

La condition des migrants sous la réintroduction des contrôles aux frontières : le cas de l'état d'urgence à la frontière franco-italienne

Bastien Charaudeau Santomauro

▶ **To cite this version:**

Bastien Charaudeau Santomauro. La condition des migrants sous la réintroduction des contrôles aux frontières : le cas de l'état d'urgence à la frontière franco-italienne. Myriam Benlolo-Carabot. Union européenne et migrations, Éditions Bruylant, pp.328 - 344, 2020, 9782802762706. hal-03224278

HAL Id: hal-03224278

https://sciencespo.hal.science/hal-03224278

Submitted on 28 Feb 2022

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

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

La condition des migrants sous la réintroduction des contrôles aux frontières : le cas de l'état d'urgence à la frontière franco-italienne[1]

Ce texte propose des pistes de réflexion[2] sur la condition juridique et politique de l'étranger migrant[3] à partir du cas de la frontière franco-italienne dans le contexte de l'état d'urgence qu'a connu la France entre le 14 novembre 2015 et le 1er novembre 2017[4]. Il mêle délibérément des éléments de droit et de théorie politique dans le but de construire une approche interdisciplinaire.

Entre novembre 2015 et novembre 2017, la frontière franco-italienne est caractérisée à la fois par la réintroduction des contrôles frontaliers dans le contexte de l'état d'urgence et par les passages réguliers de migrants ayant transité par l'Italie. Nous aborderons, dans un premier temps, les pratiques de contrôles observées à la frontière dans la période de l'état d'urgence (I), puis nous proposerons une première analyse juridique de ces pratiques vis-à-vis du droit de l'Union européenne (UE) et des droits fondamentaux (II). Nous suggérerons enfin une interprétation du cas de la frontière à partir d'un concept, l'« a-territorialité », et de ses implications sur la condition des personnes migrantes (III).

1. Bastien Charaudeau Santomauro, doctorant, École de droit de Sciences Po.

2. Le texte proposé est un travail préliminaire à une thèse de doctorat débutée en septembre 2017.

3. Dans ce texte, le terme « migrant » est privilégié pour désigner les étrangers qui traversent la frontière. Il correspond à une réalité sociologique. En tant que tel, l'usage du terme « migrant » n'exclut pas les qualifications juridiques dont les personnes concernées peuvent faire l'objet (demandeur d'asile, réfugié, étranger en situation irrégulière, etc.).

4. Ces analyses ont vocation à être prolongées dans le cadre de la situation actuelle caractérisée par la levée de l'état d'urgence, l'adoption de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme et le maintien des contrôles aux frontières de la France.

I. – LES PRATIQUES DE L'ÉTAT D'URGENCE À LA FRONTIÈRE FRANCO-ITALIENNE

Dans le cadre d'un travail interdisciplinaire, l'étude de l'état d'urgence à la frontière franco-italienne ne peut se réduire aux dispositions de la loi du 3 avril 1955[5], mais doit prendre en compte l'ensemble des pratiques policières et administratives qui en découlent[6].

La frontière franco-italienne est un lieu de passage privilégié pour de nombreux migrants qui se trouvent en Italie et souhaitent se rendre en France, au Royaume-Uni ou en Allemagne. Entre 2015 et 2017, les migrants traversant la frontière étaient principalement de nationalités soudanaise, ivoirienne, guinéenne, érythréenne, tchadienne, malienne et afghane[7]. Les associations de défense des droits des migrants qui travaillent à la frontière (le Gisti, la Cimade, Amnesty International France, l'Anafé, l'association Roya citoyenne et l'association Défends ta citoyenneté) affirment que la condition des personnes étrangères qui arrivent en France est rendue particulièrement difficile depuis l'entrée en vigueur de l'état d'urgence et la réintroduction des contrôles aux frontières en novembre 2015. En substance, selon ces associations, les migrants interpellés sont l'objet de mesures de privation de liberté et de renvois immédiats en Italie. À titre d'exemple, selon la Cimade, ce sont entre 100 et 150 renvois immédiats qui sont effectués chaque jour au seul poste frontière de Menton Saint-Louis durant l'été 2017[8]. En février 2017, Amnesty International France (AIF) a réalisé une mission d'observation sur la condition des migrants à la frontière franco-italienne[9], la plus exhaustive sous la mise en place de l'état d'urgence. Le rapport qui a été rendu est le fruit d'un travail de terrain et d'un recueil de témoignages de migrants, d'associations de défense des droits des étrangers et d'avocats qui travaillent à la frontière. L'association y révèle, en ses propres termes, que le rétablissement des contrôles à la frontière

5. Loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, modifiée par la loi du 20 novembre 2015.

6. Ce travail préliminaire se fonde principalement sur des rapports d'associations et sur le rapport de visite du contrôleur général des lieux de privation de liberté concernant les services de la police aux frontières de Menton (septembre 2017). Il prend également en compte des communications d'associations travaillant à la frontière ainsi que des autorités compétentes. Il est enfin enrichi par une enquête de terrain effectuée par l'auteur durant l'été 2018 intégrant des entretiens portant sur la période de l'état d'urgence.

7. Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport de visite des locaux de la police aux frontières de Menton (Alpes-Maritimes) - 2e visite : Contrôle des personnes migrantes à la frontière franco-italienne*, 26 janvier 2018, p. 17, et L. GILIBERTI, « La militarisation de la frontière franco-italienne et le réseau de solidarité avec les migrant·e·s dans la Vallée de la Roya », *Mouvements*, 2018, vol. 93, n° 1, p. 150.

8. La Cimade, « Menton : des libertés prises avec le droit », *lacimade.org*, 7 juin 2018, [http://www.lacimade.org/menton-des-libertes-prises-avec-le-droit/], (page consultée le 7 octobre 2018).

9. Amnesty International, *Des contrôles aux confins du droit. Violations des droits humains à la frontière avec l'Italie*, Synthèse de mission d'observation, février 2017.

franco-italienne donne lieu en pratique à des violations du droit d'asile tel qu'il est défini aux niveaux français, communautaire et international[10]. Ces constats sont partagés par la Contrôleure générale des lieux de privation de liberté dans son rapport de visite des locaux de la police aux frontières (PAF) de Menton. Elle y révèle des conditions de privation de liberté des personnes migrantes qui ne respectent pas les droits fondamentaux et des renvois immédiats ne permettant pas le plein exercice du droit d'asile à la frontière[11].

Pour illustrer ces pratiques, nous prendrons deux exemples tirés de l'actualité 2016-2017 qui nous semblent significatifs au regard de la condition des migrants et de la rhétorique de l'état d'urgence, dans la mesure où ils ont fait l'objet d'un discours institutionnel. Le premier exemple est celui du renvoi par la police aux frontières d'une cinquantaine de personnes migrantes – dont des mineurs – par voie ferroviaire les 11 et 12 novembre 2016[12]. À peine arrivées sur le territoire français, ces personnes ont été immédiatement renvoyées vers l'Italie par le train. S'il s'agit d'un cas parmi tous ceux qui sont dénoncés par la société civile à la frontière franco-italienne, il est particulièrement intéressant, car sa médiatisation a donné lieu à une déclaration du procureur de la République de Nice, M. Jean-Michel Prêtre. En réponse aux critiques des associations, le procureur a justifié ces expulsions au titre de l'état d'urgence : le rétablissement des contrôles aux frontières dans le cadre de l'état d'urgence crée, selon lui, une fiction juridique selon laquelle les migrants irréguliers arrivant d'Italie sont réputés n'étant pas entrés sur le territoire français[13]. En vertu de cela, ils doivent « immédiatement être renvoyés, qu'ils soient majeurs ou mineurs[14] ». Le deuxième exemple est celui de la création d'une « zone de rétention provisoire » dans les locaux de la police aux frontières de Menton Pont Saint-Louis. Cet événement est rapporté par le Syndicat des avocats de France, la Cimade, le Gisti, l'Anafé et les Avocats pour la défense des droits des étrangers[15]. À la suite d'une mission d'observation menée du 15 au 20 mai 2017, les associations

10. *Ibid.*, pp. 5-7.

11. Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport de visite des locaux de la police aux frontières de Menton (Alpes-Maritimes) - 2e visite : Contrôle des personnes migrantes à la frontière franco-italienne*, 26 janvier 2018, pp. 3-4.

12. AFP, « France "illegally" deported minors to Italy: rights groups », *Thelocal.fr*, [https://www.thelocal.fr/20161119/france-illegally-deported-minors-to-italy-rights-groups] (page consultée le 7 octobre 2018), et RFI, « France : manifestation à Nice contre le renvoi des réfugiés mineurs en Italie », *RFI.fr*, [http://www.rfi.fr/france/20161120-france-manifestation-nice-contre-procedure-renvoi-refugies-mineurs-italie] (page consultée le 7 octobre 2018).

13. AFP, « France "illegally" deported minors to Italy: rights groups », *Thelocal.fr*, 19 novembre 2016, [https://www.thelocal.fr/20161119/france-illegally-deported-minors-to-italy-rights-groups] (page consultée le 7 octobre 2018).

14. *Ibid.*, ces propos sont rapportés par le journaliste dans l'article précité.

15. Gisti, « Menton : des personnes exilées détenues en toute illégalité à la frontière », *gisti.org*, 7 juin 2017, [http://www.gisti.org/spip.php?article5691] (page consultée le 7 octobre 2018).

ont dévoilé que des étrangers étaient retenus dans les locaux de la PAF à Menton dans l'attente d'être renvoyés en Italie. Cette découverte a donné lieu à une requête en référé-liberté faite au Tribunal administratif de Nice puis au Conseil d'État pour mettre fin aux mesures privatives de liberté. Interrogé sur la nature de cet espace de rétention créé par le préfet du département, le chef de la police a d'abord affirmé qu'il correspondait à une zone d'attente[16], définie par le droit français[17] et dont la liste exhaustive est préalablement fixée par l'administration. Or, au titre de la loi, les associations qui confrontaient la PAF sur la légalité de ce lieu sont habilitées à visiter toutes les zones d'attente[18]. C'est l'une des garanties prévues par la loi visant à sauvegarder les droits des étrangers dont l'entrée sur le territoire a été refusée. Selon ces associations, la police se serait ensuite rétractée pour leur refuser l'entrée dans la zone découverte en la requalifiant de « zone de rétention provisoire pour les personnes non admises, un lieu privatif de liberté pour les personnes qui vont être réadmises en Italie[19] ».

