUR <<http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm>> (date d'accès : 23/06/2005).

²⁸ Voir *Acuerdo «Visa Mercosur»*, *supra* note 26; Consejo Mercado Comun. *Mecanismo para el ejercicio profesional temporario*, MERCOSUL/CMC/DEC n°25/03. En ligne : MERCOSUR <<http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm>> (date d'accès: 09/03/2004).

²⁹ Voir par ex. XXII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, de la República de Bolivia y de la República de Chile, *Acuerdo (n°11/02) Regularización Migratoria Interna de Ciudadanos del MERCOSUR*, MERCOSUL/CMC/DEC. N° 28/02. En ligne : MERCOSUR <<http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm>> (date d'accès: 01/04/2005).

³⁰ Voir Consejo del Mercado Comun, *Proyectos de acuerdos contra el tráfico ilícito de migrantes, entre los Estados partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile*, Mercosur/CMC/DEC n°37/04. En ligne : MERCOSUR <<http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm>> (date d'accès:13/02/2005)

³¹ Ministros del Interior del Mercosur, de la República de Bolivia y de la República de Chile. *Acuerdo (n°13/02)Residencia para nacionales de los Estados partes del Mercosur*, XXII Reunión, MERCOSUL/CMC/DEC. N° 28/02 (2002). En ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.org.uy/pagina1_esp.htm> (date d'accès: 01/04/2005).

³²*Declaración Sociolaboral del Mercosul*, 10 de diciembre de 1998. En ligne : <<http://www.oas.org/udse/cersso/documentos/2.pdf>> (date d'accès: 01/04/2005).

Avec l'Accord sur le trafic illicite de migrants, les pays membres et associés du MERCOSUR visent à combattre le trafic de migrants ainsi qu'à promouvoir la coopération et l'échange d'informations entre les pays membres³³. L'Accord, signé le 16 décembre 2004, n'est pas encore en vigueur. Il est intéressant de souligner que l'Accord stipule expressément que les mesures adoptées pour combattre et éliminer le trafic doivent permettre un traitement humain aux victimes du trafic illicite ainsi que la protection de leurs droits reconnus dans les normes nationales et internationales³⁴.

L'Accord sur la résidence a pour principaux objectifs : l'établissement de règles communes quant à la demande de résidence, la régularisation de la situation migratoire des nationaux, le combat et la sanction de l'embauche de travailleurs migrants en situation irrégulière ainsi que du trafic de travailleurs migrants. Certains auteurs³⁵ remarquent la possibilité pour un plus grand nombre de travailleurs, notamment ceux qui sont en situation irrégulière, de bénéficier de cet Accord, car il n'exige pas l'existence d'un contrat de travail ni d'aucune qualification professionnelle pour l'obtention du statut de résident (temporaire ou permanent). Ces auteurs mettent l'accent sur le fait que l'Accord ne demande pas que le travailleur fournisse une preuve de nationalité d'un des pays membres du MERCOSUR. Cependant, s'il est vrai que jusqu'à présent cet Accord est bien plus simple et moins exigeant que les normes nationales, il ne faut pas oublier qu'il établit d'autres pré-requis devant être observés pour la demande de la résidence ou de la régularisation de la situation migratoire : des attestations sur l'absence d'antécédents policiers, judiciaires, pénaux, nationaux et internationaux ; des examens médicaux et le paiement des frais de service³⁶. Les coûts et les procédures d'obtention de ces documents seront déterminés par chaque pays.

Or, compte tenu des conditions de vie des travailleurs migrants en situation irrégulière, il

est à supposer que peu de migrants auront les moyens financiers pour payer les coûts relatifs à l'obtention des documents requis pour la demande de résidence ou la régularisation de leur statut migratoire. À propos de ce nouvel Accord, on peut soulever trois principales préoccupations : à savoir si, une fois cet Accord en vigueur, les travailleurs migrants en situation irrégulière pourront vraiment en bénéficier³⁷, si cet Accord correspond aux besoins de ces derniers et, enfin, s'il pourra contribuer à une réduction du nombre de migrants en situation irrégulière dans la région.

