



HAL
open science

Les frontières, entre logique territoriale et logique personnelle

Jean Matringe

► **To cite this version:**

Jean Matringe. Les frontières, entre logique territoriale et logique personnelle. Etat(s) des Frontières, pp.133-144, 2017, 10.3917/come.094.0133 . hal-02784800

HAL Id: hal-02784800

<https://hal.science/hal-02784800>

Submitted on 11 Jun 2020

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.

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON - SORBONNE

Sous la direction de

ETIENNE PATAUT

Etat(s) des Frontières

PERSPECTIVES INTERNATIONALES
N°37

IREDIES



PARIS 1

ECOLE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORBONNE

LES FRONTIERES, ENTRE LOGIQUE TERRITORIALE ET LOGIQUE PERSONNELLE

JEAN MATRINGE

Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Voilà avec la frontière, une notion aussi vieille que l'Etat et le droit international qui, après avoir connu de nombreuses significations, fonctions et régimes variant pour chaque Etat au cours des siècles, constitue à nouveau un enjeu majeur tant dans le système international qu'au sein des Etats¹, connaissant une tension entre consolidation et affaiblissement. D'un côté, quitte à changer de nature et de contours, les frontières qui en sont les manifestations singulières se multiplient, se déplacent, se renforcent et sont de plus en plus invoquées, y compris en matière économique où l'on a trop vite dit qu'elles avaient disparu. D'un autre côté, il s'agit de pointer leur affaiblissement, leur porosité ou leur contournement, voire de les rejeter avec l'ordre international dont elles sont un des symboles. On pense notamment à Daech quand il remplissait les conditions d'avènement de l'Etat mais ne revendiquait pas cette qualité et entendait jouer à un autre jeu que celui du système international en particulier en termes de frontières². On songe de manière plus générale aux crises qui agitent un grand nombre d'Etats des Proche et Moyen Orient et touchent l'Afrique saharo-sahélienne.

Tout se passe cependant dans le monde du droit comme s'il fallait passer par une analyse « classique » pour réfléchir à la frontière. Par contraste, nous fûmes parfois assez loin aujourd'hui des frontières « classiques » des relations internationales qui constituent des séparations entre des territoires étatiques³, ainsi que des frontières « classiques » du droit international public qui délimitent

¹ Voir notamment M. FOUCHER, *L'obsession des frontières*, Perrin, nouvelle éd. revue et augmentée, 2012, 240 p.

² Voir K. BENNAFLA, « Tournant frontalier au Maghreb et au Moyen-Orient », *Confluences Méditerranée*, n° 94, 2015, pp. 133-144. DOI : 10.3917/come.094.0133, p. 139 : « Là réside sans doute l'une des particularités du discours de Daech, à savoir de cibler directement les frontières en tant que symbole du colonialisme et de l'impérialisme, et d'entreprendre leur démantèlement » ; p. 143 : « Ennemi déclaré des frontières stato-nationales, l'Etat islamique a été le plus loin dans la contestation des frontières en démantelant *de facto* la frontière syro-irakienne et en se référant, à travers la proclamation du califat, à un autre ordre territorial, celui des empires omeyyade (660-750) et abasside (750-1258), symboles d'un âge d'or mythique ».

³ Voir J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, « Frontière », 2001, 1198 p., spéc. p. 520, définitions 1 A-D.

des souverainetés ou champs de validité territoriale d'ordres juridiques étatiques. Dans ces deux approches, les frontières se manifestent essentiellement désormais par des « lignes » où chaque Etat opère les contrôles qu'il estime nécessaires sur les mouvements à direction de son territoire ou en provenance de celui-ci à direction d'autres territoires étatiques ou internationaux.

Nos jeunes doctorants auraient-ils succombé à un effet de mode ? Il y a peut-être de cela, mais pas seulement. En effet, à la suite de nouvelles réflexions sur la frontière dans d'autres disciplines académiques⁴, certaines branches du droit se sont mises à revisiter ce vieux concept. Il ne s'agirait toutefois pas tant de rejeter cette vénérable institution de la frontière ou de la confiner dans l'histoire qu'essayer d'embrasser sous ce vocable – car personne ne semble en avoir trouvé un dans la langue française qui serait meilleur en compréhension – non seulement la vieille institution, mais également tout un ensemble de phénomènes juridiques (et non juridiques) plus ou moins récents qui s'en distingueraient mais sans y être tout-à-fait étrangers car tous participeraient, d'une manière ou d'une autre, à quelque chose de commun qu'il s'agirait simplement de déterminer.

Les « classiques » pourront être chagrinés ; nous n'avons pas nous-mêmes été convaincus par toutes les acceptions du terme frontière entendues aujourd'hui, voyant ici où là des étirements qui, nous semble-t-il, font perdre à la notion de frontière le minimum de signification qu'elle doit avoir pour pouvoir être opératoire.

