



Frontières

Les frontières européennes

Quand le migrant incarne la limite

par Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE

Professeure de droit public – Université Jean Moulin Lyon 3 –
Membre de l'Institut universitaire de France

Les frontières européennes sont mouvantes et relatives. Elles se déplacent vers les centres, les grandes métropoles qui sont des nœuds de transits, de contrôles, de demandes de régularisation. Elles se déplacent aussi vers les marges, les limites périphériques voire ultrapériphériques qui enregistrent l'augmentation de la pression migratoire. Les frontières sont d'autant plus mouvantes et relatives qu'elles se matérialisent dans les normes : les statuts établis pour les individus sont autant de catégories souvent étanches et inconciliables qui permettent le déploiement de règles particulières, de situations dérogatoires. De telles lignes au-delà desquelles les droits fondamentaux peuvent être restreints interrogent sur la portée réelle des limites que les États européens doivent respecter pour demeurer des États de droit, que l'Union doit respecter pour être une société de droit. La tension entre protection des droits et préoccupations de sécurité se fait jour qui conduit à analyser les distorsions entre une société de normes et des situations d'exception..

INTRODUCTION

L'Union européenne (UE) et ses États membres peuvent être regardés comme une communauté libérale qui, depuis le traité d'Amsterdam (art. 6 §1), s'affirme fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de l'État de droit. Alors que la Charte des droits fondamentaux de l'UE adoptée en 2000 remplace le terme de « principes » par celui – moins juridique et plus problématique – de « valeurs », de nouvelles références sont ajoutées qui manifestent l'attachement de la société européenne à la dignité humaine, à l'égalité, à la solidarité (al. 2 du préambule de la Charte). Et le traité de Lisbonne complète la description, en caractérisant l'Union et les États qui la composent par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, l'égalité entre les femmes et les hommes (art. 2 du Traité de l'UE). De telles valeurs définissent les frontières démocratiques et politiques, déterminent les limites législatives et constitutionnelles, qu'une communauté libérale en général, que la société européenne en particulier, ne sauraient franchir, ne sauraient violer, sans affecter ses principes essentiels, sans renoncer à ses fondements existentiels. Toutefois, selon une acception plus première, plus traditionnelle, les frontières de l'UE et de ses États membres renvoient aux contours géographiques, physiques, de leur territoire terrestre, maritime et aérien. Il s'agit alors de considérer les bornes au-delà desquelles l'exercice des compétences des États et de l'Union s'éteint, les lignes au-delà desquelles la portée des normes nationales et européennes disparaît. Or, les frontières politiques, axiologiques (qui correspondent au terme anglais *limits*) et les frontières géographiques, territoriales (qui renvoient au terme anglais *borders*) entretiennent des relations complexes, paradoxales, dialectiques.

Cela ressort tout particulièrement à l'étude des politiques européennes d'immigration et d'asile qui se sont développées à partir de la reconfiguration

de l'espace européen que la suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen a occasionnée dans les années 1990, puis que l'élargissement de l'Union à douze nouveaux États membres a intensifiée dans les années 2000. Le contexte a ainsi mené les États et l'Union à vouloir renforcer la surveillance de leurs frontières extérieures, donc le contrôle de leur franchissement par des ressortissants d'États tiers. Des efforts ont été menés en vue d'une harmonisation des règles applicables en matière de régulation de l'immigration du travail, d'encadrement du regroupement familial, de lutte contre l'immigration clandestine, de reconnaissance de la protection internationale. Ce faisant, la distinction s'est affirmée entre nous – composant la communauté libérale que constitue l'ensemble européen – et eux – relevant du reste de la société internationale. Certes, le sentiment que nous avons d'appartenir à un même corps politique national, voire à une même société européenne, repose en partie sur un principe juridique fondamental, à savoir le principe de souveraineté en vertu duquel l'État définit de façon discrétionnaire les règles d'appartenance à la communauté nationale et détermine l'opposition binaire entre national et étranger. Pour Paul Ricœur, « ce pouvoir discrétionnaire est pour nous rassurant et conforte la certitude de savoir ce à quoi nous appartenons, à défaut de savoir qui nous sommes »¹. En effet, parce qu'il est difficile de trouver l'unité dans la diversité qui fait l'Europe, la tentation est grande de fantasmer la clôture sur soi pour éviter de s'interroger sur ce que l'on est réellement², quitte à déliter une identité européenne qui ne veut pas/ne peut pas se définir positivement³.

Dès lors la distinction entre nous et eux voit dangereusement se greffer sur elle l'opposition entre ami et ennemi⁴, les ressortissants de pays tiers étant appréhendés non comme ceux qui ont besoin de notre hospitalité mais comme ceux qui suscitent notre hostilité. L'Union et ses États membres développent en effet des politiques d'immigration qui sont conçues sous le prisme déformant de la préoccupation sécuritaire, sont abordées sous l'angle de la lutte contre l'immigration irrégulière, qui apparaît au demeurant étrangement rattachée à la lutte contre le crime organisé et contre la menace terroriste⁵. Au fil de l'adoption des normes européennes et de leur application par les États nationaux, les voies de l'immigration régulière vers l'UE se sont resserrées. Ce sont en particulier les exigences imposées aux ressortissants de pays tiers pour l'obtention d'un visa et les difficultés opposées pour l'acquisition de titres de transport qui les conduisent à s'orienter vers les voies irrégulières d'immigration, à s'aventurer sur des parcours migratoires périlleux et incertains⁶. Parmi ces routes dangereuses, figurent celles qui traversent la Méditerranée où périssent nombre de migrants⁷, où persistent à se risquer nombre de réfugiés provenant de Syrie, d'Afghanistan, d'Irak, d'Érythrée, de Somalie, du Soudan, du Nigeria, de Centrafrique⁸. Qu'il s'agisse des bouleversements qui ont fait suite au Printemps arabe ou des déstabilisations qui ont ébranlé le Moyen-Orient et l'Afrique subsaharienne, notamment à raison des attaques perpétrées par des organisations terroristes, les crises sont graves qui poussent les individus au déracinement. Contraints de quitter leur pays, de fuir les persécutions, ils se dirigent vers une Europe qu'ils s'imaginent un havre de paix et de prospérité

où ils espèrent trouver refuge, où ils aspirent à demander asile.

