



**HAL**  
open science

# At the French-Italian Border: Legal Arrangements Evade the Right to Asylum

Bastien Charaudeau Santomauro

► **To cite this version:**

Bastien Charaudeau Santomauro. At the French-Italian Border: Legal Arrangements Evade the Right to Asylum. De Facto - Institut Convergences Migrations, 2022, pp.10-23. halshs-03686611

**HAL Id: halshs-03686611**

**<https://shs.hal.science/halshs-03686611>**

Submitted on 10 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.

**À LA FRONTIÈRE FRANCO-ITALIENNE :  
UN BRICOLAGE DU DROIT QUI CONTOURNE L'ASILE  
*AT THE FRENCH-ITALIAN BORDER LEGAL  
ARRANGEMENTS EVADE THE RIGHT TO ASYLUM*  
LE DROIT D'ASILE EST RECONNU PAR LES TEXTES  
FRANÇAIS, EUROPÉENS ET INTERNATIONAUX.  
POURTANT, LES PERSONNES QUI SE PRÉSENTENT  
À LA FRONTIÈRE FRANCO-ITALIENNE SONT  
RÉGULIÈREMENT REFOULÉES SANS POUVOIR  
DEMANDER LA PROTECTION DE LA FRANCE.  
POUR COMPRENDRE CET ÉCART,  
IL FAUT S'INTÉRESSER AUX AMBIGUÏTÉS  
DE NOTRE SYSTÈME JURIDIQUE.  
*THE RIGHT TO ASYLUM IS ENSHRINED IN FRENCH,  
EUROPEAN AND INTERNATIONAL LAW. HOWEVER,  
MIGRANTS ARRIVING AT THE FRENCH-ITALIAN  
BORDER ARE REGULARLY PUSHED BACK WITHOUT  
A CHANCE TO ASK FOR FRENCH PROTECTION.  
TO UNDERSTAND THIS DISCREPANCY, WE MUST  
LOOK AT THE AMBIGUITIES OF OUR LEGAL SYSTEM.*  
**BASTIEN CHARAUDEAU SANTOMAURO,  
JURISTE/LAWYER****

Bastien Charaudeau Santomauro, « À la frontière franco-italienne : un bricolage du droit qui contourne l'asile », in : Emeline Zougbedé, Michel Agier & Ségolène Barbou des Places (dir.), Dossier « Et si la France se retirait des conventions internationales ? », *De facto* [En ligne], 32 | Mars 2022, mis en ligne le 4 avril 2022. URL : <https://www.icmigrations.cnrs.fr/2022/03/10/defacto-032-01/>

Depuis le 13 novembre 2015, la France a rétabli les contrôles à ses frontières européennes, également dites « intérieures »<sup>1</sup> (avec l'Italie, l'Espagne, la Belgique, l'Allemagne, le Luxembourg et la Suisse). Cette mesure, exceptionnelle et normalement temporaire, a engendré ce que l'on appelle un nouveau « régime frontière », c'est-à-dire un ensemble de normes et de pratiques qui gouvernent le mouvement des personnes aux confins de l'État. À partir de l'étude de ce nouveau régime à la frontière franco-italienne, nous considérerons l'écart qui peut exister entre le texte juridique et le terrain concernant un droit fondamental comme l'asile. Dans quelle mesure la pratique du droit et son interprétation constituent-elles une marge qui permet aux acteurs étatiques de s'accommoder de certaines règles ?

## Le droit d'asile, un régime juridique transversal

Il faut d'abord préciser qu'en France le droit d'asile, qui protège les personnes fuyant les risques de persécutions et les conflits armés, est l'objet d'un régime juridique complexe où s'entrelacent le droit national et le droit international. L'asile contemporain est en grande partie issu de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951 et son protocole de 1967<sup>2</sup> qui sont des traités internationaux. Mais une portion considérable des règles de l'asile est élaborée par le droit de l'Union européenne qui forme, à travers de multiples directives et règlements, le régime d'asile européen commun. Ensuite, bien que la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>3</sup>

### Droit des contrôles migratoires à la frontière franco-italienne

Avant la réintroduction des contrôles du 13 novembre 2015



#### Légende

--- Ligne frontière entre la France et l'Italie. Interdiction des contrôles frontaliers par le droit UE, libre circulation.