Il reste que cela fait maintenant trop longtemps que la définition est remise en cause, que les frontières font l'objet d'emplois et de manifestations très divers pour qu'on n'essaie pas de découvrir ce qui se passe derrière ces mouvements de la frontière. Il reste également que la vision classique est fondamentalement occidental-centrée et n'a jamais permis l'intelligence d'autres types d'institutions, parfois plus anciennes que les frontières classiques et ayant survécu à l'apparition de celles-ci, entre entités politiques organisées, y compris des Etats, qui ne connaissaient pas ces dernières mais étaient fondées sur des rattachements plus personnels que territoriaux et ne se sont adaptées que très difficilement à l'imposition de celles-ci par l'Occident⁵. Même dans leur région de naissance, les frontières ne remplissent que très imparfaitement la fonction que l'approche classique leur attribue ; la frontière, censée délimiter les confins d'un territoire étatique et de la normativité censée y coller, ne cesse de se redessiner, empruntant notamment des mécanismes qui ne coïncident pas avec la définition classique mais pourraient relever d'une acception plus compréhensive de la frontière.

⁴ Voir notamment D. FASSIN (dir.), *Les nouvelles frontières de la société française*, Paris, La Découverte, 2012, 608 p. ; A.-L. AMLHAT-SZARY, *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, Paris, PUF, 2015, 142 p.

⁵ Voir, de manière générale, B. BADIE, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, CNRS Éditions, 2014, 282 p. Concernant plus particulièrement l'Afrique, voir entre autres, G. ABRAHAM, « 'Lines upon Maps' : Africa and the Sanctity of African Boundaries », *African Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, 2007, pp. 61-84 ; A. DIAGANA, « Territoires, souverainetés et frontières », *Hommes et migrations*, n° 1304, 2013, pp. 103-109 (<http://hommesmigrations.revues.org/2653>).

Il est en effet plus difficile que jamais de savoir ce qu'est une frontière, le vocabulaire variant en outre, on le sait, selon les langues et plusieurs expressions étant utilisées pour tenter d'en mesurer la réalité, entre la « frontière-ligne », la « frontière-zone » (ou « zone frontière » ou encore « zone tampon »), la « frontière épaisse », les « marches » de l'Empire ou encore les frontières « mobiles » de l'Afrique précoloniale⁶, sans parler des démarcations administratives au sein des empires coloniaux qui devinrent des frontières internationales tout comme les délimitations des zones d'influence de ces empires. Espace de projection vers l'extérieur dans la logique impériale, la frontière se serait muée en espace de protection avec la partition du monde en Etats. En réalité, même dans ce contexte, la frontière semble régulièrement changer de fonction entre lieu d'échange et de clôture. Disons peut-être que si le dosage varie dans le temps, elle a toujours pour objet de bloquer certains mouvements tout en assurant la fluidité d'autres. Mais cela est trop court ; l'objet de la frontière a évolué ; il fallait donc réexaminer le mot et la chose.

Or, il semble possible d'établir une certaine convergence entre la doctrine classique et certaines nouvelles significations présentées ici ou là dans diverses branches du savoir juridique et non juridique, qui permettent peut-être de déceler ce que serait ou signifierait aujourd'hui la frontière. Pour ce faire, il faut d'abord réinterroger la portée territoriale de la frontière puis insister sur sa portée également personnelle trop souvent occultée. Car on croit que c'est en embrassant ces deux dimensions qu'on a le plus de chances de la cerner dans sa diversité juridique.

I. PORTÉE TERRITORIALE DE LA FRONTIÈRE

Tout le monde s'accorde à dire que la frontière est une délimitation, une séparation ou un filtre de nature territoriale en ce sens qu'elle s'inscrit elle-même sur un espace terrestre qui distingue deux territoires juridiques. Il convient cependant de réexaminer cet accord et de souligner la tension que la frontière connaît entre déterritorialisation et reterritorialisation.

A. Sur la territorialité de la frontière

Pendant un long temps, la réponse à la question de savoir ce que la frontière délimitait en droit ne posait guère de difficulté en raison du ralliement des juristes à l'identification du territoire et du champ de validité des ordres juridiques étatiques ; la frontière délimitait en même temps un territoire et un ordre juridique étatique qui coïncidaient⁷. Cependant, cette identité n'a jamais reflété la réalité juridique.

⁶ Sur ces notions, voir notamment, C. COQUERY-VIDROVITCH, « Frontières africaines et mondialisation », *Histoire@Politique*, n° 17, 2012, pp. 149-164. DOI : 10.3917/hp.017.0149, § 22 et s. sur la cohabitation africaine entre frontière-ligne et frontière-zone. Voir également S. DULLIN, *La frontière épaisse. Aux origines des politiques soviétiques (1920-1940)*, Paris, EHESS, 2014, 360 p.

⁷ Dans un sens proche : P. DAILLIER, M. FORTEAU, N. QUOC DIN, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, 1722 p., § 298 : « La frontière moderne est une ligne séparant des espaces territoriaux où s'exercent deux souverainetés différentes ».

D'une part, il n'y a pas identité entre le territoire d'un Etat et le champ de validité de son ordre juridique. Les Etats donnent très souvent une portée extraterritoriale à leur droit ; ils restreignent également le champ de certaines de leurs règles à des parties seulement de leur territoire créant différents statuts et régimes juridiques dans le chef des personnes qui se trouvent sur celui-ci. De ce double mouvement résulte l'existence d'une pluralité d'ordres normatifs d'origine étatique qui ne coïncident pas nécessairement avec les territoires étatiques. Désirant garder leur liberté de procéder ainsi, les Etats n'ont jamais entendu faire régir par le droit international leur compétence de légiférer sur ce qui est en deçà ou au-delà de leurs lignes frontières⁸.