Or, les États européens ne s'avèrent pas tous les terres d'accueil qu'ils prétendent être⁹. À la crise humanitaire qui sévit à leurs portes, ils répondent par la décision de mener des opérations militaires de destruction des bateaux des passeurs libyens¹⁰. À l'afflux des réfugiés qui se dirigent vers eux, ils opposent une gestion managériale des mouvements migratoires qui concourt à rendre ineffectifs les droits fondamentaux des personnes migrantes¹¹. Surveiller (les frontières) et éloigner (les migrants)¹²: telle est l'orientation prise par les politiques européennes d'immigration qui ont constitué un banopticon, dont Didier Bigo

(1) P. Ricœur, *Étranger, moi-même*, in *L'immigration, défis et richesses*, Bayard, 1998. 93.

(2) D. Duez, *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, coll. « Études européennes », éd. Univ. Bruxelles, 2008. 109-115.

(3) M.-L. Basilien-Gainche, *Les États face à la quête identitaire européenne*, in M. Fatin-Rouge Stéfanini, A. Levade, V. Michel et Rostane Mehdi (dir.), *L'Identité à la croisée des États et de l'Europe. Quels sens ? Quelles fonctions ?*, Bruylant, 2015. 207-222.

(4) C. Schmitt, *La notion de politique – Théorie du partisan*, coll. « Champs classiques », Flammarion, 2009. 323 ; J. Freund, *L'essence du politique*, Sirey, [1965], 4^e éd., Dalloz, 2004, 867 p.

(5) A. Triandafyllidou, *Irregular Migration in Europe : Myths and Realities*, Londres, Ashgate, 2012.

(6) *Amnesty International, Lives Adrift. Refugees and Migrants in Peril in the Central Mediterranean*, 2014 ; M.-L. Basilien-Gainche, *Les boat people de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ?*, *Rev. dr. homme*, 2016, n° 9 (URL : <https://revdh.revues.org/1838>).

(7) Les chiffres publiés par l'UNHCR estiment à quelque 25 000 le nombre de migrants morts en Méditerranée durant les 20 dernières années : 2 000 en 2012, 2 000 en 2013, 3 270 en 2014, 3 770 en 2015, 5 000 en 2016. *Refugees/Migrants Emergency Response – Mediterranean* (<http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>) ; v. *International Organisation of Migrations, Missing Migrants Project* (<https://missingmigrants.iom.int>) ; D. Bigo, *Death in the Mediterranean Sea. The Results of the Three Fields of Action of EU border controls*, in Y. Jansen, R. Celikates et J. de Bloois, *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe*, Rowman, 2014. 55-71 ; T. Spijkerboer, *Wasted Lives. Borders and the Right to Life of People Crossing Them*, *Nordic Journal of International Law*, 2017, n° 1, p. 1-29.

(8) Quelque 51 millions de personnes ont subi un déplacement forcé en 2013, 60 millions en 2014, 65 millions en 2015. Sont ainsi comptabilisés 40,1 millions de déplacés internes qui n'ont pas pu sortir du territoire de leur État national ; 21,3 millions de réfugiés qui sont parvenus à franchir les frontières de leur État national ; et 3,2 millions des demandeurs d'asile qui ont pu déposer une demande de protection internationale dans un État tiers. UNHCR, *Global Trends. Forced Displacement in 2015*, Genève, HCR, 2016.

(9) D. Lochak, *L'Europe, terre d'asile ?*, *Rev. dr. homme*, 2013, n° 4 (<http://revdh.revues.org/401>).

(10) Décis. 2015/778 du Conseil (PESD), 18 mai 2015 ; *European External Action Service, EUNAVFOR MED (operation SOPHIA). Six monthly Report 22 June to 21 dec. 2015*, 29 janv. 2016 ; v. S. Blockmans et G. Faleg, *EU Naval Force EUNAVFOR MED sets sail in Troubled Waters*, CEPS, 26 juin 2015.

(11) M.-L. Basilien-Gainche, *La norme et l'exception. L'effectivité en péril du droit d'asile en Europe*, *Annuaire du droit de l'Union européenne* 2013, 2015. 3-31.

