



HAL
open science

Le contrôle des frontières dans l'espace Schengen à la lumière des droits nationaux et européen

Davide Petrillo

► **To cite this version:**

Davide Petrillo. Le contrôle des frontières dans l'espace Schengen à la lumière des droits nationaux et européen. Droit. Université de Strasbourg; Università degli Studi di Firenze, 2021. Français. NNT : 2021STRAA009 . tel-03700005

HAL Id: tel-03700005

<https://theses.hal.science/tel-03700005>

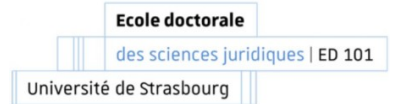
Submitted on 20 Jun 2022

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.



UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
ÉCOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES ED101
Centre d'études internationales et européennes CEIE



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE
DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
Ciclo XXXIII



THÈSE présentée par :

Davide Petrillo

Soutenue le : **28 septembre 2021**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Sciences Juridiques, Mention : droit européen

et de : **Dottore di ricerca in scienze giuridiche**

Curriculum : Teoria e Storia del diritto/Teoria e Storia dei diritti umani (internazionale)

Le contrôle des frontières dans l'espace Schengen à la lumière des droits nationaux et européen

***Il controllo delle frontiere nell'area Schengen alla luce del
diritto europeo e degli ordinamenti nazionali***

THÈSE dirigée par :

Mme Catherine Haguenu-Moizard
M. Emilio Santoro

Professeur, Université de Strasbourg
Professeur, Université de Florence

RAPPORTEURS :

Mme Anastasia Iliopoulou-Penot
M. Alessandro Simoni

Professeur, Université Paris II
Professeur, Université de Florence

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Mme Fabienne Gazin

Maître de conférences HDR, Université de Strasbourg



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

Université

de Strasbourg

DOTTORATO DI RICERCA IN Scienze giuridiche

Curriculum: Teoria e Storia del diritto/Teoria e Storia dei Diritti
Umani (Internazionale)

CICLO XXXIII

COORDINATORE Prof. Simoni Alessandro

Le contrôle des frontières dans l'espace Schengen à la lumière des droits nationaux et européen

*Il controllo delle frontiere nell'area Schengen alla luce
del diritto europeo e degli ordinamenti nazionali*

Settore Scientifico Disciplinare IUS/20

Dottorando

Dott. Petrillo Davide

Tutore

Prof. Santoro Emilio

Tutore

Prof. Haguénau-Moizard Catherine

Coordinatore

Prof. Simoni Alessandro

Anni 2017/2021

Remerciements

Les années du doctorat ont été des années difficiles. À la difficulté intrinsèque d'un travail long et solitaire s'est ajoutée la pandémie avec toutes ses implications, ainsi que plusieurs événements de la vie qui ont retardé et rendu plus difficile mon travail.

Nombreux ont été les moments où le fait de mener à terme ces années de recherche semblait tout simplement impossible, et je n'oublierai jamais les mots de Gérard, qui me disait, dans une magnifique soirée de printemps, dans le jardin d'une villa du Chianti, que j'aurais vécu un instant où toutes mes peurs et mes incertitudes auraient laissé la place à une course contre le temps, cette fois-ci enthousiaste et vitale, à une envie créative très forte de laisser une trace, d'aller jusqu'au bout, de donner un sens à un discours ouvert, fermé, transformé, remodelé au moins mille fois pendant quatre longues années.

J'imagine aujourd'hui que je lui parle à nouveau, et que lui dis que oui, il avait bien raison !

Si j'ai pu arriver à la fin de ce parcours et en être finalement fier et satisfait, c'est avant tout grâce à l'aide précieuse de mes deux co-directeurs de thèse, les Professeurs Catherine Haguenau-Moizard et Emilio Santoro, que je ne cesserai jamais de remercier pour leur disponibilité et leur humanité, ainsi que pour leur apport scientifique, à vrai dire fondamental pour ma recherche.

S'il est vrai que la rédaction d'une thèse est souvent un moment de grands changements dans la vie de l'étudiant-chercheur, le fait de m'occuper notamment des frontières m'a souvent confronté à l'idée du passage, à la perception d'une ligne de marquage nette entre le passé et l'avenir, entre la vie et les rêves les plus secrets.

J'ai peut-être appris à reconnaître le caractère dual des choses, à relativiser les difficultés, ainsi qu'à trouver les motivations pour poursuivre la lutte idéale vers une société plus juste et inclusive, un horizon qui se déplace pendant qu'on essaie de s'en rapprocher, mais qui montre clairement la direction à suivre.

Un grand remerciement va à ma famille, notamment à ma sœur Laura, à mes parents et à ma tante Maria. Ils m'ont transmis des principes et des valeurs et ont inspiré en profondeur mon travail.

Ensuite je tiens à remercier mes collègues et amis doctorants, florentins et strasbourgeois, notamment Rafael, Gianmarco, Salomé, Chiara, Vedran, Marion, Valentine, Naim, Alejo, François et Beata.

Échanger avec eux a été une occasion unique d'évolution intellectuelle et humaine.

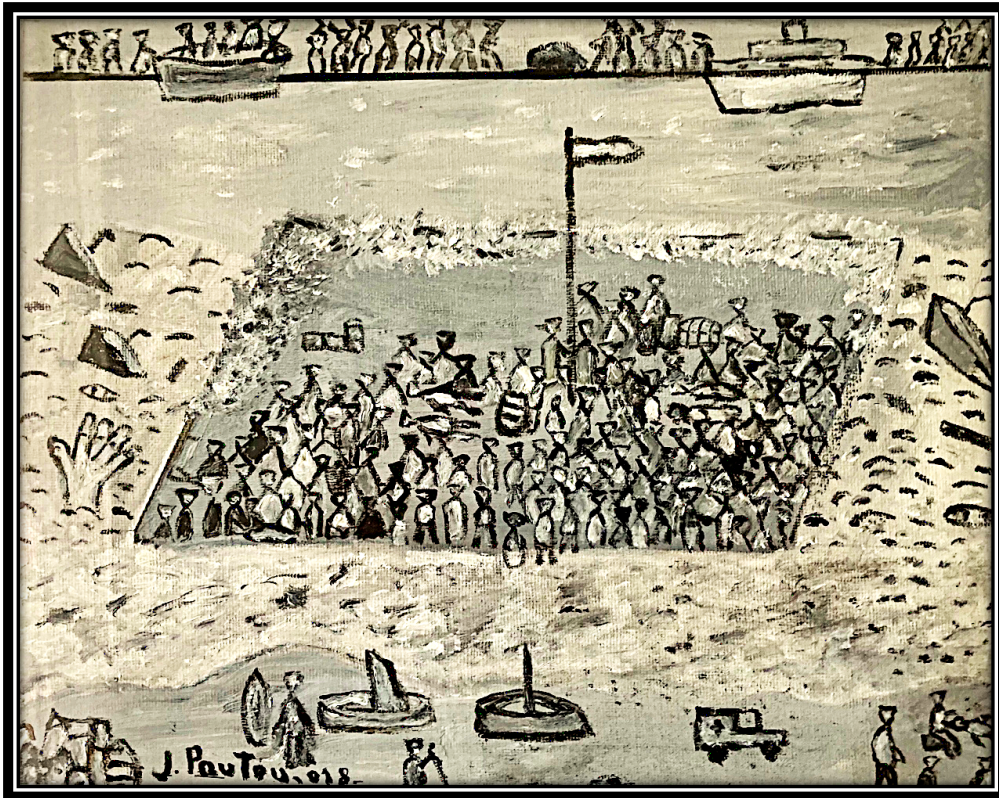
Finalement, il ne reste que les amis, qui ont soutenu mes moments de difficulté et qui n'ont jamais cessé d'être à mes côtés, de me pousser à avancer et à croire en ce que je faisais.

Merci donc à Clémence, Louisy, Louise, Helene, Léo, Elsa, Nénou, Myriam, Isabelle, Jeanne, Daniela, Fernando, Barbara, Corrado, Viola, Melchior, Davide, Fabio, Boualem, Elyas, Sofia, Elena, Serena, Silvia, Marlene, et puis encore Eugenio, Davide, Stefano, Ileana, Matteo, Marco, Francesco, Silvia et Marzia.

*Je tiens à dédier cette thèse à toutes les personnes
qui ont perdu leur vie dans la tentative de franchir une frontière.*

*En particulier, je veux adresser une pensée à Destiny,
qui est morte à 31 ans, donnant à la lumière son petit Israël,
quelques jours après son refoulement en Italie, le 23 mars 2018,
suite aux complications de sa maladie.*

*Il ne reste que l'espoir que lorsqu'il aura l'âge de sa mère,
les frontières ne seront plus des lieux de mort et de souffrance,
mais des lieux de vie, de joie et de rencontre.*



Lampedusa

Jean Pautou (Montolieu, 1933 – 2018)

SOMMAIRE

Introduction.....	p. 6
1ere PARTIE : LE REGIME EUROPEEN DES CONTROLES FRONTALIERS.....	p. 26
1. La liberté de circulation de l'étranger et la nature des frontières européennes.....	p. 29
2. La frontière extérieure et les instruments du contrôle.....	p. 56
3. Le régime juridique des frontières intérieures de l'espace Schengen	p. 87
4. La réorganisation de la coopération policière au sein de l'espace Schengen.....	p. 115
2eme PARTIE : LES PRATIQUES POLICIERES A LA FRONTIERE FRANCO-ITALIENNE ET LEUR INCIDENCE SUR LES DROITS DES PERSONNES MIGRANTES.....	p. 138
1. La frontière franco-italienne dans les années de la « crise »	p. 141
2. Violations des droits des personnes migrantes dans le cadre des procédures de non-admission....	p. 166
3. L'incidence du rétablissement des contrôles sur le droit d'asile.....	p. 188
4. Les conséquences des contrôles frontaliers sur les personnes vulnérables.....	p. 209
Conclusion.....	p. 230
Bibliographie.....	p. 242
Table de législation.....	p. 250
Table de jurisprudence.....	p. 255
Table des matières.....	p. 258

Introduction

La fin du XX siècle et les premières décades du nouveau millénaire ont été caractérisées par une nouvelle centralité du concept de frontière. La globalisation et la création d'un marché mondial et des ordres juridiques supranationaux ont dans un premier temps questionné sur l'obsolescence de ce produit historique et politique, né avec la modernité, constituant l'un des fondements de la naissance des États nationaux. L'idée étant celle d'un marché globalisé, certains ont cru que la globalisation aurait conduit l'humanité vers une condition de bien-être et richesse généralisée, dans un processus politique de démocratisation de l'espace mondial et d'effacement progressif des frontières¹. Avec la crise de la globalisation, qui a investi une société mondiale devenue au contraire progressivement plus inégale et fragmentée, on a assisté à l'émergence de phénomènes, comme l'intensification des flux migratoires ou les délocalisations des structures productives qui ont remis la frontière au centre du débat public.

Le contrôle frontalier a constitué dans les dernières années un enjeu central des politiques publiques des différents pays, notamment des États-Unis et des pays de l'Union européenne, confrontés à des flux migratoires inédits, dus principalement aux croissantes tensions internationales, à l'augmentation des inégalités et au réchauffement climatique.

Dans un monde caractérisé jusqu'à la première décade du nouveau millénaire par une mobilité internationale croissante (aujourd'hui trois pour cent de la population mondiale vit dans un État qui n'est pas celui de sa naissance et citoyenneté, soient 250 millions de personnes, alors que dans les années 50 elles étaient 70 millions), l'afflux massif de personnes provenant des pays pauvres de la planète vers les États les plus riches a constitué un élément de rupture et de retour à des politiques de fermeture et d'exclusion qui partout ont eu des répercussions en terme de relations politiques entre les États ainsi que sur les droits des personnes migrantes².

L'impact de la « crise migratoire » sur l'Union européenne a été particulièrement néfaste, dans la mesure où elle a montré les fragilités structurelles du processus d'unification politique et de

¹ Markus Perkmann, Ngai-ling Sum, *Globalization, Regionalism and Cross-Border Regions*, Palgrave Macmillan, Londres, 2002, pp. 276.

² Glidas Simon, *Les migrations internationales, Population et sociétés*, n. 382, septembre 2002, pp. 80-113.

création d'un espace européen sans frontières, ce dernier ayant commencé avec la signature des Accords de Schengen en 1985³. Ce processus, qui aurait dû conduire, selon la classe dirigeante européenne de la fin du siècle, au développement d'une véritable citoyenneté européenne, complément nécessaire du processus d'unification politique, a subi un arrêt brusque dans les années de forte pression migratoire, ce qui a amené plusieurs observateurs, intellectuels, juristes et philosophes à parler de « crise de l'espace Schengen »⁴.

Cette crise, qui est à la fois le point de départ et d'arrivée de la présente recherche, se concrétise par le retour de phénomènes tels que la militarisation de l'espace, la criminalisation de l'immigration et de la solidarité, le recours à des politiques d'exclusion et de discrimination, ainsi que des violations des droits humains dans plusieurs zones frontalières de l'Union européenne, tant aux frontières entre l'Union et les pays voisins (ci-après frontières extérieures) que dans les tronçons de frontières qui divisent entre eux les États européens (ci-après frontières intérieures). Pour comprendre l'ampleur de la crise en question, il conviendra d'étudier de manière approfondie le droit de l'Union européenne en matière de frontières, d'immigration et d'asile, les étapes principales de la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la jurisprudence des cours européennes et nationales ainsi que la façon dont les ordres juridiques nationaux ont intégré la législation européenne en la matière. Une place centrale sera accordée à l'étude d'un tronçon particulier de frontière intérieure, la frontière franco-italienne, qui depuis la décision de réintroduction des contrôles fixes de 2015 de la part de la France, représente une perspective privilégiée pour observer les conséquences de la crise de l'espace Schengen sur les relations étatiques ainsi que sur la condition juridique et les droits fondamentaux des personnes migrantes en Europe.

Néanmoins, il convient tout d'abord de questionner, d'un point de vue historique et philosophique, le binôme sécurité-frontière qui est sans doute à la base de la problématique du retour à la centralité des contrôles frontaliers, mais qui ne doit pas être considéré comme le seul

³ L'accord de Schengen a été signé le 14 juin 1985 par cinq des membres de la Communauté européenne d'alors : l'Allemagne de l'Ouest, la France et les pays du Benelux (Belgique, Pays-Bas et Luxembourg) déjà régis par un accord de libre circulation. Cet accord est la première étape de la création de l'espace Schengen.

⁴ Henri Labayle, *Libres réflexions sur la crise de l'espace Schengen*, Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation, JSTOR, vol. 99, n. 2, 2016, pp. 95–103; Etienne Balibar, *Europe, crise et fin?*, Le Bord de l'eau, Paris, 2016, pp. 326; Marie-Laure Basilien-Gainche, *La remise en cause des accords de Schengen*, CERISCOPE Frontières, 2011, pp. 13-26, en ligne, consulté le 25/09/19, <http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part2/la-remise-en-cause-des-accords-de-schengen>.

binôme possible. Cela nous permettra de comprendre que la nature des frontières est inséparable de la caractérisation qui en est faite dans le contexte historique, économique, politique et social.

Etat, sécurité et frontières.

Pour poser les bases théoriques du problème du contrôle frontalier et avant d'entrer dans une perspective plus spécifiquement juridique, il est intéressant de tracer les contours d'une analyse généalogique et du point de vue de la philosophie du droit, de la relation étroite entre la sécurité et le contrôle frontalier, qui naissent et se développent dans le contexte de la création des premiers États souverains. Si les limites territoriales existent depuis toujours alors que la frontière est un produit de la modernité, lié au territoire et donc à la souveraineté des États, le contrôle frontalier appartient à un temps encore plus récent, le XX siècle, caractérisé d'un côté par l'émergence de l'État social, de l'autre par la décolonisation et la globalisation et indissolublement lié au développement des infrastructures du contrôle dans une approche de type sécuritaire.

Si le droit et la philosophie juridique s'intéressent plutôt récemment à la frontière, la sécurité est à la base du paradigme moderne de souveraineté. Avant l'affirmation des États-nations, au Moyen âge par exemple, le problème concernait avant tout la sûreté du souverain et de ses territoires, l'idée de sécurité du peuple étant un produit (ainsi qu'un véritable moteur) de la création, par représentation, d'un pouvoir public⁵. Au nom de et en raison du besoin de sécurité du peuple, qui fonde la souveraineté étatique, on voit apparaître les premières polices modernes, qui représentent un élément de lien entre la force souveraine et la vie des « populations ».

Avec la caractérisation économique des premiers États nationaux de sociétés mercantilistes, la sécurité devient synonyme d'utilité sociale. Les personnes devant participer à la production, ce qui fonde l'idée utilitariste de la poursuite d'un intérêt collectif formé de la somme des intérêts particuliers, la police n'est qu'un instrument pour discipliner la population. Si on regarde les

⁵ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Londres, 1691, J. M. Dent & Sons/E. P. Dutton, Londres, 1924, pp. 392; Michael Foucault, *Sécurité, territoire, population et Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1977-78)*, Gallimard/Seuil, Paris, 2004, pp. 434 ; Gérard Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, Paris, 2007, pp. 320 ; Bruno Accarino, *Rappresentanza*, Il Mulino, Bologne, 1999, pp. 184 ; Domenico Fisichella, *Alla ricerca della sovranità. Sicurezza e libertà in Thomas Hobbes*, Carocci ed., Rome, 2008, pp. 218 ; Carlo Galli, *Sovranità*, Il Mulino, Bologne, 2009, pp. 130 .

frontières à cette époque, même celles intérieures aux États, entre villes et campagnes ou entre régions limitrophes, on s'aperçoit que le problème des États était celui d'empêcher les personnes de sortir du territoire et d'abdiquer leur rôle économique et non pas d'y entrer. Au contraire, on assiste à des véritables politiques d'appel à l'immigration de la part de plusieurs États occidentaux : en Europe, les travailleurs étrangers étaient « les bienvenus » car l'objectif des sociétés proto-capitalistes était de garantir le bien-être matériel et moral de la population⁶. Avec l'évolution de la société mercantiliste en État libéral, fondé sur l'économie de marché, le pouvoir public abandonne l'idée d'éliminer la pauvreté comme facteur de désordre dans une société ordonnée et de discipliner les sujets qui ne participent pas à la vie économique : la sécurité publique du XX siècle vise à maintenir la pauvreté dans un cadre de coûts sociaux et politiques acceptables. La police devient un instrument de gouvernement et de gestion des coûts sociaux de la libéralisation économique, la sécurité étant ici synonyme de limitation des risques découlant d'un système productif fondé sur la libre circulation des travailleurs et sur une plus grande liberté d'initiative économique.

C'est ici qu'on retrouve pour la première fois l'idée d'un gouvernement du danger social, décrit par Patrick Colquhoun en 1806, le plus grand théoricien de la police libérale. L'instrument et le paradigme de la police libérale sont donc la « chirurgie sociale » : la différenciation nette, du point de vue du pouvoir qui doit gouverner la population, entre des classes « laborieuses » et des classes « dangereuses ». Cela constitue encore aujourd'hui l'un des piliers de l'approche sécuritaire⁷.

Dès la naissance des États modernes et du mercantilisme jusqu'à ce jour, plusieurs classes de personnes sont fichées comme dangereuses, selon l'époque, mais l'idée qu'il s'agit d'individus « déviants » demeure une constante : on construit l'idée de déviance et on met en œuvre des procès de marginalisation, criminalisation et non-personnalisation. Cela s'accompagne, dans la société globalisée comme dans les sociétés proto-capitalistes, de processus de précarisation des

⁶ Giuseppe Campesi, *Il controllo delle nuove classi pericolose. Sottosistema penale di polizia ed immigrati*. Quaderni de l'Altro diritto, 2009.

⁷ Louis Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses. À Paris pendant la première moitié du XIX siècle*, Pion, 1958, pp. 562; Howard Saul Becker, *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*, Social Forces, vol. 42, 1964, pp. 35-63; Emilio Santoro, *Le antinomie della cittadinanza: libertà negative, diritti sociali e autonomie individuali*, dans Danilo Zolo (dir.), *Cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Bari, 1994, pp. 93-128 ; Giorgio Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Turin, 1995, pp. 225; Loïc Wacquant, *Les prisons de la misère*, Ed. Raison d'agir, Paris, 1999, pp.189.

conditions de travail et d'érosion de la citoyenneté, qu'on nous a présentés comme des phénomènes exceptionnels, mais qui sont de plus en plus structurels⁸.

La révolution industrielle et l'urbanisation ont accentué l'idée d'une sécurité publique qui est synonyme de gestion du danger social : c'est autour du concept de sécurité publique et dans le contexte des villes qu'on voit s'affirmer l'idée du contrôle social. L'occupation principale de la police était à ce moment-là la surveillance stricte de l'univers des classes populaires en mouvement, les vagabonds, les femmes seules, les prostituées, les travailleurs à la journée, les ouvriers, les domestiques, les travailleurs étrangers. Si l'on ne se pose pas encore un problème spécifique de contrôle frontalier car la plupart des mouvements se font à l'intérieur des États, le travailleur étranger figure tout de suite dans la liste des catégories des classes dangereuses, mais il le fait encore en tant que travailleur, avant qu'en tant qu'étranger.

Néanmoins, c'est à la fin du XIXe siècle qu'apparaît le premier phénomène migratoire de masse, surtout depuis l'Europe vers les Amériques. Mais il était substantiellement suffisant « de ne pas être un délinquant » pour pouvoir franchir la frontière d'un nouveau monde qui n'avait pas instauré de limites ni de quotas pour les « immigrés ». Pendant tout le XXe siècle, le mouvement transnational de personnes prend une grande ampleur : on est désormais dans une période historique caractérisée par l'affirmation de l'économie de marché, du développement progressif d'un État social, des processus de colonisation et de décolonisation qui tracent les contours d'un contexte inédit de mobilité internationale, favorisée aussi par l'évolution des moyens de transport et le progrès technologique en général.

C'est dans le cadre de l'État social, d'un État qui ne « laisse plus faire », mais qui assume une véritable obligation positive d'assister le peuple en donnant des droits sociaux aux citoyens, que se pose le problème des travailleurs étrangers et de la nécessité de contrôler et éventuellement d'empêcher les entrées sur le territoire. Le tournant néolibéral qui s'affirme à partir des années 70, la « victoire » du marché sur le « pouvoir public » et son évolution en marché global

⁸ Luigi Ferrajoli, *La libertà delle persone e il securitarismo: la libertà nell'era del liberismo*, *Questione giustizia*, n. 2, vol. 3, 2004, pp. 1-12 ; Robert Castel, *La montée des incertitudes. Travail, protections, statut de l'individu*, Seuil, Paris, 2009, pp. 464; Etienne Balibar, *La proposition de l'égaliberté*, Puf, Paris, 2010, pp. 368; Pierre Dardot, Christian Laval, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*. La découverte, Paris, 2010, pp. 504.

transforment ultérieurement la société et par conséquent façonnent le problème du gouvernement social des populations. Le principe des « droits à somme nulle » s'affirme : les citoyens ayant des droits limités, il y aurait danger à ce que l'entrée des étrangers dans la société et dans le marché du travail ait comme effet un nivèlement par le bas de la jouissance de ces droits de la part des citoyens. C'est dans ce contexte économique que la frontière assume une fonction centrale, car elle défend la sécurité sociale découlant du fait d'avoir des droits sociaux et de participer à la redistribution des ressources à l'intérieur d'un État⁹.

Des politiques migratoires se structurent au sein des ordres juridiques de chaque État et le contrôle frontalier devient l'un des instruments de ces politiques. On assiste à une véritable mutation des frontières, qui assument un rôle économique, ancré dans la division du travail opérée par la société du capital¹⁰. Si donc d'un côté l'économie et le marché se développent à l'échelle mondiale, dans un contexte où les frontières économiques s'assouplissent, de l'autre la circulation des personnes pose plusieurs problèmes de gestion de la population, ce qui justifie un durcissement croissant des politiques migratoires au niveau mondial.

La composition des « populations » qui habitent actuellement les États occidentaux et européens interroge le droit car elle met en crise l'unité du « démos » et la relation primordiale entre souveraineté, « unité de peuple » et territoire : on peut affirmer que la mondialisation a constitué un phénomène de recomposition entièrement nouveau des liens entre territoire et droit ou bien entre territoire et autorité, au sein d'une formation sociale globalisée¹¹.

Nous sommes désormais dans un monde post-westphalien¹². Cela a impliqué, comme le dit Bauman, des effets sociaux importants, parmi lesquels un intolérable coût humain¹³. Prenons

⁹ Emilio Santoro, *Democrazia, migrazioni e società multiculturali*, dans Sandro Mezzadra, Maurizio Ricciardi (dir.), *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Ombre Corte, Verona, 2013, pp. 137-155.

¹⁰ Sandro Mezzadra, Brett Neilson, *Border as method, or, the multiplication of labor*, Duke University Press, Durham and London, 2013, pp. 380.

¹¹ Sabino Cassese, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati ?*, Il Mulino, Bologne, 2016, pp. 130; Donatella De Cesari, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, ed. Bollati Boringhieri, Turin, 2017, pp. 280.

¹² Allen Buchanan, *Rawls's law of people : rules for a vanished Westphalian world*, *Ethics*, vol. 110 n. 2, JSTOR, 2000, pp. 697-721.

¹³ Zygmunt Bauman, *Globalization, the human consequences*, Columbia University Press, 1998, pp.144.

l'exemple des résidents « étrangers » en Europe : parmi eux, 4,5 millions de personnes sont contraintes de vivre dans la clandestinité du fait de l'irrégularité de leur statut.

La frontière devient alors un lieu du conflit, qui montre son caractère intrinsèquement fragile dans un monde globalisé et au même temps fortement excluant : si d'un côté le mouvement de globalisation sociale a impliqué cette « déterritorialisation » de l'appartenance politique, il a impliqué de l'autre un processus de ségrégation, de séparation et d'exclusion progressive de l'espace¹⁴. L'envers de la médaille du processus d'unification économique et politique du monde est un mouvement de division sécuritaire de l'espace qui assigne à résidence les populations les plus démunies de la planète tandis qu'elle garantit une absolue liberté de circulation aux élites. La frontière se retrouve alors saisie d'un délicat antagonisme politique : d'une part elle doit s'effacer devant la revendication d'une liberté de mouvement envisagée de façon croissante comme l'un des biens primordiaux de la modernité et d'autre part, elle doit être plus intransigeante que jamais à l'égard des « prisonniers du local¹⁵ ».

Le paradoxe d'une frontière qui est « friable » dans sa légitimité et qui est dotée en même temps d'une grande puissance répressive, ne pouvait avoir lieu que dans l'État libéral : d'un point de vue philosophique, les migrations transnationales révèlent le dilemme constitutif qui est au cœur des démocraties libérales, entre revendications souveraines à l'autodétermination d'une part et reconnaissance du principe de droits humains universels d'autre part. Que l'on entende la démocratie comme « *expression politique d'une volonté collective*¹⁶ » ou comme « *élaboration d'une législation rationnelle universelle*¹⁷ », on observe que la frontière représente le lieu privilégié d'observation d'un paradoxe bien connu des théoriciens du droit, que les Anglo-américains appellent « *the boundary problem* », l'angle mort de la théorie démocratique : toute délibération au sujet des frontières présuppose une collectivité circonscrite dont l'existence n'est

¹⁴ Etienne Balibar, *Les frontières de la démocratie*, La Découverte, Paris, 1992, pp. 276 ; Rogers Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, pp. 288 ; Christian Koppke, *Citizenship and immigration*, Polity Press, Cambridge, 2010, pp. 216 ; Martin Deleix, *Aux bords de la démocratie. Contrôle des frontières et politique de l'hospitalité*, Garnier, Paris, 2016, pp. 218.

¹⁵ Seyla Benhabib, *The right of others. Aliens, residents and citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 251.

¹⁶ Martin Deleix, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷ *Ibidem*.

rendue possible que grâce à une délimitation des participants qui ressemble à s'y méprendre à une frontière¹⁸.

Avant tout, la frontière est l'institution qui délimite le territoire sur lequel s'applique la souveraineté. Mais sa fonction principale est devenue au fil du temps celle de départager les citoyens, membres à part entière de la communauté politique, des étrangers qui cherchent à y entrer ou des résidents qui y demeurent en étant assujettis à ses lois sans pour autant participer à leur rédaction. La frontière assume donc une fonction discriminante qui doit s'accompagner d'une forme de justification auprès des exclus, sans quoi elle trahirait le principe d'égalité de chaque être humain qui constitue le cœur de la démocratie libérale¹⁹. Comme l'affirme Benhabib, « *un trait partagé de toutes les normes d'appartenance, en ce compris des normes d'attribution de la citoyenneté, est que ceux qui sont affectés par les conséquences de ces normes et, au premier plan par le critère de l'exclusion, par définition ne participent pas à leur discussion*²⁰ ».

L'intégration européenne et l'espace Schengen

L'évolution de la nature et de la fonction de la frontière accompagne indissolublement l'évolution de l'Etat libéral tout au long des deux derniers siècles, mais aussi les modèles économiques prédominants, devenant à la fois le symbole et le véritable lieu d'une philosophie sécuritaire fondée sur des mécanismes d'exclusion et de division sociale. Ce lent processus a intéressé la plupart des pays occidentaux, n'épargnant pas les États européens qui ont développé à partir de l'après-guerre des législations très diverses et variées au sujet de la gestion des frontières et des flux migratoires, mais répondant toutes aux exigences économiques et sociales nationales du moment. Ainsi, à partir des Traités de Rome de 1957²¹, ces mêmes États ont posé les bases pour

¹⁸ Saskia Sassen-Koob, *Towards a conceptualization of immigrant labor*, *Social problems*, vol, 29 n.1, 1981, pp. 65-85 ; Christopher Heath Wellman, Philip Cole, *Debating the ethics of immigration : is there a right to exclude?*, Oxford University Press, 2011, pp. 352; Arash Abizadeh, *On the demos and its kin : nationalism, democracy and the boundary problem*, *American political science Review* vol. 106 n. 4, 2012, pp. 867-882.

¹⁹ Frederik Whelan, *Democratic theory and the boundary problem*, dans Roland Pennock, John Chapman (dir.), *Liberal democracy*, New York University Press, New York, 1983, pp. 39-68 ; Etienne Balibar, *The infinite contradiction*, *Yale French Studies*, 1995, pp. 123; Stephen Castles, Mark Miller, *The age of Migration. International population movements in the modern world*, Palgrave Macmillan, Londres, 2009, pp. 420.

²⁰ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 26.

²¹ Traité instituant une Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957.

la construction d'un marché commun européen, vecteur d'une véritable intégration politique européenne qui amènera en 1985 à la signature des accords sur la libre circulation en Europe. Conçue d'abord comme instrument juridique nécessaire et liée aux exigences du marché intérieur, la liberté de circulation des marchandises et des capitaux, des travailleurs et enfin des personnes, devient un élément central et le véritable moteur d'un processus d'intégration politique qui devait, selon la classe dirigeante européenne des années 1990, mener au dépassement des États et à la création d'une citoyenneté européenne.

Ce processus, commencé avec les accords de Schengen de 1985, poursuivi en 1990 avec l'adoption de la Convention d'application des accords de Schengen (ci-après CAAS), puis avec le Traité d'Amsterdam de 1997, a abouti à la signature du Traité de Lisbonne, qui introduit très clairement la liberté de circulation parmi les fondements de l'Union européenne.²² L'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), issu du Traité de Lisbonne de 2009, affirme que « *l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice (ci-après, ELSJ) dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres* ». Cette formulation reprend l'article 3 du Traité sur l'Union européenne (ci-après TUE) qui affirme que « *l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène*²³ ». D'une première lecture du texte des traités on comprend que la liberté de circulation est une prérogative des citoyens de l'Union européenne, c'est-à-dire les citoyens des États qui la composent, les ressortissants des pays tiers (les pays qui ne font pas partie de l'UE) étant toujours confrontés à une frontière qui se dématérialise peut-être, mais qui ne disparaît pas.

²² La convention d'application de l'accord Schengen a été ratifiée par l'Allemagne, les pays du Benelux (Belgique, Pays-Bas et Luxembourg), la France (19 juin 1990), l'Italie (27 novembre 1990), l'Espagne, le Portugal (25 juin 1991). Le traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne et les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Amsterdam le 2 octobre 1997, est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. Le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 à Lisbonne entre les vingt-sept États membres de l'Union européenne, transforme l'architecture institutionnelle de l'Union, modifiant en profondeur le Traité sur l'Union européenne, issu du Traité de Maastricht le 7 février 1992 et substituant le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au Traité instituant une Communauté européenne, signé à Rome le 25 mars 1957. L'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse, pays tiers, sont également membres de l'espace Schengen.

²³ Traité sur l'Union européenne, TUE, 2007, Article 3.

Ces personnes, les « étrangers », resteront sujets aux normes européennes et nationales sur le droit de circulation, l'immigration et l'asile.

Les accords de Schengen redéfinissent et réorganisent progressivement les fonctions des frontières en Europe, désormais divisées en deux types, extérieures et intérieures, et prévoient la création d'un ensemble de normes communes sur la circulation à l'intérieur et à l'extérieur de l'espace européen. La création de ce cadre de normes communes à un niveau supranational a été sous-tendu par l'idée qu'à l'intérieur de cet espace « libre », des compensations devaient être faites pour garantir un haut niveau de sécurité et pour garder aux mains des États des prérogatives particulières. En ce sens, il est commun de parler des accords de Schengen comme des accords sur les « mesures compensatoires » nécessaires pour garantir l'exercice de la souveraineté nationale, qui est historiquement avant tout la protection de la population et du territoire de l'Etat²⁴. D'un côté on compense la création de règles et standards communs avec la sauvegarde de plusieurs prérogatives étatiques et de la forme décisionnelle intergouvernementale, de l'autre on tente de compenser l'ouverture des frontières intérieures avec un durcissement des politiques de contrôle des frontières extérieures et au développement d'une gestion intégrée des frontières extérieures.

Ainsi, la création de l'espace Schengen a été rendue possible grâce à la mise en commun des règles sur les frontières et les modalités de contrôle de la part des États européens dans un ordre juridique supranational. Néanmoins, si au premier regard on pourrait affirmer qu'avec la création de l'espace Schengen on est face à une « cession de souveraineté », lorsqu'on voit attribuer à un ordre juridique supranational des prérogatives éminemment étatiques, on s'aperçoit vite d'un point de vue juridique que ces attributions, qui se concrétisent par la création d'un cadre légal de règles communes, ne constituent guère une renonciation de la part des États, si cela était théoriquement possible, de l'exercice de compétences qui demeurent strictement nationales²⁵. Il est plus opportun de parler de transfert de compétences pour certains aspects de la question, comme l'attribution de pouvoirs opérationnels au niveau des Agences européennes, ou alors

²⁴ Pierre Berthelet, *Le paysage européen de la sécurité intérieure*, Peter Lang, Bruxelles, 2009, pp. 573.

²⁵ Etienne Balibar, *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'Etat, le peuple*, La Découverte, Paris, 2001, pp. 324; Paul Mignette, *Le régime politique de l'Union européenne*, Presses de Sciences Po, Paris, 2003, pp. 26-34.

simplement de création de normes communes, qui d'ailleurs ne couvrent pas l'intégralité des questions concernant la liberté de circulation.

Or, si d'un côté les États européens ont permis la création de plusieurs Agences européennes telles que Frontex, chargée de pouvoirs importants de coordination et de mise en œuvre des politiques européennes en matière de contrôle frontalier, si des véritables normes communes sur le régime des frontières et sur le droit d'asile ont été mises en œuvre au niveau européen, la plupart des politiques en matière de titres de séjour des ressortissants des pays tiers sont restés de la compétence étatique et non européenne : le droit de l'UE a donc « communautarisé » certains aspects de la législation en matière de contrôle frontalier, posant des principes communs sur le traitement de certaines catégories de personnes, mais il n'y a pas à l'heure actuelle une politique commune ni un régime juridique commun de l'immigration.

De même, les quelques normes véritablement européennes en la matière, c'est-à-dire les directives et les règlements qui forment le régime européen sur l'asile, sont caractérisées par une distribution de responsabilités non équitable entre les États. Ceci découle du grand poids politique et de négociation que ces États ont gardé au sein de l'espace Schengen, un espace régi par la méthode intergouvernementale, le Parlement européen ayant peu de pouvoir en la matière. L'article 68 du TFUE attribue en effet au Conseil européen le rôle de décider des orientations stratégiques de la programmation législative et opérationnelle dans l'ELSJ²⁶. Le Conseil, qui est l'organe de l'UE qui représente plus directement les intérêts nationaux, a un véritable pouvoir de veto sur tout acte législatif en matière de frontières européennes mais aussi d'immigration et d'asile, le Parlement européen essayant depuis des années de pousser cet organe vers une logique basée sur la solidarité, comme dans les cas des réformes respectivement du code des frontières Schengen (ci-après CFS) et du règlement Dublin²⁷.

²⁶ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Article 68 : Le Conseil européen définit les orientations stratégiques de la programmation législative et opérationnelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

²⁷ Règlement (CE) n. 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, réformé avec l'adoption du règlement (UE) n. 399/2016 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 ; Règlement (CE) n. 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers.

Ainsi, comme il est affirmé dans la CAAS (et aujourd’hui dans le CFS), les États européens ont gardé la possibilité de rétablir les contrôles fixes aux frontières intérieures de l’espace européen en cas de menace pour l’ordre public ou pour la sécurité nationale, une clause fondamentalement discrétionnaire qui a été à plusieurs reprises activée par de nombreux États lors de la « crise migratoire » des années 2011-2020, ce qui a démontré une véritable fragilité structurelle des règles de l’espace européen sans frontières. L’un des buts de cette recherche est donc de souligner la centralité des États européens dans la gestion des frontières intérieures et extérieures européennes.

Le droit de l’espace Schengen est caractérisé par une approche dominante de type sécuritaire, qui a eu comme effet majeur une fragilisation progressive de la condition matérielle et juridique d’étranger²⁸. En ce sens on peut affirmer que les efforts des États européens et des institutions de l’UE se sont beaucoup plus tournés sur la définition du « non citoyen » plutôt que sur la citoyenneté, qui occupe une partie minimale de la législation primaire et secondaire de l’UE.

Introduite par le Traité de Maastricht, la citoyenneté européenne repose toujours sur la nationalité d’un État membre, qui demeure purement étatique. Il s’agit d’une citoyenneté « superposée » qui, comme l’affirment les articles 9, 10, 11 et 35 du TUE et les articles 15, 20 à 24, 170, 227 et 228 du TFUE, ajoute aux droits politiques propres des citoyennetés nationales des droits ultérieurs comme la libre circulation, le droit à participer aux élections du Parlement européen et la protection consulaire²⁹. Bien que les normes sur la liberté de circulation des « non citoyens », ainsi que celles sur les contrôles frontaliers pénalisent *de facto* cette catégorie de résidents (constituant 5% du total), la crise de l’espace Schengen provoquée par l’augmentation des flux migratoires vers l’Europe a également mis en crise l’idée de la citoyenneté européenne : il est indubitable que l’élargissement aux pays de l’Europe de l’Est, leur insertion dans le monde du travail des États occidentaux, plus riches, a provoqué dans le temps un nivèlement par le bas des conditions de travail à l’intérieur de ces États, ce qui a mené à la recrudescence de phénomènes d’intolérance raciste, de xénophobie, d’euroscpticisme souverainiste, qui a notamment été à la

²⁸ Isabelle Taboada Leonetti, *Intégration et exclusion dans la société duale. Le chômeur et l’immigré*, Revue internationale d’action communautaire, vol. 3, 1994, pp. 93–103.

²⁹ Siofra O’leary, *The relationship between Community citizenship and the protection on fundamental rights in Community law*, Common market law review, vol. 32 n. 3, 1995, pp. 519-554; Jean-Louis Quermonne, *Citoyenneté et nationalité dans l’Union européenne. Problèmes et perspectives*, dans Paul Magnoste (dir.), *De l’étranger au citoyen. Construire la citoyenneté européenne*, De Boeck University, Bruxelles-Paris, 1997, pp. 297-309.

base du Brexit³⁰. Le caractère sécuritaire du système régissant la liberté de circulation en Europe, conçu pour un temps de paix et prospérité, « *de vaches grasses* » comme le dit Enrico Letta, a provoqué, une fois confronté à des véritables périodes de crise, un arrêt dangereux du processus d'unification politique et de développement de la citoyenneté européenne.³¹

La crise de l'accueil et le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de l'UE

L'augmentation des tensions internationales et l'intensification des conflits armés en Afrique et au Moyen-Orient ont provoqué, notamment depuis les printemps arabes de 2011, un mouvement inédit de demandeurs d'asile vers l'Europe, qui se sont ajoutés aux centaines de milliers de « migrants économiques » qui, depuis plusieurs décades, émigraient vers le vieux continent dans l'espoir d'une vie meilleure³². Le système Schengen, confronté pour la première fois à un phénomène de telle ampleur, a fait l'objet de plusieurs interventions législatives qui ont tenté de renforcer les instruments de gestion des flux de migrants. L'Union européenne a essayé de faire face à cette augmentation inédite de migrants à travers une stratégie multiforme fondée sur la mise en œuvre de contrôles, la militarisation des zones frontalières extérieures, la conclusion d'accords de réadmission avec les pays d'origine et de transit des migrants, la responsabilisation des compagnies de transport, engageant une lutte contre les passeurs et posant les bases d'un système de retour intégré au niveau européen.

Si la création d'un système intégré de gestion des frontières constituait l'un des enjeux des politiques européennes déjà en 1999, lorsque le Conseil de Tampere l'avait proclamé comme objectif politique spécifique de l'Union, c'est dans la décennie 2011-2020 que l'Union a donné suite à cet engagement à travers la mise en œuvre d'une législation vaste en la matière, tout en renforçant les instruments de gestion du contrôle déjà existants. C'est entre 2011 et 2013 par exemple, que l'Union se dote d'un véritable régime européen de l'asile commun (ci-après RAEC), formé par la directive (CE) n. 2011/95 harmonisant les conditions d'obtention du statut

³⁰ Jan Willem Duyvendak, Christophe Bertossi, *Les migrations face au défi identitaire en Europe. Entre mémoire et identité : une crise européenne*, dans Thierry de Montbrial, Dominique David (dir.), *RAMSES 2017 - Rapport annuel mondial sur le système économique et les stratégies*, Malakoff, Dunod, 2016, pp.188-191.

³¹ Enrico Letta, *Contro venti e maree*, Il Mulino, Bologne, 2017, pp. 156.

³² EUROSTAT, *Statistiques sur la migration et sur la population migrante en Europe 2011-2021*, en ligne, consulté le 07/05/2021, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics

de réfugié, dite directive « qualifications », la directive (UE) n. 2013/32 « procédures », la directive (UE) n. 2013/33 « accueil », le règlement (UE) n. 604/2013, communément nommé règlement Dublin III qui définit quel Etat membre est compétent pour l'examen d'une demande d'asile, ainsi que par le règlement (UE) n. 603/2013 dit EURODAC qui permet la comparaison au niveau européen des empreintes digitales des demandeurs d'asile et des personnes ne bénéficiant pas d'un droit de séjour³³. Peu après, l'Union européenne a considérablement augmenté les moyens financiers et humains de l'Agence Frontex, qui en 2016 devient un véritable corps européen des garde-frontières³⁴. De la même année est issu l'accord sur l'immigration entre la Turquie et l'UE, signé le 18 mars 2016 et le départ d'un dialogue politique serré avec les deux gouvernements libyens pour limiter les afflux de migrants vers l'Italie³⁵.

Avec la communication du 13 mai 2015 intitulée « *Un agenda européen pour la migration* », la Commission européenne dévoile sa stratégie multiforme de gestion de la crise migratoire, envisageant, entre autre, le développement d'un mécanisme de sélection et tri des migrants dans les *hotspots* des États méridionaux, la création de structures de filtrage des demandes d'admission en Europe sur le territoire des pays de transit et d'origine des migrants, ainsi que la création d'un

³³ Directive (UE) n. 2011/95 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; Directive (UE) n. 2013/32 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; Directive (UE) n. 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale ; Règlement (UE) n. 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n. 604/2013 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 et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n. 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ; 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.

³⁴ Règlement (UE) n. 1624/2016 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) n. 399/2016 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n. 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n. 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil.

³⁵ AEDH, *Entrée en vigueur de l'accord de réadmission entre l'Union européenne et la République de Turquie : un recul pour les droits des migrants*, 1^{er} octobre 2014, en ligne, consulté le 24/09/2019, www.aedh.eu/Entree-en-vigueur-de-l-accord-de.html.

mécanisme de relocalisation des migrants dans les différents États européens, dans le but de soulager les États les plus exposés au phénomène migratoire³⁶.

Or, cinq ans après l'adoption de l'agenda de 2015, la Commission rédige en 2020 un nouveau Pacte sur la migration et l'asile, qui se fonde sur le constat de l'inefficience et de l'insuffisance des politiques européennes mises en œuvre jusqu'à présent : il est évident que l'action coordonnée des outils mis en œuvre par l'Union européenne et les États membres n'a pas donné de solutions stables au problème des flux croissants des migrants vers l'Europe, ni n'ont réussi à empêcher l'augmentation des mouvements secondaires, c'est-à-dire les mouvements des ressortissants des pays tiers à l'intérieur de l'Espace Schengen, qui au contraire ont drastiquement augmenté³⁷.

Ainsi, l'inefficience du système de contrôle frontalier et de gestion des flux migratoires et de demandeurs d'asile a amené, dans la phase la plus critique de la crise migratoire (qu'il conviendrait plutôt appeler « crise de l'accueil ») les gouvernements de plusieurs États européens à rétablir les contrôles à leurs frontières intérieures. Bien que cela soit expressément prévu par une clause figurant dans le texte des accords de Schengen, dans la CAAS et dans toutes les versions du CFS, le recours fréquent et prolongé dans le cas de la France des États à cette clause marque une phase inédite de l'histoire de l'espace commun européen. Ce nouvel équilibre de pouvoirs méconnaît la différenciation fonctionnelle des deux types de frontières de l'UE en frontière extérieure et intérieure, qui devraient selon le droit de l'Union et l'esprit « compensatoire » des accords de Schengen, être dotées de deux régimes juridiques complémentaires.

La « crise de l'accueil » redessine la géométrie de l'espace européen, rapprochant dans les faits les deux régimes juridiques : que ce soit à la frontière extérieure de l'UE ou à celle qui divise la France de l'Italie, on observe l'utilisation des mêmes pratiques policières, la mise en pratique d'une stratégie identique, ainsi que le développement de phénomènes sociaux tels que la

³⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 13/05/2015: *Un agenda européen en matière de migration*, COM(2015) final.

³⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 23/09/2020 : *Un nouveau pacte sur la migration et l'asile*, COM(2020)609 final; EUROSTAT, *Statistiques sur l'asile et l'immigration en Europe 2011-2020*, en ligne, consulté le 30/04/2021, <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00176/default/bar?lang=fr>.

militarisation ou la criminalisation de la solidarité, le contrôle « au faciès » ou la proliférations de camps improvisés qui sont les mêmes à Menton que dans le sud de l'Italie. L'analyse de ces phénomènes doit être approfondie lorsque la frontière est avant tout un fait social.

On ne pourra connaître et définir la véritable nature des frontières de l'espace Schengen qu'à travers une étude combinée des profils juridiques et des aspects sociologiques du problème. Car si le droit en général est un fait social par excellence, il montre à la frontière toute sa vocation à déterminer les dynamiques sociales, à construire des paradigmes de relations et de tensions différentes³⁸. Or, si les politiques européennes se sont démontrées inefficaces sur le plan de la gestion des flux migratoires et la limitation des entrées sur le territoire européen, il est néanmoins indubitable qu'elles ont eu des conséquences majeures sur la condition juridique et sociale des migrants, véritables cibles de ces politiques et des pratiques policières attentatoires aux droits fondamentaux dont ils sont titulaires. Ces pratiques policières, qui sont avant tout des comportements, des habitudes plus ou moins encadrées par le droit, visent directement la sphère subjective des droits et libertés individuels de toute une catégorie de personnes, les immigrants étrangers, qui constituent une classe sociale déterminée.

C'est pourquoi la présente recherche a été conduite dans l'effort d'assumer une perspective principalement juridique d'analyse du droit européen et des ordres juridiques nationaux, mais qui ne soit pas détachée de l'apport que d'autres disciplines lui offrent en termes d'observations de faits, pratiques et phénomènes sociaux. Le choix d'observer les pratiques de contrôle dans les deux types de frontières, en prenant le cas français comme perspective d'observation privilégiée à cause du consolidation du rétablissement des contrôles aux frontières pour une période allant de 2015 jusqu'à la crise pandémique de 2020, donnera la possibilité de montrer la complexité du problème des contrôles frontaliers aujourd'hui en Europe.

L'étude du cadre légal de la liberté de circulation en Europe, des différents régimes juridiques des frontières extérieures et intérieures ainsi que de la réorganisation de la coopération policière au sein des États européens, nous permettra de tracer les contours du problème du rétablissement des contrôles frontaliers en Europe. De même, l'analyse plus ponctuelle de la législation française et des pratiques policières mises en œuvre à la frontière franco-italienne nous mènera à constater

³⁸ Emile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Presses universitaires de France, coll. Quadrige, 1895, 1993, pp. 144.

la violation de plusieurs droits des personnes migrantes et à souligner les profondes analogies entre les deux univers de la frontière extérieure et de la frontière intérieure, qui depuis le rétablissement des contrôles fixes présentent désormais les mêmes caractéristiques et deviennent le théâtre des mêmes phénomènes.

Car, bien qu'il s'agisse de lieux différents, régis par des législations différentes, la stratégie et l'objectif du contrôle et des politiques publiques est le même et se poursuit avec les mêmes instruments et phénomènes. La militarisation de l'espace, la criminalisation de la solidarité, la création de structures officielles et officieuses de rétention et tri de personnes, les entraves au droit d'asile, les refoulements informels et collectifs, la non-prise en charge des personnes vulnérables représentent les lignes directrices d'une stratégie de type sécuritaire, basée sur l'idée de la dissuasion et non pas de la régulation du phénomène migratoire. En ce sens la construction médiatique de la « crise », fondée sur une manipulation du « visible », joue un rôle primaire dans la mise en œuvre de ces politiques³⁹.

Un cas d'étude : la frontière franco-italienne

Comprendre la nature des frontières de l'espace Schengen aide à dévoiler le caractère fortement sécuritaire de la stratégie européenne de gestion de l'immigration. C'est dans ce contexte sécuritaire que s'insère la crise de confiance mutuelle entre États européens voisins, qui, rétablissant à plusieurs reprises les contrôles aux frontières intérieures, marquent *de facto* des points d'arrêt dans le développement de l'espace européen sans frontières, véritable moteur du processus d'intégration européenne. Dans les années 2011-2020, on assiste sur plusieurs tronçons de frontière intérieure, dont la frontière franco-italienne, à une réorganisation capillaire des activités de contrôle, dictée d'un côté par l'augmentation des mouvements secondaires et de l'autre par la méfiance de certains États envers la gestion des flux de la part des États géographiquement plus exposés à l'arrivée des migrants. Ces derniers, qui en vertu du règlement Dublin III sont responsables du traitement des demandes d'asile en tant que pays « de premier accueil », ont été obligés d'organiser une machine administrative et logistique complexe pour faire face aux centaines de milliers d'arrivées de demandeurs d'asile.

³⁹ Andrea Brighenti, *Visibility : a category for the social sciences*, Current Sociology, vol. 55 n. 3, 2007, pp. 323-342.

Au-delà des accusations de ne pas vouloir prendre correctement les empreintes digitales à l'arrivée sur le territoire, ce qui a porté selon le gouvernement français de 2011 à une augmentation drastique des mouvements secondaires en France depuis l'Italie, les États de premier accueil n'ont sans doute pas su gérer un tel afflux de migrants, ce qui a entraîné une implication croissante de l'Agence Frontex aux frontières extérieures italiennes et grecques à partir de 2014. En ce sens l'affaire *M.S.S. contre Belgique et Grèce* est paradigmatique, lorsque la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH) affirme que la Grèce est en situation de défaillance systémique quant à l'accueil des migrants, qui pour telle raison seraient dans ce pays exposés à des traitements inhumains et dégradants⁴⁰.

L'espace Schengen, confronté de manière inégale à la gestion des flux migratoires, devient un espace de méfiance et de retour aux revendications nationales, nécessaire pour préserver chaque État de l'augmentation des mouvements secondaires des migrants. Or, ce serait une erreur de considérer le rétablissement comme un simple « retour » des frontières intérieures, qui, comme on verra, n'ont cessé guère d'exister après les accords de Schengen : le cas de la France est emblématique de la manière dont la législation nationale dès 1993 organise le contrôle frontalier aux frontières intérieures, qui diffère des autres activités de contrôle policier prévues pour le reste du territoire national⁴¹. L'existence d'un tel régime spécial de contrôle, praticable dans une zone allant jusqu'à 20 kilomètres de la ligne frontalière, fait comprendre comment des contrôles frontaliers ont toujours été permis dans la zone frontalière intérieure, les accords de Schengen se limitant à prévoir que ces contrôles ne soient pas fixes, mais aléatoires. La « survie » des frontières intérieures explique aussi d'ailleurs l'utilité des dizaines d'accords de coopération policière conclus entre les États européens qui, concernant les procédures de réadmission des

⁴⁰ CEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21/01/2011, requête n. 30696/09.

⁴¹ Code de procédure pénale, Article 78-2, introduit par la loi 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité : Dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté et aux abords de ces gares, pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière, l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi.

étrangers « irréguliers », présuppose l'existence et la persistance d'une activité de contrôle frontalier⁴².

Ainsi, le 6 novembre 2015, la France communique à la Commission européenne sa décision de réintroduire les contrôles fixes à ses frontières pour une durée de 30 jours, en raison des craintes pour l'ordre public liées au déroulement de la Conférence de Paris sur le climat (ci- après, COP 21). Les circonstances selon lesquelles le 13 novembre le pays était bouleversé par les attentats terroristes ont mené à la décision de maintenir ces contrôles jusqu'au 26 février 2016. En vertu des successives notifications, le rétablissement des contrôles frontaliers a été prolongé jusqu'à l'heure actuelle, la crise pandémique ayant comporté la fermeture de tous les tronçons des frontières intérieures européennes. L'analyse des conséquences du rétablissement des contrôles à la frontière franco-italienne montrera que, tout en comportant une augmentation des moyens et de personnel employés et donc une fréquence majeure et une capillarité des contrôles, il ne se traduit pas par l'adoption de pratiques policières et modalités de contrôle nouvelles : ces dernières révèlent au contraire une certaine continuité dans le temps, comme l'affirme très clairement Sara Casella Colombeau, qui a étudié la situation des frontières franco-italiennes en 2011 et 2015 à travers plusieurs missions d'observation⁴³.

L'étude de la frontière franco-italienne, conduite avec une attention particulière aux témoignages des organisations non gouvernementales (ci-après ONG) et des juristes présents sur le territoire, nous fournit une illustration claire des violations des droits fondamentaux des personnes migrantes, qui se concrétisent par la mise en œuvre des refoulements collectifs et informels, ou en général par des pratiques expéditives et sommaires.

Dans ce contexte, la négation du droit d'asile à la frontière franco-italienne est devenue routinière, tout comme la non prise en charge des personnes vulnérables et des mineurs non accompagnés. Il s'agit de pratiques qui s'insèrent dans un processus de forte médiatisation, de véritable militarisation de l'espace et de criminalisation de la clandestinité et de la solidarité citoyenne : des phénomènes que l'on retrouve désormais à la frontière intérieure franco-italienne

⁴² Un exemple d'accord de réadmission entre États européens est l'accord de Chambéry, signé par les ministres de l'Intérieur de la France et de l'Italie le 3 octobre 1997.

⁴³ Sara Casella Colombeau, *Au-delà de l'exception : la routine des contrôles lors des « crises migratoires » de 2011 et 2015 à la frontière franco-italienne*, dans Annalisa Lendaro (dir.), *La crise de l'accueil*, La Découverte, Paris, 2019, pp. 187-208.

tout comme aux frontières extérieures de l'Union. Or, si d'un côté les pratiques policières qui caractérisent la frontière franco-italienne comportent des nombreuses violations des droits de l'homme, du point de vue purement législatif on remarquera que la gestion des frontières intérieures de la part de la France pose plusieurs problèmes quant à la transposition en droit national du CFS et du RAEC, notamment en ce qui concerne la rétention administrative des demandeurs d'asile et des autres catégories de personnes vulnérables. Cette législation est fondée sur la fiction selon laquelle la personne interceptée à la frontière est à considérer comme n'étant jamais entrée sur le territoire, ce qui justifierait le fait d'appliquer un véritable régime d'exception.

La recherche sera donc articulée en deux parties. En premier lieu, on étudiera le cadre légal européen du contrôle frontalier, qui ne comprend pas seulement les dispositions législatives et la jurisprudence sur les activités de contrôle au sens strict, mais qui doit être considéré à la lumière des règles sur le séjour et la circulation des étrangers, car les deux aspects sont complémentaires et révélateurs d'une politique unique et bien identifiable, qu'on essaiera d'analyser et de déconstruire. En deuxième lieu, on observera la manière dont cette politique a été déclinée dans le cadre du rétablissement des contrôles à la frontière intérieure franco-italienne, ce qui nous conduira à constater le rapprochement des deux types de frontières, la multiplication de phénomènes sociaux similaires, ainsi qu'à mesurer les incidences graves de cette politique sur les droits des personnes migrantes.

1^{ere} PARTIE

LE REGIME EUROPEEN DES CONTROLES FRONTALIERS

On appellera « régime européen des contrôles frontaliers », l'ensemble des normes de droit européen qui concernent la définition des modalités du contrôle des frontières intérieures et extérieures de l'Union européenne, mais aussi tout autre texte normatif européen et les législations nationales ayant une incidence sur la question frontalière. Il est indubitable que les normes qui sont censées régler le phénomène migratoire, tant du côté des visas d'entrée que des véritables titres de séjour ou du droit d'asile, ont des impacts primaires sur la gestion frontalière des États européens et de l'espace Schengen. Si les premières normes, généralement contenues dans le CFS, découlent du texte des accords de 1985 et de la CAAS de 1990, les secondes concernent des aspects divers et variés de la migration et découlent à la fois du droit européen et des ordres juridiques nationaux, tout en reflétant le même caractère sécuritaire de la « philosophie Schengen ».

Ainsi, comme on le verra, si d'une part les normes européennes sur le contrôle frontalier semblent créer un cadre basé sur la différence nette entre les régimes applicables aux frontières intérieures et extérieures de l'Union, d'autre part ces différences s'amenuisent au regard du contrôle des ressortissants des pays tiers, pour lesquels les frontières intérieures n'ont guère cessé de jouer un rôle de tri et de barrage. Que ce soit à la frontière intérieure ou extérieure, les ressortissants des pays tiers doivent pouvoir justifier leur entrée sur le territoire national avec des titres de séjour qui découlent prioritairement des ordres juridiques nationaux et qui leur confèrent ou non le droit à la libre circulation.

Indépendamment de l'activité de contrôle dans les points de passage autorisés (PPA) des frontières intérieures, si un ressortissant d'un pays tiers qui n'est pas titulaire d'un droit à séjourner dans le territoire d'un État européen fait l'objet d'une interpellation de police dans un lieu quelconque, l'interdiction de rester sur le territoire peut lui être opposée et il peut faire l'objet d'une mesure de retour. Cependant, même si la règle générale applicable aux frontières intérieures est l'article 22 du CFS qui affirme le principe de l'absence de contrôle, le droit européen laisse intacte la possibilité de la part des États d'effectuer des contrôles policiers sur l'identité des personnes franchissant la frontière et sur la détention des documents nécessaires, mais ces contrôles ne doivent pas être systématiques. Néanmoins, l'augmentation des flux

migratoires à l'entrée sur le territoire européen a provoqué une progressive intensification des contrôles aux frontières intérieures, lorsque ces personnes ont commencé à circuler à l'intérieur de l'espace européen, mettant en crise le système Schengen, fondé sur cette différenciation nette de régime applicable aux deux différents types de frontière.

En d'autres termes, cette différenciation, s'appuyant sur des règles européennes et nationales qui visent à ce qu'un ressortissant d'un pays tiers reste sur le territoire d'un seul Etat européen, a perdu dans le temps sa signification dans la mesure où ces règles ont montré toute leur inefficacité, ce qui a conduit à l'utilisation fréquente de la part de plusieurs États européens des clauses de rétablissement des contrôles fixes aux frontières intérieures contenues aux articles 25, 28 et 29 du CFS. L'augmentation des flux migratoires à l'entrée et à l'intérieur de l'espace européen a donc montré l'insuffisance des règles communes sur l'immigration et les frontières, des règles qui ont donc changé tout au long de cette « crise migratoire » qui a touché l'Europe dans les dernières années et qui ont changé dans le sens de donner aux États européens une marge croissante de manœuvre pour retrouver une maîtrise pleine de leurs confins nationaux, qu'ils soient des frontières intérieures ou extérieures.

Le grand rôle joué par les États dans la politique européenne sur la migration, le poids très limité des institutions européennes telles que le Parlement européen ou la Commission en la matière, illustre la manière dont, concernant ces enjeux de politique migratoire, l'Union européenne est encore tributaire des politiques nationales qui, en évoluant en fonction de l'évolution de la « crise migratoire », compriment et changent à la fois le droit de l'espace Schengen. Comme on le verra, c'est le cas des règles sur la réintroduction des contrôles frontaliers aux frontières intérieures, qui était conçue comme *extrema ratio* à mettre en œuvre dans des limites temporelles et pour des causes strictement liées à l'ordre public et à la sécurité intérieure et qui a été l'objet dans le temps de plusieurs réformes rendant le recours à telle clause beaucoup plus facile.

En analysant les règles européennes et nationales sur le contrôle frontalier et la migration, on se rendra compte que le but de ce cadre normatif est le maintien d'un degré de sécurité équivalent à celui qui existait quand les frontières intérieures étaient systématiquement contrôlées. La suppression des contrôles fixes aux frontières n'a pas, en d'autres termes, déclenché la mise en œuvre d'un processus de rapprochement des statuts des citoyens et des étrangers, ou simplement une harmonisation législative sur la libre circulation de ces derniers, mais au contraire a mené à

l'intensification du contrôle policier, qui est désormais interconnecté au niveau européen à travers la création de banques de données biométriques pour les ressortissants des pays tiers, un contrôle qui est sans doute plus fixé sur les lieux-frontières mais qui est également facilité par l'application de normes diverses et variées sur la coopération policière.

L'étude de tous ces aspects nous permettra de poser les bases théoriques du problème du contrôle frontalier en Europe et de comprendre, au-delà de la rhétorique d'un espace sans frontières, la réelle portée de l'acquis de Schengen, un ensemble de normes au caractère sécuritaire, qui ont comme objectif, à l'encontre des ressortissants des pays tiers en entrée et circulant à l'intérieur de l'Europe, un renforcement des contrôles et non pas leur assouplissement. Nous commencerons donc notre analyse par l'étude du principe de libre circulation et de ses différentes déclinaisons selon les statuts des personnes concernées (1). Par la suite nous observerons les normes applicables aux différents types de frontières européennes, les frontières extérieures (2) et les frontières intérieures (3). À leur sujet, nous analyserons tant les normes juridiques que les effets des politiques de gestion des frontières, ainsi que le cadre prévu pour la suspension, de la part des États, des obligations découlant des accords de Schengen. Nous conclurons cette première partie en investiguant sur le caractère compensatoire des accords de Schengen, qui sont à la base d'une réorganisation sans précédent de la coopération policière et du contrôle frontalier en Europe (4).

1. La liberté de circulation de l'étranger et la nature des frontières européennes.

La fragmentation des statuts légaux liés à la condition d'étranger résident peut comporter, à la frontière intérieure et extérieure de l'UE, une titularité différente du droit de la franchir selon les différentes catégories d'étrangers. Inspirées du principe sécuritaire, les normes sur l'immigration évoquent par leur nature la frontière, la fragmentation juridique des statuts devenant un instrument de fragilisation sociale. Le principe de libre circulation en Europe est en ce sens intrinsèquement lié à la détermination de deux régimes normatifs propres aux deux différents types de « frontière Schengen ».

L'analyse de la relation entre la libre circulation et les attributions étatiques des pouvoirs de contrôle frontalier (1.1) sera suivie par l'étude des différents « degrés de jouissance » du droit de circuler et de séjourner dans le territoire de l'un des États de l'UE des différentes catégories de « résidents » (1.2).

1.1 Pouvoir de contrôle étatique et liberté de circulation

Avant d'analyser le fonctionnement de l'espace Schengen, il convient d'étudier le cadre juridique du principe qui en constitue à la fois la raison d'être et le but : la liberté de circulation, expressément citée à l'article 3 du TUE et aux articles 67 et suivants du TFUE. Il apparaît utile d'aborder cet argument en partant d'une analyse historique et juridique du principe de liberté de circulation, de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 à la consécration constitutionnelle du principe - en France comme ailleurs - en passant par les textes successifs du droit international.

Bien que la liberté de circulation - ou encore « liberté d'aller et venir » - n'apparaisse pas expressément dans la Déclaration de 1789, certains juristes considèrent qu'elle peut matériellement être rattachée à l'article 4 qui consacre le principe général de liberté⁴⁴ : « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de*

⁴⁴ Xavier Philippe, *La liberté d'aller et de venir*, dans Remy Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2018, pp. 383-407 ; Gérard Conac, Marc Debène, Gérard Teboul, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaire*, Economica, 1993, pp. 365.

*chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi*⁴⁵». C'est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 qui affirme pour la première fois, en son article 12, aux paragraphes 2 et 4, le droit de toute personne de « *quitter n'importe quel pays, y compris le sien* », en ajoutant que « *nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays*⁴⁶ ».

Or, malgré le caractère complémentaire d'un accord international de tel genre par rapport aux sources de droit interne, la prévision d'un tel droit au sein du pacte donne lieu à la possibilité de porter plainte devant le Comité des droits de l'Homme institué par le même texte, dans l'hypothèse que l'État partie ait accepté le droit de pétition individuelle. Le but de ce Comité étant de surveiller la mise en œuvre du texte de 1966, on peut trouver jusqu'à présent seulement 19 affaires sur la violation présumée de l'article 12 dédié à la liberté d'aller et venir⁴⁷. Toutes les pétitions en question allèguent la violation de l'article 12 en combinaison avec la violation d'autres articles du Pacte de 1966, le Comité ne se prononçant jamais vraiment sur la portée réelle du droit en question, mais toujours sur l'ensemble des violations alléguées.

Parmi les sources internationales à caractère « régional » qui comprennent le principe de libre circulation, on retrouve les articles 2 et 3 du protocole additionnel n. 4 du 16 septembre 1963 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que l'article premier du protocole n. 7 du 22 novembre 1984 relatif aux garanties reconnues aux étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un État en cas d'expulsion. Le contenu de l'article 2 du protocole additionnel n. 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH) est presque identique à l'article 12 du Pacte des Nations Unies⁴⁸. Il ajoute cependant que la liberté de circulation doit être garantie sous la réserve des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la

⁴⁵ Ainsi, le Tribunal des conflits affirme que le Pacte des Nations Unies et la CEDH ne font que confirmer cette liberté découlant directement de l'art. 4 de la Déclaration de 1789 ; T. confl., 9 juin 1986, Eucat, RFD adm. 1987, p. 53, concl. Latournierie.

⁴⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 26 mars 1976.

⁴⁷ Recueil des décisions du Comité des droits de l'homme, en ligne, consulté le 30/04/2020, <https://juris.ohchr.org>.

⁴⁸ Protocole n. 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention. Signé à Strasbourg le 16 novembre 1963.

protection de l'ordre public, des droits et libertés d'autrui et d'un certain nombre d'autres valeurs⁴⁹. En particulier le troisième alinéa de l'article 2 précise que « *l'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* » Les droits reconnus dans l'article 2 du protocole 4 peuvent également, comme le dit le quatrième alinéa, « *dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique.* » Il s'agit d'un droit reconnu généralement à toute personne se trouvant sur le territoire d'un État, mais comme les alinéas 3 et 4 le montrent très clairement, ce même droit peut être légitimement comprimé, restreint, voire suspendu pour plusieurs raisons.

En revanche, l'article 3 du protocole 4 à la CEDH affirme l'existence d'un droit absolu, qui n'a pas vocation à être restreint ou nuancé : il s'agit du droit propre aux citoyens de ne pas être expulsés du territoire de l'État dont ils détiennent la citoyenneté. Ainsi « *nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est ressortissant* ». Le protocole 4 à la CEDH semble donc créer un droit qui se caractérise par une dualité de fond : d'un côté on affirme une liberté de circulation propre à toute personne, mais qui peut être nuancée et restreinte dans un grand éventail de situations, de l'autre on prévoit un droit, propre au citoyen, de ne pas être expulsé de son propre pays. On pourrait avancer des doutes sur la cohérence d'un texte qui définit des droits propres d'une catégorie spécifique de personnes, à savoir les citoyens, dans le cadre d'une convention qui est censée énoncer et protéger les droits de toute personne.

Cette inscription du droit à la liberté de circulation dans une relation bilatérale État-citoyen s'illustre notamment à travers les dispositions contenues dans les textes constitutionnels nationaux. La Constitution espagnole affirme par exemple à son article 19 : « *les Espagnols peuvent décider librement de leur résidence et circuler dans le territoire national. De même, ils peuvent entrer et sortir librement du territoire espagnol dans les termes établis par la loi. Ce droit ne pourra pas être limité pour des raisons politiques ou idéologiques* ⁵⁰».

⁴⁹ Patrick Wachsmann, *Libertés publiques*, Dalloz, 2017, pp. 936.

⁵⁰ Constitution du Royaume d'Espagne, Article 19: *Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.*

L'article 16 de la Constitution de la République italienne prévoit aussi que « *tout citoyen peut circuler et séjourner librement dans toute partie du territoire national, sous réserve des limitations que la loi fixe d'une manière générale pour des motifs sanitaires ou de sécurité. Aucune restriction ne peut être déterminée par des raisons d'ordre politique. Tout citoyen est libre de sortir du territoire de la République et d'y rentrer, sous réserve des obligations légales*⁵¹ ». La Constitution italienne soumet expressément la liberté de circulation des citoyens à plusieurs conditions d'ordre sanitaire ou sécuritaire. La Constitution espagnole, qui semble ne pas admettre de conditions, évoque aussi les « termes établis par la loi ».

En France, la valeur constitutionnelle de la liberté de circulation du citoyen a été reconnue par un célèbre arrêt de 1979⁵². Le Conseil constitutionnel ne parle pourtant pas d'un véritable droit de circuler, se limitant à donner valeur constitutionnelle au « principe » de la liberté d'aller et venir. Or, comme on a vu précédemment, le principe de liberté de circulation, ou d'aller et venir, se décline différemment, selon que l'on prend en considération les citoyens titulaires d'un véritable droit à ne pas être expulsés et les ressortissants d'un autre pays, que l'on désignera par le terme générique d'étrangers, qui ne jouissent que partiellement de la liberté de circulation. Il est important de remarquer que cette dichotomie accompagnera toute la réflexion sur le principe de la liberté de circulation, demeurant tout aussi centrale dans l'analyse, qui suivra, du droit européen de l'espace Schengen.

La question de l'expulsion de l'étranger est expressément traitée dans le protocole n. 7 de la CEDH, qui affirme que toute expulsion doit être fondée sur une décision prise conformément à la loi. Plus précisément, l'étranger doit pouvoir : « *faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion ; faire examiner son cas et se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité* ». Mais si des règles procédurales encadrent la possibilité d'expulsion d'un étranger, celle-ci n'en reste pas moins légale. A

⁵¹ Constitution de la République Italienne, Article 16: *Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche. Ogni cittadino, adempiuti gli obblighi di legge, è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi.*

⁵² Conseil constitutionnel, Décision n. 79-107 DC du 12 juillet 1979, loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales du 29 juin 1979, ECLI:FR:CC:1979:79.107.DC.

contrario, expulser un citoyen relève d'une interdiction absolue et ce, quelles que soient les circonstances.

La Cour de cassation française a par exemple affirmé en deux arrêts de 1984 et 1986 que le refus de délivrer un passeport « *dont la possession conditionne l'exercice effectif du droit de quitter le territoire national en ce qui concerne l'accès à certains pays* » à un contribuable redevable au fisc français constitue une violation du droit à quitter le pays⁵³. La liberté d'aller et venir, telle que conçue dans les textes susvisés, se résume donc à un droit des citoyens d'un État à quitter leur pays et à y faire retour. En aucun cas elle ne crée un droit général à circuler, ni un droit à entrer dans le territoire d'un autre État. Ces hypothèses revêtent en effet une nature différente en ce qu'elles concernent la faculté de l'État à admettre ou non sur son territoire l'étranger qui veut y entrer. Ainsi, comme la professeure Monique Chemillier-Gendreau l'a écrit, parlant de la liberté de circulation comme d'une « *liberté incertaine* », chacun est « *libre de quitter son pays et cela indépendamment de l'hypothèse de persécution qui fonde le droit d'asile. Il s'agit là d'une liberté pure : elle n'est conditionnée par aucune nécessité. Toutefois, elle n'a de sens que si se trouve garanti aussi son complément, la liberté d'entrer dans un autre pays*⁵⁴ ».