Avec le temps, on a assigné à la frontière le rôle plus modeste – mais toujours d'ordre territorial – de technique de distribution du pouvoir étatique de contrainte. On se rappelle à ce sujet la fameuse affaire du *Lotus* dans laquelle la CPJI distingua le pouvoir des Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors de leur territoire, admis sauf norme contraire par le droit international, du pouvoir d'exercer sa puissance sur le territoire d'un autre Etat qui est quant à lui exclu sauf règle permissive contraire⁹.

Cependant, la frontière ne démarque plus non plus des pouvoirs étatiques de contrainte : tandis que les lignes frontières restent géographiquement les mêmes, les pouvoirs opérationnels des Etats s'en émancipent de plus en plus. On s'en aperçoit de manière spectaculaire aujourd'hui en matière migratoire où la distinction des droits applicables et les contrôles frontaliers se situent de moins en moins sur les lignes juridiques de délimitation des territoires étatiques pour se mouvoir à l'intérieur ou à l'extérieur de celles-ci.

La frontière est ainsi de moins en moins cette « ligne » de démarcation entre deux territoires où se manifesteraient des souverainetés ou pouvoirs de contrainte étatiques exclusifs pour devenir un espace non strictement délimité et même en partie dématérialisé où sont exercées des mesures de contrainte exprimant le pouvoir de l'Etat.

Ce phénomène s'est accru avec la dernière mondialisation apparue dans les années 1980 couplée à la révolution technologique. On assiste en effet à une sorte de déterritorialisation du monde économique, social et humain qu'a accompagnée une sorte de déterritorialisation du droit et de la frontière. Cela ne signifie pourtant pas la fin des Etats ni de leurs frontières, car un mouvement contraire de reterritorialisation se développe que beaucoup d'observateurs considèrent comme paradoxal mais ne l'est pas.

⁸ Notons d'autre part que certains ordres normatifs juridiques sont « déterritorialisés » en ce sens qu'ils ne sont rattachés à aucun territoire comme le droit international public ou un certain nombre de droits traditionnels et coutumiers africains. Il en résulte la possibilité d'existence d'un ordre juridique sans frontières même s'il est dans une certaine mesure spatialisé.

⁹ *Lotus*, 7 septembre 1927, *Rec. CPJI, Série A*, n° 10, p. 4.

B. La déterritorialisation de la frontière

Constatant les limites du contrôle des lignes – ou s’interdisant d’y procéder systématiquement dans l’espace Schengen –, les Etats ont développé des techniques de contrôle de plus en plus sophistiquées de telle sorte que la frontière semble être autre chose qu’une ligne pour (re)devenir une zone¹⁰ ou un espace dont la délimitation est variable et ce, même si la « ligne » reste sa figure centrale.

1. Le déploiement des frontières

Les frontières bougent. Non pas les « lignes » juridiques délimitées par les Etats qui séparent leurs territoires d’autres territoires étatiques ou de territoires internationaux, mais le champ de validité des normes étatiques et l’exercice des mesures de police et de contrôle de leur passage. Cette mobilité des frontières se déploie dans deux sens. Beaucoup de choses qu’on rattache aux pouvoirs juridiques de l’Etat et qui se manifestent traditionnellement sur la ligne se manifestent en effet de plus en plus au-delà et en deçà de celle-ci de sorte que la frontière, au lieu d’épouser la figure linéaire qu’on connaît, se fait réticulaire. Ainsi, en matière migratoire, le contrôle suit le trajet des migrants, commençant dès le début du projet migratoire, sur le territoire des Etats d’origine des migrants, et s’étendant jusqu’à sa fin, sur le territoire de l’Etat de destination. Au lieu d’être une ligne identique pour tous, la frontière se démultiplie, tel un rhizome, en autant de lignes qu’il y a de migrants ou flux de migrants repérés à un moment ou à un autre par l’Etat qui redoute leur arrivée ou en autant de normes qu’il est nécessaire pour « protéger » celui-ci.

a. Au-delà de la ligne

Ainsi, le lieu du contrôle – la frontière policière voire militaire mais toujours juridique – ne cesse de s’éloigner de la frontière-ligne jusque dans le pays d’origine des migrants, parfois même avant tout mouvement de la personne soupçonnée de vouloir migrer.

Les Etats gouvernent ainsi les migrations à distance, soit qu’ils opèrent eux-mêmes soit qu’ils confient ce contrôle à d’autres entités, privées ou publiques (Etat d’origine, de transit, transporteurs, Frontex, etc.). On songe notamment à l’envoi par certains Etats sur le territoire d’autres Etats d’agents de liaison pour déterminer les personnes « risquant » de migrer chez eux. On songe également à la pratique d’octroi des visas sur le territoire de l’Etat de départ des personnes ou encore aux interceptions maritimes y compris jusque dans la mer territoriale des Etats de départ ainsi qu’à l’ordre donné aux transporteurs de vérifier à l’embarquement dans le pays de départ le titre d’entrée des personnes sur le territoire de destination.