(12) M.-L. Basilien-Gainche, *Leave and Let Die. The EU Banopticon Approach of Migrants at Sea*, in V. Moreno-Lax et E. Papastavridis, *Boat Refugees and Migrants at sea : A Comprehensive Approach Integrating Maritime Security in Human Rights*, Brill, 2016. 327-350.

a exposé les caractères et les composantes¹³, et dont Elspeth Guild a montré la validité concernant le traitement européen du droit d'asile¹⁴. Si les États européens cherchent de façon pour le moins paradoxale à se protéger de ceux qui ont besoin de protection¹⁵, ce n'est pas seulement en élevant des barrières et des barbelés ; c'est également en instaurant une catégorisation des individus (I) que permet une technologisation des méthodes de leur gestion (II)¹⁶. La nature des frontières s'en trouve altérée¹⁷. Les frontières deviennent personnelles : elles correspondent au statut administratif appliqué à l'individu, et se montrent légales, normatives ; elles permettent de suivre l'individu de son lieu de départ à son lieu d'arrivée, et se révèlent virtuelles, électroniques. Et la question se pose de savoir si l'UE et ses États membres n'en viennent pas à franchir les frontières axiologiques que leur imposent de respecter les lois fondamentales (conventionnelles ou constitutionnelles), n'en viennent pas à affecter les exigences de garantie des droits fondamentaux des individus au nom du contrôle des frontières géographiques.

I. – DES FRONTIÈRES LÉGALES, NORMATIVES : LE PRINCIPE DE CATÉGORISATION

La différenciation entre nationaux et étrangers semble relever de l'évidence. Pourtant, elle est récente¹⁸. Surtout, loin de reposer sur des considérations objectives et constantes, elle découle des normes nationales, de la conception de la population nationale qu'elles développent, de la détermination des politiques publiques qu'elles poursuivent, autrement dit des positionnements affirmés par les gouvernants à un moment donné qui sont par nature mouvants et contingents¹⁹. Or, la distinction entre *insiders* et *outsiders* de la société européenne est particulièrement perceptible aux frontières, entendues dans leur acception traditionnelle et donc géographique. Là, aux points de passage frontaliers²⁰, les documents d'identité permettent aux autorités nationales de distinguer entre ressortissants nationaux et ressortissants d'États tiers. À cette classification de base, s'en ajoute une autre : celle entre les étrangers désirables – ressortissants de pays tiers que l'UE et ses États membres souhaitent attirer à raison de leurs ressources financières, sociales, intellectuelles – et les étrangers indésirables – ressortissants de pays tiers dont les sociétés européennes cherchent à prévenir la venue tant elles se sentent assiégées par la pauvreté de ces migrants démunis²¹. Cette différenciation est effectuée en amont des frontières géographiques de l'Europe, dans les consulats des États membres où déposent leurs demandes de visas les ressortissants des États tiers qui ont l'obligation d'en disposer pour entrer sur le territoire d'un État membre de l'espace Schengen²². Car, en application des articles 78 et 79 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), une harmonisation des pratiques des États européens a été opérée en matière de différenciation entre étrangers : au moyen de

la politique des visas²³ ; au moyen encore leur classification en de multiples catégories correspondant à différents statuts (A) qui emporte leur hiérarchisation (B).

A – Les cadres de la catégorisation : de la multiplicité à la variabilité

Si le principe de la catégorisation caractérise de manière constante les politiques européennes d'immigration, les classifications qui en découlent se montrent quant à elles non seulement multiples mais également variables, qui évoluent au gré des réformes successives. C'est ainsi une typologie comprenant quelque onze différentes catégories elles-mêmes divisées en sous catégories que Didier Bigo, Elspeth Guild et Rob B. J. Walker proposent²⁴. Parmi les ressortissants de pays tiers se trou-

(13) D. Bigo, *Globalized (in)Security : the Field and the Ban-opticon*, in D. Bigo et A. Tsoukala (dir.), *Terror, Insecurity, and Liberty. Illiberal practices of Liberal Regimes after 9/11*, Abington, Routledge, 2008. 10-48 ; v. égal. N. de Genova, B. Neilson et W. Walters, Foucault, *Migrations, Borders, Materiali Foucaultiani*, 2013, vol. 2, n° 3, p. 149-213 ; V. Jabri, *Violence and Exceptionalism in Contemporary Politics : War, Liberty, Security*, in D. Bigo, E. Guild et R. B. J. Walker (dir.), *Europe's 21st Century Challenge – Delivering Liberty*, Surrey, Ashgate, 2010. 237-251.

(14) E. Guild, *From Persecution to Management of Populations : Governmentality and the Common European Asylum System*, *Nijmegen Migration Law Working Papers Series*, 2012/04.

(15) M.-L. Basilien-Gainche, Union européenne et demandes de protection : le renversement des maux, in J. Fernandez et C. Laly-Chevalier, *Droit d'asile. État des lieux et perspectives*, Pedone, 2015. 33-42.

(16) L'approche générale exposée ici a été employée pour étudier l'approche par les *hotspots* dans M.-L. Basilien-Gainche, *Mécanique des flux migratoires et conception utilitariste des droits*. L'approche par les *hotspots* sous examen, *Rev. dr. homme*, 2017, n° 11, dossier Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché, p. 138-157.

(17) M.-L. Basilien-Gainche, *The European Union Edges. Borders as Ways or Walls ?*, *The Journal of Territorial and Maritime Studies*, vol. 2, n° 1, janv. 2015. 97-117 ; UNHCR, *Global Trends. Forced Displacement in 2015*, Genève, HCR, 2016.

(18) G. Noirielle, *État, nation et immigration. Vers une histoire du pouvoir*, Belin, 2001.

(19) F. Julien-Laferrrière, *Droit des étrangers et principe d'égalité*, in J.-Y. Carlier (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruylant, 2010. 247-260.

(20) Règl. CE n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, art. 2, sous 8), et art. 4, dernièrement remplacé par Règl. UE n° 2016/399 du Parlement européen et du Conseil, 9 mars 2016.

(21) D. Lochak, *Face aux migrants : État de droit ou état de siège ?*, Paris, Textuel, 2007. 81.