Cet Accord traite également des droits des migrants et des membres de leur famille. Cependant, tout nous indique que la protection de ces droits varie selon la situation migratoire, régulière ou irrégulière, d'un individu. En réalité, la protection est plus explicite pour ceux qui sont en situation régulière³⁸. Pour les migrants en situation irrégulière, l'accord prévoit de façon formelle seulement le droit à l'accès à l'éducation de leurs enfants³⁹. Quant à la protection des droits du travail, il nous renvoie aux normes nationales. Or, en matière de protection des droits des travailleurs en situation irrégulière, les normes nationales demeurent parfois obscures et ambiguës.

À première vue, l'Accord représente l'intérêt de tous les pays membres à trouver des solutions communes aux problèmes liés à la migration en situation irrégulière. Néanmoins, en considérant le nombre de travailleurs en situation irrégulière existant dans la région, la protection formelle de leurs droits est encore timide. Il serait souhaitable que cet Accord établisse un consensus sur des droits minimums pour ces travailleurs, au lieu d'un renvoi aux normes nationales. Ce fait nous oblige à nous questionner : jusqu'où les États en question veulent s'engager à prendre en considération cette catégorie de travailleurs migrants dans les instruments juridiques du MERCOSUR? Jusqu'à

³³ *Acuerdo tráfico ilícito*, supra note 30 art.1.

³⁴ Voir *ibid.* art.8, 9.

³⁵ Voir par ex. Téxido *et al.*, supra note 7 aux pp. 189-197 ; Eduardo Geronimo, *Admisión, contratación y protección de trabajadores migrantes. Panorama de la legislación y la práctica nacionales de Argentina, Bolivia, Brail, Chile, Colombia, Ecuador, Espana, Perú, Portugal y Uruguay*, Estudios sobre migraciones internacionales, n° 70, Genebre, BIT, 2004[Geronimo, *Admisión*].

³⁶ *Acuerdo sobre Residencia*, supra note 31 art. 4.

³⁷ Voir aussi Ezequiel Texidó et Nora Pérez Vichich, « Los acuerdos bilaterales celebrados por Argentina con Bolivia, Paraguay y Perú » dans Eduardo Geronimo, Lorenzo Cachón, Ezequiel Texidó, *Acuerdos bilaterales de migración de mano de obra: Estudios de casos.*, Estudios sobre migraciones internacionales, n°66, Genève, OIT, 2004, 95.

³⁸ Selon l'Accord sur la Résidence les migrants qui ont obtenu la résidence ont les mêmes droits et libertés civils, sociaux, culturels et économiques que les nationaux du pays d'accueil. *Acuerdo sobre Residencia supra* note 31 art.9(1).

³⁹ *Acuerdo sobre Residencia supra* note 31 art. 9(1), (6), art.10(b).

quand se limitera-t-on à établir des mécanismes qui visent la régularisation sans tenir compte de l'importance de réaffirmer et de garantir explicitement les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière? Existe-t-il une crainte de le faire et par la suite de ne pas être en mesure de les rendre effectifs ?

Finalement, la *Declaración Sociolaboral del Mercosur* réaffirme et reconnaît un niveau minimum de protection des droits à tous les travailleurs de la région. Parmi les instruments du MERCOSUR, la Déclaration a un caractère très particulier, car elle fait référence au compromis des pays membres du MERCOSUR avec les normes régionales et internationales des droits de la personne, notamment celles de l'OIT, et possède un organe tripartite responsable du suivi de son application et de sa promotion, la « Comisión Sociolaboral ». À première vue, la *Declaración Sociolaboral* semble octroyer la protection des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. En effet, la Déclaration protège expressément l'égalité des droits et des conditions de travail de tous les travailleurs migrants sans faire aucune distinction quant à leur situation migratoire. De plus, elle porte une attention particulière aux travailleurs frontaliers, où les pays membres se sont engagés à agir afin d'améliorer les conditions de vie et de travail de ces travailleurs⁴⁰. Toutefois, deux éléments remettent en doute la protection des droits des travailleurs migrants irréguliers qu'offre cette Déclaration.