¹⁰ En ce sens, dans le cadre européen, H. LABAYLE, « La libre circulation des personnes dans l’Union européenne, de Schengen à Amsterdam », *AJDA*, 1997, pp. 923 et s.

Ce n'est pas un jeu de mot facile de dire que les frontières bougent ainsi car c'est bien le droit et le pouvoir juridique de contrainte de l'Etat qui se déplacent avec cette délocalisation de l'exercice de prérogatives de puissance publique et de missions de service public.

b. En-deçà de la ligne

La distinction des droits applicables et les contrôles se font également à l'intérieur du territoire.

Il s'agit d'une part d'arrêter, enfermer puis expulser les étrangers présents sur le territoire sans autorisation, que ce soit sur les lieux de travail, à la sortie des écoles, à l'occasion de demandes de prestations sociales ou à l'occasion d'un rendez-vous à la préfecture¹¹. Le contrôle, ici encore, n'est pas situé à la frontière-ligne, mais peut être opéré à tout moment à tout endroit du territoire, se caractérisant par un ensemble, là encore réticulaire, de dispositifs.

De même, au sein de l'Europe, les frontières étatiques (migratoires, environnementales, énergétiques) réapparaissent sans que les institutions de l'Union ne puissent ou ne veuillent s'y opposer et les discriminations en son sein se développent comme en atteste le traitement des Roms ou certains discours qui ont pu motiver le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne.

Il s'agit également, ces contrôles ne parvenant à stopper les flux étrangers ou l'Etat acceptant des étrangers, de gérer l'extranéité au sein du territoire de celui-ci. Pour ce faire, alors que nous sommes bien sur le même territoire borné par les frontières lignes, l'Etat va distinguer ce qui est national et ce qui est étranger ou d'origine étrangère et va pour cela établir de nouvelles « frontières », notamment juridiques. Cependant, puisqu'il n'est pas dans ces cas question de distinction territoriale, nous y reviendrons en examinant la portée personnelle de la frontière car c'est de cela que ces « nouvelles » frontières sont le nom.

En somme, les frontières se déterritorialisent en ce sens qu'elles se réalisent en une multitude de points qui sont de moins en moins placés sur la ligne délimitant deux territoires étatiques : consulats, ambassades, haute mer, aéroports internationaux, n'importe quel endroit où les contrôles d'identité peuvent se produire. La frontière se détache en ce sens du territoire qu'elle était naguère censée border ; elle est un espace physique et/ou virtuel. Du point de vue du migrant, en effet, tout se passe comme si la frontière n'était plus une étape de son cheminement, mais le suivait pendant tout son périple, calquant sa géographie sur celle de son mouvement. Dès le début de son périple, il peut rencontrer l'Etat de destination. Ce n'est donc plus le territoire que la frontière démarque mais quelque chose d'autre qui sera, selon les motivations avancées pour justifier ces contrôles, la nation, une identité culturelle ou religieuse ou autre chose ; on y reviendra.

¹¹ Voir Cass. Civ. 1, 6 février 2007, n° 05-10.880, *Bull. civ.* I, n° 53 (Reconduite à la frontière – Légalité de l'interpellation des étrangers en situation irrégulière et convocation à la préfecture – Droit à la liberté et à la sûreté – Traitement « loyal » ou « déloyal »), *RGDIP*, 2008, p. 942, notre note.

2. La dématérialisation des frontières

Les frontières en tant qu'endroits de contrôle se sont également étendues en se dématérialisant grâce aux systèmes informatiques et bases de données (SIS, VIS, PNR), caméras de surveillance, drones, surveillance par satellites, etc.

Elles prennent une forme électronique ou digitale, consistant en un croisement de réseaux de fichiers de données et métadonnées sur les individus, leurs actions, leurs relations et leurs biens (PNR, Eurodac). L'alerte est informatique (même si sa mise en œuvre parfois automatique sera *in fine* matérielle) et circule plus rapidement que les migrants, pouvant les intercepter en plein vol.

Cette dématérialisation se manifeste également, on y reviendra, en techniques qui se réalisent par des actes purement juridiques : reconnaissance ou non d'une relation ou situation constituée à l'étranger, d'une transaction soumise par leurs auteurs à un droit étranger, application ou non d'une loi étrangère, *exequatur* et exécution ou non d'un jugement étranger, etc¹².

C. La reterritorialisation des frontières

Cependant, du point de vue des nationaux, en raison de leur sophistication, de leur déplacement et de leur dématérialisation, ces frontières qui sont pourtant partout apparaissent invisibles et donc inexistantes, disparaissant dans le maelström de la mondialisation et de la globalisation ; les « lignes », frontières traditionnelles, semblent avoir disparu au moment même où presque unanimement, on leur affirme que l'étranger est le plus grand danger auquel ils sont et seront confrontés. Les Etats ont en effet produit une angoisse généralisée de la perte « de la ligne » à laquelle ils ont décidé de répondre en développant et renforçant, à côté des techniques qu'on vient de voir en l'efficacité desquelles ils croient sans preuve, les vieilles techniques de contrôle aux lignes perçues par les populations comme plus efficaces. Si, en réalité, celles-ci ne sont pas plus efficaces pour empêcher l'étranger d'entrer, elles ont du moins pour objet symbolique et d'ordre psychologique¹³ de donner à voir – avec son arsenal policier et militaire – que l'Etat, qui s'est dépouillé d'une grande partie de ses pouvoirs, garde l'ultime ; la « ligne » doit rester un lieu fondamental car elle l'a toujours été dans les imaginaires collectifs. Il en résulte un mouvement vers une nouvelle matérialisation de la frontière, par un renforcement de la « ligne » et des contrôles qui s'y opèrent.