(22) Règl. CE n° 539/2001 du Conseil, 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, qui fait l'objet de régulières mises à jour.

(23) Règl. CE n° 1683/95 du Conseil, 29 mai 1995, établissant un modèle type de visa ; Règl. CE n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil, 13 juill. 2009, établissant un code communautaire des visas.

(24) D. Bigo, E. Guild et R. B. J. Walker, *The Changing Landscape of European Liberty and Security*, in D. Bigo, E. Guild et R. B. J. Walker (dir.), *op. cit.*, p. 1-30.

vant à l'extérieur de l'espace Schengen, il y a ceux qui n'ont pas déposé de demande de visa parce qu'ils n'en ont pas besoin ou n'en ont pas les moyens, et ceux qui ont fait une demande de visas dits « Schengen » – à savoir d'un visa type C pour un court séjour (moins de trois mois), d'un visa de transit aéroportuaire, d'un visa de transit, ou d'un visa à validité territoriale limitée²⁵ – ou une demande d'un visa type D pour un long séjour (plus de trois mois)²⁶. Quant aux ressortissants de pays tiers se trouvant sur le territoire de l'un des États membres de l'espace Schengen, différentes catégories permettent de classer leur situation : il y a ceux qui disposent d'un statut de résident (autorisation permanente de dix ans, autorisation de séjour de cinq ans, autorisation provisoire de séjour) ; ceux qui détiennent pour des raisons professionnelles, familiales, touristiques, une autorisation de long séjour de plus de trois mois ou une autorisation de court séjour de moins de trois mois, qu'il leur faille pour ce faire disposer d'un visa type C ou non ; ceux qui bénéficient de la protection internationale ou de la protection subsidiaire ; ceux enfin qui sont en situation irrégulière.

Or, à la multiplicité des situations juridiques que peuvent connaître les étrangers au regard des normes européennes, répondent la diversité des statuts administratifs qui leur sont assignés et partant la variabilité des droits dont ils peuvent se prévaloir. Le droit au regroupement familial²⁷, pourtant reconnu comme fondamental²⁸, se révèle ainsi relatif, en ce que sa portée dépend de la catégorie à laquelle le migrant est rapporté. Pour prétendre au bénéfice du droit au regroupement familial, les migrants doivent disposer d'un statut de résident temporaire valable pour au moins un an et d'une perspective raisonnable d'obtenir le statut de résident permanent²⁹. Toutefois, alors que les migrants économiques faiblement qualifiés ne peuvent se prévaloir d'un tel droit³⁰, ceux qui sont hautement qualifiés n'ont pas à remplir les conditions énoncées pour en bénéficier³¹. En outre, si les bénéficiaires du statut de réfugié peuvent demander le regroupement des membres de leur famille, tel n'est pas le cas des bénéficiaires de la protection subsidiaire qui ne disposent que d'une autorisation temporaire de séjour, ce qui instaure une hiérarchisation entre les migrants s'étant vu accorder l'asile³². La catégorisation, loin de garantir la clarté, complexifie donc le champ des politiques d'immigration³³. Bien plus, en instaurant de multiples statuts, en établissant des frontières administratives, elle instaure une hiérarchisation entre ressortissants de pays tiers pour d'autant plus critiquable que la classification des migrants dans l'une des catégories établies résulte d'une décision discrétionnaire pouvant devenir arbitraire.

B – Les effets de la catégorisation : de la discrétion à la hiérarchisation

La dimension subjective de la détermination de la catégorie à laquelle un étranger est rattaché, par conséquent du statut qui lui est applicable et des droits dont il peut se prévaloir, induit en effet une hiérarchisation des critères de classification et donc des ressortissants de pays tiers. Les statuts administratifs applicables aux étrangers, qui s'inscrivent dans une arbores-

cence structurée selon des ramifications linéaires, s'accordent mal à la complexité des parcours de vie, qui se développent selon des cheminements marqués par les contingences. Appréhender un migrant selon des alternatives simples (économique ou humanitaire, étudiant ou travailleur, saisonnier ou qualifié, etc.) emporte une segmentation simpliste de l'histoire d'une personne qui peut en réalité relever successivement, voire simultanément, de ces différentes catégories. La situation d'une personne devant être rattachée à une catégorie et réduite à un statut, sa réalité est décomposée, ses composantes sont hiérarchisées, les hiérarchies sont établies, en appliquant des critères qui s'avèrent certainement métajuridiques et politiquement sensibles. On peut ainsi se demander pourquoi la situation de l'étranger à l'égard du marché du travail est regardée de manière prioritaire par rapport à sa situation à l'égard de sa famille. La réponse ne peut être évidemment trouvée que dans les positions politiques posées par les gouvernants quand bien même ils ne les assument guère. Chacune des étapes conduisant à la détermination du statut applicable à l'étranger emporte en effet des choix qui ne sauraient être simplement objectifs. Le critère de la condition d'intégration offre une illustration paradigmatique de l'emprise du discrétionnaire, voire de l'arbitraire, dans l'appréhension du migrant par le droit et l'administration³⁴.

(25) CJUE, gr. ch., 7 mars 2017, aff. C-638/16 PPU, *X.X. c/ Belgique* ; AJDA 2017. 497 ; D. 2017. 570 ; v. concl. av. gén. P. Mengozzi, 7 févr. 2017 ; J.-Y. Carlier et L. Lebœuf, Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ?, GDR ELSJ, 20 févr. 2017 ; V. Moreno-Lax, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law, EU Migration Law Blog, part I*, 16 févr. 2017, et part II, 24 févr. 2017.

