

L'INFORMALISATION DES POLITIQUES MIGRATOIRES : LES PIÈGES DE LA *SOFT LAW*

Juin 2022

Mal connue du public, la *soft law* est une arme redoutable entre les mains des États, qui utilisent cette méthode quand ils veulent contourner les contraintes et la rigidité que leur imposeraient les lois nationales ou les textes et traités internationaux.

Elle est souvent mobilisée dans le domaine du « contrôle des flux migratoires », sans qu'il soit facile de faire toujours la différence entre la stricte application du droit et ses contournements. L'externalisation des politiques d'asile et d'immigration est un exemple typique du recours à la *soft law* : l'Union européenne (UE) ou ses États membres trouvent avantage à négocier toute une foule d'arrangements aux noms divers, plus ou moins informels, avec leurs « partenaires » des pays tiers, fictivement présentés sur un pied d'égalité.

La finalité est de contraindre ces derniers à stopper l'immigration à la source ou à reprendre sur leur sol les indésirables qu'on leur renverra, parfois au prétexte de

l'urgence (comme ce fut le cas avec la « déclaration » UE-Turquie en mars 2016, supposée mettre fin à la mal nommée « crise migratoire ») : avec la *soft law*, certaines clauses contraires aux droits fondamentaux peuvent rester occultes. Les abus seront imputés à ces autorités extérieures à l'Europe, les instances parlementaires ou judiciaires ne seront pas saisies, les dissensions internes seront moins visibles et, devant d'éventuels écueils, il sera plus aisé de changer de cap.

S'ouvre ainsi un vaste domaine à des formes d'infra-droit qui, par-delà la diversité des modes opératoires, mènent inévitablement au déni des normes en vigueur. D'où l'enjeu que représente, pour les associations de défense des droits humains, la connaissance des mécanismes de la *soft law* et des discours publics qui visent à en imposer la légitimité dans l'opinion.

La montée en puissance de l’informalisation des politiques migratoires

Le problème relatif à la prolifération de pratiques et politiques relevant de la *soft law* ne réside pas tant dans leur caractère non-contraignant d’un point de vue juridique que dans leur volonté de court-circuiter les procédures visant à garantir le plein respect du droit international public et du droit européen. Au cours des dernières décennies, de nombreux accords bilatéraux et multilatéraux ont été adoptés, dans des domaines aussi divers que le commerce, la sécurité, la finance et la coopération militaire, sans que le pouvoir législatif (parlements nationaux et européen) ait pu débattre de leur compatibilité juridique et constitutionnelle. Cette tendance à contourner le droit de regard des parlements renvoie à des enjeux démocratiques majeurs, d’autant plus qu’elle engendre des effets concrets sur les droits des individus (migrant·e·s ou non).

Dans le domaine migratoire, on observe aujourd’hui une forte propension des États à recourir à des arrangements administratifs, mémorandums d’entente, notes verbales et autres accords atypiques afin de contrôler les mouvements migratoires. La coopération en matière de réadmission des étranger·e·s en situation « irrégulière » ou débouté·e·s du droit d’asile est emblématique de ces développements où le pouvoir exécutif affiche, à grand renfort de visibilité médiatique, sa volonté d’agir sur le contrôle des migrations. À l’échelle européenne, le Cadre de partenariat proposé par la Commission européenne en 2016 incarne bien l’emprise de l’informel : il vise à favoriser une

« entente mutuelle » sur les questions de gestion des migrations ainsi que sur leur opérationnalisation au moyen de « pactes ». Certes, ces derniers ne peuvent pas être assimilés à des accords de réadmission. Toutefois, qu’on les qualifie de « déclaration conjointe », de « programme commun » ou de « procédures opérationnelles standardisées », ces arrangements n’en sont pas moins des accords fondés sur des engagements réciproques entre les signataires. Dans sa proposition, la Commission s’appuie sur la déclaration politique du Sommet de La Valette (2015) qui mentionnait, dans son plan d’action, « la nécessité d’arrangements mutuellement convenus en matière de retour et de réadmission ». En fait, on s’est inspiré là des modes opératoires auxquels les États membres ont eu recours bien avant que l’UE ne les adopte à son tour pour les cristalliser par la suite dans le Pacte sur la migration et l’asile (2020). Car le processus d’informalisation en matière de réadmission est apparu, en premier lieu, à l’échelle intergouvernementale puis s’est développé, beaucoup plus tard, à l’échelle européenne.