Par un effet faussement paradoxal, donc, la déterritorialisation de la frontière a conduit à une exacerbation de ses manifestations territoriales, le réticulaire a renforcé le linéaire, en particulier pour éviter les mouvements de personnes, notamment entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique, entre la Grèce et la

¹² Voir E. TOURME-JOUANNET, H. MUIR WATT, O. DE FROUVILLE, J. MATRINGE (dir.), *Le droit international et la reconnaissance*, Paris, Pedone, 2016, 370 p.

¹³ Voir A. PÉCOUD, P. DE GUCHTENEIRE, « Introduction : le scénario 'migrations sans frontières' », in A. PÉCOUD, P. DE GUCHTENEIRE (dir.), *Migrations sans frontières. Essais sur la libre circulation des personnes*, Paris, Editions UNESCO, 2009, 384 p., pp. 13-52, spéc. p. 20.

Turquie, entre Israël et le territoire arabe occupé, entre Israël et l'Égypte¹⁴ ou encore entre les enclaves espagnoles de Ceuta et Mellila et le Maroc. Partout, les lignes se renforcent et se militarisent¹⁵ ; des murs, barbelés ou autres clôtures sont érigés à leur emplacement, équipés de moyens technologiques de surveillance particulièrement élaborés (capteurs thermiques, détecteurs de mouvements, vidéosurveillance en plus des classiques projecteurs et miradors) et accompagnés de moyens humains et financiers croissants. Ils ne ferment plus seulement les frontières entre les pays riches dits « d'immigration » et les pays pauvres dits « d'émigration », mais également celles entre pays pauvres et celles entre pays riches comme le montrent la situation européenne actuelle, le renforcement de la frontière entre les États-Unis d'Amérique et le Canada ou encore entre la France et le Royaume-Uni.

Figure étrange que cette reterritorialisation de la frontière qui prétend donner à voir le pouvoir de l'État alors qu'il est un symptôme de sa faiblesse, de son incapacité à contrôler sa frontière¹⁶ ; figure étrange qui n'empêche pas les entrées mais fixe plutôt les étrangers sur le territoire atteint, bloquant sur place une population qui aspirait au retour ou à des aller-retour.

Dans toutes ces configurations, le droit est omniprésent. Une approche compréhensive de la frontière ne fait donc pas échapper celle-ci au droit ni aux territoires ; elle reste quelque chose de juridique qui a à voir avec une ligne territoriale. Mais elle ne s'épuise pas dans ces dimensions. Elle est plus que cela selon ce qu'on veut lui donner comme significations plus profondes, lesquelles rétroagissent avec les manifestations juridiques dont les juristes ne peuvent donc pas rejeter l'analyse au profit d'autres disciplines. D'autant que le droit permet d'appréhender cette dimension non territoriale de la frontière en reconnaissant comme lien entre les individus et les États, non seulement le rattachement territorial, mais également le rattachement personnel¹⁷.

II. PORTÉE PERSONNELLE DE LA FRONTIÈRE

Comment en effet expliquer ce dépassement de la logique spatiale qui fait qu'il ne se passe pas forcément grand-chose sur « la ligne » même si celle-ci est aujourd'hui (ce ne fut pas le cas hier et n'a pas vocation à perdurer) indépassable ?

Là encore en acceptant de voir dans la conception classique de la frontière territoriale un simple élément de quelque chose de plus vaste. Car la frontière n'a jamais eu une portée seulement territoriale, mais a toujours eu également, à des degrés divers, une portée personnelle.

¹⁴ Sur ce point, voir notamment L. ANTEBY-YEMINI, « Les demandeurs d'asile subsahariens en Israël », *Hommes et migrations*, n° 1304, 2013, pp. 67-74 (<http://hommesmigrations.revues.org/2645>).

¹⁵ Voir notamment M. L. MALLET, « La frontière comme symbole de puissance ou de faiblesse ? Le cas de la frontière Mexique-États-Unis, au cœur des discours politiques aux États-Unis », *Hommes et migrations*, n° 1304, 2013, pp. 85-92 (<http://hommesmigrations.revues.org/2650>).

¹⁶ Voir M. L. MALLET, *ibid.*

¹⁷ *Sahara occidental*, avis consultatif du 16 octobre 1975, *CIJ Rec.*, 1975, pp. 12, 41 : « des liens juridiques existent normalement par rapport à des personnes ».

Cela ne saurait étonner puisque la frontière est censée délimiter un Etat qui n'est pas déterminé par l'existence d'un seul territoire, mais également par celle d'une population généralement composée essentiellement de ses nationaux. La frontière délimite donc non seulement des territoires mais aussi des populations (même si la population d'un Etat ne vit pas seulement sur son territoire) que l'Etat à la « responsabilité de protéger ». La frontière est un enclousonnement de personnes sur un espace ; la distinction des ordres juridiques en résulte, non l'inverse. La frontière a pour objet de délimiter cet espace pour mieux marquer une altérité des personnes, mais cette dernière pouvant se manifester d'autres manières que par le franchissement d'une frontière-ligne, la frontière va également opérer différemment.