Ces pratiques qui sont rendues possibles par la réintroduction des contrôles aux frontières de la France posent un certain nombre de questions quant à leur fondement juridique en droit de l'Union européenne et sous le régime de l'état d'urgence. Nous insisterons à présent sur la place de l'état d'urgence dans la justification de ce dispositif frontalier.

II. – QUALIFIER L'ÉTAT D'URGENCE À LA FRONTIÈRE : UNE EXCEPTION AUX CONFINS DU DROIT ?

A. *L'état d'urgence comme justification du rétablissement des contrôles frontaliers*

Le 14 novembre 2015, le gouvernement français avait promulgué par décret l'état d'urgence au titre de la loi du 3 avril 1955[20]. Il visait alors à répondre aux attaques terroristes qui avaient eu lieu dans la nuit du 13 au 14 novembre à la suite desquelles les auteurs étaient en fuite. Le 20

16. *Ibid.* Le discours est rapporté par les associations dans le communiqué.

17. Art. L221-1 à L224-4 et R221-1 à R223-14 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

18. Art. R223-8 CESEDA et arrêté du 29 mai 2018 fixant la liste des associations humanitaires habilitées à proposer des représentants en vue d'accéder en zone d'attente, consultable en ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037090710.

19. Gisti, « Menton : des personnes exilées détenues en toute illégalité à la frontière », *gisti.org*, 7 juin 2017, [http://www.gisti.org/spip.php?article5691] (page consultée le 7 octobre 2018). Propos rapportés.

20. Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

novembre 2015, l'Assemblée nationale a adopté une loi apportant quelques modifications à la loi de 1955 et prorogeant l'état d'urgence pour trois mois[21]. Par la suite, l'état d'urgence a été prolongé six fois par tranche de trois ou six mois jusqu'à ce qu'il soit levé le 1er novembre 2017. Entre le 14 novembre 2015 et le 1er novembre 2017, la France a continuellement été sous le régime de l'état d'urgence. Certaines des dispositions de l'état d'urgence ont été inscrites dans le droit commun par le moyen de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

L'état d'urgence permet un certain nombre de dérogations, notamment à la procédure pénale. Les plus connues sont celles relatives aux assignations à résidence, aux saisies de données informatiques et aux perquisitions administratives. Pourtant, les dimensions restrictives de libertés qui nous intéressent dans le cas de la frontière franco-italienne ne figurent pas explicitement dans l'énonciation qui vient d'être faite. La liberté remise en cause, qui concerne notamment les migrants, est celle de franchir la frontière et, par suite, de demander l'asile. Il est étonnant qu'à cet égard, rien ne soit prévu dans la loi du 3 avril 1955 modifiée par la loi du 20 novembre 2015 : aucune mention n'est faite du rétablissement des contrôles aux frontières[22]. Autrement dit, sur le plan juridique, l'état d'urgence n'engendre pas de restriction générale à la libre circulation des personnes au sein de l'espace Schengen. En réalité, il n'engendre les contrôles aux frontières que dans la mesure où il est mobilisé comme justification dans les communications du gouvernement français aux États membres et à la Commission européenne en vue d'activer l'article 25 du Code frontières Schengen[23] (CFS). Ce règlement UE, dont la dernière révision date du 9 mars 2016, encadre les obligations des États en matière de contrôles aux frontières. Il pose la règle générale de l'absence de contrôle aux frontières intérieures et du contrôle accru aux frontières extérieures de l'Union européenne. L'article 22 prévoit le libre franchissement des frontières intérieures par toute personne, quelle que soit sa nationalité. Cette liberté s'entend de l'absence de contrôle à ces frontières[24]. Des

21. Loi du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

22. Le fait que la loi de 1955 ne prévoie pas une telle mesure s'explique par l'absence de libre circulation à l'intérieur de l'Union européenne qui, à l'époque, n'en avait alors pas même la forme institutionnelle. En revanche, la loi du 20 novembre 2015 qui pouvait le prendre en compte n'en a rien fait.

23. Ce code prend la forme d'un règlement de l'Union européenne : règlement (UE) n° 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontières Schengen).