À ce stade, force est donc de constater que la liberté d'aller et venir de l'étranger se heurte à l'attribution aux États d'une compétence incontestée en matière de politique migratoire. Pourrait-on envisager de considérer que cette compétence souffre des exceptions ?⁵⁵ On fait ici référence au droit d'asile d'une part et au regroupement familial d'autre part. Il convient cependant d'affirmer dès maintenant qu'ils peuvent être considérés comme des exceptions, tout en ayant une portée plutôt limitée puisque les États disposent d'une marge d'appréciation très importante, notamment en ce qui concerne le droit au regroupement familial.

Relativement au droit d'asile d'abord, c'est la Convention de Genève de 1951 qui décrit le *statut* de réfugié en son article premier : le réfugié est une personne « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain*

⁵³ Cour de Cassation, Chambre civile, 28/11/1984, n. 83-14.718, JCP 1986.II.20600.

⁵⁴ Monique Chemillier-Gendreau, *La virtualité de la libre circulation*, Plein droit n. 36-37, décembre 1997, pp. 8-12.

⁵⁵ Ronald Dworkin, *Taking right seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 371.

*groupe social ou de ses opinions politiques, qui se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels évènements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner*⁵⁶ ». Les articles 31 et 33 de la Convention de Genève disposent qu'aucune sanction pénale ne peut être appliquée du fait de l'entrée ou du séjour irréguliers de réfugiés sur le territoire national et que les États signataires s'obligent à ne pas expulser ni refouler des réfugiés vers les territoires où leur vie ou leur liberté seraient menacées⁵⁷. Le principe de non-refoulement et l'interdiction d'incrimination pénale pour « entrée ou séjour irréguliers » constituent le noyau dur de la Conventions de Genève. Ces deux règles imposent de véritables obligations négatives aux États signataires.

Néanmoins, la Convention n'impose aux États signataires aucune réelle obligation positive d'accueillir les demandeurs d'asile. Elle se limite à déclarer les personnes craignant d'être persécutées dans leur pays d'origine titulaires d'un droit théorique à l'accueil tout en omettant de fixer des règles procédurales ou des mécanismes d'attribution de responsabilité aux États « accueillants »⁵⁸. En d'autres termes, la Convention de Genève semble créer un droit subjectif des réfugiés à être accueillis, non dans un État spécifique, mais dans l'un des 140 États signataires de la Convention. Une partie importante de la doctrine défend cette position⁵⁹.

⁵⁶ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, dite Convention de Genève, article premier.

⁵⁷ Convention de Genève, Article 31 : Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières. Les États Contractants n'appliqueront aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires ; ces restrictions seront appliquées seulement en attendant que le statut de ces réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays. En vue de cette dernière admission les États Contractants accorderont à ces réfugiés un délai raisonnable ainsi que toutes facilités nécessaires ; Article 33 : Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

⁵⁸ Pietro Costa, *La cittadinanza fra Stati nazionali e ordine giuridico europeo : una comparazione diacronica*, dans Gabriella Bonacchi (dir.), *Una costituzione senza Stato*, il Mulino, Bologne, 2001, pp. 289-326 ; Federico Lanzerini, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, 2009, pp. 694 ; Jean-Michel Belorge, *Le droit d'asile*, LGDJ, Paris, 2013, pp. 264 ; Enrico Diciotti, *L'immigrazione e lo Stato: una questione morale*, dans *Ragion pratica*, 2016, pp. 577-601 ; Marion Tissier-Raffin, *La qualité de réfugié de l'article 1 de la Convention de Genève à la lumière des jurisprudences occidentales*, Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 813.

⁵⁹ Serge Farot, *Le statut de réfugié en droit international et en droit comparé*, 1987, pp. 100 ; François Crépeau, *Droit d'asile : de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 424 ; Florian François Hopfner, *L'évolution de la notion de réfugié*, ed. Pedone, Paris, 2014, pp. 506 ; Yves Cusset, *Réflexion sur l'accueil*

Les Constitutions des États européens d'après-guerre n'ont pas ignoré l'importance du droit d'asile. Ces reconnaissances constitutionnelles vont même parfois au-delà du droit d'asile tel que formulé dans la Convention de Genève⁶⁰. À titre d'exemple, on peut citer l'article 10 de la Constitution de la République Italienne relatif au droit d'asile, à travers lequel l'assemblée constituante italienne a souhaité accorder une protection à tout étranger à qui l'exercice effectif des libertés démocratiques garanties par la Constitution italienne n'est pas assuré dans son pays d'origine⁶¹. La Cour de cassation italienne s'est prononcée à plusieurs reprises sur la portée et la signification de cette formulation, très ouverte. Dans une célèbre décision de 1997 elle a affirmé que, bien qu'il nécessite des dispositions législatives d'application, le texte de la Constitution est clair en ce qu'il désigne avec précision les contours d'un droit subjectif à l'entrée sur le territoire italien⁶². Il s'agit d'un droit accordé à tous ceux qui craignent de ne pas pouvoir exercer les libertés démocratiques constitutionnelles, mettant ainsi l'accent sur le caractère effectif de cette condition⁶³.

La Cour affirmait donc l'amplitude de la définition de l'asile contenue dans l'article 10 de la Constitution italienne, qui s'émancipe nettement de la définition du « réfugié » formulée par la Convention de Genève. Selon la Convention de 1951, on peut qualifier de réfugiée toute personne qui craint « *avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans*

et le droit d'asile, ed. François Bourri, Paris, 2016, pp. 135; Emilio Santoro, *I rifugiati e le nostre categorie di morale, politica, diritto e democrazia*, dans Maria Giulia Bernardini, Orsetta Giolo (dir.), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pise, 2018, pp. 151-178.

⁶⁰ Franck Moderne, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union européenne*, Economica, Paris, 1997, pp. 174.

⁶¹ Constitution de la République Italienne, Article 10 : *L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge. Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici.*

⁶² Cour Suprême de Cassation (Italie), Sections Unies, 26/05/1997 n. 4674.

⁶³ Elton Xhanari, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, Forum di quaderni costituzionali, 2014, pp. 210 – 245, en ligne, consulté le 28/02/2021, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/diritto-asilo.pdf>.

lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ».

En 2004, la Cour de cassation a opéré un revirement de la jurisprudence sur le droit d'asile en jugeant qu'en l'absence de loi ordinaire d'application de l'article 10, cette disposition constitutionnelle doit être interprétée comme créant un droit d'entrer sur le territoire italien aux fins d'engager une procédure d'obtention du statut de réfugié, et ce dans les termes - plus restrictifs - prévus par la Convention de Genève⁶⁴.

Côté français, la Constitution de 1946 affirme dans son préambule que « *tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* ». Il s'agit d'une formulation proche de celle (postérieure) contenue dans la Convention de Genève mais qui contient deux différences fondamentales. D'une part, la Constitution de 1946 fait référence à un fait de persécution avéré tandis que la Convention de Genève, de l'autre l'utilisation de la formule « *craignant à raison d'être persécuté* », semble assouplir les conditions d'obtention du statut de réfugié et donc l'accès au droit d'asile. Le lien de causalité entre persécution et action en faveur de la liberté tel que mis en exergue par la Constitution française de 1946 montre toutes les limites d'un texte constitutionnel indissolublement lié au contexte historique de son écriture. À savoir, la fin de la deuxième guerre mondiale, l'opposition entre dictature et liberté, la rhétorique de la victoire des peuples libres sur les « *régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine*⁶⁵ ».

Lors de l'adoption en 1958 de l'actuelle Constitution française, il n'y est pas fait mention expresse du droit d'asile. Néanmoins, avec la célèbre décision « Liberté d'association » du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel consacre la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1946⁶⁶. En outre, en son article 55, la Constitution de 1958 dispose déjà que les

⁶⁴ Cour Suprême de Cassation (Italie), Section I, 04/05/20014 n. 8423, 01/09/2006 n. 18941 et 08/11/2007 n. 18941 n. 23352.

⁶⁵ Constitution de 1946, Préambule : Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

⁶⁶ Conseil constitutionnel, Décision n. 71-44 DC du 16 juillet 1971, loi relative au contrat d'association du 1^{er} juillet 1901, ECLI:FR:CC:1971:71.44.DC.

traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont une autorité supérieure à celle des lois⁶⁷.

C'est par le biais de cet article que le droit d'asile pénètre l'ordre juridique français de la cinquième République. Par la suite, la loi constitutionnelle n. 93-1256 du 25 novembre 1993 insère l'article 53-1 à la Constitution, qui dispose en son premier alinéa : « *la République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées*⁶⁸ ». Cette disposition a été adoptée d'un côté pour confirmer l'orientation du Conseil Constitutionnel qui avait rendu une décision sur la matière le 13 août 1993⁶⁹ ; de l'autre pour donner suite à la CAAS qui avait créé un mécanisme selon lequel les décisions prises par un État membre en matière de traitement des demandes d'asile étaient valables pour l'ensemble des pays signataires de l'accord⁷⁰. En vertu de ces accords, les autorités préfectorales françaises ont acquis un pouvoir de refus des demandes d'asile déjà refusées dans un autre État partie aux accords de Schengen.

Le contenu des articles 30 et suivants de la CAAS sera à plusieurs reprises réaffirmé dans plusieurs actes juridiques, de la Convention de Dublin de 1993 aux règlements dits aussi Dublin II et III de 2003 et 2013.⁷¹ Les décisions prononcées par des États parties ne sont cependant pas contraignantes et la réitération du refus n'est donc pas automatique en raison de la possibilité pour le requérant de formuler une nouvelle demande d'asile fondée sur un autre motif.

⁶⁷ Constitution de 1958, Article 55: Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

⁶⁸ Loi constitutionnelle n. 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile.

⁶⁹ Conseil constitutionnel, Décision n. 93-325 DC du 13 août 1993, loi n. 93-1027 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France du 24 août 1993, ECLI:FR:CC:1993:93.325.DC.

⁷⁰ Convention d'application de l'Accord de Schengen, Articles 30 et suivants.

⁷¹ Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes ; Règlement (CE) n. 343/2003; Règlement (UE) n. 604/2013.

Le législateur constitutionnel a en effet voulu dissiper les doutes sur l'octroi par la France d'une protection effective aux demandeurs d'asile en affirmant au deuxième alinéa de l'article 53-1 : « *toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif* ». Le cadre légal du droit d'asile, qui repose tant sur des obligations internationales que sur une base constitutionnelle, semble donc organiser l'impossibilité pour un État d'empêcher un demandeur d'asile de pénétrer sur son territoire sans violer les droits de ce dernier, et ce malgré la maîtrise de ses frontières et de sa politique migratoire⁷². Mais la déclinaison de ce principe dans le contexte de l'Europe de Schengen et son application en vertu du règlement Dublin III fragilisent ces limitations du pouvoir discrétionnaire étatique. Ces aspects problématiques seront traités plus loin.

La deuxième limite majeure au pouvoir discrétionnaire de l'État en matière de mobilité transnationale est le regroupement familial, du moins au sein des États membres du Conseil de l'Europe et de l'UE. Le droit subjectif des migrants de faire venir leur famille sur le territoire de l'État où ils résident a été affirmé à plusieurs reprises par la CEDH, toujours en relation avec l'article 8 de la Convention qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance⁷³. La jurisprudence de la Cour a évolué au fil du temps dans le sens d'une plus grande flexibilité offerte aux personnes migrantes dans l'invocation de ce droit et d'une plus grande limitation du pouvoir étatique. Si dans un premier temps elle exigeait que le migrant puisse démontrer que le regroupement était le seul moyen d'établir ou de rétablir la vie familiale, depuis les arrêts *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas* et *Jeunesse c. Pays-Bas*, la Cour a établi que ce droit peut être activé quand le regroupement apparaît comme le moyen le plus adéquat pour rétablir la vie familiale, même s'il n'est pas le seul⁷⁴.

⁷² Marion Tissier-Raffin (dir.), *Le droit d'asile*, Institut universitaire Varenne, 2018, pp. 460.

⁷³ Hélène Lambert, *Family Unity in Migration Law : The Evolution of a More Unified Approach in Europe*, dans Vincent Chetail, Céline Bauloz (dir.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Edward Elgar, 2014, pp. 194-215.

⁷⁴ CEDH, *Gül c. Suisse*, 19/02/1996, requête n.23218/94, ECLI:CE:ECHR:1996:0219JUD002321894; *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays*, 01/12/2005, requête n. 60665/00; *Jeunesse c. Pays Bas*, 03/10/2014, requête n 12738/10, ECLI:CE:ECHR:2012:1204DEC001273810.

De plus, la Cour a développé une approche différenciée concernant certaines circonstances spécifiques nécessitant selon elle une protection plus forte tel que le regroupement en présence d'un mineur ou dans le cas d'une demande formulée par un migrant ayant acquis le statut de réfugié⁷⁵. Dans cette deuxième hypothèse, la Cour estime qu'il existe *ipso facto* un obstacle insurmontable à l'établissement de la vie familiale dans le pays d'origine. Elle admet néanmoins que les États puissent avoir des législations nationales assez restrictives pour définir les membres de la famille. Si d'un côté la situation des couples, même concubins ou mariés de manière informelle ou religieuse, ne pose pas de problèmes d'interprétation et est considérée comme « vie familiale » à part entière, de l'autre, concernant la relation parents/enfants, certains pays opèrent une différence entre mineurs et adultes⁷⁶. En France, la procédure de regroupement familial concerne collectivement l'époux et l'épouse majeurs et les enfants mineurs. La loi italienne élargit cette possibilité aux enfants majeurs et aux parents âgés de plus de 65 ans, quand ces derniers sont à charge du demandeur, ainsi qu'aux enfants de l'époux ou l'épouse⁷⁷.

Enfin le deuxième alinéa de l'article 8 de la CEDH relatif à l'unité familiale dispose : « *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Selon le texte de la Convention, le droit à l'unité familiale (autrement dit au regroupement familial) n'est pas un droit absolu. Il doit être mis en balance avec d'autres éléments tels que la sécurité et l'ordre public, en plus généralement le droit de chaque État de décider, à travers une politique migratoire déterminée, des conditions d'entrée de séjour sur le territoire. L'obligation de prendre en considération le regroupement familial subsiste, pour les États, seulement après avoir jugé le contexte concret dans lequel le regroupement est demandé.

⁷⁵ CEDH, *Sen c. Pays-Bas*, 21/12/2001, requête n. 31465/96, ECLI:CE:ECHR:2001:1221JUD003146596; *Mengesha Kimfe c. Suisse*, 09/07/2010, requête n. 24404/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0729JUD002440405.

⁷⁶ CEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28/05/1985, requêtes n. 9214/80, n. 9473/81 et n. 9474/81, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000921480.

⁷⁷ Décret législatif (Italie) n. 286 du 25/07/1998, Texte Unique sur l'Immigration, Article 29, troisième alinéa, lettre c).

En ce sens, plusieurs facteurs doivent être pris en considération, comme la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des liens que les personnes en question ont avec l'État-membre concerné, la question de comprendre s'il existe des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine des personnes en cause, ainsi que le fait de savoir si ces personnes ont par exemple commis des infractions aux lois sur l'immigration⁷⁸. Le fait de savoir si la vie familiale a débouté à un moment précédent à l'entrée et au séjour de l'une des personnes concernées revêt aussi une importance⁷⁹.

Dans le cadre du droit de l'UE, la directive (CE) n. 2003/86 vise à créer des normes communes pour la mise en œuvre des procédures de regroupement familial⁸⁰. Selon la directive, peuvent demander le regroupement familial les personnes issues de pays non-membres de l'Union, titulaires d'un titre de séjour d'au moins un an dans un des pays de l'Union et qui ont une perspective juridique d'obtenir un droit de séjour permanent. Il s'agit principalement du conjoint du regroupant et des enfants mineurs du couple (c'est-à-dire les enfants non mariés ayant un âge inférieur à la majorité légale du pays de l'Union concerné), ou d'un des membres du couple, s'il en a le droit de garde et la charge, y compris les enfants adoptés. Au sens de ladite directive, les États membres restent libres d'autoriser, sous certaines conditions, le regroupement familial des ascendants en ligne directe et du premier degré (père et mère du ressortissant étranger), des enfants majeurs célibataires ainsi que du partenaire non marié.

Examinant le droit européen en la matière, on s'aperçoit que de toute façon l'étranger résident a le droit que l'État examine sa demande de regroupement familial et l'État, dans l'étude de cette demande, conserve un certain pouvoir de discrétion. Il n'en reste pas moins que le droit au regroupement familial demeure une deuxième exception (quoique plus faible que celle constituée par le droit d'asile) à la souveraineté « frontalière » ou « migratoire » des États européens.

⁷⁸ CEDH, *Rodrigues Silva et Hookgamer c. Pays-Bas*, 31/01/2006, requête n. 50435/99, ECLI:CE:ECHR:2006:0131JUD005043599; CEDH, *Ajali et autres c. Royaume-Uni*, 19/02/2009, requête n. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505.

⁷⁹ CEDH, *Sarumi c. Royaume-Uni*, 26/01/1999, requête n. 43279/98, ECLI:CE:ECHR:2012:0214JUD002694010; CEDH, *Shebashov c. Lettonie*, 22/05/1999, requête n. 50065/99, ECLI:CE:ECHR:2000:1109DEC005006599.

⁸⁰ Directive (CE) n. 2003/86 du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

Dans tous les autres cas, les États demeurent pleinement libres de décider d'admettre ou non une personne étrangère sur leur territoire. Cette souveraineté se traduit par un consentement ou un refus de l'État d'accéder à la demande de l'étranger ; une décision qui peut être discrétionnaire et purement individuelle, comme notamment la délivrance de titres d'entrée (visas) ou de séjour, mais qui peut aussi prendre la forme d'accords internationaux bilatéraux sur l'immigration entre pays d'origine des migrants et pays de destination. Ainsi, l'Europe de l'après-guerre a vu se multiplier les accords de ce genre entre les pays du Nord les plus riches (France, Belgique, Allemagne par exemple) et les pays du Sud de l'Europe, d'où partirent des centaines de milliers de migrants (Italie, Espagne, Portugal).

Trois accords sur l'immigration furent conclus entre la France et l'Italie entre 1946 et 1950, par lesquels la France souhaitait fixer des quotas maximaux de migrants-travailleurs italiens (bien qu'aux 40.000 entrées régulières prévues par les accords s'en ajoutèrent 30.000, clandestines, progressivement régularisées par le Ministère du Travail⁸¹). Enfin, le consentement de l'État à l'entrée d'étrangers sur son territoire peut se manifester à travers des traités internationaux généraux à caractère régional, comme par exemple le Traité instituant une Communauté Économique Européenne de 1957 ou encore les accords de Schengen.

C'est en effet à travers le Traité de Rome de 1957 - et plus précisément l'article 48 - que les États s'accordent sur la garantie pour tous leurs travailleurs nationaux de pouvoir se déplacer librement sur l'ensemble des territoires concernés afin d'y travailler et d'y demeurer, et ce sans aucune discrimination⁸². Mais malgré cette liberté de principe, les travailleurs migrants ressortissants des États de la Communauté économique européenne restent administrativement considérés comme des étrangers : ils sont contraints de se munir d'un titre de séjour. La législation sur la délivrance

⁸¹ Sandro Rinaudo, *La frontière irrésistible : l'immigration irrégulière des italiens en France après la deuxième guerre mondiale*, dans *Migration Société*, n. 3, vol.4, 2012, pp. 13-26.

⁸² Traité instituant une Communauté Économique Européenne, Article 48 : La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté au plus tard à l'expiration de la période de transition. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique : a) de répondre à des emplois effectivement offerts, b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres, c) de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux, d) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un État membre, après y avoir occupé un emploi. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique.

des cartes de séjour ne sera modifiée qu'à partir de 1968, notamment grâce au règlement (CEE) n. 1612/1968 du 15 octobre 1968 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs⁸³. Les travailleurs n'en restent pas moins toujours soumis à l'obligation d'obtenir un titre de séjour. Celui-ci est désormais d'une durée de cinq ans renouvelables automatiquement mais sa délivrance et son renouvellement sont soumis à une déclaration d'engagement de l'employeur ou une attestation de travail⁸⁴.

Le processus de création d'un marché unique s'est accompagné de mesures progressives visant à garantir toujours plus la liberté de mobilité des travailleurs, sous l'impulsion des États européens et de la Commission européenne. Pendant longtemps, cette liberté a été conçue comme strictement fonctionnelle dans le cadre du développement du marché unique⁸⁵. La juriste Ruth Nielsen en parle comme d'un « *mécanisme permettant d'une part de supprimer les distorsions de la concurrence sur le marché du travail et d'autre part de compenser les déséquilibres sur le marché du travail européen*⁸⁶ ».

C'est dans le contexte de la crise de l'intégration européenne des années 60 que le principe de libre circulation des personnes commence à apparaître comme un nouvel idéal, une nouvelle base sur laquelle relancer la construction européenne⁸⁷. D'une part, la Cour de Justice de la CE élargit au fur et à mesure la notion de travailleur aux fins d'assurer la libre circulation des étudiants et des retraités⁸⁸. D'autre part, le Conseil européen de Fontainebleau de juin 1984 relance la création d'un marché intérieur fondé sur les fameuses quatre libertés de circulation, en remplaçant le terme de « travailleurs » par celui plus général de « personnes ». La perspective des gouvernements européens, qui sera consacrée juridiquement dans l'Acte Unique Européen de

⁸³ Règlement (CEE) n. 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

⁸⁴ Ernest Heynig, *La libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté est instituée définitivement*, Revue du Marché commun, n. 120, février 1969, pp. 65-71.

⁸⁵ Denis Duez, *Libre circulation, contrôles aux frontières et citoyenneté*, Belgeo, 2015, pp. 1-19.

⁸⁶ Ruth Nielsen, *The Social Dimension of the European Community*; Handelshøjskolens Forlag, Viborg, 1993, pp. 833.

⁸⁷ Sommet de La Haye de 1969.

⁸⁸ CJCE, Arrêt de la Cour n. C-197/86, *Steven Malcolm Brown c. The Secretary of State for Scotland*, 21/06/1988, ECLI:EU:C:1988:323; n. C-293/83, *Françoise Gravier c. Ville de Liège*, 13/02/1985, ECLI:EU:C:1985:69.

1986, est désormais de créer une Europe des citoyens capable de contrebalancer l'Europe des marchands, qui a constitué un axe principal de l'intégration européenne jusqu'aux années 70⁸⁹. Le texte évoque ainsi le projet d'un espace européen sans frontières intérieures, qui sera l'un des objectifs principaux de la refondation de l'intégration européenne. Il s'agit d'un projet politique ambitieux, visant la création d'une véritable « *union sans cesse plus étroite entre les peuples européens*⁹⁰ », qui ne repose plus seulement sur un objectif de croissance et d'intégration économique ou de libre circulation des travailleurs mais sur une « *réconciliation entre les individus et l'Europe* » et l'affirmation d'un droit de tous les Européens à circuler dans un espace défini comme commun⁹¹.

Plus de cartes de séjour, ni de lourdes procédures administratives : les citoyens européens peuvent désormais franchir une frontière intérieure de l'espace européen avec une simple pièce d'identité ; ils ne sont plus considérés à cette frontière comme des étrangers. Les accords de Schengen s'inscrivent dans ce parcours d'intégration européen, bien qu'ils aient été négociés et signés en dehors du cadre institutionnel de la Communauté européenne. Mais le démantèlement des contrôles aux frontières internes entre les États signataires des accords Schengen ne peut se lire sans prendre en compte l'Acte unique européen de 1986 et son projet de création d'un « espace européen sans frontières ».

1.2 La fragmentation du droit à circuler et séjourner dans l'espace Schengen pour les différentes catégories de personnes

Les accords de Schengen constituent un tournant fondamental de l'histoire de l'intégration européenne. Ils mettent les États face aux conséquences de leurs choix en faveur d'une plus grande intégration. Car envisager un espace de libre circulation signifie aussi éliminer les potentielles entraves à l'exercice de cette liberté, autrement dit renoncer - au nom du caractère mutuel de l'obligation - à l'exercice d'un contrôle total des frontières ; une attribution régaliennne pourtant centrale, un marqueur de la souveraineté étatique. Les contreparties avancées à l'époque

⁸⁹ Paul Magnette, *La Citoyenneté européenne. Droit, politiques, institutions*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1999, pp.110-113.

⁹⁰ Comme le préambule de traité de Rome l'affirmait.

⁹¹ Denis Duez, *op. cit.* p.12.

afin de convaincre les États européens d'y adhérer sont de s'assurer une intégration et une interdépendance économiques performantes et de s'inscrire dans une perspective commune d'intégration politique fondée sur la citoyenneté européenne et la libre circulation. Les accords de Schengen imposent l'élimination des contrôles fixes et systématiques aux frontaliers internes, à savoir aux tronçons communs de frontières entre les États signataires. A leur place, des contrôles aléatoires et mobiles peuvent s'effectuer, mais circonscrits à une zone précise, dite « zone Schengen ».⁹²

Tout le régime Schengen, créé par les accords de 1985 puis réaffirmé dans la CAAS 1990 entrée en vigueur en 1995, consiste en substance en une réorganisation à l'échelle du continent européen des activités de contrôle frontalier et de certaines politiques d'admission des étrangers. Cela suppose d'une part une distinction nette entre les deux catégories d'étrangers que sont les personnes provenant de pays tiers et les citoyens européens et d'autre part de développer l'idée d'une frontière extérieure commune aux États signataires. De nouveaux outils de contrôle se mettent donc en place sur ce nouvel espace géographique que constitue la frontière extérieure mais aussi, plus généralement, un ensemble de normes juridiques sur les conditions d'accès des ressortissants des pays tiers.

Les États signataires, craignant en effet un véritable danger dérivant de la perte de la maîtrise de leurs propres frontières, décidèrent en 1985 de mettre en place avec les accords de Schengen un système complexe de normes dites « compensatoires » pour « éviter la chute du niveau de sécurité occasionnée par la suppression du contrôle des frontières internes » ainsi que pour conserver un pouvoir de décision sur le contrôle de l'entrée des ressortissants des pays tiers⁹³. Nous parlerons plus spécifiquement dans le quatrième chapitre de ces mesures, qui concernent globalement des instruments de rapprochement législatif et le renforcement de la coopération policière. A ce stade de notre recherche, il convient d'analyser une mesure en particulier, la mise en place d'une politique européenne des visas : elle constitue en effet une condition essentielle à la mise en place d'un espace commun sans frontières.

⁹² Sara Casella-Colombeau, *La frontière définie par les policiers*, dans *Plein droit*, n. 87, vol. 4, 2010, pp. 12- 36, en ligne, consulté le 03/03/2019, <https://doi.org/10.3917/pld.087.0012>.

⁹³ Jürgen Storbeck, *La coopération des polices en Europe*, dans *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n.13, 1993, pp.173-182.

L'article 9 du texte des accords affirme prévoit que « *les Parties Contractantes s'engagent à adopter une politique commune en ce qui concerne la circulation des personnes et notamment le régime des visas. À cette fin, elles se prêtent mutuellement assistance. Les Parties Contractantes s'engagent à poursuivre d'un commun accord l'harmonisation de leur politique en matière de visas* ». Or, cette politique envisagée en 1985, se développe au fil des années par des phases et instruments différents qu'on analysera dans les détails.

Il convient d'abord de définir en quoi consistent les visas et les titres de séjour : il s'agit de documents qui autorisent respectivement l'entrée et le séjour d'une personne à l'intérieur du territoire d'un État. Il convient de souligner que c'est l'État qui décide, dans la plupart des cas, si et comment délivrer un titre de séjour. La durée, les conditions et les modalités de la circulation et du séjour sont expressément prévues par la loi nationale. Il s'agit de comprendre si ces titres de séjour donnent aux personnes qui en sont titulaires le droit de circuler et de séjourner dans le territoire d'un autre État européen, pour quelle durée et selon quelles conditions et modalités. Or, l'article 18 de la CAAS affirme que si une personne est titulaire d'un titre de séjour dans l'un des États de l'espace Schengen, elle aura le droit de circuler et de séjourner dans le territoire d'un autre État européen pour une durée non supérieure à 3 mois. Il s'agit de la règle générale, le véritable point de départ de toute uniformisation des politiques en matière de visas dans l'espace européen sans frontières.

Le premier élément de la politique européenne en matière de visas concerne la division des étrangers en deux catégories : d'un côté les ressortissants des pays pour lesquels est requis un visa, de l'autre ceux qui sont exemptés de cette obligation. Ainsi, comme l'article 18 de la CAAS l'indiquait déjà en 1990, il a été question de créer un régime unique, devenu ensuite un véritable visa uniforme, pour les visas délivrés par les États européens pour des périodes de durée limitée. Ensuite, le législateur européen a mis en œuvre un rapprochement des législations nationales relatives au droit d'asile, créant un véritable régime européen du droit d'asile qui est formé de plusieurs règlements et directives européens en la matière. Le règlement Dublin III précise cependant que le titre de séjour accordé aux demandeurs d'asile ne peut être considéré comme un titre de séjour aux sens de l'article 18 de la CAAS. Le demandeur d'asile se voit refuser le droit de circuler librement au sein de l'espace Schengen.

Enfin il a été question d'opérer un rapprochement législatif concernant le statut du résident de longue durée. On verra, à travers l'analyse de tous ces éléments, comment le cadre légal des

droits à séjourner et/ou à circuler dans l'espace Schengen résulte très fragmenté, en fonction des différentes catégories de visas qui reflètent des catégories différentes d'étranger.

C'est avec le traité d'Amsterdam de 1997 (qui institutionnalise l'ELSJ et intègre l'acquis de Schengen dans le droit de l'Union européenne) que les États attribuent au Conseil, pour une période transitoire de 5 ans, un pouvoir de décision sur des sujets importants liés à la mise en place de l'ELSJ⁹⁴. En particulier l'article 62 du TCE dans la version découlant du Traité d'Amsterdam prévoyait que le Conseil pouvait arrêter des mesures visant à assurer l'absence de contrôles aux frontières intérieures, ainsi que des règles relatives aux visas pour les séjours d'une durée maximale de trois mois. Le Conseil a ainsi arrêté la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation d'obtention d'un visa pour franchir les frontières extérieures et de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation. Il a également fixé les conditions selon lesquelles les ressortissants des pays tiers peuvent circuler librement sur le territoire des États membres pour une durée de trois mois.

Concernant la politique de délivrance des visas de court séjour - la seule complètement européenne - le Conseil des ministres de l'Union a exercé sa compétence exclusive en vertu de l'article 62 du TCE « version Amsterdam ». Il a ainsi adopté des actes d'importance majeure et notamment les règlements (CE) n. 574/1999 et (CE) n. 539/2001 qui entérinent la différenciation au sein des pays tiers concernant l'obligation de visa pour pénétrer le territoire de l'espace Schengen⁹⁵. Cette différenciation prend la forme de deux listes d'États, comme évoqué ci-dessus. Le considérant n. 3 du règlement (CE) n. 539/2001 affirme que « *la fixation des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa et de ceux qui sont exemptés de cette obligation se fait par le biais d'une évaluation pondérée au cas par cas de divers critères liés notamment à l'immigration clandestine, à l'ordre public et à la sécurité ainsi qu'aux relations extérieures de l'Union avec les pays tiers, tout en tenant compte également des implications de la cohérence régionale et de la réciprocité* ».

⁹⁴ Claire Rodier, *Les grandes étapes de la construction de l'espace européen de Rome à Amsterdam en passant par Schengen*, Plein droit n. 49, 2011, pp. 36-41.

⁹⁵ Règlement (CE) n. 574/1999 du Conseil du 12 mars 1999 déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres; Règlement (CE) n. 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation.

Avec ces règlements, le Conseil crée une différenciation dans les conditions d'accès au territoire Schengen : d'un côté une liste « blanche » qui exempte les ressortissants de certains pays de l'obligation de visa, de l'autre une liste « noire » qui impose l'obligation de visa pour entrer dans le territoire. Elspeth Guild et Didier Bigo soulignent d'ailleurs dans un article de 2003 l'absence de liste « grise » malgré l'existence de désaccords entre États européens sur la classification de certains pays tiers⁹⁶.

Une fois déterminés les États dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa, le Conseil, dans le cadre de la Politique Étrangère et de Sécurité Commune (ci-après, PESC), présente en 2005 un document très important contenant des instructions consulaires communes adressées aux représentants diplomatiques des États européens, qui constitue une première version du « code des visas » qui sera promulgué quelques mois plus tard avec l'adoption du règlement (CE) n. 562/2006. D'ailleurs, comme le Conseil le dit dans le premier point de ce document, « *les visas pour un séjour de plus de trois mois restent soumis aux procédures nationales et ne permettent le séjour que sur le seul territoire national*⁹⁷ ».

L'objet de l'attention du Conseil n'est donc pas la question des titres de séjour, qui demeure une attribution nationale et non pas européenne, mais les conditions de délivrance d'un visa uniforme, c'est-à-dire valable pour le territoire de toutes les « Parties contractantes de la convention de Schengen », pour une durée maximale de trois mois. Bien qu'un tel acte -les instructions consulaires communes- ait vocation à être intégré dans le droit de l'Union européenne, l'utilisation des termes « parties contractantes » et « convention » montre bien le caractère intergouvernemental de ce genre de politique, s'agissant d'un acte issu de la PESC.

Le Conseil PESC reprend le contenu du règlement (CE) n. 1683/95 qui avait tracé la route pour atteindre un visa commun, mais *de facto* prévoit plusieurs types de visa comme le visa uniforme, valide dans tout l'espace Schengen, le visa de transit aéroportuaire pour des étrangers

⁹⁶ Elspeth Guild, Didier Bigo, *Le visa Schengen : expression d'une stratégie de "police" à distance*, dans *Cultures & Conflits, La mise à l'écart des étrangers*, n. 49, 2003, pp. 22-37, en ligne, consulté le 23/04/2018, <https://doi.org/10.4000/conflits.924>.

⁹⁷ Conseil, Instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, 2005/C 326/01.

spécifiquement soumis à cette exigence (par le biais d'une liste noire ultérieure), un visa de transit, ou des visas de court séjour ou de voyage ou encore des visas à entrées multiples⁹⁸. Le règlement (UE) n. 810/2009, établissant un code communautaire des visas, en énumère seulement trois : le visa uniforme, le visa à validité territoriale limitée et le visa de transit aéroportuaire⁹⁹.

La logique de ce dernier type de visa demeure identique à celle présentée dans les instructions consulaires communes de 2005 : parmi les pays dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa (la liste noire du règlement de 2001), certains sont aussi soumis à l'obligation de se doter d'un visa de transit aéroportuaire, alors que les autres n'y sont pas obligés, pouvant passer sans visa spécifique par la zone internationale de transit d'un aéroport lors d'une escale ou d'un transfert entre deux tronçons d'un vol international. L'obligation de visa de transit est imposée aux ressortissants de pays considérés comme dangereux en raison des conflits ou du terrorisme, listés à l'annexe IV du règlement de 2009 : Afghanistan, Bangladesh, République démocratique du Congo, Érythrée, Éthiopie, Ghana, Iran, Iraq, Nigeria, Pakistan, Somalie et Sri Lanka.

Le visa uniforme Schengen, qui donne le droit de circuler dans l'Espace Schengen pour une durée de trois mois, a été conçu comme « *l'une des composantes essentielles de la poursuite de la mise en place de la politique commune des visas, qui fera partie d'un système à multiples composantes destiné à faciliter les voyages effectués de façon légitime et à lutter contre l'immigration clandestine par une plus grande harmonisation des législations nationales et des modalités de délivrance des visas dans les missions consulaires locales*¹⁰⁰ ».

Le visa uniforme est donc délivré par les consulats des États membres dans les pays tiers, ou alors exceptionnellement, à la frontière extérieure de l'Union, par les services chargés du contrôle des personnes conformément aux articles 35 et 35 du règlement. Les demandes doivent être effectuées trois mois avant le début du voyage prévu et doivent être accompagnées par plusieurs documents.

⁹⁸ Règlement (CE) n. 1683/95 du Conseil, du 29 mai 1995, établissant un modèle type de visa.

⁹⁹ Règlement (UE) n. 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas.

¹⁰⁰ *Ibidem*, Considérant 29.

Premièrement, la demande doit être effectuée à travers un formulaire uniforme ;¹⁰¹ ensuite, le demandeur du visa doit présenter un document de voyage, une photographie conforme qui va être insérée dans la base des données européenne VIS (système d'information sur les visas), il doit autoriser, s'il y a lieu (en cas de première demande), le relevé de ses empreintes digitales, il doit acquitter les droits de visa et produire des documents justificatifs ultérieurs. Ces derniers, prévus à l'article 14 du règlement, doivent indiquer l'objet du voyage, être relatifs à l'hébergement ou apporter la preuve de moyens suffisants pour couvrir les frais d'hébergement et surtout des informations permettant d'apprécier la volonté du demandeur de quitter le territoire des États Schengen avant l'expiration du visa demandé.

Les demandes de visa sont traitées par les consulats, qui vérifient, aux sens de l'article 21 du règlement, l'authenticité des documents de voyage fournis et qui contrôlent la « *justification de l'objet et des conditions du séjour envisagé* » ainsi que la titularité des ressources nécessaires. En outre, c'est dans le cadre de la même procédure consulaire que les agents des représentations diplomatiques vérifient que les demandeurs ne soient pas signalés dans le système d'information Schengen (ci-après, SIS) aux fins de non-admission, et que le demandeur ne soit pas considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou la santé publique¹⁰².

Le visa à validité territoriale limitée, décrit à l'article 25 du règlement de 2009, constitue une exception au régime du visa uniforme puisqu'il ne concerne pas l'ensemble de l'Espace Schengen. Il est délivré à titre exceptionnel quand un État membre l'estime nécessaire pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales.

Très souvent délivré à la frontière extérieure, en raison de son caractère exceptionnel, ce visa a concerné des milliers de ressortissants des pays du Maghreb en 2011 au lendemain des printemps arabes, qui ont eu le droit d'entrer sur le territoire italien, mais sans pouvoir en sortir, puisque la France, notamment, a décidé de réintroduire des contrôles frontaliers et de les bloquer. Cet événement a montré néanmoins toute la fragilité du système des visas et des frontières Schengen, puisque si la France avait le droit de ne pas vouloir de ces personnes sur son propre territoire,

¹⁰¹ Prévus à l'article 11 du règlement.

¹⁰² *Ibidem*, Article 21.

elle ne disposait pas théoriquement du droit de les empêcher d'y entrer par un rétablissement unilatéral des contrôles aux frontières intérieures, en dehors du cadre légal prévu pour cette circonstance.

Enfin, dans tous les cas, les États européens peuvent refuser l'entrée d'un titulaire de visa uniforme pour des raisons d'ordre public et de sécurité intérieure. La CJUE a eu l'occasion de se prononcer sur la possibilité de demander un visa Schengen à l'ambassade d'un État membre sur le territoire d'un Etat tiers, afin de présenter, une fois dans le territoire de l'État européen, une demande de protection internationale¹⁰³. Selon la Cour de Luxembourg, vu que les demandes de visa ont été présentées aux fins de demander l'asile, ce qui entraînerait un titre de séjour dont la durée de validité n'est pas limitée, ces visas ne relèveraient pas du champ d'application du code des visas, qui parle d'un visa dont la durée maximale est de 90 jours.

Les conditions de délivrance d'un visa ou d'un titre de séjour de longue durée restent un domaine éminemment national, le droit européen se limitant, dans le cadre du droit d'asile, à dicter des conditions sur la détermination de l'État responsable de l'étude des demandes. Selon la Cour, la demande d'un visa « *à motif d'une demande d'asile* » au Consulat belge du Liban a donc un objet différent de la demande d'un visa Schengen. La directive (UE) n. 2013/32, par ailleurs, prévoit des procédures très claires pour demander l'asile dans l'un des États de l'UE, mais il s'agit de demandes présentées sur le territoire des États membres, ou bien à la frontière ou dans les eaux territoriales, non pas auprès des représentations diplomatiques de ces États sur le territoire d'un pays tiers. La même question a été l'objet d'un recours à la CEDH, qui a rendu le 5 mai 2020 une décision d'irrecevabilité¹⁰⁴. Les requérants alléguaient une violation de l'article 3 de la Convention au motif que le refus de visa aux fins de demander l'asile opposé par le Consulat belge de Beyrouth les exposait directement à des mauvais traitements. La Cour a conclu à l'irrecevabilité de la requête considérant que la Belgique n'avait pas exercé sa juridiction sur les requérants au sens de l'article 1er de la Convention. Les juges de Strasbourg s'inscrivent dans la lignée de ceux de Luxembourg en refusant de reconnaître une obligation de délivrer des visas humanitaires aux personnes qui ont besoin de la protection internationale.

¹⁰³ CJUE, Arrêt de la Cour n. C-638/16, *X. et X.*, 07/03/2017, ECLI:EU:C:2017:173.

¹⁰⁴ CEDH, *M.N. et autres c. Belgique*, 05/05/2020, requête n.3599/18.

La question de l'entrée de l'étranger sur les territoires de l'espace Schengen est donc réglée de manière générale autour du principe que les ressortissants des pays tiers ne constituant pas un risque à la sécurité de l'un des États membres et en possession d'un visa uniforme (présomption de légalité sur les visas délivrés par les autres États de Schengen) puissent se déplacer librement d'un État à l'autre sans aucun contrôle supplémentaire aux frontières intérieures. Cela suppose un degré important de confiance mutuelle entre les États, mais aussi une coopération policière performante, au niveau des bases de données et surtout de l'activité consulaire. Il semble d'ailleurs, que tout le volet « visa » des politiques européennes sur la migration, se joue plus dans le cadre de l'activité des ministères des Affaires étrangères que dans les ministères de l'Intérieur.

Ainsi, la liste des pays dont les ressortissants sont soumis à l'obligation des visas est révélatrice d'une tendance plutôt évidente : on est face à un véritable « *glissement du contrôle de la souveraineté territoriale au contrôle des identités nationales et sociales*¹⁰⁵ ». L'obligation de visa et les conditions de délivrance procèdent de choix politiques. En deuxième lieu, ce sont les autorités consulaires et les ministères des Affaires étrangères qui décident *de facto* de l'attribution des visas. C'est ici que « *se joue l'essentiel des procédures de contrôle qui sont un tant soit peu efficaces, dans la mesure où elles bloquent l'individu avant même son départ pour les territoires de l'Union*¹⁰⁶ ». Le contrôle aux frontières extérieures de l'Union ne se situe qu'à la fin de ce mécanisme de « police à distance », les gardes-frontières se limitant théoriquement à vérifier que les personnes soient munies de ces visas.

L'ensemble des règles sur la circulation intra-européenne a été codifié dans le règlement (CE) n. 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (CFS). Ce code, modifié en 2016 avec le règlement (UE) n. 399/2016, affirme nettement l'existence d'un double régime, l'un pour les citoyens européens et les membres de leurs familles quelle que soit leur nationalité, l'autre pour les ressortissants des pays tiers, pour lesquels des exceptions et restrictions à la liberté de circulation sont instaurées. D'ailleurs, le traité de Lisbonne réaffirme ce principe, l'article 3 TUE disant que « *l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est*

¹⁰⁵ Elspeth Guild, Didier Bigo, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁶ Elspeth Guild, Didier Bigo, *Schengen et la politique des visas*, dans *Cultures et Conflits, La mise à l'écart des étrangers*, n.49, 2003, pp. 5-21, en ligne, consulté le 23/04/2018, <https://doi.org/10.4000/conflits.921>.

assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène ».

L'article 67 du TFUE ajoute que l'Union « assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. » L'étranger n'est donc pas titulaire, *ipso facto*, d'un droit à la libre circulation. Il peut circuler, d'où le caractère « équitable » du système Schengen à son égard, mais seulement en vertu d'un contrôle préalable qui est effectué par les États membres à travers la délivrance de titres de séjour et de visas uniformes Schengen¹⁰⁷. Enfin les États membres restent libres de ne pas admettre les étrangers dans tous les cas où ils peuvent menacer l'ordre public et la sécurité intérieure, même si les demandeurs sont titulaires des titres les autorisant à franchir la frontière intérieure. Ainsi, les demandeurs d'asile, qui résident légalement dans le territoire de l'un des États membres, ne sont pas titulaires d'un titre de séjour leur permettant la libre circulation dans l'espace Schengen.

Néanmoins, il s'agit toujours d'une liberté de circuler et non pas de séjourner dans l'ensemble du territoire européen, la période visée étant toujours de trois mois maxima. Les seuls étrangers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur le territoire d'un État membre pour une période de 5 ans, bien que des conditions supplémentaires s'imposent, se voient attribuer la possibilité de séjourner dans le territoire d'un autre État. C'est l'une des prérogatives du statut de « résident de longue durée », prévu aux articles 4 à 7 de la directive (CE) n. 2003/109 du 25 novembre 2003¹⁰⁸.

L'article 3 précise le champ d'application de la directive en ce qu'elle exclut l'application à certains ressortissants des pays tiers, notamment si les individus : « a) *séjournent pour faire des études ou suivre une formation professionnelle* (seule la moitié des périodes de résidence effectuées aux fins d'études ou de formation professionnelle peut être prise en compte dans le calcul de la période de 5

¹⁰⁷ Kay Hailbronner, *Immigration and asylum law and policy of the European Union*, Kluwer law international, The Hague, 2000, pp. 561.

¹⁰⁸ Directive (CE) n. 2003/109 du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

ans) ; b) sont autorisés à séjourner dans un État membre en vertu d'une protection temporaire ou ont demandé l'autorisation de séjourner pour ce même motif et attendent une décision sur leur statut ; c) sont autorisés à séjourner dans un État membre en vertu d'une forme subsidiaire de protection, conformément aux obligations internationales, aux législations nationales ou aux pratiques des États membres, ou ont demandé l'autorisation de séjourner pour ce même motif et attendent une décision sur leur statut ; d) sont des réfugiés ou ont demandé la reconnaissance de la qualité de réfugié et dont la demande n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive ».

La question de l'exclusion des réfugiés du droit d'acquérir le statut de résident de longue durée a été résolue en 2011 par la directive (CE) n. 2011/51 qui modifie l'article 3 de la directive de 2003¹⁰⁹. Les points c) et d) sont modifiés dans le sens que l'exclusion concerne seulement les bénéficiaires des protections différentes de la protection internationale (asile et protection subsidiaire), ainsi que les demandeurs qui n'ont pas eu le statut. Dans tous les cas, des conditions ultérieures sont prévues pour acquérir le statut de résident de longue durée : les bénéficiaires potentiels du statut doivent prouver d'avoir des ressources « stables, régulières et suffisantes pour subvenir à leurs propres besoins et à ceux des membres de leurs familles sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné » ainsi qu'une assurance maladie¹¹⁰. Le deuxième alinéa de l'article 5 de la directive de 2003 ajoute que « les États membres peuvent exiger que les ressortissants de pays tiers satisfassent à des conditions d'intégration conformément à leur droit national ».

Il n'y a donc pas de véritable égalité de traitement, comme le dit très clairement la Commission dans son livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques de 2004 : « le principe sous-jacent de la politique d'immigration de l'Union européenne doit être, pour diverses raisons, que les personnes admises devraient jouir des mêmes droits et responsabilités que les citoyens de l'Union européenne, mais que cela peut être progressif et lié à la durée du séjour¹¹¹ ». Les citoyens européens et les ressortissants des pays tiers n'ont pas les mêmes droits concernant la libre circulation dans l'espace Schengen : certaines catégories

¹⁰⁹ Directive (UE) n. 2011/51 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

¹¹⁰ Directive (CE) n. 2003/109, Article 5.

¹¹¹ Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques*, COM (2004) 811 final, 2004.

d'étrangers (demandeurs d'asile en vertu du règlement Dublin ou irréguliers ou sans papiers) ne peuvent pas franchir les frontières intérieures de cet espace commun. Ces frontières demeurent des limites à la liberté de circulation.

Comment donc conjuguer ce constat, l'existence des frontières pour certaines catégories de personnes, avec le démantèlement des contrôles frontaliers prévus par les accords de Schengen ? Comment les États européens peuvent-ils contrôler que ces personnes n'entrent pas dans leur territoire s'ils n'ont pas le droit de contrôler le moment de l'entrée des personnes sur le territoire national ?¹¹²

La frontière de l'espace Schengen se trouve dans un paradoxe inné, le fait d'être une frontière dans un espace sans frontières, et c'est dans cette contradiction que ses caractéristiques se définissent. Car, si elle maintient sa force limitatrice de la souveraineté territoriale, elle s'éloigne de l'espace-frontière et assume les caractères d'une frontière immatérielle, qui n'existe qu'en droit ; elle devient un instrument de sélection des personnes, les nationaux et les étrangers, ceux qui ont un droit de la franchir et ceux qui ne peuvent pas. La frontière s'active simplement à chaque démarche administrative d'une personne étrangère sur le territoire, elle est faite de papiers, de salles d'attente, d'interdictions, de règles, mais aussi de garde-frontières, de points de passage, de vérifications et contrôles. Le contrôle constitue le véritable contenu des frontières, un contrôle qui part de celles-ci mais qui se démultiplie dans le temps et dans l'espace. Comment nier que la politique européenne des visas ne fait pas partie des instruments du contrôle qui sont à disposition des États et que celle-ci présuppose et à la fois renforce l'idée des frontières européennes ? Il s'agit pourtant d'un contrôle effectué bien avant le moment du départ du ressortissant des pays tiers et qui a lieu dans les consulats et les ambassades des États européens, loin de leurs frontières géographiques. Ainsi, le contrôle ne se limite pas à la zone frontalière : toute vérification d'identité ayant le but d'apprécier le droit de séjour des personnes étrangères effectué à l'intérieur du territoire étatique comporte une véritable réactivation de la frontière, même si elle se déroule très loin des confins.

En d'autres termes, si la frontière semble s'effacer et réapparaître en fonction des sujets de droit qui la franchissent (citoyens, étrangers, mais aussi marchandises, capitaux), le contrôle ne disparaît guère : il se démultiplie tout en se détachant du territoire frontalier et du moment du

¹¹² Antoine Pécoud, Paul De Guchteneire (dir.), *Migrations sans frontières. Essais sur la libre circulation des personnes*, Unesco, Paris, 2009, pp. 450.

franchissement, il devient antérieur et successif à ce moment, s'effectuant tant dans les pays d'origine extra-européens que dans l'ensemble du territoire des États de l'Union. Les frontières de droit et celles du contrôle ne correspondent pas, mais se mettent en relation, le contrôle sur le droit de séjour « activant » la frontière dans n'importe quel lieu géographique.

2. La frontière extérieure et les instruments du contrôle

Les frontières extérieures de l'Union européenne sont les frontières internationales que les États de l'UE partagent avec les États non-européens, les pays tiers. Elles s'étendent sur un total de 27.000 kilomètres, dont environ 14000 sont des frontières terrestres, les autres étant maritimes. Que ce soit à la frontière terrestre, maritime ou aérienne, s'agissant des frontières extérieures, elles sont soumises au même régime juridique : un contrôle approfondi et obligatoire est prévu sur la détention, pour les personnes qui veulent entrer sur le territoire, d'un droit effectif à l'entrée, issu d'un visa ou d'un titre de séjour. Les frontières aériennes se divisent en frontières intérieures et extérieures : dans les aéroports européens, des parcours séparés sont aménagés en fonction des types de vols provenant d'un État qui fait partie ou pas de l'espace Schengen.

À la différence des frontières intérieures, les frontières extérieures sont conçues comme un lieu privilégié pour mettre en œuvre la stratégie de contrôle des flux migratoires européens : on parle de « gestion intégrée des frontières », ce qui est une stratégie à la fois juridique, politique et opérationnelle mise en œuvre par les institutions et les Agences européennes dans les dernières années pour assurer l'efficacité et l'homogénéité des pratiques de contrôle sur tous les tronçons de frontière extérieure.

Ainsi, la frontière extérieure européenne est le lieu de rencontre d'une législation sécuritaire et d'une stratégie politique fondée entre autres sur la dissuasion des départs, l'externalisation géographique et fonctionnelle des contrôles, la criminalisation de la solidarité et la création de structures de rétention et tri des migrants. Une stratégie qui comporte, comme le dit Bauman, un « coût humain » très élevé, lorsque les pratiques policières mises en œuvre à la frontière extérieure de l'UE ont un impact très fort sur ces personnes en termes de violation des droits fondamentaux. Ainsi, les interactions entre les deux types de frontière sont très évidentes : d'un côté le renforcement des contrôles aux frontières extérieures est systématiquement présenté comme la condition de la libre circulation au sein de l'espace Schengen ; de l'autre, les pratiques aux frontières extérieures, notamment la frontière maritime en Méditerranée, ont des retentissements sur la présence des personnes au sein de l'espace Schengen, en rendant l'accès au territoire plus difficile et en conduisant à la recherche de passages toujours plus dangereux et à la situation d'irrégularité de ressortissants d'États tiers.

L'étude des frontières extérieures permet de saisir clairement la dualité qui fonde l'approche Schengen, c'est-à-dire la différenciation fonctionnelle des deux régimes juridiques qui règlent les deux différents types de frontière, intérieure et extérieure de l'UE. L'observation des phénomènes juridiques et sociaux qui se produisent sur la frontière extérieure, notamment à la frontière maritime du Canal de Sicile, nous permettra par la suite de marquer une ligne de continuité entre les pratiques et les politiques européennes à la frontière extérieure et les conséquences du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures. L'analyse du régime juridique de la frontière extérieure et de la gestion intégrée des frontières occupera une première partie du raisonnement (2.1), lorsque par la suite nous aborderons les différents aspects de la stratégie européenne de contrôle, ainsi que son impact sur les frontières extérieures, notamment maritime, de l'UE (2.2).

2.1 Le régime juridique et la « gestion intégrée » des frontières extérieures de l'UE

Si le rapprochement des législations nationales en matière de visa a eu lieu avec la création d'un visa Schengen unique, une procédure de contrôle unique au niveau européen a été mise en place par le code frontières Schengen de 2006. Selon les articles 7 et suivants du règlement instituant le CFS, le contrôle des frontières extérieures s'effectue à travers une activité de vérification portant sur les personnes et sur les documents de voyage et les titres d'entrée dans les points de passage autorisés (PPA) et une surveillance des tronçons frontaliers entre ces points. Selon l'article 7 du règlement (UE) n. 399/2016, les garde-frontières doivent respecter, lors des contrôles, la dignité des personnes contrôlées ainsi que le principe de non-discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique de celles-ci. Elles peuvent effectuer des contrôles portant sur les moyens de transport et des objets en possession des personnes franchissant la frontière ; des fouilles peuvent également être effectuées en conformité au droit national de l'État-membre concerné¹¹³.

L'article 8 deuxième alinéa affirme que toutes les personnes font l'objet d'une vérification minimale visant à établir leur identité sur production ou sur présentation de leurs documents de voyage ; cette vérification doit se concrétiser en un examen simple et rapide de la validité du document autorisant le franchissement de la frontière ainsi que la présence d'indices de

¹¹³ Règlement (UE) n. 399/2016, Article 8, premier alinéa.

falsification ou de contrefaçon. Il s'agit, comme l'article en question l'explique, de la forme de contrôle typique des personnes jouissant du droit à la libre circulation au titre du droit de l'Union. Pour ces personnes, les garde-frontières peuvent, de manière non systématique, consulter les bases de données nationales et européennes « *afin de s'assurer que ces personnes ne représentent pas une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour la sécurité intérieure, l'ordre public ou les relations internationales des États membres, ou une menace pour la santé publique*¹¹⁴ ». Les conséquences de ces vérifications, exceptionnelles et non pas systématiques, ne compromettent pas le droit d'entrée de ces personnes sur le territoire de l'État-membre de l'UE.

Des règles différentes s'appliquent aux ressortissants des pays tiers, auxquels le troisième alinéa de l'article 8 est dédié : dans ce cas particulier, les garde-frontières doivent vérifier de manière approfondie la validité des documents de voyage, les visas ou permis de séjour requis, les cachets d'entrée et de sortie afin de comparer les dates d'entrée et sortie (qui doivent respecter la durée maximale prévue par le titre de séjour dont ils sont en possession), ainsi que les documents justificatifs correspondant à l'objet du séjour envisagé. L'article 12 précise que si le document de voyage d'un ressortissant de pays tiers n'est pas revêtu du cachet d'entrée, les autorités nationales compétentes peuvent présumer que son titulaire ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions relatives à la durée du séjour applicables dans l'État membre concerné.

Deux modalités de contrôle différentes sont donc prévues pour deux types de personnes, les personnes jouissant de la libre circulation et les ressortissants des pays tiers : cette dualité est à la base de l'article 10 du règlement qui prévoit que dans les aéroports, frontières aériennes, des couloirs séparés doivent être aménagés. Ces couloirs sont différenciés au moyen des panneaux portant les indications visées à l'annexe III du règlement. L'activité de vérification mise en œuvre peut porter aussi sur la disponibilité des moyens de subsistance suffisants pour la durée et l'objet du séjour, pour le retour dans le pays d'origine ou le transit vers un pays tiers dans lequel la personne contrôlée peut être admise. Enfin, le ressortissant de pays tiers ne doit pas être de nature à compromettre l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales de l'un des États-membres.

¹¹⁴ Règlement (UE) n. 399/2016, Article 8, troisième alinéa.

Pour ce faire, les autorités chargées des contrôles à la frontière peuvent consulter le système d'information sur les visas (VIS) conformément à l'article 18 du règlement (CE) n. 767/2008¹¹⁵. Les règlements (UE) n. 2225/2017 et (UE) n. 2226/2017 modifient le règlement (UE) n. 2016/399 en instaurant un système centralisé pour l'enregistrement des données relatives aux entrées et aux sorties des ressortissants des pays tiers munis d'un VISA court séjour¹¹⁶. Le Système d'entrée/de sortie (EES) a été créé et sa gestion est confiée, au niveau européen, à l'Agence eu-LISA qui est déjà chargée de l'opération des trois autres systèmes d'information à l'échelle européenne existants, c'est-à-dire EURODAC (base de données dactyloscopiques des demandeurs d'asile de l'UE), SIS (système d'information Schengen) et VIS (système d'information sur les visas). Ce dernier, créé par le règlement (CE) n. 767/2008, contient toutes les données biométriques des personnes ayant demandé un visa court durée Schengen. Cette base de données contient désormais plus de 80 millions de fiches relatives à autant de personnes ayant demandé un visa dans le temps¹¹⁷.

Le système EURODAC, créé initialement avec le règlement (CE) n. 2725/2000, a été profondément réformé en 2013, avec le règlement (UE) n. 603/2013 pour permettre aux autorités policières des États membres de l'UE, ainsi qu'aux garde-frontières d'utiliser et comparer les empreintes digitales des demandeurs d'asile afin de déterminer quel Etat européen est responsable de l'examen de la demande d'asile, ainsi qu'à des fins d'investigation, de détection et de prévention d'actes terroristes ou autres infractions pénales graves¹¹⁸. Ainsi, le système d'information Schengen ne contenait, avant l'intégration du SIS II, que les données non

¹¹⁵ Règlement (CE) n. 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS).

¹¹⁶ Règlement (UE) n. 2225/2017 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 modifiant le règlement (UE) n. 2016/399 en ce qui concerne l'utilisation du système d'entrée/de sortie ; Règlement (UE) n. 2017/2226 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée concernant les ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres et portant détermination des conditions d'accès à l'EES à des fins répressives, et modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et les règlements (CE) n. 767/2008 et (UE) n. 1077/2011.

¹¹⁷ Jérémie Veillat, *Les statistiques sur les visas Schengen comme révélateur des enjeux du régime politique des visas de l'Union européenne*, Science politique, 2018, pp. 210.

¹¹⁸ Règlement (CE) n. 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin; Règlement (UE) n. 603/2013.

biométriques, comme le nom et prénom, date et lieu de naissance, sexe et nationalité de certaines catégories de personnes, notamment celles recherchées par les autorités judiciaires des États membres de l'UE, les « indésirables » sur le territoire d'un pays signataire, les mineurs, malades mentaux ou personnes disparues ou en danger dans le but d'assurer leur propre protection, les personnes recherchées comme témoins cités à comparaître ou pour notification de jugement ainsi que les personnes soupçonnées de participer à des infractions graves et soumises à des mesures de surveillance ou de contrôle.

Le règlement (CE) n. 1987/2006 instituant un système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) ajoute aux données récoltées dans la base de données existante les éventuelles non-admissions ou l'interdiction de séjour, ainsi que les données biométriques. Le règlement (UE) n. 817/2019 pose le principe de l'interopérabilité de ces quatre systèmes d'informations entre eux et avec deux autres bases de données, ETIAS et ECRIS-TCM¹¹⁹. Les éléments de cette interopérabilité sont : un portail de recherche européen, un service partagé d'établissement de correspondances biométriques, un répertoire commun de données d'identité et un détecteur d'identités multiples. Cette interopérabilité est conçue comme un moyen pour mieux atteindre plusieurs objectifs, comme le considérant 3 du règlement de 2019 le précise : le but est *« d'améliorer l'efficacité et l'efficience des vérifications aux frontières extérieures, de contribuer à prévenir et combattre l'immigration illégale et de favoriser un niveau élevé de sécurité au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union »*.

Dans le nouveau pacte sur la migration et l'asile proposé par la Commission avec la Communication du 23 septembre 2020, on retrouve un paragraphe dédié à la question de l'interopérabilité des systèmes de récolte et de stockage de données. Pour reprendre les mots de la Commission, *« qui dit frontières extérieures solides, dit également systèmes informatiques modernes et interopérables, afin d'assurer le suivi des arrivées et des demandeurs d'asile. Une fois opérationnels, les différents systèmes formeront une plateforme informatique intégrée de gestion des frontières, permettant de vérifier et de suivre le droit de séjour de tous les ressortissants de pays tiers arrivant légalement sur le territoire de l'UE, qu'ils soient exemptés de visa ou qu'ils en possèdent un, ce qui facilitera la détection des dépassements de la durée de*

¹¹⁹ Règlement (UE) n. 817/2019 du 20 mai 2019 portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes de l'UE dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, de l'asile et de l'immigration et modifiant plusieurs règlements, Article premier.

*séjour autorisée*¹²⁰ ». Selon la Commission l'interopérabilité permettra de connecter tous les systèmes européens relatifs aux frontières, aux migrations, à la sécurité et à la justice et garantira que tous ces systèmes « se parlent » les uns aux autres, qu'aucun contrôle n'est omis en raison d'informations non connectées et que les autorités nationales disposent des renseignements complets, fiables et exacts dont elles ont besoin. Elle donnera ainsi « *un vigoureux élan à la lutte contre la fraude à l'identité*¹²¹ ».

La création d'un système interopérable de bases de données biométriques a eu un impact primaire aussi dans la gestion des frontières intérieures lorsque la prise d'empreintes digitales des personnes franchissant ces frontières constitue un moyen technique privilégié pour avoir des informations sur les lieux de première entrée de ces personnes en Europe, et donc pour établir la « régularité » de leurs séjours, ainsi que l'éventuelle responsabilité de l'un des États membres de l'UE sur le traitement des demandes d'asile.

L'article 13 du CFS porte sur l'activité de surveillance : l'objectif principale de celle-ci est d'empêcher le franchissement non autorisé de la frontière, de lutter contre la criminalité transfrontalière, ainsi que de prendre des mesures portant sur les personnes qui n'ont pas le droit d'entrer dans le territoire, comme prévu par la directive (UE) n. 2008/115 dite directive « retour »¹²². Les autorités compétentes pour la surveillance doivent adapter les méthodes et les effectifs aux risques et aux menaces existants ou prévus. C'est dans ce cadre que l'Agence Frontex, née en 2004 pour assurer la coordination des opérations aux frontières extérieures de l'UE, a acquis au fil du temps un nombre croissant d'attributions¹²³.

Selon le règlement (UE) n. 1624/2016 instituant un corps européen de garde-frontières, l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (nouveau nom de l'Agence Frontex) et les

¹²⁰ Communication de la Commission du 23/09/2020 : *Un nouveau pacte sur la migration et l'asile*, COM(2020)609 final, p. 4.

¹²¹ *Ibidem*, p. 7.

¹²² Directive (UE) n. 2008/115 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.

¹²³ Règlement (CE) n. 2007/2004 du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.

autorités nationales des États membres chargées de la gestion des frontières constituent le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes¹²⁴. Le règlement affirme l'existence d'un seul corps européen englobant le personnel de l'Agence européenne et celui des autorités nationales chargées de la gestion des frontières extérieures. Frontex et les polices de frontières nationales ne constituent donc plus deux acteurs distincts de la gestion commune des frontières, coopérant formellement et selon les règles établies par les règlements, mais bien une entité juridique unique¹²⁵.

Les alinéas 2 et 3 de l'article 3 définissent une sorte de hiérarchie interne structurant ce nouveau corps. D'un côté il est affirmé que « *l'Agence établit [...] une stratégie technique et opérationnelle pour la gestion européenne intégrée des frontières* » et « *les autorités nationales [...] établissent leurs stratégies nationales pour la gestion intégrée des frontières* », de l'autre que ces stratégies doivent « être conformes à la stratégie visée au paragraphe 2 du présent article », à savoir à la stratégie européenne élaborée par l'Agence. L'article 8 du règlement affirme que les États « *doivent s'abstenir de toute activité susceptible de compromettre le fonctionnement de l'Agence ou la réalisation de ses objectifs* ».

Les États doivent désormais rendre compte à l'Agence de la coopération opérationnelle avec d'autres États membres et des pays tiers aux frontières extérieures et dans le domaine du retour. Les articles 8 et suivants confèrent ainsi à l'Agence le pouvoir de lancer des missions, des projets-pilotes et des opérations conjointes dans les domaines du contrôle des frontières extérieures de l'Union, mais également dans le cadre des retours des migrants irréguliers. C'est à travers l'article 13 que le règlement prévoit notamment l'élaboration par l'Agence d'une « *méthode commune d'évaluation de la vulnérabilité* », un nouvel instrument permettant au conseil d'administration et au directeur exécutif de Frontex de contrôler et d'évaluer la disponibilité des équipements techniques, systèmes, ressources, infrastructures et personnels des États membres, tenus de fournir leurs données à l'Agence.

Il faut enfin rappeler qu'avec le règlement de 2016 l'Agence Frontex dispose désormais d'une réserve de personnel et de ressources : les articles 38 et 39 donnent à l'Agence Frontex le droit

¹²⁴ Règlement (UE) n. 1624/2016.

¹²⁵ L'article 5 du règlement (UE) n. 1026/2016 parle d'une compétence partagée.

d'acquérir les moyens techniques nécessaires à ses missions sur la base d'une analyse approfondie des besoins et du rapport coût/avantage. L'article 39 insiste sur la nécessité que les équipements détenus exclusivement par l'Agence soient disponibles afin d'être déployés à tout moment¹²⁶. Il en va de même pour le personnel de l'Agence, le règlement de 2016 établissant pour l'équipement technique une réserve centrale propre à l'Agence européenne. L'article 20 du règlement, intitulé « *composition et déploiement des équipes du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes* », décrit en détails le fonctionnement de cette réserve, dont le nombre effectif est fixé par le règlement à un minimum de 1500 unités.

L'Agence Frontex, avec le règlement de 2016, est devenue compétente pour la gestion et la programmation des opérations de retour des migrants irréguliers. Le cadre légal est celui de la directive (UE) n. 2008/115. Des standards et des procédures uniques pour le retour des migrants irréguliers sont prévus à l'échelle européenne. Frontex dispose désormais des instruments juridiques nécessaires au lancement et au financement autonome des missions de retour, que celles-ci soient organisées par un seul État ou orchestrées conjointement par plusieurs États membres. En effet, la section 4 du règlement de 2016 est entièrement consacrée aux nouvelles compétences de Frontex dans le domaine des opérations de retour.

L'article 27 précise notamment les cinq tâches principales de l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes en la matière, à savoir de coordonner les activités des États membres liées au retour, de fournir une assistance technique et opérationnelle aux États confrontés à des défis particuliers quant à leur système de retour, de coordonner l'utilisation des systèmes informatiques pour l'identification des ressortissants des pays tiers et l'acquisition des documents de voyage, d'organiser les activités d'échange d'informations, ainsi que de financer ou cofinancer les opérations et interventions visées par le règlement.

L'attribution à une Agence européenne telle que Frontex de compétences et de pouvoirs concernant le contrôle des frontières extérieures de l'Union a suscité des préoccupations importantes au sein des acteurs internationaux engagés dans la protection des droits de l'Homme, qu'il s'agisse d'organisations supranationales ou bien d'ONG. Le contexte global de dilution des responsabilités du contrôle frontalier entre les États membres de l'UE, l'Agence et les États tiers

¹²⁶ Frontex, *EBGT et TEP reports*, en ligne, consulté le 12/05/2020, www.frontex.europa.eu, consultés le 20 février 2019.

a exacerbé ces inquiétudes à tel point que le Conseil de l'Europe lui-même est intervenu, à travers plusieurs recommandations de son Assemblée parlementaire et du Comité directeur pour les droits de l'Homme¹²⁷. Les organes du Conseil de l'Europe ont ainsi pointé du doigt le manque de transparence relatif aux activités de Frontex, ainsi que l'absence de contrôle du respect des droits de l'Homme.

Il est évident que l'activité de contrôle frontalier a vocation à entrer en contact avec l'exercice des droits des personnes qui tentent de rentrer en Europe : la « chronique des frontières extérieures » nous raconte de nombreuses violations commises systématiquement par les autorités chargées des contrôles aux frontières extérieures, même dans le cadre d'opérations dans lesquelles Frontex joue un rôle actif sur le terrain. Souvent, le déroulement des opérations de contrôle a entraîné des violations plus ou moins évidentes des droits fondamentaux des personnes migrantes : des entraves à l'accès aux procédures pour demander l'asile à la frontière aux refoulements informels et collectifs de personnes en haute mer, nous verrons comment ces problèmes, qui concernent les frontières extérieures de l'UE, peuvent être rencontrés également aux frontières intérieures, notamment à la frontière franco-italienne, qui sera l'objet de la seconde partie de l'étude.

Cela confirme encore une fois que la frontière intérieure, que nous aborderons dans le prochain chapitre, n'est en rien effacée par les accords de Schengen et que le contrôle de ces frontières, loin d'être démantelé, s'est simplement réorganisé en fonction du nouveau cadre juridique européen. Ce contrôle demeure problématique lorsqu'il affecte et, souvent, entrave l'exercice des droits des ressortissants des pays tiers qui tentent de franchir illégalement les frontières européennes, qu'elles soient extérieures ou intérieures.

S'agissant de l'Agence Frontex, le rapport du groupe « les verts/Ale » au Parlement européen de 2011 témoigne des nombreuses violations des droits de l'Homme commises à l'encontre des migrants au cours des opérations d'identification menées en Grèce entre 2009 et 2010¹²⁸. Les violations alléguées dans le rapport en question concernent aussi les refoulements collectifs en mer. Prenons un épisode de remise aux autorités libyennes, le 18 juin 2009 par des garde-côtes

¹²⁷ Assemblée parlementaire du Conseil d'Europe, Résolutions n.1637/2008 et 1932/2013; Comité Directeur pour les droits de l'homme, n. R78/2013.

¹²⁸ Les Verts/ALE, *Agence Frontex: quelles garanties pour les droits de l'Homme ? Étude sur l'Agence européenne aux frontières extérieures en vue de la refonte de son mandat*, rapport d'étude, 2010.

italiens et des agents de Frontex, de 75 personnes interceptées dans les eaux de Lampedusa, en totale violation des principes fondamentaux du droit international. Cet événement n'est pas anecdotique mais s'inscrit, au contraire, dans une dynamique de recherche d'efficience au détriment des impératifs humanitaires.

Ces refoulements systématiques de migrants des eaux italiennes vers le territoire libyen furent couramment pratiqués de 2008 à 2012 sur la base d'accords tripartites liant l'Italie, Frontex et la Libye. L'Italie s'est d'ailleurs vue condamnée par la CEDH dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* du 23 février 2012 suite à l'affirmation par la Cour de Strasbourg de l'illégalité des refoulements opérés par les autorités italiennes vers la Libye, cette dernière n'ayant jamais signé la Convention de Genève¹²⁹. De ce fait, ce pays n'assure nullement le respect de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants et ses autorités font couramment usage de lois peu protectrices des droits de l'Homme, permettant la pratique du refoulement indirect, qui consiste en un refoulement vers l'Afrique sub-saharienne de migrants eux-mêmes refoulés de l'Europe vers la Libye, terre de transit.