À partir du cas de la réadmission, on peut identifier quatre attributs propres à la *soft law*. Premièrement, elle renforce les prérogatives régaliennes des États (au Nord comme au Sud), au centre desquelles se place la sécurité, et démontre à l’opinion publique que les États ont la capacité de contrôler les frontières, que celle-ci soit réelle ou pas. Deuxièmement, sa fonction est de rendre les termes de la coopération plus adaptés aux incer-

titudes, quitte à les rendre peu transparents. Troisièmement, sous prétexte de répondre à des situations d’urgence, elle contourne le droit de regard des parlements. Enfin, en raison de son caractère secret, son existence et sa portée juridique réelle peuvent facilement être récusées par les décideurs, en cas de dénonciation par la société civile ou de changement de stratégie pour toute autre raison.

Ces quatre attributs revêtent une dimension aussi bien symbolique que politique, répondant à des défis externes (par exemple, la « lutte contre les flux migratoires irréguliers ») et à des enjeux internes (tensions entre souverainisme et supranationalisme européen). La montée du populisme et de l’euroscpticisme, ajoutée à l’activisme des partis politiques anti-immigration en Occident, voilà autant de facteurs qui ont justifié, comme un mal nécessaire, le recours à des modes opératoires de plus en plus informels et opaques, à même de discipliner un électorat en quête de réponses.

La montée en puissance de l’informalisation des politiques migratoires milite en faveur d’une évaluation empirique des pratiques des États et de leur portée juridique, politique et morale, des intentions formulées par les signataires et, enfin, des conséquences de leurs actes sur les droits fondamentaux et le respect des obligations internationales des États, sinon de l’UE dans son ensemble.

Soft law, de quoi parle-t-on ?

L’expression anglo-saxonne *soft law* apparaît dans les années 1930 pour désigner un ensemble hétérogène d’instruments juridiques atypiques qui se multiplient aux échelles internationale, régionale et nationale. Les États membres de l’UE l’ont adoptée pour freiner les arrivées d’exilé·e·s et expulser celles et ceux qui ont atteint leurs frontières. Les règles énoncées ne créent ni droits ni obligations (« droit mou ») ; elles ne sont pas assorties de sanctions juridiques (« droit doux »). Elles influencent le comportement de leurs destinataires et invitent au développement de certaines pratiques (« droit souple ») ; elles offrent une grande liberté aux États, leur laissant des marges d’interprétation et d’intervention (« droit flexible »).

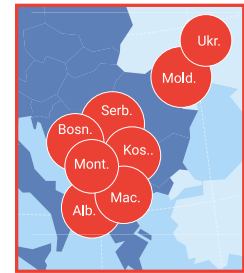
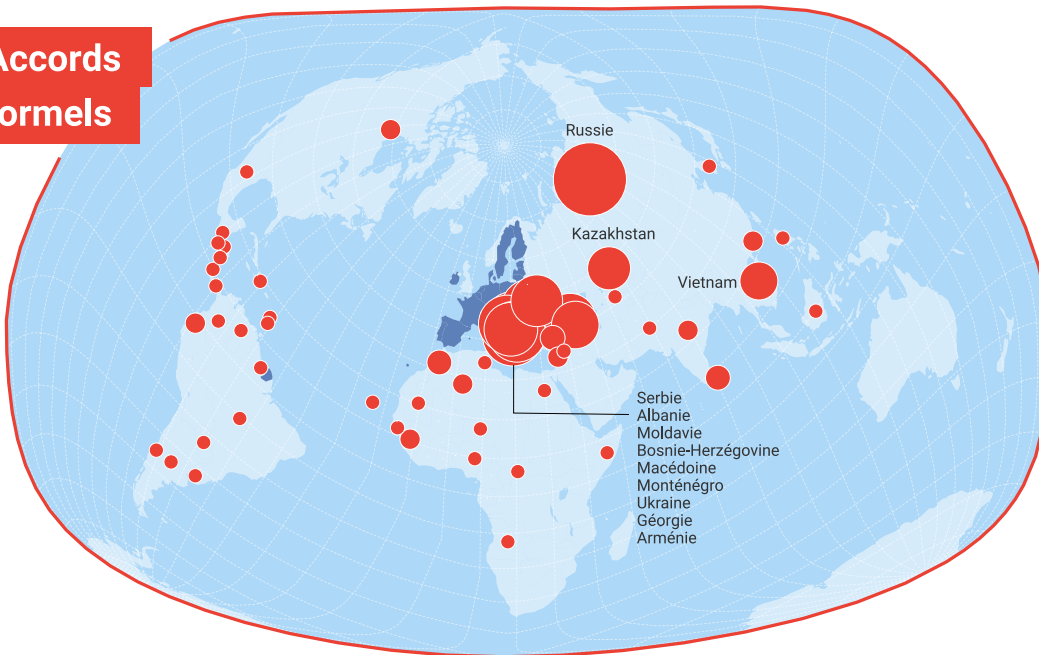
Les textes de *soft law* ont pourtant des effets juridiques. Si certains regardent ces instruments comme des outils qui favorisent l’effectivité des droits reconnus ou la reconnaissance de nouveaux droits, d’autres en soulignent les dangers : la *soft law* dégrade la qualité de la norme en affectant le principe de sécu-