Institut CONVERGENCES MIGRATIONS  
Auteur : Bastien Charaudeau Santomauro

### Droit des contrôles migratoires à la frontière franco-italienne

Premier régime de réintroduction des contrôles (novembre 2015- septembre 2018)



#### Légende

--- Ligne frontière entre la France et l'Italie.  
 [icône] Point de passage autorisé (PPA). Les PPA sont lieux de contrôles où la police française est autorisée à effectuer des contrôles frontaliers suite à la suspension de la libre circulation.

Institut CONVERGENCES MIGRATIONS  
Auteur : Bastien Charaudeau Santomauro

### Droit des contrôles migratoires à la frontière franco-italienne

Régime des contrôles après la loi de septembre 2018



#### Légende

--- Ligne frontière entre la France et l'Italie.  
 [icône] Point de passage autorisé (PPA).  
 [zone bleue] Zone de 10 kilomètres en deçà de la ligne frontière dans laquelle la police est autorisée à effectuer des contrôles frontaliers et émettre, dans ce cadre, des refus d'entrée. Cette zone fait l'objet d'une controverse juridique.

Institut CONVERGENCES MIGRATIONS  
Auteur : Bastien Charaudeau Santomauro

### Controls at the French-Italian Border: Legal Regimes

Before the Reintroduction of Controls on November 13, 2015



#### Legend

---- Borderline between France and Italy. Border checks are prohibited by EU law, free movement.

Institut CONVERGENCES  
MIGRATIONS

Author: Bastien Charaudeau Santomauro

### Controls at the French-Italian Border: Legal Regimes

First Legal Regime (November 2015-September 2018)



#### Legend

---- Borderline between France and Italy.

■ Authorised crossing-points (ACP). ACP are where the French border police is allowed to carry out border checks when controls have been reestablished.

Institut CONVERGENCES  
MIGRATIONS

Author: Bastien Charaudeau Santomauro

### Controls at the French-Italian Border: Legal Regimes

Second Legal Regime after the September 2018 Act



#### Legend

---- Borderline between France and Italy.

■ Authorised crossing-points (ACP).

■ 10-kilometer strip where the French border police is allowed to carry out border checks and issue refusals of entry. This area is subject to a legal controversy.

Institut CONVERGENCES  
MIGRATIONS

Author: Bastien Charaudeau Santomauro

Since November 13, 2015, France has started to control its European borders, also known as “internal borders”<sup>1</sup> (with Italy, Spain, Belgium, Germany, Luxembourg, and Switzerland). In doing so, the government suspended the rule of free movement specific to the Schengen area<sup>2</sup>. This measure is supposed to be exceptional and temporary. But its persistence has given rise to a new “border regime” that is, a set of norms and practices that regulate the movement of people at the borders of the state. Based on the study of this new regime at the French-Italian border, we will consider the gap between legal texts and the field concerning the fundamental right to ask for asylum. To what extent does the practice of law and its interpretation create a leeway that allows state actors to distort certain rules ?

## The Right to Asylum, a Transversal Legal Regime

In France the right to asylum, which protects people fleeing risks of persecution and armed conflict, is embedded in a complex legal regime in which national and international law are intertwined. Contemporary asylum is largely derived from the 1951 Geneva Convention<sup>3</sup> relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, which are international treaties. But a considerable portion of the rules of asylum is elaborated by European Union (EU) law which forms, through multiple directives and regulations, the Common European Asylum System. In addition, although the 1950 European Convention on Human Rights (ECHR)<sup>4</sup> does not directly provide for the

de 1950 ne prévoit pas directement la protection de l'asile, il est établi qu'elle protège indirectement contre certains refoulements à travers l'obligation qu'elle impose aux États en matière d'interdiction de la torture et de traitements inhumains et dégradants (article 3) et de vie privée et familiale (article 8). Enfin, le droit d'asile est consacré par la Constitution française et inscrit dans le droit français, principalement en transposition du droit de l'Union européenne (droit UE). Le droit d'asile est ainsi finement tissé dans un régime juridique qui mêle le droit international, la CEDH, le droit de l'Union européenne et le droit français, à la fois constitutionnel et commun.