Au vu de ces pratiques illégales - tant du point de vue des législations nationales des États européens que des normes communautaires - et de cette réponse juridictionnelle, force est de constater que l'éventuelle responsabilité de Frontex n'est nullement évoquée. Or, à l'époque déjà, lorsque l'Agence agissait en tant que coordinatrice, mais *a fortiori* aujourd'hui, alors qu'elle devient un organe d'action centralisant les effectifs et les compétences, elle se trouve impliquée dans des opérations de refoulement contestables. L'effectivité de l'accès au droit d'asile des migrants collectivement interceptés et refoulés ne semble donc pas garantie et une fragilisation du droit d'asile semble correspondre, par un parallélisme inversé, au renforcement de Frontex.

À cette fragilisation s'ajoute le fait que les missions de patrouille des frontières maritimes européennes sont conduites sur la base d'arrangements de police entre les autorités nationales compétentes et l'agence Frontex, souvent accompagnés de la participation des autorités des pays tiers. Or, cette multiplication d'acteurs policiers de plusieurs pays européens et de pays tiers comporte, comme on l'a évoqué, un problème de « dilution » de la responsabilité des violations éventuelles des dispositions législatives ou des droits de l'Homme, qui, comme nous l'avons vu,

¹²⁹ CEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23/02/2012, requête n. 27765/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509.

se produisent régulièrement à la frontière extérieure de l'UE. À cela s'ajoute le fait que, Frontex étant une agence de l'Union européenne, son action n'a pas vocation à être contrôlée par la CEDH, qui a de son côté à plusieurs reprises rappelé les États au respect du principe de non-refoulement. Ainsi, il subsiste un problème grave *d'accountability* de l'Agence Frontex : elle ne rend compte de son action qu'au Conseil, qui nomme les organes de gouvernement de l'agence, le Parlement européen restant exclu de toute procédure de contrôle opérationnel.

Le problème évoqué n'est pas d'importance secondaire, au contraire. Nous reviendrons sur cette question lorsque sera abordée la question des accords de coopération policière transfrontalière et, plus généralement, quand nous analyserons les pratiques policières à la frontière franco-italienne. Il convient pour l'instant de rappeler que le contrôle frontalier, que ce soit à la frontière extérieure ou intérieure de l'espace Schengen, est un contrôle éminemment policier, effectué par des policiers, alors que l'incidence de ce type de contrôle sur toute une série de droits dont les personnes qui font l'objet des contrôles sont titulaires, nous questionne sur l'opportunité d'envisager d'autres formes de contrôle, ainsi que la nécessaire participation à ces contrôles d'autorités autres que les forces de police, des autorités spécifiques qui seraient chargées de récolter les demandes d'asile ou d'apporter un soutien juridique ou humanitaire aux migrants.

Avant d'observer la stratégie européenne de contrôle des frontières extérieures, il convient de clôturer la réflexion par une analyse détaillée de deux pratiques récurrentes du contrôle frontalier au sens large : l'éloignement et l'enfermement des étrangers « irréguliers ». Ces deux pratiques, qui peuvent assumer plusieurs formes juridiques et qui correspondent à deux activités distinctes, constituent deux piliers de la gestion intégrée des frontières extérieures ainsi que de la lutte contre le phénomène d'immigration irrégulière. La question de l'éloignement du ressortissant du pays tiers se trouvant dans une situation de séjour irrégulier sur le territoire de l'un des États de l'espace Schengen, a été l'objet principal de la directive (UE) n. 2008/115. L'Union européenne crée donc une procédure de retour commune qui, pour la première fois, prévoit plusieurs garanties procédurales et substantielles pour les personnes destinataires des décisions d'éloignement.

L'article 7 de la directive affirme que, pour donner suite à une décision de retour prévue à l'article 6, la personne intéressée dispose d'une période de cinq à 30 jours pour quitter le territoire de l'État (retour volontaire). Si - et uniquement si - le départ volontaire n'a pas lieu dans le délai prévu par la directive, un ordre d'éloignement est signifié, qui peut revêtir la forme d'un acte administratif ou d'une sentence pénale et qui peut entraîner l'utilisation de la force. L'article 8

affirme que « *lorsque les États membres utilisent — en dernier ressort — des mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui s'oppose à son éloignement, ces mesures sont proportionnées et ne comportent pas d'usage de la force allant au-delà du raisonnable. Ces mesures sont mises en œuvre comme il est prévu par la législation nationale, conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité et de l'intégrité physique du ressortissant concerné d'un pays tiers.* »

Parmi ces mesures coercitives figure le placement en rétention. L'article 15 de la directive affirme qu'à moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite, ou si le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement. La durée maximale du placement en rétention est fixée à six mois, prorogables deux fois.

Or si, d'un côté, la directive semble fixer des véritables garanties à la protection des droits des immigrés irréguliers se trouvant sur le territoire européen, en particulier à travers le système du départ volontaire, de l'autre ces garanties ne sont pas accordées aux ressortissants des pays tiers qui arrivent sur le territoire national en franchissant la frontière extérieure, s'ils sont interceptés à cette frontière. La question est expressément traitée à l'article 2 dédié au champ d'application de la directive. En particulier, les États peuvent décider de ne pas appliquer la directive aux ressortissants des pays tiers faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 14 du CFS, ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État-membre. Le système de départ volontaire et les conditions justifiant le placement en rétention (risque de fuite et opposition à une décision de retour) ne s'appliquent donc pas aux personnes franchissant la frontière, mais seulement à celles qui se trouvent déjà sur le territoire de l'État.

Aux frontières extérieures de l'Union européenne, l'enfermement des migrants, permis *de facto* par l'article 2 de la directive, est désormais une pratique courante. De plus, la Commission européenne en a fait un point marquant de sa stratégie de gestion des frontières extérieures :

depuis la communication du 13 mai 2015, intitulée « *un agenda européen pour la migration* », on connaît la *hotspot approach*, qui consiste en la création de structures de rétention et de « tri » européennes, qui s'ajoutent aux structures nationales déjà existantes des États-membres¹³⁰.

L'idée de la Commission européenne était de créer des lieux d'identification, d'enregistrement, de prise d'empreintes digitales et de recueil des témoignages des demandeurs d'asile, ainsi que sur les opérations de retour des migrants arrivant sur les côtes italiennes et grecques pour assurer, à travers la collaboration de Frontex et du Bureau européen du droit d'asile (ci-après, EASO), une répartition équitable des demandeurs d'asile entre les États européens. Initialement liée à la décision de relocalisation de 160.000 demandeurs d'asile dans les autres États de l'UE, en l'absence de solidarité de la part de ces derniers, l'approche *hotspot* a été considérée comme un échec de la politique européenne, ces structures se transformant substantiellement en lieux de rétention administrative à la limite de la légalité dans l'attente d'une relocalisation effective, ou alors d'un retour forcé.

Dans un rapport de l'Institut de Relations Internationales et Stratégique de 2017, le juriste Paul Chiron, expert des centres de rétention administrative écrit, à propos du *hotspot* de Pozzallo en Italie : « *aucune procédure légale claire ne vient encadrer le contrôle et l'identification. À leur débarquement, les personnes doivent répondre à un interrogatoire effectué par des policiers italiens assistés par des agents de Frontex afin de connaître les éléments de leur identité, notamment leur nationalité, ainsi que la raison qui a motivé leur départ. Cette pré-identification effectuée peu de temps après leur arrivée, dans un moment où les personnes sont éprouvées physiquement et psychologiquement, est déterminante puisque dans la majorité des cas, cela permettra de décider si elles doivent être expulsées ou si elles peuvent prétendre à une protection internationale et donc espérer une relocalisation. Après cette période d'examen vient donc l'attente, à la fois pour les personnes déclarées comme nécessitant une protection internationale et pour les déboutées, parfois au sein de centres de rétention* ¹³¹ ». Ainsi, dans les *hotspots* grecs, il faut ajouter une catégorie toute particulière des personnes enfermées, les demandeurs d'asile

¹³⁰ Communication de la Commission du 13 mai 2015 : *Un agenda européen en matière de migration*, COM (2015) 240 final.

¹³¹ Observatoire des questions humanitaires, *Les politiques migratoires européennes, à la frontière du droit*, rapport d'étude, 2017, en ligne, consulté le 23/04/2020, <https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2018/07/Obs-huma-Chiron-Politiques-migratoires.pdf>.

destinataires des mécanismes de renvoi en Turquie en vertu de l'accord du 18 mars 2016 entre ce pays et l'Union européenne¹³².

À l'enfermement des personnes franchissant la frontière et ne demandant pas une protection internationale, s'ajoute celui des demandeurs d'asile qui doivent être relocalisés dans les autres États membres de l'UE, sans qu'aucune base légale ne soit prévue pour cette circonstance. En effet la décision n. 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, se limite à affirmer que la procédure de relocalisation doit s'effectuer dans le respect des droits fondamentaux des personnes qui doivent être relocalisées. Le Conseil n'évoque pas une seule fois la question de l'enfermement lié à la relocalisation, qui, comme on l'apprend par plusieurs sources, est une pratique très souvent utilisée¹³³.

Cependant, la question de l'enfermement des migrants à la frontière n'est pas la seule à poser des doutes sur le fonctionnement effectif des *hotspots*, ainsi que sur le respect des droits fondamentaux dans ces lieux de rétention¹³⁴. Claire Rodier, directrice du Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés (ci-après, GISTI) écrit en janvier 2018 : « dix-huit mois après la création des premiers hotspots, les constats sont clairs : l'approche hotspot n'a pas facilité la relocalisation des demandeurs d'asile arrivés en Grèce et en Italie, elle n'a pas soulagé ces deux pays de la charge excessive que représente, pour eux, l'accueil des migrants qui arrivent en Europe par leurs frontières maritimes et elle n'a en rien amélioré la situation de ces migrants sur le plan humanitaire, au contraire. Faut-il en conclure qu'elle a échoué à répondre aux objectifs que s'étaient fixés la Commission européenne et le Conseil avec l'Agenda européen en matière de migration¹³⁵? ».

¹³² Claire Rodier, *Le faux semblant des hotspots*, La Revue des droits de l'homme, n. 13, 2018, pp. 5-32; en ligne, consulté le 07/07/2019, <https://doi.org/10.4000/revdh.3375>.

¹³³ Human Rights Watch, *Grèce. Insécurité et insalubrité dans les « hotspots » pour réfugiés*, rapport d'observation, 2016 ; Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Les centres pour migrants (hotspots) en Italie soulèvent des questions juridiques*, rapport d'étude, 2016.

¹³⁴ Amnesty International, *Grèce. Des réfugiés détenus dans des conditions déplorables*, rapport d'observation, 2016; Amnesty International, *Hotspots Italy. How EU's flagship approach leads to violations of refugee and migrant rights*, rapport d'observation, 2016; GISTI, *Accord UE-Turquie, la grande imposture*, Rapport de mission dans les hotspots grecs de Chios et de Lesbos, juillet 2016; Sara Prestianni, *Italie, l'urgence au quotidien*, Plein Droit n. 111, décembre 2016, pp.34-48, en ligne, consulté le 02/10/2020, <https://doi.org/10.3917/pld.111.0027>.

¹³⁵ Claire Rodier, *op. cit.* p. 17.

La situation est tout aussi complexe et problématique dans les zones de transit des ports et aéroports européens, qui constituent aussi des frontières extérieures de l'UE et qui sont également devenus des lieux d'enfermement pour migrants. Prenons le cas de la France, qui avait déjà en 1992 institué des « zones d'attente » à proximité de ces lieux¹³⁶. Il s'agit d'espaces physiques créés dans les ports et les aéroports internationaux, placés sous l'autorité de la police aux frontières (ci-après, PAF), des agents des douanes et de la police nationale. Ces zones d'attentes sont destinées à tous les ressortissants des pays tiers qui font l'objet d'un refus d'entrée, à ceux qui sont en transit mais qui n'ont pas obtenu le droit d'entrer dans le pays de destination, ainsi qu'à ceux qui demandent l'asile à la frontière¹³⁷. Ils peuvent y être maintenus pour un maximum de 26 jours, temps pendant lequel ils peuvent formuler des recours¹³⁸.

Selon l'Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Étrangers (ci-après, ANAFE) il y a dans les zones d'attente de nombreuses violations des droits des personnes qui y sont maintenues : problèmes d'accès au droit d'asile, enfermement de mineurs, autres violations du droit à l'information sur les droits, interprétariat, exercice du jour franc et accès aux soins médicaux¹³⁹.

En outre, la loi n. 2011/672 du 16 juin 2011 sur l'immigration élargit la possibilité de créer des zones d'attente : « *lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus dix kilomètres, la zone d'attente s'étend, pour une durée maximale de 26 jours, du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche*¹⁴⁰ ». Or, la France ne possédant pas de frontière extérieure terrestre (à part en Guyane), les zones d'attentes prévues dans la loi de 2011 « *en dehors d'un point de passage frontalier* »

¹³⁶ Loi n. 95-645 du 6 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours.

¹³⁷ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, Articles L. 221-1 et suivants.

¹³⁸ CESEDA, Article L. 222.

¹³⁹ ANAFE, *Aux frontières de la vulnérabilité, Rapport d'observation dans les zones d'attente 2016/2017*, Rapport d'observation, 2017.

¹⁴⁰ CESEDA, Article L. 221-2, modifié par l'article 10 de la loi n. 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la citoyenneté.

doivent s'entendre comme utilisables aux frontières intérieures, mais cela implique qu'un contrôle frontalier soit mis en œuvre. Cette question sera examinée plus spécifiquement ultérieurement, quand on analysera les pratiques policières à la frontière franco-italienne avant et après la réintroduction des contrôles fixes en 2015.

Il convient enfin de rappeler que l'approche *hotspot* qui a caractérisé l'action politique européenne dans les dernières années, n'est pas du tout remise en cause dans le nouveau pacte sur la migration et l'asile, issu de la communication de la Commission du 23 septembre 2020. Si une « mise à jour » du système est jugée opportune, cela n'est pas dû aux nombreuses violations des droits des personnes migrantes qu'une telle approche implique intrinsèquement et dans la pratique.

Le problème pour la Commission, comme souvent en ce qui concerne les politiques migratoires, réside dans l'efficacité. Selon la Commission, « *la frontière extérieure est le lieu où l'Union doit combler les écarts entre les contrôles aux frontières et les procédures d'asile et de retour. Ce processus devrait être rapide et doté de règles claires et équitables en matière d'autorisation d'entrée et d'accès à la procédure appropriée* ». La Commission propose de mettre en place « *une procédure fluide à la frontière, applicable à tous les ressortissants de pays tiers qui la franchissent sans autorisation et comprenant un filtrage préalable à l'entrée, une procédure d'asile et, s'il y a lieu, une procédure de retour rapide, intégrant ainsi des processus qui sont actuellement distincts* ».

La première étape devrait consister en un filtrage préalable à l'entrée applicable à tous les ressortissants de pays tiers qui franchissent la frontière extérieure sans autorisation. Ce filtrage comprendra « *un contrôle d'identité et des contrôles sanitaires et de sécurité, le relevé des empreintes digitales et l'enregistrement dans la base de données Eurodac. Il constituera une première étape dans le dispositif général d'asile et de retour, améliorera la transparence à un stade précoce pour les personnes concernées et renforcera la confiance dans le dispositif. Il favorisera une coopération plus étroite entre toutes les autorités compétentes, avec l'appui des agences de l'Union* ». Le renforcement d'une procédure de contrôle visant à trier les demandes d'asile et les retours est conçue dans le but de rendre le tri plus rapide, mais l'opportunité de fermer les structures du tri telles que les *hotspots* n'est nullement discutée.

2.2 Une stratégie multiforme de contrôle : de l'externalisation à la question de la recherche et du sauvetage maritime.

Bien que la frontière constitue un lieu primaire de contrôle des entrées sur le territoire, il convient de rappeler que ce type de contrôle ne se limite pas seulement à la surveillance et à la vérification des documents. Il existe des types de contrôle qui ne se produisent pas physiquement la frontière, mais qui interviennent avant ou après le franchissement frontalier, dans des lieux et par des autorités autres que les territoires et les autorités européennes.

La conclusion de pactes avec les pays de provenance des migrants, l'externalisation géographique du contrôle, la responsabilisation des transporteurs privés, l'encadrement strict des missions de recherche et de sauvetage maritime sont toutes des composantes d'une stratégie européenne multiforme plus complexe, fondée sur la dissuasion des départs et sur la lutte contre l'immigration irrégulière. Ainsi, comme le dit le politologue Julien Jeandesboz, le contrôle des frontières en Europe se décline dans le cadre d'un modèle composé de quatre filtres : il commence dans les pays dits de départ et de transit, par le biais des politiques de visa et de la coopération avec les autorités locales ; il se poursuit par la surveillance des zones frontalières ; il s'appuie sur les contrôles aux frontières ; et il se prolonge à l'intérieur de l'espace Schengen par le biais des échanges d'informations entre services policiers et l'organisation d'opérations de contrôle temporaires¹⁴¹.

Comme on a pu l'observer, le premier véritable contrôle des conditions d'accès au territoire a lieu dans les consulats et les ambassades, lorsque le ressortissant du pays tiers demande un visa Schengen de trois mois ou d'autres visas nationaux pour des périodes excédant les trois mois. On peut dire en ce sens que le contrôle frontalier s'active à partir du moment où une personne demande à entrer sur le territoire européen, tout en étant encore dans son pays. Cependant, dans ce cas, il serait impropre de parler d'externalisation du contrôle, puisqu'il s'agit toujours de consulats et d'ambassades nationales des États européens, même s'ils sont situés sur le territoire d'États tiers. On parle d'externalisation du contrôle quand on confie la tâche de surveiller et de contrôler les mouvements des migrants aux polices et autorités des pays tiers sur leurs territoires.

¹⁴¹ Julien Jeandesboz, *Au-delà de Schengen Frontex et les contrôles aux frontières de l'Europe*, dans Sabile Dullin, Etienne Forestier-Peyrat (dir.), *Les frontières mondialisées*, La vie des idées, Paris 2015, pp. 75-92.

Cela correspond à une pratique de plus en plus diffusée aux frontières maritimes européennes, commencée avec le lancement des missions HERA II et HERA III de Frontex, qui se déroulaient en 2006 sur le territoire maritime du Sénégal et de la Mauritanie et qui se fondaient sur l'existence d'un accord entre ces pays avec l'Espagne, et d'un arrangement de travail entre Frontex et les autorités nationales de ces pays chargées du contrôle frontalier¹⁴².

Dix ans après, l'accord sur la gestion des flux migratoires entre l'Italie et la Libye signé à Rome le 2 février 2017 confie aux garde-côtes libyens des pouvoirs importants de surveillance frontalière, ce qui a soulevé des doutes sur les conséquences humanitaires et de respect des droits de l'Homme. Dans ce cas, plusieurs organes de presse internationaux ont soupçonné les services de renseignement italiens d'avoir conclu des accords supplémentaires et secrets avec certaines milices libyennes suite à la chute de Kadhafi. Un article publié dans The Washington Post en date du 17 août 2017 affirme ainsi qu'il « *résulte que sur la base d'un accord avec l'Italie, le gouvernement libyen opérant à Tripoli aurait payé certaines milices- passeurs afin d'empêcher les migrants de partir pour l'Italie*¹⁴³ ».

Le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les Droits de l'Homme, Zed Raad al Hussein, a pourtant exprimé toute son inquiétude relativement à la situation politique et humanitaire en Libye et qualifié la collaboration entre l'Italie, l'Union européenne et les garde-côtes libyens d'outrage à l'humanité. Il a ainsi affirmé : « *on ne peut pas garder le silence devant cet esclavage, ces viols, cette violence sexuelle et ces meurtres perpétrés au nom de la gestion de la crise migratoire*¹⁴⁴ ».

Il est évident que l'externalisation des contrôles et leur délocalisation vers les territoires des pays tiers constituent une menace concrète pour le respect des droits fondamentaux : en premier lieu, on confère la gestion physique du contrôle et des activités de police à des autorités militaires des

¹⁴² Frontex, *Rapport sur l'opération HERA III*, en ligne, consulté le 30/03/2019, <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/hera-iii-operation-It9SH3>.

¹⁴³ Amnesty International, *Rapport sur les relations entre Italie et Libye*, Rapport d'observation, 2017, en ligne, consulté le 17/03/2019, <https://d21zrvtktd6ae.cloudfront.net/public/uploads/2017/12/12092513/rapporto-libia-en.pdf>.

¹⁴⁴ UNHCR, *UN human rights chief: Suffering of migrants in Libya outrage to conscience of humanity*, communiqué de presse, en ligne, consulté le 02/04/2019, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22393&LangID=E>.

États non-démocratiques et illibéraux, dans le cas de la Libye ; deuxièmement, on rend pratiquement impossible un contrôle juridictionnel de ces activités policières.

Parmi les exemples d'externalisation fonctionnelle du contrôle frontalier, on peut citer la responsabilisation des transporteurs privés tels que les entreprises aériennes ou navales, ou encore du transport terrestre, qui ont eu dans le temps un rôle croissant, bien qu'en tant qu'acteurs privés, dans le cadre de ces contrôles. Le premier texte qui oblige les transporteurs à vérifier, avant les départs, que chaque passager ait tous les documents requis par la loi pour l'entrée dans le territoire a été, pour les États-Unis, l'*Immigration and Nationality Act* de 1952. Par la suite beaucoup d'autres États ont suivi, comme l'Australie en 1958, le Canada en 1976, le Brésil en 1980, le Danemark en 1986, l'Allemagne, la Belgique et le Royaume Uni en 1987.

Les accords de Schengen et la CAAS ont intégré cette pratique dans le droit de l'Union, l'article 26 de la Convention prévoyant deux types d'obligations pour les transporteurs : d'un côté ils sont tenus de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que l'étranger transporté est en possession des documents de voyage requis pour l'entrée sur les territoires des Parties Contractantes, de l'autre, si l'entrée sur ce territoire lui est refusée, les transporteurs qui l'ont amené à la frontière extérieure par voie aérienne, maritime ou terrestre doivent le reprendre en charge sans délai. Cette reprise en charge doit suivre les instructions de l'autorité de surveillance de la frontière, qui peut décider qu'il soit ramené dans le pays tiers d'où il a été transporté, ou alors dans le pays tiers qui lui a délivré le titre de voyage utilisé, ou encore dans tout autre État tiers où son admission est garantie¹⁴⁵.

Des sanctions sont néanmoins prévues pour les transporteurs qui « *acheminent par voie aérienne ou maritime d'un État tiers vers leur territoire, des étrangers qui ne sont pas en possession des documents de voyage requis*¹⁴⁶ ». La directive (CE) n. 2001/51 complète le texte de la convention en ajoutant que ces sanctions doivent être dissuasives, effectives et proportionnelles¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Pour éviter le risque de violation du principe de non-refoulement, le texte affirme que ces règles sont prises sous réserve des engagements qui découlent de la Convention de Genève.

¹⁴⁶ CAAS, Article 26, deuxième alinéa.

¹⁴⁷ Directive (CE) n. 2001/51 du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la CAAS du 14 juin 1985, Article 4.

La directive fixe le plancher des sanctions : les montants minimaux et maximaux des sanctions pécuniaires ne devraient pas être inférieurs à 3000 et 5000 euros respectivement (par personne transportée), alors que le montant forfaitaire de la sanction ne doit pas être inférieur à 500.000 euros. Ainsi, la question du respect de la Convention de Genève devient centrale : l'article 31 de la Convention prévoit que les États Contractants n'appliquent pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée irrégulière, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté est menacée, entrent ou se trouvent sur le territoire sans autorisation. D'ailleurs le deuxième alinéa de l'article 4 de la directive de 2001 précise que les sanctions s'appliquent sans préjudice du respect de l'article 31 de la Convention de Genève. À défaut on serait face à une situation paradoxale : le demandeur d'asile ne serait pas sanctionné, alors que le transporteur pourrait craindre une sanction grave.

Néanmoins, comme le dit très clairement Paolo Cuttitta, sociologue et grand expert des *border studies*, le transporteur privé, qui ne peut pas prévoir si un passager sera autorisé à entrer dans le territoire en vertu de la Convention de Genève, aura la tendance à éviter tout risque d'être sanctionné et donc empêchera toute personne n'ayant pas les documents nécessaires pour entrer sur le territoire européen d'effectuer le voyage en question, même s'il s'agit de demandeurs d'asile potentiels¹⁴⁸. Or, il semble évident que l'interaction entre le mécanisme des sanctions aux transporteurs et les procédures d'obtention des visas dans les consulats, constitue la raison principale du développement de canaux illégaux de migration terrestre vers l'Europe, ainsi que d'une réduction évidente des possibilités, pour les potentiels réfugiés, de se voir reconnaître leurs droits.

L'histoire récente des frontières extérieures européennes a été caractérisée par une attention croissante vers une catégorie tout à fait particulière de « transporteurs », les embarcations des ONG qui ont battu le Canal de Sicile et les autres frontières maritimes dans le but de rechercher et sauver les migrants en détresse. La mer Méditerranée étant devenue depuis 2011 la principale route migratoire vers l'Europe, l'analyse de l'histoire récente de ce tronçon de frontière nous permettra de comprendre dans le fond certains phénomènes qui l'ont caractérisée, comme la

¹⁴⁸ Paolo Cuttitta, *Segnali di confine, il controllo dell'immigrazione nel mondo-frontiera*, Mimesis, Milan, 2007, pp. 100.

criminalisation de la solidarité, le recours à l'enfermement et aux relocalisations qui, comme nous verrons par la suite, caractérisent également la frontière intérieure franco-italienne.

La mer Méditerranée est devenue en effet, après la chute de Kadhafi en Lybie en 2011, la principale route migratoire vers l'Europe, sans doute la plus importante de la dernière décennie, ainsi que la plus meurtrière¹⁴⁹. Si le contrôle consulaire vise à trier entre ceux qui ont le droit de passer et ceux qui ne l'ont pas, la frontière maritime de la Méditerranée opère un tri ultérieur, un tri tragique entre la vie et la mort de centaines de milliers de personnes, exclues de toute procédure d'obtention d'un visa, qui cherchent à rejoindre l'Europe, devenant les proies des trafiquants d'êtres humains. Le Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après, UNHCR) a recensé près de 18.000 morts et disparus en Méditerranée depuis le 3 octobre 2013, c'est-à-dire depuis le naufrage le plus impressionnant qui a eu lieu dans les eaux de Lampedusa, dans lequel plus de 300 personnes ont perdu la vie, dont une centaine d'enfants¹⁵⁰. Cet événement tragique a attiré une attention médiatique inédite sur tout le continent européen. Au lendemain de cette tragédie, tous les dirigeants des États de l'Union européenne se sont rendus sur l'île italienne pour rendre hommage aux victimes du naufrage.

La réaction des institutions nationales et européennes a été de s'interroger sur la nécessité d'un dispositif européen de recherche et de sauvetage maritime, qui n'a néanmoins jamais vu le jour, comme plusieurs observateurs ont eu l'occasion de l'affirmer¹⁵¹. Cependant l'Italie eut une réaction très marquée. Frappé de manière considérable par les événements tragiques de la mer, le gouvernement d'Enrico Letta a inauguré, à partir de novembre 2013, une mission à la fois militaire et humanitaire, MARE NOSTRUM, qui avait le double objectif de lutter contre les

¹⁴⁹ Lorenzo Bagnoli, *The Mediterranean: why so many deaths at sea in 2016 ?*, Open Migration, décembre 2016, pp. 130-164; Commission européenne, *Irregular Migration via the Central Mediterranean*, EPSC Strategic Notes n. 22, 02/02/2017; UNHCR, *Central Mediterranean Route : working on alternatives to dangerous journeys*, communiqué de presse, 2017.

¹⁵⁰ UNHCR, *Portal sur la situation des réfugiés en Méditerranée*, consulté le 12/04/2019, <http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>.

¹⁵¹ Evelien Brouwer, *Extraterritorial migration control and human rights: preserving the responsibility of the Eu and its member states*, dans *Extraterritorial Immigration Control*, Koninklijke Brill, 2010, pp. 49-68; Jean Christophe Martin (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne*, ed. Pedone, 2010; Helen Toner, *The Lisbon Treaty and the future of European immigration and asylum law*, dans Loïc Azoulay, Karin De Vries (dir.) *Eu Migration Law: Legal Complexities and political rationales*, Oxford University Press, 2014, pp. 34-61; Céline Guilleux, *L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile face aux enjeux de la « crise des réfugiés » en Méditerranée*, Calenda, 2017, pp. 215.

passeurs et de rechercher et sauver les personnes en détresse. Cette mission, qui a coûté plus de 90 millions d'euros, a permis le sauvetage de plus de 120 000 personnes en un an¹⁵². Cependant, les critiques d'une partie de l'opinion publique et des partis d'extrême droite en Italie ont conduit à faire cesser cette mission en octobre 2014. Selon les détracteurs de MARE NOSTRUM, la mission avait comme effet d'encourager les départs depuis les côtes africaines vers l'Italie. De plus, en vertu du règlement Dublin, les personnes sauvées devaient demander l'asile en Italie, en tant que premier pays d'arrivée en Europe. Le nouveau gouvernement guidé par Matteo Renzi a donc décidé de supprimer la mission, affirmant qu'un nouveau dispositif européen était en cours de négociation¹⁵³.

En vérité, l'Union européenne qui avait promis de renforcer le statut de Frontex pour en faire une Agence spécialisée dans la recherche et le sauvetage des personnes en détresse, ne fit que mettre en place une nouvelle mission de Frontex, nommée TRITON qui n'avait néanmoins ni les mêmes buts ni les moyens de la mission MARE NOSTRUM¹⁵⁴. De nouveaux naufrages meurtriers ont rempli les pages des journaux en janvier et février 2015 et c'est à partir de ce moment que les embarcations des ONG ont commencé à organiser des missions humanitaires en Méditerranée centrale.

Les navires des organisations non gouvernementales ont effectué dans les dernières années un nombre croissant de sauvetages de personnes en détresse, jusqu'en 2017. Ces sauvetages sont passé de 1.400 sur 140.000 en 2014 à 47.000 sur 180.000 en 2016¹⁵⁵. Comblant le vide laissé par l'effacement de la mission militaire italienne MARE NOSTRUM, en l'absence de dispositifs européens équivalents, les embarcations des ONG ont patrouillé la mer Méditerranée en sauvant

¹⁵² Marine Militaire (Italie), *Rapport sur la mission MARE NOSTRUM*, en ligne, consulté le 12/04/2019, <http://www.marina.difesa.it/EN/operations/Pagine/MareNostrum.aspx>.

¹⁵³ Conférence de presse du 31 octobre 2014 des ministres de l'Intérieur et de la Défense de la République Italienne, en ligne, <https://www.interno.gov.it/it/notizie/conclude-mare-nostrum-triton>.

¹⁵⁴ Frontex, *Rapport sur la mission TRITON*, en ligne, consulté le 15/04/2019, <https://frontex.europa.eu/media-centre/focus/joint-operation-triton-italy--ekKaes>.

¹⁵⁵ Corps des Garde-côtes (Italie), *Rapports sur l'activité en Méditerranée, 2014, 2016*, en ligne, consultés le 15/04/2019, <http://www.guardiacostiera.gov.it/attivita/Documents/attivita-sar-immigrazione-2016/rapporto-sull-attivita-sar-nel-mediterraneo-centrale-anno-2014.pdf>; <http://www.guardiacostiera.gov.it/attivita/Documents/attivita-sar-immigrazione-2016/rapporto-sull-attivita-sar-nel-mediterraneo-centrale-anno-2016.pdf>

la face de l'Europe, jusqu'à entrer en conflit avec les nouvelles politiques restrictives du gouvernement italien¹⁵⁶. A partir du mémorandum d'entente entre l'Italie et la Libye signé à Rome le 28 février 2018 et du code de conduite imposé par le ministre de l'Intérieur Marco Minniti aux ONG engagées dans le sauvetage des migrants en mer, une véritable guerre médiatique a été conduite contre ces acteurs, accusés de jouer le rôle des « taxis de la mer » et d'encourager le départ des embarcations depuis les côtes libyennes et tunisiennes¹⁵⁷.

La lutte médiatique contre les ONG est devenue encore plus violente avec l'arrivée au Ministère de l'intérieur de Matteo Salvini, chef de l'extrême droite, qui a signé deux décrets « sécurité » dans le but de réduire drastiquement le flux de migrants en Italie.¹⁵⁸ Le « décret sécurité bis », un paquet de réformes du droit des étrangers approuvé le 11 juin 2018 par le Conseil des ministres de l'Italie, prévoyait l'application des sanctions prévues pour les transporteurs dans le cadre de la réception de la directive (CE) n. 2001/51 aux embarcations des ONG qui auraient sauvé et fait débarquer les étrangers sur le territoire italien en dehors des règles sur la recherche et le sauvetage maritime. En particulier, l'article 1-ter du décret prévoit que le ministre de l'Intérieur, autorité nationale de sécurité publique, puisse interdire l'entrée et le transit dans la mer territoriale pour des raisons d'ordre public, en particulier quand les embarcations concernées ont violé l'article 19, deuxième alinéa, lettre g) de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer.

L'article en question affirme que le passage d'un navire étranger est considéré comme « *portant atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'Etat côtier si, dans la mer territoriale, ce navire se livre à l'une quelconque des activités suivantes : ... g) embarquement ou débarquement de marchandises, de fonds ou de personnes en contravention aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration de l'Etat côtier*¹⁵⁹ ».

¹⁵⁶ En particuliers des gouvernements Gentiloni et Conte I, les ministres de l'Intérieurs étant respectivement Marco Minniti et Matteo Salvini.

¹⁵⁷ L'expression « taxi de la mer », recourant dans le débat public italien, a été utilisée pour la première fois par le chef politique du Mouvement 5 étoiles, Luigi Di Maio, le 6/04/2017.

¹⁵⁸ Décret-loi (Italie) n. 113 du 4/10/2018 ; décret-loi (Italie) n. 53 du 14/06/2019.

¹⁵⁹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1986, dite Convention de Montego Bay, Article 19.

L'acte d'interdiction d'entrée dans les eaux territoriales, continue l'article 1-ter du décret « sécurité bis », est adopté en accord avec les ministres de la Défense et des Infrastructures et des transports, selon les compétences respectives, en informant le Président du Conseil des ministres. Des sanctions très graves étaient prévues en cas de désobéissance à cet ordre : une amende pouvant s'élever à un million d'euros pour l'armateur et le commandant de l'embarcation, ainsi que la séquestration des embarcations¹⁶⁰.

Le Président de la République Sergio Mattarella, signant le décret le 14 juin 2019, a envoyé ses observations au gouvernement par le biais d'une lettre dans laquelle il rappelle le principe de proportionnalité entre sanctions et comportements, dans l'interprétation que la Cour Constitutionnelle en a faite dans un arrêt récent sur l'*Inside trading*, tout en exprimant son point de vue¹⁶¹. Le Chef de l'État affirme qu'il n'estime « *pas raisonnable le fait de confier à un acte administratif discrétionnaire l'évaluation d'un comportement qui amène à des sanctions d'une telle gravité*¹⁶² ». Le Président Mattarella rappelle ainsi que le respect des conventions internationales justement évoqué à l'article 1 du décret en question concerne aussi l'article 98 de la Convention de Montego Bay sur l'obligation de sauvetage maritime¹⁶³.

Entré en vigueur le 14 juillet 2019, le décret « sécurité bis » a été au centre de l'attention de tous les médias italiens et européens à cause des nombreux événements tragiques de l'été, qui ont vu des embarcations des ONG chargées de personnes sauvées des naufrages, attendre des semaines entières aux portes de Lampedusa, victimes des interdictions que le ministre Salvini signait ponctuellement. L'ONG Proactive Open Arms a d'ailleurs introduit un recours devant le Tribunal Administratif Régional (ci-après, TAR) du Latium, juge administratif compétent pour trancher les affaires découlant de l'application des actes du gouvernement, afin de suspendre les effets du

¹⁶⁰ Décret-loi (Italie) n. 53 du 14/06/2019, Article 2.

¹⁶¹ Cour Constitutionnelle (Italie), 10/05/2019, n. 112, ECLI:IT:COST:2019:112.

¹⁶² Présidence de la République (Italie), communiqué de presse, 08/08/2019, en ligne, consulté le 10/08/2019, <https://www.quirinale.it/elementi/32103>.

¹⁶³ Convention de de Montego Bay, Article 98 : Tout État exige du capitaine d'un navire battant son pavillon que, pour autant que cela lui est possible sans faire courir de risques graves au navire, à l'équipage ou aux passagers : a) il prête assistance à quiconque est trouvé en péril en mer; b) il se porte aussi vite que possible au secours des personnes en détresse s'il est informé qu'elles ont besoin d'assistance, dans la mesure où l'on peut raisonnablement s'attendre qu'il agisse de la sorte.

décret d'interdiction d'entrée dans les eaux territoriales signé le 8 août par les trois ministres compétents.

Dans son ordonnance du 14 août 2019, le TAR du Latium, saisi de l'affaire, affirme que l'embarcation de l'ONG devait effectivement être considérée en détresse et qu'en vertu du droit international de la mer, elle devait pouvoir faire son entrée dans le port de Lampedusa¹⁶⁴. L'ordonnance précise que la situation de gravité et d'urgence exceptionnelles justifie la suspension provisoire des effets du décret attaqué, afin de consentir à l'entrée de l'embarcation Open Arms dans les eaux territoriales italiennes, ainsi qu'à l'assistance aux personnes sauvées en mer.

Il y a d'ailleurs un principe en la matière, consacré par une Résolution de 2004 du Comité sur la Sécurité Maritime, organe de l'Organisation Maritime Consultative Intergouvernemental (ci-après, OMCI), qui affirme que le débarquement des personnes sauvées en mer doit se faire dans un lieu sûr. Il s'agit d'un lieu qui correspond à un emplacement où les opérations de sauvetage sont censées prendre fin et où la vie et la sécurité des personnes n'est plus menacée ; il est possible de subvenir à leurs besoins fondamentaux (abris, vivres, soins médicaux) ; le transport des personnes sauvées vers leur destination suivante ou finale peut s'organiser¹⁶⁵.

Même si le juge ne se prononce pas sur la nécessité de considérer Lampedusa comme un port sûr pour le débarquement des migrants de la Open Arms, il suspend les effets de l'interdiction à entrer dans les eaux territoriales, consentant *de facto* au débarquement dans la petite île italienne. Le ministre Salvini, malgré l'ordonnance du TAR, signe le même jour un nouveau décret d'interdiction d'entrée pour l'embarcation de l'Open Arms, mais cette fois sans l'accord des autres deux ministres, ce que lui a coûté l'ouverture d'une procédure de poursuite pour abus de pouvoir et séquestration de personnes auprès du parquet d'Agrigente le 29 août 2019, poursuite que le ministre affirme être « *une médaille pour avoir défendu les confins nationaux*¹⁶⁶ ».

¹⁶⁴ Tribunal Administratif Régional du Latium, 14/08/2019, n. 05479/2019.

¹⁶⁵ Résolution MSC.167-78/2004.

¹⁶⁶ Article de presse, *Open Arms, Matteo Salvini indagato per sequestro di persona*, Il Giornale, 29/08/2019, en ligne, consulté le 30/08/2019, <http://www.ilgiornale.it/news/politica/open-arms-matteo-salvini-indagato-sequestro-persona-1745202.html>.

L'embarcation de l'ONG Open Arms fait enfin son entrée dans le port de Lampedusa le 20 août, après 20 jours de navigation et d'attente devant les côtes italiennes. Elle ne peut d'ailleurs entrer que « grâce » au fait que le procureur d'Agrigente ouvre une enquête contre X pour séquestration des personnes. Ce n'est pas la première fois qu'une décision d'ouvrir une enquête et de séquestrer un bateau est utilisée comme instrument pour débloquer des situations similaires¹⁶⁷.

Avec la chute du premier gouvernement de Giuseppe Conte, soutenu par une alliance entre le Mouvement 5 étoiles et la Ligue de Salvini, la situation a changé, au moins jusqu'à l'explosion de la pandémie de COVID-19. Dans un premier temps, de septembre 2019 à février 2020, les ONG ont pu mener leurs opérations de recherche et sauvetage maritime sans que la disposition du décret de 2019, qui permet au ministre de l'Intérieur d'interdire l'entrée aux navires, ne soit activée. Selon plusieurs témoignages, l'attention médiatique sur les débarquements s'est radicalement redimensionnée pendant cette période et les opérateurs humanitaires ont pu reprendre plus tranquillement leurs missions. Au mois d'octobre 2020, les « décrets sécurité » ont été partiellement abrogés par le nouveau gouvernement Conte *bis*, fruit d'un accord parlementaire entre le Mouvement 5 étoiles et les forces politiques du centre-gauche. Avec le décret n. 130 du 21 octobre 2020, l'exécutif ne remet pourtant pas en cause la possibilité d'interdire l'entrée sur le territoire national, se limitant à abroger les amendes disproportionnées prévues par le décret de 2019.

La pandémie de COVID-19 a eu des répercussions majeures sur les missions de recherche et de sauvetage en mer. Avec le décret interministériel n. 150 du 7 avril 2020, les ministres des Infrastructures et des Transports, des Affaires étrangères, de l'Intérieur et de la Santé décident que « *pour la période entière de l'urgence sanitaire nationale découlant de la diffusion du virus COVID-19, les ports italiens ne remplissent pas les conditions nécessaires pour être reconnus comme Places of safety (lieux sûrs) conformément à la Convention de Hambourg sur la recherche et le sauvetage maritime, pour les cas de secours mis en œuvre par des navires étrangers en dehors de la zone de recherche et de sauvetage italienne* ».

¹⁶⁷ Article de presse, *La magistratura sequestra la nave e fa sbarcare i migranti*, Avvenire, 14/08/2019, en ligne, consulté le 16/08/2019, <https://www.avvenire.it/attualita/pagine/la-magistratura-sequestra-la-nave-e-fa-sbarcare-i-migranti>.

Comme le dit Alessandra Algostino de l'université de Turin, « *loin d'abroger les décrets sécurité on continue, au nom de l'urgence, dans une politique inhumaine, contraire au droit international et aux principes de la Constitution*¹⁶⁸ ». Le décret interministériel en question soulève deux questions majeures : d'un côté, il y a un paradoxe contenu dans le deuxième article du décret qui affirme que « *aux personnes éventuellement sauvées, parmi lesquelles on ne peut pas exclure la présence de cas de contamination de COVID-19, doit être assurée l'absence de menace pour leur propre vie et la satisfaction des besoins primaires et l'accès aux services fondamentaux, sous forme sanitaire, logistique et de transport* » ; de l'autre côté, on constate une différenciation entre les navires nationaux et étrangers.

Selon Algostino, « *l'obligation de sauvetage des vies en mer, qui se conclut avec le débarquement dans un lieu sûr, a vocation à primer sur les directives ministérielles en matière de ports fermés, ne pouvant pas être limitée par un décret interministériel, comme celui du 7 avril 2020 ; et même si la fermeture des ports avait été prévue par un acte de droit primaire (la loi), elle aurait [...] rencontré une limite dans le principe de centralité de la personne et de ses droits, dans le principe de solidarité ainsi que dans la considération que les droits universels (comme l'interdiction de la torture ou le droit à la vie) ne peuvent pas être des objets de mise en balance ou de limitations*¹⁶⁹ ». La limitation des droits des personnes au nom du droit à la santé, qui est désormais devenu un instrument majeur de la lutte contre la pandémie de COVID-19, ne peut pas être sans limites : la mise en balance du droit à la santé avec les autres droits doit pouvoir se faire dans le respect du principe de proportionnalité.

Or, il n'apparaît pas proportionnel ni raisonnable de nier le droit à un port sûr, puisque cela expose les naufragés à des violations majeures des droits fondamentaux et universels, du droit à la vie jusqu'à l'interdiction de traitement inhumain et dégradant.

Laissant de côté le vaste sujet des effets de la pandémie sur les frontières, qui ne touche que marginalement la présente recherche, il faut préciser que la question de la recherche et du sauvetage maritimes, liée à la détermination de l'État responsable de l'accueil et des demandes

¹⁶⁸ Alessandra Algostino, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, dans *Questione Giustizia*, article de presse, en ligne, consulté le 02/03/2021, https://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-stato-di-emergenza-sanitaria-e-la-chiusura-dei-porti-sommersi-e-salvati_21-04-2020.php.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

d'asile, a été soulevée dans le cadre européen à plusieurs reprises dans les dernières années. Le 23 septembre 2019, les ministres de l'Intérieur d'Italie, France, Allemagne, Finlande, Malte et Grèce ont rencontré le commissaire Avramopoulos à La Valette et pour la première fois ont affirmé le principe selon lequel « *qui débarque en Italie ou à Malte ou en Grèce, débarque en Europe* ». Il s'agit de la première fois que le règlement Dublin semble être partiellement remis en cause, dans la mesure où les États s'accordent sur un mécanisme temporaire (d'une durée de 6 mois) de répartition des personnes franchissant la frontière extérieure maritime, alors que le règlement Dublin confiait la responsabilité de l'accueil au premier État de débarquement¹⁷⁰.

Le nouveau pacte sur la migration et l'asile, présenté dans la communication du 16 septembre 2020, montre en effet la volonté de la Commission de remettre partiellement en discussion le mécanisme Dublin, ainsi que la tentative d'encadrer juridiquement au niveau européen les activités de recherche et de sauvetage. Proposant un nouveau règlement « relatif à la gestion de l'asile et de la migration », la Commission affirme vouloir garantir un partage équitable des responsabilités entre les États, par un mécanisme juridique qui puisse tout aussi augmenter l'efficacité du tri des migrants arrivant à la frontière extérieure européenne¹⁷¹.

« *Ce cadre* », affirme la Commission, « *prévoit un nouveau mécanisme de solidarité visant à intégrer l'équité dans le régime d'asile européen, en tenant compte des difficultés différentes qui se posent selon la situation géographique et en veillant à ce que tous les États membres contribuent à la solidarité, de sorte que les besoins réels créés par les arrivées irrégulières de migrants et de demandeurs d'asile ne soient pas pris en charge par des États membres isolés, mais par l'Union dans son ensemble* ». Le mécanisme envisagé par la Commission ne change en rien la règle du pays de première entrée, la solidarité évoquée concernant ici les différentes contributions que les États membres devront assumer pour rendre les retours et les relocalisations plus efficaces et rapides. « *Dans le cadre du parrainage en matière de retour* », affirme la communication, « *les États membres fourniraient à l'État membre sous pression toute l'aide nécessaire pour procéder au retour rapide des personnes n'ayant pas le droit de séjourner dans*

¹⁷⁰ Dans les mêmes jours l'ancien Président du Conseil Italien Enrico Letta proposait la signature d'un Pacte de Lampeduse, dans le but de dépasser, hors droit de l'Union, les obligations dérivantes du règlement Dublin.

¹⁷¹ Proposition de règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration, COM (2020) 610 du 23 septembre 2020.

l'Union, l'État membre fournissant l'aide étant celui qui assume l'entière responsabilité en cas d'inexécution du retour dans le délai fixé ».

Concernant les activités de recherche et de sauvetage, la Commission envisage pour la première fois une véritable approche commune, affirmant ainsi que *« si les autorités nationales restent responsables en dernier ressort de la mise en œuvre des règles applicables en vertu du droit internationale, les recherches et le sauvetage n'en constituent pas moins une composante fondamentale de la gestion européenne intégrée des frontières, qui est assurée par Frontex et les autorités nationales sous la forme d'une responsabilité partagée »*. La nouvelle approche devrait assurer, selon la Commission, que *« les spécificités des opérations de recherche et de sauvetage dans le cadre juridique de l'UE en matière de migration et d'asile doivent être reconnues »*.

Depuis janvier 2019, jusqu'à septembre 2020 la Commission affirme avoir coordonné, à la demande d'États membres, la relocalisation de plus de 1800 personnes débarquées à la suite d'opérations de sauvetage menées par des navires privés. Elle affirme qu'elle continuera certes à assurer un soutien opérationnel et une coordination proactive, mais qu'*« un mécanisme de solidarité plus prévisible concernant les débarquements est nécessaire »*. Le nouveau règlement relatif à la gestion de l'asile et de la migration prévoira une *« aide sous forme de relocalisation, après le débarquement faisant suite à des opérations de recherche et sauvetage »*. Selon la Commission *« cela devrait contribuer à garantir la continuité du soutien et à éviter de devoir recourir à des solutions ad hoc »*.

Le 23 septembre 2020 la Commission publie ainsi une recommandation relative à la coopération entre États membres concernant les opérations menées par des navires appartenant à des entités privées, ou exploités par celles-ci, aux fins d'activités de recherche et de sauvetage¹⁷². Dans ce texte, la Commission rappelle que la fourniture d'une assistance à toute personne en détresse en mer est une obligation légale des États membres, consacrée par le droit international coutumier et conventionnel, en particulier la Convention SOLAS de 1974, la Convention des Nations unies sur le droit de la mer et la Convention SAR de 1979 ainsi que le droit de l'Union¹⁷³. Ensuite, la

¹⁷² Recommandation de la Commission du 23/9/2020 relative à la coopération entre les États membres en ce qui concerne les opérations effectuées par des bateaux détenus ou exploités par des entités privées aux fins d'activités de recherche et de sauvetage, C (2020) 6468 final.

¹⁷³ Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, dite Convention SOLAS;

Commission rappelle que depuis 2015, les capacités de recherche et de sauvetage, la coordination et l'efficacité en Méditerranée ont été « *considérablement renforcées en réponse à la crise migratoire, notamment grâce aux contributions importantes des États côtiers et à la participation accrue de bateaux privés et commerciaux*¹⁷⁴ ».

Pour la Commission, il est question de créer une coordination entre les acteurs publics et privés, afin d'assurer un débarquement rapide en lieu sûr, ainsi que le respect des droits fondamentaux des personnes secourues, conformément aux obligations découlant de la charte des droits fondamentaux de l'UE, « *y compris le principe de non-refoulement, au droit international relatif aux droits de l'homme et au droit maritime international, tant coutumiers que conventionnels, y compris les directives du Comité de la sécurité maritime (CSM) de l'Organisation maritime internationale (OMI) sur le traitement des personnes secourues en mer* ». Selon la Commission, « *les États membres devraient coopérer entre eux en ce qui concerne les opérations menées par des bateaux détenus ou exploités par des entités privées à des fins de recherche et de sauvetage, en vue de réduire le nombre de décès en mer, de préserver la sécurité de la navigation et de garantir une gestion efficace de la migration, dans le respect des obligations légales applicables. En particulier, les États membres du pavillon et les États membres côtiers devraient échanger, régulièrement et en temps utile, des informations sur les bateaux participant à des opérations de sauvetage spécifiques et sur les entités qui les exploitent ou les possèdent, conformément au droit international et au droit de l'Union, y compris la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et aux règles de protection des données à caractère personnel*¹⁷⁵ ». Il n'est pas surprenant qu'une telle orientation ait fait l'objet d'une recommandation et non pas d'un règlement ou d'une directive.

La recommandation est un acte non obligatoire qui ne constitue qu'une simple incitation pour les États membres à adopter un certain comportement. Ce choix découle évidemment du manque de consensus politique des États autour de la question de la recherche et du sauvetage maritimes, qui comme nous l'avons vu, impliquent le débarquement des personnes sauvées dans un lieu sûr, entraînant une responsabilisation immédiate de l'État concerné quant au traitement des demandes

Convention des Nations unies sur le droit de la mer de 1979; Convention Internationale sur la Recherche et le Sauvetage maritime de 1979, dite Convention SAR.

¹⁷⁴ Communication de la Commission du 23/09/2020 : *Un nouveau pacte sur la migration et l'asile*, COM(2020)609 final, p. 16.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 14.

d'asile éventuellement introduites par ces personnes, ou alors la nécessité que l'État en question se prononce sur leur statut ainsi que sur la décision éventuelle de retour. Ainsi, malgré les propos de la Commission, qui ont quand même constitué une prise de position claire en la matière, la situation à la frontière maritime extérieure de l'Union européenne demeure aujourd'hui toujours très problématique.

3. Le régime juridique des frontières intérieures de l'espace Schengen

Il convient maintenant d'analyser le régime juridique qui régit les frontières intérieures de l'espace Schengen, à travers l'étude du titre III du CFS intitulé « *frontières intérieures* ». La division du titre en question en deux chapitres, respectivement nommés « *absence des contrôles aux frontières intérieures* » et « *réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures* » est emblématique du caractère dual et ambivalent de ce type particulier de frontière.

Le régime juridique de ce type de frontière est fondé sur un balancement constant entre la liberté de circulation et la défense de l'ordre public et de la sécurité nationale. Cette mise en balance est manifestement opérée par les gouvernements des États, quand ils décident d'activer le régime dérogatoire contenu dans les clauses des articles 25 et suivants du CFS, mais demeure tout aussi présente dans le cas du régime ordinaire fondé sur l'absence de contrôle.

Or, quand on parle d'absence de contrôle, il ne faut pas oublier que le « démantèlement » envisagé par les accords de Schengen concerne les contrôles fixes et systématiques et non pas, en général, l'activité de contrôle. Les États non seulement disposent encore de législations nationales organisant les modalités des contrôles frontaliers, comme dans le cas de la France, mais ils emploient toujours des effectifs de police chargés spécifiquement du contrôle frontalier, qui pour la plupart n'ont jamais cessé de surveiller et de contrôler.

Ainsi, ces effectifs de police ont considérablement augmenté au cours des années de la « crise migratoire » européenne et cela bien avant les décisions de rétablir les contrôles fixes de la part de plusieurs États européens, dont la France qui renouvelle ces décisions de manière constante depuis novembre 2015. C'est notamment en relation avec les tensions qui se sont développées à la frontière franco-italienne que le régime normatif sur le rétablissement des contrôles a évolué en 2013 et 2016, assouplissant *de facto* les critères pour invoquer la clause en question.

L'évolution du régime juridique sur la « suspension » des obligations découlant des accords de Schengen peut s'expliquer à la lumière de la « portée réelle » du principe d'absence de contrôle aux frontières intérieures (3.1). Elle va dans le sens d'une plus grande marge de manœuvre donnée aux États (3.2).

3.1 La portée réelle du principe de l'absence de contrôle

Nous commencerons par analyser le premier chapitre du titre III, intitulé « *absence des contrôles aux frontières intérieures* ». L'article 22 du CFS affirme la règle générale, selon laquelle « *les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières ne soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité* ». L'article 23, intitulé « *vérifications à l'intérieur du territoire* » fixe la portée réelle de l'affirmation de principe contenue à l'article 22, en affirmant que l'absence de contrôle aux frontières intérieures ne doit pas porter atteinte à toute une série de pouvoirs policiers de contrôle. Il peut donc y avoir un contrôle sur les personnes et tout aussi dans les zones frontalières, mais sans que cela n'ait d'effets équivalents à une vérification aux frontières. Certains aspects du problème sont clarifiés dans le texte du CFS, d'autres ont nécessité l'intervention de la CJUE, qui a expliqué la réelle signification des « effets équivalents ».

L'exercice des compétences policières ne peut, aux sens du premier alinéa, point *a*) de l'article 23, être considéré comme équivalent à l'exercice des vérifications aux frontières lorsque les mesures de police : « *n'ont pas pour objectif le contrôle aux frontières ; sont fondées sur des informations générales et l'expérience des services de police relatives à d'éventuelles menaces pour la sécurité publique et visent, notamment, à lutter contre la criminalité transfrontalière ; sont conçues et exécutées d'une manière clairement distincte des vérifications systématiques effectuées sur les personnes aux frontières extérieures ; sont réalisées sur la base de vérifications réalisées à l'improviste* ». De même, concernant les ports et les aéroports, les responsables portuaires ou aéroportuaires ainsi que les transporteurs doivent pouvoir effectuer des contrôles de sûreté « *pour autant que ces contrôles soient également effectués sur les personnes voyageant à l'intérieur d'un État membre* ».

En outre, les États membres peuvent prévoir dans leur droit national l'obligation de détention et de port de titres et de documents, ainsi que l'obligation pour les ressortissants de pays tiers de signaler leur présence sur leur territoire conformément aux dispositions de l'article 22 de la CAAS. Les critères énumérés à l'article 23 ne suffisent pas à comprendre quand un contrôle sur les personnes, permis même dans une zone frontalière, a des effets équivalents à une vérification frontalière, qui est néanmoins interdite.

La CJUE a relativement éclairci la question en prononçant un arrêt très important sur les frontières intérieures françaises, le 16 avril 2010, dans les affaires réunies *Melki et Abdeli*¹⁷⁶. L'objet des affaires en question était la conformité avec l'article 67 du TFUE de l'article 78-2 du code de procédure pénal français, introduit par la loi n. 93-992 du 10 août 1993, qui dispose : « dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté et aux abords de ces gares, pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière, l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi ».

Deux ans avant de transposer en droit national la CAAS de 1990, le législateur français a donc défini le cadre légal des contrôles à ses frontières intérieures, créant une « zone Schengen » où les contrôles de l'identité de toute personne seraient autorisés¹⁷⁷. Selon la Cour de Luxembourg, l'article 67, paragraphe 2 du TFUE, ainsi que les articles 20 et 21 du CFS de 2006 s'opposent à une législation nationale de tel genre si l'État n'encadre pas strictement ces contrôles, de manière qu'ils ne revêtent un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières.

La Cour dégage trois critères pour différencier un contrôle policier ordinaire - et donc permis - d'une véritable vérification aux frontières : s'agissant d'une zone frontalière (c'est-à-dire une étendue de 20 kilomètres à partir de la ligne frontalière intérieure), il doit y avoir un lien de causalité entre un comportement particulier de la personne franchissant la frontière et le contrôle policier effectué sur celle-ci, ou alors des circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public.

Enfin, ce contrôle ne doit pas être systématique, c'est-à-dire qu'il ne doit pas viser toute personne franchissant la frontière. En dehors de ces cas de figure, on est face à un véritable contrôle frontalier, qui est interdit au sens du droit de l'Union. Or, théoriquement toute personne

¹⁷⁶ CJUE, Arrêt de la Cour n. C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli*, 16/04/2010, ECLI:EU:C:2010:319.

¹⁷⁷ La France transpose la CAAS avec le décret n. 95-304 du 21/03/1995.

franchissant une frontière doit être munie d'un document lui reconnaissant le droit de la franchir, mais il est tout aussi clair que les conséquences d'une telle vérification sont bien différentes selon qu'il s'agit du citoyen européen démunie de sa pièce d'identité ou de l'étranger n'ayant aucun titre de séjour.

L'article L. 611-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après, CESEDA) semble en outre affirmer que l'apparence étrangère d'une personne serait une condition suffisante pour justifier un contrôle de ce type : *« les contrôles des obligations de détention, de port et de présentation des pièces et documents prévus (à savoir, les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France), ne peuvent être effectués que si des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne-même de l'intéressé sont de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger »*.

Ainsi, la CJUE ne remet pas en cause intégralement l'article 78-2, ni ne voit dans son interaction avec l'article L. 611-1 du CESEDA un caractère potentiellement discriminatoire. La question, qui pourrait sembler marginale, est véritablement au cœur du problème, car si d'un côté toute forme de discrimination sur l'origine nationale ou ethnique est interdite par le droit international et les différents ordres juridiques nationaux, la non remise en cause des contrôles d'identité des étrangers à la frontière intérieure prévus aux articles 78-2 du code de procédure pénale et L. 611-1 du CESEDA constitue un élément problématique. Une référence au droit européen et national en matière de discrimination est donc nécessaire.

L'article 14 de la CEDH affirme que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée *« sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »*. Le protocole additionnel n. 12, entré en vigueur en 2000 élargit ce principe à la jouissance de *« tout droit prévu par la loi »* alors que l'article 14 de la CEDH parle de jouissance des droits et libertés prévus par la Convention elle-même. Le deuxième paragraphe ajoute que *« nul peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit, fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 »*.

En droit français, l'article 225-19 du Code pénal affirme que « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leur activité syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Cette définition constitue une réaffirmation du premier article de la Constitution de 1958 qui garantit l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion.

Concernant plus particulièrement le pouvoir policier, l'article 434-16 premier alinéa du code de la sécurité intérieure affirme que « *lorsque la loi autorise à procéder à un contrôle d'identité, le policier ou le gendarme ne se fonde sur aucune caractéristique physique ou aucun signe distinctif pour déterminer les personnes à contrôler, sauf s'il dispose d'un signalement précis motivant le contrôle* ». Il s'agit de l'affirmation normative la plus nette de l'interdiction de ce qu'on appelle contrôle « au faciès », c'est-à-dire un contrôle ciblé sur des personnes ayant des caractéristiques physiques particulières.

Comment concilier le contenu de tel article avec le premier alinéa de l'article L. 611-1 du CESEDA ? Le législateur semble envisager deux types de contrôle : d'un côté, le contrôle relatif à l'identité des personnes, et dans ce cas l'interdiction des contrôles au faciès est pleinement opérante ; de l'autre, le contrôle des documents des étrangers qui peut logiquement être la conséquence d'un contrôle d'identité, et pour lequel l'apparence étrangère justifierait le contrôle. Dans tous les cas, l'article 78-2 du Code de procédure pénale autorise *de facto* la police à contrôler les documents de toute personne interceptée dans une zone tracée à 20 km de la frontière.

Ainsi, plusieurs ONG opérant à la frontière avec l'Italie dénoncent la multiplication des contrôles au faciès depuis la création de la « zone Schengen » et notamment depuis le rétablissement des contrôles de 2015. Sur la base de la distinction très subtile entre contrôle sur l'identité et contrôle sur les documents, le Conseil d'État français arrive à valider une véritable réintroduction des contrôles frontaliers, « *cachée* », opérée par la France en avril 2011 en dehors du cadre légal

européen¹⁷⁸. Selon le Conseil d'État, l'intensification des contrôles de port de documents à la frontière, qui s'est traduite dans les faits en un véritable rétablissement des contrôles frontaliers, était dans ce cas tout à fait conforme au droit européen.

Il convient d'analyser l'arrêt, tout en rappelant les faits et objets de l'affaire, car ils dévoilent plusieurs aspects problématiques quant à l'évolution et l'application des règles sur la réintroduction des contrôles, prévues au deuxième chapitre du titre III du CFS.

En janvier 2011, la chute du président Zine el-Abidine Ben Ali en Tunisie a provoqué le départ d'environ 25.000 personnes, pour la plupart tunisiennes, par voie maritime vers les côtes de l'Italie. Par un décret du Président du Conseil des Ministres du 5 avril 2011, l'Italie annonce la délivrance de titres de séjour « à titre humanitaire » aux citoyens de pays d'Afrique du nord débarqués à Lampedusa¹⁷⁹. Le titre de séjour accordé par le biais de ce décret s'inscrit, selon la volonté du gouvernement, dans l'application de la directive (CE) n. 2001/55 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées. Il s'agissait donc d'une protection temporaire, à savoir une procédure de caractère exceptionnel assurant une protection immédiate et temporaire à ces personnes, auxquelles aurait été reconnu ainsi le droit de circuler librement dans l'espace Schengen. L'article 2 deuxième alinéa du décret du 5 avril 2011 prévoit expressément que « *le titre de séjour permet à l'intéressé, titulaire d'un titre de voyage, la libre circulation dans les États de l'Union européenne, conformément aux prévisions de la Convention d'application des accords de Schengen du 14 juin 1995 et du droit de l'Union européenne* ».

Cependant, la directive (CE) n. 2001/55 prévoit l'existence d'une condition préliminaire à l'octroi d'un tel titre de séjour : l'article 5 affirme que « *l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées est constatée par une décision du Conseil adoptée à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, qui examine également toute demande d'un État membre visant à ce qu'elle soumette une proposition au Conseil* ».

¹⁷⁸ Conseil d'État, n. 350907 du 17 octobre 2012, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFÉ), Comité inter-mouvements auprès des évacués (CIMADE), ECLI:FR:CESSR:2012:350907.20121017.

¹⁷⁹ Décret du Président du Conseil des Ministres (Italie) du 05 avril 2011.

Le gouvernement italien a donc décidé de reconnaître de manière unilatérale la protection temporaire prévue par la directive de 2001, sans suivre la procédure fixée dans le texte, ce qui a amené au refus, de la part des autres États membres de l'UE, notamment la France, de reconnaître la légalité de ces titres de séjours. En d'autres termes, ils ont refusé d'accepter l'idée de devoir accueillir, ou tout simplement laisser entrer dans leurs territoires, ces personnes, retenues parce que démunies d'un titre de séjour valable pour le franchissement des frontières intérieures de l'espace Schengen. Le 6 avril 2011, la France fustige l'irresponsabilité de l'Italie, en l'accusant de ne pas avoir contrôlé efficacement ses frontières extérieures. Le ministre de l'Intérieur français ordonne, par le biais d'une circulaire, de renforcer les contrôles dans les zones frontalières proches de l'Italie, tout en prétendant soumettre les étrangers titulaires de titres de séjour délivrés par d'autres États membres à des conditions supplémentaires, notamment de ressources, pour franchir la frontière intérieure entre les deux États¹⁸⁰.

La circulaire affirmait donc que les étrangers franchissant la frontière intérieure devaient : « a) être munis d'un document de voyage en cours de validité reconnu par la France ; b) être munis d'un document de séjour en cours de validité, notifié par l'État émetteur à la Commission européenne conformément aux dispositions de la Convention d'application de Schengen et du Code frontières Schengen visées en référence ; c) justifier de ressources suffisantes. Si les étrangers concernés disposent d'un hébergement, le montant de référence est de 31 euros par jour et par personne ; il est de 62 euros dans le cas contraire. Il appartient donc au fonctionnaire chargé du contrôle, d'interroger l'étranger sur la durée de son séjour et son mode d'hébergement justifié par tous moyens et de lui demander de justifier qu'il dispose du montant correspondant ; d) ne pas constituer, par leur présence en France, une menace pour l'ordre public ; e) ne pas être entrés en France depuis plus de 3 mois ».

Il est vrai que, formellement, la circulaire n'imposait pas le retour des contrôles frontaliers, mais plusieurs associations engagées dans la défense des droits des personnes migrantes ont pu témoigner d'une multiplication des contrôles frontaliers directs, surtout sur des personnes en apparence étrangères et donc discriminatoires, ainsi que de la violation manifeste des règles fixées par le CFS¹⁸¹.

¹⁸⁰ Circulaire n. NOR IOCK 1100748C du 6 avril 2011.

¹⁸¹ GISTI, *L'Europe vacille sous le fantasme de l'invasion tunisienne vers une remise en cause du principe de libre circulation dans l'espace « Schengen » ?*, Rapport d'étude, en ligne, consulté le 02/05/2019,

Le retour, en dehors du cadre légal prévu par le CFS, des contrôles frontaliers aux frontières intérieures franco-italiennes a provoqué également la réaction du commissaire européen en charge des affaires intérieures, Cécilia Malstrom, qui a rappelé dans une note que les autorités françaises ne pouvaient pas renvoyer les migrants en Italie, ni effectuer des contrôles aux frontières en dehors du cas exceptionnel de menace grave à l'ordre public, qui selon le commissaire n'existait pas dans le cas en espèce¹⁸². La « menace grave à l'ordre public » avait d'ailleurs été invoquée le 17 avril par le préfet des Alpes-Maritimes, Francis Lamy, comme raison justifiant la fermeture du trafic ferroviaire de provenance de Vintimille¹⁸³.

Le Conseil d'État français, saisi de l'affaire par les deux associations GISTI et ANAFE, conclut à la non-violation du droit de l'Union. Il est vrai que la circulaire attaquée n'impose pas formellement le rétablissement des contrôles frontaliers, mais elle invite très clairement les préfets (et donc aussi ceux des départements frontaliers) à mettre en place des contrôles des titres de séjour plus spécifiques et plus performants. Cela s'est traduit selon les requérants, mais aussi selon la commissaire Malstrom, par un véritable contrôle des frontières en zone frontalière.

La décision du Conseil d'État se prononce sur la lettre de la circulaire. Ainsi, selon le juge administratif « *considérant qu'en prévoyant que les ressortissants de pays tiers trouvés porteurs d'un document de séjour délivré par un autre État membre ne peuvent être regardés comme étant en situation régulière que si sont réunies les cinq conditions qu'elle énumère, la circulaire n'a ni pour objet, ni pour effet, contrairement à ce que soutiennent les associations requérantes, d'imposer des vérifications qui seraient contraires au principe de libre franchissement des frontières intérieures à l'espace Schengen posé notamment par l'article 20 du règlement du 15 mars 2006*¹⁸⁴ ». Le Conseil d'État valide l'intensification des contrôles des titres de séjours des

https://www.gisti.org/IMG/pdf/hc_2011-06-17_rapport_vintimille_anafe-gisti.pdf.

¹⁸² Article de presse, *Bruxelles condamne les contrôles d'immigration France-Italie*, Le progrès, 02/04/2011, en ligne, consulté le 04/05/2019, <https://www.leprogres.fr/france-monde/2011/04/02/bruxelles-condamne-les-controles-d-immigration-france-italie>.

¹⁸³ Article de presse, *Immigration, Paris bloque les trains à Vintimille*, Sud Ouest, 18/04/2011, en ligne, consulté le 04/05/2019, <https://www.sudouest.fr/2011/04/18/immigration-paris-bloque-les-trains-a-vintimille-375169-4803.php>.

¹⁸⁴ Conseil d'État, n. 350907 du 17 octobre 2012.

personnes étrangères et décide de ne pas s'attacher au fait que ces contrôles, dans les zones frontalières, pourraient avoir des effets équivalents au contrôle frontalier. Cela faisant, le Conseil d'État, se cachant derrière la lettre du texte attaqué et n'analysant pas les faits qui en découlaient, décide *de facto* qu'un contrôle ciblé sur des personnes en apparence étrangère dans une zone frontalière ne serait pas un contrôle frontalier au sens du droit de l'Union, ni un contrôle discriminatoire au sens du droit constitutionnel, pénal et international.

La querelle franco-italienne du mois d'avril 2011 prit fin avec la saisie, décidée lors du sommet bilatéral du 26 avril, de la Commission européenne, à laquelle les deux États demandaient de redéfinir les conditions exceptionnelles permettant aux États membres de rétablir temporairement des contrôles à leurs frontières. Cette démarche, légitime sur le plan politique, ne semble avoir aucun fondement juridique, car s'il est vrai que le CFS prévoit des hypothèses de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, au-delà de tout problème d'interprétation du texte et de besoin de redéfinir les conditions pour pouvoir l'appliquer, aucune procédure officielle n'avait été déclenchée par la France en avril 2011. En d'autres termes, la France n'avait pas communiqué officiellement à la Commission et aux autres États membres de l'UE sa décision de rétablir les contrôles frontaliers, ce qui aurait éventuellement ouvert le débat sur la subsistance des conditions factuelles et juridiques pour consentir à ce rétablissement. Elle n'avait qu'informé la Commission de l'arrêt du trafic ferroviaire le 17 avril, mais sans communiquer quoi que ce soit aux autres États membres et sans remplir toutes les formalités prévues pour rétablir les contrôles aux frontières.

L'Italie a d'ailleurs réagi très fortement à cette démarche française, le ministre des Affaires étrangères Franco Frattini demandant à l'ambassadeur italien à Paris de communiquer la ferme protestation du gouvernement italien et réclamant un éclaircissement pour une mesure qu'il jugeait unilatérale, illégitime et prise en violation du droit européen¹⁸⁵. La commissaire européenne Malstrom affirma même en cette occasion être sceptique sur la pertinence de l'action

¹⁸⁵ Article de presse, *Migrants tunisiens : Paris bloque les trains depuis Vintimille et fâche Rome*, L'express, 17/04/2011, en ligne, consulté le 05/05/2019, https://www.lexpress.fr/actualites/1/societe/migrants-tunisiens-paris-bloque-les-trains-depuis-vintimille-et-fache-rome_983711.html.

française, ainsi que très préoccupée pour le danger dérivant de la remise en cause des accords de Schengen¹⁸⁶.

Néanmoins, le Conseil européen du 24 juin 2011 donne suite à la demande des gouvernements français et italien et exhorte la Commission à formuler une proposition de réforme du CFS, dans le but de « *créer une nouvelle clause de sauvegarde permettant de réintroduire le contrôle aux frontières intérieures en cas d'afflux massif d'immigrants ou de manquement d'un Etat membre dans la surveillance des frontières extérieures* ». La Commission, de son côté, élabore une proposition, vouée à l'échec, dans laquelle elle refuse d'admettre la possibilité de lier la nécessité de rétablir les contrôles frontaliers à des afflux massifs de migrants et admet la création d'une clause de sauvegarde liée à une situation de dysfonctionnement des contrôles aux frontières extérieures, mais dans la perspective de cordonner toute initiative de rétablissement des contrôles au niveau européen, à travers un mécanisme juridique basé sur le rôle central de la Commission.

Le 16 septembre 2011, la Commission divulgue une communication intitulée « *Gouvernance de Schengen – Renforcer l'espace sans contrôle aux frontières intérieures* », dans laquelle elle rappelle l'importance de la libre circulation comme *conditio sine qua non* du marché commun, réaffirme la nécessité d'une coopération solide entre les États qui font partie de l'espace Schengen et propose un mécanisme véritablement européen pour évaluer la situation des frontières intérieures et la nécessité éventuelle de rétablir les contrôles en cas de menace grave à l'ordre public ou à la sécurité intérieure¹⁸⁷.