rité juridique ; elle permet de contourner les exigences démocratiques de contrôle politique et judiciaire ; elle autorise à abaisser les standards de protection des droits établis dans les instruments internationaux de *hard law*.

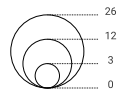
En matière migratoire, les détériorations des droits et libertés des exilé·e·s sont à relever. En Europe, foisonnent des textes qui sont pris sans base juridique, sans contrôle du Parlement et sans recours possible au juge, et qui contribuent à la gestion intégrée des frontières extérieures de l’Union : opinions, recommandations, lignes directrices, communications, codes de conduite, notes, accords interinstitutionnels, conclusions, déclarations, résolutions, accords de travail, meilleures pratiques, « *non-papers* », échanges de lettres, arrangements administratifs, accords de coopération policière, mémorandums d’entente, procédures opérationnelles standardisées, etc. Quel que soit l’habillage, ces divers procédés de la *soft law* menacent et bafouent les droits des personnes migrantes.

L'obsession de la réadmission : la dérive vers l'informalisation

Accords formels



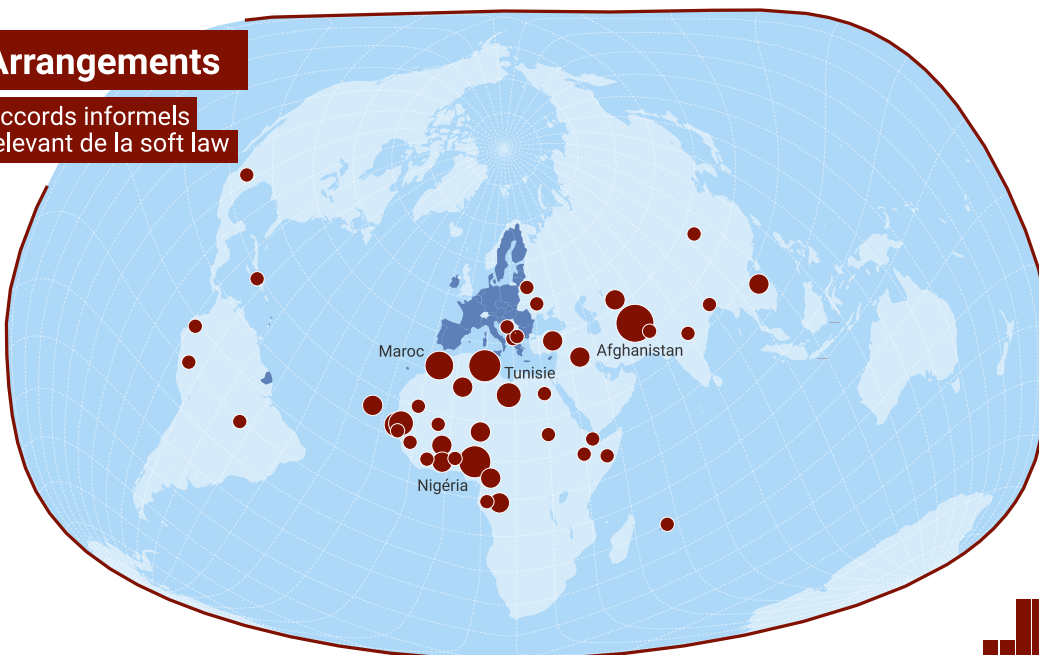
Nombre d'accords bilatéraux en matière de réadmission conclus par les pays tiers avec les 27 États membres de l'UE (en mars 2022)