## À la frontière franco-italienne, l'asile en péril

À la frontière entre la France et l'Italie, force est de constater que le droit d'asile n'est pas pleinement appliqué. L'enquête de terrain réalisée dans la vallée de la Roya et à Briançon et, surtout, l'attention des citoyens frontaliers et le travail d'associations comme Tous Migrants<sup>4</sup>, Médecins du Monde<sup>5</sup>, l'Anafé<sup>6</sup>, Amnesty International<sup>7</sup> — pour n'en citer que quelques-unes — parviennent au même constat : la plupart des personnes migrantes<sup>8</sup> interceptées en France près de la frontière avec l'Italie ne sont pas en mesure de demander l'asile. Cette observation est également partagée par des institutions publiques dans des rapports tels que ceux du Contrôleur général des lieux de privation de liberté<sup>9</sup>, de la Commission nationale consultative des droits de l'homme et de la commission d'enquête parlementaire sur les migrations<sup>10</sup>. Les personnes traversent la frontière, arrivent en France et, si elles sont interceptées par la police aux frontières (PAF), seront le plus fréquemment renvoyées en Italie sans examen individuel de leur situation.

C'est donc la condition de possibilité du droit d'asile qui est ici mise en question : le fait de pouvoir enregistrer une demande afin que celle-ci soit traitée par le système de protection français. Cet aspect essentiel de l'asile — la demande — est pourtant consacré par ce régime juridique transversal que nous évoquions, y compris aux frontières de

<sup>1</sup> En droit de l'Union européenne, ces frontières dites « intérieures » séparent la France d'autres pays de l'Union, au sein de l'espace Schengen. Elles se distinguent des frontières dites « extérieures » entre un pays membre de l'Union et un pays tiers.

<sup>2</sup> Voir la page dédiée sur le site des Nations Unies, URL : <https://www.unhcr.org/fr/convention-1951-relative-statut-refugies.html>.

“ À LA FRONTIÈRE ENTRE LA FRANCE ET L'ITALIE, FORCE EST DE CONSTATER QUE LE DROIT D'ASILE N'EST PAS PLEINEMENT APPLIQUÉ. ”

Bastien Charaudeau Santomauro, juriste

<sup>3</sup> Voir la page dédiée sur le site de Cour européenne des droits de l'homme, URL : <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basic-texts&c=fr>.

<sup>4</sup> Voir l'article de Tous Migrants sur le Briançonnais, URL : <https://www.medecinsdumonde.org/fr/actualites/france/2021/04/28/enfermement-illegal-la-frontiere-franco-italienne-le-conseil-detat-sen-lave-les-mains>.

<sup>1</sup> In European Union law, “internal borders” separate France from other EU countries within the Schengen area. They are distinct from the “external borders” which divide an EU member state and a third country.

<sup>2</sup> The Schengen area is the area of free movement within the European Union. Its primary rule provides that member states are not allowed to control their internal borders.

<sup>3</sup> See the text on the UNHCR website : <https://www.unhcr.org/1951-refugee-convention.html>.

<sup>4</sup> See the text on the ECHR website : <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=>

<sup>5</sup> See Dany Mitzman, « Tales from the Border (7/8): French Alps — Helping hands », *InfoMigrants*, 8 Dec. 2021. URL : <https://www.infomigrants.net/en/post/37046/tales-from-the-border-78-french-alps-helping-hands>.

<sup>6</sup> At this border, migrants predominantly originate from Sub-Saharan Africa and the Middle East.

<sup>7</sup> The institution in charge of verifying the state's compliance with the fundamental rights of inmates and detainees in France.