On le sait, toute société à tendance à se fermer sur elle-même. Cela ne s'est toutefois pas toujours manifesté par une délimitation territoriale et selon le modèle étatique actuel, les allégeances personnelles ayant pu être – et restant en maints endroits – bien plus importantes que le rattachement territorial¹⁸. Ces deux logiques de fermeture (et ouverture) ont toujours été à l'œuvre simultanément et notre conception « classique » essentiellement territoriale, n'a pas abandonné une telle dimension personnelle. On connaît en effet le maintien dans de nombreux pays d'allégeances personnelles ou liens de vassalité.

Il convient cependant ici de distinguer deux choses qui relèvent d'une logique personnelle de la frontière : la « nationalité », bien connue du droit, et l'« identité », qui lui est *a priori* étrangère, même si les techniques juridiques utilisées ne nous paraissent pas être différenciées.

C'est sous cet aspect technique que les références faites aujourd'hui au droit international privé prennent toute leur signification. Celui-ci n'agit pas sur les mouvements des personnes et n'empêche pas un franchissement de la frontière territoriale par les personnes ; il agit en revanche sur la mobilité ou circulation de leur statut ou régime personnel ou des situations qu'ils ont pu créer ou dont ils ont été investis ailleurs, qu'il s'agisse de situations matrimoniales ou familiales comme d'autres plus économiques. Il poursuivra la double fonction classiquement attribuée à la frontière de délimiter, certes non géographiquement, le champ de validité d'éléments créés sur le fondement d'ordres juridiques étatiques étrangers ou la validité sur un territoire de situations juridiques établies en vertu de règles relevant d'un autre système juridique mais appelées à exister dans le cadre du système juridique du for et d'ordonner celui qui existera juridiquement sur le territoire du for et de fonder ou refuser l'exercice d'un pouvoir de coercition.

En particulier, il peut empêcher que des personnes étrangères viennent sur un territoire avec la situation juridique établie dans un autre ordre juridique ou que des nationaux puissent créer une telle situation juridique sous l'empire d'une loi étrangère. Certes, peu importe la nationalité des personnes, mais pas le caractère

¹⁸ Sur ce point, voir notamment B. BADIE, *op. cit.*, *passim* et pour l'Afrique pré-coloniale, G. ABRAHAM, « 'Lines upon Maps' : Africa and the Sanctity of African Boundaries », *African Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, 2007, pp. 61-84, spéc. pp. 72-73.

étranger, non national, de la loi applicable ou du jugement à considérer. On pense, par exemple, au refus de reconnaissance sur le territoire d'une situation, institution ou relation (polygamie, procréation assistée, union du même sexe, répudiation, etc.) qu'on fondera sur une exception d'ordre public car elle heurterait certaines des « valeurs » de la société territoriale exprimées dans son droit national. Cela pourra se faire en refusant de reconnaître une décision étrangère, un jugement étranger ou une loi étrangère ; il s'agit dans tous les cas de rendre juridiquement inefficace dans l'ordre juridique d'un État, concrètement sur son territoire, des produits d'un ordre juridique étranger.

A. *Frontière et nationalité*

Bien que cela ait longtemps été occulté par l'analyse juridique, le droit international a toujours consacré cette portée personnelle de la frontière, étant articulé tout autant sur la nationalité que sur le territoire.

Territoire et nationalité constituent en effet les deux principaux rattachements d'une personne, de ses relations juridiques et de ses activités juridiques, à un ou plusieurs Etats, structures de base du droit international public. Tous deux déterminent l'étendue du pouvoir normateur et de coercition des Etats. Or ces deux rattachements s'entrecroisent. Ainsi, selon sa nationalité, un individu a ou non le droit de traverser une frontière et de rester sur un territoire étatique toute sa vie, quel que soit son comportement¹⁹. De même, le franchissement d'une frontière change son statut, se voit attacher des effets de droit sur sa personne. De même encore, on le sait, le droit étatique applicable ne dépend pas du seul territoire. Ainsi, sur un même territoire les personnes sont soumises à des règles différentes, à raison notamment de leur personne (leur nationalité ou, de plus en plus, leur « origine nationale »).

Or, la frontière fondée sur la nationalité obéit à un régime très distinct de celle fondée sur le territoire puisque s'il est impossible de modifier unilatéralement la seconde, cela est aisé pour la première. Il suffit par exemple d'opérer un changement de dosage entre la part de sang (la part personnelle) et de sol (la part territoriale) exigée pour l'attribution de la nationalité à la naissance ou dans la modification des conditions de naturalisation. De même, les débats sur la déchéance de nationalité en France et ailleurs en Europe ont montré les velléités de l'Etat de rompre un lien purement personnel (à des fins de protection du territoire étatique...) au motif qu'un national serait revenu, à raison d'un crime, sur un lien d'allégeance passé avec l'Etat qui n'entend plus le protéger sur ce fondement. Tout comme l'étranger doit se soumettre au droit de l'Etat territorial sous peine d'être éloigné, certains nationaux doivent se soumettre à la loi nationale sous peine de perdre leur nationalité et les avantages qui y sont attachés (protection de l'Etat, droits politiques et droits relatifs à l'entrée et à la sortie du territoire par exemple).