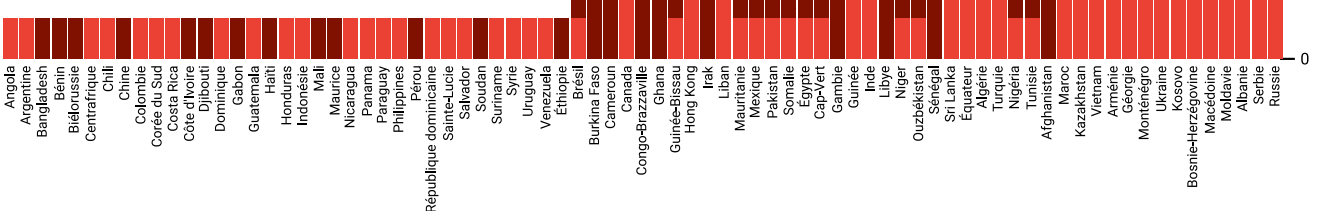
Accords formels
Arrangements

Arrangements

Accords informels relevant de la soft law



Cartographie : Nicolas Lambert pour la BIC (Brigade d'Interventions Cartographiques), 2022
Source : données collectées et traitées par Jean-Pierre Cassarino, mars 2022. – <https://www.jeanpierrecassarino.com/datasets/ra/>



La soft law enferme les exilé·e·s dans l'enfer libyen

Dans un rapport du 23 mars 2022, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU détaille les exactions subies par les migrant·e·s en Libye telles que détentions arbitraires, exécutions sommaires, tortures, traitements inhumains, violences sexuelles, extorsions, esclavage, travail forcé, qui sont constitutives de crimes contre l'humanité selon une Mission d'enquête indépendante de l'ONU de novembre 2021. Les images diffusées par CNN en 2017 reviennent en mémoire : celles d'exilé·e·s vendu·e·s aux enchères sur des marchés aux esclaves. L'Union européenne (UE) y a sa responsabilité : elle fait de la Libye un piège infernal pour les personnes migrantes, en contribuant à empêcher leur départ et en les refoulant vers ce pays où leurs droits sont bafoués.

Il y a eu cinq ans en 2022 qu'a été conclu le protocole d'entente du 2 février 2017 entre Paolo Gentiloni, premier ministre italien, et Fayez al-Sarraj, chef du gouvernement libyen d'unité nationale. Voulu par l'UE et ses États membres, cet accord a reçu leur soutien dès le 3 février. Il s'agit d'un instrument de *soft law* car il n'a été contrôlé ni par les chambres ni par les juridictions italiennes.

Certes, des accords en bonne et due forme ont été passés entre l'Italie et la Libye : le 13 décembre 2000 (accord de Rome), le 29 décembre 2007 (accord de Tripoli), et le 30 août 2008 (accord de Benghazi dit « traité d'amitié »). Mais la condamnation de l'Italie par la Cour européenne des droits de l'homme en 2012 dans l'arrêt *Hirsi Jamaa* a conduit les autorités à recourir à la *soft law*. Le juge de Strasbourg avait en effet estimé que l'interception d'embarcations dérivant au large de Lampedusa et le refoulement immédiat vers la Libye des migrant·e·s

appréhendé·e·s au titre du traité d'amitié de 2008 violaient le principe de non-refoulement et la prohibition des expulsions collectives.