(26) Les conditions de demande, d'examen et d'octroi des visas de long séjour dépendent des seules normes nationales.

(27) Dir. n° 2003/86/CE du Conseil, 22 sept. 2003, relative au droit au regroupement familial.

(28) CJCE, 11 juill. 2002, aff. C-60/00, *Carpenter*, § 42 ; AJDA 2002. 1122, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *ibid.* 2003. 1038, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2003. 597, obs. M. Sousse ; RSC 2003. 156, obs. L. Idot ; RTD eur. 2003. 489, chron. C. Prieto.

(29) Dir. n° 2011/98/UE établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre.

(30) Dir. n° 2014/36/UE établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier.

(31) Dir. n° 2005/71/CE relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique ; Dir. n° 2014/66/UE établissant les conditions d'entrée de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un transfert temporaire intragroupe ; Dir. n° 2009/50 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'emploi hautement qualifié.

(32) Cette hiérarchisation est accentuée par la directive n° 2011/51/UE qui étend la possibilité de se voir accorder un permis de séjour de longue durée aux seuls bénéficiaires de la protection internationale.

(33) M. Tackle, *The Treaty of Lisbon and the European Border Control Regime, Journal of Contemporary European Research*, vol. 8, n° 3, 2012. 280-299.

(34) V. note page suivante.

Compartmentation des statuts applicables et différenciation des droits invocables engendrent et consacrent une distinction entre les migrants désirables et les migrants indésirables³⁵. L'opposition entre immigration choisie (celle des travailleurs qui répondent à une pénurie de main-d'œuvre affectant soit des métiers très durs et peu rémunérés, soit des postes requérant de hautes qualifications) et immigration subie (celle des étrangers qui tendent à se prévaloir du bénéfice de leurs droits au regroupement familial ou à la protection internationale) atteste, dans les discours, de la discrimination opérée dans les politiques. Pourtant, l'immigration choisie ne l'est pas, car imposée par les besoins du marché du travail; l'immigration subie ne l'est pas tant par les États que par les migrants eux-mêmes qui sont contraints de quitter leur pays pour fuir les persécutions, pour échapper aux menaces pesant sur leur sécurité et leurs libertés, pour se préserver de la famine et de l'exploitation³⁶. Or, les différenciations politiques, les frontières symboliques, entre désirables et indésirables, se voient justifiées par une assimilation des migrants prétendument indésirables à des clandestins potentiellement criminels³⁷, à des individus à risque contre lesquels tendent à se prémunir nos communautés qui ne sont plus des sociétés du risque³⁸ mais de la peur³⁹. Une telle appréhension du risque renvoie en fait à une construction politique des peurs qui se cristallisent autour des frontières, frontières légales et normatives, frontières administratives et politiques. Or les procédures de catégorisation s'appuient sur un recours aux nouvelles technologies⁴⁰.

II. – DES FRONTIÈRES VIRTUELLES, ÉLECTRONIQUES : LA PRATIQUE DE TECHNOLOGISATION

La technologisation du contrôle des frontières et de la gestion des étrangers a paru adaptée aux exigences de l'identification, de la surveillance, et de l'éloignement dans un contexte complexifié par les phénomènes de globalisation des flux et des risques. Elle a renforcé l'efficacité de la catégorisation des migrants, en donnant les moyens aux autorités de définir rapidement le statut applicable; elle a intensifié la réactivité de l'identification de la menace, en offrant aux autorités la possibilité de consulter les informations recueillies dans les différentes bases de données et de les croiser grâce à l'interopérabilité des systèmes. L'espace de liberté, de sécurité et de justice s'est doté des moyens lui permettant de procéder à une surveillance constante des frontières et à un filtrage permanent des migrants: caméras de vidéo-surveillance; intégration de puces dans les visas; stockage des données biométriques; lecteurs de puces numériques; mise en réseau des différentes bases de données; etc. De la sorte, les frontières sont devenues intelligentes⁴¹: elles se déploient et se développent sur un mode réticulaire à l'instar d'un système nerveux⁴², tant et si bien qu'elles permettent de surveiller un individu et de retracer son itinéraire depuis son point de départ dans son pays d'ori-

gine jusqu'à son point d'arrivée sur le territoire d'un État européen. Les frontières de la société européenne exercent ainsi un empire sur l'espace que l'Union et ses États veulent soumettre à leur contrôle, espace qui s'inscrit au cœur de leur territoire pour s'étendre bien au-delà (A). Or cette toile dématérialisée, qui permet d'exercer la surveillance des flux migratoires et d'opérer la détection des migrants indésirables, exerce aussi une emprise sur les individus qui en viennent à intérioriser la frontière (B).

A – L'empire de la technologisation : de la dématérialisation à la suspicion

Tous les aspects du contrôle des frontières se nourrissent des nouvelles technologies, qu'il s'agisse de surveiller les franchissements des frontières, de conduire des opérations de

(34) Selon l'art. 4 § 1 de la directive n° 2003/86/CE, « lorsqu'un enfant a plus de 12 ans et arrive indépendamment du reste de sa famille, l'État membre peut, avant d'autoriser son entrée et son séjour au titre de la présente directive, examiner s'il satisfait à un critère d'intégration prévu par sa législation ». Cette disposition trouve sa justification au point du 12 du préambule du texte : « La possibilité de limiter le droit de regroupement familial pour les enfants de plus de 12 ans dont la résidence initiale n'est pas chez le regroupant, vise à tenir compte de la faculté d'intégration des enfants dès le plus jeune âge et garantit qu'ils acquièrent l'éducation et les connaissances linguistiques nécessaires à l'école ». Pourtant, l'intégration est entendue de manière négative comme une obligation à la charge du migrant, en l'espèce un mineur non accompagné qui devrait bénéficier d'une attention particulière au nom de la considération prioritaire de l'intérêt supérieur de l'enfant. Bien plus, il est légitime de s'interroger sur les modalités selon lesquelles est appréciée ladite faculté d'intégration. V., M.-L. Basilien-Gainche, Principe d'intégration et pouvoir de l'Union, n° spéc. Principe d'intégration sociale de la personne en droit de l'Union européenne, Rev. aff. eur., 2013. 715-727.