¹⁹ G. S. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford Univ. Press, 1978, 352 p., spéc. pp. 4-5.

Plus encore, le simple droit de séjour sur le territoire d'un Etat exige de plus en plus de l'étranger qu'il prête une sorte d'allégeance personnelle qu'on croyait révolue à l'Etat d'accueil avec l'imposition de conditions d'intégration et d'engagements à l'égard de celui-ci.

B. Frontière et identité

Les mouvements territoriaux de la frontière qu'on a vus s'appuient également sur de nouvelles revendications de particularismes identitaires de tous ordres au niveau transnational, national ou infranational qui changent la signification de la frontière tout comme son dessin juridique.

Ce sont en effet, et de manière de plus en plus importante, des identités collectives que la frontière sépare.

Ce n'était vraisemblablement pas là une de ses fonctions originelles, mais les Etats européens – qui ont imposé la partition interétatique du monde selon des « frontières lignes » – ont réussi à imposer universellement comme figure de l'Etat celle de l'Etat-nation qui, en principe, fait coïncider une collectivité humaine caractérisée par une certaine culture ou identité avec un territoire. Or, l'avènement de l'« Etat nation » et la construction de récits nationaux fondés sur de prétendues identités collectives forgées dans un territoire ont inscrit ces identités dans la conscience des nationaux²⁰. Le territoire étatique censé, d'après la thèse occidentale dominante, borner le champ de validité d'un « contrat social » et, plus pratiquement asseoir un type d'organisation politique contre des liens antérieurs (personnels, linguistiques, régionaux, impériaux et religieux notamment), est devenu à son tour, sans fondement sérieux autre que politique, le champ de production d'identités collectives appelées « nations » qui n'auraient pu se former et ne pourraient se maintenir qu'en excluant non pas seulement ceux qui ne veulent pas adhérer à ce « contrat » et être « citoyens », mais également ceux qui viennent du dehors de ce périmètre spatial et, pour cette raison, ne pourraient pas, ou beaucoup plus difficilement, participer à la communauté politique « nationale ».

Car la frontière est également un symbole et peut à ce titre épouser des manifestations différentes de la ligne pour prendre d'autres formes politiques, philosophiques, sociologiques, religieuses et même juridiques et, là encore, se déployer au-delà ou en deçà de la « ligne » selon le référent identitaire invoqué, la « nation » n'ayant pas réussi à taire les autres. On pourra alors considérer comme frontières les processus qui distinguent les uns des autres à raison de leur nationalité ou origine aux fins de préservation, non pas d'une frontière matérielle, mais d'une « identité ». Frontières « métaphoriques » diront certains, mais qui ne voit que l'image s'estompe pour devenir réalité et que celle-ci se manifeste dans le droit ? En effet, elle permet de neutraliser des situations étrangères qui seraient si contraires à l'identité du for qu'elles devraient plier face à son « ordre public » ; elle fonde des dispositifs normatifs d'exception, et

²⁰ Voir sur cette construction A.-M. THIESSE, *La création des identités nationales. Europe XVIII^{ème} – XIX^{ème} siècles*, Paris, Seuil, 2001, 310 p.

justifie un exercice du pouvoir de coercition distinct comme le montre le traitement réservé aux « Roms » et/ou aux étrangers dans un certain nombre d'Etats européens.

On le voit, le durcissement des politiques migratoires actuelles se fait de plus en plus au nom de la défense d'une prétendue identité, nationale ou autre, dont la préservation dépendrait de la solidité de la frontière. L'Etat deviendrait moins un Etat-nation qu'un Etat « territorial-identitaire » à dimension variable face au réveil de vieilles identités tuées un instant par l'Etat et à l'apparition d'une multitude d'identités et d'allégeances – exclusives ou multiples – qui n'ont rien à voir avec un quelconque territoire ni aucune nationalité (sauf à utiliser des raccourcis) et traversent les frontières des territoires étatiques ou se manifestent dans une partie de ceux-ci. En ce sens, la frontière serait essentiellement un mode de gestion juridique de l'altérité des personnes voire un des noms d'une « guerre des identités » menée au détriment du principe universaliste d'égalité des êtres humains.

Moins fort qu'une identité, il peut s'agir de défendre un projet commun comme celui de l'Union européenne ou de l'Etat-providence qui tous deux, bien que de manière différente, distingueront le droit applicable aux personnes et opéreront les contrôles de police y associés afin de préserver un bien-être réservé à un certain entre soi.

III. POUR UNE APPROCHE COMPRÉHENSIVE

En somme, s'il est indiscutable que la frontière est liée à l'Etat (les frontières de l'Union européenne en matière d'échanges commerciaux, d'investissement, d'environnement ou encore de migration correspondent globalement aux frontières « extérieures » de ses Etats membres et on sait que ceux-ci ne les considèrent pas comme l'équivalent de leurs frontières), il est beaucoup moins évident qu'elle soit liée à son territoire, ce qui fut pourtant certainement sa vocation première.