D'abord, quand la *Declaración Sociolaboral* traite de certains droits, de la libre association et de la liberté syndicale par exemple, elle limite leur application en nous renvoyant aux normes nationales⁴¹. Selon certains auteurs, les renvois aux normes nationales ne doivent pas être interprétés ni appliqués de manière à limiter, à réduire ou à ignorer les droits reconnus par la Déclaration⁴². Ce qui nous porte à croire que ces auteurs considèrent que les droits reconnus dans

la Déclaration devraient être interprétés de manière à prévaloir sur les normes nationales. Néanmoins, la concrétisation de cette interprétation dépend de la manière dont les pays membres du MERCOSUR reçoivent la Déclaration dans leur ordre juridique. C'est là où nous identifions le deuxième problème, soit la nature juridique de la *Declaración Sociolaboral*.

L'interprétation de la majorité des auteurs latino-américains⁴³ quant au caractère contraignant de la Déclaration ne va pas de pair avec celle des gouvernements des pays membres du MERCOSUR. Ces auteurs considèrent la *Declaración Sociolaboral* comme un instrument contraignant même si elle ne fait pas l'objet de ratification. Entre autres, ils sous-entendent le fait qu'elle énumère plusieurs droits et principes reconnus dans des instruments régionaux et internationaux des droits de la personne et dans les conventions de l'OIT qui sont obligatoires pour les pays membres du MERCOSUR et le fait que la Déclaration mentionne l'importance des États membres à respecter ces instruments⁴⁴.

Par contre, il faut rappeler que la décision d'élaborer un instrument social dans le MERCOSUR a suscité un fort débat quant au choix du type d'instrument à adopter : un instrument qui exige la ratification des pays membres (par exemple un protocole ou un traité) et qui est contraignant ; ou un autre instrument qui n'exige pas de ratification (par exemple une déclaration) et qui, à première vue, n'est pas de nature contraignante. Finalement, l'adoption d'une déclaration a été choisie par les gouvernements. Plus intrigant encore, le « Groupe Marché Commun », organe exécutif du MERCOSUR, a souligné que la *Declaración Sociolaboral* ne serait pas de caractère contraignant pour les parties⁴⁵.

Or, il est évident qu'au moment de cette énonciation, les gouvernements ne voulaient pas un instrument contraignant. Ce fait nous porte à croire que les gouvernements, malgré le fait qu'ils se soient déjà engagés par d'autres

⁴⁰ *Declaración Sociolaboral*, supra note 32 art.4.

⁴¹ *Ibid.* art.8. Voir aussi les arts. 9,10, 11, 19.

⁴² Voir Geraldo Von Potobsky, «La Declaración Sociolaboral del Mercosur», *Derecho del Trabajo: Revista mensual de jurisprudencia, doctrina y legislación*, (5), 1999, p. 777 ; Alejandro Castello, «La cláusula social y la Declaración Sociolaboral del Mercosur» (2000) 43 *Derecho Laboral* 334 à la p.354 ; Hugo Barreto Ghione, «Consecuencias de la Declaración Sociolaboral del Mercosur en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales» (2002) 8:3 *Revista Gaceta Laboral* 355, aux pp. 366-367.

⁴³ Voir par ex. Oscar Ermida Uriarte *et al.*, *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, Asociación Argentina de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, BIT, Buenos Aires, 2002.