(35) E. Blanchard, Les indésirables. Passé et présent et d'une catégorie d'action publique, dans GISTI, Figures de l'étranger. Quelles représentations pour quelles politiques ?, éd. du GISTI, 2013. 16-26.

(36) E. Terray, Une autre politique d'immigration est-elle possible ?, Projet, 2013, n° 335, p. 67-73; P. Rygiel (dir.), Le bon grain et l'ivraie. La sélection des migrants en Occident 1880-1939, Paris, Aux Lieux d'être, 2006; A. Spire, Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France 1945-1973, Grasset, 2010.

(37) Ainsi les demandeurs d'asile sont regardés non comme des personnes persécutées sollicitant une protection, mais comme des fraudeurs cherchant à contourner les exigences posées par les normes d'immigration. V., A. Tsoukala, *Looking at migrants as enemies*, in D. Bigo et E. Guild (dir.), *Controlling Frontiers, Free Movement Into and Within Europe*, Surrey, Ashgate, 2005. 161-190.

(38) U. Beck, *Risk Society. Toward a New Modernity*, Londres, Sage, 1992.

(39) F. Furedi, *Culture of Fear. Risk Taking and the Morality of Low Expectation*, Londres, Continuum, 1997; B. Glassner, *The Culture of Fear. Why Americans are Afraid of the Wrong Thing ?*, New York, Basic Books, 1999; A. Ceyhan, *Policing by Dossier : Identification and Surveillance in an Era of Uncertainty and Fear*, in D. Bigo & E. Guild (dir.), *op. cit.*, p. 209-232.

(40) J. Huysmans, *The politics of Insecurity. Fear, Migration and Asylum in the EU*, Londres, Routledge, 2006.

(41) Commission européenne, Frontières intelligentes : options et pistes envisageables, COM(2011) 680, 25 oct. 2011.

(42) C. Arbaret-Schulz, La question du continu et du discontinu à l'épreuve de la dimension technique des sociétés, in A. Frédéric et A. Génin (dir.), Continu et discontinu dans l'espace géographique, PU François Rabelais, 2008. 409-416; O. Clochard, Le contrôle des flux migratoires aux frontières de l'UE s'oriente vers une disposition de plus en plus réticulaire, Carnets de géographes, 2010.

renseignements, d'élaborer des analyses de risques, d'assurer la coopération entre les autorités impliquées (douanes, police, justice, défense, etc.), de coordonner les activités des instances européennes, des États membres et des pays voisins. Flux de personnes et flux d'informations se trouvent en effet gérés par de multiples bases de données à caractère personnel : système d'information Schengen, Eurodac, *Visa Information System*, *European Electronic System of Travel Authorisation*, *European Border Surveillance System*, devraient se voir adjoindre le programme d'enregistrement des voyageurs RTP⁴³ et le système entrée/sortie EES⁴⁴, dans le cadre des propositions de règlement composant le paquet législatif « frontières intelligentes »⁴⁵. Parce que la surveillance des frontières et de leur franchissement repose ainsi sur des procédés qui emploient des données électroniques et des communications digitales, elle n'est plus contrainte ni par les positionnements géographiques, ni par les considérations temporelles. Les informations sont collectées tout au long du parcours du migrant, afin d'être vérifiées, comparées, exploitées, à tout moment par toute autorité participant du contrôle des frontières européennes : dans les consulats où sont examinées les demandes de visa ; dans les zones d'intervention des opérations coordonnées par Frontex avec parfois la collaboration d'autres agences européennes (Europol, Eurojust, EASO), voire d'autorités de police d'États tiers ; dans les postes frontières qui se situent aux points de passage entre les territoires des États tiers ; dans les postes qui se trouvent aux points de passage des frontières terrestres, maritimes, et aériennes de l'espace Schengen ; dans tout point du territoire d'un État européen⁴⁶.

Or ces bases de données, dont l'interopérabilité et l'interconnexion sont assurées, peuvent être utilisées non seulement pour contrôler les frontières et gérer les flux migratoires, mais également pour détecter les individus à risque et lutter contre les activités criminelles⁴⁷. En effet, les services de police et de renseignement tant nationaux qu'europeens ont la possibilité d'accéder aux données conservées dans de telles bases, aux fins de lutte contre le crime organisé et le terrorisme⁴⁸. Aussi peuvent-ils consulter les empreintes digitales des demandeurs d'asile collectées dans la base Eurodac⁴⁹, et pourraient-ils faire de même des données dactyloscopiques des voyageurs enregistrés dans le RPT. Certes, un tel accès des services de police et de renseignement aux données des migrants est soumis à la satisfaction de certaines conditions afin de garantir sa nécessité et sa proportionnalité. Reste que sa possibilité même tend à instaurer implicitement un rapprochement entre migrants et criminels, entre migration et criminalité. La migration est suspectée, criminalisée⁵⁰. La technologisation ne marque donc pas seulement son empire dans l'espace, de telle sorte que les frontières virtuelles de la société européenne vont au-delà et en deçà des limites territoriales des États de la zone. Elle exerce également une emprise sur les individus, dont les données personnelles font l'objet d'une surveillance continue. Les frontières de la société européenne ne sont plus géographiques et physiques qui reproduisent les contours territoriaux de l'espace européen ; elles sont désormais globales et immatérielles qui s'incarnent dans les individus contrôlés. L'étranger est la frontière.