Selon la Commission, les faits du printemps 2011 ont « *mis en lumière la nécessité de garantir que l'espace Schengen puisse réagir efficacement aux tensions que peuvent faire peser sur lui des faiblesses aux frontières extérieures* » ; cette réaction doit être communautaire, dans le cadre d'un mécanisme approprié qui puisse garantir à la fois la mise en œuvre et l'interprétation cohérentes des règles de Schengen ainsi que la sauvegarde des droits des citoyens à la libre circulation.

¹⁸⁶ Article de presse, *Schengen : Bruxelles propose une révision des règles comme le demande Paris*, Le point international, 04/05/2011, en ligne, consulté le 06/05/2019, https://www.lepoint.fr/monde/schengen-bruxelles-propose-une-revision-des-regles-comme-le-demande-paris-04-05-2011-1326676_24.php.

¹⁸⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 16/10/2011, *Gouvernance de Schengen, Renforcer l'espace sans contrôle aux frontières*, COM(2011)561.

Le Conseil avait appelé la Commission à la mise en place d'un mécanisme capable de « *faire face à des circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de la coopération Schengen, sans porter atteinte au principe de la libre circulation* ». Le but de la Commission, qui envisage donc une réforme importante du CFS, est de « *mettre sur pied une action coordonnée au niveau de l'UE* » qui implique la nécessité de fixer des bornes aux initiatives nationales unilatérales qui, isolées, « *ne sauraient constituer une réponse efficace à des menaces partagées* ». La Commission affirme ainsi que son propre rôle devrait être de veiller à ce que la réintroduction exceptionnelle et temporaire des contrôles aux frontières intérieures soit décidée conformément à la méthode communautaire.

Elle affirme qu'il serait essentiel et indispensable de « *prendre en considération la responsabilité politique de la Commission devant le Parlement européen* ». La règle principale de l'approche envisagée aurait donc été que « *toute décision sur la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures serait prise par la Commission sous la forme d'un acte d'exécution auquel seraient associés les États membres concernés. Le Parlement européen serait dûment informé des mesures en cause. La décision fixerait le champ d'application et la durée de la réintroduction des contrôles et serait valable pour des périodes renouvelables de 30 jours, pendant une durée maximale de six mois.* » Selon le texte de la Commission, il aurait pu demeurer « *loisible aux États membres de décider unilatéralement de réintroduire les contrôles aux frontières intérieures* », mais seulement dans des situations d'urgence, pour une durée limitée de cinq jours et laissant de même à la Commission la responsabilité de décider, par acte d'exécution, toute prorogation éventuelle de ces cinq jours.

La Commission précise aussi que « *le contrôle aux frontières ne doit être réintroduit [...] qu'en dernier recours, et uniquement après que d'autres mesures ont été prises pour stabiliser la situation dans la section concernée* ». En ce sens, toute décision sur la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières aurait dû reposer sur une analyse de la nécessité de recourir à une telle mesure et sur une évaluation de la proportionnalité de la mesure par rapport à la menace.

La Commission indique aussi des critères particuliers, l'analyse en question devant notamment prendre en considération : « *1) l'incidence probable de toute menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure au niveau de l'Union ou au niveau national, notamment les menaces provenant de la criminalité organisée ou d'activités terroristes ; 2) la disponibilité de mesures de soutien technique ou financier pouvant être ou ayant été prises au niveau national et/ou*

européen, notamment l'aide d'organismes de l'Union tels que Frontex ou Europol et la probabilité que ces mesures soient susceptibles de mettre fin efficacement aux menaces pour l'ordre public ou la sécurité intérieure au niveau de l'Union ou au niveau national ; 3) l'incidence actuelle et les probables conséquences futures de toute insuffisance grave en matière de contrôle aux frontières extérieures ou d'application des procédures de retour constatée dans le cadre d'évaluation et de suivi destiné à contrôler l'application de l'acquis de Schengen ; 4) l'incidence probable d'une telle mesure sur la libre circulation dans l'espace sans contrôles aux frontières intérieures ».

Le 19 septembre 2011, la Commission publie formellement sa proposition de règlement et propose ainsi une réforme du CFS dans un double but : d'un côté, de défendre la libre circulation qui représente un acquis essentiel du droit de l'Union et de l'autre, d'affirmer son propre rôle dans la procédure de rétablissement des contrôles. Seule une réaction coordonnée au niveau de l'UE permettrait selon la Commission de prendre en considération « *les intérêts de tous en Europe*¹⁸⁸ ».

La proposition de règlement prévoit trois types de procédure de rétablissement du contrôle aux frontières intérieures, la première en cas d'événements prévisibles, la deuxième en cas d'urgence et la troisième en cas de défaillance d'un État membre dans la surveillance des frontières extérieures de l'espace Schengen dont il a la charge. S'agissant, en premier lieu, des menaces prévisibles, le nouvel article 23 du CFS dans sa rédaction issue de la proposition de règlement, disposerait qu'« *en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure au niveau de l'Union ou à l'échelon national dans l'espace sans contrôle aux frontières intérieures, le contrôle aux frontières intérieures peut être exceptionnellement réintroduit sur tous les tronçons ou sur certains tronçons spécifiques des frontières intérieures d'un ou de plusieurs États membres durant une période limitée d'une durée maximale de 30 jours ou pour la durée prévisible de la menace grave si elle est supérieure à 30 jours. L'étendue et la durée de la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ne doivent pas excéder ce qui est strictement nécessaire pour répondre à la menace grave.* » Si nécessaire, lorsque la durée de la menace est prolongée, la réintroduction du contrôle aux frontières intérieures pourrait être maintenue pour des périodes renouvelables ne dépassant pas 30 jours.

¹⁸⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, modifiant le règlement (CE) n. 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, COM(2011)560 final.

Toutefois, la durée totale de la réintroduction du contrôle aux frontières intérieures ne pourrait excéder six mois.

La proposition de règlement précise qu'il appartiendrait à l'État membre concerné d'évaluer la mesure grâce à laquelle cette réintroduction est susceptible de remédier correctement à la menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure au niveau de l'Union ou à l'échelon national et d'évaluer la proportionnalité de la mesure par rapport à cette menace. L'État membre aurait à présenter une demande à la Commission européenne au plus tard six semaines avant la réintroduction prévue (ou dans un délai plus court si les circonstances le nécessitent). Avant de prendre une décision, la Commission européenne pourrait demander davantage d'informations aux États membres, à Frontex, Europol ou Eurojust ou à tout autre organe de l'Union et effectuer des inspections sur place afin de vérifier les informations.

La proposition de règlement prévoit que la Commission européenne prendrait la décision de réintroduire le contrôle et déciderait également de la prolongation éventuelle. Elle pourrait également décider de réintroduire le contrôle de sa propre initiative. La Commission européenne serait assistée par un comité, composé des représentants des États membres. Les actes seraient adoptés conformément à la procédure de comitologie prévue à l'article 5 du règlement (UE) n. 182/2011 (procédure d'examen par le comité) : lorsque le comité émet un avis favorable, la Commission européenne adopte le projet d'acte et lorsqu'il émet un avis défavorable, la Commission européenne n'adopte pas le projet d'acte. Les votes au sein du comité ont lieu à la majorité qualifiée ou, pour les actes à adopter sur proposition de la Commission européenne, à la majorité simple. En cas d'urgence, la Commission européenne pourrait adopter des actes d'exécution qui s'appliquent immédiatement. Deux semaines après son adoption, l'acte devrait être soumis au comité et abrogé dans le cas où ce dernier émet un avis défavorable¹⁸⁹.

Le nouvel article 25 du CFS proposé par la Commission porterait, en deuxième lieu, sur la procédure spécifique dans les cas nécessitant une action immédiate. L'État membre concerné pourrait, exceptionnellement et immédiatement, rétablir un contrôle aux frontières intérieures, pour une période limitée n'excédant pas cinq jours. Il devrait en aviser les autres États membres

¹⁸⁹ Règlement (UE) n. 182/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, Article 8.

et la Commission européenne et communiquer les informations visées à l'article 24. Si la menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure se prolongeait au-delà de cinq jours, la Commission européenne déciderait de la prolongation du contrôle aux frontières intérieures.

La proposition de règlement prévoit, en troisième et dernier lieu, un nouveau dispositif en cas de manquements graves et persistants dans la surveillance des frontières extérieures. Cette clause de sauvegarde, que les États membres, dont la France, avaient souhaité voir instituée, serait créée au nouvel article 26 du règlement. Selon la nouvelle procédure, dans les cas où la Commission constate de « *graves manquements persistants dans le contrôle aux frontières extérieures ou les procédures de retour* », « *et dans la mesure où ces manquements représentent une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure au niveau de l'Union ou à l'échelon national* », le contrôle aux frontières intérieures pourrait être réintroduit pour une période n'excédant pas six mois. Trois prolongations de six mois chacune pourraient être décidées par la Commission européenne si les manquements n'étaient pas résolus. La décision de la réintroduction des contrôles aux frontières et les décisions éventuelles de prolongation seraient prises selon la procédure de comitologie.

La proposition de la Commission ne rencontra pas l'avis favorable de la majorité des États européens car si, d'un côté, elle introduisait une clause de sauvegarde basée sur des manquements dans la gestion des frontières extérieures, de l'autre elle ne reconnaissait pas l'afflux massif de migrants comme élément légitimant un rétablissement des contrôles. En outre, proposant un mécanisme d'évaluation européen et une procédure décisionnelle ancrée sur son propre rôle au niveau européen, la Commission a suscité de fortes réactions hostiles à la réforme, comme c'est le cas pour l'Assemblée nationale française qui a jugé qu'une telle proposition violerait le principe de subsidiarité. Quelques jours après la publication de cette proposition de règlement, la Commission des Affaires européennes de l'Assemblée nationale a déposé son rapport d'information, dans lequel le rapporteur, le député Didier Quentin, affirmait que la proposition en question, dans la partie où il est proposé de communautariser la procédure de rétablissement des contrôles, portait atteinte au respect du principe de subsidiarité¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Assemblée Nationale, Rapport d'information du 27 septembre 2011, déposé par la Commission des Affaires européennes sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n. 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction

Il est intéressant d'analyser le raisonnement juridique proposé par l'Assemblée nationale. En premier lieu, cela a constitué une des raisons qui ont arrêté le processus de réforme envisagé par la Commission. En deuxième lieu, dans l'avis de la Commission des affaires européennes, on retrouve des éléments intéressants qui nous permettent de mieux comprendre l'équilibre délicat entre compétences et pouvoirs nationaux et européens en matière de frontière intérieure.

Il convient de rappeler que selon le principe de subsidiarité défini au point 3 de l'article 5 du TUE, « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole. » Le principe de proportionnalité, défini au point 4 de l'article 5 TUE, dispose que « le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

Dans le cas présent, la Commission européenne avait fondé sa proposition sur l'article 77 TFUE : « L'Union développe une politique visant : a) à assurer l'absence de tout contrôle des personnes, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures ; b) à assurer le contrôle des personnes et la surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures ; c) à mettre en place progressivement un système intégré de gestion des frontières extérieures. 2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures portant sur : a) la politique commune de visas et d'autres titres de séjour de courte durée ; b) les contrôles auxquels sont soumises les personnes franchissant les frontières extérieures ; c) les conditions dans lesquelles les ressortissants des pays tiers peuvent circuler librement dans l'Union pendant une courte durée ; d) toute mesure nécessaire pour l'établissement progressif d'un système intégré de gestion des frontières extérieures ; e) l'absence de tout contrôle des

temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles (COM [2011] 560 final/n. E 6612).

personnes, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures. »

Le rapport de la Commission des affaires européennes ne conteste pas que la libre circulation des personnes au sein de l'espace Schengen appartient au champ des compétences communautaires. Néanmoins, selon les députés français, la question posée par la proposition de la Commission était également celle de la compétence des États membres en matière d'ordre public et de sécurité intérieure. En ce sens, l'article 4 du TUE dispose que l'Union « *respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale.* » Selon l'article 72 du TFUE, « *le présent titre (ELSJ) ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ».

Or, selon le rapport, la procédure proposée par la Commission n'est pas acceptable au regard d'enjeux qui touchent au cœur de la souveraineté nationale. Il paraît infondé, selon les députés, de « *vouloir communautariser des décisions prises en réponse à des menaces locales alors même que, l'expérience le montre, les contrôles aux frontières, lorsqu'ils sont rétablis, ne concernent le plus souvent que des zones limitées et pour un temps très bref, et ne peuvent être considérés comme ayant un impact communautaire tel que la décision doive être prise au niveau européen. Ces procédures demeurent exceptionnelles et les États membres en font un usage très ciblé* ».

Le contrôle que la Commission peut exercer en la matière doit donc demeurer un contrôle *ex post*, qui peut aller jusqu'à la saisine de la CJUE, mais elle n'a pas, selon le rapporteur, « *à se voir transférer la compétence de décider de la réintroduction du contrôle aux frontières, alors que la question centrale serait celle du maintien de l'ordre public et de la sauvegarde de la sécurité intérieure* ».

La CJUE, qui n'a jamais été appelée à juger la licéité du rétablissement des contrôles, a pourtant toujours souligné la nécessité d'un contrôle communautaire des décisions des États en matière de limitation de la liberté de circulation. Dans deux arrêts anciens de 1974 et 1977, la CJCE avait affirmé que « *la notion d'ordre public dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre*

circulation des travailleurs, doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans le contrôle des institutions de la Communauté ; il n'en reste pas moins que les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité¹⁹¹».

La Cour avait ensuite expliqué « *que tant qu'il peut justifier certaines restrictions à la libre circulation des personnes relevant du droit communautaire, le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société¹⁹²».*

Cela dit, selon le rapport de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, l'efficacité même des mesures qui ne sont prises qu'en cas d'absolue nécessité « *impose de laisser aux États membres la capacité d'agir, sous contrôle a posteriori de la Commission européenne. La proposition de la Commission européenne recèle en effet des risques de blocage importants. La possibilité pour la Commission européenne de décider d'elle-même du rétablissement des contrôles, en dehors du cas de l'article 26, génère également beaucoup d'interrogations* ».

Ainsi le rapporteur note que « *le choix fait par la Commission européenne d'appliquer une procédure de comitologie à une décision nécessairement politique, qui ne peut se réduire à des considérations techniques, pose des questions de principe et, en outre, des difficultés pratiques liées à la lourdeur de la procédure ainsi qu'à la difficulté pour des représentants de pays membres très éloignés de la réalité concrète des menaces à l'ordre public dans un autre pays membre, de prendre une décision sur la nécessité d'un rétablissement des contrôles* ».

En conclusion, selon le rapporteur, l'état du droit en cas de menace grave à l'ordre public ou pour la sécurité intérieure, « *que les États membres n'avaient pas l'intention de voir évoluer*

¹⁹¹ CJCE, Arrêt de la Cour, n. C-41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, du 4 décembre 1974, ECLI:EU:C:1974:133.

¹⁹² CJCE, Arrêt de la Cour, n. C-30/77, *Régina c. Pierre Bouchereau*, 27/10/1977, ECLI:EU:C:1977:172.

lorsqu'ils demandaient la création d'un nouveau mécanisme applicable en cas de défaillance d'un État membre dans la surveillance des frontières extérieures communes dont il a la charge », constituait un équilibre et une articulation satisfaisants des compétences des États membres et des compétences communautaires.

C'était aussi la position des gouvernements allemand, français et espagnol, qui avaient publié un communiqué de presse commun le 13 septembre 2011, lors des négociations informelles qui auraient mené à la publication de la communication du 16 septembre et de la véritable proposition de règlement. Le communiqué en question affirmait que « *le respect de la souveraineté nationale est primordial pour les États membres. Ils n'approuvent pas le vœu de la Commission européenne qui souhaite assumer la responsabilité de prendre des décisions sur des mesures opérationnelles dans le domaine de la sécurité. C'est aux États membres de maintenir l'ordre public et d'assurer leur sécurité intérieure. Dans le cadre de cette responsabilité, leurs interventions doivent veiller à assurer au maximum la liberté de circulation en garantissant le niveau le plus élevé de protection du public* ».

La réforme du CFS proposée en 2011 ne verra la lumière qu'en 2013 avec l'adoption du règlement (UE) n. 1051/2013, son contenu étant très différent de la première version du texte, comme on le verra par la suite¹⁹³. Les règlements (UE) n. 399/2016, (UE) n. 458/2017 et (UE) n. 1155/2019 apportent d'autres modifications au texte du code, surtout en ce qui concerne d'un côté les pouvoirs de l'Agence Frontex, l'utilisation des données biométriques et les interactions avec le droit d'asile et, de l'autre, le régime européen des visas¹⁹⁴.

3.2 Le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen

La version actuelle du CFS détermine plusieurs hypothèses justifiant la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures. L'article 25, déjà en vigueur dans la version du CFS de 2006, affirme que l'État membre concerné par la menace grave à l'ordre public ou à la sécurité

¹⁹³ Règlement (UE) n. 1051/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (CE) n. 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles.

¹⁹⁴ Règlement (UE) n. 458/2017 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 modifiant le règlement (UE) n. 2016/399 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures; Règlement (UE) n. 2019/1155 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 portant modification du règlement (CE) n. 810/2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas).

intérieure, peut « *exceptionnellement réintroduire le contrôle aux frontières intérieures [...] pendant une période limitée d'une durée maximale de 30 jours ou pour la durée prévisible de la menace grave si elle est supérieure à 30 jours. La portée et la durée de la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ne doivent pas excéder ce qui est strictement nécessaire pour répondre à la menace grave* ». L'article suit en affirmant que « *la durée totale de la réintroduction du contrôle aux frontières intérieures [...] ne peut excéder six mois* ».

Les articles 26 et 27 du CFS indiquent des critères particuliers ainsi qu'une procédure qui rappelle l'obligation de consulter les autres États membres de l'Union. En particulier, l'article 26 prévoit que l'État qui décide de la réintroduction des contrôles frontaliers doit évaluer « *la mesure dans laquelle cette réintroduction est susceptible de remédier correctement à la menace à l'ordre public ou à la sécurité intérieure* ». La mesure doit être proportionnée à la menace.

Une procédure similaire est ainsi prévue à l'article 28, concernant les cas nécessitant une action immédiate. Ainsi, les articles 29 et 30 du CFS, qui avaient été introduits par le règlement (UE) n. 1051/2013, admettent la possibilité de rétablir les contrôles en cas des circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen. Ces circonstances, dues à des manquements graves persistants dans le cadre des frontières extérieures, doivent entraîner une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure. Un aspect important de cet article est que la Commission européenne et Conseil peuvent jouer un rôle majeur dans le mécanisme décisionnel : lorsqu'aucune mesure n'est prise par les États pour atténuer la menace grave constatée, « *le Conseil peut, en dernier recours et à titre de mesure de protection des intérêts communs au sein de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures, recommander à un ou plusieurs États membres de décider de réintroduire le contrôle à toutes leurs frontières intérieures ou sur des tronçons spécifiques de celles-ci* ». Cette recommandation doit se fonder sur une proposition de la Commission, qui peut être aussi destinataire d'une demande expresse en ce sens de la part des États. La durée de la réintroduction des contrôles frontaliers sur la base de l'article 29 du règlement est fixée à 6 mois, prolongeable au maximum trois fois (jusqu'à deux ans).

Sur la base de l'article 29 du CFS, cinq États ont décidé de rétablir les contrôles aux frontières intérieures dans les cinq dernières années : l'Autriche, l'Allemagne, le Danemark, la Suède et la Norvège. Comme pour le cas français, les délais prévus par le règlement (deux ans dans le cas

de l'article 29) se sont écoulés. La France, qui a communiqué sa décision de recourir à l'article 25 pour réintroduire le contrôle le 13 novembre 2015 pour une durée de 30 jours, contrôle désormais sa frontière avec l'Italie depuis cinq ans, ce qui a posé des problèmes quant aux limitations temporelles prévues en général pour le maintien des contrôles. Si l'on retrouve dans les articles 25, 28 et 29 du CFS des références à plusieurs limitations temporelles, 30 jours, six mois et deux ans dans des cas de « circonstances exceptionnelles », force est de constater que cette limitation est relative, puisqu'on admet aussi la possibilité de lier la durée de la réintroduction des contrôles à la durée prévisible de la menace grave, qui peut donc dépasser théoriquement les deux ans.

Les attentats du 13 novembre 2015 à Paris ont effectivement amené le gouvernement français à décider de maintenir ces contrôles dans un premier temps jusqu'au 26 février 2016, puis jusqu'au 27 mars, ensuite jusqu'au 26 avril, puis encore au 26 mai. De nouvelles notifications sont intervenues pour prolonger les contrôles jusqu'au 26 juillet 2016, puis jusqu'au 26 janvier 2017, au 15 juillet 2017, au 31 octobre 2017, au 30 avril 2018, au 31 octobre 2018, au 30 avril 2019, du 1^{er} mai 2019 jusqu'à octobre 2019, du 1^{er} novembre 2019 au 30 avril 2020.

Trois associations françaises, à savoir le GISTI, la CIMADE et l'ADDE, ont introduit le 3 octobre 2017 un recours en annulation de l'acte notifiant la dixième décision de maintien des contrôles : à ce jour, la limite des six mois prévue à l'article 25 du CFS allait s'écouler pour la quatrième fois, tout comme d'ailleurs la limite de deux ans en cas de circonstances exceptionnelles ¹⁹⁵.

Le Conseil d'État, saisi de l'affaire, s'est prononcé par l'ordonnance 415291 du 28 décembre 2017¹⁹⁶. Celle-ci affirme : « *si l'article 25 précité limite la durée maximale de la réintroduction d'un contrôle aux frontières intérieures à six mois, il ne fait pas obstacle, en cas de nouvelle menace ou de menace renouvelée à l'ordre public ou à la sécurité intérieure, à une nouvelle mise en place d'un contrôle aux frontières pour une autre période d'une durée maximale de six mois, ainsi d'ailleurs que le relève expressément la Commission dans sa recommandation du 3 octobre*

¹⁹⁵ De novembre 2015 à octobre 2017.

¹⁹⁶ Conseil d'État, n. 415291 du 28 décembre 2017, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE), Comité inter-mouvements auprès des évacués (CIMADE), Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), ECLI:FR:CECHR:2017:415291.20171228.

2017 sur la mise en œuvre des dispositions du code frontières Schengen, relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen ».

Le Conseil d'État cite en particulier une recommandation de la Commission du 3 octobre 2017¹⁹⁷ : « *les dispositions en vigueur du code frontières Schengen prévoient la possibilité de réintroduire rapidement un contrôle temporaire aux frontières intérieures lorsqu'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure exige une action immédiate dans un État membre, pendant une durée ne pouvant excéder deux mois (article 28). Le code prévoit également la réintroduction d'un contrôle aux frontières pour répondre à une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure en cas d'événements prévisibles, pendant une durée ne pouvant excéder six mois (article 25). L'application combinée des articles 28 et 25 du code frontières Schengen permet de maintenir un tel contrôle pendant une durée pouvant aller jusqu'à huit mois au total. En outre, une nouvelle menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure entraîne une nouvelle application des règles (et un nouveau calcul de la durée de réintroduction du contrôle) ».*

En somme, plusieurs limites temporelles cumulables entre elles sont prévues pour des cas de figure différents, alors même qu'une clause générale discrétionnaire est prévue pour la circonstance dans laquelle il n'est pas possible de prévoir la durée de la menace grave à l'ordre public ou à la sécurité intérieure.

Dans le rapport annuel sur le fonctionnement de l'espace Schengen du 3 mai 2018, le Parlement européen condamne très fortement « *la réintroduction continue de contrôles aux frontières intérieures, qui va à l'encontre des principes fondateurs de l'espace Schengen.* » Selon les eurodéputés, « *un grand nombre de prolongations ne sont pas conformes aux règles en vigueur en ce qui concerne leur durée, leur nécessité ou leur proportionnalité, et sont par conséquent illégales* ». Ainsi, le Parlement « *prie la Commission d'organiser des visites sur place aux frontières intérieures qui soient véritablement inopinées et d'évaluer la nature et l'incidence des mesures sur place*¹⁹⁸ ».

¹⁹⁷ Recommandation (UE) n. 2017/1804 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la mise en œuvre des dispositions du code frontières Schengen relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen.

¹⁹⁸ Parlement européen, *Rapport annuel sur le fonctionnement de l'espace Schengen*, 2017/2256(INI).

Dans le cadre de la réforme de l'espace Schengen proposée par la Commission en 2017, le Parlement européen a eu l'occasion de se prononcer et d'amender des parties importantes du CFS de 2016, notamment en ce qui concerne la durée de la réintroduction des contrôles frontaliers prévue à l'article 29. Les députés européens souhaitent que la durée de ces mesures soit de deux mois au lieu de six, sur un maximum d'un an au lieu de deux¹⁹⁹. Selon le texte adopté par le Parlement européen, les pays de l'espace Schengen devraient fournir une évaluation des risques détaillée si les contrôles temporaires aux frontières étaient prolongés au-delà de la période initiale de deux mois. De plus, toute prolongation additionnelle au-delà de six mois aurait nécessité que la Commission établisse si cette prolongation est conforme aux exigences légales et aurait dû obtenir l'autorisation du Conseil des ministres de l'UE.

Ainsi, dans les considérants du règlement tels qu'amendés par le Parlement, il est fait explicitement référence à la nécessité que la mesure de rétablissement des contrôles soit effectivement une mesure exceptionnelle, à l'obligation pour les États de privilégier d'autres instruments du contrôle du territoire que les contrôles frontaliers, ainsi qu'au constat que la pression liée à l'augmentation des flux migratoires ne devrait pas être considérée comme une menace grave à l'ordre public ou à la sécurité intérieure. C'est d'ailleurs le considérant n. 26 de la version déjà en vigueur du CFS qui déjà affirme que *« la migration et le franchissement des frontières extérieures par un grand nombre de ressortissants de pays tiers ne devraient pas être considérés, en soi, comme une menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure »*.

Les déclarations en marge du vote du 29 novembre 2018 de la rapporteuse Tanja Fajon révèlent clairement la préoccupation de la majorité députés européens : *« Schengen est l'une des plus grandes réussites de l'UE. Toutefois, il est gravement menacé par six États qui procèdent actuellement à des contrôles illégaux aux frontières intérieures depuis plus de trois ans, donc au-delà de la limite maximale de deux ans. Cela démontre que les règles actuelles sont ambiguës et que les États en font un mauvais usage ou une mauvaise interprétation. Si nous voulons sauver Schengen, nous devons mettre fin à cela et fixer des règles claires »*. Le texte, adopté par 319 voix pour, 241 contre et 78 abstentions, est aujourd'hui dans les mains du Conseil des ministres

¹⁹⁹ Amendements du Parlement européen, adoptés le 29 novembre 2018, à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) n. 399/2016 en ce qui concerne les règles applicables à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures, COM(2017)0571, C8-0326/2017, 2017/0245(COD).

de l'Union européenne, mais il paraît peu probable que cet organe approuve les modifications proposées par le Parlement.

On peut tirer de l'analyse du titre III du CFS, ainsi que de l'évolution et de l'interprétations des normes qui en font partie, que les frontières intérieures peuvent relever de deux types de régime juridique différents : un régime « ordinaire » fondé sur l'absence des contrôles, à effets équivalents à une vérification frontalière, ainsi qu'un régime dérogatoire fondé sur la réintroduction des contrôles. L'article 32 du CFS dispose que dans le cas du rétablissement des contrôles, les « *dispositions pertinentes du titre II* (qui règle le régime des frontières extérieures) *s'appliquent mutatis mutandis* ».

On pourrait en déduire que le régime des frontières extérieures s'applique purement et simplement aux frontières intérieures, une fois le contrôle rétabli. Néanmoins, le texte parle de dispositions du titre II du CFS et non pas des autres règles concernant les frontières extérieures, contenues dans d'autres textes juridiques. En outre, on peut légitimement avancer des doutes sur l'applicabilité des toutes les normes du titre II du CFS, car le législateur parle de normes pertinentes, ainsi que de la nécessité de conjuguer ces normes à la particularité des frontières intérieures, explicitée par l'expression *mutatis mutandis*. Il en découle qu'une recherche d'équilibre ultérieure est requise de la part des gouvernements et des juges, pour permettre aux États de contrôler leurs frontières intérieures sans que ces dernières ne soient considérées comme des frontières extérieures à part entière.

Une première spécification du régime applicable aux frontières intérieures en temps de rétablissement des contrôles a été faite par la Commission dans son rapport du 13 octobre 2010 sur l'application du titre III du CFS²⁰⁰. Selon la Commission, lorsque les contrôles sont temporairement réintroduits, les frontières intérieures n'en deviennent pas pour autant des frontières extérieures. La Commission affirme, par exemple, que l'obligation des transporteurs de réacheminer les passagers transportés par voie terrestre, aérienne ou maritime, tirée de l'article 26 de la CAAS et précisée par la directive (CE) n. 2001/51 ne s'applique pas aux liaisons intérieures dans l'espace Schengen.

²⁰⁰ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application du titre III (Frontières intérieures) du règlement (CE) n. 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), COM (2010) 554 final.

L'article 26 de la CAAS fixe en effet une obligation de prise en charge sans délai par le transporteur ayant acheminé à une frontière extérieure un étranger à qui l'entrée a été refusée. La France a transposé le contenu de cet article, ainsi que de la directive de 2001 aux articles L213-4, L213-7 et L213-8 du CESEDA, respectivement dédiés au transport aérien et maritime, routier et ferroviaire. Le CESEDA n'opère aucune distinction sur la provenance des personnes que les transporteurs ont l'obligation de réacheminer, le texte parlant génériquement de personnes destinataires d'un refus d'entrée. C'est donc la Commission à interpréter le droit européen dans le sens que ces obligations ne subsistent pas aux frontières intérieures.

La Commission explique que « *les dispositions applicables n'ont pas été détaillées davantage afin de permettre aux États membres de faire face à la situation et d'effectuer des vérifications aux frontières d'une manière à la fois souple et proportionnée à la menace. Les mesures prises lors de la réintroduction du contrôle aux frontières doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour préserver l'ordre public ou la sécurité intérieure de l'État membre. Selon la menace, toutes les personnes ne devront pas nécessairement être contrôlées aux frontières. Les vérifications doivent être proportionnées quant à la durée et au lieu du contrôle, fondées sur une analyse du risque et les renseignements disponibles et restreintes au motif de la réintroduction du contrôle*²⁰¹ ».

Si l'on interprète de manière extensive le « *mutatis mutandis* » de l'article 32 du CFS, on pourrait formuler des doutes sur la pertinence de cet instrument typique du contrôle des frontières extérieures qu'est le refus d'entrée, prévu à l'article 14 du CFS. Néanmoins, la Commission considère cet instrument cohérent avec le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, tout en précisant que « *les décisions de refus d'entrée ne peuvent être motivées que par les raisons ayant justifié la réintroduction du contrôle aux frontières* ». En lisant cette affirmation en relation avec le contenu des articles de 25 à 29 du CFS, on pourrait en déduire que seuls les refus d'entrée motivés par des raisons d'ordre public, de sécurité nationale ou par des circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement de l'espace Schengen, peuvent être utilisés à la frontière intérieure.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 8.

Le refus d'entrée pour un ressortissant d'un pays tiers semblerait ne pouvoir être consenti qu'en raison des risques d'atteinte à l'ordre public et à la sécurité intérieure (et non pour des raisons liées aux titres de séjour et aux visas requis pour le franchissement de la frontière). On pourrait bien entendu argumenter que l'augmentation des mouvements secondaires intra-Schengen de migrants irréguliers pourrait constituer une circonstance exceptionnelle mettant en péril le fonctionnement de l'espace Schengen, mais cela serait contraire au texte du considérant n. 26 du CFS qui exclut l'afflux massif de migrants à la frontière intérieure comme cause justifiant le rétablissement des contrôles. La Commission n'interprète pas la question de la même manière : dans le rapport de 2010 elle affirme que « *si des ressortissants de pays tiers se voient refuser l'entrée pour séjour irrégulier, ce sont les procédures prévues dans la directive (UE) n. 2008/115 qui doivent être engagées*²⁰² ».

Quant à la CJUE, si l'utilisation du refus d'entrée n'est pas contestée, l'assimilation des deux régimes juridiques (frontière extérieure-intérieure) est fortement redimensionnée. Prenons l'exemple de l'arrêt du 19 avril 2019, qui s'inscrit dans une jurisprudence constante affirmant le caractère essentiel de la libre circulation des personnes dans l'espace sans contrôle aux frontières intérieures²⁰³. Dans l'affaire *Préfet des Pyrénées Orientales c. Abdelaziz Arib*, la Cour devait se prononcer sur le fait de savoir si le contrôle réintroduit à une frontière intérieure était assimilable au contrôle effectué à une frontière extérieure, lors de son franchissement par un ressortissant d'un pays tiers destinataire d'un refus d'entrée. La qualification de ces frontières aurait donc eu des conséquences sur l'applicabilité de la directive « retour » de 2008, en particulier de l'article 2.2 qui prévoit que les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la même directive aux ressortissants de pays tiers destinataires du refus d'entrée à une frontière extérieure d'un État membre et arrêtés ou interceptés à l'occasion du franchissement irrégulier de cette frontière. Dans ce cas, il s'agissait d'un ressortissant de pays tiers placé en garde-à-vue sur la base de l'article L621-2 du CESEDA réprimant l'entrée irrégulière, interpellé à la suite d'un contrôle opéré à la frontière hispano-française en application de l'article 78-2, alinéa 9, du code de procédure pénale, durant le rétablissement des contrôles. Une telle garde-à-vue ne serait pas compatible avec le texte de la directive de 2008.

²⁰² *Ibidem*, p. 16.

²⁰³ CJUE, Arrêt de la Cour n. C-444-17, *Préfet des Pyrénées Orientales c. Abdelaziz Arib*, 19/03/2019, ECLI:EU:C:2019:220.

Plaçant en garde à vue le requérant lors de son franchissement de la frontière intérieure, le Préfet des Pyrénées Orientales a choisi d'écarter l'application de la directive en raison du fait que le CFS affirme qu'en cas de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, les normes sur les frontières extérieures doivent s'appliquer et donc aussi la norme de la directive retour qui écarte son applicabilité à ce cas précis. Devant ce véritable cercle vicieux (il s'agit de définir l'applicabilité de l'inapplicabilité d'une directive), la Cour a interprété la dérogation au champ d'application de la directive de manière stricte, affirmant que l'article 2.2 est « *dépourvu de toute ambiguïté* » puisqu'il ne vise que les ressortissants des pays tiers franchissant une frontière extérieure.

Selon la Cour, une frontière intérieure sur laquelle des contrôles ont été réintroduits par un État membre n'équivaut pas à une frontière extérieure au sens du CFS. Il s'agit de notions bien définies par le code, exclusives l'une de l'autre, non assimilables entre elles. Le considérant n. 27 du CFS affirme d'ailleurs, citant la jurisprudence de la CJUE, que toute dérogation au principe fondamental de la libre circulation des personnes doit être interprétée de manière restrictive.

Or, le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures constitue sûrement une dérogation au principe fondamental de la libre circulation. Néanmoins, on a pu observer que la Commission n'avait pas fait usage de critères restrictifs dans l'interprétation des limites temporelles prévues pour garder le régime dérogatoire des frontières intérieures, ni pour le non-respect de la part de France des obligations de notification de la décision de rétablir les contrôles aux autres États membres en 2010. Cependant, dans les conclusions du rapport de 2010 sur l'application du titre III du CFS, la Commission européenne exprimait de fortes préoccupations sur l'avenir de l'espace Schengen. En particulier, selon la Commission, « *la mise en place d'un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des personnes est assurée constitue l'une des réalisations les plus considérables et les plus tangibles de l'Union. Toute restriction, telle qu'une vérification de police effectuée à proximité d'une frontière intérieure, est perçue par les citoyens comme une entrave à leur droit de circuler librement. Les personnes ne sauraient en effet faire l'objet d'une vérification au seul motif qu'elles franchissent une frontière intérieure, que ce soit à la frontière ou dans les zones frontalières*²⁰⁴ ».

²⁰⁴ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application du titre III (Frontières intérieures) du règlement (CE) n. 562/2006, COM (2010) 554 final, p. 35.

La Commission se disait préoccupée par les difficultés signalées par des voyageurs, concernant des vérifications régulières ou systématiques qui auraient lieu dans certaines zones frontalières intérieures. Ces vérifications constitueraient une atteinte grave au principe de libre circulation, sur lequel l'Union européenne est fondée. La Commission ajoute qu'elle « *n'hésitera pas à recourir à tous les moyens dont elle dispose, y compris à engager, si nécessaire, une procédure d'infraction* ». Cette procédure d'infraction n'a jamais été engagée ; au contraire la Commission et le Parlement européen, qui ont gardé jusqu'à présent une position plutôt sévère sur l'usage des dérogations prévues dans le CFS, ont dû faire face aux revendications croissantes des États européens rétablissant les contrôles aux frontières intérieures, même en dehors des règles européennes. Contrairement à ce que la Commission déclarait en 2010, les règles contenues dans le deuxième chapitre du titre II du CFS ont véritablement suivi ces revendications, le régime applicable aux rétablissements des contrôles ayant été cousu sur mesure pour aller à la rencontre des préoccupations des gouvernements nationaux.

Néanmoins, dans la lignée de l'arrêt de la CJUE que nous venons d'examiner, le Conseil d'État français a annulé le 27 novembre 2020 l'article 2 du décret du 14 décembre 2018 qui, en application de la loi n. 2018-778 du 10 septembre 2018, introduisait en droit français l'utilisation du refus d'entrée aux frontières intérieures²⁰⁵. Ainsi, l'article L.213-3-1, modifié par le décret en question, affirmait qu'« *en cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures prévue au chapitre II du titre III du règlement (UE) n. 399/2016 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, les décisions mentionnées à l'article 213-2 (refus d'entrée) peuvent être prises à l'égard de l'étranger qui, en provenance directe du territoire d'un Etat partie à la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990, a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre sans y être autorisé et*

²⁰⁵ Conseil d'État, n. 428178 du 27 novembre 2020, Comité inter-mouvements auprès des évacués (CIMADE), Association pour la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles et transsexuelles à l'immigration et au séjour (ARDHIS), Fédération des associations de solidarité avec tou-te-s les immigré-e-s (FASTI), Action des chrétiens pour l'abolition de la torture-France (ACAT-France), Groupe Accueil et Solidarité (GAS), Association Avocats pour la défense des droits des étrangers, Dom'Asile, Service Jésuite des Réfugiés (JRS), Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers, Fédération des acteurs de la Solidarité (FAS), Syndicat des avocats de France (SAF), Syndicat de la magistrature, ECLI:FR:CECHR:2020:428178.20201127.

a été contrôlé dans une zone comprise entre cette frontière et un ligne tracée à dix kilomètres en-deçà²⁰⁶».

Le Conseil d'État semble vouloir exclure l'utilisation du refus d'entrée pour les franchissements des frontières intérieures françaises, cette décision intervient cependant après la consolidation de l'utilisation des refus d'entrée dans les pratiques policières à la frontière intérieure, comme nous le verrons par la suite.

²⁰⁶ Loi n. 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie ; Décret n. 2018-1159 du 14 décembre 2018 pris pour l'application de la loi n. 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie et portant diverses dispositions relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière et au traitement de la demande d'asile.

4. La réorganisation de la coopération policière au sein de l'espace Schengen

À ce stade de la recherche, il est désormais clair que les accords de Schengen, s'ils donnent corps, d'un côté, à la liberté de circulation, n'effacent pas, de l'autre, les frontières intérieures, qui demeurent contrôlées avec des modalités différentes. En ce sens, les accords de Schengen définissent ces modalités en réorganisant le contrôle frontalier sur la base d'une approche compensatoire, visant à combler le risque sécuritaire découlant, selon les États, de la perte de leur compétence exclusive sur la gestion frontalière. Ainsi, les accords de Schengen définissent le cadre juridique d'une activité de coopération policière transfrontalière visant à sauvegarder un niveau élevé de sécurité à l'intérieur de l'espace Schengen.

Cela a entraîné la prolifération d'accords bilatéraux sur la gestion des tronçons communs de frontière intérieure, qui prévoient notamment des régimes simplifiés de réadmission entre États européens des personnes n'ayant pas de droit d'accès à leur territoire. En vertu de ces accords, de nouvelles pratiques policières de tri des migrants se sont développées au cours des années, s'ajoutant à des comportements et modalités opérationnelles plus consolidés dans le temps. Nous examinerons le cas de l'accord de Chambéry entre la France et l'Italie. L'activité de contrôle frontalier relève, à la frontière franco-italienne comme aux frontières extérieures, de la compétence des autorités policières. Néanmoins, ayant un impact direct sur les droits des personnes migrantes et des demandeurs d'asile, qui sont vulnérables, ce contrôle devrait intéresser également d'autres autorités nationales ou européennes chargées de les protéger.

La prévalence des logiques sécuritaires et policières implique que de nombreuses violations des droits fondamentaux des personnes migrantes soient commises régulièrement à la frontière. Nous verrons plus loin, dans la deuxième partie de cette recherche, les incidences de l'augmentation et du rétablissement des contrôles à la frontière franco-italienne sur la protection des droits des personnes tentant de la franchir.

L'analyse du caractère compensatoire des accords de Schengen, ainsi que de l'évolution de la coopération policière transfrontalière au sein de l'espace européen (4.1) pose les bases nécessaires pour pouvoir aborder plus spécifiquement la question de la frontière franco-italienne et de la coopération entre les deux États en matière de contrôle des frontières (4.2).

4.1 Le contenu central des accords de Schengen : les mesures compensatoires à la liberté de circulation et la coopération policière

L'étude du CFS et des différents régimes juridiques applicables à la frontière intérieure permet, à ce stade de l'analyse, d'aller au bout d'un raisonnement plus général relatif à l'essence même des accords sur la libre circulation en Europe, à leur raison d'être ainsi qu'aux conséquences juridiques qui en découlent. Nous avons commencé par examiner dans le détail un nombre important d'instruments et de techniques de contrôle frontalier mis en place et utilisés par les États européens aux frontières extérieures, ainsi que les politiques nationales et européennes qui ont pour but de régler les flux migratoires, ce qui correspond à un contrôle frontalier au sens plus large. Il est apparu évident que les contrôles frontaliers en Europe n'ont pas cessé avec les accords sur la libre circulation. Au contraire, on pourrait dire que ce contrôle s'est déplacé et détaché des frontières intérieures pour s'intensifier aux frontières extérieures de l'espace Schengen et tout au long et à l'extérieur du territoire européen par le biais, par exemple, des politiques de visas et des règles sur les transporteurs.

Concernant les frontières intérieures, on peut également soutenir que les accords de Schengen n'effacent pas le contrôle frontalier, mais qu'ils le réorganisent sur la base de l'affirmation de la liberté de circulation des citoyens européens et de certaines catégories d'étrangers en situation régulière. L'ELSJ est en ce sens un espace de liberté de circulation, mais comme le vocabulaire institutionnel européen le montre aussi, cette liberté doit se conjuguer avec la sécurité. Comme nous avons pu l'observer dans l'introduction, il s'agit d'une des catégories les plus utilisées dans le discours politique et juridique de ces dernières décennies, surtout en droit international et européen : de la création d'un Conseil de sécurité au sein de l'ONU aux références contenues dans la CEDH et le traité de Rome, la notion de sécurité a pris au fil du temps une importance considérable.

On remarque que l'article 5 de la CEDH de 1950 reprend les termes de la Déclaration française de 1789 pour affirmer que « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* », alors que dans le texte, plusieurs références sont faites aux notions très proches de sûreté publique, sécurité publique, sécurité nationale, ordre public, défense de l'ordre, intégrité territoriale. Comme l'écrit le professeur Warusfel dans un article de 1994, « *toutes ces notions dont l'utilisation ne paraît pas toujours très homogène d'un article à l'autre, sont introduites pour justifier au nom des*

intérêts collectifs certaines dérogations à des droits civiques », ou alors pour déroger à des régimes juridiques généraux²⁰⁷.

Le traité de Rome de 1957 invoque ainsi la sécurité comme motif d'exception à l'application de certaines règles du droit communautaire, comme l'article 223 qui prévoit qu' « *aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité* » et que « *tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre*²⁰⁸ ».

Comme il a été exposé dans le premier chapitre, la sécurité est l'un des motifs qui peuvent justifier une limitation à la liberté de circulation telle que prévue au protocole 4 de la CEDH. Si on analyse l'évolution du principe de liberté de circulation en droit de l'UE, on s'aperçoit que la sécurité accompagne ce principe, en tant qu'exception, à partir de la première formulation de la liberté de circulation des travailleurs, article 48 du traité de Rome, jusqu'à aujourd'hui, cristallisé dans l'article 45 du TUE sur les travailleurs, qui affirme l'existence d'une réserve que justifierait des raisons de sécurité intérieure. Enfin, dans le troisième chapitre, nous avons remarqué que la principale cause justificatrice d'une décision de rétablir les contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen prévue aux articles 25 et suivants du CFS, est effectivement la menace concrète pour l'ordre public ou la sécurité intérieure.

Le troisième alinéa de l'article 67 TFUE sur la liberté de circulation dans l'espace Schengen affirme d'ailleurs que « *l'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales* ».

²⁰⁷ Bertrand Warusfel, *Les notions de défense et sécurité en droit français*, Revue Droit & Défense, n. 94, vol.4, 1994, pp. 11-20.

²⁰⁸ *Ibidem*

La sécurité (des citoyens, publique, intérieure, internationale, etc.) constitue donc une priorité absolue dans le cadre de la construction de l'espace européen sans frontières. Ainsi, c'est surtout sous l'angle de la sécurité qu'on devrait lire les accords de Schengen ; autrement dit, c'est seulement si l'on tient compte de cette priorité qu'on comprend le véritable contenu de ces accords : si on analyse le texte des accords, on s'aperçoit d'ailleurs que très peu d'articles affirment la liberté de circulation et la suppression des contrôles aux frontières intérieures ; la grande majorité des articles des accords et de la CAAS 1990 sont dédiés à ceux qui sont couramment définis comme des mesures compensatoires²⁰⁹.

L'étude de ces mesures nous permettra de comprendre que ce qui a constitué l'objet principal des négociations entre les Parties contractantes des accords de 1985, est donc l'ensemble des règles définissant la possibilité, de la part des États, de garder, même dans le cadre de l'absence de contrôles aux frontières intérieures, un certain degré de sécurité à l'intérieur du territoire national. La préoccupation des États a donc été de trouver un accord sur la remodelisation des instruments sécuritaires et non seulement sur la libre circulation : les États ont affirmé d'un côté leur disponibilité à démanteler les contrôles à leurs frontières, mais se sont mis d'accord, de l'autre, pour mettre en œuvre des mécanismes juridiques et policiers pouvant leur permettre de garantir un niveau de sécurité équivalent à celui d'un État qui a la maîtrise pleine et entière de ses confins. Il s'agit de mesures compensatoires à l'effacement des contrôles frontaliers dans un équilibre nécessaire entre liberté et sécurité, mais aussi entre prérogatives nationales et intérêt commun de l'Union.

L'évolution des règles sur la possibilité de réintroduire les contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen confirme, en ce sens, que les États n'ont cessé guère de jouer un rôle majeur dans ce domaine. Au contraire, la possibilité pour les États de rétablir le contrôle des frontières intérieures figurait déjà dans CAAS de 1990²¹⁰. Il s'agit d'une des plus importantes mesures compensatoires contenues dans l'accord, car elle permet une véritable suspension du régime applicable en vertu des mêmes accords. Cette clause de suspension permet donc aux États de rétablir une maîtrise pleine et entière de leurs frontières intérieures en cas de menace à la sécurité nationale.

²⁰⁹ Jürgen Storbeck, *op.cit.*, p. 180.

²¹⁰ CAAS, Article 2, deuxième alinéa.

Concernant les autres mesures compensatoires des accords de Schengen, on peut envisager une division en deux catégories. D'un côté, on retrouve des mesures de rapprochement normatif au sein de l'Union européenne, à travers plusieurs instruments juridiques comme l'harmonisation des règles concernant l'asile et les visas. De l'autre, on observe que des dispositifs de coopération policière inédits dans l'histoire européenne jouent un rôle croissant. L'uniformisation des conditions d'obtention d'un visa constitue donc un enjeu majeur des accords de Schengen, car aucun espace sans frontières intérieures ne peut être conçu si chaque État mène une politique propre en la matière.

Comme nous l'avons observé lors du premier chapitre, cette uniformisation n'a eu lieu qu'en 1995 avec l'adoption du règlement (CE) n. 1683/95 établissant un modèle type de visa, qui a tracé une route. Cet objectif politique a trouvé son point d'arrivée avec le code européen des visas établi avec le règlement (UE) n. 810/2009. Il reste à préciser encore une fois que les visas de long séjour restent de la compétence nationale, conformément à l'article 18 de la CAAS, mais que même dans ces domaines, les États européens ont cherché à créer des normes communes : le statut de résident de longue durée évoqué au premier chapitre en est un exemple.

Ainsi le RAEC, qui est le fruit d'un développement large et intégré dans le droit de l'Union du contenu de la Convention de Dublin de 1993, retrouve ses origines dans la philosophie qui a inspiré les accords de 1985 : le chapitre 7 de la CAAS est entièrement dédié à la question de la responsabilité du traitement des demandes d'asile, les articles 30 et suivants désignant des règles pour l'attribution de la responsabilité des États envers les demandes d'asile présentées à l'une des Parties contractantes. S'il est vrai que pour la délivrance d'un visa de long séjour quel qu'il soit, des liens doivent exister entre la personne et l'État dans lequel elle réside, vit, étudie ou travaille, ce lien peut être complètement absent dans le cas des visas des bénéficiaires du droit d'asile. Un demandeur d'asile serait en effet théoriquement et potentiellement libre de demander la protection à n'importe quel État européen, ainsi qu'à plusieurs d'entre eux.

La création d'un mécanisme qui permette d'attribuer cette responsabilité à un seul État de l'Union est vite rendue nécessaire ; le risque d'un espace sans frontières et sans règles communes sur l'asile est double : d'une part, le phénomène de l'« *asylum shopping* » entraînerait une concurrence déloyale entre les États pour faire baisser les standards de protection et d'accueil des demandeurs d'asile, d'autre part on aurait un nombre potentiellement très élevé de personnes que

l'on appelle les « réfugiés en orbite », c'est-à-dire de personnes qui demandent l'asile dans plusieurs États.

En l'absence de règles, une personne pourrait effectivement demander l'asile dans un premier État et, en cas de refus, introduire une nouvelle demande dans un deuxième État ; en cas d'acceptation, la personne bénéficierait d'un droit de séjour et de circulation qui lui permettrait de circuler et de s'installer dans le territoire du premier État. C'est donc dans le texte des accords de 1985, ainsi que dans la CAAS de 1990, que l'on voit naître l'approche Dublin de la question des demandeurs d'asile en Europe, qui détermine la responsabilité du traitement des demandes sur la base de plusieurs critères, dont celui de l'État de première entrée et qui établit que l'entrée sur le territoire d'un demandeur d'asile qui a présenté sa demande dans un autre État peut être niée²¹¹.

L'article 29 de la CAAS affirme que d'un côté « *les Parties contractantes doivent assurer le traitement de toute demande d'asile déposée par un étranger sur le territoire de l'une d'elles* », et de l'autre que cette obligation « *n'entraîne pas pour une Partie Contractante celle d'autoriser dans tous les cas le demandeur d'asile à pénétrer ou à séjourner sur son territoire* ». La Convention de Dublin de 1993 réaffirme ces principes, les règlements Dublin II et III de 2003 et 2013 le remodèlent mais jamais ne les remettent en cause. En 2017, le Parlement européen, auquel la Commission avait proposé une réforme du règlement Dublin, avait approuvé un amendement prévoyant un mécanisme correctif permanent du critère de l'État de première entrée, tout en gardant fermée la possibilité, pour le demandeur d'asile, de circuler dans l'espace Schengen²¹². Le Conseil n'acceptant pas la réforme telle qu'amendée par le Parlement, la réforme de 2017 n'a pas été adoptée²¹³.

²¹¹ CAAS, Article 30, points c) et e).

²¹² Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil 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, COM (2016)0270 – C8-0173/2016 – 2016/0133(COD), Amendements 150 et 151.

²¹³ Davide Petrillo, *Le rétablissement des contrôles aux frontières en Europe. L'espace Schengen et le rôle du Parlement européen*, dans Tony Merguery, Sébastien Platon, Hanneke van Eijken (dir.), *Les élections européennes, 40 ans après, bilans, enjeux et perspectives*, Bruylant, études parlementaires, Luxembourg, 2020, pp. 187-204.

Dans le nouveau pacte sur la migration et l'asile, qui vise à englober l'ensemble des différents éléments nécessaires à une approche européenne holistique sur la migration, la Commission propose de reformer le règlement Dublin en établissant un équilibre entre les principes de partage équitable des responsabilités et de solidarité. Selon la Commission, l'Union européenne devrait se doter d'un système de contributions flexibles de la part des États membres, qui peuvent aller de la relocalisation de demandeurs d'asile depuis le pays de première entrée à la prise en charge du retour des personnes qui ne jouissent pas d'un droit de séjour, en passant par diverses formes de soutien opérationnel.

Ce mécanisme, qui a fait l'objet d'une proposition de réforme du règlement Dublin, ne semble pourtant pas avoir été vraiment détaillé, la proposition se limitant à formuler des propos déclamatoires, comme dans les cas des articles 3 et 4, qui affirment que l'Union « devra » (*shall* dans la version anglaise) assumer une approche holistique et basée sur la solidarité et la coopération loyale entre les différents États membres²¹⁴. En outre, comme le dit le professeur Francesco Maiani, la proposition en question réaffirme substantiellement les obligations déjà existantes dans le règlement Dublin III²¹⁵. La seule innovation est la mise en place d'une stratégie européenne de gestion de l'asile et de la migration, prévue à l'article 6 de la proposition de règlement, qui ressemble fortement au « mécanisme d'alerte rapide, de préparation et de gestion de crise » prévu au règlement de 2013, mais qui n'a jamais été utilisé dans les années les plus dures de la « crise migratoire ».

L'aboutissement d'une coopération policière performante à l'échelle européenne constitue un autre pilier fondamental du système de normes compensatoires à la liberté de circulation en Europe. Cette coopération, qui a assumé des formes multiples, regarde à la fois la mise en place d'un corps européen de garde-frontières, la création de bases de données interopérables, mais aussi l'harmonisation des règles sur l'observation et la poursuite transfrontalières, ainsi que la

²¹⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil et la proposition de règlement établissant le fonds « asile et migration ».

²¹⁵ Francesco Maiani, "*Fresh Start*" or *One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, Odyssey Network, en ligne, consulté le 10/05/2021, <https://eumigrationlawblog.eu/a-fresh-start-or-one-more-clunker-dublin-and-solidarity-in-the-new-pact/>.

possibilité de conclure des accords ponctuels de coopération transfrontalière entre les États membres et les autorités de police compétentes pour les contrôles frontaliers.

Comme on l'a évoqué dans le deuxième chapitre, le Conseil de Tampere de 1999 envisage la mise en place d'une gestion intégrée des frontières extérieures autour de deux axes principaux : l'harmonisation des règles régissant les contrôles et la création d'une Agence européenne chargée à la fois d'aider les États ayant des frontières extérieures, mais aussi de contrôler directement le respect de ces règles de la part des autorités nationales de ces États. Rapprochement juridique et coopération policière constituent encore une fois la base de la stratégie européenne en la matière. En ce sens, Frontex devient l'un des éléments compensatoires les plus développés, puisque l'on garantit d'un côté la présence de policiers des États continentaux aux frontières extérieures, de l'autre la possibilité de participer aux délibérations concernant ces frontières dans le cadre de l'organisation de l'Agence en question.

L'évolution de l'Agence Frontex en corps européen de garde-frontières marque d'ailleurs un point d'aboutissement inédit de la coopération policière dans l'Union européenne. L'article 3 du règlement de 2016 considère les autorités nationales chargées du contrôle frontalier et le personnel de l'Agence comme membres du même corps européen de garde-frontières. Si l'on considère aussi l'attribution importante à l'Agence des compétences en matière de négociation d'accords opérationnels avec les autorités des pays tiers, on s'aperçoit que désormais les autorités frontalières nationales coopèrent étroitement avec le personnel de l'Agence en ce qui concerne la dimension internationale du contrôle frontalier. C'est l'essence du modèle Schengen : les États non frontaliers (on entend par États frontaliers les États qui ont des frontières extérieures) aident directement et indirectement les États frontaliers qui en obtiennent sans doute un avantage, mais participent à la gestion de ces frontières, assurant indirectement un certain degré de sécurité.

On s'est rendu compte que la dimension de la coopération policière occupait une centralité absolue dans le discours et dans les règles juridiques sur le contrôle frontalier en Europe : cette coopération est fondée pour l'essentiel, d'une part sur le développement de systèmes d'information qui permettent l'échange rapide et sécurisé des données utiles aux forces de police, d'autre part sur le renforcement de la coopération opérationnelle dans les zones frontalières intérieures.

Concernant les échanges de données, on a déjà évoqué les systèmes d'information auxquels les autorités policières nationales ont accès pour mieux exercer les activités de contrôle frontalier et on a fait ainsi référence au concept d'interopérabilité de ces systèmes, ce qui est central, aujourd'hui, dans la stratégie européenne de lutte contre l'immigration irrégulière. Ainsi, s'agissant de la coopération opérationnelle aux frontières intérieures, la CAAS de 1990 opère d'un côté un encadrement juridique de certaines opérations particulières comme l'observation et la poursuite et de l'autre prévoit la possibilité pour les États membres de signer des accords bilatéraux précisant les modalités d'organisation de la coopération dans les zones frontalières, surtout en matière d'immigration irrégulière et de procédures de réadmission.

L'article 40 de la CAAS prévoit donc que les agents d'une des Parties Contractantes qui observent une personne présumée avoir participé à certains faits punissables, sont autorisés à continuer l'observation sur le territoire d'une autre Partie Contractante, sous réserve d'une autorisation préalable des autorités de celle-ci. Lorsque cette autorisation ne peut pas être demandée, pour des raisons d'urgence, les agents sont autorisés à continuer l'observation sur le territoire de l'État frontalier, mais seulement pour certains délits et tout en communiquant leur franchissement de la frontière aux autorités compétentes²¹⁶. Ils demeurent obligés de présenter une demande d'entraide judiciaire exposant les motifs justifiant le franchissement de la frontière²¹⁷.

D'autres contraintes sont posées par l'article 40 troisième alinéa : les agents observateurs doivent ainsi se conformer aux dispositions du droit de la Partie Contractante sur le territoire dans lequel ils opèrent, ainsi qu'obtempérer aux injonctions des autorités localement compétentes. Ils doivent se munir des documents attestant que l'autorisation a été accordée, ainsi que justifier de leur qualité officielle. Il peut leur être interdit d'emporter leurs armes de service, qu'ils ne pourraient de toute façon utiliser qu'en cas de légitime défense. L'entrée dans les domiciles et les lieux non accessibles au public leur sont aussi interdits, ils ne peuvent pas non plus interpellier ou arrêter la

²¹⁶ CAAS, Article 40, septième alinéa : L'observation telle que visée au paragraphe 2 ne peut avoir lieu que pour l'un des faits punissables suivants : assassinat, meurtre, viol, incendie volontaire, fausse monnaie, vol et recel aggravés, extorsion, enlèvement et prise d'otage, trafic d'êtres humains, trafic illicite de stupéfiants et substances psychotropes, infractions aux dispositions légales en matière d'armes et explosifs, destruction par explosifs, transport illicite de déchets toxiques et nuisibles.

²¹⁷ CAAS, article 40, deuxième alinéa.

personne observée, car toute démarche judiciaire et répressive est réservée aux autorités de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'observation se déroule : les agents observateurs « originaires » doivent toutefois rester à disposition, y compris par leur comparution personnelle au procès, pour intégrer l'enquête et la procédure judiciaire.

L'article 41 de la Convention est dédié aux pouvoirs de poursuite : le premier alinéa affirme que *« les agents d'une des Parties contractantes qui, dans leur pays, suivent une personne prise en flagrant délit de commission d'une des infractions visées au paragraphe 4 ou de participation à l'une desdites infractions, sont autorisés à continuer la poursuite sans autorisation préalable sur le territoire d'une autre Partie contractante lorsque les autorités compétentes de l'autre Partie contractante n'ont pu être averties préalablement de l'entrée sur ce territoire, en raison de l'urgence particulière, par un des moyens de communication prévus à l'article 44, ou que ces autorités n'ont pu se rendre sur place à temps pour reprendre la poursuite. Il en est de même lorsque la personne poursuivie, se trouvant en état d'arrestation provisoire ou purgeant une peine privative de liberté, s'est évadée »*. Quant aux délits pour lesquels la poursuite est autorisée « hors frontière », à la liste de l'article 39, alinéa 7, la fuite à la suite d'un accident ayant entraîné la mort ou des blessures graves est érigée en délit²¹⁸.

Concernant les moyens de communication, l'article 44 de la CAAS prévoit la possibilité d'utiliser de canaux spécifiques comme des lignes téléphoniques, radio, télex et d'autres liaisons directes aux fins de faciliter la coopération policière et douanière, notamment pour la transmission d'informations en temps utile dans le cadre de l'observation et de la poursuite transfrontalières. Comme pour l'observation, au plus tard au moment du franchissement de la frontière, les agents poursuivants doivent contacter les autorités de la Partie contractante sur le territoire de laquelle la poursuite a lieu. Ces autorités localement compétentes peuvent demander d'arrêter la poursuite en question ou alors procéder elles-mêmes à la poursuite ainsi qu'à l'arrestation de la personne concernée²¹⁹.

L'article 41 alinéa 2 dicte les conditions de cette forme particulière de coopération policière transfrontalière, notamment : les agents poursuivants du premier État ne disposent pas du droit

²¹⁸ CAAS, Article 41, quatrième alinéa.

²¹⁹ CAAS, Article 41, premier alinéa.

d'interpellation, sauf si aucune demande d'interrompre la poursuite n'est formulée et si les autorités localement compétentes ne peuvent intervenir assez rapidement, mais cette interpellation ne peut pas aboutir à l'arrestation. Ces agents, une fois arrivés sur place, devront établir l'identité de la personne et procéder éventuellement à son arrestation²²⁰. La poursuite ne peut s'effectuer de toute façon que par les frontières terrestres. Encore, selon l'article 41, alinéa 5, les agents poursuivants doivent-ils se conformer aux dispositions de la CAAS ainsi qu'à celles du droit national du territoire dans lequel ils opèrent, ainsi qu'obtempérer, comme pour l'observation, à la réglementation des autorités localement compétentes.

De même, ils ne peuvent pas entrer dans les domiciles et les lieux non accessibles au public ; ni utiliser leurs armes de service hormis en cas de légitime défense. Ils doivent être aisément identifiables, par le port d'un uniforme, un brassard ou par des dispositifs accessoires placés sur le véhicule, l'usage de tenue civile combiné avec l'utilisation de véhicules banalisés étant interdit : les agents, comme pour l'observation, doivent être en mesure de justifier à tout moment de leur qualité officielle. Comme pour l'observation prévue à l'article 40, pour toute procédure judiciaire successive à la poursuite en question, les autorités de la Partie Contractante dont les agents poursuivants sont originaires apportent leur concours à l'enquête et au procès.

La CAAS fixe donc un cadre très précis aux pouvoirs policiers sur le territoire d'un État frontalier, en dictant des règles générales pour l'observation et la poursuite, tout en laissant les États, ou Parties Contractantes pour utiliser les mots de la Convention, libres de conclure des accords ponctuels avec les États frontaliers, qui organisent de manière plus approfondie la coopération policière transfrontalière. Les paragraphes 4 et 5 de l'article 39 de la CAAS prévoient la possibilité de régler par des arrangements ou des accords bilatéraux les modalités de la coopération transfrontalière opérationnelle directe entre deux ou plusieurs Parties contractantes lorsqu'elles partagent un tronçon de frontière commun²²¹.

²²⁰ CAAS, Article 41, cinquième alinéa, point f) : Aux fins d'être conduite devant les autorités localement compétentes, la personne poursuivie, une fois appréhendée comme prévu au paragraphe 2, point b), ne pourra subir qu'une fouille de sécurité ; des menottes pourront être utilisées au cours de son transfert ; les objets en possession de la personne poursuivie pourront être saisis.

²²¹ CAAS, Article 39 : Les Parties Contractantes s'engagent à ce que leurs services de police s'accordent, dans le respect de la législation nationale et dans les limites de leurs compétences, l'assistance aux fins de la prévention et de la recherche de faits punissables, pour autant que le droit national ne réserve pas la demande aux autorités judiciaires et que la demande ou son exécution n'implique pas l'application de mesures de contrainte par la Partie Contractante requise. Lorsque les autorités de police requises ne sont pas compétentes pour exécuter une demande, elles la transmettent aux autorités compétentes. 2. Les informations écrites qui sont fournies par la Partie

L'approfondissement de cette coopération a été rendu possible grâce aux centres de coopération policière et douanière (ci-après, CCPD), institués par le même article de la Convention. Après l'entrée en vigueur de la CAAS en 1995, des dizaines d'accords de coopération transfrontalière en matière policière et douanière ont été signés entre les États membres de l'espace Schengen.

La France, par exemple, a élaboré un modèle d'accord-type qui a amené à la signature, entre 1997 et 2001 de six accords de ce type : l'accord franco-italien de Chambéry du 3 octobre 1997, l'accord franco-allemand de Mondorf du 9 octobre 1997, le traité franco-espagnol de Blois du 7 juillet 1998, l'accord franco-belge de Tournai du 5 mars 2001, remplacé par l'accord « Tournai II » du 18 mars 2013, l'accord franco-luxembourgeois de Luxembourg du 15 octobre 2001. Ces accords reposent tous sur deux piliers, d'un côté la création de CCPD chargés de faciliter les échanges transfrontaliers d'information policière, de l'autre le développement de la coopération directe entre services opérationnels dans les zones frontalières, surtout en matière d'immigration irrégulière.

Les centres de coopération policière et douanière établis en France par ces accords sont actuellement au nombre de dix : Le Perthus, Melles-Pont-du-Roy, Canfranc et Hendaye, Tournai, Luxembourg, Kehl, Genève, Modane et Vintimille. Les missions de ces centres, qui n'obéissent pas tous exactement aux mêmes règles, peuvent être regroupées en deux axes : d'un côté le recueil, l'analyse et la diffusion des informations pertinentes pour le bon fonctionnement de la coopération policière et douanière dans la zone frontalière et le traitement des demandes d'informations formulées par les services et unités de police et de douane, de l'autre, l'appui à la coopération transfrontalière.

Contractante requise en vertu de la disposition du paragraphe 1 ne peuvent être utilisées par la Partie Contractante requérante aux fins d'apporter la preuve des faits incriminés qu'avec l'accord des autorités judiciaires compétentes de la Partie Contractante requise. 3. Les demandes d'assistance visées au paragraphe 1 et les réponses à ces demandes peuvent être échangées entre les organes centraux chargés, par chaque Partie Contractante, de la coopération policière internationale. Lorsque la demande ne peut être faite en temps utile par la voie susvisée, elle peut être adressée par les autorités de police de la Partie Contractante requérante directement aux autorités compétentes de la Partie requise et celles-ci peuvent y répondre directement. Dans ces cas, l'autorité de police requérante avise dans les meilleurs délais l'organe central chargé, dans la Partie Contractante requise, de la coopération policière internationale, de sa demande directe. 4. Dans les régions frontalières, la coopération peut être réglée par des arrangements entre les Ministres compétents des Parties Contractantes. 5. Les dispositions du présent article ne font pas obstacle aux accords bilatéraux plus complets présents et futurs entre Parties Contractantes ayant une frontière commune. Les Parties Contractantes s'informent mutuellement de ces accords.

Les CCPD ne disposent cependant pas de pouvoirs opérationnels, ils facilitent la coopération directe des services territoriaux dans les domaines de la lutte contre l'immigration irrégulière, de la délinquance transfrontalière, des trafics illicites et des faux documents, ainsi qu'en matière de prévention des menaces à l'ordre public. Ces centres sont aussi titulaires de compétences subsidiaires de soutien à l'action des autorités centrales de leurs États, tant en matière d'observation et de poursuite transfrontalière qu'en cas d'éloignement et de réadmission des personnes. Le CCPD de Kehl, par exemple, est doté d'un important bureau de lutte contre la fraude documentaire.

Concernant la coopération directe entre les polices nationales des États frontaliers, les accords bilatéraux définissent les services compétents de chaque État, organisent la préparation et la remise des personnes en situation irrégulière, l'assistance du personnel engagé dans les opérations d'observation et de poursuite, ainsi que la coordination des mesures conjointes de surveillance dans les zones frontalières respectives. Ils contiennent aussi une délimitation géographique des territoires frontaliers.

L'analyse du cadre légal de la coopération policière transfrontalière dans les pays de l'espace Schengen nous a amené à mieux comprendre l'organisation des contrôles conjoints aux frontières internes de l'UE ; il s'agit maintenant de se pencher sur l'effectivité de ces contrôles, sur les pratiques policières, ainsi que sur l'impact de ces pratiques sur les droits des personnes qui franchissent ces frontières.

4.2 La frontière franco-italienne et l'accord de Chambéry: les pratiques policières entre routine, crise et exception.

Comme indiqué précédemment, le cas de la frontière franco-italienne occupera une partie centrale de l'étude des contrôles frontaliers. Cette frontière terrestre a dans les dernières années fait la « une » des journaux et sollicité le monde politique ainsi que l'opinion publique à cause de l'augmentation des flux de personnes migrantes qui ont essayé de la franchir, montrant très clairement plusieurs éléments critiques de ces contrôles, qui feront l'objet de la deuxième partie de l'étude. C'est d'ailleurs en relation avec ce tronçon de frontière interne que l'on a assisté aux négociations qui ont amené, en 2011, à la révision du CFS ainsi qu'à un premier vent de crise entre la France et l'Italie en relation avec les politiques migratoires européennes et de ces

deux pays. C'est en rapport avec cette frontière en particulier que le rétablissement des contrôles frontaliers de 2015 a entraîné des conséquences majeures, notamment en termes de ressources et de moyens employés.

Avant d'entrer dans les détails des pratiques policières à la frontière franco-italienne, ce qui fera l'objet de la deuxième partie de cette recherche, il faut encore souligner que les contrôles frontaliers, (« systématisés » et sans doute renforcés à partir de 2015), avaient lieu aussi avant le rétablissement de ces contrôles. L'article 78-2 du code de procédure pénale établit en effet le principe d'une zone Schengen de 20 km en deçà de la ligne frontalière, dans laquelle les contrôles des titres de séjour des étrangers ayant franchi la frontière sont possible à tout moment et indépendamment de toute décision de les réintroduire. Certaines pratiques remontent ainsi à plusieurs décennies, à partir de l'attribution de tâches de contrôle de l'immigration à la PAF, au milieu des années 1970. À cette époque, les gouvernements européens ont fortement restreint les possibilités d'immigration légale. Les objectifs et les tâches de la PAF se sont alors orientés vers le contrôle de l'immigration aux frontières, grâce à un renforcement de ses effectifs, à des moyens matériels et à une transformation de ses prérogatives.

Au cours des années 80, les agents de la PAF sont affectés à une nouvelle mission : la surveillance des lieux d'enfermement pour les étrangers en attente de leur expulsion. D'abord informels, ces lieux sont officialisés en 1981 avec la création des centres de rétention administrative.

La PAF a toujours contrôlé les frontières intérieures françaises, dès sa création en 1952, avec un renforcement des effectifs qui demeure constant depuis 1974, année pendant laquelle le service de police aux frontières s'est détaché du service de renseignement national et est devenu une unité autonome. Les accords de Schengen n'ont changé en rien cette augmentation constante d'effectifs et de moyens, ni affecté de manière considérable le travail quotidien de centaines de garde-frontières qui effectuent aujourd'hui leur travail comme avant l'entrée en vigueur des accords sur la libre circulation.

Dans un ouvrage de 1996, Didier Bigo a ainsi montré que l'implication des ministères de l'Intérieur et de la Justice dans les négociations de la CAAS a permis que la hiérarchie de la PAF joue un rôle dans la définition des conditions de la levée des contrôles aux frontières internes du territoire européen. En ce sens, l'article 78-2 du code de procédure pénale, entré en vigueur avant

la CAAS, devient l'instrument juridique qui vise à assurer la légalité des contrôles, dont la PAF a assuré la continuité dans le temps ²²².

De même, la prolifération d'accords bilatéraux de coopération judiciaire répond à la nécessité d'assurer la continuité et la légitimité sur le plan organisationnel et juridique des réadmissions internes aux pays de l'espace européen sans frontières. Aux frontières franco-italiennes sont donc appliquées les normes du CFS ainsi que les règles sur la coopération policière transfrontalière contenue dans l'accord de Chambéry du 3 octobre 1997. Ce traité international est composé de deux parties, l'une étant dédiée à la coopération transfrontalière en matière policière et douanière, l'autre réglant plus particulièrement la question de la réadmission des personnes en situation irrégulière²²³.