Si l'on veut bien en effet « déterritorialiser » la frontière et reconnaître qu'elle a toujours été et reste tant personnelle que territoriale, on peut lui faire embrasser un grand nombre de choses qui obéissent elles-aussi à une fonction de séparation, de démarcation mais aussi de liaison.

Ainsi, la frontière serait plutôt, en droit, une délimitation à contours variables non pas entre des ordres juridiques étatiques pris dans leur ensemble, mais entre des ensembles normatifs d'origine étatique. Cette distinction est opérée par le jeu croisé de la situation territoriale des personnes, de leurs activités et relations d'un côté et de leurs allégeances personnelles.

Moins juridiquement, la frontière a acquis une dimension de protection d'une certaine « identité » de cette population qui collerait au dessin (dessein) territorial de l'Etat. Dans ce schéma, la frontière de l'Etat doit borner ces différents éléments d'ordre territorial et/ou personnel. Il conviendrait en ce sens de parler de « ses » frontières : territoriale, personnelle, voire politique ou encore

culturelle. Car les frontières ne servent pas seulement à distinguer les personnes morales que sont les Etats, ce à quoi des lignes pourraient suffire. Leur signification est souvent bien plus profonde même là où elles n'ont été acceptées dans leur version moderne que récemment. Les frontières, en effet, sont de plus en plus utilisées comme des instruments de distinction d'identités collectives et personnelles²¹. On peut s'interdire d'y voir du droit ; c'est cependant s'interdire de voir que le droit est utilisé à cette fin, que tout phénomène juridique est également un phénomène non juridique et de comprendre le monde dans lequel il se meut. Il convient peut-être alors de s'autoriser à le faire quitte à ne pas tout à fait respecter les grandes, vieilles et belles théories du droit.

Il reste un point soulevé aujourd'hui qui semble indépassable. Toute frontière, en tant qu'elle produit de la distinction, est incompatible avec un certain nombre de projets étatiques et internationaux, en particulier celui des droits de l'homme tel qu'inventé et imposé par l'Occident. On sait en effet que ce projet repose sur le principe universaliste que tout être humain doit disposer d'un certain nombre de droits, quelle que soit sa nationalité, l'endroit où il se trouve et toute autre circonstance. Paradoxalement, l'universalité des droits humains, le principe d'égalité de ceux-ci et le principe de non-discrimination – dont l'Occident se plaît à dire que ce sont des éléments de son « identité » – ne devraient donc normalement pas accepter la distinction fondée sur la nationalité et sur le passage de la frontière.

Or, selon votre nationalité et/ou le lieu où vous êtes, vous êtes un citoyen disposant de droits et prérogatives étendus ou un individu avec des prérogatives atténuées ou sans prérogative, voire un clandestin ou un délinquant si ce n'est un criminel. Et les Etats se sont bien assurés, en proclamant les droits humains dans l'ordre international de se réserver de différentes manières la faculté de limiter la jouissance et l'exercice de ceux-ci, en particulier par les non nationaux, et donc de ne pas appliquer le même droit à tous les êtres humains et d'exercer les contrôles nécessaires à cette fin. Si cela peut trouver quelque justification en droit, celui-ci, qui fait d'une construction purement humaine une limite à la jouissance de la dignité humaine censée bénéficier à tous sans intercession humaine, n'en trouve aucune qui lui soit extérieure.

²¹ Voir en ce sens par exemple, Y. GASTAUT, C. WIHTOL DE WENDEN, « Réfléchir la traversée des frontières », *Hommes et migrations*, n° 1304, 2013, pp. 7-8, spéc. p. 7 (<http://hommesmigrations.revues.org/2628>).

TABLE DES MATIERES

Avant Propos	3
--------------------	---

OUVERTURE

Frontières, libertés et droits fondamentaux par CHRISTINE LAZERGES	7
---	---

I. LES DROITS FONDAMENTAUX ET LES FRONTIÈRES

Vers une humanité sans frontières ? Réflexions sur la relation entre espaces normatifs et statut des personnes par ROMAIN ROUSSELOT	23
Les roms face à la libre circulation : le poids variable des frontières intérieures de l'Union européenne par AURÉLIA DE TONNAC	43

II. L'INDIVIDU FACE AUX FRONTIÈRES

Les frontières de l'espace Schengen ou la construction d'une « forteresse technologique » par ALIX LOUBEYRE.....	67
Les frontières oscillantes de la protection des données à caractère personnel en Europe par ELENA PACEA	83
Familles et frontières – La circulation du statut familial à l'épreuve du mariage homosexuel et de la GPA par LILIA AÏT AHMED.....	103

III. FRONTIÈRES ET MARCHÉS

Les frontières du marché intérieur pour les investissements internationaux par NICOLAS PIGEON.....	125
Frontière économique aujourd'hui : l'ordre public économique dans les contrats internationaux par ELÉNA FEDOROVA.....	147
Les frontières vertes : la libre circulation des marchandises à l'épreuve des restrictions environnementales par VINCENT BRIDOUX.....	163

CONCLUSION

Les frontières, entre logique territoriale et logique personnelle par JEAN MATRINGE.....	187
---	-----