24. Art. 22 CFS : « Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité ».

contrôles de police peuvent être effectués dans les zones frontalières, mais seulement « dans la mesure où l'exercice de ces compétences n'a pas un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières[25] ». Le Code frontières Schengen prévoit en même temps les conditions du rétablissement temporaire des contrôles aux frontières intérieures dans ses articles 25 à 35 au chapitre II, intitulé « Réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ». Les contrôles aux frontières intérieures de la France ont été rétablis depuis le 13 novembre 2015 au titre de l'article 25 qui autorise un tel rétablissement « en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure d'un État membre » pour la « durée prévisible[26] » de la menace. La France s'est d'abord fondée sur les articles 25 et 27, l'article 27 disposant de la procédure à suivre, dans le cadre de la COP 21 (du 13 novembre 2015 au 13 décembre 2015), puis en raison de l'état d'urgence lié aux attaques de Paris (du 14 décembre 2015 au 26 mai 2016), de l'Euro et du Tour de France dans un contexte de menace terroriste (du 27 mai 2016 au 26 juillet 2016), de l'état d'urgence et des attentats de Nice (du 26 juillet 2016 au 26 janvier 2017), de la menace terroriste persistante et de l'état d'urgence (du 27 janvier 2017 au 15 juillet 2017, puis du 16 juillet 2017 au 31 octobre 2017 pour la période qui concerne cet article)[27]. Ainsi, l'état d'urgence engendre-t-il le rétablissement des contrôles aux frontières comme circonstance plutôt que comme régime juridique. C'est donc le régime européen de l'exception au libre franchissement des frontières intérieures qui doit être questionné. Le chapitre II du Code frontières Schengen prévoit en effet une situation exceptionnelle vis-à-vis du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui consacre « l'absence de tout contrôle des personnes, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures [...][28] ». Pourtant, les termes de l'article 25 qui autorise l'exception semblent laisser place à une pratique facilitée du rétablissement des contrôles. Ce recours à la suspension du libre franchissement des frontières intérieures dans le cadre de la menace terroriste suscite une interrogation à l'égard de la norme suspendue. Si le rétablissement des contrôles peut durer autant que la menace identifiée, comme la lettre de l'article 25 le prévoit, qu'advient-il de l'espace Schengen de libre circulation des personnes ? L'argument est avancé par Bernard Manin sur le risque de l'usage de l'état d'urgence en général pour répondre

25. Art. 23 CFS.

26. Art. 25 CFS.

27. Les réintroductions des contrôles aux frontières par la France et leurs motifs sont consultables en ligne sur le site de la Commission européenne : https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf.

28. Art. 77, § 1er, TFUE.

à la menace terroriste[29]. Il précise en citant des sources gouvernementales que « le terrorisme n'est pas une menace temporaire[30] », en conséquence de quoi le paradigme de l'exception dont le caractère temporaire est essentiel ne peut être une réaction pertinente[31]. La même contradiction joue dans le recours à l'article 25 du Code frontières Schengen sur le moyen et le long terme : si celui-ci pose le « cadre général de rétablissement *temporaire* du contrôle aux frontières intérieures » (titre de l'article), comment pourrait-il être déclenché par une menace terroriste dont la prévisibilité de durée est précisément son indétermination ? À terme, c'est la règle générale du Code frontières Schengen qui est remise en question et, avec elle, les dispositions des traités européens qui consacrent le libre franchissement des frontières intérieures au sein de l'espace Schengen. Notons qu'un tel constat va dans le sens d'une normalisation de l'exception : si les circonstances exceptionnelles qui justifient la suspension d'une liberté reconnue deviennent ordinaires, l'exception tend à devenir la norme. Dans notre cas, la normalisation prend la forme d'une routine, celle qui consiste à réitérer aux États membres les communications, chaque fois que la précédente devient caduque, en reprenant les mêmes formulations sans jamais se voir imposer d'obstacles par la Commission européenne ou les autres États membres. À cet égard, il est remarquable que la France ait constamment été mise à l'écart des considérations de la Commission européenne et du Conseil de l'Union européenne concernant les contrôles temporaires aux frontières au sein de l'espace Schengen depuis novembre 2015[32]. Bien que l'état d'urgence ait été levé au 1er novembre 2017, l'exception faite au Code frontières Schengen par le déclenchement des articles 25 à 27 demeure. La France justifie ses contrôles par l'existence d'une menace terroriste persistante, ce qui s'inscrit dans la continuité de l'introduction de certaines mesures de l'état d'urgence dans la loi du 30 octobre 2017 et le renforcement de la possibilité de contrôler les frontières qui résulte de l'article 19 de cette loi. Le maintien des contrôles aux frontières dans la période postérieure à l'état d'urgence confirme donc la problématique de la suspension exceptionnelle de la liberté de circulation.

29. B. MANIN, « Le paradigme de l'exception. Et si la fin du terrorisme n'était pas pour demain ? L'État face au nouveau terrorisme », *laviedesidées.fr*, le 15 décembre 2015.

30. *Ibid.*, pp. 22-23.

31. B. MANIN, « Le paradigme de l'exception. Et si la fin du terrorisme n'était pas pour demain ? L'État face au nouveau terrorisme », *op. cit.*, p. 27.

32. C'est en effet ce qui ressort de la lecture des communications et décisions de l'Union européenne relatives aux contrôles aux frontières intérieures : la feuille de route « Revenir à l'esprit Schengen », COM(2016) 120 final du 4 mars 2016, le communiqué de presse du 25 janvier 2017 de la Commission qui y est relatif et la décision d'exécution (UE) 2016/1989 du Conseil du 11 novembre 2016 renouvelée par la décision d'exécution (UE) 2017/818 du 11 mai 2017 ne citent pas la France sous état d'urgence sinon pour reconnaître son statut singulier et, par conséquent, extérieur aux considérations critiques.

B. *Les pratiques de l'état d'urgence au regard des droits fondamentaux*

Nous poursuivrons l'analyse du rôle de l'état d'urgence dans la justification des mesures adoptées à l'égard des migrants interpellés à la frontière en le confrontant aux droits fondamentaux définis par la CEDH et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ces deux textes sont susceptibles de s'appliquer à la frontière franco-italienne sous le régime de l'état d'urgence.