L'accord a fait par la suite l'objet de deux textes complémentaires, approuvés sous forme d'échange de lettres, l'un précisant les conditions de mise en œuvre des patrouilles mixtes en 2002 et l'autre relatif au franchissement de la frontière en 2006. L'accord de Chambéry constitue donc l'instrument juridique qui permet d'inscrire dans le cadre de l'espace Schengen une pratique ancienne et routinière, comme le refoulement des personnes n'ayant pas le droit de franchir la frontière franco-italienne. Comme on a pu l'observer, l'espace européen sans frontières attribue une liberté de circulation pleine et effective aux citoyens de l'Union, tandis qu'il permet aux États européens de mener leur propre politique migratoire et de régler les entrées sur le territoire des ressortissants des pays tiers. En ce sens, l'accord de Chambéry permet l'application effective du CFS à la frontière intérieure et assure en même temps que les règles sur les frontières intérieures ne compromettent pas l'application des normes nationales sur les ressortissants des pays tiers.

Avant d'analyser le contenu de l'accord de Chambéry, il convient de remarquer que la nature juridique de cet acte est similaire à celle des conventions que les États européens ont signées avec

²²² Didier Bigo, *Polices en réseaux, expérience européenne*, Presses de Sciences Po, Paris, 1996, pp. 358.

²²³ En droit français les deux textes ont été transposés à travers deux décrets, n. 2000-923 du 18/9/2000 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République italienne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et douanière, signé à Chambéry le 3 octobre 1997; n. 2000-652 du 4/7/2000 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République italienne relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière (ensemble une annexe), signé à Chambéry le 3 octobre 1997.

les pays tiers, à savoir des traités internationaux sur la réadmission²²⁴. Les deux types d'accords règlent la projection internationale de l'acte de la réadmission, ils encadrent dans un acte de droit international une situation juridique impliquant la nécessaire présence de deux États. Il y a pourtant des distinctions à faire : les accords de réadmission entre un État européen, ou l'Union européenne (qui selon l'article 79 TFUE a une compétence partagée en la matière) et un pays tiers, visent exclusivement à faciliter l'application de la directive « retour » de 2008 et donc l'éloignement du ressortissant du pays tiers du territoire de l'Union européenne.

Les accords en question précisent et règlent l'obligation des pays tiers requis, de réadmettre sur leurs territoires, toute personne « *qui ne remplit pas, ou ne remplit plus les conditions d'entrée énoncées à l'article 5 du CFS, ou d'autres conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans cet Etat membre*²²⁵ ». Il s'agit pour la plupart de cas des pays d'origine des migrants, c'est-à-dire les pays desquels la personne interceptée a la nationalité, même si on peut assister à des retours vers d'autres pays que les pays d'origine.

Or, les accords de réadmission que l'on appellera « intra-européens », c'est à dire entre les États de l'espace Schengen, s'appliquent aux personnes qui ne satisfont pas les conditions d'entrée et de séjour de l'État européen. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'ils ne sont pas titulaires d'un droit de séjour dans un autre État européen. Prenons l'exemple d'un ressortissant d'un pays tiers qui se rend depuis l'Italie en France sans être titulaire d'un droit d'entrée dans ce pays : si elle réside légalement en Italie, cette personne y sera réadmise sans courir le risque d'être renvoyée dans son pays d'origine ou dans un autre pays tiers. Cela confirme le raisonnement proposé au premier chapitre sur la nature des frontières européennes et les différents « degrés de jouissance » de la libre circulation des différentes catégories de personne.

Mais au-delà du cas évoqué, qui dans la pratique concerne par exemple les procédures de « transfert Dublin » des demandeurs d'asile et que nous aurons l'occasion d'examiner en détail,

²²⁴ Christel Cournil, *La politique de réadmission de l'UE avec les pays tiers : diversification et expansion de l'externalisation des contrôles migratoires*, dans Laurence Dubin (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruylant, 2012, pp. 187-251.

²²⁵ Directive (UE) n. 2008/115, Article 3, troisième alinéa.

il est possible que les réadmissions « intra-européennes » aient comme objet un ressortissant du pays tiers qui ne remplit les conditions d'entrée et séjour dans aucun des deux États. Dans ce cas, la réadmission de la personne en question sera liée à la nécessité de renvoyer ultérieurement la personne vers le territoire d'un pays tiers.

L'incidence de la directive « retour » sur les procédures de réadmissions intra-européennes est ainsi double. D'une part, l'article 6 troisième alinéa de la directive établit que « *les États membres peuvent s'abstenir de prendre une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire si le ressortissant concerné d'un pays tiers est repris par un autre État membre en vertu d'accords ou d'arrangements bilatéraux* ».

Cela signifie, dans le cas d'un migrant irrégulier intercepté à la frontière franco-italienne et n'ayant le droit de séjour dans aucun des deux États en question, que les autorités françaises pourront le réadmettre en Italie et laisser aux autorités italiennes le soin de se charger de la décision et de l'exécution du retour. De même, mais en sens inverse, l'article 7 du décret portant publication de l'accord de Chambéry sur la réadmission, qu'on examinera par la suite, affirme que les Parties contractantes doivent s'efforcer « *en priorité de reconduire les personnes concernées vers leur pays d'origine* ». Ce qui ferait comprendre que, dans le même exemple, la France devrait prioritairement s'efforcer d'organiser le retour de la personne interceptée au lieu de la remettre aux autorités italiennes. Dans les deux cas d'accords de réadmission extra et intra-européennes, il s'agit d'accords organisant une coopération policière : ils contiennent essentiellement des règles très techniques sur les modalités des retours-réadmissions ainsi que sur les moyens pour établir la nationalité dans le cas du retour et la provenance effective en cas de réadmission.

Concernant l'accord de Chambéry sur la réadmission, l'article 5 du décret n. 2000-652 du 4 juillet 2000 qui en porte publication, prévoit pour chaque Partie contractante la possibilité de réadmettre sur son territoire, à la demande de l'autre et sans formalités, « *le ressortissant d'un État tiers qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée ou de séjour applicables sur le territoire de la Partie contractante requérante pour autant qu'il est établi que ce ressortissant est entré sur le territoire de cette Partie après avoir séjourné ou transité par le territoire de la Partie contractante requise* ».

Les policiers français peuvent donc remettre à leurs homologues italiens les migrants irréguliers provenant de l'Italie, une fois qu'il est établi qu'ils viennent d'Italie. Le deuxième alinéa ajoute la possibilité que les personnes en question soient titulaires d'un titre de séjour, ou d'un visa délivré par l'État requis, mais qui ne leur permet pas non plus d'entrer sur le territoire de l'État requérant. Selon l'alinéa 3 « *la demande de réadmission doit être transmise dans un délai de trois mois à compter de la constatation par la Partie contractante requérante de la présence irrégulière sur son territoire du ressortissant d'un État tiers* ».

L'accord de Chambéry semble néanmoins indiquer une séparation des deux moments de la constatation de la présence irrégulière et de la transmission de la demande de réadmission. De plus, l'article 6 ajoute l'éventualité que, dans la période en question, le ressortissant n'ayant pas le droit d'entrer ou de séjourner sur le territoire puisse être régularisé s'il séjourne dans le territoire depuis 6 mois. Dans ces cas, l'obligation de réadmission prévue à l'article 5 du même accord n'existe pas. De même, les points (d) et (e) du même article affirment que l'obligation de réadmission est exclue à l'égard des ressortissants des États tiers qui ont obtenu ou même demandé l'asile aux autorités compétentes de l'État requérant. Ce qui signifie que si un ressortissant d'un pays tiers traverse la frontière franco-italienne et demande l'asile en France, il ne peut pas être réadmis au sens de l'accord de Chambéry.

Pour prouver la provenance de la personne qui fait l'objet de la réadmission, ce qui constitue la condition essentielle de la réadmission, les polices frontalières doivent utiliser certains éléments spécifiques²²⁶. Le texte opère une distinction entre les éléments prouvant l'entrée et le séjour réguliers sur le territoire de l'État requis et les indices d'un éventuel séjour effectif sur le même territoire.

Ainsi, le point 3.1 de l'Annexe à l'accord précise que l'entrée ou le séjour d'un ressortissant d'un État tiers sur le territoire de la Partie contractante requise sont établis sur la base d'un des éléments de preuve, tels que les cachets d'entrée ou de sortie ou autres indications éventuelles portées sur

²²⁶ Décret n. 2000-652 du 4/7/2000 portant publication de l'accord de Chambéry, Article 8 : Pour l'application de l'article 5, alinéa 1, l'entrée ou le séjour des ressortissants des États tiers sur le territoire de la Partie contractante requise est établi ou constaté par tout moyen précisé dans l'annexe au présent Accord. La demande de réadmission doit comporter les éléments prévus à l'annexe du présent accord. Elle est transmise directement aux autorités concernées, dans les conditions précisées dans l'annexe au présent Accord. Sont à la charge de la Partie contractante requérante les frais de transport jusqu'à la frontière de la Partie contractante requise de la personne dont la réadmission est sollicitée.

les documents de voyage ou d'identité authentiques, falsifiés ou contrefaits ; les titres de séjour ou autorisations de séjour périmés depuis moins de deux ans ; des visas périmés depuis moins de six mois ; des titres de transport nominatifs permettant d'établir l'entrée de la personne concernée sur le territoire de la Partie contractante requise ou le territoire de la Partie contractante requérante en provenance de la Partie contractante requise ; des cachet d'un État tiers limitrophe d'une des deux Parties, en tenant compte de l'itinéraire utilisé par la personne concernée ainsi que de la date de franchissement de la frontière.

Le point 3.2 de l'Annexe liste les indices qui doivent être évalués au cas par cas par la Partie contractante requise pour apprécier le séjour effectif du ressortissant du pays tiers sur son territoire. Il ne s'agit pas d'éléments probants, les policiers pouvant s'appuyer sur des documents génériques comme le permis de conduire, livret de marin, permis de port d'arme, carte d'identification délivrée par l'administration des postes, titre de transport, factures d'hôtels, certificat d'immatriculation sur le territoire de l'État requis du véhicule utilisé pour franchir la frontière, carte d'accès à des institutions publiques ou privées, carte de rendez-vous chez un médecin ou un dentiste, etc.

De même, des éléments tels que des déclarations d'agents des services officiels ou des déclarations non contradictoires et suffisamment détaillées de la personne concernée, comportant des faits objectivement vérifiables, les dépositions de témoins attestant l'entrée ou le séjour sur le territoire de la Partie contractante requise, consignées dans un procès-verbal rédigé par les autorités compétentes, ainsi que les données vérifiables attestant que la personne intéressée a eu recours aux services d'une agence de voyages ou d'un passeur peuvent constituer des indices permettant de présumer la provenance de la personne interceptée. Ces éléments, comme prévu au premier point de l'annexe, doivent figurer dans la demande de réadmission, qui doit contenir aussi les données relatives à l'identité de la personne concernée ainsi que deux photographies.

Selon les points 1.2 et suivants de l'annexe, la demande de réadmission doit être rédigée sur un formulaire conforme au modèle établi et transmise directement, notamment par télécopie ou télex, aux autorités de l'autre Partie contractante, qui doit répondre dans les 48 heures qui suivent la réception de la demande. Il ne peut y avoir réadmission qu'après l'acceptation de la Partie contractante requise.

On a déjà évoqué la possibilité qu'une sorte de réadmission soit mise en œuvre pour faciliter l'exécution d'une décision de retour. Le titre III du décret portant publication de l'accord sur la réadmission est dédié à la question du transit, qui peut découler de la situation qu'on vient d'évoquer : quand l'État requérant émet une décision d'éloignement, ou bien de refus d'entrée à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers, il peut demander à l'État requis de permettre le transit, par voie terrestre ou aérienne, de la personne concernée.

La Partie contractante requérante assume l'entière responsabilité de la poursuite du voyage du ressortissant d'un État tiers vers son pays de destination et reprend en charge cette personne si, pour une raison quelconque, la mesure d'éloignement ou la mesure de refus d'entrée sur son territoire ne peut être exécutée. Il peut alors être nécessaire d'escorter la personne. L'escorte peut être assurée par les autorités de l'État requérant, par celles de l'État requis ou par les deux en collaboration. Dans ces deux dernières hypothèses, l'escorte de la Partie contractante requérante est placée sous l'autorité des services compétents de la Partie contractante requise.

Les accords de Chambéry fixent le cadre de la coopération policière transfrontalière entre l'Italie et la France, ce qui est d'une importance primordiale si l'on considère que finalement les acteurs des politiques migratoires, ceux qui mettent en pratique dans la réalité le contenu des normes juridique en la matière, sont des policiers, des forces de l'ordre chargées du contrôle frontalier. D'où l'importance de comprendre dans quel cadre opérationnel et non seulement dans quel contexte juridico-normatif, ces forces de l'ordre opèrent concrètement.

Comme nous le verrons tout au long de la suite de cette étude, les indications contenues dans les accords ne sont très souvent pas respectées, puisque dans la pratique les réadmissions sont fréquemment effectuées sans que les demandes ne soient dûment complétées par les documents prévus dans l'accord, en l'absence de tout document constituant une forme d'acceptation de l'État requis. Ces pratiques s'inscrivent dans une continuité qui remonte à une période antérieure à l'entrée en vigueur de la CAAS et des accords de réadmission, tant à la frontière franco-italienne qu'ailleurs, comme plusieurs observateurs l'ont remarqué²²⁷.

²²⁷ Sara Casella Colombeau, *Surveiller les personnes, garder les frontières, définir le territoire. La Police Aux Frontières après la création de l'espace Schengen (1953-2004)*, Thèse de doctorat, Sciences Po, Paris, 2013; Julien Jeandesboz, Polly Pallister-Wilkins, *Crisis, enforcement and control at the EU borders*, dans Anna Lindley (dir.), *Crisis and Migration : Critical Perspectives*, Routledge, Londres, 2015, pp. 115-135; Alessandro Barone, *Le long été de Vintimille : auto-organisation et criminalisation de la solidarité à la frontière franco-italienne*, Mouvements, n. 93, 2018, pp. 173-179; Mathilde Darley, *Le contrôle migratoire aux frontières Schengen : pratiques et*

Deux observations doivent être apportées. Premièrement, on peut effectivement affirmer, en nous appuyant également sur le récit de plusieurs associations engagées dans la défense des droits des personnes migrantes, que les accords de Chambéry ont simplement donné une apparence institutionnelle, une légitimité formelle à des pratiques anciennes qui avaient lieu avant leur entrée en vigueur, en dehors de toute réglementation internationale. En deuxième lieu, cette continuité comprend aussi la période postérieure au rétablissement des contrôles à la frontière franco-italienne, au cours de laquelle ces pratiques, qui étaient routinières mais se situaient dans le cadre d'un contrôle frontalier aléatoire, sont devenues routinières et systématiques. Ce qui a changé dans le temps, c'est plutôt la narration médiatique et politique des contrôles frontaliers, sur un tronçon de frontière que les autorités françaises ont à plusieurs reprises défini comme « critique » puisque traversé par des flux migratoires « exceptionnels ».

Avant d'analyser spécifiquement la frontière franco-italienne et les pratiques policières qui y sont mises en œuvre dans le cadre du rétablissement des contrôles frontaliers, il convient de questionner la relation entre des accords sur la réadmission tels que les accords de Chambéry et les normes européennes qui fixent des procédures spécifiques sur le retour de certaines catégories d'étrangers. Si, en effet, les accords de Chambéry évoquent génériquement des personnes ne remplissant pas les conditions d'entrée sur le territoire national, aucune référence n'est faite au statut particulier de ces personnes. En d'autres termes, derrière la condition administrative d'irrégulier, il se peut que les personnes interceptées et réadmisses en vertu des accords de Chambéry soient dans tous les cas titulaires d'un droit de ne pas être refoulées ou qu'elles relèvent d'une procédure spécifique.

C'est par exemple le cas des demandeurs d'asile, pour lesquels le règlement Dublin de 2003, qui est donc postérieur aux accords de Chambéry, prévoit une procédure spécifique dite de « transfert » entre États membres de l'Union européenne. Comme nous le verrons de manière approfondie lorsque nous aborderons, dans la deuxième partie de cette étude, la question de l'incidence des pratiques policières sur le droit d'asile à la frontière franco-italienne, cette procédure particulière de transfert présuppose la présence de la personne concernée sur le

représentations des polices sur la ligne tchéco-autrichienne, Cultures & Conflits, n° 71, 2008, pp. 13-29; Lorenzo Gabrielli, *Récurrence de la crise frontalière : l'exception permanente en Espagne*, Cultures & Conflits, n. 99, 2016, pp. 75-98.

territoire d'un État européen différent de celui qui est responsable du traitement de sa demande d'asile et comporte toute une série de garanties temporelles et substantielles.

Si, d'un côté, le règlement Dublin semble vouloir nier la possibilité donnée aux demandeurs d'asile de sortir du territoire de l'État responsable du traitement de la demande d'asile, le même texte crée une procédure tout à fait dérogatoire de retour des ressortissants d'États tiers en situation irrégulière. Celle-ci est conçue, d'une part, pour rendre effective la disposition qui fixe la responsabilité d'un seul État, mais aussi, d'autre part, pour détacher les demandeurs d'asile d'une condition générale d'irrégularité qui découle du franchissement non autorisé de la frontière intérieure, sans avoir vocation à « faire oublier » la condition particulière de fragilité propre du demandeur s'asile. Or, comme le droit international et européen ainsi que la jurisprudence de la CEDH le rappellent, le demandeur d'asile ne peut pas être refoulé sans que sa demande d'asile ne soit prise en considération. Ainsi, à la frontière intérieure Schengen, lorsqu'une demande est présentée dans l'un des États européens, le principe de non-refoulement se traduit par la prévision d'une procédure spécifique de transfert, dite procédure Dublin.

Comme on le verra, le fait que les réadmissions mises en œuvre à la frontière franco-italienne se fassent souvent de manière informelle et expéditive, comporte une violation des accords de Chambéry lorsque la procédure prévue dans ces accords n'est pas respectée. Néanmoins, même dans l'hypothèse où les forces de police respectent le texte de l'accord en question, on pourrait affirmer que la procédure de réadmission simplifiée « Chambéry » contraste avec la procédure prévue par le règlement Dublin pour le transfert des demandeurs d'asile. Ce qui nous amène à nous poser la question de la procédure applicable.

Le décalage entre le texte des accords de Chambéry et le règlement Dublin n'est pas une simple question terminologique, mais touche à la substance du problème du contrôle frontalier en Europe. Le fait de confier la gestion des frontières, avec toutes ses implications en termes d'enjeux de politique migratoire, à des forces policières qui coopèrent sur la base d'arrangements opérationnels, a une incidence majeure sur le respect du droit européen et des droits de l'homme applicables lors du franchissement d'une frontière européenne.

Ces accords qui ne détaillent pas les différents statuts des ressortissants des pays tiers, créent un cadre juridico-opérationnel qui ne tient pratiquement pas compte des droits des personnes impliquées dans le contrôle frontalier, alors que les agents des autorités nationales chargées du

contrôle sont toujours soumis aux obligations du droit européen. Il est possible de faire ici la même observation que sur l'agence Frontex, c'est-à-dire le constat de la nécessité qu'à côté des forces de police, l'on crée une place spécifique pour des agents d'autorités non policières, chargées de faciliter l'accès aux procédures d'asile, ainsi que d'apporter un soutien juridique aux personnes franchissant la frontière, intérieure ou extérieure de l'UE.

Force est de constater qu'une telle approche, qui serait la seule approche qui garantirait le plein respect des droits des personnes migrantes, se situe à l'extrême opposé de la direction que les politiques migratoires européennes et nationales ont pris depuis le développement de l'espace Schengen, qui est aujourd'hui régi par un cadre normatif qui laisse planer beaucoup de doutes sur plusieurs fronts. Avant tout, ces normes nous montrent un espace construit sur des frontières mobiles et intermittentes selon le statut juridique et administratif de la personne qui les franchit, des frontières qui n'ont pas perdu leur fonction de tri et de barrage à l'encontre des ressortissants des pays tiers, qui n'ont cessé d'y être confrontés.

En deuxième lieu, il s'agit d'un cadre juridique dans lequel les États ont gardé un poids déterminant et ont montré leur capacité à se soustraire à ces règles qui, au lieu de les contraindre à certains comportements, ont été elles-mêmes modifiées à plusieurs reprises pour répondre aux exigences politiques des gouvernements nationaux. En troisième lieu, l'application de ces normes est concrètement confiée à des forces de police qui ont commencé à coopérer et à disposer des cadres opérationnels communs, ne semblant néanmoins pas tenir compte des normes européennes en la matière. Le risque majeur est que, face à la centralité du rôle des forces de l'ordre en ce qui concerne le contrôle frontalier et compte tenu de ces arrangements de police, le droit européen de l'espace Schengen ne soit une fois de plus affaibli et relativisé.

L'effet principal de la centralité de la logique policière dans le contrôle de la migration est, comme nous le verrons dans la deuxième partie de l'étude à propos de la frontière franco-italienne, la mise à l'écart des droits des personnes migrantes, la fragilisation du droit d'asile et le non-respect des obligations de prise en charge des personnes vulnérables, trois phénomènes qui circulent en parallèle, qui ont les mêmes racines, c'est-à-dire une politique migratoire européenne entièrement axée sur la sécurité et non pas sur le respect de droits des personnes migrantes. Ces deux aspects, qui devraient également pouvoir être conciliés, semblent au contraire, dans la logique politique prédominante en Europe, constituer deux enjeux inconciliables dans la pratique.

2eme PARTIE

LES PRATIQUES POLICIERES A LA FRONTIERE FRANCO-ITALIENNE ET LEUR INCIDENCE SUR LES DROITS DES PERSONNES MIGRANTES.

L'étude du cadre européen des règles sur le contrôle frontalier dans l'espace Schengen nous a montré que, malgré une certaine rhétorique qui accentue le caractère libéral d'un espace européen sans frontières, les frontières intérieures non seulement existent toujours mais, notamment au regard des ressortissants des pays tiers, n'ont guère perdu leur fonction de tri et de barrière. L'espace Schengen n'est donc en rien un espace sans frontières ; celles-ci se sont peut-être dématérialisées, sans doute démultipliées, le contrôle se renforçant et se réorganisant autour d'un nouveau cadre juridique européen, entièrement basé sur la nécessité de garantir un degré élevé de sécurité à l'intérieur de chaque État.

Les États européens, tout en transférant des compétences majeures sur le contrôle des frontières extérieures à des organes de l'Union, ont gardé un rôle central quant à la détermination des conditions d'entrée et de séjour sur leur territoire, créant souvent, comme dans le cas de la France, des règles spécifiques sur le contrôle des zones frontalières intérieures. Comme nous l'avons vu, si un cadre de normes communes sur le contrôle frontalier fondé sur l'absence des contrôles aux frontières intérieures est fixé au niveau européen, les États membres ont gardé la possibilité de prévoir et d'organiser juridiquement des activités équivalentes dans la pratique à un contrôle frontalier, comme le contrôle des documents de voyage et des titres de séjour des ressortissants des pays tiers, à condition qu'elles ne soient pas systématiques.

Ainsi, ces activités de contrôle sont confiées aux forces de l'ordre, qui ont développé une coopération policière sans précédent. Les États européens ont signé des dizaines d'accords bilatéraux qui fixent le cadre opérationnel du contrôle frontalier et de la réadmission des « irréguliers ». Or, comme nous l'avons vu à la fin de la première partie, ces accords de police ne tiennent pas compte de plusieurs normes européennes sur la migration et l'asile et finissent par légitimer des pratiques policières illégales comme le refoulement en Italie des demandeurs d'asile, pour lesquels, en fonction de leur situation particulière, il est prévu qu'ils puissent entrer dans le territoire de l'État soit pour demander l'asile, soit pour faire l'objet d'une procédure spécifique de transfert vers un autre État européen.

Le rétablissement des contrôles à la frontière franco-italienne n'a pas changé l'objet des contrôles, ni leurs modalités : quel que soit le régime applicable à ces contrôles, il s'agit toujours dans la pratique d'un contrôle visant à empêcher l'entrée sur le territoire aux ressortissants des pays tiers qui n'en ont pas le droit. Ce contrôle est mis en œuvre à travers des modalités qui ne répondent pas à l'exigence de vérifier si un tel droit existe ou pas, mais semblent vouloir exclure sommairement un maximum d'étrangers, quels que soient leurs statuts juridiques. Cependant, le rétablissement des contrôles a aggravé la situation dans le sens où il a comporté un déploiement d'un nombre toujours croissant d'agents des forces de l'ordre dans la région. Cette véritable militarisation de l'espace a ainsi mené à la diffusion et à la multiplication de ces pratiques, sommaires, expéditives et contraires au droit européen.

Une conséquence majeure de la militarisation de l'espace frontalier et du rôle prépondérant des forces de police dans la région, qui reflètent l'absence de dispositifs sociaux de support et d'assistance aux personnes migrantes, a été l'augmentation de la présence dans la région de collectifs de citoyens et d'ONG, notamment françaises et italiennes. Ces organisations constituent une source d'information essentielle en regard du total manque de transparence sur les nombres d'interpellations et de renvois de la part des autorités de police et des institutions locales et nationales. Ainsi, comme on l'a observé à propos des ONG de la Méditerranée qui, tout comme les collectifs de citoyens de la vallée de la Roya, subissent une criminalisation médiatique et politique, ces organisations se trouvent à combler des vides d'assistance créés par des politiques migratoires qui ne visent qu'à empêcher ou réduire au minimum les entrées sur le territoire.

Néanmoins, c'est à cause de cette politique qu'un nombre croissant de migrants décide désormais, après avoir été refoulés à plusieurs reprises et livrés à eux-mêmes sans aucune assistance, de défier la mort et d'emprunter de sentiers très dangereux de haute montagne, dans l'espoir de ne pas être contrôlés.

Concernant plus particulièrement les décisions de non-admission, les refoulements informels sont devenus largement pratiqués alors qu'ils violent ouvertement la CEDH et le droit de l'UE lorsque cette pratique comporte des refoulements collectifs sans tenir compte des circonstances particulières et des droits des personnes refoulées. Ces refoulements informels, qui n'ont aucune base légale et qui d'ailleurs ne sont pas comptabilisés dans les statistiques sur les non-admissions, visent toutes les catégories de ressortissants de pays tiers franchissant la frontière, y compris les

demandeurs d'asile, les personnes vulnérables telles que les mineurs isolés pour lesquels des obligations de prise en charge sont prévues par le droit européen et les normes nationales. En raison de leur nature, même quand ils constituent des violations graves des droits de ces personnes, ces refoulements ne peuvent pas faire l'objet de recours. En outre, comme nous le verrons, toute une série de droits, comme le droit à l'information, au conseil légal, à être soigné en cas de maladie ou à ne pas être privé de liberté personnelle sans une base légale et procédurale déterminées, subissent au quotidien des limitations intolérables.

Pour comprendre l'ampleur des violations mises en œuvre à la frontière franco-italienne, nous utiliserons principalement les rapports d'observation des ONG présentes sur le territoire, qui apportent une contribution très précieuse pour comprendre la réalité des frontières intérieures, les rapports de visites d'institutions nationales et européennes telles que, par exemple, le Contrôleur des lieux de privation de liberté ou le Défenseur des droits, ainsi que les décisions de justice qui commencent à apparaître concernant les pratiques policières à la frontière. Ces décisions de justice sont les premières en matière de frontières intérieures et sont très différentes les unes des autres, certaines condamnant les violations des droits des personnes migrantes, d'autres les justifiant sur la base de l'idée que la limitation de certains droits peut se justifier en raison de l'exceptionnalité de la situation des flux migratoires à l'entrée en France.

Dans un premier temps, nous essaierons de comprendre comment la gestion de ce tronçon de frontière a évolué dans le temps et en quelle mesure la construction médiatique et politique de la « crise » a mené à la progressive militarisation de l'espace (1). Ensuite, nous analyserons les méthodes par lesquelles les autorités policières interceptent et refoulent les migrants à la frontière intérieure, des méthodes souvent illégales qui signifient la négation quasi-systématique de leurs droits (2). Dans une troisième partie, nous étudierons les incidences de la législation nationale et des pratiques policières sur le droit d'asile, ce qui nous conduira à constater l'inefficacité de « l'approche Dublin », qui, contrairement aux objectifs énoncés dans le règlement sur l'asile, n'a fait qu'alimenter l'augmentation de mouvements secondaires des personnes demandant une protection à l'intérieur de l'Europe (3). De même, l'analyse de la manière dont les autorités françaises ne prennent pas en charge, à la frontière franco-italienne, les personnes vulnérables telles que les mineurs non accompagnés, sera révélatrice du dysfonctionnement des politiques d'accueil nationales et européennes (4).

1. La frontière franco-italienne dans les années de la « crise »

La décision de rétablir les contrôles frontaliers aux frontières intérieures françaises a été prise une première fois à l'occasion de l'organisation de la COP 21 qui s'est déroulée à Paris du 30 novembre au 12 décembre 2015. Ce rétablissement, initialement visant une période allant du 6 novembre jusqu'à la fin des travaux de la Conférence, a été maintenu lors de la mise en œuvre de l'état d'urgence, suite aux attentats de Paris du 13 novembre 2015. Il s'agit bien évidemment de deux mesures, l'état d'urgence et le rétablissement des contrôles, tout à fait indépendantes et ne relevant pas du tout du même régime juridique. Néanmoins, on peut affirmer qu'elles sont dotées d'un caractère commun, c'est-à-dire qu'elles ont été mises en œuvre en réponse à un fait exceptionnel : des attentats terroristes, qui ont évidemment constitué un élément de « crise » et de menace grave à la sécurité intérieure. Cela dit, si le rétablissement des contrôles est encadré par le CFS, l'état d'urgence trouve sa source dans une loi interne, la loi n. 55-385 du 3 avril 1955 et consiste en une augmentation des pouvoirs de contrôle et de poursuite de la police sur l'ensemble du territoire²²⁸.

Or, si l'utilisation de ces deux mesures de manière conjointe apparaissait comme une décision indiscutablement opportune au lendemain des attentats de Paris, au fil des années il est devenu évident que le maintien du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures a servi d'instrument de gestion des flux migratoires et non comme un dispositif de défense contre des menaces terroristes. En d'autres termes, si la fermeture des frontières a été mise en œuvre pour faire face à la crise terroriste, son maintien a été jugé nécessaire pour répondre à une autre « crise », celle qui découlait de l'augmentation sans précédent des mouvements secondaires à l'intérieur de l'espace Schengen.

Si, comme nous le verrons, le rétablissement des contrôles comporte un changement de régime juridique applicable à ce type de frontière, ni l'objet des contrôles ni les modalités pratiques de déroulement de ces derniers ne subissent de changement particulier. En effet, d'une part la législation française a toujours prévu la possibilité de contrôler la détention des documents de voyage et des titres de séjours des ressortissants des pays tiers dans une zone frontalière, de

²²⁸ Loi n. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

l'autre les accords de Chambéry avaient consolidé des pratiques policières simplifiées relatives à la non-admission et à la réadmission des personnes en Italie.

Ces pratiques feront l'objet d'une analyse plus détaillée dans les prochains chapitres. Dans cette première partie, nous aborderons les conséquences du rétablissement des contrôles sur la région frontalière franco-italienne en termes de processus sociaux qui s'y sont progressivement développés, comme la militarisation de l'espace ou la consolidation de la présence dans la région d'acteurs humanitaires qui suppléent à l'absence des autorités non policières de support et d'assistance aux personnes qui tentent de franchir la frontière.

Néanmoins, suite au rétablissement des contrôles aux confins entre la France et l'Italie, un phénomène de « frontièrification » s'est mis en place, les autorités de police mettant en œuvre une stratégie de tri et de barrage qui édifie une véritable et complexe infrastructure du contrôle et qui accentue le caractère conflictuel du lieu-frontière²²⁹. La frontière franco-italienne devient ainsi un théâtre de tensions, alimentées par des pratiques policières particulièrement dommageables pour les migrants ainsi que par un processus de criminalisation de la solidarité.

Dans une première partie, nous analyserons les conséquences du rétablissement des contrôles frontaliers en termes de militarisation de l'espace et de renforcement du rôle de tri et de barrage de la frontière franco-italienne (1.1). Dans une deuxième partie nous observerons plus particulièrement l'incidence de ces contrôles sur l'activité des ONG présentes dans la région, ainsi que celle des collectifs de citoyens engagés dans la défense des droits des personnes migrantes, en analysant en particulier une décision très importante du Conseil constitutionnel français sur l'aide à l'entrée sur le territoire national (1.2).

1.1 Le contrôle frontalier à la frontière franco-italienne entre militarisation de l'espace et enjeux de politique migratoire

La réintroduction des contrôles fixes et systématiques à la frontière franco-italienne de 2015, prolongée de manière ininterrompue jusqu'à présent, a constitué un fait politique et juridique inédit pour l'histoire de l'espace Schengen, un fait qui a sans doute questionné et mis en discussion l'architecture normative et institutionnelle de l'ELSJ, fondée sur le principe de liberté de circulation à l'intérieur de l'espace commun sans frontières. Ainsi, le recours de la France à

²²⁹ Paolo Cuttitta, *La "frontièrification" de Lampedusa. Comment se construit une frontière*, L'Espace politique, n. 25, pp. 35-50, en ligne, consulté le 12/12/2019, <https://doi.org/10.4000/espacepolitique.3336>.

la clause prévue à l'article 25 du CFS a comporté théoriquement un basculement du régime juridique applicable aux contrôles des frontières intérieures. Si, avant le rétablissement de 2015, le principe applicable était celui de l'article 22 du CFS, c'est-à-dire l'absence de contrôle nuancée par la nécessité de garantir des vérifications à l'intérieur du territoire, en vertu de l'article 32 du CFS, on devrait appliquer aux frontières intérieures, *mutatis mutandis*, les règles prévues à l'article 8 sur les frontières extérieures.

En d'autres termes, en vertu des articles 8 et 32 du CFS, à la frontière extérieure comme à la frontière intérieure lorsque la réintroduction des contrôles est activée, toutes les personnes devraient faire l'objet d'une vérification minimale visant à établir leur identité sur production ou sur présentation de leurs documents de voyage. Cette vérification devrait se concrétiser en un examen simple et rapide de la validité du document autorisant le franchissement de la frontière ainsi que de la présence d'indices de falsification ou de contrefaçon.

Comme pour la frontière extérieure, des contrôles plus approfondis sont prévus pour les ressortissants des pays tiers. Dans ce cas, les gardes-frontières doivent vérifier de manière approfondie la validité des documents de voyage, les visas ou permis de séjour requis, les cachets d'entrée et de sortie afin de comparer les dates d'entrée et de sortie (qui doivent respecter la durée maximale prévue par le titre de séjour dont ils sont en possession), ainsi que les documents justificatifs correspondant à l'objet du séjour envisagé. Le régime juridique de la frontière intérieure est donc fondé, comme pour les frontières extérieures, sur le principe d'un double niveau de contrôle, une vérification minimale d'identité pour les citoyens européens et des contrôles plus approfondis pour les ressortissants des pays tiers.

Ainsi, si on reprend le raisonnement sur la portée réelle de la règle de l'absence de contrôle aux frontières intérieures et qu'on la décline au cas français, on s'aperçoit que le changement de régime juridique applicable n'est qu'apparent et théorique, puisque tant la législation nationale que les modalités effectives des contrôles frontaliers permettent le contrôle des requis d'accès au territoire des étrangers dans une zone frontalière.

En effet, au-delà du rétablissement des contrôles, le principe contenu à l'article 22 du CFS selon lequel « *les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières ne soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité* » doit être

mis en balance avec le contenu de l'article 23 qui affirme que l'absence de contrôle aux frontières intérieures ne doit pas porter atteinte au pouvoir de contrôle policier qui ne subit par le droit européen aucune limitation en ce qui concerne le reste du territoire national. Comme on l'a vu, la France dispose dès 1993 d'une législation nationale qui organise les pouvoirs de vérification et de contrôle dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États de l'espace Schengen et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international.

Selon l'article 78-2 du code de procédure pénale français, à l'intérieur de cette zone frontalière, pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière, l'identité de toute personne peut également être contrôlée en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi. La règle en question, qui est antérieure au CFS ainsi qu'au RAEC, constitue la base légale du contrôle frontalier aux frontières intérieures, qui peut donc s'effectuer dans une zone allant jusqu'à 20 kilomètres de la frontière. Comme on a vu, la CJUE avait censuré cette norme en 2010, affirmant que ces contrôles ne devaient pas être systématiques, c'est-à-dire qu'ils ne devaient pas viser toute personne franchissant la frontière²³⁰. Le caractère systématique du contrôle constituerait, selon la CJUE, un effet équivalent à un contrôle frontalier et serait donc interdit par le droit de l'Union. À ce propos, il serait intéressant de questionner le concept de systématisme : quand se trouve-t-on en présence d'un contrôle systématique ?

Le caractère systématique pourrait concerner à la fois la fréquence et la modalité du contrôle - on contrôle tous les franchissements frontaliers à tout moment - ou alors l'objet même du contrôle, c'est-à-dire l'ensemble des personnes concernées. Selon le choix argumentatif, on pourrait se demander si un contrôle qui vise seulement les personnes en apparence étrangères pourrait être considéré comme non systématique puisqu'il ne concerne qu'une partie des personnes franchissant la frontière. En ce sens, l'article L. 611-11 du CESEDA semble justifier dans tous les cas le contrôle visant à vérifier la condition de ressortissant de pays tiers lorsqu'il affirme que « *les contrôles des obligations de détention, de port et de présentation des pièces et documents prévus ne peuvent être effectués que si des éléments objectifs déduits de circonstances*

²³⁰ CJUE, Arrêt de la Cour n. C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli*, 16/04/2010.

extérieures à la personne même de l'intéressé sont de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger ».

Ce type de contrôle, visant la vérification de la régularité du franchissement frontalier des ressortissants des pays tiers, apparaît donc non seulement autorisé à tout moment depuis 1993, mais aussi paradoxalement nécessaire - si on choisit de considérer l'idée de systématisme en relation à l'objet du contrôle - pour légitimer une activité de contrôle qui ne doit pas être systématique. Il n'est pas surprenant que ce type de contrôle n'ait jamais cessé d'être mis en œuvre, avant comme après la réintroduction des contrôles de 2015.

De même, si on observe le phénomène de militarisation de l'espace qui a concerné la frontière franco-italienne, avec tout ce qui en découle en termes de déploiement de forces de police et de médiatisation des tensions, on s'aperçoit que l'infrastructure du contrôle mise en place à la frontière franco-italienne ne vise que les ressortissants des pays tiers, qui sont comme on l'a vu la cible principale du contrôle, quel que soit le régime applicable au contrôle frontalier. La décision de réintroduire les contrôles fixes et systématiques à la frontière franco-italienne n'a donc pas changé le fait que les contrôles visaient avant 2015 et visent à l'heure actuelle quasi-exclusivement les personnes en apparence étrangères, ce qui a amené plusieurs associations à dénoncer la pratique des contrôles au faciès, dont nous avons déjà parlé dans la première partie de la recherche. C'est d'ailleurs pour ces personnes que la frontière intérieure revêt une importance primordiale, car les citoyens européens jouissent pleinement de la liberté de circulation, alors que les ressortissants des pays tiers doivent être munis d'un titre de séjour qui leur permet de circuler à l'intérieur de l'espace Schengen. Ainsi, comme nous l'avons vu, la frontière intérieure est une frontière intermittente, qui s'active seulement pour certaines catégories de personnes, étant substantiellement neutre pour les citoyens des États européens.

Il convient maintenant d'analyser la manière dont le rétablissement des contrôles a transformé la frontière franco-italienne dans les années dites de la « crise », en en faisant une zone désormais militarisée, dans laquelle la présence des forces de l'ordre n'a jamais été tant élevée.

L'expression « militarisation » a été utilisée par Samantha Sabo, professeure à l'Université de l'Arizona, à propos de la frontière entre les États-Unis et le Mexique, pour décrire la « *saturation*

de l'espace par une présence accrue de forces de l'ordre impliquées dans le contrôle migratoire et dans le contrôle des frontières » ainsi que le « recours à des tactiques militaires et des armes²³¹ ». Cette saturation s'est traduite, à la frontière franco-italienne, par l'augmentation sans précédent du déploiement sur ces territoires de militaires, compagnies républicaines de sécurité (CRS), gendarmes, agents de la police nationale et de la PAF dans les gares, sur les routes, dans les sentiers de randonnée de la zone frontalière, de Menton à Nice, ainsi que dans la vallée de la Roya.

Un rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté sur la visite des locaux de la police aux frontières de Menton au mois de septembre 2017, témoigne de l'augmentation sensible des effectifs de la PAF entre les années 2015 et 2017 : 95 fonctionnaires de police en 2017 contre 58 en 2015²³². Cette évolution en termes de présence de force de l'ordre touche tous les tronçons de frontière franco-italienne à partir de la fin de l'année 2016 mais surtout de l'été 2017. Aux effectifs de la PAF déjà présents à Montgenèvre, au niveau du PPA du tunnel du col de Fréjus et à Modane, se sont ajoutés des renforts humains avec une présence renforcée de la brigade anti-criminalité, de la douane, de la gendarmerie locale, du PSIG, de la police et de la gendarmerie de haute montagne, de CRS, de gendarmes mobiles ainsi que de militaires de l'opération SENTINELLE. Ce personnel militaire et policier est, de plus, renforcé par la présence de chiens policiers, notamment depuis la fin de l'été 2018²³³.

Même du côté italien, on assiste à l'augmentation des patrouilles conjointes de forces françaises et italiennes (policiers, carabinieri, renseignements généraux, gardes de finance) notamment autour des gares de Vintimille, Bardonecchia et Oulx. À côté de l'augmentation des effectifs français et italiens des forces de l'ordre, on observe un renforcement des outils à disposition de ces patrouilles : pour opérer les contrôles, les forces de l'ordre sont désormais armées de matraques, *famas*, pistolets, *flashballs*, fusils ou mitraillettes. Ils disposent également de véhicules tels que des bus pour les contrôles routiers, des quads ou des motoneiges ainsi que d'un

²³¹ Samantha Sabo, *Everyday violence, structural racism and mistreatment at the US-Mexico border*, Elsevier Ltd, 2014, pp. 340.

²³² Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport de visite: 4 au 8 septembre 2017 - Rapport de visite des locaux de la police aux frontières de Menton (Alpes-Maritimes) – 2eme visite. Contrôle des personnes migrantes à la frontière franco-italienne*, Rapport de visite, 2018.

²³³ ANAFE, *Persona non grata. Conséquences des politiques sécuritaires et migratoires à la frontière franco-italienne*. Rapport d'observation 2017-2018, 2019.

hélicoptère de la gendarmerie pour patrouiller sur les sentiers, ainsi que des véhicules dotés d'antennes radio pour écouter les conversations téléphoniques. On peut ajouter à la liste des moyens employés tout l'arsenal de matériel de contrôle et de surveillance, comme les lunettes de vision nocturnes, les drones, plusieurs caméras ainsi qu'un détecteur de mouvement dans le tunnel ferroviaire sur la voie de chemin de fer reliant Vintimille à Breil-sur-Roya.

Selon le chercheur Luca Giliberti, qui reprend les chiffres utilisés par les réseaux de solidarité, concernant la seule vallée de la Roya, « *la militarisation coûte à l'Etat français 60.000€ par jour, soit 420.000€ par semaine, 1.800.000€ par mois, 21.900.000€ par an*²³⁴ ». Il s'agit de chiffres qui n'ont jamais été démentis par les autorités publiques, qui confirment que le dispositif humain et matériel employé à la frontière franco-italienne est sans précédent. Concernant les tactiques employées par ces forces de l'ordre à la frontière, on peut facilement les qualifier de « quasi-militaires ». Les témoignages de migrants interceptés et des ONG présentes sur le territoire font état de « camouflages », « guet-apens », « courses-poursuites », « embuscades », « barrages » et d'autres tactiques qui reposent sur une logique d'intimidation, d'instillation de la peur et de la création de l'effet de surprise.

La frontière intérieure franco-italienne, lors de la réintroduction des contrôles systématiques, est devenue le théâtre de tensions quotidiennes entre les forces de l'ordre et les personnes migrantes, dans un climat de criminalisation généralisée de ces dernières. Dans ce contexte de tension, qui est propre à la frontière militarisée, des situations de conflit entre les forces de l'ordre des deux États sont apparues, comme dans le cas de l'irruption de quatre gendarmes français, le 30 mai 2018, dans un local d'accueil pour migrants dans le village de Bardonecchia, sur le territoire italien, afin de soumettre une personne poursuivie depuis le territoire français à un examen d'urine²³⁵. Ou encore quand, le 2 août et le 15 octobre 2018, des policiers français, au lieu de remettre des migrants non admis sur le territoire français à leurs homologues italiens, ont passé la frontière et laissé ces personnes livrées à elles-mêmes dans un bois du territoire de la commune

²³⁴ Luca 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 n. 1, pp. 149-155.

²³⁵ Article de presse, *Bardonecchia, polizia francese armata in territorio italiano a caccia di migranti*, Il Corriere della sera, 31/03/2018, en ligne, consulté le 30/04/2018, https://www.corriere.it/cronache/18_marzo_31/bardonecchia-polizia-francese-armata-territorio-italiano-caccia-migranti-7faf8cc8-3467-11e8-a1e2-51062e133ddb.shtml.

italienne de Clavière, sans aucune formalité ni coordination avec les forces de l'ordre italiennes²³⁶.

Dans les deux cas, il s'agit d'une violation des accords de Chambéry, que les autorités françaises ont qualifiée de « simple erreur ». À propos des faits de Clavière notamment, la ministre française des Affaires européennes, Nathalie Loiseau, s'est exprimée le 16 octobre 2018, affirmant qu'il s'agissait d'une inattention de la part de gendarmes arrivés depuis peu de temps dans la région et qui sont entrés sans vouloir sur le territoire italien. Néanmoins, le parquet de Turin a aussitôt ouvert une enquête pour transport d'étrangers sur le territoire de l'Etat, émettant d'ailleurs une décision d'enquête européenne, instrument prévu par la directive (UE) n. 2014/41 du 3 avril 2014²³⁷.

La militarisation de l'espace et la multiplication du contrôle ne devraient pas caractériser les frontières intérieures de l'UE, alors qu'elles sont devenues des lieux-symbole du contrôle frontalier et des violations des droits des personnes migrantes, exactement comme Lampedusa ou les îles grecques. Or, ayant observé l'évolution de ce tronçon de frontière et ayant également analysé le régime juridique, l'objet et les modalités des contrôles qui y sont mis en œuvre, il est difficile de soutenir que le rétablissement des contrôles systématiques à la frontière intérieure ne répond pas à la volonté de la part de la France de renforcer sa maîtrise de la politique migratoire. En d'autres termes, même si l'article 25 du CFS n'autorise le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures qu'en cas de menace à l'ordre public ou à la sécurité intérieure et même si le considérant n. 26 du même texte affirme que l'augmentation de la pression migratoire ne devrait pas justifier le recours à l'article 25, on observe que la France en a fait une utilisation précise dans le cadre de sa politique de gestion et de limitation de l'immigration.

Il est d'ailleurs évident que la pleine maîtrise de la frontière intérieure constitue un instrument d'importance majeure dans la lutte contre l'immigration irrégulière, surtout dans un cadre européen caractérisé, comme nous le verrons plus en détail par la suite, par une augmentation sans précédent de mouvements secondaires à l'intérieur du continent. En effet, la « crise

²³⁶ Article de presse, *Caso Claviere, la procura indaga su due sconfinamenti francesi*, Avvenire, 16/10/2018, en ligne, consulté le 16/10/2018, <https://www.avvenire.it/attualita/pagine/gendarmeria-francese-riporta-migranti-in-italia-farnesina>.

²³⁷ Directive (UE) n. 2014/41 du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

migratoire » qui a caractérisé l'Europe ces dernières années et qui a concerné dans un premier temps les frontières extérieures s'agissant de personnes entrant sur le territoire européen, s'est lentement « déplacée » aux frontières intérieures des États européens, lorsque ces personnes ont commencé à circuler à l'intérieur de l'espace Schengen. C'est en réponse à cette « crise » donc, que les États européens, dont la France, ont commencé à avoir recours aux articles 25, 28 et 29 du CFS réintroduisant les contrôles aux frontières intérieures et fragilisant le droit de l'Union en la matière.

Cependant, il est nécessaire de déconstruire cette relation entre « crise » et exceptionnalité de la réponse politique, car qualifier une situation de « critique » n'est pas un acte neutre ou ne se fonde pas sur un fait objectif, mais découle toujours d'un choix politique précis et appartient à la sphère de la narration et non pas d'une réalité objectivable.

Selon Paolo Cuttitta, qui a mené une étude sur la médiatisation de l'immigration à Lampedusa, la crise constitue un véritable mode de gestion de l'immigration, un élément structurel qui influence l'orientation des politiques d'immigration européennes et nationales²³⁸. En ce sens, la construction de la « crise » dans le contexte migratoire répond à l'exigence de légitimer des pratiques de contrôle exceptionnelles²³⁹. Or, comme le dit Sara Casella Colombeau dans un article de 2020, « *la focalisation de l'analyse sur les temps de crise peut conduire à une invisibilisation et à une normalisation des pratiques routinières de contrôle*²⁴⁰ ». Ce processus avait par ailleurs été examiné par Julien Jeandesboz et Polly Pallister-Wilkins dans un article très important de 2014²⁴¹.

²³⁸ Paolo Cuttitta, *Lo spettacolo del confine, Lampedusa tra produzione e messa in scena della frontiera*, Mimesis, Milan, 2016, pp. 134.

²³⁹ Peter Andreas, *Border Games : Policing the U.S.-Mexico Divide*, Ithaca, Cornell University Press, 2001, pp. 224; Andrea Brighenti, *op.cit.* ; Sara Casella Colombeau, *Les chiffres de l'immigration*, dans Migreurop, *Atlas des migrants en Europe, Approches critiques des politiques migratoires*, Armand Colin, Paris, 2017, pp. 1-25; Sara Casella Colombeau, *Policing the internal Schengen borders, managing the double bind between free movement and migration control*, *Policing and Society : an International Journal of Research and Policy*, n.5, vol. 27, 2017, pp. 480-493.

²⁴⁰ Sara Casella Colombeau, *Crisis of Schengen? The effect of two 'migrant crises' (2011 and 2015) on the free movement of people at an internal Schengen border*, *Journal of ethnic and migration studies*, vol. 46, 2020, pp. 35-58.

²⁴¹ Julien Jeandesboz, Polly Pallister-Wilkins, *op. cit.*

Sara Casella Colombeau se propose dans l'article précité d'interroger l'exceptionnalité des pratiques policières à la frontière franco-italienne, en temps de « crise », en décalant le regard pour mettre au centre de son analyse les formes routinières de contrôle, « *les continuités plutôt que les ruptures, l'ordinaire plutôt que l'exception* ». Selon la politologue, qui s'est rendue à plusieurs reprises sur les lieux qui font l'objet de son étude, « *les modalités d'intervention de la PAF restent sensiblement similaires pendant cette période supposément exceptionnelle (en 2016) à celles que j'avais observées sur le terrain en 2008-2009. Les contrôles se déroulent en priorité dans les gares de Menton-Garavan et Menton, le train restant le moyen de transport privilégié par les migrants* ».

Selon une bénévole rencontrée et interviewée par la chercheuse à Nice en juillet 2016 : « *c'est à ce moment-là déjà (en 2011), qu'on a commencé à s'apercevoir [...] que la PAF de Menton ne faisait pas son boulot et trichait systématiquement parce qu'ils ne faisaient pas les demandes de réadmissions, ils renvoyaient les migrants qu'ils avaient arrêtés en France, ils les renvoyaient en les faisant passer par la frontière du bas, si possible dans des voitures banalisées, ou alors même à la frontière du haut, [...] ils rentraient même pas dans les bureaux et on leur disait, 'ben l'Italie c'est par là'* ». Selon Sara Casella Colombeau, que ce soit dans une temporalité routinière (en 2008-2009), ou en temporalité de « crise » (en 2011 ou en 2015), les types de contrôle, leurs lieux d'intervention et les pratiques d'expulsion s'inscrivent donc dans une continuité. « *Le non-respect des procédures et de la légalité* », dit la chercheuse, « *s'observe en tout temps : c'est clairement le cas, par exemple, pour les renvois vers l'Italie effectués 'hors procédure' de réadmission et d'enfermement, mal encadrés par la loi²⁴²* ».

La « criticité » d'une situation impliquerait donc qu'entre un moment jugé normal et un autre défini comme critique, des pratiques différentes soient mises en place, les éléments de rupture devant théoriquement primer sur les éléments de continuité. Or, à la frontière franco-italienne, en temps de crise, seule varie la fréquence des contrôles, ainsi que le nombre des migrants concernés, les types de contrôle, leurs lieux d'intervention et les pratiques d'expulsion s'inscrivent dans une routine consolidée dans le temps.

Continuant sur cet aspect, la narration fondée sur le fait que l'augmentation critique des mouvements secondaires de migrants en Europe a rendu nécessaire le retour exceptionnel des

²⁴² Sara Casella Colombeau, *op. cit.*, p. 44.

frontières intérieures doit être rejetée puisque les frontières intérieures n'ont jamais cessé de jouer un rôle d'importance primordiale dans la gestion des migrations en Europe. La liberté de circulation étant un attribut des seuls citoyens européens, les États européens ont gardé des législations nationales propres qui accordent ou pas à des catégories de ressortissants des pays tiers le droit d'entrer sur leur territoire. Comme nous l'avons vu et l'approfondirons ultérieurement, les demandeurs d'asile ne font pas exception dans la mesure où leur titre de séjour ne leur octroie pas le droit de se rendre dans un État européen différent de celui qui est responsable du traitement de leur demande d'asile.

Le cas de la France nous a montré ainsi comment un État de l'espace Schengen a pu mettre en œuvre et garder des dispositions législatives contraires au droit européen, qui autorisent dans la pratique des contrôles plus ou moins systématiques sur la détention des documents de séjour des ressortissants des pays tiers, et cela indépendamment du rétablissement des contrôles, prévu à l'article 25 du CFS. Le contrôle frontalier pour les ressortissants des États tiers a été donc toujours juridiquement possible à la frontière franco-italienne et constitue en effet une activité prévalente des forces de l'ordre à la frontière. La prolifération d'accords sur les réadmissions simplifiées comme les accords de Chambéry le démontre une fois de plus.

Finalement, le rétablissement des contrôles, présenté comme une mesure exceptionnelle, n'a pas une incidence particulière sur le régime juridique applicable aux frontières intérieures, mais joue un rôle de renforcement des infrastructures du contrôle. En effet, la militarisation progressive de l'espace frontalier et le déploiement d'un nombre inédit de forces de l'ordre à la frontière franco-italienne sont deux conséquences directes de cette décision. On pourrait affirmer également que le rétablissement des contrôles constitue, en étant lui-même un élément dérogatoire du droit européen sur les frontières, une sorte de justification pour mettre en œuvre des pratiques « dérogatoires », pour utiliser un euphémisme, à d'autres normes communes, nationales, européennes et internationales qui affirment les droits des ressortissants des pays tiers, des demandeurs d'asile ou des mineurs.

Comme on le verra à travers l'étude de plusieurs rapports d'observation ainsi que des contentieux et de la jurisprudence en la matière, des pratiques policières très sommaires et absolument illégales sont mises en œuvre quasi-systématiquement à la frontière franco-italienne, comme les refoulements collectifs et les refus d'entrée informels, ou encore la privation de liberté personnelle et le maintien des migrants dans des lieux de détention *ad hoc* sans base légale. Ces

pratiques policières, souvent revendiquées par l'administration française comme outils de la stratégie de lutte contre la migration irrégulière et comme nécessaires à la limitation des entrées sur le territoire, constituent des violations graves de la CEDH et du droit de l'UE.

Or, si l'on déplace l'angle d'observation, on pourrait affirmer qu'on est bien face à une situation de crise, mais que celle-ci n'est pas constituée par l'augmentation des flux migratoires, qui est utilisée comme prétexte pour mettre en œuvre une militarisation de l'espace ainsi que des pratiques policières illégales. Au contraire, la crise coïncide avec ces pratiques. En d'autres termes, on ne peut pas nier que la militarisation de l'espace est elle-même un élément de la crise et non pas une conséquence de celle-ci. C'est la militarisation qui induit et rend encore plus profonde la crise de l'accueil, devenue à la fois un symptôme, un indicateur de la crise de l'État de droit et de l'universalité des droits de l'Homme qui subissent des restrictions évidentes au nom d'une prétendue exceptionnalité.

1.2 La criminalisation de la solidarité comme instrument politique de contrôle.

Le phénomène de frontièrisation qui a caractérisé depuis 2015 la région frontalière entre la France et l'Italie, en tant que processus de construction progressive d'une infrastructure de contrôle finalisée au barrage des flux de migrants en entrée en France, est intrinsèquement lié à la centralité des forces de police dans la gestion des tensions qui se créent à la frontière. Les policiers sont les seuls acteurs du contrôle frontalier et sont appelés à mettre en pratique les politiques européennes et nationales de gestion des flux migratoires dans un cadre opérationnel défini par les accords de Chambéry.

Or, ce « monopole » policier dans la gestion des activités de surveillance et de contrôle dévoile l'absence d'une stratégie d'assistance et de soutien aux personnes qui franchissent la frontière, parmi lesquelles il y a un grand nombre de demandeurs d'asile, potentiels et effectifs, ainsi que des personnes vulnérables comme des personnes malades, des femmes enceintes ou des mineurs isolés. Au contraire, ces personnes en particulier subissent des violations quasi-systématiques de leurs droits fondamentaux, les pratiques policières n'accordant souvent aucune attention à l'examen des cas particuliers et se traduisant par des renvois sommaires, informels et collectifs. Ainsi, les mêmes personnes sont l'objet de plusieurs refoulements consécutifs sans qu'aucune formalité ne soit remplie et se retrouvent seuls, affamés et sans abri pour des périodes très longues.

Dans ce contexte particulièrement grave, de nombreuses ONG, ainsi que des collectifs de juristes et de citoyens, ont pris le relais et essayé de mettre en place un réseau de « protection » et d'assistance humanitaire et juridique. C'est avant tout le cas d'associations comme ASGI (Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione) et OXFAM du côté italien et GISTI, la Cimade, l'ANAFE et ADDE du côté français. L'importance du rôle de ces acteurs humanitaires est aussi dictée par le fait que c'est notamment grâce à eux qu'on a pu connaître la réalité des frontières franco-italiennes, par notamment plusieurs rapports et documents que ces organisations ont produits à la suite des nombreuses visites et missions d'observation dans la région.

Comme évoqué, ces nombreux rapports, témoignant à l'unanimité de la gravité et de l'illégalité des pratiques policières à la frontière franco-italienne dans les dernières années, seront utilisés comme sources privilégiées pour acquérir les informations qui concernent ces pratiques. Ainsi, dans les dernières années, des réseaux citoyens de solidarité se sont mis en place des deux côtés de la frontière, entraînant aussi des poursuites judiciaires très médiatisées comme pour le procès contre Cédric Herrou, qui a fait la une des journaux des deux pays pendant plusieurs années²⁴³. Comme pour les ONG présentes en Méditerranée et les décrets « sécurité » en Italie, la criminalisation de la solidarité est une question qui revient souvent dans le discours sur le contrôle frontalier en Europe, se déclinant cette fois-ci sur une frontière intérieure.

La criminalisation des actes de solidarité visant à sauver des vies en mer à la frontière extérieure, ou bien à faciliter la traversée des Alpes à la frontière franco-italienne, est une conséquence directe de la criminalisation/pénalisation des entrées irrégulières, qui est un phénomène plus ancien et juridiquement consolidé. Comme on a pu l'observer, l'entrée sur le territoire européen du ressortissant du pays tiers n'étant pas en possession des documents et des visas nécessaires est qualifiée d'irrégulière, comme est irrégulier son séjour sur le territoire de l'Etat européen concerné. Certains États européens qualifient ainsi le franchissement irrégulier de la frontière de délit et prévoient des sanctions qui vont d'une amende à l'emprisonnement²⁴⁴.

²⁴³ Article de presse, *Symbole de l'aide aux migrants en France, Cédric Herrou relaxé définitivement*, Le monde, 31/03/2021, en ligne, consulté le 04/05/2021, https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2021/03/31/symbole-de-l-aide-aux-migrants-en-france-cedric-herrou-relaxe-definitivement_6075129_1653578.html.

²⁴⁴ Catherine Haguenu-Moizard, *La pénalisation du séjour irrégulier en droit européen, en droit français et en droit suisse*, dans Stephan Breitenmoser (dir.), *Schengen et Dublin en pratique*, Dike, Nomos, 2015, pp.169-184.

Prenant l'exemple de la France, cette pénalisation a des racines très anciennes et remonte historiquement à la création, par le décret-loi Daladier du 2 mai 1938, des infractions de séjour irrégulier et d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers²⁴⁵. Ainsi, la loi du 31 décembre 1970 sur les stupéfiants a créé la peine d'interdiction du territoire français, qui ne s'applique qu'aux personnes de nationalité étrangère²⁴⁶. À l'heure actuelle, en vertu de l'article L-621-2 du CESEDA, modifié par la loi n. 2012-1560 du 31 décembre 2012, est puni d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750€ l'étranger qui n'est pas ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, s'il a pénétré sur le territoire métropolitain sans remplir les conditions mentionnées aux points a), b) ou c) du paragraphe 1 de l'article 5 CFS (obligation de visa et des documents) et sans avoir été admis sur le territoire²⁴⁷.

Il en est de même lorsque l'étranger fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission en application d'une décision exécutoire prise par un autre État partie de l'espace Schengen. Ces sanctions s'appliquent aussi si l'entrée est effectuée en provenance directe du territoire de l'un de ces États²⁴⁸. La juridiction peut, en outre, interdire à l'étranger condamné, pendant une durée qui ne peut excéder trois ans, de pénétrer ou de séjourner en France. L'interdiction du territoire entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement.

Les articles L. 622-1 et 622-4 du CESEDA définissent respectivement le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers et les cas d'immunité pénale prévus pour des situations spécifiques. Ces articles ont fait l'objet, en juillet 2018, d'une décision très importante du Conseil constitutionnel français, qui en a censuré une partie, donnant une nouvelle interprétation jurisprudentielle de ce que la presse et l'opinion publique appelle désormais « délit de solidarité » ou « délit d'hospitalité²⁴⁹ ». Les faits qui ont été à la base de cette décision ont été deux poursuites pénales à l'encontre de Cédric Herrou et Pierre-Alain Mannoni, qui ont aidé des migrants à passer

²⁴⁵ Décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers.

²⁴⁶ Loi n. 70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie, et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses.

²⁴⁷ Loi n. 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

²⁴⁸ Céline Chassang, *Contre la pénalisation spécifique des étrangers*, *Plein droit*, vol. 4, n. 107, 2005, pp. 40-43.

²⁴⁹ Jacques Derrida, *Quand j'ai entendu l'expression "délict d'hospitalité"*, *Plein droit*, n.3, 1997, pp. 5-22.

la frontière franco-italienne à partir de 2016²⁵⁰. On y reviendra après avoir dressé un panorama plus exhaustif des épisodes de solidarité et de criminalisation dans les régions frontalières tant du côté français qu'italien.

Comme pour les frontières maritimes de l'Union européenne, la prolifération d'acteurs de la société civile, comme les ONG ou les associations spontanées de citoyens engagées pour sauver et aider les migrants, a suscité une forte réponse répressive de la part des États européens, qui revendiquent leur primauté dans la gestion des flux migratoires et qui soupçonnent ces organisations d'aider plutôt le trafic illégal. La rhétorique en question a produit de véritables épisodes de criminalisation des activités de ces organisations et de ces citoyens.

Prenons l'exemple de Vintimille, commune italienne à la frontière et théâtre de la mise en place de différents dispositifs de contrôle, de sécurisation et de criminalisation des migrantes et des activistes solidaires dans les dernières années. Dans la ville frontalière, la solidarité a été réprimée à plusieurs reprises et avec des moyens différents. Pensons à l'ordonnance du maire Enrico Ioculano de juillet 2015 qui interdit la mise en place de tout système de distribution de nourriture aux migrants au prétexte que seule la Croix rouge était autorisée à fournir l'aide à ces derniers, ou alors à l'usage massif contre des dizaines d'activistes des *fogli di via* (feuilles de route), une mesure prévue par le décret législatif n. 59/2011 et appliquée à ceux dont le style de vie peut faire penser, sur la base d'éléments factuels, qu'ils sont engagés dans des activités criminelles et à ceux qui pourraient mettre en danger l'intégrité physique et morale des mineurs, la santé ou la sécurité publique. Compétence du questeur, l'application d'un *foglio di via* comporte que la personne se trouvant dans un lieu différent de celui de sa résidence peut en être éloignée pendant une période inférieure à trois ans.

Le TAR de la Ligurie a eu l'occasion de se prononcer sur l'opportunité d'adopter ces mesures, évidemment disproportionnées, avec l'arrêt du 19 août 2017.²⁵¹ En particulier, le juge administratif avait été saisi par six activistes *no border* qui avaient participé à plusieurs manifestations organisées sur le territoire de la ville de Vintimille à la défense des droits des personnes migrantes. Selon le TAR, aucun élément factuel ne pouvait dans ce cas faire présumer

²⁵⁰ Conseil constitutionnel, Décision n. 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre, ECLI:FR:CC:2018:2018.717.QPC; Commentaire, en ligne, consulté le 02/01/2021, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018717qpc/2018717_718qpc_ccc.pdf.

²⁵¹Tribunal Administratif Régional de la Ligurie, 19/08/2017, n. 605/2017.

le caractère dangereux des requérants, qui ne présentaient pas de précédents pénaux et qui avaient développé, selon le juge, des comportements qui, simplement, « *rentraient dans l'exercice des actions liées à la libre manifestation de la pensée et à la liberté d'association* ».

Le juge administratif annula aussi ces mesures en raison du fait qu'elles étaient disproportionnées, en ce qu'elles prévoyaient à l'encontre des destinataires l'interdiction de se rendre dans une zone comprenant plusieurs communes limitrophes de la commune de Vintimille. L'éloignement des territoires de communes « non concernées » par les manifestations qui avaient eu lieu à Vintimille, constitue selon le juge administratif une limitation illégitime du droit, constitutionnellement garanti, à la circulation et au séjour sur le territoire national.

« *Ce qui émerge de cette mesure* », affirme Annalisa Barone, activiste et autrice d'un article sur la criminalisation des mouvements de solidarité citoyenne tels que le *presidio permanente no border* de Vintimille (né en juillet 2015 et évacué en septembre 2017), « *est l'usage d'une sanction destinée à limiter les tensions et conflits dans l'espace public et particulièrement dans ce cas, de réduire le soutien des activistes aux migrants, en rendant impossible la pérennité d'une expérience telle que celle du presidio auto organisé. L'entrelacement des mesures répressives adoptées envers les migrants afin de les déplacer de la frontière et des politiques destinées à rendre impossible la présence des activistes et la pérennité des rassemblements sur place montrent encore une fois que ce qui est en jeu dans la criminalisation de la solidarité est un modèle de gestion des migrations et des frontières qui ne peut pas admettre ni tolérer le niveau de conflictualité produit à Vintimille*²⁵² ».

Comme pour les frontières extérieures de l'UE, où on assiste d'un côté à la criminalisation des interventions humanitaires et de l'autre à la mise en œuvre des politiques d'externalisation des contrôles et de déplacement des lieux de contrôle, les mêmes observations peuvent être faites à Vintimille pour la frontière intérieure franco-italienne. Le déplacement du « scénario du conflit » hors du centre-ville touristique de Vintimille constitue l'un des véritables objectifs des pratiques de contrôle sur la ligne frontalière en question. Le diptyque visibilité-invisibilité joue un rôle central dans cette question. Le gouvernement français, militarisant le point de passage frontalier de Vintimille ainsi que la gare de Menton-Garavan, tente de rendre presque invisibles les

²⁵² Annalisa Barone, *Le long été de Vintimille: auto-organisation et criminalisation de la solidarité à la frontière franco-italienne*, La Découverte, Mouvements; vol.1, n. 93, 2018 pp. 169-188.

pratiques policières, en cantonnant les migrants au territoire italien, tout en réaffirmant sa capacité à maintenir la frontière sous contrôle.

De même, le déplacement physique des migrants refoulés par les autorités françaises vers les *hotspots* du sud de l'Italie représente un point majeur d'une stratégie commune qui se base, entre autres, sur l'exigence de cacher, de déplacer, de rendre à la fois visibles et invisibles certains aspects de ce phénomène. Une des conséquences de la militarisation du PPA de Vintimille et de la gare de Menton-Garavan a été, surtout depuis la réintroduction des contrôles fixes de 2015, le déplacement du passage de la Côte d'Azur vers les Alpes Maritimes.

Ainsi, des milliers de migrants, empêchés dans leur traversée par la côte, ont tenté d'entrer en France à travers la montagne, passant par la vallée de la Roya. Ce territoire montagneux constitue une sorte d'enclave française entourée par l'Italie. Les cinq villages qui composent la vallée de la Roya (qui prend le nom de la rivière qui depuis le Col de Tende traverse la vallée sur 59 kilomètres), Breil-sur-Roya, Saorge, Fontan, Brigue et Tende touchent l'Italie au nord, au sud et à l'est. La seule façon de continuer vers l'intérieur de la France sans entrer en Italie est de traverser le territoire du village de Sospel, situé dans la vallée de la Bevera et militarisé, comme sont militarisés les douze points de passage autorisés qui entourent la vallée de la Roya. Il s'agit de territoires très dangereux, surtout pour des individus qui ne connaissent pas la montagne et qui ont coûté la vie à des dizaines de migrants depuis 2015, sans compter les nombreux blessés et les cadavres qui n'ont pas été retrouvés.

On trouve ici une autre analogie avec les frontières extérieures. Nous avons eu l'occasion d'analyser comment les politiques de fermeture de canaux légaux d'entrée en Europe ont *de facto* provoqué l'ouverture de canaux illégaux et poussé de centaines de milliers de personnes à défier le sort et à entreprendre des voyages particulièrement dangereux, dans les mains de passeurs cyniques qui souvent laissent les embarcations à la dérive, une fois obtenu l'argent nécessaire à l'organisation de la traversée. Or, si à la frontière intérieure franco-italienne on n'est pas en présence de réseaux criminels tels que les groupes de passeurs de la mer Méditerranée, il n'en demeure pas moins que l'utilisation de plus en plus massive des sentiers de montagne de la part des migrants voulant se rendre en France est la conséquence directe de la militarisation extrême des routes côtières, bien plus sécurisées, surtout en hiver.

Les habitants de la vallée de la Roya, contraints de vivre dans un territoire militarisé, recueillant des morts et des blessés dans leurs propres rues, se sont organisés en créant en 2016 une

association, Roya Citoyenne, dans le but d'offrir des soins, de l'hospitalité et du soutien aux migrants, afin qu'ils puissent continuer leur parcours. Ces activités ont été lourdement criminalisées, pas seulement dans la presse, mais surtout à travers plusieurs incriminations pour aide à l'entrée, au séjour et à la circulation d'étrangers irréguliers, délit prévu à l'article L. 622-1 du CEDESA.

Les procès contre Cédric Herrou et Pierre-Alain Mannoni, très médiatisés, ont néanmoins conduit à une décision très importante du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018, qui reformule partiellement les articles en question en les interprétant sous l'angle du principe constitutionnel de fraternité²⁵³. Cédric Herrou avait été condamné en première instance et en appel, à une peine de quatre mois d'emprisonnement pour avoir hébergé quelques centaines de migrants en situation irrégulière dans son logement. Il était par ailleurs le « porte-parole » de plusieurs associations humanitaires de la vallée de la Roya.

Jugeant que les actions de Cédric Herrou ne rentraient pas dans le champ d'application de l'article L. 622-4 du CESEDA sur les causes d'immunité, la cour d'appel avait affirmé que l'hébergement « *n'avait pas pour but de leur fournir des conseils, des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins ni de préserver leur intégrité physique, aucune atteinte d'une telle gravité n'étant objectivée. Les actions de Cédric Herrou s'inscrivaient de manière plus générale, comme il l'a lui-même revendiqué et affirmé clairement à plusieurs reprises, dans une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration*²⁵⁴ » ; Pierre-Alain Mannoni avait été relaxé en première instance, puis condamné en appel à une peine de deux mois d'emprisonnement pour avoir transporté et hébergé chez lui trois étrangers en situation irrégulière. De même, la cour d'appel avait refusé de considérer la situation en question comme relevant des cas d'immunité prévues par la loi.