⁴⁴ Voir *ibid.*

⁴⁵ Grupo Mercado Comum, *Reunión Ordinaria del Grupo Mercado Comum*, Mercosur/GMC/XXIX/ATA n°1/98 (1998), En ligne : MERCOSUR<<http://www.mercosur.org.uy/espanol/sdyd/actas/gmc/9801.htm>> (date d'accès : 03/12/2003).

instruments internationaux et régionaux des droits de la personne qui prévoient les droits reconnus dans la *Declaración Sociolaboral*, ne voulaient pas s'engager avec un autre instrument au sein du MERCOSUR. Tout nous porte à conclure que le respect et la promotion des droits reconnus dans la Déclaration dépendent de l'interprétation des droits et garanties de la Déclaration par les gouvernements des pays membres et de la réception de ces dernières au sein des cadres juridiques nationaux. Avant d'aborder cet aspect, nous allons d'abord traiter brièvement des instruments régionaux et internationaux relatifs aux droits de la personne et de leurs dispositions traitant des travailleurs migrants en situation irrégulière.

Les normes internationales et régionales

Sur le plan régional et international, il existe plusieurs instruments des droits de la personne - notamment au sein de l'Organisation des États Américains (OEA), de l'ONU et de l'Organisation International du Travail (OIT) - qui touchent aussi les travailleurs migrants, comme le *Protocole de San Salvador*⁴⁶, la *Déclaration Universelle des droits de l'homme*, le *Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels*⁴⁷, ainsi que les Conventions n° 97 et n° 143 de l'OIT qui traitent des travailleurs migrants⁴⁸. De plus, la Convention de 1990 de l'ONU prévoit certains droits des travailleurs en situation irrégulière, comme l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui a trait à la rémunération, aux conditions de

travail et le droit à la liberté de participation et d'association à un syndicat⁴⁹. Le droit à la formation d'un syndicat a été réservé aux travailleurs migrants en situation régulière⁵⁰.

En résumé, les normes internationales et régionales offrent une plus grande protection des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière que les normes nationales et les normes développées au sein du MERCOSUR. Pourtant, on n'est toujours pas arrivé à assurer un niveau « satisfaisant » de protection des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. À première vue, ces instruments nous laissent croire que les droits qui y sont prévus touchent tous les travailleurs, même ceux en situation irrégulière. Pourtant, il existe certaines interprétations, ou compromis politiques tacites, qui excluent expressément les travailleurs en situation irrégulière.

L'harmonisation des normes dans le MERCOSUR

Plusieurs normes nationales, comme les constitutions, la loi sur la migration de l'Argentine et le code du travail du Paraguay, font référence aux normes régionales et internationales des droits de la personne. Au sein du MERCOSUR, les pays ont réaffirmé l'importance de respecter ces normes dans la *Déclaration Sociolaboral* et en font référence dans l'Accord contre le trafic illicite de migrants et dans le tout récent *Protocole d'Asunción sur le compromis avec la promotion et la protection des droits de la personne du Mercosur*⁵¹. Ce fait nous amène à penser qu'il existe, entre les pays membres du MERCOSUR, un consensus quant à l'importance de considérer ces normes régionales et internationales dans le processus d'intégration. Cependant, comme la transposition des normes internationales dans le cadre juridique national est asymétrique, tout nous porte à croire qu'il

⁴⁶ *Protocolo adicional a la Convención americana de derechos humanos en el área de derechos económicos, sociales y culturales «Protocolo de San Salvador»*, 27 janvier 1989 (entrée en vigueur: 16 avril 1996), En ligne: OEA <<http://www.oas.org>> (date d'accès: 3/06/2005).

⁴⁷ *Déclaration Universelle des droits de l'homme*, Res. AG 217 A (III), Doc. Off.Ag.NU, 3^e sess., Doc. NU A/810, (1948), en ligne: Bureau de l'Haut Commissariat de Droits Humains <http://www.unhcr.ch/ud_hr/lang/fr.htm> (date d'accès: 20/05/2005); *Pacte International des droits économique sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, Res. AG 2200 A (XXI), (entrée en vigueur : 3 janvier 1976), en ligne: Bureau de l'Haut Commissariat de Droits Humains <<http://www.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>> (date d'accès: 20/05/2005).