Seule la CEDH contient une clause générale de dérogation aux droits qu'elle reconnaît. L'article 15 de la CEDH, intitulé « Dérogation en cas d'état d'urgence », permet aux États contractants de lever l'application de la Convention pendant une période déterminée, en conséquence de quoi les requêtes qui peuvent lui être faites dans ces conditions sont susceptibles d'être rejetées. Cet article a été déclenché par la France autant de fois que l'état d'urgence a été renouvelé. La lecture du premier paragraphe de l'article 15 permet d'identifier trois conditions à cette dérogation générale. La première est l'existence d'une guerre ou d'un « autre danger public menaçant la vie de la nation[33] ». La deuxième est que les mesures exceptionnelles adoptées « ne doivent pas aller au-delà de la stricte mesure où la situation l'exige[34] ». Cela correspond à un contrôle de proportionnalité de la part de la Cour EDH. Enfin, il faut que les mesures prises « ne soient pas en contradiction avec les autres obligations de l'État découlant du droit international[35] ». À l'égard de ces trois conditions, l'état d'urgence ne semble pas présenter de difficultés, et ce, pour au moins deux raisons. D'abord, comme le rappelle le professeur Gérard Gonzalez, la France a émis une réserve d'interprétation concernant le premier paragraphe de l'article 15 de la CEDH au moment de la ratification : cette réserve précise que les circonstances qui justifient le déclenchement de l'article 16 de la Constitution, de l'état de siège et de l'état d'urgence doivent être interprétées comme correspondant aux conditions de l'article 15 de la CEDH[36]. D'autre part, l'analyse de la jurisprudence de l'article 15 que le professeur Gonzalez entreprend dans son article montre que la Cour n'opère qu'un contrôle léger sur les trois conditions énoncées, puisqu'elle « rappelle qu'il incombe à chaque État contractant, responsable de "la vie de [sa] nation", de déterminer si un "danger public" la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller

33. Art. 15, § 1er, CEDH.
34. *Ibid.*
35. *Ibid.*
36. G. GONZALEZ, « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2007, n° 6, p. 94.

pour essayer de le dissiper[37] ». La Cour reconnaît, de surcroît, une menace terroriste diffuse, mais certaine, comme remplissant la première condition[38]. Au regard de ces considérations, il semble que l'état d'urgence soit une justification valide de dérogation à la CEDH. Il faut toutefois souligner que le paragraphe 2 de l'article 15 précise que le droit à la vie[39], l'interdiction de la torture et des mauvais traitements[40], l'esclavage et le travail forcé[41], ainsi que le principe « pas de peine sans loi[42] », sont des droits indérogeables, c'est-à-dire qu'on ne peut déchoir sous aucune circonstance. Si ces articles consacrent des droits précis attachés à la personne humaine, l'article 3 sert également de base à la Cour pour reconnaître le principe de non-refoulement. Certaines personnes concernées par les mesures de renvois immédiats sont donc susceptibles, en théorie, de faire valoir leur droit à ne pas être refoulées au titre de l'article 3 de la Convention. Pour autant, les conditions pour que cet article conduise à une interdiction de refoulement sont strictes[43], et la célèbre affaire *M.S.S.* s'impose davantage comme un cas singulier que comme la reconnaissance d'une obligation générale puisqu'elle fait figure d'exception si l'on considère toute la jurisprudence de la Cour EDH[44].

Au contraire de la CEDH, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne contient aucune provision permettant de déroger aux droits qui y sont inscrits. La règle d'application demeure donc celle énoncée à l'article 51 de la Charte : sont concernés les institutions, organes et organismes de l'Union et les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union[45]. Le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de la France, s'il constitue une exception vis-à-vis de l'esprit de l'espace Schengen, ne s'émancipe pas pour autant de la réglementation communautaire. Au contraire, les dispositions du Code frontières Schengen qui encadrent la réintroduction des contrôles précisent en même temps que, « lorsque le contrôle aux frontières intérieures

37. Cour EDH, *Arrêt Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 207.

38. G. GONZALEZ, « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, note 36, p. 97.

39. Art. 2 CEDH.

40. Art. 3 CEDH.

41. Art. 4, § 1er, CEDH.

42. Art. 7 CEDH.

43. C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 193-195.

44. M.-B. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015, voy. en particulier les pages 436-441 et 452-456 qui montrent la limite de la jurisprudence *M.S.S.*

45. Art. 51, § 1er, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

est réintroduit, les dispositions pertinentes du titre II s'appliquent *mutatis mutandis*[46] ». Le titre II qui traite des frontières extérieures aborde de manière précise les conditions d'entrée et les modalités des contrôles. En procédant à des contrôles à la frontière franco-italienne, le gouvernement français met en œuvre le droit de l'Union qui prend, de surcroît, la forme d'un règlement. Or, si la Charte est applicable, cela signifie que la France est notamment soumise au respect du droit d'asile[47] et à l'interdiction des expulsions collectives[48].

L'analyse des pratiques liées à la réintroduction des contrôles aux frontières au regard des droits fondamentaux mériterait d'être poursuivie et détaillée. D'autres textes et ensembles normatifs doivent être pris en considération. Mais l'argument que nous souhaitons souligner avec la lecture de ces deux textes européens est que l'état d'urgence à la frontière franco-italienne et les contrôles qui l'accompagnent ne constituent pas en tant que tels une suspension du droit, ni même des droits les plus fondamentaux des personnes migrantes interpellées. Pourtant, au regard des constats établis sur les pratiques policières et administratives à la frontière, les garanties de la CEDH et de la Charte ne semblent pas suffire à assurer aux migrants un statut juridique clair. Dans ce qui suit, nous proposons des pistes de réflexion concernant la précarité dans laquelle les migrants se trouvent, malgré l'existence d'un statut qui devrait leur garantir des droits fondamentaux.