B – L'emprise de la technologisation : de la prédiction à l'intériorisation

Ce réseau de systèmes de bases de données, qui permet de détecter et de tracer les migrants, compose un système discret qui vise à évincer les indésirables le plus en amont possible. Les frontières ne peuvent plus être regardées comme des lignes de partage, mais doivent être appréhendées comme des maillages de surveillance qui sont difficilement perceptibles parce qu'hétérogènes. Les nouvelles technologies sollicitées sont multiples ; les autorités appelées à les employer sont nombreuses ; les procédures d'utilisation définies au niveau national dans le cadre établi au niveau européen sont diverses. Il en résulte une grande complexité et une certaine invisibilité des processus de recueil, d'exploitation, d'archivage, de conservation des données, par conséquent des modalités de contrôle des frontières et de gestion

(43) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un programme d'enregistrement des voyageurs, COM(2013) 97 final, 28 févr. 2013.

(44) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un système d'entrée/sortie pour l'enregistrement des entrées et sorties des ressortissants de pays tiers franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, COM(2013) 95 final, 28 févr. 2013 ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant établissement d'un système d'entrée/sortie (EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées et aux sorties des ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne ainsi que les données relatives aux refus d'entrée les concernant, portant détermination des conditions d'accès à l'EES à des fins répressives et portant modification du règlement (CE) n° 767/2008 et du règlement (UE) n° 1077/2011, COM(2016) 194 final, 6 avr. 2016.

(45) J. Jeandesboz, D. Bigo, B. Hayes et S. Simon, *The Commission's Legislative Proposals on Smart Borders : their Feasibility and Costs*, Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, 2013.

(46) J. Jeandesboz, Logiques et pratiques de contrôle et de surveillance des frontières de l'UE, in A. Sherrer, P.-É. Guittet et D. Bigo (dir.), *Mobilités sous surveillance*, Montréal, Athéna, 2010. 146-164 ; *EU Border Control : Violence, Capture and Apparatus*, in R. Celikates, J. de Bloois et Y. Janssen (dir.), *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2014. 87-102.

(47) D. Bigo et E. Guild, *The Transformation of European Border Controls*, in B. Ryan et V. Mitsilegas (dir.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010. 257-278.

(48) S. Preuss-Laussinotte, L'élargissement problématique de l'accès aux bases de données européennes en matière de sécurité, *Cultures & conflits*, 2009, n° 74, p. 81-90.

(49) Règl. UE n° 603/2013, 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 (...) 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 (refonte).

(50) J. P. Stumpf, *The Crimmigration Crisis : Immigrants, Crime and Sovereign Power*, *American University Law Review*, 2006, vol. 56, p. 367-419 ; *Crimmigration : Encountering the Leviathan*, in S. Pickering et J. Ham (dir.), *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*, Londres, Routledge, 2014. 237-240 ; V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Londres, Springer, 2015.

des migrations. Pour rendre compte de ce mode de contrôle des frontières, de cette nouvelle nature des frontières européennes, Ayse Ceyhan⁵¹ propose d'employer le concept foucauldien de « dispositif » en ce qu'il inclut les discours, les techniques, les technologies, les mesures, les projets, les plans, les modèles⁵², ou bien le modèle du « rhizome » exposé par Gilles Deleuze et Félix Guattari en ce qu'il met l'accent sur la dimension réticulaire et dissimulée des mécanismes⁵³. Or ces derniers conduisent à faire de l'étranger la frontière : l'individu est extrait de sa situation physique par les techniques biométriques et les bases de données, est synthétisé par l'agrégation dématérialisée des éléments de son profil, est inséré dans les flux des informations en circulation, l'objectif étant de comparer ses caractéristiques à celles préétablies des individus supposés à risques⁵⁴.

Les questions sont nombreuses que pose la réduction de l'individu nécessairement complexe à un élément virtuellement simplifié d'une catégorie prédéterminée. Quelle est l'effectivité de la protection des données personnelles dans un contexte le plus souvent régi par le « secret-défense »⁵⁵ ? Quelle est la validité des critères permettant aux autorités de construire des profils de dangerosité et d'indésirabilité ? Quelle est la légitimité de l'usage de ces systèmes au regard des objectifs poursuivis ? De telles interrogations sont d'autant plus sensibles que la fonction prédictive du dispositif de contrôle des frontières et de gestion des migrants pose en elle-même problème. En effet, il ne s'agit pas d'anticiper un risque en le prenant en compte dans la conception et l'application des politiques publiques⁵⁶ ; il s'agit d'envisager une menace qui ne répond pas aux exigences d'actualité et de réalité imposées par la jurisprudence. Les profils de personnes à risques composent en effet des dangers qui sont modelés moins à partir de faits avérés et d'intentions démontrées qu'à partir de peurs figurées et de périls fantasmés. Or ces derniers en viennent à être intériorisés par les migrants qui se voient, qui se vivent, comme la frontière. Face à l'employé du consulat qui examine la demande de visa, face au personnel de la compagnie aérienne qui effectue le contrôle avant l'embarquement, face à l'agent de la police des frontières qui opère les vérifications lors du franchissement des points de passage, l'étranger se présente en ayant intériorisé le fait qu'il va être examiné ou interrogé dès lors qu'il se représente comme indésirable. Et le ressortissant de pays tiers de s'engager dans un procès de justification, dans un processus de confession, afin de montrer qu'il ne constitue pas de risque pour le pays dans lequel il espère pouvoir entrer et séjourner, afin de montrer qu'il peut faire partie de la société européenne.