⁴⁸ *Convention n° 97 concernant les travailleurs migrants (révisée en 1949)* 32 sess., (entrée en vigueur: 24 septembre 1952), en ligne : Ilolox <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>> (date de accès: 25/05/2005); *Convention n° 143 sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité des chances et de traitement des travailleurs migrants*, 1975, 60 sess., (entrée en vigueur : 09 décembre 1978), en ligne : Ilolox <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>> (date de accès: 25/05/2005).

⁴⁹ *Convention de 1990*, supra note 5 art. 25.

⁵⁰ *Ibid.* art. 40.

⁵¹ Le Protocole d'Asunción sur les droits de la personne sera appliqué dans les situations où il existe de graves et systématiques violations des droits de la personne et des libertés fondamentales dans un des pays membre du MERCOSUR qui soit en situation de crise institutionnelle ou en état d'exception. Ce Protocole, signé le 19 juin 2005, n'est pas encore en vigueur. Comisión Mercado Comun, *Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y la protección de los derechos humanos del Mercosur*, MERCOSUR/CMC Dec. n°17/05, art.3. En ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.org.uy/pagina1_esp.htm> (date d'accès: 05/07/2005).

existe un fossé entre l'élaboration des normes et leur réelle application.

Or, le droit national des pays membres ne reçoit pas les normes régionales et internationales de la même manière. À titre exemple, certains instruments régionaux et internationaux des droits de la personne peuvent autant être reconnus dans un pays comme des normes avec la hiérarchie constitutionnelle (par exemple l'Argentine) qu'être reconnus dans un autre pays comme des normes de hiérarchie inférieure à la constitution (par exemple le Paraguay)⁵². Ces asymétries influencent l'application des normes, empêchant une plus grande protection des droits des travailleurs migrants et bloquant ainsi un plus grand développement de ce thème dans le cadre normatif du MERCOSUR. De plus, l'intégration des normes internationales dans l'ordre juridique des pays en étude nous porte à considérer les difficultés d'incorporation des propres normes du MERCOSUR. En réalité, il n'existe pas de système particulier de réception des normes du MERCOSUR. L'actuel système est très lent et complexe, puisqu'il dépend des normes internes de chaque pays, celles-ci étant parfois contradictoires. Tout compte fait, nous croyons à la nécessité d'une harmonisation des normes afin de réduire les asymétries et par conséquent, permettre une plus grande protection, du moins sur le plan formel, des droits des travailleurs en situation irrégulière.

Les pays membres du MERCOSUR se sont engagés à harmoniser leur législation dans le but de renforcer le processus d'intégration⁵³. Dans ce contexte, on remarque la nécessité d'harmoniser les normes qui régissent les relations de travail, la sécurité sociale et la migration. On croit que l'adoption de normes minimales de protection équivalentes dans tous les pays membres du MERCOSUR contribuerait à établir des conditions humaines de travail et à offrir une

plus grande protection, du moins formelle, à tous les travailleurs migrants dans le MERCOSUR. Cette harmonisation doit être faite vers le « haut », c'est-à-dire qu'elle doit considérer les normes les plus favorables aux travailleurs afin d'atteindre son principal objectif. Dans le MERCOSUR, deux principaux événements nous indiquent qu'un processus d'harmonisation de normes a débuté. D'abord, la réalisation d'activités visant la promotion d'harmonisation de normes faites par ses organismes, comme le SGT n° 10, le FCES et le CRMI. Ensuite, l'adoption des accords qui établissent des politiques et des normes communes sur la circulation et la migration de la main-d'œuvre⁵⁴. Cependant, ces accords se limitent encore à la promotion de la circulation de travailleurs et traitent très peu de la protection des droits de ceux-ci.