III. – EN DEÇÀ DES DROITS ? A-TERRITORIALITÉ ET PRÉCARITÉ DES MIGRANTS

Nous proposons d'introduire le terme de « fiction d'a-territorialité » afin d'envisager certaines pratiques observées à la frontière franco-italienne. Il semble utile, pour saisir la nature de cette fiction d'a-territorialité, de présenter une notion voisine dont elle se distinguerait : l'extraterritorialité.

A. *Extraterritorialité et fiction d'extraterritorialité*

L'extraterritorialité est d'abord une notion de droit international qui désigne littéralement des espaces en dehors du territoire d'un État de référence. Elle est ensuite plus précisément élaborée comme concept juridique dans la perspective d'établir la compétence d'un État en dehors de son

46. Art. 32 CFS.
47. Art. 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.
48. Art. 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

territoire. L'extraterritorialité est alors relative à la compétence personnelle qui peut parfois causer un conflit de compétences entre deux États. Cette hypothèse se réalise lorsque le ressortissant d'un État se trouve sur le territoire d'un autre État : il peut être soumis à la compétence personnelle de son État d'origine et à la compétence territoriale de l'État qui l'accueille. Si son État d'origine veut exercer sa compétence personnelle, on dira qu'il met en œuvre une compétence extraterritoriale ou qu'il procède à une application extraterritoriale de ses lois nationales[49]. Appliquée au domaine du droit international et européen des droits de l'homme, l'extraterritorialité permet d'étendre les obligations d'un État au-delà de son territoire national. La Cour européenne des droits de l'homme est souvent confrontée à ces problématiques d'application extraterritoriale des droits conventionnels en vertu du critère de juridiction[50]. Ces précisions révèlent une caractéristique essentielle de cette notion d'extraterritorialité en droit international : elle a pour effet d'étendre la compétence et/ou les obligations d'un État au-delà de son territoire, critère ordinaire de compétence. C'est l'inverse qui se produit dans ce que nous désignons par a-territorialité dans le dispositif de la frontière franco-italienne. L'a-territorialité ne désigne pas l'espace qui se situe en dehors du territoire d'un État et sur lequel celui-ci peut malgré tout exercer une compétence ; elle est au contraire une fiction qui désigne un espace compris dans le territoire de l'État concerné et qui s'en détacherait partiellement sur le plan juridique.

L'extraterritorialité a également été mobilisée comme une fiction juridique en droit international au sujet des missions diplomatiques et consulaires présentes dans les États étrangers. Ces espaces sont soustraits à la compétence territoriale de l'État sur le territoire duquel ils sont installés. Les professeurs Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat expliquent qu'« on recourait jadis pour expliquer le statut juridique dérogatoire de tels espaces à la fiction de l'extraterritorialité, car les autorités territoriales ne peuvent pénétrer dans ces espaces sans autorisation expresse de l'État dont ils relèvent »[51]. Cette fiction ancienne servait donc à justifier un « statut juridique dérogatoire »[52] et avait un double effet : elle annulait la compétence d'un État sur un espace donné et elle fondait la compétence d'un autre État sur cet espace, sans quoi la compétence territoriale primerait.

49. Pour l'explication du conflit de compétences, voy. P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, 12e éd., Précis Dalloz « Droit public, science politique », Paris, Dalloz, 2014, pp. 105-106.

50. Art. 1er CEDH.

51. P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, *op. cit.* note 49, p. 141.

52. *Ibid.*

B. *La fiction d'a-territorialité*

Dans le contexte de la réintroduction des contrôles à la frontière franco-italienne, nous proposons d'utiliser la fiction d'a-territorialité comme concept analytique pour désigner une stratégie juridique de l'administration. Contrairement à l'extraterritorialité, il n'est pas question d'étendre les compétences de l'État français en dehors de son territoire. Il ne s'agit pas non plus de justifier la compétence d'un autre État, comme c'est le cas avec la fiction d'extraterritorialité dans l'exemple des missions diplomatiques. L'a-territorialité viserait au contraire à limiter les obligations nationales, communautaires et internationales de la France à l'égard des étrangers se trouvant sur son territoire, et ce, sans considération d'une entité alternative pouvant être responsable. D'ordinaire, au sein du territoire de l'Union européenne, les personnes migrantes peuvent prétendre à un statut juridique au titre duquel leurs droits sont garantis jusque dans les procédures d'éloignement (voy. la directive « retour[53] », le Code frontières Schengen et, pour l'asile, tous les textes afférents[54]). Ainsi, si le statut de la personne migrante ressortissante de pays tiers n'équivaut pas, en termes de droits, à celui du citoyen européen ou des membres de sa famille, il n'en demeure pas moins qu'il fixe des garanties minimales, notamment concernant le droit d'asile. L'hypothèse que nous émettons est la suivante : c'est *du fait* de ce statut existant que les autorités françaises ont recours à des pratiques comme la fiction d'a-territorialité. Celle-ci n'a de sens que dans un ordre juridique qui reconnaît des droits aux étrangers. Dans sa version la plus totale, l'a-territorialité peut être comprise comme une tentative de déconstruction du statut juridique de la personne étrangère qui se trouve à la frontière. Cette fiction d'a-territorialité se formalise alors dans un contexte de lutte antiterroriste.

53. Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

54. Ils constituent ensemble le Régime d'asile européen commun : directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte).

C. *Les ressorts de l'a-territorialité à la frontière franco-italienne*

Dans le cas des renvois immédiats de novembre 2016 comme dans celui de la « zone provisoire de rétention » de juin 2017, l'a-territorialisation s'articule autour des personnes. Elle est impliquée par le procureur de Nice qui soutient que les migrants concernés, dans le contexte de l'état d'urgence, sont considérés comme n'étant pas sur le territoire français et doivent ainsi être immédiatement renvoyés en Italie. Ce n'est pas une zone – comme la zone d'attente –, mais la personne du migrant qui est l'objet de l'a-territorialité. Ce mécanisme est particulièrement prégnant lorsque le ministère public consacre l'indifférenciation entre mineurs et adultes dans le cas des renvois de novembre 2016. La minorité est une catégorie juridique. Bien qu'elle prenne en compte des aspects biologiques, elle est une construction légale qui permet d'élaborer un statut auquel sont attachés des droits spécifiques. Dans le cas de l'asile, c'est celui d'être réuni avec un membre de sa famille par exemple[55]. Mais ce statut semble s'estomper dans l'a-territorialité formulée par l'expression juridique « non-entré sur le territoire français » – ou, du moins, dans la manière dont cette formule est appliquée.

Dans le cas de la zone de rétention provisoire, l'a-territorialité s'applique dans l'espace, en l'espèce, les locaux de la police aux frontières de Menton Pont Saint-Louis. C'est l'« état exceptionnel » dans lequel se trouve la frontière qui justifie le recours à cette invention qui ne correspond *a priori* à aucune catégorie en droit des étrangers. La dynamique a le même effet, mais elle est différente des cas de renvois immédiats : c'est le fait de créer une zone inqualifiable à partir des catégories protectrices existantes qui permet de soustraire les étrangers qui s'y trouvent des garanties procédurales prévues par les zones légalement déterminées, telles que la zone d'attente. En effet, l'existence de la zone d'attente, pourtant abondamment critiquée par les associations de défense des droits des étrangers, se présente ici comme excessivement juridicisée du point de vue des objectifs migratoires de la puissance publique. La zone d'attente est, en droit, une garantie du statut de l'étranger. Celle-ci a pourtant été envisagée par le gouvernement français comme une promesse d'a-territorialité permettant de le soustraire de ses obligations européennes. Les étrangers qui sont maintenus en zone d'attente sont considérés comme n'étant pas entrés en France. C'est pourquoi, lors de la création des zones d'attente en 1992, le gouvernement affirmait que les

55. Art. 8 du règlement Dublin III.

étrangers concernés ne pouvaient bénéficier de la protection de la CEDH[56]. Mais la Cour a refusé cette interprétation et a condamné la France sur cette question dans l'arrêt *Amuur* du 25 juin 1996[57]. Ainsi, la zone d'attente ne fait fonctionner que partiellement la fiction d'a-territorialité : au regard du droit français, les étrangers qui y sont placés sont considérés comme « non-entrés » sur le territoire, mais ils bénéficient de toutes les garanties contenues dans la CEDH et dans les règles communautaires relatives à l'asile et aux frontières. L'article L221-4 du CESEDA garantit aujourd'hui à tout étranger maintenu en zone d'attente un droit à l'information, dans une langue qu'il comprend, sur la possibilité de demander l'asile ainsi que le droit à une assistance juridique. La décision de refus d'entrée en tant que telle fait également l'objet d'une série d'obligations étatiques correspondant à des droits pour les étrangers concernés : notamment, la décision doit être écrite et motivée dans une langue compréhensible pour son destinataire, celui-ci peut demander un jour franc avant l'exécution de la décision et il doit être informé sur la procédure d'asile[58]. Les garanties qui sont attachées à ces normes et qui contribuent à la constitution du statut des étrangers maintenus en zone d'attente ne semblent pas appliquées dans la zone provisoire de rétention instituée à Menton. Suivant notre hypothèse, dans cet espace, la fiction d'a-territorialité serait plus complète que dans la zone d'attente. C'est ce que l'analyse de l'ordonnance du Conseil d'État concernant cette zone semble démontrer[59]. Après avoir constaté que la situation concernée s'inscrit dans le régime de l'état d'urgence au titre duquel l'article 25 du Code frontières Schengen a été déclenché[60], le Conseil d'État reprend ce que nous désignons comme une fiction d'a-territorialité en affirmant que les personnes qui se trouvaient dans la zone de rétention provisoire « ne peuvent être regardées comme étant entrées sur le territoire français[61] ». Le juge considère que la zone de rétention provisoire n'entre pas dans la catégorie des zones d'attente et que les étrangers n'y sont maintenus que pour « le temps strictement nécessaire [aux] opérations[62] » relatives à la procédure de non-admission sur le territoire français. Par conséquent, cette mesure de privation de liberté n'est pas manifestement illégale tant qu'elle ne dépasse pas un délai de quatre heures, délai fixé par l'ordonnance du Tribunal administratif de Nice[63]. Aux arguments de violations des droits au sein