CONCLUSION

Fluides, mobiles, virtuelles, intelligentes, normatives, administratives, politiques, électroniques, virtuelles, globales, immatérielles, intériorisées, les qualificatifs à appliquer aux frontières européennes sont multiples. Mais peut-être les frontières sont-elles plus simplement, plus essentiellement, symboliques. Pour les Européens, elles permettent de créer une communauté imaginée, de cristalliser une identité maîtrisée. Pour les étrangers, elles

constituent moins la ligne imaginaire entre intérieur et extérieur que la barrière discriminante entre inclusion et exclusion. Les frontières seraient donc bien les traits de différenciation entre nous et eux. Reste qu'il conviendrait de ne pas regarder les autres comme ceux que nous ne sommes pas, qu'il conviendrait de les regarder comme « ceux dont le plus souvent on ne se distingue pas soi-même et parmi lesquels on se trouve aussi », car « le monde auquel je suis est toujours un monde que je partage avec d'autres, parce que l'être-au-monde est un être-au-monde-avec » pour reprendre les termes de Martin Heidegger⁵⁷. Or, les politiques d'immigration qui se conçoivent et se conduisent à la faveur de sédimentations de catégorisations viennent empêcher par essence la mise en œuvre d'un commun, d'un vivre ensemble ; elles viennent déliter l'ontologie libérale de notre société. Car maintenus qu'ils sont dans les limbes de leurs droits, retenus qu'ils demeurent dans les interstices de nos sociétés (dans *The Land Between*⁵⁸, entre le dehors et le dedans, voire dans des au-dehors situés des au-dedans de nos sociétés), les migrants manifestent combien les valeurs universelles sur lesquelles l'UE et ses États membres se révèlent fragiles et relatives. 

(51) A. Ceyhan, Les technologies européennes de contrôle de l'immigration : vers une gestion électronique des « personnes à risque », *Réseaux*, n° 159, 2010. 131-150 ; *Surveillance as Biopower*, dans K. Ball, K. D. Haggerty et D. Lyon (dir.), *The Routledge International Handbook of Surveillance Studies*, Londres, Routledge, 2012. 38-45.

(52) Le dispositif est défini comme « un ensemble résolument hétérogène comportant des discours, des institutions, des aménagements architecturaux, des décisions réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques, des propositions philosophiques, morales, philanthropiques ; bref, du dit aussi bien que du non-dit, voilà les éléments du dispositif. Le dispositif lui-même, c'est le réseau qu'on établit entre ces éléments [...] par dispositif, j'entends une sorte – disons – de formation qui, à un moment donné, a eu pour fonction majeure de répondre à une urgence » (M. Foucault, *Dits et Écrits*, 1954-1988, vol. III, Gallimard, 1994. 299).

(53) G. Deleuze et F. Guattari, *Mille Plateaux*, Les Éditions de Minuit, 1980. 9-38.

(54) A. Ceyhan, *Technologization of Security : Management of Uncertainty and Risk in the Age of Biometrics, Surveillance & Society*, vol. 2, n° 5, 2008. 102-123 ; Le corps comme site de recherche de la manière absolue dans l'ère de la modernité réflexive, in C. Lobet-Maris et N. Grandjean (dir.), *Corps et technologies. Penser l'hybridité*, Peter Lang, 2013. 131-154.

(55) Eurojust, *Foreign Terrorist Fighters : Eurojust's Views on the Phenomenon and the Criminal Justice Response – Fourth Eurojust Report*, 1/R/2016 RESTRICTED, nov. 2016, rendu public par Statewatch, « *Restricted Eurojust report highlights use of intelligence in terrorism court cases across the EU* », 27 mars 2017. Ceci est bien évidemment à mettre en résonance avec les décisions de la Cour de Luxembourg prohibant de manière absolue la conservation des données (CJUE, gr. ch., 8 avr. 2014, aff. jtes C-293/12 & C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd & Michael Seitzinger e.a.* ; v. M.-L. Basilien-Gainche, Une prohibition européenne claire de la surveillance électronique de masse, in *Rv. dr. homme, Actualités Droits-Libertés*, 14 mai 2014 (<http://revdh.revues.org/746>) et la collecte des métadonnées (CJUE, gr. ch., 21 déc. 2016, aff. C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB c/ Post-och telestyrelsen*, AJDA 2016. 2466 ; D. 2017. 8 ; Dalloz IP/IT 2017. 230, obs. D. Forest ; Rev. UE 2017. 178, étude F.-X. Bréchet ; v. J.-P. Foeugle, L'État de surveillance au régime sec : la CJUE renforce la prohibition de la surveillance « de masse », *Rev. dr. homme, Actualités Droits-Libertés*, 8 févr. 2017 (<http://revdh.revues.org/2966>).

(56) U. Beck, *Risk Society. Toward a New Modernity*, Londres, Sage, 1992.

(57) M. Heidegger, *L'être et le temps*, Gallimard, 1964. 150.

(58) Film documentaire de D. Fedele, 74 min, 2014 (<http://thelandbetweenfilm.com>).