Le Tribunal a posé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en demandant au Conseil constitutionnel de trancher sur la légitimité constitutionnelle des articles L. 622-1 et L. 622-4 du CESEDA, qui, selon les accusés portent atteinte au principe constitutionnel de fraternité, au principe de nécessité des délits et des peines et au principe de légalité. Selon les accusés les

²⁵³ Conseil constitutionnel, Décision n. 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018.

²⁵⁴ Cour d'appel d'Aix en Provence, n. 534/17 du 10/12/2017.

dispositions combinées des articles L. 622-1 et L. 622-4 du CESEDA d'une part répriment le fait pour toute personne d'avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, même pour des actes purement humanitaires qui n'ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte, et d'autre part, elles ne prévoient une possible exemption qu'au titre du seul délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France et non pour l'aide à l'entrée et à la circulation.

Or, la directive (CE) n. 2002/90 du 28 novembre 2002 incitait les États membres à distinguer l'incrimination de l'aide à l'entrée et à la circulation irrégulières de celle de l'aide au séjour irrégulier, pour laquelle le but lucratif était expressément mentionné comme étant une condition de l'incrimination²⁵⁵. Malgré cette disposition, le législateur français n'avait pas fait la différenciation entre ces délits lors de la refonte du délit en question opérée à travers l'ordonnance n. 2004-1248 du 24 novembre 2004 (ensuite ratifiée par la loi n. 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration)²⁵⁶. La loi n. 2012-1560 du 31 décembre 2012, qui modifiait l'article L. 622-1 du CESEDA, fut introduite ensuite pour préciser que l'application du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers devait se faire sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4 du même code.

La loi du 22 juillet 1996 avait déjà introduit deux premières immunités familiales au paragraphe III de l'ancien article 21 de l'ordonnance n. 45-2658 du 2 novembre 1945 (qui était la source légale de ces délits jusqu'en 2012) afin d'exclure les poursuites pénales du chef d'aide au séjour irrégulier d'un étranger à l'égard de son ascendant ou descendant ainsi que de son conjoint²⁵⁷. La loi n. 98-349 du 11 mai 1998 avait étendu le bénéfice des immunités familiales au conjoint des ascendants ou des descendants, aux frères et sœurs de l'étranger et à leur conjoint, ainsi qu'à la personne qui vit notoirement en situation maritale avec l'étranger²⁵⁸.

²⁵⁵ Directive (CE) n. 2002/90 du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.

²⁵⁶ Ordonnance n. 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; Loi n. 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

²⁵⁷ Ordonnance n. 45-2658 du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et portant création de l'Office national d'immigration ; Loi n. 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

²⁵⁸ Loi n. 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

Le Conseil constitutionnel, lors du contrôle *a priori* de cette loi, avait appelé le juge pénal à « *interpréter strictement les éléments constitutifs de l'infraction définie par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée, notamment lorsque la personne morale en cause est une association à but non lucratif et à vocation humanitaire, ou une fondation apportant, conformément à leur objet, aide et assistance aux étrangers*²⁵⁹». Néanmoins, cette immunité en faveur des personnes physiques ou morales ayant apporté une aide à caractère humanitaire ne fut consacrée qu'avec la loi n. 2003-1119 du 26 novembre 2003 : « *sans préjudice des articles 19 et 21 quater, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement du présent article l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :[...] de toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte*²⁶⁰».

Il s'agissait d'une formulation qui enserrait cette immunité pour motif humanitaire dans des limites très étroites, ce qui avait amené plusieurs parlementaires à estimer que la rédaction de cette immunité était « *trop restrictive pour protéger du risque de poursuites pénales les personnes manifestant de façon désintéressée, de quelque façon que ce soit, leur solidarité à l'égard d'un étranger en situation irrégulière*²⁶¹».

La loi du 31 décembre 2012 avait élargi ultérieurement l'immunité prévue par le troisième alinéa de l'article L. 622-4 du CESEDA en étendant le bénéfice de cette immunité non seulement à la fourniture « *de conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger* », mais aussi à « *toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci* ». Ainsi cette loi supprima la réserve tirée de l'existence d'une « *disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ». Néanmoins, cette immunité pour motif humanitaire restait limitée à

²⁵⁹ Conseil constitutionnel, Décision n. 98-399 DC du 5 mai 1998, loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile du 8 avril 1998, ECLI:FR:CC:1998:98.399.DC.

²⁶⁰ Loi n. 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

²⁶¹ Sénat, Rapport n.85/2012 de M. Gaëtan Gorce, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 octobre 2012, p. 45.

l'aide au séjour irrégulier, à l'exclusion donc de l'aide accordée à l'entrée ou à la circulation irrégulière, qui demeurerait punissable sans exception d'ordre humanitaire.

Or, le Conseil constitutionnel a été saisi pour trancher la question du respect des principes de nécessité et de légalité des délits et des peines, ainsi que de celle de la conformité de telles normes au principe constitutionnel de fraternité. Le principe de légalité, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, impose une exigence pesant sur un texte d'incrimination. La définition d'une infraction et des peines qui la répriment doit être faite en des termes « *suffisamment clairs et précis* ». Dans sa décision n. 2010-604 DC du 25 février 2010, le Conseil affirme que « *cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions*²⁶² ». Selon le Conseil constitutionnel, qui rappelle sa jurisprudence en la matière, le délit d'aide au séjour irrégulier découle d'une disposition pénale suffisamment claire et précise²⁶³.

Dans une décision de 1996 portant sur le délit en question, dans sa formulation issue de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le Conseil affirmait que « *considérant qu'il revient au législateur, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers et qui peuvent notamment justifier un régime de sanctions pénales, de fixer, dans le respect des principes constitutionnels, les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; que les infractions telles que prévues par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sont définies dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation ne puisse encourir la critique d'arbitraire ; que cette définition n'est pas de nature, en elle-même, à mettre en cause le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*²⁶⁴ ».

²⁶² Conseil constitutionnel, Décision n. 2010-604 DC du 25 février 2010 loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, du 2 mars 2010, ECLI:FR:CC:2010:2010.604.DC.

²⁶³ Conseil constitutionnel, Décision n. 96-377 DC du 16 juillet 1996, loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire du 22 juillet 1996, ECLI:FR:CC:1996:96.377.DC.

²⁶⁴ *Ibidem*, Considérant n. 11.

Les principes de nécessité et de proportionnalité des peines découlent également de l'article 8 de la Déclaration de 1789, selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Ainsi, comme le prévoit l'article 34 de la Constitution française, la loi fixe les règles concernant « *la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* ». Dans sa décision de 1996 le Conseil avait censuré pour disproportion manifeste la disposition par laquelle le législateur entendait faire entrer le délit d'aide au séjour irrégulier dans le champ des actes de terrorisme, tels que définis à l'article 421-1 du code pénal. Au-delà de ce rappel jurisprudentiel, le Conseil ne retient pas la violation de ces principes constitutionnels. En revanche, concernant le grief tiré de la méconnaissance du principe de fraternité, le Conseil opère un premier pas historique dans la définition jurisprudentielle de ce principe, qui n'avait jamais été analysé et interprété par le Conseil, ni par d'autres juridictions.

Le principe de fraternité repose sur un ancrage constitutionnel solide : l'article 2 quatrième alinéa de la Constitution reconnaît la fraternité comme l'une des composantes de la devise de la République, alors que l'article 72-3 dispose que « *la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* ». Le Préambule de la Constitution de 1848 disposait ainsi que « *les citoyens doivent concourir au bien-être commun en s'entraïdant fraternellement les uns les autres* » et que la République « *doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler* ». Après l'exception de la période du régime de Vichy où la devise républicaine avait été remplacée par le triptyque « Travail, Famille, Patrie », elle fut rétablie par la Constitution de 1946, en son article 2, et ensuite reprise par la Constitution de 1958.

Comme l'écrit Guy Canivet « *la devise républicaine est une composante de la souveraineté, c'est à dire un élément propre au système normatif national, une condition de la légitimité du pouvoir ; c'est l'idéal que le peuple français assigne aux pouvoirs constitutionnels, le souffle inspirateur, l'âme, la force impulsive des institutions, une sorte de constitutionnalité supérieure pour ne pas parler de supra-constitutionnalité. L'idée selon laquelle la fraternité se révélerait incapable de légitimer et de fonder des droits et obligations juridiquement contraignants est démentie aussi*

bien par l'analyse historique que par la théorie juridique²⁶⁵ ». Ainsi, selon Michel Borgetto, la fraternité doit être considérée « un principe à part entière du droit public français, ayant vocation à inspirer et à légitimer un certain nombre de solutions dans plusieurs domaines bien déterminés²⁶⁶ ».

Le Conseil constitutionnel, suivant ces orientations doctrinales, affirme qu'« il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national²⁶⁷ ». Le Conseil souligne ainsi que les actes d'entraide humanitaire ont vocation à être protégés en application du principe de fraternité. D'autre part, il donne à la « liberté d'aider autrui » une portée générale qui n'admet donc pas de distinctions fondées sur la régularité du titre de séjour de la personne aidée.

Néanmoins, le Conseil rappelle sa jurisprudence constante en matière de titres de séjour en affirmant qu'« aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national²⁶⁸ ». Le Conseil précise que l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière constitue un aspect propre à la sauvegarde de l'ordre public, qui est aussi un « objectif de valeur constitutionnelle²⁶⁹ ». Le principe de fraternité peut donc être concilié avec d'autres exigences constitutionnelles comme la sauvegarde de l'ordre public, le législateur devant assurer cette conciliation.

Il appartient au Conseil constitutionnel de contrôler le respect de cette conciliation : s'agissant dans ce cas de la limitation de l'exemption pénale pour motif humanitaire à la seule aide au séjour irrégulier, le Conseil a observé qu'« en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une

²⁶⁵ Guy Canivet, *La fraternité dans le droit constitutionnel français*, dans Michel Morin, Marie-Claire Cordonier Segger, Fabien Gélinas, Markus Gehring (dir.), *Responsabilité, fraternité et développement durable en droit. En mémoire de l'honorable Charles Doherty Gonthier*, Lexis-Nexis, 2012, pp. 465-466.

²⁶⁶ Michel Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993.

²⁶⁷ Conseil constitutionnel, Décision n. 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, paragraphe 8.

²⁶⁸ *Ibidem*, Paragraphe 9.

²⁶⁹ *Ibidem*.

conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public²⁷⁰».

Selon le Conseil, il est nécessaire de prévoir une exemption pénale pour les actes d'aide à la circulation irrégulière, lorsque celle-ci constitue l'accessoire de l'aide au séjour, si ces actes ont par ailleurs un but humanitaire. Il a donc déclaré contraires à la Constitution les mots « *au séjour irrégulier* » figurant au premier alinéa de l'article L. 622-4 du CESEDA.

Selon le Conseil constitutionnel, « *il résulte de l'alinéa 3 de l'article L. 622-4 que, lorsqu'il est apporté une aide au séjour à un étranger en situation irrégulière sur le territoire français, sans contrepartie directe ou indirecte, par une personne autre qu'un membre de la famille proche de l'étranger ou de son conjoint ou de la personne vivant maritalement avec celui-ci, seuls les actes de conseils juridiques bénéficient d'une exemption pénale quelle que soit la finalité poursuivie par la personne apportant son aide. Si l'aide apportée est une prestation de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux, la personne fournissant cette aide ne bénéficie d'une immunité pénale que si cette prestation est destinée à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger. L'immunité n'existe, pour tout autre acte, que s'il vise à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger²⁷¹».* Avec ces mots, le Conseil formule une véritable réserve d'interprétation de l'article L.622-4 du CESEDA, étendant le champ de l'immunité à tout acte d'aide apportée dans un but humanitaire : « *ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant en outre à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire* ».

Faisant suite à la décision du Conseil constitutionnel, la Cour d'appel de Lyon a renvoyé de toute poursuite Cédric Herrou et Pierre-Alain Mannoni, qui de leur côté ont repris leur activité d'activistes dans les collectifs engagés dans la défense des migrants à la frontière franco-italienne. Ici, dans la vallée de la Roya, le relaxe de Herrou et Mannoni a sans doute allégé la tension et relancé l'activité des associations comme Roya Citoyenne, qui avaient été, du fait des procès en question, fortement délégitimées et pointées de doigt. Néanmoins, comme nous avons pu l'observer, ces dynamiques de criminalisation et de pénalisation de la solidarité constituent

²⁷⁰ *Ibidem*, Paragraphe 13.

²⁷¹ *Ibidem*, Paragraphe 14.

un trait commun des frontières européennes, un élément fondateur d'une stratégie multiforme utilisant tous les moyens de réduire et de dissuader les mouvements des personnes.

2. Violations des droits des personnes migrantes dans le cadre des procédures de « non-admission ».

La frontière franco-italienne a été caractérisée dans les années « de la crise » par un phénomène qu'on a défini, utilisant l'expression de Paolo Cuttitta, « frontièrisation » ou construction de la frontière. Cela ne signifie pas, comme on a pu le comprendre, que les frontières n'existaient pas avant la décision de rétablissement des contrôles, ni que ces contrôlés n'avaient pas lieu avant 2015. Au contraire, grâce aux rapports d'observation des ONG et des témoignages des juristes engagés dans la région, on a pu remarquer que les contrôlés frontaliers des personnes en apparence étrangères avaient toujours caractérisé ces lieux.

Néanmoins, la réintroduction des contrôles fixes a entraîné une transformation et une militarisation de l'espace, qui se sont concrétisées par une présence toujours croissante des forces de l'ordre chargées du contrôle dans la région. Si, d'une part, l'augmentation de la présence des policiers correspond à l'exigence d'intensifier les contrôles et d'empêcher au maximum les entrées sur le territoire, d'autre part on a noté l'absence d'acteurs publics « civils » et de personnel spécialisé, chargé par exemple de faciliter la présentation des demandes d'asile ou de la prise en charge des personnes vulnérables à la frontière.

Cela confirme l'idée que le contrôle frontalier répond à de simples logiques sécuritaires, les problèmes découlant de l'incidence de ces contrôles sur les droits des personnes migrantes n'étant pas vraiment pris en considération par les décideurs politiques lors de la mise en œuvre des politiques migratoires européennes en général et, dans le cas examiné, nationales. Cela ne doit pas surprendre puisqu'il s'agit d'une constante qui revient systématiquement dans le discours sur la gestion des migrations et du contrôle frontalier, d'une caractéristique intrinsèque du phénomène de frontièrisation. La construction de la frontière répond donc à une stratégie de gestion de la migration, fondée sur une approche éminemment sécuritaire, qui présente des caractéristiques plus ou moins comparables dans tous les lieux où elle prend forme. Parmi ces caractéristiques, on observe la tendance à utiliser des pratiques policières plutôt expéditives et sommaires, qui se traduisent souvent par la violation des droits des personnes migrantes.

Ces pratiques, qui devraient être mises en œuvre dans le respect du cadre opérationnel dicté par les accords de Chambéry, ceux-ci présentant plusieurs contradictions avec le RAEC, sont souvent

menées en violation de ces accords et ont une incidence majeure sur les conditions des personnes tentant de franchir la frontière.

Dans une première partie, nous analyserons la pratique des refoulements informels qui, par définition, sont mis en œuvre en ouverte violation des droits des personnes migrantes (2.1), alors que par la suite nous analyserons les autres violations fréquentes des droits de ces personnes, commises dans le cadre de la mise en œuvre des procédures d'éloignement et de réadmission formalisées, qui ne sont pas pour autant toujours légales (2.2).

2.1 Les refoulements informels et les autres pratiques illégales de refoulement

Selon les organisations et les ONG engagées dans la défense des droits des personnes migrantes et notamment selon l'ASGI qui a produit un rapport basé sur une visite d'observation du mois de juin 2015, c'est-à-dire avant même la décision de rétablissement des contrôles fixes dès l'été 2015, les forces de l'ordre françaises, en coordination avec leurs homologues italiennes, pratiquent de manière routinière des refoulements collectifs informels. Ces refoulements sont opérés sur la base de décisions non écrites qui ne sont ni notifiées correctement ni souvent portées à la connaissance des personnes victimes de ces refoulements²⁷². Cela rend ces décisions inattaquables. Aucun recours n'est possible à l'encontre de décisions non notifiées. À cela s'ajoute le fait que les personnes refoulées ne sont pas mises en condition de comprendre les raisons du refoulement, car dans ces cas, aucun service de traduction ou d'assistance juridique n'est mis en place.

Ainsi, les modalités dont ces refoulements informels sont effectués comportent la violation de la part de l'Italie et de la France de l'article 13 de la CEDH, qui établit que « *toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ». En effet, la CEDH a rappelé que pour qualifier un recours d'effectif, il doit être disponible dans la pratique ainsi que dans le droit, ce qui signifie qu'il ne peut pas être entravé de manière injustifiée par une autorité d'un État²⁷³. Tout accès aux droits et aux voies de recours est empêché en raison des modalités

²⁷² ASGI, *Le riammissioni di cittadini stranieri a Ventimiglia (giugno 2015). Profili di illegittimità*, Rapport d'étude, 2015.

²⁷³ CEDH, *Çakıcı c. Turquie*, 08/07/1996, requête n. 23657/94, ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002365794.

spécifiques, informelles et non encadrées par des règles procédurales, qui caractérisent ces refoulements. Ainsi, le fait que ces refoulements informels concernent très souvent plusieurs personnes à la fois, sans aucun examen de la situation particulière de chacun, permet de les qualifier de véritables refoulements collectifs, qui sont expressément interdits à l'article 4 du protocole IV de la CEDH.

Selon les observations de l'ASGI, ainsi que des autres ONG présentes dans la région, ces refoulements concernent souvent des groupes hétérogènes de personnes. Dans ces cas, les autorités des deux États ne mettent en œuvre à aucun moment une analyse des conditions personnelles des individus interceptés, alors que dans ces groupes il peut facilement y avoir plusieurs mineurs isolés et des demandeurs d'asile potentiels.

L'interdiction des refoulements collectifs a été réaffirmée à plusieurs reprises par la CEDH, comme dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* le 23 février 2012, lorsque la Cour avait considéré que le refoulement vers la Libye d'un groupe de personnes sans qu'aucune analyse portant sur les conditions personnelles ne soit effectuée, constituait une violation de l'article 4 du protocole IV de la Convention. Au point 183, la Cour affirme qu'« *il est incontesté que les requérants n'ont fait l'objet d'aucune procédure d'identification de la part des autorités italiennes, lesquelles se sont bornées à faire monter l'ensemble des migrants interceptés sur les navires militaires et à les débarquer sur les côtes libyennes. De plus, la Cour relève que le personnel à bord des navires militaires n'était pas formé pour mener des entretiens individuels et n'était pas assisté d'interprètes et de conseils juridiques*²⁷⁴ ».

Dans l'affaire en question, la Cour avait conclu également qu'il y avait eu violation de l'article 3 de la Convention du fait que les requérants avaient été exposés au risque de subir des mauvais traitements en Libye, ainsi qu'au risque d'être renvoyé dans leurs pays d'origine. Il est évident que, lors d'un refoulement informel, aucune procédure d'identification n'est mise en œuvre, les personnes interceptées en mer Méditerranée comme à la frontière franco-italienne n'étant pas

²⁷⁴ CEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, point 183.

informées de leurs droits, ne recevant aucun document et donc n'étant pas mises en capacité de formuler un recours.

Comme on a eu l'occasion de l'observer, lors de la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures est appliqué, *mutatis mutandis*, le régime prévu pour les frontières extérieures. Cela signifie que toute procédure de non-admission, même à la frontière intérieure, doit être fondée sur la délivrance, de la part des autorités de police, d'un acte particulier, le refus d'entrée, prévu à l'article 13 du CFS dans sa version de 2006, dont le contenu a été repris par l'article 14 de la version de 2016.

Selon ce texte, *« l'entrée ne peut être refusée qu'au moyen d'une décision motivée indiquant les raisons précises du refus. La décision est prise par une autorité compétente habilitée à ce titre par la législation nationale. La décision motivée indiquant les raisons précises du refus est notifiée au moyen d'un formulaire uniforme tel que celui figurant à l'annexe V, partie B, et rempli par l'autorité compétente habilitée par le droit national à refuser l'entrée. Le formulaire uniforme ainsi complété est remis au ressortissant de pays tiers concerné, qui accuse réception de la décision de refus au moyen dudit formulaire »*. Or, cette procédure n'est par définition jamais observée lorsque l'on est en présence d'un refoulement collectif informel.

La norme sur le refus d'entrée, qui est propre aux frontières extérieures mais qui a vocation à s'appliquer aux frontières intérieures en cas de rétablissement des contrôles, prévoit la possibilité de formuler un recours contre ces actes : *« les personnes ayant fait l'objet d'une décision de refus d'entrée ont le droit de former un recours contre cette décision. Les recours sont formés conformément au droit national. Des indications écrites sont également mises à la disposition du ressortissant de pays tiers en ce qui concerne des points de contact en mesure de communiquer des informations sur des représentants compétents pour agir au nom du ressortissant de pays tiers conformément au droit national »*. Ce recours n'a pas d'effet suspensif à l'égard de la décision de refus d'entrée, mais constitue une forme, même limitée, de protection des droits des personnes qui se voient refuser l'entrée sur le territoire, le *ratio* et le but de la norme étant de protéger ces personnes, qui peuvent avoir des raisons sérieuses d'entrer sur le territoire, de l'arbitraire du contrôle policier.

Or, si le législateur européen semble vouloir garantir la même procédure aux personnes interceptées lors du franchissement de la frontière intérieure en cas de rétablissement des contrôles, aucune norme européenne ne se préoccupe des refoulements opérés en dehors du contexte du rétablissement de ces contrôles. Seuls les accords de Chambéry, qui comme on l'a observé sont des accords de coopération policière, semblent poser de véritables conditions, opérationnelles plutôt que procédurales, aux réadmissions sur le territoire des deux respectives parties contractantes, en dehors du cadre de rétablissement des contrôles.

Le témoignage de l'ASGI est très important car il permet d'observer que le phénomène des refoulements informels remonte à un moment antérieur par rapport au rétablissement des contrôles. Dès juin 2015, les juristes du collectif observaient que les modalités de renvoi des personnes interceptées étaient très peu formalisées, pour utiliser un euphémisme. Selon l'ASGI, plusieurs migrants étaient arrêtés dans le train, contraints de descendre à la gare successive à l'arrestation, bloqués dans l'attente que le train allant vers la direction opposée arrive, puis contraints de monter dans ce train sans aucune prise en charge de la part de la police italienne.

Selon le rapport de l'ASGI, après leur arrestation en France, plusieurs personnes ont été accompagnées sur le territoire italien avec des bus des forces de l'ordre françaises et laissées sur une des routes qui traverse la frontière sur les collines au nord de Vintimille, sans aucune consigne aux autorités italiennes. Elles ont souvent été contraintes à plusieurs heures de marche pour rejoindre le village italien. Il est indubitable qu'une telle procédure viole les accords de Chambéry, qui prévoient la coordination, en cas de réadmission, entre les deux polices des deux États. Ainsi, même dans le cadre des refoulements « formalisés », c'est-à-dire mis en œuvre selon la procédure prévue dans les accords en question, on s'aperçoit que les pratiques policières ont également une incidence néfaste sur les droits des personnes migrantes, qui subissent, comme nous le verrons, une pression évidente.

On a déjà pu observer que le refus d'entrée constituait un acte typique du droit européen, contenu à l'article 14 du CFS dans sa version de 2016 (article 13, dans la version de 2006), utilisable aux seules frontières extérieures de l'Union européenne, mais qui a vocation à être appliqué aux frontières intérieures en cas de rétablissement des contrôles. Cet acte est délivré à la personne qui ne remplit pas les conditions prévues à l'article 6 du CFS. L'article L. 213-3 du CESEDA français cite expressément ce cas de figure. Cependant, l'article L. 231-1 du même code étend la

possibilité de refuser l'entrée sur le territoire national à tout étranger dont la présence constituerait une menace pour l'ordre public ou qui fait l'objet soit d'une peine d'interdiction judiciaire du territoire, soit d'un arrêté d'expulsion, soit d'une interdiction de retour sur le territoire français, soit d'une interdiction de circulation sur le territoire français, soit d'une interdiction administrative du territoire.

Néanmoins, dans une décision très récente du 27 novembre 2020 déjà citée, le Conseil d'Etat annule l'article 2 du décret du 14 décembre 2018 qui, en application de la loi n. 2018-778 du 10 septembre 2018, introduisait en droit français le refus d'entrée aux frontières intérieures. Ainsi, l'article L.213-3-1, modifié en 2018 par le décret en question, affirmait qu' *« en cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures prévue au chapitre II du titre III du règlement (UE) n. 399/2016 du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, les décisions mentionnées à l'article 213-2 (refus d'entrée) peuvent être prises à l'égard de l'étranger qui, en provenance directe du territoire d'un Etat partie à la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990, a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre sans y être autorisé et a été contrôlé dans une zone comprise entre cette frontière et un ligne tracée à 10 kilomètres en deçà »*.

La décision du Conseil d'État, reprenant la jurisprudence de la CJUE (en particulier l'arrêt *Arib e. a.* du 19 mars 2019, n. C-444/17) affirme que l'article L.213-3-1, tel que modifié par le décret du 14 décembre 2018, est en contradiction avec l'article 2 de la directive « retour » qui prévoit que les États peuvent décider de ne pas appliquer la directive aux ressortissants de pays tiers *« faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du CFS, ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un Etat membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit Etat membre »*. La CJUE avait en effet soutenu que le refus d'entrée à la frontière intérieure était incompatible avec les objectifs de la directive « retour » de 2008.

Ainsi, le Conseil d'État, annulant l'article 2 du décret du 14 décembre 2018, semble clairement vouloir exclure la possibilité d'utilisation du refus d'entrée aux frontières intérieures. Néanmoins, le refus d'entrée demeure l'instrument principal de toute non-admission sur le territoire français des ressortissants des pays tiers interceptés lors du franchissement des frontières intérieures, ce

qui montre que, dans le domaine, il y a une grande ambiguïté juridique, les différentes sources du droit national et européen ne qualifiant pas suffisamment le régime juridique applicable aux frontières intérieures en cas de rétablissement des contrôles. Il serait temps pour le législateur français comme pour les institutions européennes d'indiquer des règles claires et précises sur les modalités des contrôles aux frontières intérieures, la possibilité de rétablir les contrôles n'étant plus *de facto* une situation exceptionnelle, ce qui pourrait éventuellement justifier la persistance de véritables lacunes juridiques, mais est devenue une circonstance routinière.

Si la première jurisprudence en la matière semble vouloir souligner un manque de cohérence législative en matière de contrôles aux frontières intérieures, la nécessité de combler cette lacune ne fait partie d'aucun agenda politique, ni du discours public en matière de frontières. Elle demeure une bataille très minoritaire, menée exclusivement par les juristes actifs sur les territoires frontaliers en défense des personnes migrantes. Ces derniers ont néanmoins obtenu, par le biais des recours qui ont conduit aux décisions de justice citées, une première forme de protection des droits des requérants et ont eu le mérite de soumettre à l'attention de ces Cours des questions de droit tout à fait inédites, sur lesquels des premiers pas importants ont sans doute été accomplis.

Dans tous les cas, comme le prévoit l'article L. 231-2 du code, tout refus d'entrée en France doit faire l'objet d'une décision écrite motivée prise, sauf en cas de demande d'asile, par un agent des forces de l'ordre nationales et qui doit être notifiée à l'intéressé avec mention de son droit d'avertir ou de faire avertir la personne chez laquelle il a indiqué qu'il devait se rendre, son consulat ou le conseil de son choix. Cette décision, qui doit être formulée dans une langue compréhensible par la personne intéressée, peut être exécutée d'office par l'administration, mais le troisième alinéa de l'article L. 213-2 prévoit la possibilité que l'étranger puisse refuser d'être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc, ce dont il est fait mention sur la notification en question.

Dans le cas où le destinataire du refus d'entrée est un mineur, il ne peut pas être rapatrié avant l'expiration du jour franc. Néanmoins, l'article 18 de la loi n. 2018-778 du 10 septembre 2018 a modifié cet article en ajoutant que l'alinéa en question n'est pas applicable aux refus d'entrée notifiés à Mayotte ou à la frontière terrestre de la France. En d'autres termes, en pleine « crise migratoire », le législateur français, sous la forte impulsion du gouvernement, exclut l'applicabilité du jour franc à la frontière franco-italienne. Cette décision, qui selon plusieurs

observateurs suscite des doutes sur sa constitutionnalité, revient à légaliser une pratique odieuse qui néanmoins constitue un élément constant du comportement de la police dans ce tronçon de frontière : la délivrance des décisions de refus d'entrée à travers un formulaire dont la case « je veux partir le plus rapidement possible » est systématiquement pré-cochée²⁷⁵.

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a chiffré ce non-respect du jour franc : lors d'une visite à Menton le 27 août 2017, on observait que sur 138 refus d'entrée, 128 étaient effectivement pré-cochés. De même, d'autres pratiques tout à fait « uniques » ont été légalisées par la loi n. 2018-778 du 10 septembre 2018, comme la démarche consistant à prendre les empreintes digitales des mineurs isolés dans les commissariats, avant l'instauration du fichage des mineurs, qui a été prévue avec la loi de 2018. En ce sens, la frontière franco-italienne a constitué dans les dernières années une véritable terre d'expérimentation pour le ministère ou, pour utiliser la définition utilisée par le collectif INFOMIE (centre de documentation sur les mineurs isolés étrangers), une « zone de non-droit »²⁷⁶. On entend en effet par cette expression le fait que la frontière franco-italienne est devenue un lieu de négation quasi-systématique des droits fondamentaux des personnes migrantes.

Le deuxième alinéa de l'article L. 213-3 du CESEDA affirme ensuite que le refus d'entrée peut être opposé au demandeur d'asile, mais que la décision doit mentionner le droit d'introduire un recours en annulation en se fondant sur l'article L. 213-9, précisant ainsi les voies et les délais de ce recours. En particulier, la décision de refuser l'entrée en France à un étranger qui se présente à la frontière et qui demande à bénéficier du droit d'asile, ne peut être prise par le ministre chargé de l'immigration que si l'examen de la demande d'asile relève de la compétence d'un autre État en application du règlement Dublin, si la demande d'asile est irrecevable ou alors si elle est manifestement infondée.

Une demande d'asile est irrecevable, selon l'article L. 723-11 du CESEDA, dans trois cas particuliers, c'est à dire lorsque le demandeur bénéficie d'une protection effective au titre de l'asile dans un Etat membre de l'UE, quand il bénéficie du statut de réfugié ou d'une autre forme

²⁷⁵ ANAFE, *op. cit.*

²⁷⁶ INFOMIE, *La frontière franco-italienne, « zone de non-droit »*, communiqué de presse, en ligne, consulté le 12/04/2020, <http://www.infomie.net/spip.php?article4622&lang=fr>.

de protection dans un Etat tiers (et s'il y est dans ce cas effectivement réadmissible), ou alors quand à l'issue d'un examen préliminaire effectué selon la procédure définie à l'article L. 723-16, il apparaît que la demande ne répond pas aux conditions prévues au même article. L'article L. 213-9 du CESEDA définit ainsi la notion de demande d'asile manifestement infondée. Il s'agit d'« *une demande qui, au regard des déclarations faites par l'étranger et des documents le cas échéant produits, est manifestement dénuée de pertinence au regard des conditions d'octroi de l'asile ou manifestement dépourvue de toute crédibilité en ce qui concerne le risque de persécutions ou d'atteintes graves.* » Si le caractère manifestement dénué de pertinence au regard des conditions d'octroi de l'asile est plutôt aisé à constater, celui de « demande manifestement dépourvue de toute crédibilité » est sujet à interprétation.

Ainsi, le juge administratif a, à plusieurs reprises, rappelé au ministre de l'Intérieur que notamment « *la circonstance que la requérante n'ait pas été en mesure, lors de son audition par un agent de l'Office Français de Protection des Réfugiés et des Apatrides (ci-après, OFPRA), et dans les conditions matérielles contraintes afférentes à cette procédure, de prouver ses allégations quant à des risques de châtiments et autres mauvais traitements en cas de retour [...], ne fait pas obstacle en l'espèce [...] à ce que les allégations de craintes de persécutions [...] puissent être regardées [...] comme crédibles*²⁷⁷ ».

De même, le caractère peu circonstancié des propos du demandeur ainsi que des éventuelles déclarations inexactes sur les buts de son voyage, ne suffisent pas à conclure au caractère manifestement dépourvu de crédibilité de ses déclarations, dès lors que sa situation personnelle et notamment son appartenance religieuse serait susceptible d'entraîner des persécutions à son encontre²⁷⁸.

On traitera dans le prochain chapitre la question des interactions entre le règlement Dublin et les pratiques policières à la frontière intérieure française, en analysant les différences entre la procédure de transfert du demandeur d'asile et les refoulements opérés à la frontière franco-italienne. Pour l'instant on se limite à observer que ces pratiques violent ouvertement les droits d'accès aux procédures pour obtenir la protection internationale, comme dans le cas des

²⁷⁷ Tribunal Administratif de Toulouse, 05/07/2013 n. 1303066.

²⁷⁸ Cour Administrative d'appel de Paris, 28/05/2013, n. 13PA02663.

refoulements informels qu'on a déjà évoqués, ou des refoulements qui, bien qu'opérés formellement, ne respectent pas les garanties prévues pour les demandeurs d'asile.

Selon l'article L. 213-2 du CESEDA, toute procédure de refus d'entrée doit faire l'objet d'un examen individuel et approfondi par les forces de l'ordre compétentes, ce qui, selon la voix unanime de juristes et ONG, n'arrive pas à la frontière franco-italienne. En février 2017, Amnesty International France observait que « *dans la plupart des cas, les personnes interceptées font l'objet de mesures systématiques de refus d'entrée, sans que leur situation ne soit réellement étudiée. Aucune réelle vérification n'est en effet réalisée par les forces de l'ordre, le but étant de les renvoyer le plus rapidement vers l'Italie*²⁷⁹ ».

Ainsi, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (ci-après, CNCDH) a constaté en 2018 que « *les garanties entourant la procédure de non-admission n'étaient pas respectées et que les intéressés ne pouvaient pas exercer leurs droits. En premier lieu, il n'est procédé ni à un entretien individuel ni à un examen approfondi de la situation*²⁸⁰ ».

Selon l'article L. 213-1 du CESEDA, tout refus d'entrée doit faire l'objet d'une décision écrite, motivée, prise, sauf en cas de demande d'asile, par le service de la police nationale ou des douanes chargé du contrôle aux frontières. Les refus d'entrée doivent être signés par l'autorité compétente, en précisant l'identité du signataire et son grade. Or, aux différents PPA de la frontière franco-italienne, ce sont souvent les services interpellateurs (gendarmes mobiles, CRS ou militaires), qui remplissent les documents relatifs à la procédure de refus d'entrée. Les missions d'observation des ONG telles que l'ANAFE ou Amnesty International ont permis de recueillir un nombre important de refus d'entrée signés directement par les services en charge de l'interpellation, sans trace de passage par les locaux de la PAF. De même, même quand ce passage a effectivement lieu, la signature est souvent sommaire, sans précision du grade ou de l'identité du signataire.

Ces pratiques irrégulières ne sont pourtant pas contredites par les autorités elles-mêmes. Le rapport d'observation de 2018 de l'ANAFE témoigne de la déclaration effectuée par la

²⁷⁹ Amnesty International, *Des contrôles aux confins du droit, Violation des droits humains à la frontière avec l'Italie*, rapport d'observation, 2017.

²⁸⁰ Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Avis sur la situation des personnes migrantes à la frontière franco-italienne: missions dans les Hautes-Alpes et les Alpes-Maritimes*, rapport d'observation, 2018.

commissaire de police de Menton, qui a affirmé, lors d'une visite des élus au poste de la PAF du village frontalier, que les refus d'entrée étaient remplis par les CRS pour les personnes arrêtées en gare de Menton-Garavan ou par d'autres forces de l'ordre selon les lieux d'interpellation et que les services de la PAF ne procédaient pas à un nouvel examen²⁸¹.

Le rapport de l'ANAFE est particulièrement précieux car il permet de comprendre dans les détails le déroulement pratique des procédures de refus d'entrée aux différents points de contrôle du tronçon franco-italien de la frontière. Ces procédures changent selon les différents services qui opèrent les interpellations, mais aussi selon les différents lieux géographiques, bien qu'elles aient des traits communs.

Il est intéressant en ce sens d'analyser directement les observations contenues dans le rapport en question : *« après un maintien non systématique et d'une durée plus ou moins longue au niveau du lieu d'interpellation, les personnes interpellées sont amenées en véhicule devant les bureaux de la PAF ; dans la majorité des cas, en journée, seul un représentant du service interpellateur descend du véhicule pour entrer dans les locaux de la PAF, d'où il ressort après quelques brèves minutes avec des refus d'entrée signés qui sont alors distribués aux personnes dans le véhicule, sans qu'aucun contact n'ait lieu entre les officiers de la PAF et les personnes à qui l'entrée sur le territoire est refusée. Certaines fois, ce sont un ou deux officiers de la PAF qui sortent pour signer les refus d'entrée directement sur le trottoir, sans échange avec les personnes refoulées. Ensuite, le fonctionnaire fait descendre les personnes du véhicule et leur montre la direction de l'Italie, quelques dizaines de mètres plus loin, sur le Pont Saint-Louis, symbole de la frontière. Selon les situations, les personnes peuvent être maintenues pour des durées plus ou moins longues dans les préfabriqués attenants aux locaux de la PAF. Lorsque les personnes sont amenées après 19h, elles attendent dans ces algecos la réouverture, le lendemain, de l'office homologue italien. [...] À la frontière haute, les personnes interpellées à la gare de Modane sont amenées dans les locaux de la PAF avant, bien souvent, d'être refoulées par le train. Pour les personnes interpellées au PPA du tunnel du col de Fréjus, après une rapide notification de refus d'entrée, les personnes interpellées sont remises aux autorités italiennes elles aussi présentes à l'entrée du tunnel pour que ces personnes soient ramenées à Bardonecchia. [...] Dans le*

²⁸¹ Le 31 mars 2018, Michèle Rivasi (eurodéputée EELV), Guillaume Gontard (sénateur de l'Isère) et Myriam Laïdouni-Denis (conseillère régionale Auvergne Rhône Alpes) ont organisé une visite simultanée à la gare de Menton Garavan et au poste de la police aux frontières de Menton Pont Saint-Louis.

Briançonnais, les personnes interpellées dans les sentiers de randonnée et/ou sur les routes sont généralement amenées à la PAF de Montgenèvre, quand elles ne sont pas directement ramenées en Italie. Des modifications de pratiques ont néanmoins été constatées au fil du temps. Ainsi, en 2016 et 2017, les personnes étaient souvent directement refoulées vers l'Italie au niveau de la borne frontière du col de l'Échelle, à 10 kilomètres de Bardonecchia, sans passage par la PAF. Depuis la fin 2017, elles se voient plus régulièrement délivrer un refus d'entrée au poste de la PAF de Montgenèvre avant d'être refoulées à la frontière italienne, généralement à l'entrée du village italien de Clavière ».

Ces pratiques, différentes selon les différents lieux d'observation, montrent des traits communs. Premièrement, il s'agit de procédures effectuées pour la plupart des cas de manière expéditive. En deuxième lieu, elles constituent de véritables violations des droits des personnes migrantes.

Il est important de constater que la pratique des refoulements informels ne se produit pas seulement à la frontière franco-italienne, mais sur plusieurs tronçons de frontière intérieure de l'espace Schengen. Il s'agit de pratiques largement diffusées dans le contexte des frontières européennes, extérieures et intérieures, favorisées par l'existence d'accords de coopération transfrontalière et de réadmission tels que l'accord de Chambéry, qui *de facto* dé-formalisent les procédures de réadmission.

Avant de continuer l'analyse des violations les plus courantes des droits des personnes migrantes à la frontière franco-italienne, il est intéressant de prendre en considération une ordonnance très récente du tribunal de Rome, section « droits de la personne et immigration », qui sanctionne les pratiques des policiers italiens à la frontière avec la Slovaquie. Cela permet de confirmer le caractère diffusé de ces pratiques sur plusieurs tronçons de frontière intérieure européenne. En outre, à partir de l'analyse du raisonnement du juge italien, on peut tirer des considérations ultérieures sur cette problématique. L'ordonnance en question, du 18 janvier 2021, concerne le recours d'un ressortissant pakistanais qui avait été refoulé sans aucune formalité en Slovaquie, puis en Croatie et en Bosnie, où il a été emprisonné et soumis à des traitements inhumains et

dégradants au mois de juillet 2020, après avoir manifesté sa volonté de demander l’asile en Italie²⁸².

Comme pour d’autres histoires « de frontière », les récits du requérant ont été recueillis par une ONG, Border Violence Monitoring Network et publiés sur son site internet avec plusieurs photos des blessures subies lors des tortures en Croatie. L’histoire du ressortissant pakistanais avait été l’objet d’une question parlementaire au ministre de l’Intérieur italien, qui répondait le 24 juillet 2020 que les réadmissions effectuées de manière expéditive et sans rédaction d’actes formels étaient *de facto* permises par l’accord de réadmission italo-slovène du 3 septembre 1996, affirmant ainsi que « *les procédures informelles de réadmission en Slovénie sont appliquées à l’encontre des migrants interceptés en proximité de la frontière italo-slovène, quand il résulte la provenance du territoire slovène, même en cas de manifestation de volonté de demander l’asile, la condition particulière de vulnérabilité de ces derniers ainsi que le fait qu’ils ont éventuellement déjà demandé l’asile dans un État européen étant les deux seules exceptions possibles*²⁸³ ».

En premier lieu, le juge observe que l’accord sur la réadmission entre l’Italie et la Slovénie, signé à le 3 septembre 1996, ne peut pas déroger au droit national et européen du fait qu’il n’a jamais été ratifié par le Parlement italien²⁸⁴. Selon le juge, toute réadmission en Slovénie doit être opérée avec l’adoption d’un acte administratif motivé, comme tout acte ayant des incidences sur la sphère juridique des personnes, en vertu des articles 2 et 3 de la loi n. 241/90 qui réforme le droit administratif italien.

L’accord peut donc prévoir des formes simplifiées de réadmission, mais ne peut pas prévoir que ces pratiques soient effectuées sans la délivrance d’un acte administratif. De plus, citant l’article

²⁸² Tribunal Ordinaire de Rome, Section Droits de la personne et immigration, 18/03/2020 n. 56420/2020.

²⁸³ Chambre des Députés (Parlement italien), séance du 15 juillet 2020, *question time* sur la stratégie d’accueil des migrants, interrogation du ministre de l’Intérieur Luciana Lamorgese, vidéo disponible en ligne, <https://www.interno.gov.it/notizie/ministro-lamorgese-question-time-montecitorio>.

²⁸⁴ Constitution de la République Italienne, Article 80 : les Chambres autorisent par une loi la ratification des traités internationaux qui sont de nature politique ou qui prévoient des arbitrages ou des règlements judiciaires ou qui comportent des modifications du territoire ou des charges pour les finances ou des modifications de lois.

13 de la Constitution, le juge affirme la nécessité qu'un acte de privation de la liberté personnelle tel que le refoulement hors des frontières nationales, soit validé par l'autorité judiciaire, comme d'ailleurs les articles 10.2 et 13.5 bis du Texte unique sur l'immigration (ci-après TUI) issu du décret législatif n. 286/1998 le prévoient de manière générale pour les étrangers. Sur cette question, la Cour Constitutionnelle avait eu l'occasion de se prononcer dans l'arrêt n. 105/2001 affirmant que la Constitution impose un contrôle juridictionnel plein sur les actes privatifs de la liberté personnelle, un contrôle qui ne peut pas « *s'arrêter aux marges de l'expulsion* », mais qui doit regarder les motifs qui ont amené l'administration à disposer de la particulière forme d'expulsion se concrétisant en l'accompagnement à la frontière, qui est « *cause immédiate de la limitation de la liberté personnelle de l'étranger* ».

Les refoulements informels en Slovénie sont donc jugés contraires au droit constitutionnel et européen lorsqu'ils ne mettent pas les personnes objets de ces procédures en capacité de formuler des recours, ni de faire examiner leurs situations particulières de vulnérabilité ainsi que de demander l'asile. Il s'agit, comme pour la frontière franco-italienne, de véritables refoulements collectifs, défendus par le droit européen à l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

Le tribunal de Rome reconnaît donc au ressortissant pakistanais refoulé en Croatie et ayant demandé l'asile à la frontière italienne, son droit d'accéder au territoire national afin de déposer sa demande. On reviendra sur l'ordonnance en question lorsqu'on abordera plus spécifiquement les interactions entre le droit d'asile et le règlement Dublin avec les procédures de réadmission simplifiée à la frontière intérieure.

2.2 La frontière franco-italienne comme lieu de négation des droits des personnes migrantes.

Revenant à la frontière franco-italienne, nous pouvons affirmer qu'au-delà du caractère informel des refoulements, même quand il s'agit de procédures formalisées, on est très souvent en présence de violations des droits des personnes tentant de se rendre en France. Comme nous verrons par la suite que le droit d'asile est nié à la frontière franco-italienne comme dans d'autres tronçons de frontière européenne, l'application du règlement Dublin est dans ces lieux écartée *de facto* par les pratiques des forces de l'ordre chargées du contrôle frontalier. De même, les règles sur la protection des mineurs ne sont pas respectées.

L'article L. 221-4 du CESEDA affirme que tout étranger qui fait l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire ou qui sollicite l'asile à la frontière doit se voir reconnaître certains droits : premièrement la personne en question doit pouvoir avertir ou faire avertir la personne chez laquelle il a indiqué qu'il devait se rendre, son consulat ou le conseil de son choix ; en deuxième lieu il doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un interprète et d'un médecin, communiquer avec un conseil ainsi que, avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'immigration de 2018, refuser d'être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc.

Comme nous avons pu l'observer, dans la pratique des comportements des forces de l'ordre, ces droits ne sont pas respectés, comme l'affirme aussi une recommandation du Contrôleur général des lieux de privation de liberté de septembre 2017 : « *les conditions dans lesquelles les décisions de refus d'entrée sont renseignées et notifiées aux personnes les prive de toute possibilité d'exercer les droits afférents à leur situation. Il est indispensable que les procédures soient correctement et entièrement complétées et surtout qu'elles soient réellement notifiées aux personnes concernées avec l'assistance d'interprètes professionnels aussi souvent que nécessaire. La situation particulière de Menton au regard du nombre conséquent d'interpellations de personnes migrantes ne peut aucunement justifier de telles atteintes aux droits. Il revient à l'État d'assurer la mise en œuvre de procédures respectueuses des droits des personnes*²⁸⁵ ».

L'absence d'information sur les droits dont les personnes se présentant à la frontière franco-italienne peuvent bénéficier semble être le premier problème rencontré. L'autorité qui notifie la décision de refus d'entrée doit en effet préciser les droits afférents, ce qui n'arrive presque jamais dans les points de passage de ce tronçon de frontière. Si on ajoute à cela que ces décisions sont rarement traduites par un interprète lorsque les personnes ne comprennent pas la langue française, on s'aperçoit des difficultés qu'elles rencontrent à la frontière pour faire valoir leurs droits.

On est en présence d'une violation patente de l'article L. 221-4 du CESEDA, ainsi que des articles L. 111-7 et L. 111-9 du même code, qui prévoient des garanties procédurales en matière d'interprétariat comme l'obligation de compétence et de secret professionnel, la mise à

²⁸⁵ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport de la troisième visite des locaux de la police aux frontières de Menton (Alpes-Maritimes)*, rapport d'observation, 2017.

disposition de la liste des interprètes susceptibles d'intervenir, l'obligation d'intervention lorsque la personne étrangère ne parle pas français ou est analphabète.

Alors qu'il appartient à la police de demander à la personne quelle est la langue qu'elle comprend, parle et souhaite utiliser, il est fréquent de constater, en analysant les refus d'entrée délivrés, que la partie du document relative à la langue comprise par la personne et à la langue utilisée pour la notification des droits est souvent bâclée, si elle n'est pas tout simplement non renseignée.

Quant au droit à la santé et à l'accès aux soins, on ne peut que constater que les personnes malades interceptées à la frontière sont rarement prises en charge. Le cas le plus étonnant, qui témoigne de la gravité des comportements des forces de l'ordre, a été le décès, le 26 février 2018, d'une femme nigérienne de 31 ans, enceinte de six mois et malade d'un cancer, qui après avoir essayé de franchir la frontière franco-italienne a été interceptée et renvoyée en Italie, en l'absence de toute prise en charge médicale de la part des autorités des deux États²⁸⁶.

Les récits des personnes migrantes interrogées lors des missions d'observation de plusieurs ONG dénoncent que malgré des demandes explicites en ce sens, l'assistance d'un médecin est très souvent refusée par les forces de l'ordre.

Or, le droit à l'accès aux soins médicaux constitue un droit fondamental universellement reconnu. L'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que « *toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires* ». Le même principe est réaffirmé dans l'article 12.1 du Pacte international pour les droits économiques, sociaux et culturels de 1966 : « *les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* ».

En Europe, ce principe a été affirmé d'abord dans la Charte sociale européenne en 1961 à l'article 11 « droit à la protection de la santé », puis à l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux, alors que dans le cadre de la CEDH ce droit n'est pas mentionné explicitement, mais découle de l'interprétation conjointe des articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction de traitements inhumains

²⁸⁶ Article de presse, *Italie, une migrante enceinte et malade meurt après avoir été refoulée par la France*, Infomigrants, 26/03/2018, en ligne, consulté le 12/06/2020, <https://www.infomigrants.net/fr/post/8288/italie-une-migrante-enceinte-et-malade-meurt-apres-avoir-ete-refoulee-par-la-france>.

et dégradants) et 8 (droit à la vie privée et familiale). La Cour européenne des droits de l'Homme a une jurisprudence consolidée en la matière, notamment en ce qui concerne la mise en balance entre le droit à la santé et l'ordre public, en cas d'éloignement des étrangers gravement malades.

Dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni* de 1997, la Cour de Strasbourg souligne que les non-nationaux destinataires d'une mesure d'expulsion ne peuvent en principe revendiquer le droit de rester sur le territoire d'un État contractant afin de continuer à bénéficier de l'assistance médicale, assurée durant leur séjour en prison par l'État (il s'agissait dans le cas en espèce d'une personne détenue)²⁸⁷. Néanmoins, vu dans ce cas le stade très avancé de la maladie, ainsi que l'état de dépendance aux soins que la personne malade avait développée, la Cour a jugé qu'il y avait un risque sérieux que les conditions de vie de la personne en question en cas d'expulsion réduisent son espérance de vie et lui fassent subir d'intenses souffrances. Pour cette raison la Cour avait conclu qu'il y avait eu, dans le cas en espèce, violation de l'article 3 qui interdit les traitements inhumains et dégradants.

Dans une affaire plus récente de 2016, *Paposhvili c. Belgique*, la Cour a jugé que si le requérant était éloigné vers son pays d'origine, en l'occurrence la Géorgie, sans que les autorités belges n'aient évalué le risque encouru par son état de santé et l'existence de traitements adéquats en Géorgie, il y avait violation de l'article 3 de la CEDH²⁸⁸.

La Cour impose donc aux États, quand il s'agit d'expulser une personne malade, de mettre en œuvre une évaluation ponctuelle de l'état de santé de la personne en question, car il peut y avoir le risque, en l'expulsant, de mettre concrètement en danger sa vie et sa dignité.

Le dernier droit consacré à l'article L. 221-4 du CESEDA est le droit à un conseil : toute personne qui fait l'objet d'un refus d'entrée doit pouvoir s'entretenir à tout moment avec le conseil de son choix. Dans la pratique, ce droit n'est jamais respecté. Même dans les cas très rares où l'existence de ce droit est effectivement portée à la connaissance des personnes interceptées, la rapidité des procédures et la difficulté pratique de contacter un avocat rendent l'accès à ce droit concrètement impossible. Si cela constitue une violation législative patente dans les cas d'interpellation à la frontière suivie d'une réadmission rapide, l'illégitimité d'une telle pratique est encore plus

²⁸⁷ CEDH, *D. c. Royaume-Uni*, 02/05/1997, requête n. 30240/96, ECLI:CE:ECHR:1997:0502JUD003024096.

²⁸⁸ CEDH, *Paposhvili c. Belgique*, 16/12/2016, requête n. 41738/10, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD004173810.

flagrante quand les avocats sont empêchés d'accéder aux locaux de la PAF quand leurs clients sont privés de leur liberté personnelle.

Une situation de ce genre a été ponctuellement vérifiée au poste de police de Menton Saint-Louis, tout au long de ces années de réintroduction des contrôles à la frontière franco-italienne, comme plusieurs rapports en témoignent. Ces pratiques sont évidemment illégales, non seulement à la lumière du droit interne français, mais aussi en vertu de la CEDH, qui à l'article 6 consacre le droit à la défense comme le droit de toute personne à faire entendre sa cause équitablement.

Toute décision pénale et administrative devrait en effet pouvoir faire l'objet d'un recours. En l'espèce, la compétence pour apprécier la légalité des différentes décisions prises par l'administration en matière de refus d'entrée sur le territoire et de refoulement appartient au juge administratif, qui est également compétent pour le contentieux de la demande d'admission sur le territoire au titre de l'asile. La personne étrangère qui se voit refuser l'entrée devrait être informée qu'elle peut former un recours en annulation dans un délai de deux mois devant la juridiction administrative. Ainsi, s'agissant de situations d'urgence, pour contester les décisions de refus d'entrée et de réadmission en Italie, le référé constituerait le remède juridictionnel le plus pertinent. Néanmoins, il comporte des garanties procédurales largement insuffisantes, puisqu'il n'y a pas d'effet suspensif de plein droit.

Cela signifie que les personnes peuvent être refoulées à tout moment et donc avant d'avoir pu saisir le juge ou avant que le juge n'ait rendu sa décision, ce qui arrive systématiquement aux personnes qui contestent le refus d'entrée par ce biais. Or, en ne prévoyant pas un recours de plein droit suspensif pour les étrangers faisant l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire, la législation française est en contradiction avec la jurisprudence consolidée de la CEDH, ce qui entraîne des conséquences graves sur la situation des personnes migrantes aux frontières.

La Cour de Strasbourg s'est prononcée à plusieurs reprises sur la question, condamnant la France pour la violation des droits des étrangers à la frontière, notamment dans les zones d'attente, comme dans l'affaire *Gebremedhin c. France* de 2007²⁸⁹.

²⁸⁹CEDH, *Gebremedhin c. France*, 26/04/2007, requête n. 25389/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0426JUD002538905

Dans l'affaire en question, la Cour sanctionne l'absence de recours suspensif « de plein droit » dans la législation française, notamment dans le cadre de la procédure de référé-liberté accessible aux demandeurs d'asile à la frontière. Pour se conformer à la position de la Cour de Strasbourg, la loi n. 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, introduit un recours suspensif pour les demandeurs d'asile placés en zone d'attente à la frontière, alors que les recours en référé contre les décisions de refus d'entrée pour tous les autres cas demeurent non-suspensifs, et donc non effectifs au sens de la jurisprudence de la CEDH²⁹⁰.

Néanmoins, l'obligation d'un recours effectif et donc nécessairement suspensif, devrait concerner tous les étrangers dont le refoulement risque de constituer une atteinte à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et familiale. Ainsi, la loi de 2007 prévoit qu'aucun autre recours ne peut être introduit contre la décision de refus d'entrée au titre de l'asile. Cela prive les demandeurs d'asile de pouvoir exercer un autre recours, comme le référé fondé sur la violation présumée d'une autre liberté fondamentale, par exemple le droit à la vie familiale ou à la santé, bien que ce dernier ne soit pas suspensif.

Pour les refus d'entrée délivrés aux personnes interceptées à la frontière qui ne demandent pas l'asile à la frontière et qui ne sont pas placées en zone d'attente, on peut envisager la possibilité de recourir à la CEDH à travers l'article 39 du règlement de la Cour qui établit la procédure pour demander au juge de Strasbourg l'application d'une mesure provisoire. Il s'agit de mesures d'urgence qui, selon la pratique constante de la Cour, ne s'appliquent que lorsqu'il y a un risque imminent de dommage irréparable. La Cour ne fait droit à ces demandes de mesures provisoires qu'à titre exceptionnel, lorsque les requérants seraient exposés, en l'absence de telles mesures, à un risque réel de dommages graves et irréversibles. Ces mesures sont alors indiquées au gouvernement défendeur.

Mais il peut arriver aussi à la Cour d'indiquer des mesures au titre de l'article 39 à l'intention des requérants. Une des conditions fondamentales pour pouvoir demander à la Cour l'application d'une mesure provisoire est l'utilisation préalable de tout recours effectif prévu dans la législation nationale. En effet, selon la Cour de Strasbourg, un recours est effectif, au sens de l'article 13, lorsque celui-ci fait l'objet d'un contrôle attentif par une instance juridictionnelle nationale

²⁹⁰ Loi n. 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

compétente. Cette instance doit offrir la suspension de l'exécution de la décision administrative de refus d'entrée ainsi qu'être véritablement accessible au requérant.

Ainsi, au-delà des caractéristiques propres de chaque recours, la technicité de l'ensemble de ces procédures rend indispensable le concours d'un avocat, mais leur accès étant impossible pour les personnes qui se voient refuser l'entrée à la frontière franco-italienne, les personnes se retrouvent dans l'impossibilité presque systématique de formuler un recours. Les seuls cas où les personnes ont pu contester ces mesures sont soit des situations où elles connaissaient déjà un avocat (ce qui est extrêmement rare) ou dans le cadre d'actions inter-associatives qui ont des liens avec des avocats.

Ainsi, de nombreuses associations et organisations non gouvernementales ont mis en œuvre dans les dernières années des véritables actions de soutien juridique aux personnes migrantes, notamment l'ANAFE, la Cimade, le GISTI, Oxfam, Médecins du monde, les collectifs « tous migrants », « Roya citoyenne » et « Alliance DEDF », ainsi que les organisations membres de l'Observatoire de l'enfermement des étrangers : ACAT-France, Avocats pour la défense des droits des étrangers (ADDE), La Cimade, Droits d'urgence, Fasti, Genepi, Le Paria, Ligue des droits de l'homme, MRAP, Observatoire Citoyen du CRA de Palaiseau, Observatoire du CRA de Oissel, Syndicat des avocats de France (SAF). Ces organisations ont eu un rôle primordial dans la défense effective des droits des personnes migrantes, apportant une aide médicale fondamentale, s'opposant en justice aux refus d'entrée, mais aussi menant de véritables campagnes de contentieux pour faire sanctionner l'enfermement illégal et l'absence de respect des droits des personnes exilées à la frontière franco-italienne.

Or, si la question de l'enfermement va faire l'objet approfondi d'une partie spécifique de cette recherche, il serait maintenant intéressant d'analyser un contentieux relatif au droit d'accès des membres de ces associations dans les lieux de privations de liberté. En septembre et octobre 2020, suite à deux refus d'accès opposés aux représentantes de l'ANAFE et de Médecins du Monde dans les locaux de la PAF respectivement de Menton et Montgenèvre, les deux associations ont saisi les tribunaux administratifs de Nice et Marseille, qui ont rendu des décisions très importantes.

Dans les deux cas, les préfets, respectivement des Alpes-Maritimes et des Hautes-Alpes, avaient opposé aux requérants le fait que les lieux auxquels le personnel des associations en question

avait demandé d'accéder pour fournir de l'aide médicale et juridique étaient des lieux de « mise à l'abri », qui relevaient donc du droit commun applicable aux locaux de police. Effectivement, tout dispositif de « mise à l'abri » destiné à l'hébergement d'urgence devrait relever d'un cadre juridique précis, régi par le code de l'action sociale et des familles. Néanmoins, les ressortissants étrangers présents au sein des locaux attenants au poste de la police aux frontières de Menton et Montgenèvre n'étaient pas accueillis dans des conditions légales conformes à la notion de mise à l'abri puisque les personnes migrantes, appréhendées par les forces de l'ordre françaises à la frontière franco-italienne, y sont enfermées à clef et sous surveillance constante de la PAF. De plus, la durée de cette « mise à l'abri » était systématiquement de plusieurs heures, voire une nuit, ce qui est de nature à créer, selon le TA de Marseille, un doute sérieux quant à la légalité de la décision du préfet de refuser l'accès aux associations.

Or, les préfets des deux départements invoquent une décision du Conseil d'Etat du 5 juillet 2017, qui avait substantiellement validé l'interprétation selon laquelle ces lieux n'étaient pas des lieux de rétention administrative ni de privation de liberté lorsque la durée du maintien des personnes à l'intérieur de ces locaux ne dépassait pas les 4 heures²⁹¹. Néanmoins, les TA de Nice et Marseille abandonnent cette ligne interprétative jugeant qu'il s'agissait de véritables privations de liberté et affirmant le droit des associations à accéder à ces lieux pour fournir une aide juridique et médicale.

Dans son ordonnance du 30 novembre 2020, le TA de Nice reconnaît que *« quotidiennement, de nombreuses personnes sont retenues dans ces locaux munis de système de fermeture et de surveillance vidéo, dans des conditions précaires, pour de nombreuses heures, notamment la nuit lorsque le poste de police italien est fermé, qu'elles sont mises dans l'impossibilité de partir librement de ces locaux et d'obtenir au cours de la période de « maintien » une assistance médicale, juridique ou administrative d'associations »*. Le juge des référés ordonne donc la suspension du refus d'accès opposé aux associations et enjoint la préfecture des Alpes-Maritimes d'examiner à nouveau la demande, dans un délai de 30 jours²⁹².

²⁹¹ Conseil d'État, n. 411575 du 5 juillet 2017, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE), Association Avocats pour la défense des droits des étrangers (ADDE), Comité inter-mouvements auprès des évacués (CIMADE), Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), Syndicat des avocats de France (SAF), ECLI:FR:CEORD:2017:411575.20170705.

²⁹² Tribunal Administratif de Nice, 30/11/2020, n. 2004690.

Le TA de Marseille, qui se prononce quelques jours après celui de Nice, le 10 décembre 2020, reconnaît qu'il ne peut être soutenu que le local de la PAF de Montgenèvre soit un local de « mise à l'abri » et suspend le refus d'accès opposé aux associations²⁹³. Les deux juridictions administratives inscrivent leurs décisions dans la lignée des arrêts du Conseil d'Etat du 27 novembre 2020 et de la CJUE du 19 mars 2019.

Néanmoins, dans une décision du 23 avril 2021, le Conseil d'Etat revient à des positions plus restrictives, omettant d'ordonner la fermeture des locaux de « mise à l'abri » des postes de la PAF de Menton et Montgenèvre, tout en reconnaissant qu'il s'agit de lieux qui n'ont aucune base légale et que l'enfermement se prolonge souvent au-delà de dix heures²⁹⁴. Le juge affirme que, dans ces locaux de rétention informels, il n'y a qu'un « grand inconfort » et se limite à rappeler aux autorités l'obligation du respect des droits et la vigilance à apporter aux personnes vulnérables, mais il ne prononce aucune injonction sur les violations dénoncées.

²⁹³ Tribunal Administratif de Marseille, 10/12/ 2020, n. 2009054.

²⁹⁴ Conseil d'Etat, n. 450879 et 450987 du 23 avril 2021, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE), Association Médecins du monde, ECLI:FR:CEORD:2021:450879.20210423.

3. L'incidence du rétablissement des contrôles sur le droit d'asile

Une fois analysés le contexte juridique, le cadre opérationnel et les conséquences des pratiques policières de contrôle à la frontière franco-italienne, il convient d'approfondir l'incidence de ces pratiques, ainsi que celle de la stratégie de contrôle mise en œuvre sur le droit d'asile. Dans cet objectif, il sera indispensable de reprendre les observations faites à propos du droit d'asile en général, de sa mise en place au niveau du droit de l'Union et de son rapport avec les politiques de contrôle frontalier.

Nous avons commencé notre étude en affirmant que le droit d'asile constituait une sorte d'exception au pouvoir discrétionnaire étatique de maîtrise des entrées sur le territoire, dans la mesure où la Convention de Genève prévoit une obligation générale de la part des États partie de la Convention des personnes demandant la protection internationale. Comme nous l'avons rappelé, la Convention n'organise pas les modalités de cette prise en charge, mais prévoit un principe général de non-refoulement des demandeurs d'asile. Cette obligation, qui concrétise le droit du demandeur d'asile de ne pas être renvoyé sans que ses raisons soient, de quelque forme que ce soit, prises en considération par les autorités nationales, a été réaffirmée dans le droit européen du droit d'asile, ainsi que par la jurisprudence de la CEDH et de la CJUE. Or, si le contenu et l'ampleur de ce principe sont plutôt clairs et définis en ce qui concerne les frontières extérieures de l'Union, dans le cadre desquelles un refoulement comporte le renvoi des demandeurs d'asile dans le territoire des pays tiers de départ ou de transit - qui souvent, comme pour le cas de la Lybie, sont des pays qui n'ont pas signé la Convention de Genève - la question du refoulement des demandeurs d'asile s'est également posée, ces dernières années, aux frontières intérieures européennes.

Une caractéristique des frontières intérieures, lorsque l'on parle de refoulement des demandeurs d'asile, est que le renvoi d'une personne dans le territoire d'un autre État européen n'a pas vocation théoriquement à mettre cette personne dans des conditions de danger ou de violation des droits fondamentaux : l'application uniforme du RAEC sur le territoire européen suppose des standards communs d'accueil. Ainsi, comme l'arrêt de la CEDH *M.S. c. Belgique et Grèce* le montre très clairement, les États européens étant souvent confrontés à des pressions importantes, des dysfonctionnements des dispositifs nationaux d'accueil peuvent rendre les conditions

matérielles d'accueil très problématiques, entraînant des traitements inhumains et dégradants expressément interdits en vertu de l'article 3 de la CEDH²⁹⁵.

L'augmentation des mouvements secondaires de migrants a pourtant dévoilé, selon les différents États européens, l'existence de standards d'accueil très divers et variés qui sont souvent à la base des décisions de quitter l'un de ces pays pour atteindre le territoire d'un autre État. En outre, la circonstance pour laquelle, parmi ces migrants, le nombre de demandeurs d'asile a augmenté de manière drastique dans les dernières années, nous montre également la faiblesse et l'inefficacité du dispositif européen d'accueil découlant du RAEC et notamment du règlement de Dublin, qui impose qu'un seul État européen soit responsable du traitement de chaque demande d'asile, dans le but explicite de limiter les mouvements secondaires des personnes demandant une protection internationale.

Parmi ces personnes, on retrouve d'une part ceux que l'on dit « primo-demandeurs », à savoir des personnes n'ayant jamais demandé la protection internationale et qui souhaitent présenter la demande dans un pays différent de celui de leur séjour et d'autre part les « dublinés », c'est-à-dire des personnes ayant demandé l'asile dans un État différent de celui dans lequel ils se rendent et franchissant la frontière intérieure. En vertu du règlement Dublin, ces personnes ne peuvent pas être simplement renvoyées sur le territoire de l'État européen qui est potentiellement ou effectivement responsable du traitement de leur demande d'asile, mais doivent faire l'objet d'une procédure particulière dite de « transfert Dublin », qui accorde des droits particuliers aux personnes concernées.

On pourrait affirmer que la prévision d'une procédure particulière constitue une déclinaison du principe de non-refoulement à la frontière intérieure, car il en découle que les demandeurs d'asile, quelle que soit leur condition juridique effective, ne peuvent pas être refoulés à une frontière intérieure. Néanmoins, si d'un côté le cadre opérationnel fixé par les accords de Chambéry ne fait aucune distinction sur la condition juridique des ressortissants des pays tiers n'ayant pas un droit d'entrée sur le territoire français, de l'autre, la mise en œuvre des refoulements informels constitue une entrave évidente et illégale au droit d'accès à la procédure pour demander l'asile ainsi qu'à la procédure de transfert prévue dans le règlement Dublin. En outre, comme on l'observera, la législation française sur la rétention des demandeurs d'asile semble montrer des profils de non-conformité au droit européen en la matière. En effet, alors que la privation de

²⁹⁵ CEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 05/05/2020.

liberté devrait constituer une mesure exceptionnelle pour certaines catégories de demandeurs d'asile, l'utilisation qui en est faite à la frontière franco-italienne présente des caractères de systématicité et de généralisation.

Ainsi, l'étude du phénomène des mouvements secondaires des migrants et des demandeurs d'asile occupera une première partie du chapitre (3.1), alors que par la suite nous analyserons l'impact des pratiques policières sur le droit d'asile (3.2), documentées par de nombreuses ONG à la frontière franco-italienne. Ceci témoignera du non-respect du RAEC, notamment en ce qui concerne l'accès aux procédures, la rétention du demandeur d'asile et son transfert au sens du règlement Dublin.

3.1 Les mouvements secondaires des demandeurs d'asile en Europe

Avant d'analyser les effets du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de l'Europe sur le droit d'asile, il convient d'approfondir le phénomène de l'augmentation des mouvements secondaires de migrants et demandeurs d'asile, qui est devenu dans les dernières années une préoccupation majeure pour les acteurs politiques nationaux et européens. En effet depuis la Communication de la Commission « *pour un nouvel agenda européen sur la migration* » de 2015, la lutte contre les mouvements secondaires apparaît parmi les priorités de l'action européenne en matière de gestion des flux migratoires et des frontières.

Cela s'explique si l'on considère que les mouvements secondaires des migrants en Europe ajoutent une pression potentielle majeure sur les États européens, notamment en ce qui concerne les capacités d'accueil, entraînant ainsi un impact important sur le fonctionnement du système de gestion des demandes d'asile, ainsi que plus généralement sur l'économie et la sécurité. Le fait d'empêcher la présentation de plusieurs demandes d'asile dans plusieurs États européens avait été, dès les accords de Schengen, un objectif central de la politique commune européenne en la matière, à cause des inefficiences, du doublement des procédures administratives, des retards et des coûts importants qu'un tel phénomène aurait comportés.

La Convention Dublin de 1993, puis les règlements de 2003 et de 2013, confiant la responsabilité du traitement des demandes d'asile à un seul État à définir selon des critères spécifiques, ont créé un système de l'asile basé sur la présomption que ces personnes restent sur le territoire dudit État tout au long de la procédure, l'article 18 de la CAAS de 1990 ne conférant pas au demandeur d'asile le droit de circuler dans l'espace Schengen. Pour rendre effective cette obligation de rester

sur le territoire d'un seul Etat européen responsable du traitement de la demande d'asile, les institutions européennes ont tout d'abord prévu une procédure de transfert qui vise expressément ces personnes et ensuite ont créé EURODAC, qui comme nous l'avons vu, est un système interopérable de collecte des données biométriques servant au traçage des étrangers demandeurs d'asile à partir de leur entrée sur le territoire de l'un des États de l'espace Schengen.

Au-delà des appréciations sur le fonctionnement et l'opportunité d'utiliser cet instrument, c'est notamment grâce aux données fournies par EURODAC que l'on peut avoir un aperçu de la portée des mouvements secondaires des demandeurs d'asile en Europe. Grâce à ce système de traçage, on peut notamment acquérir des données fondamentales comme le nombre de personnes demandant l'asile auprès des autorités d'un État européen après avoir déjà déposé telle demande aux autorités d'un autre État de l'UE, ou alors le nombre de personnes ayant déposé une demande d'asile dans un premier État et se trouvant sur le territoire d'un autre État.

Si l'on analyse le rapport EURODAC de 2016, c'est à dire lors d'un moment de pression migratoire majeure vers l'Europe, on se rend compte que sur 1.018.074 demandeurs d'asile fichés sur EURODAC, 307.421 (30%) avaient déjà été enregistrés dans un autre État que celui de la demande. Selon le même rapport, l'augmentation des demandes d'asile multiples avait été de 27% en 2014 (137.737) et de 22% en 2015 (273.701). De même, le chiffre des personnes interceptées en séjour irrégulier sur le territoire d'un État et ayant demandé l'asile dans un autre État est plutôt étonnant : il s'agit de 124.558 personnes sur 252.559, c'est-à-dire 49% des interpellations²⁹⁶.

Ces données ne tenant évidemment pas compte de la situation des personnes étrangères se trouvant sur le territoire qui n'émergent pas à travers les contrôles de police ou le renouvellement d'une demande d'asile, le nombre des personnes se trouvant effectivement dans un État différent de celui de la présentation de la demande d'asile ne peut qu'être présumé. Une telle situation montre que les politiques européennes n'ont pas été en capacité de réduire ces mouvements secondaires de demandeurs d'asile. Au contraire, si l'on analyse les causes premières de l'augmentation de ces flux, les distorsions et les fragilités de la législation européenne en matière

²⁹⁶ EURODAC, *Statistiques sur l'immigration en Europe*, 2016, en ligne, consulté le 12/02/2021, https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Reports/2017-088_2016%20Eurodac%20Annual%20Report.pdf.

d'asile figurent en bonne place et entraînent un cercle vicieux, puisque ces phénomènes fragilisent la politique européenne en matière d'asile et d'immigration.