Ainsi, la question qu'on se pose est de savoir quelle norme devrait être considérée comme une base commune à l'harmonisation. Les pays devraient-ils s'inspirer des normes nationales, des normes bilatérales, des normes du MERCOSUR, de celles des organismes régionaux ou de celles des organismes internationaux? Or, la protection des droits des travailleurs en situation irrégulière dans les normes nationales est très complexe et asymétrique. Dans les normes du MERCOSUR, la protection de leurs droits est soit remise aux normes nationales, soit présente dans un instrument dont le caractère contraignant ne fait pas l'objet de consensus entre les pays signataires, comme c'est le cas de la *Declaración Sociolaboral*. Nous croyons que les normes des organismes régionaux et internationaux, principalement la Convention de l'ONU sur les droits des travailleurs migrants, sont les normes qui offrent une plus grande protection des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et pourront donc fortement guider les pays membres du MERCOSUR dans le processus d'harmonisation des normes.

Ce processus pourrait, par exemple, déterminer la ratification d'un nombre minimum de conventions de l'OIT et d'autres instruments de droits de la personne, comme la Convention de 1990 de l'ONU sur les travailleurs migrants. Cependant, encore ici le système complexe de réception de ces instruments dans les normes nationales pose des problèmes. Il nous paraît

⁵² *Constitución de Nación Argentina*, 22 août 1994, Boletín Oficial, 22 août 1994, n° 27.959, p.8 (N.C.), art. 75(22). En ligne : <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorm/ConstitucionNacional.htm> (date d'accès: 10/06/2005); *Constitución de la República de Paraguay*, 20 juin 1992, El Diario Noticias, 20 juin 1992, pp. 3-58, art. 137,141. En ligne: <http://www.georgetownedupba/Constituciones/Paraguay/para1992.html>(date d'accès: 10/06/2005).

⁵³ *Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa do Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay*, 26 mai 1991, art1, en ligne: Mercosur <http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm> (date d'accès: 10/06/2005).

⁵⁴ Voir *supra* « Les normes du MERCOSUR ».

insuffisant d'élaborer ou d'adopter des instruments qui prennent en compte les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière, tout en sachant que leur application dépend de la manière avec laquelle chaque pays les interprètent et les reçoivent dans leur ordre juridique. Pour cette raison, au-delà d'une harmonisation du contenu des normes, nous croyons qu'une harmonisation des mécanismes de réception, d'interprétation et d'application des normes serait nécessaire afin que les droits de travailleurs migrants en situation irrégulière ne deviennent pas lettre morte.

Conclusion

En conclusion, l'élaboration de plusieurs instruments juridiques concernant les travailleurs migrants et la réalisation d'activités au sein du MERCOSUR sur les migrations nous suggèrent que la question de la migration des travailleurs fait partie de l'agenda des pays membres du MERCOSUR et qu'un processus d'harmonisation des normes traitant de ce sujet a commencé. Néanmoins, au-delà de la promotion de la libre circulation des travailleurs, les pays en question ne doivent pas ignorer la protection, du moins formelle, des droits des travailleurs migrants. Sans aucun doute, ce contexte demande encore plus de volonté politique afin d'y inclure les migrants qui sont en situation irrégulière. En somme, l'étape actuelle du processus d'intégration du MERCOSUR et la réalité des flux migratoires dans la région exigent que la protection des travailleurs ne se limite plus aux normes nationales mais qu'elle passe à un niveau régional.

Dans une étude postérieure, d'autres questions méritent d'être développées. Il serait intéressant d'approfondir la recherche à savoir : quelles normes devraient être abolies, conservées, ou reformulées, dans le processus d'harmonisation? Quels seront les effets de l'harmonisation sur les conditions de travail des travailleurs migrants? Contribuera-t-elle à réduire la situation de vulnérabilité de ceux qui sont en situation irrégulière?