La coopération migratoire entre l'Italie et la Libye s'inscrit dans le temps long, ainsi que dans une dynamique européenne qui ne s'inquiète guère de traiter avec des acteurs voyous : d'abord, le régime de Kadhafi sous embargo international ; désormais des factions opposées, tribus rivales, bandes armées, criminels reconnus, qui se partagent le contrôle des équipes de garde-côtes et des centres de détention.

Dès le début des années 2000, l'UE affirme l'importance de coopérer avec la Libye pour empêcher les migrations prenant la voie de la Méditerranée centrale : le Conseil de l'UE l'affiche en 2002 ; il demande en 2003 à la Commission de mener une mission en Libye ; il finance dès 2004 des projets de renforcement de la frontière entre la Libye et le Niger et d'assistance à l'expulsion des immigrés ; il engage en 2005 un dialogue *ad hoc* avec le régime de Kadhafi ; il mandate en 2008 la Commission pour mener des négociations avec la Libye ; il adopte en 2010 un « agenda de coopération sur la lutte contre l'immigration clandestine » ; il déploie en 2015 l'opération EUNAVFOR MED visant à la destruction des bateaux libyens transportant des migrants ; il crée en 2015 le Fonds fiduciaire d'urgence de l'UE pour l'Afrique (EUTF Africa) doté de 5 milliards d'euros, dont une partie attribuée à la Libye.

Pour passer les accords et mener les coopérations avec la Libye, l'UE s'appuie sur l'exécutif italien. Le Conseil de l'UE se félicite des mesures prises par

l'Italie en définissant la lutte contre les migrations irrégulières venant de Libye comme un objectif prioritaire (2009), ou en estimant la coopération avec la Libye comme un modèle à suivre avec tous les pays de départ des migrant·e·s (2017).

La Libye intercepte les migrant·e·s parti·e·s en mer vers les côtes européennes pour les ramener sur son territoire. L'UE et l'Italie, quant à elles, renforcent les capacités de surveillance maritime des garde-côtes libyens, en leur apportant moyens techniques et soutiens financiers. L'aide globale à la Libye est substantielle : en 2008, l'Italie a promis 5 milliards de dollars d'investissements sur une période de 20 ans, dont 500 millions voués à la surveillance des frontières maritimes ; l'UE a fourni des licences d'exportation d'armes pour plus de 1,3 milliard d'euros entre 2007 et 2016, et a consacré 700 millions d'euros à la coopération avec la Libye ; s'ajoutent les versements aux chefs de tribus, bandes et milices.

Les autorités maltaises soustraient aussi la gestion des migrations : un arrangement conclu en 2019 prévoit que les garde-côtes libyens interceptent les migrant·e·s avant qu'ils et elles ne pénètrent dans les eaux territoriales maltaises et les ramènent ensuite sur les côtes libyennes.

Instrument de la politique européenne, la *soft law* enferme les exilé·e·s dans l'enfer libyen : péril et mort en Méditerranée, torture et criminalisation en Libye et par ricochet dans les États voisins. Institutions européennes et agences onusiennes le savent ; elles collaborent pourtant à cette politique mortifère.

La bibliographie est disponible sur le site internet de Migreurop : www.migreurop.org dans la rubrique *Nos publications / Notes d'actualité*.
<http://www.migreurop.org/article3107.html>

migreurop

MIGREUROP est un réseau d'associations, de militant·e·s et de chercheuses et chercheurs présent·e·s dans une vingtaine de pays d'Europe, d'Afrique et du Proche-Orient. Notre objectif est de faire connaître et de dénoncer les politiques de mise à l'écart des personnes en migration, en particulier l'enfermement dans des camps, les formes diverses d'expulsion, la fermeture des frontières ainsi que l'externalisation des contrôles migratoires pratiquée par l'Union européenne et ses États membres.

Nous contribuons ainsi à la défense des droits fondamentaux des exilé·e·s (dont celui de « quitter tout pays y compris le sien ») et à promouvoir la liberté de circulation et d'installation.

www.migreurop.org

Retrouvez migreurop sur  et sur  @migreurop

MIGREUROP - CICP - 21ter rue Voltaire 75011 Paris

Design graphique : La société

Dir. de la publication : Yasha Maccanico

AVEC LE SOUTIEN DE :