À côté des facteurs subjectifs qui peuvent pousser un demandeur d'asile à vouloir rejoindre un État différent de celui où il a posé sa demande d'asile et qui sont pratiquement ignorés par le RAEC, ce choix est souvent motivé par les standards de vie différents, la langue, les conditions du marché de travail ainsi que les différents systèmes et conditions d'accueil des États européens²⁹⁷. Or, ce dernier aspect concerne directement l'application du règlement Dublin et la transposition des directives « accueil », « qualifications » et « retour » dans les différents États européens. Si l'un des objectifs du RAEC était l'harmonisation des normes et le rapprochement des standards sur la gestion des demandes et l'accueil des demandeurs d'asile, les chiffres sur les mouvements secondaires en Europe montrent que la situation demeure très différenciée et qu'il existe encore un écart majeur en ce sens entre les différents États de l'Union²⁹⁸.

La question du dysfonctionnement du système d'accueil et de la hausse des mouvements secondaires à l'intérieur de l'espace Schengen a été à la base de la communication de la Commission du 6 avril 2016, intitulée « *Vers une réforme du d'asile européen et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe* », qui fixait les priorités des politiques européennes en la matière pour les années à venir²⁹⁹. Le but de la Commission était de « *passer d'un système qui, par sa conception ou sa mauvaise mise en œuvre, fait peser une responsabilité disproportionnée sur certains États membres et encourage des flux migratoires irréguliers et incontrôlés, à un système plus équitable proposant aux ressortissants de pays tiers qui ont besoin d'une protection ou qui peuvent contribuer au développement économique de l'UE des voies d'entrée organisées et sûres*³⁰⁰ ».

²⁹⁷ Jean-Paul Brekke, Grete Brochmann, *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, *Journal of Refugee Studies*, vol. 28, issue 2, 2015, pp. 145-162.

²⁹⁸ Sergio Carrera, Elspeth Guild, *Can the new refugee relocation system work? Perils in the Dublin logic and flawed reception conditions in the EU*, CEPS Policy Brief, n. 334, 2015.

²⁹⁹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Vers une réforme du régime d'asile européen commun et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe*, COM (2016) 197 final.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 2.

La Commission pointe le fait que les critères hiérarchiques prévus au règlement Dublin pour déterminer la responsabilité du traitement des demandes d'asile, ne tenaient pas compte des besoins et intérêts des demandeurs, ce qui était une cause ultérieure de l'augmentation des flux secondaires. Ainsi, le 4 mai 2016, la Commission européenne proposait au Parlement européen et au Conseil une réforme du règlement Dublin affirmant que « *la situation a mis en évidence des faiblesses plus fondamentales dans la conception de nos règles d'asile, qui nuisent à leur efficacité et ne permettent pas de garantir un partage des responsabilités durable, ce à quoi il convient désormais de remédier*³⁰¹ ».

La réforme envisagée portait sur trois axes principaux. D'abord, la nécessité de renforcer la capacité du système à déterminer de manière efficiente et efficace l'État Membre de l'UE responsable pour chaque demande d'asile, ensuite la création d'un « *mécanisme d'attribution correcteur* » intégré dans ce système de détermination des responsabilités étatiques. Enfin, la Commission envisage qu'une obligation de demeurer dans l'État responsable pour les demandeurs d'asile soit prévue explicitement³⁰². Les normes relatives à la détermination des États membres responsables du traitement des demandes d'asile n'étaient pourtant pas remises en cause. Le critère de première entrée demeurait le critère principal pour déterminer la responsabilité de l'État. Cependant un mécanisme correctif était prévu à l'article 34 de la proposition, qui avait vocation à s'appliquer au « *profit d'un État membre lorsque ce dernier est confronté à un nombre disproportionné de demandes de protection internationale de l'examen desquelles il est responsable en vertu du règlement*³⁰³ ».

Dans le cadre des négociations institutionnelles sur la réforme du règlement Dublin, le Parlement européen a approuvé le 16 novembre 2017 un texte qui englobait le contenu du rapport Wilkström, du nom du rapporteur, membre de la commission LIBE, qui proposait de reformer très profondément le système d'asile européen³⁰⁴. Ce texte, dont nous analyserons une partie, avait été produit sur la base d'un long travail de la Commission parlementaire. Celle-ci avait par

³⁰¹ COM (2016) 270 final.

³⁰² *Ibidem*, p. 12.

³⁰³ En particulier, la proposition de réforme visait à supprimer les dispositions relatives à la cessation de la responsabilité et abrégera nettement les délais pour l'envoi des requêtes, la réception des réponses et l'exécution des transferts entre États membres.

³⁰⁴ COM (2016) 270 – C8-0173/2016 – 2016/0133 (COD).

ailleurs commandé une étude d'impact très pertinente, qui mettait bien en évidence la nécessité d'un changement radical de paradigme³⁰⁵.

Approuvant le rapport en question, le Parlement se plaçait décidément en faveur d'une plus grande équité du système d'asile européen, qui aurait dû être gouverné par un mécanisme de partage réel, entre États membres, de la responsabilité du traitement des demandes d'asile et de l'accueil des migrants. Le Parlement visait donc à remodeler et à refonder la hiérarchie des critères en matière de demandes d'asile en les canalisant autour des « liens réels » entre les demandeurs d'asile et certains États : la famille, la résidence antérieure dans un État, la possession d'un visa, le fait d'avoir suivi des études dans un État membre. À défaut de liens, le Parlement proposait la création d'un mécanisme permanent de relocalisation. Il devait s'agir d'une règle permanente et non seulement d'un mécanisme opérant en cas de crise, comme c'était prévu à l'origine dans la proposition de la Commission. Cette relocalisation se fondait sur un principe de juste partage des responsabilités, qui aurait déterminé les responsabilités de chaque État membre sur la base d'un calcul prenant en compte le PIB et la population de chaque État.

Cela aurait représenté une avancée très importante si l'on considère que dans ce système de relocalisation proposé par le Parlement, les demandeurs d'asile auraient pu choisir entre quatre États membres - à savoir les quatre pays ayant reçu le moins de demandeurs par rapport à leur « juste part ». Le mécanisme d'attribution aurait également dû tenir compte de la possibilité offerte aux demandeurs d'asile de s'enregistrer en tant que groupe d'au maximum 30 personnes, toujours dans un objectif d'individualisation des parcours migratoires et d'une meilleure prise en charge de « l'humain » dans la gestion de l'accueil au sein de l'Union.

Selon Constantin Hruschka, cette « *idée de donner un choix aux demandeurs concernant leur destination était tout simplement révolutionnaire et brisait finalement le tabou qui avait jusqu'à présent régné de manière incontestée dans le discours Dublin*³⁰⁶ ». À la base du problème des mouvements secondaires, s'inscrit le fait que le règlement Dublin n'accorde aucune attention à la volonté des personnes concernées de demander l'asile dans un État européen en particulier.

³⁰⁵ Parlement européen, *La réforme du Règlement Dublin III*, rapport d'étude, en ligne, consulté le 24/04/2021, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU\(2016\)571360_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU(2016)571360_EN.pdf).

³⁰⁶ Constantin Hruschka, *Enhancing efficiency and fairness ?*, *Journal of the Academy of European Law*, vol. 17, 2016, pp. 521–534.

Ainsi, des facteurs comme la langue, l'ethnie, la religion, la présence de réseaux de connationaux ou de personnes faisant partie de la même famille sont essentiels dans le choix des demandeurs d'asile de quitter le territoire des États dans lesquels ils ont été contraints de poser leur première demande. Ces raisons s'ajoutent aux disparités des conditions de travail et d'accueil des demandeurs d'asile dans les différents États membres. Enfin, les relocalisations envisagées par la proposition du Parlement européen n'auraient pas dû être soumises à la procédure de transfert prévue jusqu'à présent dans le règlement Dublin, mais auraient reposé sur une procédure significativement simplifiée.

Néanmoins, sans surprise, le Conseil annonçait le 5 juin 2018 son refus de prendre en considération la proposition du Parlement européen. Des pays comme l'Allemagne, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie et les Pays de Visegrad (Hongrie, Pologne, Slovaquie et République tchèque) se sont en effet opposés au texte en dénonçant toute imposition de quotas depuis Bruxelles. Le motif de ce refus est cependant différent pour chaque État. La décision de l'Allemagne s'explique par exemple par le fait qu'elle avait déjà accueilli volontairement un nombre très important de demandeurs d'asile en 2015. Quant aux États de Visegrad, ils n'ont jamais caché leur réticence à faire partie d'un mécanisme de quotas d'accueil européen. L'échec de la relocalisation des demandeurs d'asile menée à partir de 2015 constitue un témoignage ultérieur de cette difficulté à trouver un mécanisme commun fondé sur la solidarité³⁰⁷. Seuls 3.3702 demandeurs d'asile ont été répartis en Europe depuis la Grèce et l'Italie, alors que l'objectif était de 120.000.

L'Italie s'était également opposée à la proposition du Parlement européen. Cette décision a été largement commentée et analysée par les observateurs politiques italiens. Les mécanismes proposés par le Parlement européen auraient pu soulager l'Italie car ils auraient institué un régime de partage de responsabilité entre États européens. Néanmoins, la réforme n'aurait concerné que les nouveaux arrivés, alors que les flux d'arrivée sur le territoire italien avaient baissé de 80% dans les années 2017 et 2018. En outre, le gouvernement en place à l'époque de cette négociation était composé par deux forces politiques, la Ligue et le Mouvement 5 étoiles, qui fondaient leur

³⁰⁷ Recommandation de la Commission du 8 juin 2015 concernant un programme européen de réinstallation, C (2015) 3560 final.

stratégie politique et électorale sur une accusation d'inaptitude de l'Union européenne à résoudre la question migratoire.

Trois ans après l'échec de la proposition de réforme du règlement Dublin, le nouveau pacte sur la migration et l'asile, présenté en septembre 2020, n'est toujours pas parvenu à mettre en œuvre des réformes du RAEC. Dans tous les cas, elles n'impliqueront probablement pas l'introduction de la possibilité de la part du demandeur d'asile d'effectuer un véritable choix sur le pays dans lequel introduire sa demande, ce qui constituerait la seule voie praticable pour réduire les mouvements secondaires en Europe, qui au contraire ne cessent pas d'augmenter.

Concernant la France, les chiffres fournis par le ministère de l'Intérieur et par EUROSTAT montrent que la situation reflète le cadre général européen. Si on considère l'année 2019, année dans laquelle la France a été le premier État européen pour ce qui est du nombre de demandes d'asile, 48.964 personnes demandant l'asile en France, sur un total d'environ 130.000, soit 31% avaient déjà présenté une demande dans un autre État membre, surtout en Italie (33%), Allemagne (18%), Espagne (14%) et Grèce (8%)³⁰⁸.

Ce nombre est plutôt constant dans le temps, si l'on compare aux années 2015 à 2018. En 2018, on comptait un peu plus de 45.358 personnes pour un total de 122 743 demandes (30%). Leur nombre était d'environ 29.000 en 2017, de 22.000 en 2016 et de 11.700 en 2015³⁰⁹. La situation a radicalement changé en 2020, lorsque la crise sanitaire de la Covid-19 et les limitations à la circulation ont provoqué une baisse de 40% de demandes d'asile enregistrées, dont 17.451 (-51% par rapport à l'année 2019) déjà présentées dans un autre État membre³¹⁰.

La France, comme d'autres États qui reçoivent chaque année un nombre élevé de demandes d'asile de la part de personnes qui ont déjà déposé une demande dans un autre État et qui se trouvent en situation irrégulière, a légitimement intérêt à limiter les entrées de ces personnes sur son territoire. Et c'est vrai pour deux raisons fondamentales. D'une part, l'ensemble des États

³⁰⁸ Ministère de l'Intérieur, *Statistiques annuelles en matière d'immigration, d'asile et d'acquisition de la nationalité française*, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ *Ibidem*.

européens, dont la France, se sont montrés très peu capables de mettre en pratique la procédure de transfert de ces personnes prévue au chapitre VI du règlement Dublin.

D'autre part, en vertu de l'article 29 du même règlement, à l'issue du délai de six ou de 18 mois, si le transfert n'a pas pu être réalisé, la France devient responsable de l'examen de la demande d'asile et la personne doit pouvoir déposer une demande en ce sens à l'OFPRA. Concernant le premier point, pendant les dernières années, seuls 5.312 transferts ont été effectués en 2019, 3.533 en 2018, 2.633 en 2017, 1.293 en 2016 et 525 en 2015. Il s'agit de chiffres très faibles par rapport à l'ensemble des personnes qui auraient dû faire l'objet de ces procédures, ce qui montre la grande difficulté à laquelle les États européens et en particulier la France sont confrontés lorsqu'il s'agit de transferts des « dublinés ». En ce qui concerne les requalifications, à savoir les demandes d'asile présentées légitimement en France après l'écoulement du délai prévu pour le transfert, leur nombre s'élève 9.060 en 2019, à 23.650 en 2018 et 11.400 en 2017, soit environ 25% du nombre total des « dublinés³¹¹ ».

Le rétablissement des contrôles aux frontières franco-italiennes constitue, à la lumière du phénomène qu'on vient d'analyser, l'élément primordial d'une stratégie de dissuasion des entrées en France, qui se concrétise à la frontière intérieure en une série de pratiques sommaires et expéditives qui ont comme conséquence majeure, parmi d'autres, la fragilisation du droit d'asile.

3.2 L'accès au droit d'asile à la frontière franco-italienne et le refoulement des « dublinés »

Une des conséquences majeures du rétablissement des contrôles fixes à la frontière intérieure franco-italienne, mis en œuvre à travers des procédures policières non respectueuses du droit national, européen ainsi que des droits de l'Homme, est la violation quasi-systématique du droit à l'accès à la procédure pour demander la protection internationale.

En effet, le fait que la volonté de demander l'asile soit explicitée lors du franchissement illégal de la frontière intérieure ne constitue pas une exception à la règle générale prévue à l'article 3 du règlement Dublin, qui affirme : « *les États membres examinent toute demande de protection internationale présentée par un ressortissant de pays tiers ou par un apatride sur le territoire de l'un quelconque d'entre eux, y compris à la frontière ou dans une zone de transit* ». Cela signifie

³¹¹ *Ibidem.*

qu'à la simple manifestation de la volonté de demander l'asile devrait correspondre le déclenchement de la procédure de détermination de l'État compétent, prévue à l'article 20 du règlement.

Selon le deuxième alinéa de l'article en question, *« une demande de protection internationale est réputée introduite à partir du moment où un formulaire présenté par le demandeur ou un procès-verbal dressé par les autorités est parvenu aux autorités compétentes de l'État membre concerné. Dans le cas d'une demande non écrite, le délai entre la déclaration d'intention et l'établissement d'un procès-verbal doit être aussi court que possible »*.

Admettant la possibilité que la procédure soit déclenchée même seulement après une manifestation verbale de la volonté de demander l'asile, le législateur affirme clairement le droit à l'accès aux procédures pour l'obtention de l'asile également pour les personnes franchissant la frontière, extérieure ou intérieure, qui ne disposent pas forcément de documents ou de formulaires spécifiques. L'article 13 du règlement confirme cette éventualité lorsqu'il affirme que, lorsqu'il résulte que le demandeur a franchi irrégulièrement, par voie terrestre, maritime ou aérienne, la frontière d'un État membre venant d'un Pays tiers, cet État membre est responsable de l'examen de la demande de protection internationale.

Le fait que le législateur européen précise que l'entrée sur le territoire d'un État membre a lieu à partir d'un territoire d'un Pays tiers, ne devrait pas exclure l'application de la règle à un ressortissant du pays tiers franchissant la frontière étatique en provenance d'un autre État européen. Si on interprétait cette norme au sens strict, excluant donc l'applicabilité de la procédure aux demandeurs d'asile provenant d'un État européen, on irait contre le *ratio* du règlement, qui prévoit par exemple un régime spécifique pour les transferts des personnes ayant demandé déjà l'asile dans l'un des États membres. Dans tous les cas la demande présentée sur le territoire d'un Etat, indépendamment de la provenance, s'il s'agit d'une frontière intérieure, a vocation à entraîner le déclenchement de la procédure visant à déterminer l'État responsable de la demande. Comme nous l'avons observé, s'il résulte qu'un autre État est responsable d'examiner la demande d'asile présentée sur son territoire, la procédure particulière de transfert prévue au titre VI du règlement Dublin doit s'appliquer. Toute manifestation de volonté de demander la protection internationale doit donc entraîner la procédure de détermination de l'État responsable de l'examen de la demande.

Le droit français prévoit néanmoins, pour les demandes d'asile présentées à la frontière nationale, une procédure particulière, qui n'est pas utilisée sur le reste du territoire, qui crée des obstacles à la possibilité effective d'accéder au droit d'asile. En vertu de l'article R. 213-2 du CESEDA, lorsque l'étranger se présente à la frontière – il n'y a pas de régimes différents pour les différentes typologies de frontière et de demande à bénéficier du droit d'asile, il est informé sans délai, dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'il la comprend, de la procédure de demande d'asile, de ses droits et obligations au cours de cette procédure, des conséquences que pourrait avoir le non-respect de ses obligations ou le refus de coopérer avec les autorités ainsi que des moyens dont il dispose pour l'aider à présenter sa demande. De son côté, l'article 4 du règlement Dublin confirme l'obligation, de la part des forces de l'ordre, d'informer le demandeur de tout aspect relatif à la procédure de demande d'asile.

A l'issue de cette informative, la PAF devrait dresser un procès-verbal de demande d'admission au titre de l'asile et transmettre le dossier au ministre de l'Intérieur, compétent pour accepter ou refuser l'entrée en France sur avis de l'OFPRA³¹². Il s'agit d'une procédure dérogatoire, car elle échappe au pouvoir de décision qui est en principe dévolu à l'OFPRA. Elle laisse une large place au Ministère de l'Intérieur qui agit souvent de manière prioritaire dans le sens de la politique des flux migratoires, au détriment des nécessités individuelles de protection. Il est pourtant tenu au respect de l'article L. 213-8-1 qui ne lui permet de refuser l'entrée en France aux étrangers qui se présentent à la frontière et demandent à bénéficier du droit d'asile que si l'examen de leurs demandes relève de la compétence d'un autre Etat, ou si elles sont irrecevables ou manifestement infondées.

L'article L. 221-1 du CESEDA établit ainsi que l'étranger qui arrive en France et qui demande son admission au titre de l'asile, peut être maintenu dans une zone d'attente pendant le temps strictement nécessaire à l'examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée. Il s'agit encore d'une dérogation à la règle selon laquelle il n'y a pas de filtres à la possibilité de demander l'asile sur le territoire national, alors qu'à la frontière le caractère

³¹² Article 12 du décret du 27/05/1982 modifié par décret n. 2004-1237 du 17/11/2004. Lorsque l'étranger qui se présente à la frontière demande à bénéficier du droit d'asile, la décision de refus d'entrée en France ne peut être prise que par le ministre de l'intérieur, après consultation de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides.

« manifestement infondé » d'une demande d'asile doit être examiné pour admettre le demandeur sur le territoire national. En outre, en prévoyant le placement en zone d'attente du demandeur d'asile, le CESEDA semble entrer en contradiction avec l'ensemble des normes européennes sur la rétention de l'étranger.

Car, s'il est indubitable que le placement en zone d'attente peut être assimilé au placement en rétention, lorsqu'il s'agit dans les deux cas de formes très graves de privation de la liberté personnelle, le droit européen prévoit seulement un cas où il est possible de placer en rétention un demandeur d'asile : ce n'est pas le fait qu'il ait franchi la frontière d'un État européen, mais le fait qu'il doive être transféré dans un autre État responsable de sa demande d'asile, et seulement en cas de risque de fuite³¹³. En ce sens, les États membres doivent définir, dans leur droit national, des critères permettant d'objectiver le risque de fuite d'un demandeur de protection internationale placé sous procédure Dublin³¹⁴.

Quant à la directive « retour », qui définit les conditions pour l'enfermement de l'étranger irrégulier, elle ne s'applique pas aux demandeurs de protection internationale, comme l'affirme le considérant 9³¹⁵. Ainsi, l'appréciation portée par l'État membre quant à la véracité ou à la sincérité de la demande de protection internationale ne doit pas conduire celui-ci à placer le demandeur d'asile, pour ce seul motif, dans le champ d'application de la directive.

Si la directive « retour » peut s'appliquer à une personne qui a cessé d'être un demandeur de protection internationale, son effet est toutefois suspendu dans l'attente de l'issue de tout recours juridictionnel formé contre une décision de rejet de la demande de protection internationale³¹⁶. La directive (UE) n. 2013/32 définit précisément le moment où une personne devient un demandeur de protection internationale et celui où elle cesse de l'être. Ainsi, les articles 6, 7 et 9

³¹³ 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, Article 28.

³¹⁴ *Ibidem*, Article 2, point n).

³¹⁵ Directive (CE) n. 2005/85 du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, Considérant 27, Articles 2, point e), 3, 6, paragraphe 2 et 28.

³¹⁶ UNHCR, *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, Rapport d'étude, 2012.

de la directive garantissent le droit d'accès à une procédure et le droit de demeurer dans l'État membre pendant l'examen de la demande de protection internationale, qui ne constitue pourtant pas un « droit à un titre de séjour », mais qui au contraire limite fortement la liberté de circulation du demandeur d'asile.

Or, conformément à l'article 26, les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile. Et lorsqu'une personne est placée en rétention, les motifs et les conditions de rétention, ainsi que les garanties qui lui sont alors applicables, doivent être conformes à la directive (UE) n. 2013/33.

Or, la jurisprudence des Cours européennes a contribué à mieux comprendre la portée de ces dispositions. Premièrement, selon la CEDH, le lieu de détention ne change pas la nature de la privation de liberté³¹⁷. Ce qui est susceptible de changer, selon la Cour de Strasbourg, est la qualification de privation ou de limitation de la liberté personnelle, ce qui aurait une pertinence dans le discours sur la rétention des demandeurs d'asile. Ces deux situations changent seulement d'intensité ou de degré mais non pas de nature ou d'essence³¹⁸. La CJUE, saisie de l'affaire *J.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justice*, a rendu une décision plus spécifique en la matière, affirmant aux points 39 et 42 de l'arrêt que les motifs de rétention du demandeur d'asile prévus aux directives « accueil » et « retour » doivent être considérés comme exclusifs et exceptionnels et interprétés à la lumière des principes de proportionnalité, mais aussi d'efficacité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis³¹⁹.

L'application concrète de l'article L. 221-2 du CESEDA induit que l'étranger placé en zone d'attente peut y être maintenu jusqu'à 20 jours, sous contrôle du juge des libertés et de la détention. Ce dernier intervient une première fois au bout de quatre jours pour décider, le cas échéant, d'une prolongation de huit jours et une seconde fois au terme de ces huit jours en vue d'une éventuelle prolongation exceptionnelle d'encore huit jours. Lorsqu'une autorisation pour entrer sur le territoire au titre de l'asile est présentée, l'OFPRA devrait, dans le cadre de sa

³¹⁷ CEDH, *Amuur c. France*, 25/06/1996, requête n. 19776/92, ECLI:CE:ECHR:1996:0625JUD001977692.

³¹⁸ CEDH, *Z.A. et autres c. Russie*, 21/11/2019, requête n. 61411/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD006141115; CEDH, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 21/11/2019, requête n. 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715.

³¹⁹ CJUE, Arrêt de la Cour, n. C-601/15, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justice*, 15/02/2015, ECLI:EU:C:2016:84.

mission spécifique à la frontière, auditionner le demandeur et transmettre au Ministère de l'Intérieur un avis motivé portant sur le caractère irrecevable ou manifestement infondé de la demande. C'est autour de la définition et de la portée de cette formulation que se situe aujourd'hui l'enjeu du maintien en zone d'attente à la frontière.

S'agissant d'une zone frontalière, la maîtrise des accès au territoire est crucial pour l'Etat français, s'il veut mener à bien les objectifs affichés de sa politique migratoire. En cela, la définition quelque peu obscure des conditions de recevabilité de la demande d'asile est d'une grande utilité au ministère de l'Intérieur pour justifier des refus d'entrée. En théorie, l'examen du caractère manifestement infondé ou non d'une demande d'asile ne devrait consister à vérifier que de façon sommaire si les motifs invoqués par le demandeur correspondent à un besoin de protection. Il devrait s'agir d'un examen superficiel et non d'un examen approfondi de la demande d'asile, visant à écarter les personnes qui souhaiteraient venir en France pour un autre motif, qui donne lieu à une procédure séparée et différente de la procédure de délivrance des visas.

Il existe une grande marge de manœuvre dans l'appréciation du « manifestement infondé ». Issue du droit administratif, cette notion est apparue pour la première fois dans une conclusion n. 30-1983 du Comité exécutif du HCR qui a estimé que *« les procédures nationales de détermination du statut de réfugié pourraient utilement prévoir des dispositions spéciales pour traiter avec célérité des demandes considérées si manifestement infondées qu'elles ne méritent pas un examen approfondi à chaque stade de la procédure »*.

La notion de « manifestement infondé » a ensuite été précisée dans une décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992, qui décidait d'apporter une réserve d'interprétation à propos d'une disposition permettant de priver de liberté les demandeurs d'asile. Le Conseil constitutionnel estimait que cette privation de liberté pouvait se justifier seulement si leur demande était manifestement infondée. Dans un autre paragraphe, relatif à la responsabilité des transporteurs acheminant des étrangers dépourvus des documents nécessaires à l'entrée sur le territoire, le Conseil indiquait que la clause d'exonération prévue dans l'hypothèse où la demande d'asile de l'étranger n'est pas manifestement infondée *« implique que le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche³²⁰ »*. De la

³²⁰ Conseil constitutionnel, Décision n. 92-307 DC du 25 février 1992, ECLI:FR:CC:1992:92.307.DC.

combinaison de ces deux parties de la même décision, on peut déduire que cette limite imposée aux compagnies de voyage devrait valoir également pour le ministre de l'Intérieur.

Selon une décision du TA de Paris du 5 mai 2000, une demande est manifestement infondée lorsqu'elle est « *manifestement insusceptible de se rattacher aux critères prévus par la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés, ou à d'autres critères justifiant l'octroi de l'asile*³²¹ ». L'examen doit se limiter à une évaluation superficielle visant à écarter uniquement les demandes ne relevant manifestement pas du droit d'asile, laissant ainsi le pouvoir d'appréciation et de vérification à l'OFPRA, qui a d'ailleurs indiqué, de son côté, trois éléments qui seraient, selon l'Office, constitutifs de ce type d'appréciation.

Selon l'OFPRA, une demande est manifestement infondée si elle ne relève pas de l'asile, c'est-à-dire si les motifs allégués sont tirés de l'insuffisance de ressources de l'intéressé dans son pays ou des « simples » mauvaises conditions de vie, ou alors si la personne présente des faux documents de voyage et n'apporte pas d'éléments d'explication sur leur origine, ou quand le récit de l'étranger manque de cohérence, n'est pas personnalisé ou comporte des éléments manifestement erronés. En réalité, l'examen des demandes à la frontière semble être de plus en plus assimilable dans la pratique à une prédétermination du statut de réfugié plutôt qu'à un jugement sur le caractère manifestement infondé. Souvent, les agents de la PAF vérifient les informations contenues dans une demande, en se permettant de véritables interprétations de la Convention de Genève pour conclure à un refus d'admission sur le territoire au titre de l'asile. De même, les décisions sont aussi parfois motivées sur le simple fait que les allégations du demandeur sont jugées « peu probables » ou « étonnantes ».

Il semble donc que le droit français, en filtrant les demandes d'asile présentées à la frontière, opère une distinction/discrimination injustifiée au détriment des personnes présentant l'asile à la frontière qui ne jouissent pas des mêmes garanties substantielles et procédurales prévues pour les demandes d'asile présentées à l'intérieur du territoire national. Or, si le Ministère de l'Intérieur décide pour l'admission sur le territoire, la PAF délivre un sauf-conduit qui donne huit jours à son bénéficiaire pour formuler une demande d'asile auprès des services préfectoraux. Cette demande doit être instruite par l'OFPRA selon les modalités habituelles et peut faire l'objet aussi bien d'une décision positive que d'une décision de rejet après examen au fond de la demande. Si

³²¹ Tribunal Administratif de Paris, 05/05/2000, n. 34578/00.

c'est le cas, une décision de non-admission sur le territoire se traduit par le renvoi de l'intéressé vers son pays d'origine ou de provenance. Elle peut faire l'objet d'un recours devant le TA.

Comme nous avons pu l'observer *supra*, il n'est pas rare qu'à la frontière intérieure, des personnes ayant effectué une demande de protection internationale dans un autre État de l'UE se présentent et demandent l'asile aux autorités de l'État dans lequel ils se rendent. Comme nous l'avons vu, ces personnes sont communément appelées des « dublinés » puisque la procédure découlant du règlement Dublin et visant à déterminer l'État responsable pour recevoir la demande d'asile a été déjà déclenchée dans un autre État, qui demeure selon le règlement responsable de la demande en question. Dans ce cas, une procédure longue et complexe de transfert prévue au chapitre VI du règlement devrait s'appliquer. Elle comporte des obligations de « reprise en charge » de la part des États responsables du traitement des demandes en question. En d'autres termes, aucune norme nationale ou européenne ne prévoit de formes simplifiées de renvoi d'un État européen à l'autre des demandeurs d'asile ayant déjà déclenché la procédure Dublin dans le territoire de ce dernier. La procédure de transfert devrait dans ces cas s'appliquer pour toute demande présentée par un « dubliné », que ce soit à Paris comme à la frontière franco-italienne, aucune exception n'étant prévue en ce sens pour les lieux frontaliers et les frontières intérieures.

Or, dans la pratique concernant la frontière franco-italienne, les autorités policières françaises chargées du contrôle interceptent et renvoient en Italie les demandeurs d'asile de manière systématique, sans que leur situation ne soit examinée (refoulements informels et/ou collectifs) ou alors, quand cet examen est effectué, s'il résulte des déclarations ou de la prise d'empreintes que les demandeurs d'asile à la frontière ont déjà présenté une demande en Italie, ces derniers sont de même réadmis en Italie sans formalité. Les violations systématiques du règlement Dublin découlant de ces pratiques sont évidentes, car la procédure de transfert comporte plusieurs phases et garanties qui sont substantiellement niées aux demandeurs d'asile. Ainsi, l'article 29 du règlement Dublin, comme nous l'avons observé en analysant les mouvements secondaires des demandeurs d'asile, admet la possibilité qu'à l'issue du délai prévu pour ladite procédure, l'État qui la déclenche devient responsable de la nouvelle demande introduite sur son territoire.

La procédure de transfert inclut que l'État sur le territoire duquel se trouve le demandeur d'asile, au-delà du fait que ce dernier demande une deuxième fois l'asile dans cet État, doit saisir l'État responsable en vertu du règlement dans un délai de deux mois. L'État responsable doit répondre

à cette requête dans le délai d'un mois³²². Pendant cette période, le demandeur d'asile a des droits d'information et de recours qui lui sont attribués par les articles 26 et 27 du règlement.

L'article 26, intitulé « notification d'une décision de transfert », affirme que lorsque l'État membre requis (celui qui demeure responsable en vertu du règlement) accepte la prise en charge ou la reprise en charge d'un demandeur d'asile, l'État membre requérant (l'État dans lequel se trouve le demandeur) notifie à la personne concernée la décision de le transférer vers l'État membre responsable et, le cas échéant, la décision de ne pas examiner sa demande de protection. Si la personne concernée est représentée par un conseil juridique ou un autre conseiller, les États membres peuvent choisir de notifier la décision à ce conseil juridique ou à cet autre conseiller plutôt qu'à la personne concernée. Cette décision doit contenir des informations sur les voies de recours disponibles, y compris sur le droit de demander un effet suspensif et sur les délais applicables à l'exercice de ces voies de recours et à la mise en œuvre du transfert, comportant aussi des informations relatives au lieu et à la date auxquels la personne concernée doit se présenter si cette personne se rend par ses propres moyens dans l'État membre responsable.

L'article 27 affirme ainsi : « *le demandeur ou une autre personne visée à l'article 18, paragraphe 1, point c) ou d), dispose d'un droit de recours effectif, sous la forme d'un recours contre la décision de transfert ou d'une révision, en fait et en droit, de cette décision devant une juridiction* ». Les États membres doivent accorder, aux sens du deuxième alinéa du même article, un délai raisonnable pour exercer son droit à un recours effectif.

Au sens de l'article 27 troisième alinéa, « *les États membres prévoient les dispositions suivantes dans leur droit national : a) le recours ou la révision confère à la personne concernée le droit de rester dans l'État membre concerné en attendant l'issue de son recours ou de sa demande de révision ; ou b) le transfert est automatiquement suspendu et une telle suspension expire au terme d'un délai raisonnable, pendant lequel une juridiction, après un examen attentif et rigoureux de la requête, aura décidé s'il y a lieu d'accorder un effet suspensif à un recours ou une demande de révision ; ou c) la personne concernée a la possibilité de demander dans un délai raisonnable à une juridiction de suspendre l'exécution de la décision de transfert en attendant l'issue de son recours ou de sa demande de révision. Les États membres veillent à ce qu'il existe un recours effectif, le transfert étant suspendu jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la*

³²² Règlement (UE) n. 604/2013, Article 29.

première demande de suspension. La décision de suspendre ou non l'exécution de la décision de transfert est prise dans un délai raisonnable, en ménageant la possibilité d'un examen attentif et rigoureux de la demande de suspension. La décision de ne pas suspendre l'exécution de la décision de transfert doit être motivée ».

Même si l'on est en présence d'une demande d'asile déjà introduite dans un autre État de l'UE, une réadmission simplifiée du « dubliné » ne trouve pas de base légale dans le droit de l'Union. Or, revenant à la frontière franco-italienne au lieu de réadmettre les demandeurs d'asile en Italie par le biais de refoulements informels ou de réadmissions simplifiées, les autorités françaises chargées du contrôle devraient donner suite à la manifestation de demander l'asile et permettre à ces personnes d'accéder à la procédure pour demander la protection internationale, ou alors, s'il résulte qu'ils ont déjà demandé l'asile en Italie, déclencher la procédure de transfert prévue dans le règlement. Dans les deux cas, la personne concernée aurait accès au territoire. Il ne faut pas oublier que la détermination de l'État responsable pour traiter la demande d'asile, qui comporte une obligation de rester sur le territoire national, n'a pas vocation à durer de manière indéterminée dans le temps : l'article 13 du règlement Dublin admet la possibilité qu'un État ne puisse pas, ou ne puisse plus être tenu responsable pour ces demandes.

Avant tout, s'il est établi que le demandeur qui est entré irrégulièrement sur le territoire des États membres ou dont les circonstances de l'entrée sur ce territoire ne peuvent être établies, a séjourné dans un État membre pendant une période continue d'au moins cinq mois avant d'introduire sa demande de protection internationale, cet État membre devient responsable de l'examen de la demande. Si le demandeur a séjourné dans plusieurs États membres pendant des périodes d'au moins cinq mois, l'État membre du dernier séjour est responsable de l'examen de la demande de protection internationale. Finalement, dans tous les cas, la responsabilité d'un État quant à l'examen de la demande de protection internationale « *prend fin 12 mois après la date du franchissement irrégulier de la frontière*³²³ ».

Cela signifie que la simple provenance d'un État européen, responsable théoriquement de l'examen de la demande d'asile, peut ne pas entraîner la nécessité d'un transfert au sens du règlement Dublin. Il faut que la demande d'asile ait effectivement été formulée aux autorités de l'État européen en question pour que le deuxième État puisse se déclarer irresponsable. Ainsi,

³²³ *Ibidem*, Article 13, troisième alinéa.

l'article 3 du règlement admet la possibilité que l'État membre initialement désigné comme responsable à cause des défaillances systémiques dans la procédure d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs, qui entraînent un risque de traitement inhumain et dégradant, puisse véritablement perdre sa responsabilité quant à l'examen des demandes. Celui-ci est donc attribué à l'État membre procédant à la détermination de l'État membre responsable, qui poursuit l'examen des critères énoncés au chapitre III afin d'établir si un autre État membre peut être désigné comme responsable.

L'analyse des normes du régime européen du droit d'asile en matière de garanties substantielles et procédurales pour les demandeurs d'asile nous mène à plusieurs conclusions : d'un côté l'article L. 221-2 du CESEDA sur le maintien en zone d'attente du demandeur d'asile est en contradiction avec le *ratio* du règlement Dublin qui ne conçoit la rétention qu'en cas de risque de fuite dans le cadre de la procédure de transfert. De l'autre, ce même article introduit une disparité de traitement entre les demandeurs d'asile se trouvant déjà sur le territoire français et ceux qui déposent la demande d'asile à la frontière, ce qui concerne des milliers de personnes depuis le rétablissement des contrôles.

Enfin, l'ensemble des garanties accordées aux demandeurs d'asile sur le territoire européen est systématiquement ignoré et bafoué par des pratiques policières illégales fondées sur l'idée que la zone frontalière est une zone d'exception ou de non-droit. Plusieurs décisions de justice ont confirmé l'illégalité de ces pratiques.

Avec l'ordonnance n. 1801843 du 2 mai 2018, le TA de Nice donnait droit à un requérant de se voir délivrer un laissez-passer afin de revenir et être en mesure de déposer une demande d'asile après avoir été refoulé trois fois sans que sa manifestation de la volonté de demander d'asile ne soit enregistrée. Lors de sa première interpellation, il avait aussi été retenu pour plusieurs heures dans les locaux de la PAF de Menton. De même, avec l'ordonnance n. 1804608 du 18 juillet 2018, le TA de Marseille annulait une OQTF (obligation de quitter le territoire français) et un arrêté de reconduite d'une personne ayant fait connaître sa volonté de demander l'asile. Cet arrêté avait en effet été pris sans respecter le délai de recours prévu de 48 heures.

De son côté, le Conseil d'État, dans une décision du 1er juillet 2020, a annulé le refus d'entrée délivré à une ressortissante centrafricaine qui avait manifesté sa volonté de demander l'asile, jugeant que cette pratique constituait une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile,

qui constitue une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Néanmoins, tout en annulant le refus d'entrée, le juge administratif n'est pas arrivé pas au bout de son raisonnement, qui entrainerait une décision d'admission sur le territoire afin de la présentation de la demande d'asile. La requérante se trouvant sur le territoire italien, le juge a affirmé qu'« *il lui est loisible de déposer une demande d'asile dans ce pays. [...] La circonstance qu'elle serait dans une situation de grande précarité sur le territoire italien, sans prise en charge ni protection, en raison de la fermeture du camp de la Croix-Rouge susceptible d'accueillir des personnes en détresse, est à cet égard sans incidence* ³²⁴ ».

Force est de constater que le raisonnement du Conseil d'État reflète la présomption qui est à la base des règles européennes sur l'asile, c'est-à-dire l'idée que les États européens garantissent tous des standards d'accueil communs et que donc le renvoi d'une personne demandant l'asile dans un Etat membre de l'UE responsable en vertu du règlement Dublin du traitement de sa demande d'asile n'a pas vocation à entrainer des conséquences graves sur la condition effective du demandeur d'asile.

Comme nous l'avons observé, l'arrêt *M.S. contre Belgique et Grèce* dément cette présomption, en admettant la possibilité qu'un État européen ne soit temporairement pas en condition d'assurer des standards d'accueil acceptables. Ainsi, la procédure de transfert Dublin des personnes ayant déposé une demande d'asile dans un État différent de celui dans lequel elles se rendent, devrait constituer une garantie à ce que toute forme de renvoi des personnes demandant ou ayant demandé l'asile soit soumise à une appréciation sur l'opportunité de renvoyer ou pas ces personnes dans un autre État européen qui pourrait, théoriquement, ne pas pouvoir garantir des standards minimaux d'accueil.

À la lumière des observations qui ont été faites à propos de l'incidence des pratiques policières de contrôle sur le droit d'asile, on peut affirmer que, dans les lieux frontaliers, le règlement Dublin n'est pratiquement pas appliqué, alors que les refoulements des demandeurs d'asile ont lieu soit de manière totalement informelle, soit suivant la procédure simplifiée prévue par les accords de Chambéry, qui méconnaît le cas spécifique des demandeurs d'asile et la procédure de transfert prévue pour leur cas spécifique.

³²⁴ Conseil d'État, n. 440756 du 1er juillet 2020, Mme A... B..., ECLI:FR:CECHS:2020:440756.20200708, point 13.

4. Les conséquences des contrôles frontaliers sur les personnes vulnérables

L'attribution des missions de contrôle frontalier aux forces de police répond à une stratégie sécuritaire fondée sur la nécessité d'empêcher ou de rendre plus difficiles les entrées irrégulières sur le territoire français, et comme nous l'avons vu, a comporté des violations importantes aux droits des personnes migrantes à la frontière franco-italienne. Les pratiques policières mises en œuvre dans ces territoires interrogent également le droit européen sur l'asile et la migration qui, à la frontière, semblent subir des dérogations sans bases légales.

La prévalence d'une logique sécuritaire et éminemment policière à la frontière, qui révèle l'absence de la mise en œuvre de dispositifs sociaux d'aide et de soutien aux personnes migrantes, se concrétise ainsi par le non-respect de l'article L. 213-2 du CESEDA sur le refus d'entrée. Celui-ci affirme dans son dernier alinéa que lors de la procédure de délivrance des refus d'entrées à la frontière intérieure une « *attention particulière est accordée aux personnes vulnérables, notamment aux mineurs, accompagnés ou non d'un adulte* ».

Or, il faut rappeler que l'intensification des mouvements secondaires de migrants au sein des États européens a eu comme conséquence une augmentation nette de l'arrivée aux frontières françaises de personnes vulnérables, notamment de mineurs isolés. Ce phénomène, loin d'être pris en charge de manière adéquate, interroge sur l'efficacité des outils mis à disposition pour la mise à l'abri et plus généralement pour la protection de ces personnes par les États, notamment la France.

Si le droit de l'Union européenne prévoit des garanties particulières pour les demandeurs d'asile vulnérables, ainsi que pour des catégories spécifiques comme les mineurs non accompagnés, on observe en effet de nombreux dysfonctionnements dans la gestion pratique des procédures censées donner une protection à ces personnes, en France comme ailleurs. Dans le cas des mineurs étrangers non accompagnés, on observera que le dispositif de mise à l'abri, qui relève des compétences des départements, n'est pas mis en œuvre de manière uniforme sur le territoire national, certains départements ne respectant pas le droit national qui les obligerait à disposer un accueil d'urgence ou à évaluer l'âge des mineurs présumés en accord avec des dispositions spécifiques. Le déni de protection qui en découle et qui constitue une violation de l'article 3 de la CEDH lorsque les États ne respectent pas l'obligation positive de protéger les mineurs isolés,

est particulièrement grave car ces pratiques ont pour conséquence que ces personnes sont livrées à elles-mêmes, autrement dit qu'elles sont abandonnées à leur sort.

Dans un premier temps, nous analyserons le cadre légal européen du principe de vulnérabilité, décliné dans le contexte migratoire (4.1), nous observerons ensuite la situation particulièrement dramatique de la frontière franco-italienne, théâtre de pratiques policières de contrôle qui constituent une entrave majeure à la possibilité que ces personnes puissent obtenir la protection à laquelle elles ont droit (4.2).

a. La notion de vulnérabilité dans le contexte migratoire en droit de l'Union

Avant d'analyser l'impact des pratiques policières et des stratégies politiques de fermeture des frontières et de dissuasion des mouvements secondaires sur les personnes étrangères vulnérables, notamment les mineurs et les victimes de traite, il convient d'analyser le contexte juridique européen du concept de vulnérabilité.

La base légale du concept de vulnérabilité en droit européen du droit d'asile est la directive (UE) n. 2013/33, qui à l'article 21 prévoit que *« les États membres doivent tenir compte de la situation particulière des personnes vulnérables, telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, par exemple les mutilations génitales féminines »*.

Ainsi, en droit de l'UE, la vulnérabilité est conçue comme une condition affectant des catégories spécifiques de demandeurs d'asile et non pas une situation à protéger tout court. En effet, l'article 23 de la directive affirme qu'*« aux fins de la mise en œuvre effective de l'article 21, les États membres évaluent si le demandeur est un demandeur qui a des besoins particuliers en matière d'accueil »*. Cette évaluation doit tenir compte des conditions personnelles du demandeur d'asile. Ainsi, l'article cité ajoute que *« seules les personnes vulnérables conformément à l'article 21 peuvent être considérées comme ayant des besoins particuliers en matière d'accueil et bénéficier en conséquence de l'aide spécifique prévue conformément à la présente directive »*.

Les personnes vulnérables sont énumérées à l'article 21, mais il ne faut pas considérer le classement prévu à l'article 21 comme exhaustif. En effet, le législateur européen utilise l'expression « telles que », qui ne doit pas mener à l'erreur de considérer comme catégorie de demandeurs d'asile vulnérables seules les catégories explicitées dans la directive. Car, si l'article 21 de la directive « accueil » fait une référence explicite à certaines catégories de demandeurs d'asile vulnérables, l'article 23, ainsi que le texte de la directive (UE) n. 2013/32 posent l'accent sur l'existence de besoins particuliers : l'article 24 de cette dernière affirme que « *des garanties procédurales spéciales doivent être mises en place lorsque le demandeur est identifié comme ayant des besoins particuliers en matière procédurale* ».

Un lien explicite est donc établi entre vulnérabilité et besoins particuliers. Pour être considéré comme vulnérable et bénéficier alors d'une prise en charge spécifique, un demandeur d'asile doit avoir des besoins particuliers résultant de sa vulnérabilité spéciale. La directive « accueil » parle ainsi de besoins particuliers en matière d'accueil alors que la directive « procédures » utilise l'expression « garanties procédurales spéciales ». Si la sémantique n'est pas la même, l'objectif est pourtant bien identique, à savoir satisfaire et prendre en compte la particulière vulnérabilité de certains demandeurs de protection.

Or, si le *ratio* du législateur européen est de considérer la vulnérabilité comme une condition propre de certaines catégories de demandeurs d'asile, toute personne n'introduisant pas de demande en tel sens, tout en se trouvant dans des conditions de vulnérabilité comme celles listées à l'article 21 de la directive (UE) n. 2013/33, reste exclue de cette protection. En d'autres termes, selon le droit européen, la condition personnelle de vulnérabilité ne peut pas être systématiquement considérée comme une situation à protéger. Elle n'est pertinente qu'en combinaison avec la présentation d'une demande de protection internationale.

Comme les chiffres et les statistiques sur les flux migratoires le démontrent, les demandeurs d'asile ne constituent qu'une fraction de l'ensemble de mouvements de migrants vers l'Europe et à l'intérieur de l'espace Schengen. À cela s'ajoute le fait que dans des situations particulières, il est devenu concrètement très difficile d'introduire une demande d'asile à la frontière franco-italienne. Les procédures sommaires et les refoulements informels constituent des entraves considérables à la possibilité de ces personnes de demander la protection internationale et donc à l'éventualité d'être reconnues comme demandeurs d'asile vulnérables. La question, qui sera approfondie par la suite, interroge le droit européen sur l'opportunité de conférer à la

vulnérabilité un volet substantiel, une qualification autonome, une « condition » impliquant d'elle-même la nécessité d'une protection autre et parallèle à celle du droit d'asile.

La protection des demandeurs d'asile vulnérables concerne donc la procédure de demande de protection ainsi que les conditions d'accueil du demandeur d'asile. La protection est déclenchée par le cumul de deux critères. En premier lieu, le fait de craindre une persécution personnelle (asile au sens de la Convention de Genève) ou alors un danger concret (protection subsidiaire) ; en second lieu, la vulnérabilité. Ces deux critères doivent rester distincts. La tendance visant à considérer le groupe des demandeurs d'asile comme étant vulnérable dans son ensemble amputerait l'utilité même de l'incursion de la notion de vulnérabilité dans la sphère juridique (ainsi que celle d'asile et de protection subsidiaire).

La qualification d'un demandeur d'asile comme étant vulnérable, au sens du droit de l'UE, ne préjuge en rien de l'octroi ou non d'une protection internationale, mais le constat de vulnérabilité fait peser sur les États membres une obligation de protection accrue au cours de la procédure d'examen. La vulnérabilité de l'ensemble du groupe demandeur d'asile a déjà été prise en compte par l'adoption et la mise en œuvre d'instruments spécifiques de protection.

Cela étant, on peut trouver, en droit italien, un instrument juridique qui semble contredire cette dernière observation, car il semble fonder l'octroi d'une forme de protection à la situation de vulnérabilité du demandeur d'asile ne satisfaisant pas les conditions pour avoir la protection internationale. Il s'agit de la protection dite « humanitaire », en vigueur en droit italien jusqu'au 30 novembre 2018 (utilisable encore pour toute procédure fondée sur une demande introduite avant cette date). Cette forme particulière de protection mérite d'être étudiée car elle a eu une place centrale dans le système d'accueil en Italie, ayant été assimilée du point de vue procédural à la demande d'asile et constituant 40% des protections accordées aux étrangers dans les dix dernières années.

Le titre de séjour pour des raisons humanitaires avait sa base juridique dans le TUI à l'article 5 sixième alinéa³²⁵. Cet article affirmait que « *le refus ou la révocation du titre de séjour peuvent être aussi adoptés sur la base d'accords internationaux ou conventions, si l'étranger ne satisfait pas les conditions de séjours applicables dans l'un des États parties de ces derniers, sauf s'il y*

³²⁵ Décret législatif (Italie) n. 293/1998 du 25/11/1998.

a des motifs sérieux, en particulier de caractère humanitaire ou résultant des obligations constitutionnels ou internationales de l'État Italien. Le titre de séjour est octroyé par le « questore » dans les modalités prévues par le règlement d'actuation ».

Le décret du Président de la République n. 394 de 1999 constitue le texte d'application de cette norme. L'article 11 lettre *c-ter*) règle l'octroi de ce titre par le « *questore* » sous indication de la commission territoriale pour l'asile (qui est l'équivalent de l'OFPRA français, mais décentralisé dans chaque département italien). L'article 28, lettre d) du décret affirme que le titre « humanitaire » peut être accordé dans tous les cas où on ne peut pas renvoyer une personne sur le territoire d'un autre État en raison du risque de persécutions ou tortures, en vertu du principe de non-refoulement.

Le décret législatif n. 25 de 2008 - qui transpose la directive « procédure » en droit italien - affirme que la protection humanitaire est alternative et résiduelle par rapport aux deux autres formes de protection internationale. Il s'agit d'une forme de protection spécifique du système de protection des étrangers en Italie. Les conditions pour la protection humanitaire sont donc « *les motifs sérieux à caractère humanitaire* » et « *le risque de torture dans le Pays d'origine* » en application du principe de non-refoulement. Le texte ne fait aucune référence à la vulnérabilité, ni d'ailleurs n'explique quels sont les motifs humanitaires qui pourraient entraîner la protection en question.

C'est la Cour de Cassation qui a tracé les contours de cet instrument dans le temps, la décision la plus importante en la matière étant sans doute l'arrêt 4455/2018, où l'on retrouve une utilisation particulière du concept de vulnérabilité³²⁶. Le concept de vulnérabilité est ici utilisé d'une façon ambiguë. D'un côté, la Cour affirme que pour accorder la protection humanitaire il ne faut pas seulement analyser la condition subjective de vulnérabilité du demandeur mais surtout le niveau de protection des droits dans le pays d'origine. Selon la Cour de Cassation, il peut bien y avoir des situations de vulnérabilité qui ne justifieraient pas l'octroi d'une protection humanitaire, la vulnérabilité devant être prise et analysée dans le contexte de la condition générale du demandeur, par le biais d'indications subjectives et objectives. Cependant, on ne peut pas nier qu'un lien est effectué entre la vulnérabilité et la protection.

³²⁶ Cour Suprême de Cassation (Italie), Section I, 23/02/2018, n. 4455/2018.

Citant une partie de sa propre jurisprudence qui affirme que l'étranger se trouvant dans la situation en question a droit à cette protection humanitaire et citant aussi l'arrêt n. 26566/2013 qui affirme que les motifs sérieux à caractère humanitaire constituent un catalogue ouvert, l'arrêt de 2018 décrit ces motifs comme ayant un caractère commun³²⁷. Il s'agit de situations actuelles ou futures de vulnérabilité découlant du retour de l'étranger au pays d'origine.

Analysant le paramètre de l'intégration sociale, la Cour affirme que celle-ci ne peut pas constituer seule le fondement de la protection humanitaire. Elle peut en revanche concourir à déterminer une situation de vulnérabilité justifiant l'octroi d'un titre de séjour qui protégerait la personne du risque d'être renvoyée dans un contexte social ou politique dangereux pour ses droits fondamentaux. Selon la Cour, la condition de vulnérabilité peut avoir comme objet l'absence des conditions minimales pour mener une existence dans laquelle ne soit pas radicalement compromise la possibilité de satisfaire aux besoins et aux exigences inéluctables de la vie personnelle.

La vulnérabilité peut être la conséquence d'une exposition sérieuse à la violation du droit à la santé, ou alors peut découler d'une situation socio-économique très grave avec des effets de pauvreté et d'absence des biens de première nécessité, ou encore dériver d'une situation géopolitique qui n'offre aucune garantie de vie à l'intérieur de l'État (sécheresse, maladies, épidémies, pauvreté, etc.). Selon la Cour de Cassation, enfin, le *ratio* de la protection humanitaire est la nécessité de ne pas exposer les étrangers aux risques dérivant des conditions de vie non respectueuses des droits de la personne humaine qui en constituent la dignité.

L'intégration sociale et dans le monde du travail du pays d'accueil peut constituer un élément d'évaluation comparative afin de vérifier la subsistance d'une des variantes de la vulnérabilité. Une évaluation individuelle de la vie privée et familiale du demandeur en Italie est requise pour effectuer une comparaison avec la situation personnelle vécue avant le départ dans le pays d'origine. La Cour termine son raisonnement en affirmant que l'article 5, sixième alinéa du TUI constitue l'application de l'article 10, deuxième alinéa de la Constitution de la République Italienne. « *L'étranger, dont l'exercice des libertés démocratiques garanties par la Constitution*

³²⁷ Cour Suprême de Cassation (Italie), Sections unies, 21/10/2009 n. 19393/2009 ; 20/11/2017 n. 5059/2017 et 23/09/2013 n. 26566/2013.

Italienne est empêché dans son pays, a droit à l’asile dans le territoire de la République, selon les conditions établies par la loi ».

Entre 2008 et 2017, environ 100.000 personnes ont obtenu le titre de séjour pour motifs humanitaires, qui leur a permis de vivre et de travailler régulièrement en Italie. Le décret n. 113/2018 nommé « décret sécurité », fortement voulu par le ministre de l’Intérieur Matteo Salvini, a aboli la protection humanitaire, accusée de favoriser l’immigration irrégulière, pour toute demande présentée après le 30 novembre 2019. Néanmoins, un nouveau décret, n. 113/2020, émis par le nouveau gouvernement, a réintroduit une forme de protection assimilable à la protection humanitaire, la « protection spéciale³²⁸».

Laissant de côté le débat sur la portée du principe de vulnérabilité en droit italien, il convient d’approfondir le cadre juridique européen d’une catégorie spécifique de personnes vulnérables, les mineurs isolés ou non accompagnés qui, comme nous le verrons, sont considérés comme des personnes nécessitant une protection particulière propre et autonome, mais sont très souvent mis en condition de ne pas pouvoir accéder aux procédures et en général à la protection à laquelle ils ont droit, surtout dans les zones frontalières.

Les normes européennes et nationales sur les étrangers mineurs, qu’ils soient demandeurs d’asile ou pas, qu’ils soient accompagnés ou isolés, découlent avant tout du principe de l’intérêt supérieur de l’enfant. Il n’existe pas une définition juridique exacte de ce que l’on entend par intérêt supérieur de l’enfant, la doctrine parlant à la fois de « notion magique », ou d’un « *instrument de pouvoir dans les mains du juge* » ou encore d’un « *objet flottant non identifié* ³²⁹ ». Néanmoins, ce principe est consacré dans le droit de l’UE par l’article 24 deuxième alinéa de la Charte des Droits fondamentaux de l’UE, qui reprend la plus célèbre formule de la Convention internationale des droits de l’enfant de 1989, dite Convention de New York : « *dans tous les actes relatifs aux enfants, qu’ils soient accomplis par des autorités publiques ou institutions privées, l’intérêt supérieur de l’enfant doit être une considération primordiale* ». Comme la Convention de New York, la Charte ne définit pas le principe.

³²⁸ Décret-loi (Italie) n. 113/2020 du 21/10/2020.

³²⁹ Jean Carbonnier, *Daloz périodique*, 1960, pp. 665- 682 ; Paul Verdier, *Les dérives de l’utilisation de la notion d’intérêt de l’enfant*, DEI Assemblée nationale, 20 novembre 2010 ; Sophie Graillat, *Décliner le principe de l’intérêt supérieur de l’enfant à l’aide d’obligations procédurales*, Journal des droits des jeunes, vol. 3, n. 303, 2011, pp. 17-21, en ligne, consulté le 12/02/2021, <https://doi.org/10.3917/jdj.303.0017>.

En droit de l'Union, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant est consacrée, mais l'application du principe suscite souvent des questionnements. Si l'on reprend le raisonnement employé par le Comité des droits de l'enfant, le principe d'intérêt supérieur de l'enfant sert de super-droit³³⁰. En effet, il s'agit d'un principe-phare que chaque autorité doit avoir à l'esprit lors de l'interprétation des autres droits et des principes. En d'autres termes, si une disposition juridique peut être soumise à plusieurs interprétations, il convient de choisir celle qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans la plupart des textes en matière d'asile, par exemple, on retrouve l'intérêt de l'enfant d'abord dans les considérants, où il est clairement désigné comme un principe interprétatif³³¹.

Il est par exemple mentionné dans le considérant 9 de la directive « accueil » qui affirme que « *les États membres devraient veiller à ce que les principes de l'intérêt supérieur et de l'unité de la famille soient pleinement respectés* ». Ainsi, selon l'article 23 de la même directive « *l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale pour les États membres lors de la transposition des dispositions de la présente directive relatives aux mineurs. Les États membres garantissent un niveau de vie adéquat pour le développement physique, mental, spirituel, moral et social du mineur* ».

Les autorités nationales doivent donc obligatoirement prendre en considération l'intérêt de l'enfant lors de la mise en œuvre de différents textes en matière d'asile et de migration et interpréter les autres droits en respectant l'intérêt de l'enfant. Quant aux décisions qui ont des incidences sur les mineurs, il doit y avoir une évaluation précise de la portée de ces incidences, la justification de chaque décision en matière devant obligatoirement montrer que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en considération.

L'article 6 du règlement Dublin, intitulé « garanties des mineurs », indique des critères que les États européens coopérant entre eux doivent prendre en considération pour garantir le respect du

³³⁰ Conseil de l'Europe, *L'intérêt supérieur de l'enfant, Un dialogue entre théorie et pratique*, rapport d'étude, 2017.

³³¹ Jacqueline Costa-Lascoux, *Histoire de la notion d'intérêt de l'enfant dans le droit des mineurs*, dans *De quel droit ? De l'intérêt... aux droits de l'enfant*, CRIV, 1988, pp.85-92, en ligne, consulté le 22/04/2021, <https://doi.org/10.3917/ep.043.0085>.

principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : il s'agit des possibilités de regroupement familial, du bien-être et du développement social du mineur, des considérations tenant à la sûreté et à la sécurité ainsi que de l'avis du mineur. Or, la directive (UE) n. 2008/115, à l'article 10 sur l'éloignement des mineurs non accompagnés, dispose qu' « *avant d'éloigner du territoire d'un État membre un mineur non accompagné, les autorités de cet État membre s'assurent qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'État de retour.* » Cette attention accordée à la prise en charge du mineur après son retour relève évidemment de son intérêt supérieur, même si elle n'aboutit pas à une interdiction d'éloignement du mineur non accompagné, solution proposée par le droit italien.

Aux alinéas 1 bis et 2 de l'article 18 du TUI, il est prévu que « *dans aucun cas ne peut être disposé le refoulement à la frontière de mineurs non accompagnés* » et que « *l'expulsion n'est pas permise, sauf pour les cas prévus à l'article 13 premier alinéa (du même texte) des étrangers mineurs de 18 ans* ». De son côté, l'article 13 du TUI attribue au ministre de l'Intérieur la faculté d'expulser l'étranger pour motifs d'ordre public ou de sécurité nationale. Or, en droit français, non seulement il n'existe pas une norme qui interdise le refoulement du mineur, mais les quelques garanties prévues à l'article L.221-2 du CESEDA ne concernent que les mineurs qui, à la frontière, demandent l'asile.

Ainsi, les deux derniers alinéas de l'article affirment que « *lorsque l'OFPRA, dans le cadre de l'examen tendant à déterminer si la demande d'asile n'est pas irrecevable ou manifestement infondée, considère que le demandeur d'asile, notamment en raison de sa minorité ou du fait qu'il a été victime de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle, nécessite des garanties procédurales particulières qui ne sont pas compatibles avec le maintien en zone d'attente, il est mis fin à ce maintien. L'étranger est alors muni d'un visa de régularisation de huit jours. Dans ce délai, l'autorité administrative compétente lui délivre, à sa demande, une attestation de demande d'asile lui permettant d'introduire cette demande auprès de l'office. Le maintien en zone d'attente d'un mineur non accompagné, le temps strictement nécessaire à l'examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas irrecevable ou manifestement infondée, n'est possible que de manière exceptionnelle et seulement dans les cas prévus aux 1° et 2° du I, au 1° du II et au 5° du III de l'article L. 723-2* ».

Il s'agit des situations dans lesquelles le demandeur d'asile mineur provient d'un pays considéré comme un pays sûr, il a présenté une demande de réexamen, ou bien, comme on a vu à l'article

13 du TUI italien la présence en France du demandeur constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'État. Cette disposition est clairement inspirée de l'article 11 de la directive (UE) n. 2013/33, qui considère en effet le placement en rétention comme une mesure de dernier ressort qui ne doit pas porter atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'article L. 311- du CESEDA prévoit que l'on ne peut pas opposer aux mineurs étrangers l'irrégularité de leur séjour sur le territoire français : « *tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France doit, après l'expiration d'un délai de trois mois depuis son entrée en France, être muni d'une carte de séjour* ». Néanmoins, comme pour les demandeurs d'asile « dublinés », le droit français semble opérer une distinction très nette entre les mineurs qui se trouvent déjà sur le territoire français et ceux qui tentent d'y pénétrer franchissant la frontière nationale, une distinction qui repose sur l'idée que la zone frontalière doit être considérée comme ne faisant pas partie du territoire national.

Revenant à la frontière franco-italienne et plus généralement au droit français, on retrouve une référence explicite à la condition de vulnérabilité à l'article L.213-2 du CESEDA sur le refus d'entrée, qui accorde une attention particulière aux personnes vulnérables qui franchissent la frontière intérieure, indépendamment de leur qualification de demandeurs d'asile. L'application correcte de cette norme se concrétiserait en le fait qu'une personne vulnérable sans titre de séjour devrait pouvoir accéder au territoire français en raison de sa condition de vulnérabilité.

En ce sens on peut faire rentrer dans cette catégorie sans doute les mineurs, accompagnés ou pas, cités d'ailleurs explicitement à l'article L. 213-2 du CESEDA, mais aussi les personnes malades, titulaires comme on a vu d'un droit d'accès aux soins médicaux, et les autres catégories de personnes vulnérables comme par exemple les victimes de traite d'êtres humains. Néanmoins, comme on le verra, cette norme est dépourvue d'effectivité lorsque l'activité de contrôle frontalier, mis en œuvre à travers des pratiques policières sommaires et souvent informelles visant à décourager les arrivées sur le territoire, a eu dans les dernières années l'effet de nier systématiquement la protection nécessaire à ces catégories de personnes vulnérables.

4.2 La non prise en charge des mineurs non accompagnés à la frontière franco-italienne

L'afflux massif de mineurs non accompagnés en Europe constitue un phénomène croissant depuis plusieurs années. Dans un premier temps cette hausse a touché principalement les États européens les plus exposés géographiquement à l'entrée des étrangers comme l'Italie, l'Espace et la Grèce, se généralisant à l'encontre de tous les autres États de l'UE par la suite.

Si on observe les chiffres concernant l'Italie, par exemple, le nombre total de mineurs interceptés et enregistrés par les autorités italiennes a systématiquement augmenté depuis 2011, et frôle les 80.000 cas³³². À partir de 2015, année de la réintroduction des contrôles fixes à la frontière franco-italienne, on observe une hausse considérable des mouvements secondaires de mineurs isolés, qui constituent à la frontière basse (c'est-à-dire au tronçon frontalier qui divise Vintimille en Menton) environ 35% des étrangers franchissant la frontière franco-italienne. Selon un rapport de INTERSOS basé sur une mission d'observation à Menton, entre juin et septembre 2017, sur 9883 personnes enregistrées au passage de la frontière, 37% était constitué de personnes âgées de 11 à 18 ans³³³.

Ainsi, à cause de l'augmentation de tels mouvements, la France compte aujourd'hui un nombre très important de mineurs non accompagnés, environ 40.000³³⁴. Cette augmentation des mouvements secondaires a sans doute mis à l'épreuve le système d'accueil et de mise à l'abri des mineurs dans l'ensemble du territoire national ainsi qu'aux frontières intérieures, où comme on verra la situation est devenue alarmante.

En droit français, à différence par exemple de l'Italie qui a depuis 2017 une loi spécifique sur les mineurs non accompagnés, la loi n. 47/2017, il n'existe pas de cadre légal propre aux mineurs

³³² Ministère de l'Intérieur, (Italie) Département des libertés civiles et immigration, *statistiques et documents*, en ligne, consulté le 24/04/2021, <http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/documentazione/statistica/cruscotto-statistico-giornaliero>.

³³³ INTERSOS, *Unaccompanied and separated children along Italy's northern border*, 2017, en ligne, consulté le 07/05/2020, <https://www.intersos.org/wp-content/uploads/2018/02/UASC-along-Italys-northern-borders.compressed.pdf>.

³³⁴ Article de Presse, *Interview à Dominique Bussereau, président de l'Assemblée des départements de France (ADF)*, Le figaro, 11/08/2019, en ligne, consulté le 21/04/2021, <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/migrants-mineurs-cela-fait-trois-ans-que-l-on-sonne-l-urgence-rappelle-dominique-bussereau-20190811>.

étrangers non accompagnés. En effet, leur protection se fonde sur celle de l'enfance en danger, telle que prévue dans le dispositif juridique français de protection de l'enfance, qui est applicable à tout mineur en danger, sans condition de nationalité. La notion de danger est définie aux articles 375 du Code civil et L.221-1 du Code de l'action sociale et des familles (ci-après, CASF) qui prévoient que des mesures de protection doivent être prises dès lors que « *la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises* ».

La compétence générale de la protection de l'enfance relevant des Conseils départementaux, ce qui a fait du système français de protection des mineurs non accompagnés un système très fragmenté et dysfonctionnel³³⁵. Il existe en effet autant de politiques d'accueil et d'organisation de la protection de l'enfance que de département en France, certains parmi eux étant particulièrement réticents à accueillir des mineurs non accompagnés, qui néanmoins ne constituent que 8% du nombre d'enfants en danger nécessitant une prise en charge par la protection de l'enfance³³⁶.

Ainsi, en raison d'une concentration des mineurs non accompagnés variable sur le territoire, ainsi que de la divergence entre pratiques administratives propres à chaque département, une circulaire du ministère de la Justice a été publiée le 31 mai 2013, dans le but d'établir un dispositif national de dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation. La circulaire en question mettait par ailleurs en place un système de répartition par département, piloté par une cellule nationale dépendant de la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ). La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant a permis l'inscription de ce dispositif de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation dans le CASF, aux articles L. 112-3, L. 223-2, L. 226-3, L. 228-3³³⁷.

³³⁵ Code de l'Action Sociale et des Familles, Article L.112-3: La protection de l'enfance a pour but de prévenir les difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives, d'accompagner les familles et d'assurer, le cas échéant, selon des modalités adaptées à leurs besoins, une prise en charge partielle ou totale des mineurs. Elle comporte à cet effet un ensemble d'interventions en faveur de ceux-ci et de leurs parents. Ces interventions peuvent également être destinées à des majeurs de moins de vingt et un ans connaissant des difficultés susceptibles de compromettre gravement leur équilibre.

³³⁶ Médecins du Monde, *L'accès aux droits et aux soins des mineurs non accompagnés en France, cadre légal et disfonctionnements*, rapport d'observation, 2017.

³³⁷ Loi n. 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

Néanmoins, le cadre de l'accueil demeure très hétérogène et fragmenté selon les départements. Un indice flagrant de cette hétérogénéité réside dans la très forte disparité des taux de reconnaissance de minorité par les départements. Selon les données de la Direction générale de la cohésion sociale recueillies pour l'année 2016, ces taux varient de 16,6 % à 100 %.

Concernant la procédure, le dispositif de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation des mineurs non accompagnés est constitué d'une première phase administrative et d'une phase judiciaire. Lorsque le jeune sollicite une protection, il doit faire l'objet d'un premier entretien d'accueil par les services du Conseil Départemental. Ces services procèdent à l'évaluation de la situation du jeune, au cours de laquelle il doit faire l'objet d'un recueil provisoire d'urgence³³⁸. Si le jeune est reconnu comme mineur et isolé dans les 5 jours ou si l'évaluation n'a pas abouti dans les 5 jours, on entre alors dans la phase judiciaire.

Le Conseil Départemental doit signaler la présence du jeune au Parquet, qui peut prononcer une ordonnance de placement provisoire permettant la mise en place d'une protection et d'un placement dans les services de l'Aide sociale à l'enfance pendant laquelle l'évaluation se poursuit, si nécessaire. L'accueil provisoire d'urgence se poursuit tant que n'intervient pas une décision de l'autorité judiciaire. Si l'évaluation n'a pas abouti dans un délai supplémentaire de 8 jours, le juge des enfants doit alors être saisi et peut prononcer une nouvelle mesure de placement provisoire ou des mesures d'assistance éducative, plus pérennes.

Afin de vérifier que le jeune qui se présente comme mineur isolé relève bien des dispositifs de l'Aide sociale à l'enfance, les services des départements évaluent sa situation afin de déterminer sa minorité et sa situation d'isolement à travers une évaluation sociale, un examen des documents d'identité et s'il y a lieu, une évaluation médicale. Si le jeune présente des documents d'identité, la loi prévoit que ceux-ci font foi et doivent permettre d'établir la minorité du jeune³³⁹. En cas de doute, la loi prévoit une procédure spécifique permettant d'authentifier les documents d'identité en faisant notamment appel au bureau de la fraude documentaire de la PAF.

³³⁸ Code de l'action sociale et des familles, Article L. 223-2.

³³⁹ Code Civil, Article 47.

Si les documents d'identité ne permettent pas d'établir la minorité, ou bien si le jeune ne dispose pas de documents, il fait l'objet d'une évaluation sociale dont les modalités sont précisées dans un arrêté du 17 novembre 2016³⁴⁰. Celle-ci prévoit que l'évaluation doit être faite par des professionnels formés et par une équipe pluridisciplinaire, dans une langue comprise par l'intéressé ou avec le concours d'un interprète ainsi que « *dans une démarche empreinte de neutralité et de bienveillance* ».

Si à l'issue de l'analyse documentaire et de l'évaluation sociale subsistent des doutes sur l'âge du jeune, le procureur de la République, le juge des enfants ou la Cour d'appel peuvent ordonner une évaluation médicale pour établir sa minorité, notamment à travers des examens radiologiques osseux³⁴¹. Ces examens consistent en une radiographie de la mâchoire, du poignet ou de la clavicule et une comparaison avec l'Atlas de Greulich et Pyle, atlas de référence sur les phases de maturation osseuse³⁴². Cette méthode est extrêmement contestée par la communauté scientifique puisqu'elle présente une marge d'erreur considérable, ainsi que par des nombreuses associations humanitaires qui craignent son caractère très intrusif pour les jeunes qu'y sont sujets³⁴³.

Au-delà du fait que dans tous les cas le consentement du mineur est requis, ces examens fournissent toutefois des bases objectives sur lesquelles fonder une décision, tout en comportant une marge d'erreur. Il est essentiel cependant que cette marge d'erreur soit expressément prise en considération lors des décisions fondées sur de ce genre d'examens.

À cet égard il est intéressant d'analyser une affaire récente de la CEDH, *Darboe et Camara c. Italie* de 2019, dans lequel la Cour de Strasbourg n'a pour l'instant rendu qu'une décision sur les mesures provisoires, fondée sur l'article 49 de son règlement³⁴⁴.

³⁴⁰ Arrêté du 17 novembre 2016 pris en application du décret n. 2016-840 du 24 juin 2016 relatif aux modalités de l'évaluation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille.

³⁴¹ Loi n. 2016-297 du 14 mars 2016, Article 43.

³⁴² Cet atlas a été compilé sur des jeunes caucasiens aux États-Unis dans les années 1930.

³⁴³ Gaëtane Lamarche-Vadel, *Tests osseux pour les mineurs étrangers isolés*, Multitudes, vol. 2 n. 63, pp. 151-158.