56. F. JAULT-SESEKE *et al.*, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Paris, PUF, 2015, p. 410.
57. Cour EDH, 25 juin 1996 *Arrêt Amuur c. France*, req. n° 19776/92.
58. Art. L213-2 CESEDA.
59. C.E., réf., 5 juillet 2017, n° 411575.
60. *Ibid.*, cons. 3.
61. *Ibid.*, cons. 6.
62. *Ibid.*, cons. 6.
63. TA Nice (réf.), 8 juin 2017, n° 1702161.

de cette zone, le Conseil d'État précise « qu'il appartiendrait aux personnes concernées [...] de saisir, si elles le croyaient fondé, le juge des référés du tribunal administratif[64] ». Nous pouvons voir comment, à travers cette argumentation, la fiction d'a-territorialité fonctionne. Une telle zone inqualifiable à partir des catégories protectrices du droit n'est pas accessible aux associations de défense des droits étrangers comme le sont les zones d'attente. La fiction semble *invisibiliser* le traitement des personnes qui sont maintenues et ne présente donc aucune garantie que les droits des étrangers y soient respectés. La circonstance évoquée selon laquelle les personnes concernées pourraient saisir le juge relève alors d'une hypothèse très théorique. Elle implique en premier lieu un accès à une assistance juridique qui n'est pas présente dans les locaux de la police aux frontières de Menton. De même, le délai de quatre heures fixé par le tribunal de Nice est impossible à confirmer sans garanties institutionnelles tierces au sein de cette zone de rétention provisoire. Cela n'est pas sans faire écho aux théories qui soulignent la précarité du statut des étrangers migrants. Il semble en effet que l'invisibilisation de la condition des personnes concernées à la frontière franco-italienne engendre davantage que la simple violation de droits et résulte dans une tentative de déconstruction du statut juridique des étrangers. En termes de philosophie politique, leur existence publique est rendue presque impossible (rappelons que l'existence en zone d'attente est au moins partiellement publique ou publicisée, car la société civile, les avocats et les parlementaires y ont accès).

Pour dresser un dernier parallèle, les deux fonctions du concept de personne juridique (*persona*) sur lesquelles Hannah Arendt insiste dans *On Revolution*[65] semblent ici altérées à la suite de la déconstruction mise en œuvre : les étrangers n'apparaissent plus au public (c'est la fonction de la *persona* qui consiste à conférer une existence envers les autres, comme le masque pour les acteurs de l'Antiquité) ; et ils ne bénéficient plus de la possibilité pratique de pouvoir s'exprimer dans un langage intelligible par le droit (c'est la fonction de faire porter la voix, celle qui rend le positionnement possible dans le domaine du droit et dans la société concernée)[66]. Étienne Tassin, à la suite de Hannah Arendt, résume cette situation dans un article sur les disparus en régime libéral en soulignant que ces procédures « signent l'expulsion de la communauté humaine par effacement de l'espace

64. *Ibid.*, cons. 9.

65. H. ARENDT, *De la révolution*, Paris, Gallimard, 2013 [1960].

66. Pour une analyse détaillée de ces deux fonctions de la personne juridique chez Hannah Arendt, voy. la lecture de ce concept faite par A. Gündogdu : A. GÜNDOGDU, *Rightlessness in an Age of Rights: Hannah Arendt and the Contemporary Struggles of Migrants*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 98-107.

d'apparition et du droit d'y apparaître[67] ». La fiction d'a-territorialité tend vers cela : elle cherche à effacer les espaces d'apparition des migrants à la frontière.

Remarques conclusives

En définitive, les conditions dans lesquelles sont effectués les contrôles à la frontière posent des questions sur la valeur des normes protectrices des étrangers, qu'elles soient internationales, européennes ou françaises. Ces normes qui correspondent en grande partie à des droits fondamentaux semblent de plus en plus prendre la forme de règles d'hospitalité devenues facultatives ou secondaires. Le dispositif évoqué entame, à notre sens, l'édifice juridique qui fonde le statut et la liberté des étrangers ressortissants de pays tiers dans les États membres de l'Union européenne. L'urgence et la sécurité de l'État tendent ainsi à renationaliser les enjeux. Dans ce contexte, la signification étymologique du terme « étranger » – du dehors – semble reprendre de la vigueur.

Les concepts et analyses proposés dans ce texte méritent d'être approfondis, détaillés, peut-être révisés, notamment dans l'étude de la période postérieure à l'état d'urgence, mais où les contrôles sont maintenus. Ce sera l'objet de la thèse qui prolongera cet article à partir d'un travail de terrain à la frontière portant sur les contrôles de police et les actions des associations et des avocats, accompagné d'une analyse des décisions judiciaires qui se multiplient dans les Alpes-Maritimes. Le travail de thèse cherchera en dernière instance à contribuer à la réflexion sur la figure de l'étranger en droit dans nos systèmes démocratiques.

67. E. Tassin, « Visibilité et clandestinité : des "disparus" en régime libéral », in *Conflits et démocratie, quel nouvel espace public ?* (H. Bentouhami et C. Miqueu dir.), Pouvoirs comparés, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 42.