³⁴⁴ CEDH, *Darboe et Camara c. Italie*, requête n. 5797/17.

Un demandeur d'asile mineur isolé avait été placé dans un centre d'accueil pour demandeurs d'asile adultes en Italie, en vertu d'une radiographie du poignet indiquant, sans tenir compte de la marge d'erreur, qu'il avait 19 ans au moment de l'évaluation de son âge. Il se trouve que dans le centre où il avait été placé, le requérant risquait d'être soumis à violences et à d'autres traitements inhumains et dégradants à cause du contexte particulièrement violent de la structure d'accueil. Pour cette raison, la Cour a ordonné aux autorités italiennes de placer le requérant dans une structure pour mineurs, signalant ainsi que la radiographie aurait dû tenir compte de la marge d'erreur de plus/moins 2 ans, ce qui aurait activé une véritable présomption légale de minorité en cas de doute sur l'âge³⁴⁵.

La décision sur le fond de l'affaire n'ayant été pas encore prise, on se limite à observer que l'instrument juridique de la présomption de minorité en cas de doutes apparaît particulièrement protecteur, surtout s'il est appliqué à un test scientifique, qui malgré la marge d'erreur qui doit néanmoins être prise en compte, s'appuie sur des données objectives et matérielles.

Revenant à la France, les procédures d'évaluation de la minorité et de l'isolement de l'enfant sont marquées par de nombreux dysfonctionnements, qui ne sont pas seulement liés à la différence entre pratiques administratives propres de chaque département, mais qui découlent aussi de la volonté ou de la nécessité de limiter les mises à l'abri des mineurs non accompagnés dans un contexte de carence de structures d'accueil. Par exemple, lorsque le jeune possède des documents d'identité, leur authenticité est très souvent remise en cause, et quand les documents ne sont pas contestés, on doute qu'ils appartiennent réellement à celui ou celle qui les présente. L'évaluation sociale est souvent faite dans des conditions ne permettant pas un examen adéquat : elles sont en effet rarement menées par une équipe pluridisciplinaire, et parfois sans interprète.

L'évaluation se base souvent sur des éléments totalement subjectifs voire farfelus comme la pilosité ou le développement pubertaire, l'acné, la forme du visage ou la maturité. Très souvent les entretiens ont comme objet le parcours migratoire, notamment les incohérences éventuelles du récit sur le voyage. Néanmoins, l'évaluation de la minorité devrait être une procédure totalement distincte de l'évaluation d'une demande d'asile. Or, comme pour l'évaluation de l'admissibilité d'une demande d'asile présentée à la frontière, ce genre d'observation finissent

³⁴⁵ Décret Législatif n. 142/15 du 18 août 2015, Article 19-bis, huitième alinéa.

par consister en une pré-évaluation de la demande d'asile, qui n'est par ailleurs même pas présentée dans la plupart des cas.

Les mineurs déboutés de la protection reçoivent un document qui atteste la décision de refus de prise en charge et qui doit mentionner la possibilité de formuler un recours devant le Juge des enfants et/ou devant le TA. Néanmoins, aucune protection n'est proposée à ceux qui contestent ces décisions, qui se trouvent dans une situation juridique pour laquelle ils ne sont ni majeurs ni mineurs, et sont souvent remis à eux même, à la rue ou dans des abris de fortune, dans une situation très précaire et dangereuse.

Ainsi, très récemment la France a été condamné par la CEDH pour le cas d'un mineur qui a vécu pendant plusieurs mois dans le bidonville de la lande de Calais et qui s'est trouvé, en raison de la carence des autorités françaises, dans une situation constitutive d'un traitement dégradant³⁴⁶. Dans cette affaire, le requérant, un ressortissant afghan arrivé en France en 2015, avait habité durant six mois dans une cabane située dans la zone Sud de la lande de Calais à l'âge de 11 ans. Les autorités françaises ne l'avaient pas pris en charge, faute d'avoir pu l'identifier comme un mineur isolé étranger alors qu'il se trouvait sur le site de la lande depuis plusieurs mois.

Selon la Cour l'enfant vivait dans un « *environnement totalement inadapté à sa condition d'enfant, que ce soit en termes de sécurité, de logement, d'hygiène ou d'accès à la nourriture et aux soins, et dans une précarité inacceptable au regard de son jeune âge* ». Malgré une ordonnance du juge des enfants qui confiait le requérant à l'ASE, il n'a jamais été pris en charge. Rappelant que le mineur étranger non accompagné relève de la « *catégorie des personnes les plus vulnérables de la société* », la Cour de Strasbourg retient que les conditions de vie du requérant ainsi que l'inexécution de l'ordonnance du juge des enfants, examinés ensemble, constituaient un traitement dégradant à l'origine d'une violation de l'article 3 de la CESDH³⁴⁷. Selon la Cour, les États parties sont titulaires d'une véritable obligation positive, à savoir celle de protéger et prendre en charge les mineurs étrangers non accompagnés.

³⁴⁶ CEDH, *Khan c. France*, 28/02/2019, requête n.12267/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0228JUD001226716.

³⁴⁷ CEDH, *Rahimi c. Grèce*, 05/04/2011, requête n. 8687/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0405JUD000868708.

Or si cette obligation n'est souvent pas respectée par les autorités françaises sur le territoire métropolitain, comme l'absolue variabilité du taux de prise en charge dans les différents départements le confirme, à la frontière intérieure la situation est extrêmement dramatique, car les pratiques policières de contrôle frontalier ont comme résultat d'entraver très souvent l'accès même à ces procédures et de refouler sommairement et illégalement les mineurs non accompagnés. Déjà en décembre 2016 l'Unicef dénonçait le refoulement systématique des mineurs non accompagnés à la frontière, ce qui selon l'ONG « *les exposait à des nombreux dangers et à des risques accrus de violences*³⁴⁸ ».

En 2018, le Défenseur des droits publiait une décision affirmant que la pratique consistant à intercepter aux points de passage autorisés des mineurs isolés et à les renvoyer sur le territoire italien était contraire à la Convention de New York, et ne respectait pas les garanties procédurales dérivantes du droit européen et national³⁴⁹. Rappelant le contenu du CFS, le Défenseur des droits affirme que tout mineur intercepté à un point de passage autorisé, à la frontière franco-italienne, « *doit être immédiatement conduit en zone d'attente, locaux dans lesquels il pourra bénéficier des droits et garanties procédurales prévues par les textes nationaux et supranationaux, notamment l'information sur ses droits dans une langue qu'il comprend et la possibilité de se faire accompagner par un avocat*³⁵⁰ ».

Dans sa décision, il recommande aussi au président du Conseil Départemental de poursuivre ses efforts pour la mise à l'abri effective de tous les mineurs non accompagnés présents sur le territoire et, dans ce cadre, d'organiser une concertation avec les services constituant un point d'entrée vers le dispositif d'accueil d'urgence des mineurs non accompagnés afin de s'assurer du caractère inconditionnel de l'accueil mis en place au titre de l'article R. 221-11 du CASF. Selon le Défenseur des droits, les autorités policières devraient délivrer des documents écrits dûment motivés aux jeunes mentionnant leur refus de prise en charge, ainsi que les compléter afin que soient davantage explicitées les modalités de recours judiciaire à l'encontre des décisions de refus.

³⁴⁸ UNICEF, *Enfants non accompagnés : la protection de l'enfance doit s'exercer aussi à la frontière franco-italienne*, Rapport d'étude, 2016.

³⁴⁹ Défenseur des droits, Décision 2018-100 du 25 avril 2018 relative à la situation des mineurs non accompagnés interceptés aux points de passage autorisés vers l'Italie.

³⁵⁰ *Ibidem*.

Ces documents devraient mentionner la possibilité de saisir directement par courrier le juge des enfants, en indiquant l'adresse du tribunal pour enfants compétent ainsi qu'une liste d'associations ou de professionnels susceptibles d'accompagner le jeune concerné dans ses démarches. Comme plusieurs rapports d'observation en témoignent, très souvent lors de la délivrance des refus d'entrée (quand cela a lieu), les autorités policières contestent ou modifient sur le document l'âge des mineurs interceptés, ce qui est une violation manifeste et très grave des droits de ces personnes³⁵¹.

Selon une étude menée par l'ONG INTERSOS de 2017, basée sur des missions d'observations à Menton, ainsi que dans des tronçons de frontière entre l'Italie, l'Autriche et la Suisse, les pratiques policières de contrôle frontalier occasionnent des multiples violations de la loi. En particulier les observateurs de l'ONG ont assisté à des cas multiples de harcèlement à l'encontre des mineurs, tels que le découpage des chaussures, la saisie arbitraire des effets personnels, la retenue forcée dans des endroits inadaptés, des épisodes de violence verbale et physique. Ce genre de comportements comporte un risque grave de violation de l'article 3 de la CEDH qui interdit tout traitement dégradant.

En outre, l'entrave à l'accès au droit d'asile des mineurs qui dérive des refoulements informels et collectifs comporte une violation des articles 3 et 4 du CFS, ainsi que de l'article 6 du règlement Dublin, qui prévoient des garanties particulières pour les demandeurs d'asile franchissant une frontière européenne. Ainsi, les décisions de refus d'entrée prévues à l'article 32 du CFS ne sont que très rarement notifiées aux personnes intéressées, ce qui prive ces personnes de la possibilité effective de formuler un recours.

Il faut cependant tenir compte du fait que ces pratiques ont quelque peu évolué depuis plusieurs actions inter-associatives, comme le dépôt de 20 référés libertés présentés devant le TA de Nice le 23 février 2018, qui ont mené à la suspension des décisions de refus d'entrée de 19 mineurs non accompagnés, dont 8 ont pu se représenter en gare de Menton-Garavan et être pris en charge

³⁵¹ ANAFE, *op. cit.*

par l'administration française³⁵². Conformément à ce que dénonçaient les associations intervenues, les refus d'entrée ont été considérés par le juge administratif comme « *entachés d'une illégalité manifeste*³⁵³ ».

Néanmoins, il est intéressant de remarquer que le juge, tout en sanctionnant le refoulement des mineurs, affirme que « *la non-admission des mineurs en France ne constitue pas en soi une atteinte manifeste à l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, l'Italie, soumise aux mêmes obligations internationales que la France en matière de protection des mineurs, assure une prise en charge tout à fait adaptée et respectueuse de l'intérêt supérieur de l'enfant.* » Il s'agit d'une considération analogue à celle qu'on a observé à propos de la possibilité d'admettre un demandeur d'asile à la procédure Dublin lors qu'il a été refoulé illégalement en Italie.

Le fait qu'au-delà de la frontière se situe un État membre de l'UE, soumis donc aux mêmes obligations auxquelles est soumise la France, a donc conduit deux juges différents à « relativiser » les droits dont sont titulaires les mineurs et les demandeurs d'asile. La même considération peut être faite à propos d'une décision de justice très contestée, l'ordonnance du Conseil d'État n. 411575 du 5 juillet 2017, dans laquelle le juge administratif valide les pratiques policières de privations de liberté hors de tout fondement légal des personnes franchissant la frontière intérieure. Décidant que cette privation de liberté dans des lieux de détention *ad hoc* peut être mise en œuvre si elle ne dépasse pas les 4 heures, le juge affirme qu'« *il convient de tenir compte des difficultés que peut engendrer l'afflux soudain d'un nombre inhabituel de personnes en un même lieu et des contraintes qui s'attachent à l'éventuelle remise des intéressés aux autorités de l'État frontalier* ».

Le juge administratif ajoutait à cette considération que les personnes détenues n'auraient dû être transférées dans la zone d'attente à l'aéroport de Nice qu'au-delà du délai prévu de quatre heures. Le juge affirmait aussi que l'administration n'était pas en faute en n'informant pas ces personnes de leur droit de demander l'asile. Enfin, il n'a pas été fait droit à la requête des associations

³⁵² ANAFE, *Frontière franco-italienne: associations et avocats font respecter le droit des enfants étrangers devant le Tribunal Administratif de Nice*, communiqué de presse, 27/02/2018, en ligne, consulté le 21/04/2021, <http://www.anafe.org/spip.php?article460>.

³⁵³ Tribunal Administratif de Nice, 28/02/2018, n. 1800699.

demandant que les personnes mineures bénéficient, conformément aux textes, d'une mise à l'abri en attendant qu'elles soient confiées aux services de protection de l'enfance.

Le fait que le Conseil d'État ait affirmé en substance que pendant une durée de quatre heures les personnes pouvaient être privées de liberté en dehors de tout fondement légal et donc sans bénéficier d'aucun des droits normalement garantis en cas de privation de liberté, témoigne du rôle peu protecteur de la juridiction administrative française à l'encontre de personnes particulièrement vulnérables. Un nouveau point d'équilibre est en effet proposé par le juge dans la mise en balance entre sécurité et liberté, tendant à faire primer l'exigence de gérer au mieux les arrivées massives de migrants à la frontière intérieure, sur les droits dont ils sont titulaires.

La durée de quatre heures est en effet inventée de toutes pièces par les juges, en l'absence de tout fondement textuel et elle est considérée comme acceptable et proportionnée, alors que la loi ne le prévoit dans aucun cas. En outre, se prononçant aussi sur le refoulement dans la nuit du 26 au 27 juin 2017 de 165 personnes, qui a suivi la privation prolongée de leur liberté personnelle, le Conseil d'État se limite à affirmer qu'il appartient à ces personnes de saisir la justice, une par une, pour que les violations constatées soient sanctionnées. Enfin, la violation du principe de dignité humaine est écartée avec une argumentation très faible. Aux yeux du juge, les conditions de maintien n'auraient été pas attentatoires à la dignité humaine dès lors que les personnes « *disposaient de sanitaires et se voyaient proposer des bouteilles d'eau* ».

Pour terminer sur la question de la non prise en charge des personnes vulnérables, ainsi que des demandeurs d'asile, il convient d'observer, s'appuyant sur les dossiers des ONG et sur les témoignages des migrants, les conséquences pratiques ainsi que le suivi des refoulements. Contrairement à ce qui est souvent soutenu même par les juridictions administratives françaises, un refoulement de la part de la France ne signifie pas automatiquement la prise en charge des besoins en termes de protection de ces personnes par les autorités italiennes.

Au contraire, très souvent ces personnes sont littéralement livrées à elles-mêmes, sont contraintes de trouver des solutions de fortune dans de véritables camps improvisés ou sont conduites, comme plusieurs observateurs témoignent, par des autobus mis à disposition par la police italienne, dans les *hotspots* du sud de l'Italie, comme Tarente ou Crotona. Cette pratique en particulier, qui ne repose sur aucune base légale et qui cependant n'a jamais été démentie par les

autorités italiennes, ne trouve de justifications que dans la volonté d'alléger la zone frontalière et entraîne une souffrance majeure pour les personnes interceptées.

Cette volonté, qui est à la base de la stratégie de dissuasion des mouvements secondaires dans les États européens, apparaît comme particulièrement dommageable pour les personnes essayant de franchir la frontière, notamment pour les demandeurs d'asile et les personnes vulnérables telles que les mineurs qui ne voient pas leurs droits reconnus. La frontière intérieure étant donc conçue comme un lieu de sanctions, les migrants qui souhaitent échapper aux tortures, aux violences et aux sacrifices se retrouvent à être encore une fois victimes d'abus et de violences. La perception de ces personnes, dont on a un aperçu lorsque l'on parcourt les témoignages recueillis, est de faire l'objet d'un système de contrôles qui tend à considérer les individus comme des objets et non pas comme des personnes titulaires de droits.

Conclusion

L'étude du cadre juridique européen du contrôle frontalier, l'analyse de l'évolution de la « crise de l'accueil » découlant d'un afflux massif de migrants dans la dernière décennie, ainsi que l'approfondissement des pratiques policières et de leur impact sur les personnes migrantes à la frontière intérieure franco-italienne, nous ont amené à avoir un aperçu clair de la problématique de la présente recherche.

Le but de ce travail étant de dévoiler le caractère intrinsèquement sécuritaire des règles régissant l'espace Schengen, nous avons pu notamment questionner l'ampleur et la portée de la liberté de circulation en Europe, qui d'un côté demeure l'un des attributs centraux de la citoyenneté européenne et de l'autre est déclinée de manière partielle et inégale au regard de ceux qui ne possèdent pas cette citoyenneté, c'est à dire les étrangers.

Ceux-ci demeurent les destinataires naturels des règles et des politiques sur le contrôle des frontières, qui au regard des étrangers conservent leur vocation à marquer des divisions, à opérer des tris, à exclure au lieu d'inclure au nom de raisons dictées par l'économie et les exigences du marché du travail.

Ainsi, une première conséquence des politiques européennes en matière de gestion de l'immigration et du contrôle frontalier est la fragilisation de la catégorie juridique d'étranger. L'Union européenne, qui semble vouloir construire une citoyenneté commune, le fait principalement en établissant une frontière juridique et sociale majeure et en définissant plutôt l'étranger que le citoyen.

Or, en analysant le régime juridique des frontières extérieures, on s'aperçoit vite que la distinction entre citoyens et étrangers assume une place centrale dans la définition des règles applicables aux contrôles. La création d'une gestion intégrée des frontières extérieures, menée notamment à travers l'institution d'une Agence européenne, responsable avec les États des contrôles frontaliers, a été étudiée en relation avec les politiques de fermeture des canaux légaux de migration en Europe.

En rendant très difficile l'obtention d'un visa dans les consulats des États de l'UE situés dans les pays de provenance des migrants, ces États et l'Union européenne se sont rendus responsables de l'intensification des flux illégaux des migrants, qui sont devenus une proie facile des organisations criminelles et des trafiquants d'êtres humains.

Ainsi, l'étude de la manière dont l'Europe et les États les plus exposés à ces flux comme l'Italie ont tenté de gérer ces mouvements illégaux de personnes, nous a fait comprendre que le but des règles et des politiques sur le contrôle frontalier en Europe est de limiter fortement les entrées sur le territoire, de déléguer la surveillance aux autorités des pays tiers tels que la Turquie et la Lybie, de rendre invisibles ces flux en externalisant le contrôle, d'éloigner les organisations humanitaires engagées dans la recherche et le sauvetage maritimes.

Cette analyse a permis de mettre en lumière des phénomènes qui caractérisent la frontière extérieure et qui ont été étendus à la frontière intérieure. Ces phénomènes, qui sont propres à ces lieux de conflits et de tensions, nous l'avons vu, n'ont pas épargné la frontière franco-italienne lors de la réintroduction des contrôles systématiques depuis 2015.

Car, si la différence profonde entre les deux régimes régissant les deux types de frontières nées avec les accords de Schengen constitue un véritable pilier de l'ELSJ, l'augmentation des mouvements secondaires à l'intérieur de l'espace européen sans frontières a provoqué, comme on l'a vu, un rétablissement progressif des contrôles fixes dans plusieurs tronçons de frontière intérieure, ce qui est possible aux sens du CFS pour des raisons liées à l'ordre public et à la sécurité nationale.

Ainsi, l'utilisation croissante de la part des États membres de cette clause de suspension des obligations des accords de Schengen a montré la véritable fragilité d'un système de gestion commune des frontières qui n'a guère cessé de reposer sur la volonté politique de chaque État.

L'analyse du régime européen des frontières intérieures, fondé sur le principe de l'absence de contrôle et des règles sur la réintroduction des contrôles frontaliers fixes, nous a conduit à questionner le droit de l'espace Schengen, qui a évolué en fonction des exigences des États européens confrontés à l'augmentation des flux migratoires, au lieu de contraindre ces mêmes États au respect des obligations issues de ces mêmes règles.

La centralité du rôle des États en matière d'immigration et de contrôle frontalier demeure, une centralité qui apparaît également dans les positions différentes assumées par les différentes institutions européennes dans le cadre des négociations sur la réforme du CFS et du règlement Dublin.

Ainsi, on a pu affirmer que le véritable contenu des accords de Schengen est non pas la suppression des contrôles aux frontières intérieures mais plutôt une véritable réorganisation de ces contrôles en fonction des nouvelles règles sur la liberté de circulation. Les accords de Schengen et le CFS mettent en place un véritable système de mesures compensatoires à la suppression des contrôles fixes aux frontières intérieures.

Or, si d'un côté les États européens se sont donné des règles communes sur la gestion frontalière, tout en procédant à des véritables cessions de compétences comme dans le cas de l'Agence Frontex, de l'autre ils se sont souciés de construire un cadre juridique supranational dans lequel ils ont pu garantir un niveau de sécurité équivalent à celui qui découlait de la pleine maîtrise de leurs propres frontières avant les accords de Schengen.

Ces accords, qui fixent des règles communes, réorganisent la coopération policière au sein de l'Union européenne, promouvant partout la conclusion d'accords bilatéraux entre États et autorités policières chargées des contrôles frontaliers, comme l'accord de Chambéry, qui lie l'Italie et la France à des règles communes sur les réadmissions des étrangers et la surveillance des frontières.

Ces accords ne tiennent pas compte des différentes catégories de personnes ne possédant pas un titre de séjour qui leur permettrait de franchir les frontières intérieures européennes : les demandeurs d'asile éventuellement interceptés à la frontière comme dans le reste du territoire d'un État européen devraient faire l'objet, une fois établie la responsabilité d'un autre État sur le traitement de leurs demandes, de la procédure de transfert prévue par le règlement Dublin et non pas de la procédure simplifiée prévue dans le cadre de cette coopération policière.

La seconde partie de cette recherche a été consacrée à l'analyse du cas de la frontière franco-italienne, qui depuis 2015 est systématiquement contrôlée en vertu du recours ininterrompu de la

part de la France à la clause de suspension des obligations Schengen à ses tronçons de frontière intérieure.

Le rétablissement des contrôles dans ce tronçon de frontière intérieure a constitué un fait politique inédit dans l'espace Schengen, pas seulement à cause de la durée dans le temps de cette mesure, mais aussi pour les incidences qu'elle a eues sur les lieux concernés ainsi que sur les droits des personnes migrantes.

Néanmoins, avant 2015, un contrôle sur la détention de la part des personnes étrangères des documents valides pour l'entrée en France, était mis en œuvre au quotidien dans une zone allant jusqu'à 20 kilomètres de la ligne frontalière. Cela a été possible grâce à une législation nationale visant à garantir la possibilité de la part des forces de l'ordre françaises d'avoir une maîtrise des entrées sur le territoire national, sans que cela ne se traduise par un contrôle frontalier systématique, contraire au droit de l'Union.

L'attention accordée à la frontière franco-italienne s'est donc concrétisée d'une part par l'étude de la législation nationale sur l'entrée sur le territoire national, de l'autre par l'observation des pratiques policières mises en œuvre par la PAF et les autres autorités chargées du contrôle.

Suivant cette double perspective d'étude, nous avons pu constater que, si d'un côté certaines normes nationales semblent ne pas être compatibles avec le droit de l'Union, de l'autre côté les pratiques policières mises en œuvre à la frontière franco-italienne comportent des violations graves et réitérées des droits fondamentaux des personnes migrantes.

Ces pratiques policières, en particulier, n'apparaissent pas avec le rétablissement des contrôles de 2015, mais constituent des pratiques consolidées dans le temps, sans doute renforcées par l'entrée en vigueur des accords de Chambéry de 1997 qui définissent un cadre opérationnel simplifié de réadmission.

Néanmoins, le rétablissement des contrôles à la frontière franco-italienne a eu un impact majeur quant à la transformation de l'espace frontalier, qui se présente aujourd'hui comme une zone militarisée, à forte présence policière, un lieu de tension et de violation des droits des personnes migrantes.

Cette transformation de l'espace rappelle le processus de « frontièrisation » étudié notamment par Paolo Cuttitta, qu'on n'avait jusqu'à présent observé qu'à propos des frontières extérieures de l'Europe et qui apparaît aujourd'hui à une frontière intérieure européenne.

La centralité du rôle des forces de police à la frontière, l'utilisation massive de pratiques expéditives et sommaires sont en effet des caractéristiques propres d'une frontière militarisée, comme le sont aussi la criminalisation des actes de solidarité et en général des acteurs humanitaires tels que les ONG présentes en Méditerranée comme à la frontière franco-italienne.

C'est néanmoins grâce à ces organisations, réseaux de juristes et de citoyens aux frontières extérieures et intérieures de l'UE, que l'on peut avoir accès à des informations d'importance primordiale sur les pratiques policières mises en œuvre dans ces lieux de tension, qui sinon seraient démenties et vraisemblablement cachées par les pouvoirs publics.

Il s'agit de pratiques sommaires et expéditives, qui se concrétisent souvent dans des refoulements informels et collectifs. Elles portent évidemment atteinte à plusieurs droits qui constituent le noyau dur du droit international et européen des droits de l'Homme. Il s'agit du droit à la santé ou du droit à l'information, ou encore à la liberté personnelle, qui sont bafoués dans les zones d'attente, ainsi que du droit d'asile et du droit à une prise en charge des mineurs et des personnes vulnérables.

Ces derniers aspects montrent très clairement que, d'une part, le RAEC et plus, en général, la stratégie européenne de gestion de l'immigration présentent des failles structurales majeures, et d'autre part, que l'organisation de l'accueil des demandeurs d'asile et de la mise à l'abri des personnes vulnérables est en France tout aussi déficiente.

L'augmentation des mouvements secondaires de migrants et des demandeurs d'asile au sein de l'Union européenne montre l'échec des politiques d'accueil européennes et du contrôle frontalier, qui sont fondées notamment sur l'idée que plusieurs catégories d'étrangers ne jouissent pas de la libre circulation en Europe, et que les demandeurs d'asile peuvent présenter leur demande au sein d'un seul État, dans le territoire duquel ils doivent impérativement rester tout au long de la procédure.

À travers l'étude du cas de la frontière franco-italienne, nous avons pu constater comment le système européen et national d'accueil de demandeurs d'asile et de prise en charge des personnes vulnérables fait apparaître une faille majeure lorsqu'il est pratiquement impossible d'accéder aux procédures nécessaires pour faire reconnaître ces droits.

Cela est dû sans doute au recours aux refoulements informels et collectifs qui, par définition, ne sont pas fondés sur une appréciation des situations personnelles des personnes refoulées, ni ne peuvent faire l'objet de recours de la part de ces personnes.

Néanmoins, même en cas de refoulements formalisés, l'application des accords de Chambéry a vocation à contredire le droit européen du droit d'asile puisque ces accords prévoient des procédures de renvoi simplifiées pour tous les étrangers tentant d'entrer de manière irrégulière sur le territoire français. Pour ces personnes, le règlement Dublin prévoit la mise en œuvre d'une procédure particulière de transfert, qui n'est dans la pratique jamais mise en œuvre à la frontière franco-italienne.

Ce tronçon de frontière intérieure, sur lequel un dispositif de contrôle sans précédent a été mis en place ces dernières années, est donc devenu une zone dans laquelle certaines règles peuvent simplement ne pas être appliquées, ou appliquées de manière différente par rapport au reste du territoire national.

Le prétexte fictif sur la base duquel cette « zone de non-droit » s'est mise en place, repose sur l'idée que les personnes interceptées ne sont pas entrées sur le territoire, ce qui déresponsabiliserait les forces de l'ordre françaises et plus généralement la France, des violations des droits des personnes en question.

Cette présomption dévoile le but primaire de la stratégie de contrôle frontalier en Europe, qui est d'empêcher et de décourager au maximum les entrées irrégulières sur le territoire national/européen, un objectif qui induit un coût énorme en termes de violations des droits des personnes migrantes.

En ce sens, le rétablissement des contrôles aux frontières franco-italiennes est intervenu comme élément justificatif de ce « coût humain » et du non-respect des droits des personnes migrantes, dans la mesure où il est conçu comme une mesure exceptionnelle pour faire face à une situation jugée critique.

À la construction de la frontière ou « frontièrisation » s'ajoute le phénomène de construction médiatique et politique de la crise, qui est un autre élément propre à la stratégie européenne de gestion des flux migratoires et qui accentue l'idée d'une zone frontalière où, au nom d'une prétendue exception, il peut y avoir des dérogations arbitraires au droit.

Ainsi, si la violation des droits des personnes migrantes est devenue la routine des pratiques policières frontalières, le respect des procédures prévues pour le transfert des demandeurs d'asile, la possibilité d'introduire une demande en ce sens à la frontière, la mise à l'abri et la prise en charge des personnes vulnérables deviennent l'exception.

Il s'agit bien évidemment des droits de l'Homme, qui imposent de véritables obligations juridiques aux agents des États européens, qui ne sont donc pas appelés à opérer des choix dictés par la morale ou l'humanité, comme en revanche le débat public sur la migration semble vouloir le faire penser.

Les enjeux de politiques migratoires auxquels les États européens et l'Union européenne sont aujourd'hui confrontés et la manière donc ces institutions y font face, semblent dévoiler l'existence d'une crise, plus profonde et difficile à saisir, une crise qui passe inaperçue alors qu'elle est grave et dangereuse : la crise de l'État de droit, d'un modèle juridique et politique fondé sur l'universalité des droits humains, d'une société qui donne à tous les individus « le droit d'avoir des droits³⁵⁴».

La négation des droits humains des migrants aux frontières européennes, qu'il s'agisse ou non de demandeurs d'asile ou de personnes vulnérables, constitue une forme de trahison de l'identité politique et de la culture juridique du continent européen. Celle-ci trouve en effet sa spécificité dans le principe selon lequel la détention subjective des droits et la possibilité que ces droits

³⁵⁴ Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Rome, 2012, pp. 433.

soient activés et défendus par des juridictions indépendantes, constituent une limite insurmontable de l'arbitraire de toute majorité politique.

Dans ce cadre qui constitue le paradigme moderne de l'État de droit, apparu après la deuxième guerre mondiale avec des constitutions rigides qui attribuent des droits politiques, civils et sociaux, le rôle de défendeur ultime de ce principe est attribué aux cours constitutionnelles, qui doivent avoir le pouvoir de créer le droit, de l'adapter aux défis de la contemporanéité, de le faire évoluer en fonction des changements culturels et de système dans le temps.

Loin d'entrer dans le débat sur la constitution européenne, nous nous limitons à observer, en guise de conclusion que la CJUE, tout comme la CEDH, ont souvent essayé de défendre cette tradition juridique, en condamnant clairement les situations dans lesquelles la mise en œuvre des politiques migratoires et du contrôle frontalier a comporté la violation de plusieurs droits affirmés par la Charte de Nice et par la Convention EDH. Néanmoins, la situation aux frontières extérieures et intérieures de l'Union européenne, notamment à la frontière franco-italienne, demeure très problématique.

Au-delà des conséquences de la pandémie de COVID-19 sur ces frontières, en termes d'obligation de présenter des tests négatifs ou l'attestation de vaccination pour pouvoir les franchir, le nombre de migrants, de demandeurs d'asile et de mineurs isolés qui se déplacent à l'intérieur de l'espace Schengen ou qui tentent d'y entrer est en augmentation constante.

Au mois de mai 2021, la question migratoire a réacquis une certaine centralité dans le débat public européen lorsque les arrivées par mer sur le territoire européen se sont intensifiées de manière importante en l'espace de quelques semaines.

Ainsi, lors du sommet du Conseil européen du 24 et 25 mai, le Président du Conseil des Ministres italien Mario Draghi a soulevé la nécessité d'arriver à court terme à avoir un « sous-ensemble de pays qui s'entraident » dans la gestion des migrations.

Selon le chef du gouvernement italien il n'est pas question de prévoir un mécanisme obligatoire de relocalisation, qui verrait l'opposition intransigeante de plusieurs États membres de l'UE, mais de poursuivre la ligne du volontarisme, qui selon le Premier Ministre, a porté ses fruits et qui devrait être discutée lors du Conseil européen du mois de juin 2021.

Ces propos ont trouvé une réponse plutôt ambiguë du Président français Emmanuel Macron, qui a affirmé qu'il « *mentirait s'il disait qu'en juin il y aurait les conditions pour résoudre l'ensemble du dossier, car les désaccords sont encore trop profonds*³⁵⁵ ».

Ainsi, lors des sommets européens sur les questions migratoires, la question de la gestion des frontières extérieures occupe une partie majeure de la discussion, les incidences du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures n'étant pas touchées par les chefs de gouvernements européens.

Comme nous avons eu l'occasion de le montrer, le nouveau pacte de 2020 sur la migration et l'asile ne mentionne pas cette question, qui semble être considéré comme d'importance marginale dans le discours politique en la matière.

Néanmoins, la discussion sur le pacte sur la migration et l'asile pourrait être une occasion unique pour reformer radicalement le droit européen en la matière.

Nous avons montré que le Parlement européen avait pris à plusieurs reprises des positions très nettes sur la nécessité de reformer le RAEC, assumant comme boussole le principe de solidarité, une solidarité formelle et « procédurale » entre États européens. Ceux-ci doivent pouvoir gérer la question migratoire dans un partage réel et équilibré de responsabilités, mais également dans une solidarité substantielle au regard des personnes qui tentent de rejoindre les États européens pour demander une protection internationale.

Seule une approche fondée sur les besoins réels des demandeurs d'asile, ainsi que sur leurs liens réels avec certains États européens, pourrait modifier le visage des politiques migratoires européennes, imbibées aujourd'hui d'une logique purement sécuritaire.

La discussion sur le RAEC devrait également constituer un premier pas vers l'harmonisation des règles sur les conditions d'obtention d'un titre de séjour dans les États de l'UE. Cette autre condition est nécessaire pour avancer sur le plan de l'intégration européenne et pour sortir de l'impasse d'un espace européen hybride, régi par des normes nationales et européennes souvent contradictoires, qui montrent la centralité du rôle des États en la matière.

³⁵⁵ Article de presse, *L'Italie demande qu'un "sous-ensemble" de pays de l'UE s'entraide pour gérer les migrations*, Euractiv, 25/05/2021, en ligne, consulté le 26/05/2021, <https://www.euractiv.fr/section/migrations/news/litalie-demande-quun-sous-ensemble-de-pays-de-lue-sentraide-pour-gerer-les-migrations/>.

Il faudrait sortir, en d'autres termes, de l'ambiguïté de fond qui caractérise l'espace Schengen, que l'on décrit comme étant un espace commun sans frontières et qui, dans la réalité, est un espace divisé en profondeur entre des tensions opposées, révélatrices d'intérêts nationaux concurrents, souvent opposés, apparemment inconciliables.

Dans cet espace, le contrôle frontalier est devenu aujourd'hui un instrument de revendication nationale d'intérêts, un élément de concurrence et de division à l'intérieur de l'espace européen, puisqu'il est conçu comme un outil privilégié de politiques sécuritaires fondées sur la nécessité d'empêcher les entrées sur le territoire national ou européen.

Ces politiques, loin d'être mises en discussion par les États européens, montrent toute la fragilité d'une intégration européenne fondée sur la centralité du rôle des gouvernements nationaux et qui ne parvient pas à créer des mécanismes de solidarité entre ces États et allant dans le sens des droits des personnes migrantes.

Un changement radical de paradigme serait à mettre en œuvre, un changement qui devrait également affecter les mécanismes de prise de décision au niveau européen, ainsi que mener à un nouvel équilibre entre les pouvoirs et les prérogatives des institutions européennes.

Une approche de ce type, fondée sur la méthode communautaire et non sur le consensus intergouvernemental, a été réclamée dans le cadre de la Conférence sur l'avenir de l'Europe, lancée le 9 mai 2021 par le Président du Parlement européen David Sassoli, dans le but de parvenir à un changement des traités fondant l'Union européenne.

Or, s'il est difficile de prévoir l'issue de cette Conférence, il semble peu probable qu'un tel parcours aboutisse à un changement radical des traités, ce qui constituerait néanmoins une révolution dans l'histoire de l'évolution de l'Europe.

La réduction des pouvoirs des États européens dans le cadre d'un équilibre institutionnel fondé en grande partie sur la méthode intergouvernementale, apparaît en effet comme une condition nécessaire pour pouvoir poursuivre le parcours de l'intégration européenne.

La méthode communautaire constituerait en ce sens un terrain institutionnel beaucoup plus fertile pour l'affirmation réelle du principe de solidarité, cette « utopie nécessaire » qui pourrait contribuer à recoudre les fractures sociales alimentées par les inégalités et la peur de l'étranger³⁵⁶.

Pour que la solidarité puisse définitivement pénétrer les dynamiques sociales de la contemporanéité, elle doit être néanmoins libérée de sa dimension politique et morale et doit être considérée comme un fait juridique.

En 1916, Rosa Luxemburg écrivait que la crise de la solidarité mettait en danger la tenue de la démocratie et des principes de liberté et égalité et proposait un choix entre le socialisme et la barbarie. *Mutatis mutandis*, on pourrait affirmer aujourd'hui que nous nous trouvons face à un dilemme similaire, un dilemme entre la solidarité et la fin de l'État de droit. Comme le disait le philosophe allemand Jürgen Habermas, « *seule la solidarité peut nous libérer de la haine entre pays créanciers et pays débiteurs, ce qui est à la base de la crise actuelle de l'Union européenne*³⁵⁷ ».

Cette solidarité devrait inspirer ainsi l'idée d'une société cosmopolite, qui semble être la seule solution juridique aux questions transnationales comme les migrations, qui interrogent la société contemporaine.

Cette idée, qui devrait se traduire en une citoyenneté cosmopolite ou supranationale, a des racines théoriques et philosophiques très anciennes³⁵⁸. Elle n'a néanmoins toujours pas trouvé de concrétisation historique.

Ainsi, comme pour les autres utopies de l'histoire de l'humanité, l'idée d'une société cosmopolite fondée sur la centralité des droits universels apparaît comme un horizon qui se déplace et s'éloigne à chaque tentative de s'en rapprocher, mais qui, en même temps, indique une direction

³⁵⁶ Stefano Rodotà, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Laterza, Rome, 2014, pp. 144 ; Agnes Heller, *Paradosso Europa*, Ed. Castelvecchi, Rome, 2017, pp. 140.

³⁵⁷ Jürgen Habermas, *Démocratie, solidarité et crise européenne*, Revue Projet, vol. 339, n. 2, 2014, pp. 240-273.

³⁵⁸ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, 1795, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2013, pp. 58.

précise à suivre, afin de construire une société dans laquelle, pour le dire avec les mots de Hannah Arendt, « *le droit à l'humanité soit garanti par l'humanité elle-même*³⁵⁹ ».

³⁵⁹ Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace & co., San Diego, 1951, pp. 576.

Bibliographie

Ouvrages

- Bruno Accarino, *Rappresentanza*, Il Mulino, Bologne, 1999, pp. 184;
- Giorgio Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Turin, 1995, pp. 225;
- Peter Andreas, *Border Games : Policing the U.S.-Mexico Divide*, Ithaca, Cornell University Press, 2001, pp. 224;
- Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace & co., San Diego, 1951, pp. 576;
- Etienne Balibar, *Les frontières de la démocratie*, La Découverte, Paris, 1992, pp. 276;
- Etienne Balibar, *The infinite contradiction*, Yale French Studies, 1995, pp. 123;
- Etienne Balibar, *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'Etat, le peuple*, La Découverte, Paris, 2001, pp. 324;
- Etienne Balibar, *La proposition de l'egaliberté*, Puf, Paris, 2010, pp. 368;
- Etienne Balibar, *Europe, crise et fin?*, Le Bord de l'eau, Paris, 2016, pp. 326;
- Zygmunt Bauman, *Globalization, the human consequences*, Columbia University Press, 1998, pp.144;
- Jean-Michel Belorge, *Le droit d'asile*, LGDJ, Paris, 2013, pp. 264;
- Seyla Benhabib, *The right of others. Aliens, residents and citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 251;
- Pierre Berthelet, *Le paysage européen de la sécurité intérieure*, Peter Lang, Bruxelles, 2009, pp. 573;
- Didier Bigo, *Polices en réseaux, expérience européenne*, Presses de Sciences Po, Paris, 1996, pp. 358;
- Rogers Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, pp. 288;
- Giuseppe Campesi, *Il controllo delle nuove classi pericolose. Sottosistema penale di polizia ed immigrati*. Quaderni de l'Altro diritto, 2009;
- Sabino Cassese, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati ?*, Il Mulino, Bologne, 2016, pp. 130;
- Robert Castel, *La montée des incertitudes. Travail, protections, statut de l'individu*, Seuil, Paris, 2009, pp. 464;
- Stephen Castles, Mark Miller, *The age of Migration. International population movements in the modern world*, Palgrave Macmillan, Londres, 2009, pp. 420;
- Louis Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses. À Paris pendant la première moitié du XIX siècle*, Pion, 1958, pp. 562;

- Gérard Conac, Marc Debène, Gérard Teboul, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaire*, Economica, 1993, pp. 365;
- François Crépeau, *Droit d'asile : de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 424;
- Yves Cusset, *Réflexion sur l'accueil et le droit d'asile*, ed. François Bourri, Paris, 2016, pp. 135;
- Paolo Cuttitta, *Segnali di confine, il controllo dell'immigrazione nel mondo-frontiera*, Mimesis, Milan, 2007, pp. 100;
- Paolo Cuttitta, *Lo spettacolo del confine, Lampedusa tra produzione e messa in scena della frontiera*, Mimesis, Milan, 2016, pp. 134;
- Pierre Dardot, Christian Laval, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*. La découverte, Paris, 2010, pp. 504;
- Donatella De Cesare, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Bollati Boringhieri ed., Turin, 2017, pp. 280;
- Martin Deleix, *Aux bords de la démocratie. Contrôle des frontières et politique de l'hospitalité*, Garnier, Paris, 2016, pp. 218;
- Emile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Presses universitaires de France, coll. Quadrige, 1895, 1993, pp. 144;
- Ronald Dworkin, *Taking right seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 371;
- Serge Farot, *Le statut de réfugié en droit international et en droit comparé*, 1987, pp. 100;
- Domenico Fisichella, *Alla ricerca della sovranità. Sicurezza e libertà in Thomas Hobbes*, Carocci ed., Rome, 2008, pp. 218;
- Michael Foucault, *Sécurité, territoire, population et Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1977-78)*, Gallimard/Seuil, Paris, 2004, pp. 434;
- Carlo Galli, *Sovranità*, Il Mulino, Bologne, 2009, pp. 130;
- Céline Guilleux, *L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile face aux enjeux de la « crise des réfugiés » en Méditerranée*, Calenda, 2017, pp. 215;
- Kay Hailbronner, *Immigration and asylum law and policy of the European Union*, Kluwer law international, The Hague, 2000, pp. 561;
- Agnes Heller, *Paradosso Europa*, Ed. Castelvecchi, Rome, 2017, pp. 140;
- Thomas Hobbes, *Leviathan*, Londres, 1691, J. M. Dent & Sons/E. P. Dutton, Londres, 1924, pp. 392;
- Florian François Hopfner, *L'évolution de la notion de réfugié*, ed. Pedone, Paris, 2014, pp. 506;
- Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, 1795, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2013, pp. 58;
- Christian Koppke, *Citizenship and immigration*, Polity Press, Cambridge, 2010, pp. 216;

- Federico Lanzerini, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, 2009, pp. 694;
- Enrico Letta, *Contro venti e maree*, Il Mulino, Bologne, 2017, pp. 156;
- Gérard Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, Paris, 2007, pp. 320;
- Sandro Mezzadra, Brett Neilson, *Border as method, or, the multiplication of labor*, Duke University Press, Durham and London, 2013, pp. 380;
- Franck Moderne, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union européenne*, Economica, Paris, 1997, pp. 174;
- Ruth Nielsen, *The Social Dimension of the European Community*; Handelshøjskolens Forlag, Viborg, 1993, pp. 833;
- Antoine Pécoud, Paul De Guchteneire (dir.), *Migrations sans frontières. Essais sur la libre circulation des personnes*, Unesco, Paris, 2009, pp. 450;
- Markus Perkmann, Ngai-ling Sum, *Globalization, Regionalism and Cross-Border Regions*, Palgrave Macmillan, Londres, 2002, pp. 276;
- Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Rome, 2012, pp. 433;
- Stefano Rodotà, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Laterza, Rome, 2014, pp. 144;
- Marion Tissier-Raffin, *La qualité de réfugié de l'article 1 de la Convention de Genève à la lumière des jurisprudences occidentales*, Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 813;
- Marion Tissier Raffin (dir.), *Le droit d'asile*, Institut universitaire Varenne, 2018, pp. 460;
- Samantha Sabo, *Everyday violence, structural racism and mistreatment at the US-Mexico border*, Elsevier Ltd, 2014, pp. 340;
- Jérémie Veillat, *Les statistiques sur les visas Schengen comme révélateur des enjeux du régime politique des visas de l'Union européenne*, Science politique, 2018, pp. 210;
- Patrick Wachsmann, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 2017, pp. 936;
- Loïc Wacquant, *Les prisons de la misère*, Ed. Raison d'agir, Paris, 1999, pp. 189;
- Christopher Heath Wellman, Philip Cole, *Debating the ethics of immigration : is there a right to exclude?*, Oxford University Press, 2011, pp. 352.

Articles

- Arash Abizadeh, *On the demos and its kin : nationalism, democraticity and the boundary problem*, American political science Review vol. 106 n. 4, 2012, pp. 867-882;
- Lorenzo Bagnoli, *The Mediterranean: why so many deaths at sea in 2016 ?*, Open Migration, décembre 2016, pp. 130-164;
- Alessandro Barone, *Le long été de Vintimille : auto-organisation et criminalisation de la solidarité à la frontière franco-italienne*, Mouvements, n. 93, 2018, pp. 173-179;
- Marie-Laure Basilien-Gainche, *La remise en cause des accords de Schengen*, CERISCOPE Frontières, 2011, pp. 13-26;
- Howard Saul Becker, *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*, Social Forces, vol. 42, 1964, pp. 35-63;
- Andrea Brighenti, *Visibility : a category for the social sciences*, Current Sociology, vol. 55, n.3, 2007, pp. 323-342;
- Evelien Brouwer, *Extraterritorial migration control and human rights: preserving the responsibility of the Eu and its member states*, dans *Extraterritorial Immigration Control*, Koninklijke Brill, 2010, pp. 49-68.
- Allen Buchanan, *Rawls's law of people : rules for a vanished Westphalian world*, Ethics, vol. 110 n. 2, JSTOR, 2000, pp. 697-721;
- Sara Casella-Colombeau, *La frontière définie par les policiers*, dans *Plein droit*, n. 87, vol. 4, 2010, pp. 12- 36;
- Sara Casella Colombeau, *Les chiffres de l'immigration*, dans *Migreurop, Atlas des migrants en Europe, Approches critiques des politiques migratoires*, Armand Colin, Paris, 2017, pp. 1-25;
- Sara Casella Colombeau, *Policing the internal Schengen borders, managing the double bind between free movement and migration control*, *Policing and Society : an International Journal of Research and Policy*, n. 5, vol. 27, 2017, pp. 480-493;
- Sara Casella Colombeau, *Au-delà de l'exception : la routine des contrôles lors des « crises migratoires » de 2011 et 2015 à la frontière franco-italienne*, dans Annalisa Lendaro (dir.), *La crise de l'accueil*, La Découverte, Paris, 2019, pp. 187-208;
- Sara Casella Colombeau, *Crisis of Schengen? The effect of two 'migrant crises' (2011 and 2015) on the free movement of people at an internal Schengen border*, *Journal of ethnic and migration studies*, vol. 46, 2020, pp. 35-58;
- Monique Chemillier-Gendreau, *La virtualité de la libre circulation*, *Plein droit* n° 36-37, décembre 1997, pp. 8-12;
- Pietro Costa, *La cittadinanza fra Stati nazionali e ordine giuridico europeo : una comparazione diacronica*, dans Gabriella Bonacchi (dir.), *Una costituzione senza Stato*, il Mulino, Bologne, 2001, pp. 289-326;
- Christel Cournil, *La politique de réadmission de l'UE avec les pays tiers : diversification et expansion de l'externalisation des contrôles migratoires*, dans Laurence Dubin (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruylant, 2012, pp. 187-251;
- Paolo Cuttitta, *La "frontièrization" de Lampedusa. Comment se construit une frontière*, *L'Espace politique*, n. 25, pp. 35-50;

- Mathilde Darley, *Le contrôle migratoire aux frontières Schengen : pratiques et représentations des polices sur la ligne tchéco-autrichienne*, Cultures & Conflits, n° 71, 2008, pp. 13-29;
- Enrico Diciotti, *L'immigrazione e lo Stato: una questione morale*, dans *Ragion pratica*, 2016, pp. 577-601;
- Denis Duez, *Libre circulation, contrôles aux frontières et citoyenneté*, Belgeo, 2015, pp. 1 -19;
- Jan Willem Duyvendak, Christophe Bertossi, *Les migrations face au défi identitaire en Europe. Entre mémoire et identité : une crise européenne*, dans Thierry de Montbrial, Dominique David (dir.), *RAMSES 2017 - Rapport annuel mondial sur le système économique et les stratégies*, Malakoff, Dunod, 2016, pp.188-191;
- Luigi Ferrajoli, *La libertà delle persone e il securitarismo: La libertà nell'era del liberismo*, *Questione giustiziana*, n. 2, vol. 3, 2004, pp. 1-12;
- Lorenzo Gabrielli, *Réurrence de la crise frontalière : l'exception permanente en Espagne*, Cultures & Conflits, n. 99, 2016, pp. 75-98;
- Luca 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* n. 1, pp. 149-155;
- Elsbeth Guild, Didier Bigo, *Schengen et la politique des visas*, dans *Cultures et Conflits, La mise à l'écart des étrangers*, n. 49, 2003, pp. 5-21;
- Elsbeth Guild, Didier Bigo, *Le visa Schengen : expression d'une stratégie de "police" à distance*, dans *Cultures & Conflits, La mise à l'écart des étrangers*, n. 49, 2003, pp. 22-37;
- Jürgen Habermas, *Démocratie, solidarité et crise européenne*, *Revue Projet*, vol. 339, n. 2, 2014, pp. 240-273;
- Catherine Haguenu-Moizard, *La pénalisation du séjour irrégulier en droit européen, en droit français et en droit suisse*, dans Stephan Breitenmoser (dir.), *Schengen et Dublin en pratique*, Dike, Nomos, 2015, pp.169-184.
- Ernest Heynig, *La libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté est instituée définitivement*, *Revue du Marché commun*, n. 120, février 1969, pp. 65-71;
- Julien Jeandesboz, *Au-delà de Schengen Frontex et les contrôles aux frontières de l'Europe*, dans Sabile Dullin, Etienne Forestier-Peyrat (dir.), *Les frontières mondialisées*, La vie des idées, Paris 2015, pp. 75-92.
- Julien Jeandesboz, Polly Pallister-Wilkins, *Crisis, enforcement and control at the EU borders*, dans Anna Lindley (dir.), *Crisis and Migration : Critical Perspectives*, Routledge, Londres, 2015, pp. 115-135;
- Henri Labayle, *Libres réflexions sur la crise de l'espace Schengen*, *Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation*, JSTOR, vol. 99, no. 2, 2016, pp. 95-103;
- Hélène Lambert, *Family Unity in Migration Law : The Evolution of a More Unified Approach in Europe*, dans Vincent Chetail, Céline Bauloz (dir.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Edward Elgar, 2014, pp. 194-215;
- Paul Magnette, *Le régime politique de l'Union européenne*, Presses de Sciences Po, Paris, 2003, pp. 26-34;
- Jean Christophe Martin (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne*, ed. Pedone, 2010;
- Helen Toner, *The Lisbon Treaty and the future of European immigration and asylum law*, dans Loïc Azoulay, Karin De Vries (dir.) *Eu Migration Law: Legal Complexities and political rationales*, Oxford University Press, 2014, pp. 34-61;

Siofra O'leary, *The relationship between Community citizenship and the protection on fundamental rights in Community law*, Common market law review, vol. 32 n. 3, 1995, pp. 519-554;

Davide Petrillo, *Le rétablissement des contrôles aux frontières en Europe. L'espace Schengen et le rôle du Parlement européen*, dans Tony Merguery, Sébastien Platon, Hanneke van Eijken (dir.), *Les élections européennes, 40 ans après, bilans, enjeux et perspectives*, Bruylant, études parlementaires, Luxembourg, 2020, pp. 187-204;

Xavier Philippe, *La liberté d'aller et de venir*, dans Remy Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2018, pp. 383-407;

Sara Prestianni, *Italie, l'urgence au quotidien*, Plein Droit n. 111, décembre 2016, pp.34-48;

Jean-Louis Quermonne, *Citoyenneté et nationalité dans l'Union européenne. Problèmes et perspectives*, dans Paul Magnette (dir.), *De l'étranger au citoyen. Construire la citoyenneté européenne*, De Boeck University, Bruxelles-Paris, 1997, pp. 297-309;

Claire Rodier, *Les grandes étapes de la construction de l'espace européen de Rome à Amsterdam en passant par Schengen*, Plein droit n. 49, 2011, p. 36-41;

Claire Rodier, *Le faux semblant des hotspots*, La Revue des droits de l'homme, n. 13, 2018, pp. 5-32;

Emilio Santoro, *Le antinomie della cittadinanza: libertà negative, diritti sociali e autonomia individuali*, dans Danilo Zolo (dir.), *Cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Bari, 1994, pp. 93-128;

Emilio Santoro, *Democrazia, migrazioni e società multiculturali*, dans Sandro Mezzadra, Maurizio Ricciardi (dir.), *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Ombre Corte, Verona, 2013, pp. 137-155;

Emilio Santoro, *I rifugiati e le nostre categorie di morale, politica, diritto e democrazia*, dans Maria Giulia Bernardini, Orsetta Giolo (dir.), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pise, 2018, pp. 151-178;

Saskia Sassen-Koob, *Towards a conceptualization of immigrant labor*, Social problems, vol, 29 n.1, 1981, pp. 65-85;

Glidas Simon, *Les migrations internationales*, Population et sociétés, n. 382, septembre 2002, pp. 80-113;

Jürgen Storbeck, *La coopération des polices en Europe*, dans *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n.13, 1993, pp.173-182;

Isabelle Taboada Leonetti, *Intégration et exclusion dans la société duale. Le chômeur et l'immigré*, Revue internationale d'action communautaire, vol. 3, 1994, pp. 93-103;

Sandro Rinaudo, *La frontière irrésistible : l'immigration irrégulière des italiens en France après la deuxième guerre mondiale*, dans Migration Société, n. 3, vol.4, 2012, pp. 13-26;

Bertrand Warusfel, *Les notions de défense et sécurité en droit français*, Revue Droit & Défense, n. 94, vol.4, 1994, pp. 11-20;

Frederik Whelan, *Democratic theory and the boundary problem*, dans Roland Pennock, John Chapman (dir.), *Liberal democracy*, New York University Press, New York, 1983, pp. 39-68;

Elton Xhanari, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, Forum di quaderni costituzionali, 2014, pp. 210-245.

Rapports officiels

UNHCR

UNHCR, *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, Rapport d'étude, 2012.

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Les centres pour migrants (hotspots) en Italie soulèvent des questions juridiques*, rapport d'étude, 2016.

Conseil de l'Europe

Conseil de l'Europe, *L'intérêt supérieur de l'enfant, Un dialogue entre théorie et pratique*, rapport d'étude, 2017.

Commission européenne

Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application du titre III (Frontières intérieures) du règlement (CE) n. 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), COM (2010) 554 final

Parlement européen

Parlement européen, *Rapport annuel sur le fonctionnement de l'espace Schengen*, 2017/2256(INI).

Parlement européen, *La réforme du Règlement Dublin III*, rapport d'étude.

Sénat

Sénat, Rapport n.85/2012 de M. Gaëtan Gorce, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 octobre 2012

Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport de la troisième visite des locaux de la police aux frontières de Menton (Alpes-Maritimes)*, rapport d'observation, 2017.

Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport de visite: 4 au 8 septembre 2017 - Rapport de visite des locaux de la police aux frontières de Menton (Alpes-Maritimes) – 2eme visite. Contrôle des personnes migrantes à la frontière franco-italienne*, rapport d'observation, 2018.

Défenseur des droits

Défenseur des droits, Décision 2018-100 du 25 avril 2018 relative à la situation des mineurs non accompagnés interceptés aux points de passage autorisés vers l'Italie.

Rapports d'organisations humanitaires

GISTI, *L'Europe vacille sous le fantasme de l'invasion tunisienne vers une remise en cause du principe de libre circulation dans l'espace « Schengen » ?*, Rapport d'étude, 2011;

AEDH, *Entrée en vigueur de l'accord de réadmission entre l'Union européenne et la République de Turquie : un recul pour les droits des migrants*, 1^{er} octobre 2014;

ASGI, *Le riammissioni di cittadini stranieri a Ventimiglia (giugno 2015). Profili di illegittimità*, Rapport d'étude, 2015;

UNICEF, *Enfants non accompagnés : la protection de l'enfance doit s'exercer aussi à la frontière franco-italienne*, Rapport d'étude, 2016;

Human Rights Watch, *Grèce. Insécurité et insalubrité dans les « hotspots » pour réfugiés*, rapport d'observation, 2016;

Amnesty International, *Grèce. Des réfugiés détenus dans des conditions déplorables*, rapport d'observation, 2016;

Amnesty International, *Hotspots Italy. How EU's flagship approach leads to violations of refugee and migrant rights*, rapport d'observation, 2016;

GISTI, *Accord UE-Turquie, la grande imposture*, Rapport de mission dans les hotspots grecs de Chios et de Lesbos, juillet 2016;

Amnesty International, *Rapport sur les relations entre Italie et Libye*, Rapport d'observation, 2017.

Amnesty International, *Des contrôles aux confins du droit, Violation des droits humains à la frontière avec l'Italie*, rapport d'observation, 2017;

Observatoire des questions humanitaires, *Les politiques migratoires européennes, à la frontière du droit*, rapport d'étude, 2017;

Médecins du Monde, *L'accès aux droits et aux soins des mineurs non accompagnés en France, cadre légal et dysfonctionnements*, rapport d'observation, 2017;

INTERSOS, *Unaccompanied and separated children along Italy's northern border*, Rapport d'étude, 2017;

ANAFE, *Persona non grata. Conséquences des politiques sécuritaires et migratoires à la frontière franco-italienne*. Rapport d'observation, 2019.

Table de la législation

Droit International

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, dite Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, dite Convention de Genève.

Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, dite Convention SOLAS.

Convention des Nations unies sur le droit de la mer de 1979;

Convention Internationale sur la Recherche et le Sauvetage maritime de 1979, dite Convention SAR;

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1986, dite Convention de Montego Bay;

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes;

Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes.

Droit de l'Union européenne

Traité instituant une Communauté Économique européenne, TCEE, 1957;

Traité instituant une Communauté européenne, TCE, 1992;

Traité sur l'Union européenne, TUE, 2007;

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, TFUE, 2007;

Règlement (CEE) n. 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté;

Règlement (CE) n. 1683/95 du Conseil, du 29 mai 1995, établissant un modèle type de visa;

Règlement (CE) n. 574/1999 du Conseil du 12 mars 1999 déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres;

Règlement (CE) n. 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin;

Règlement (CE) n. 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation;

Règlement (CE) n. 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers;

Règlement (CE) n. 2007/2004 du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne;

Règlement (CE) n. 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes;

Règlement (CE) n. 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS);

Règlement (UE) n. 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas;

Règlement (UE) n. 182/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission;

Règlement (UE) n. 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n. 604/2013 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 et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n. 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice;

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;

Règlement (UE) n. 1051/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (CE) n. 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles;

Règlement (UE) n. 399/2016 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;

Règlement (UE) n. 1624/2016 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) n. 399/2016 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n. 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n. 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil;

Règlement (UE) n. 458/2017 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 modifiant le règlement (UE) n. 2016/399 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures;

Règlement (UE) n. 2225/2017 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 modifiant le règlement (UE) n. 399/2016 en ce qui concerne l'utilisation du système d'entrée/de sortie;

Règlement (UE) n. 2226/2017 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée concernant les ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États

membres et portant détermination des conditions d'accès à l'EES à des fins répressives, et modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et les règlements (CE) n. 767/2008 et (UE) n. 1077/2011;

Règlement (UE) n. 817/2019 du 20 mai 2019 portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes de l'UE dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, de l'asile et de l'immigration et modifiant plusieurs règlements;

Règlement (UE) n. 1155/2019 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 portant modification du règlement (CE) n. 810/2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas);

Directive (CE) n. 2001/51 du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la CAAS du 14 juin 1985;

Directive (CE) n. 2002/90 du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers;

Directive (CE) n. 2003/86 du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

Directive (CE) n. 2003/109 du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée;

Directive (CE) n. 2005/85 du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres;

Directive (UE) n. 2008/115 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;

Directive (UE) n. 2011/51 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE;

Directive (UE) n. 2011/95 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;

Directive (UE) n. 2013/32 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;

Directive (UE) n. 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale;

Directive (UE) n. 2014/41 du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale;

Conseil, Instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, 2005/C 326/01.

Communications de la Commission

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 16 septembre 09/2011, *Gouvernance de Schengen, Renforcer l'espace sans contrôle aux frontières*, COM (2011) 561;

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 13 mai 2015, *Un agenda européen en matière de migration*, du 13/05/2015, COM (2015) final;

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 23 septembre 2020, *Un nouveau pacte sur la migration et l'asile*, du 23/09/2020, COM (2020) 609 final.

Recommandations de la Commission

Recommandation (UE) n. 2017/1804 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la mise en œuvre des dispositions du code frontières Schengen relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen;

Recommandation de la Commission du 23 septembre 2020 relative à la coopération entre les États membres en ce qui concerne les opérations effectuées par des bateaux détenus ou exploités par des entités privées aux fins d'activités de recherche et de sauvetage, C (2020) 6468 final.

Droit français

Constitution de 1946, IV^e République;

Constitution de 1958, V^e République;

Code de procédure pénale;

Code de la sécurité intérieure;

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile;

Décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers;

Ordonnance n. 45-2658 du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et portant création de l'Office national d'immigration;

Loi n. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence;

Loi n. 70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie, et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses;

Loi n. 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité;

Loi n. 95-645 du 6 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours;

Loi constitutionnelle n. 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile;

Décret n. 95-304 du 21/03/1995 portant publication de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale

d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 19 juin 1990;

Loi n. 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire;

Loi n. 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile;

Décret n. 2000-923 du 18/9/2000 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République italienne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et douanière, signé à Chambéry le 3 octobre 1997;

Décret n. 2000-652 du 4/7/2000 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République italienne relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière (ensemble une annexe), signé à Chambéry le 3 octobre 1997;

Loi n. 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité;

Ordonnance n. 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile;

Loi n. 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration;

Loi n. 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile;

Loi n. 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la citoyenneté;

Loi n. 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées;

Loi n. 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant;

Loi n. 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie;

Décret n. 2018-1159 du 14 décembre 2018 pris pour l'application de la loi n. 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie et portant diverses dispositions relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière et au traitement de la demande d'asile.

Droit Italien

Constitution de la République Italienne, 1948;

Loi n. 241/90 du 7 août 1990;

Décret législatif n. 286 du 25/07/1998, Texte Unique sur l'Immigration;

Loi n. 47/2017 du 7 avril 2017;

Décret-loi n. 113 du 4/10/2018;

Décret-loi n. 53 du 14/06/20.

Table de la jurisprudence

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28/05/1985, requêtes n. 9214/80, n. 9473/81 et n. 9474/81;

CEDH, *Gül c. Suisse*, 19/02/1996, requête n. 23218/94;

CEDH, *Amuur c. France*, 25/06/1996, requête n. 19776/92;

CEDH, *Sarumi c. Royaume-Uni*, 26/01/1999, requête n. 43279/98;

CEDH, *Shebashov c. Lettonie*, 22/05/1999, requête n. 50065/99;

CEDH, *Sen c. Pays-Bas*, 21/12/2001, requête n. 31465/96;

CEDH, *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays*, 01/12/2005, requête n. 60665/00;

CEDH, *Rodrigues Silva et Hookgamer c. Pays-Bas*, 31/01/2006, requête n. 50435/99;

CEDH, *Ajali et autres c. Royaume-Uni*, 19/02/2009, requête n. 3455/05;

CEDH, *Mengesha Kimfe c. Suisse*, 09/07/2010, requête n. 24404/05;

CEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21/01/2011, requête n. 30696/09;

CEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23/02/2012, requête n. 27765/09;

CEDH, *Jeunesse c. Pays Bas*, 03/10/2014, requête n. 12738/10;

CEDH, *Z.A. et autres c. Russie*, 21/11/2019, requête n. 61411/15;

CEDH, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 21/11/2019, requête n. 47287/15;

CEDH, *M.N. et autres c. Belgique*, 05/05/2020, requête n. 3599/18.

Cour de Justice de l'Union européenne

CJCE, Arrêt de la Cour, n. C-41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, 04/12/1974;

CJCE, Arrêt de la Cour, n. C-30/77, *Régina c. Pierre Bouchereau*, 27/10/1977;

CJCE, Arrêt de la Cour n. C-293/83, *Françoise Gravier c. Ville de Liège*, 13/02/1985;

CJCE, Arrêt de la Cour n. C-197/86, *Steven Malcolm Brown c. The Secretary of State for Scotland*, 21/06/1988;

CJUE, Arrêt de la Cour n. C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli*, 16/04/2010;

CJUE, Arrêt de la Cour, n. C-601/15, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justice*, 15/02/2015;

CJUE, Arrêt de la Cour n. C-638/16, *X. et X*, 07/03/2017;

CJUE, Arrêt de la Cour n. C-444-17, *Préfet des Pyrénées Orientales c. Abdelaziz Arib*, 19/03/2019.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, Décision n. 71-44 DC du 16 juillet 1971, loi relative au contrat d'association du 1^{er} juillet 1901;

Conseil constitutionnel, Décision n. 79-107 DC du 12 juillet 1979, loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales du 29 juin 1979;

Conseil constitutionnel, Décision n. 93-325 DC du 13 août 1993, loi n. 93-1027 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France du 24 août 1993;

Conseil constitutionnel, Décision n. 96-377 DC du 16 juillet 1996, loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire du 22 juillet 1996;

Conseil constitutionnel, Décision n. 98-399 DC du 5 mai 1998, loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile du 8 avril 1998;

Conseil constitutionnel, Décision n. 2010-604 DC du 25 février 2010 loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, du 2 mars 2010;

Conseil constitutionnel, Décision n. 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre.

Cour de Cassation

Cour de Cassation, Chambre civile 2, 28/11/1984 n. 83-14.718.

Conseil d'État

Conseil d'État, n. 350907 du 17 octobre 2012, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFÉ), Comité inter-mouvements auprès des évacués (CIMADE);

Conseil d'État, n. 411575 du 5 juillet 2017, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE), Association Avocats pour la défense des droits des étrangers (ADDE), Comité inter-mouvements auprès des évacués (CIMADE), Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), Syndicat des avocats de France (SAF);

Conseil d'État, n. 415291 du 28 décembre 2017, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE), Comité inter-mouvements auprès des évacués (CIMADE), Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI);

Conseil d'État, n. 440756 du 1er juillet 2020, Mme A... B...;

Conseil d'État, n. 428178 du 27 novembre 2020, Comité inter-mouvements auprès des évacués (CIMADE), Association pour la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles et transsexuelles à l'immigration et au séjour (ARDHIS), Fédération des associations de solidarité avec tou-te-s les immigré-e-s (FASTI), Action des chrétiens pour l'abolition de la torture-France (ACAT-France), Groupe Accueil et Solidarité (GAS), Association Avocats pour la défense des droits des étrangers, Dom'Asile, Service Jésuite des Réfugiés (JRS), Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers, Fédération des acteurs de la Solidarité (FAS), Syndicat des avocats de France (SAF), Syndicat de la magistrature;

Conseil d'État, n. 450879 et 450987 du 23 avril 2021, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE), Association Médecins du monde.

Cour Constitutionnelle (Italie)

Cour Constitutionnelle (Italie), 10/05/2019 n. 112.

Cour Suprême de Cassation (Italie)

Cour Suprême de Cassation (Italie), Sections Unies, 26/05/1997 n. 4674;

Cour Suprême de Cassation (Italie), Section I, 04/05/2004 n. 8423;

Cour Suprême de Cassation (Italie), Section I, 01/09/2006 n. 18941;

Cour Suprême de Cassation (Italie), Section I, 08/11/2007 n. 23352.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	p. 6
1 ^{ere} PARTIE : LE REGIME EUROPEEN DES CONTROLES FRONTALIERS.....	p. 26
1. La liberté de circulation de l'étranger et la nature des frontières européennes.....	p. 29
1.1 Pouvoir de contrôle étatique et liberté de circulation.....	p. 29
1.2 La fragmentation du droit à circuler et séjourner dans l'espace Schengen pour les différentes catégories d'étrangers.....	p. 43
2. La frontière extérieure et les instruments du contrôle.....	p. 56
2.1 Le régime juridique et la « gestion intégrée » des frontières extérieures de l'Ue.....	p. 57
2.2 Une stratégie multiforme de contrôle : de l'externalisation à la question de la recherche et sauvetage maritime	p. 72
5. Le régime juridique des frontières intérieures de l'espace Schengen.....	p. 87
3.1 La portée réelle du principe de l'absence de contrôle.....	p. 88
3.2 Le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen.....	p. 104
4. La réorganisation de la coopération policière au sein de l'espace Schengen.....	p. 115
4.1 Le contenu central des accords de Schengen : les mesures compensatoires à la liberté de circulation et la coopération policière.....	p. 116
4.2 La frontière franco-italienne et l'accord de Chambéry : les pratiques policières entre routine, crise et exceptionnalité.....	p. 127

2eme PARTIE : LES PRATIQUES POLICIERES A LA FRONTIERE FRANCO-ITALIENNE ET LEUR INCIDENCE SUR LES DROITS DES PERSONNES MIGRANTES.....	p.138
1. La frontière franco-italienne dans les années de la « crise ».....	p. 141
1.1 Le contrôle frontalier à la frontière franco-italienne entre militarisation de l'espace et enjeux de politique migratoire.....	p. 142
1.2 La criminalisation de la solidarité comme instrument politique de contrôle.....	p. 152
2. Violations des droits des personnes migrantes dans le cadre des procédures de non-admission.....	p. 166
2.1 Les refoulements informels et les autres pratiques illégales de refoulement.....	p. 167
2.2 La frontière franco-italienne comme lieu de négation des droits des migrants.....	p. 179
3. L'incidence du rétablissement des contrôles sur le droit d'asile.....	p. 188
3.1 Les mouvements secondaires des demandeurs d'asile en Europe.....	p. 190
3.2 L'accès au droit d'asile à la frontière franco-italienne et le refoulement des « dublinés ».....	p. 197
6. Les conséquences des contrôles frontaliers sur les personnes vulnérables.....	p. 209
4.1 La notion de vulnérabilité dans le contexte migratoire en droit de l'Union.....	p. 210
4.2 La non prise en charge des mineurs non accompagnés à la frontière franco-italienne.....	p. 219
Conclusion.....	p. 230
Bibliographie.....	p. 242
Table de législation.....	p. 250
Table de jurisprudence.....	p. 255
Table des matières	p. 258



Davide PETRILLO

Le contrôle des frontières dans l'espace Schengen à la lumière des droits nationaux et européen



Résumé

Les accords de Schengen réorganisent le contrôle frontalier en Europe sur la base de l'affirmation du principe de libre circulation créant un double régime juridique applicable aux frontières intérieure et extérieures. L'augmentation des flux migratoires a comporté le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de plusieurs États membres, dont la France. Cette possibilité de réintroduire les contrôles, prévue par le droit européen, a subi des modifications importantes au cours des années, qui ont renforcé le rôle et les prérogatives étatiques en matière de politiques migratoires et de contrôle frontalier. L'analyse de ces politiques, des ordres juridiques nationaux et européens, ainsi que des pratiques policières mises en œuvre à la frontière franco-italienne, dévoile le caractère sécuritaire du droit de l'espace Schengen. Ces politiques comportent en effet le non-respect quasi-systématique des droits des personnes migrantes, notamment des demandeurs d'asile et des personnes vulnérables. En ce sens ces politiques constituent un symptôme de la crise de l'état de droit, modèle juridique fondé sur l'universalité des droits de l'homme.

Mots-clés : espace Schengen ; contrôle des frontières ; droit d'asile ; pratiques policières ; politiques migratoires ; frontière franco-italienne ; non-refoulement ; droits de l'homme ; état de droit.

Résumé en anglais

Schengen Agreements reorganize border control activities in Europe on the base of the affirmation of the principle of free movement, creating a double legal framework for external and internal borders. The increase of migratory movements involved the reintroduction of controls on several Member States' internal borders, including France. This possibility to reintroduce border controls, deriving from European law, has been the object of several modifications during last years, in order to improve and reinforce national powers and roles in the field of migration policies and border control activities. The analysis of these policies, the study of European and national legal framework and the observation of police practices implemented in Italo-French borders reveal Schengen area law's securitarian approach. These policies involve several violations of migrants', asylum seekers' and vulnerable persons' human rights. These policies reveal also the crisis of the rule of law, a juridical paradigm based on human right's universality.

Keywords : Schengen area ; border control ; right of asylum; police practices ; migration policies ; Italo/French borders ; non-refoulement ; human rights ; rule of law.