<sup>8</sup> For example, the “Asylum Procedures directive”, a European text that provides for common procedures for granting asylum, specifies that its scope covers “all applications for international protection made in the territory, including at the border,

protection of asylum, it has been established that it indirectly protects against certain refoulements through the obligation it imposes on states regarding the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment (article 3) and private and family life (article 8). Finally, the right to asylum is enshrined in the French Constitution and elaborated in French law, mainly through transposition of EU law. The right to asylum is thus finely woven into a legal system that mixes international law, the ECHR, European Union law and French law, both constitutional and common.

## At the French-Italian Border, Asylum in Jeopardy

At the border between France and Italy, the right to asylum is not fully applied. Fieldwork carried out in the Roya Valley and in Briançon and, above all, the attention of border inhabitants and the work of associations<sup>5</sup> such as Tous Migrants, Médecin du Monde, Anafé, Amnesty International—to name but a few—come to the same conclusion : most migrants<sup>6</sup> intercepted in France near the border with Italy are not able to apply for asylum. This observation is also shared by public institutions in reports such as those of the Contrôleur général des lieux de privation de liberté<sup>7</sup>, the National Consultative Commission on Human Rights and the parliamentary commission of inquiry on migration. People cross the border, arrive in France and, if they are intercepted by border guards, will most often be sent back to Italy without an individual examination of their situation.

This directly challenges the condition of possibility of the right to asylum : being able to register a request to be processed by the French protection system. This essential aspect of asylum—the application—is enshrined in this transversal legal regime mentioned above, including at France's borders<sup>8</sup>. How then can we explain that this fundamental right is not quite a reality at the border with Italy ? One might be tempted to answer that the law is simply not applied properly and that it is sufficient for a court, such as the Council of State<sup>9</sup>, to sanction irregular policing practices that breach the right to asylum. However, judges who have already considered the issue have not made a ruling capable of changing such practices.

Additionally, public authorities openly articulate a legal discourse on border controls. This means that they mobilize legal norms to justify what they are doing. Accordingly, the problem does not revolve around a lack of law, but rather around the way in which the law is interpreted

la France<sup>5</sup>. Comment dès lors expliquer que ce droit fondamental ne soit pas réalisé à la frontière avec l'Italie ? On serait tenté de répondre que le droit n'est tout simplement pas appliqué convenablement et qu'il suffit qu'une cour, comme le Conseil d'État, sanctionne cette pratique. Cependant, les juges, déjà saisis de la question, n'ont pas formulé de jugement capable de modifier les pratiques de contrôle édulant le droit d'asile.

Par ailleurs, les contrôles frontaliers font l'objet d'un discours juridique, c'est-à-dire d'une justification par le droit, de la part des autorités étatiques. Ainsi le problème ne porte-t-il pas sur la non-application du droit mais, précisément, sur la manière dont le droit est interprété et mis en application, sur la direction qui est donnée à la force du droit. Qu'est-ce qui, dans le fonctionnement du droit, rend possible la justification juridique d'une transgression d'un droit fondamental normalement applicable ? Autrement dit, comment les autorités arrivent-elles à échapper à leurs obligations internationales, européennes et, à certains égards, constitutionnelles ?

Une partie de la réponse à cette question réside en ce que le droit — international, européen, national — est plus malléable qu'on pourrait le penser. En effet, les normes juridiques peuvent parfois être en partie indéterminées dans leur définition et dans leur application. L'on dira que le droit est indéterminé au regard d'une situation lorsque les sources juridiques (les traités, les textes européens, la Constitution, la loi, le règlement, etc.), les opérations légitimes d'interprétation ou le raisonnement juridique qui s'y rapportent sont indéterminés, c'est-à-dire lorsque plus d'une conclusion peut être, a priori, tirée de ces éléments. L'on ajoutera une chose : moins un régime juridique est détaillé, plus il laisse de place aux indéterminations. Or, le régime qui préside aux contrôles à la frontière italienne est dérogoire au droit commun de l'espace Schengen et il est, à ce titre, très peu développé par les textes. Comment cette malléabilité du droit se déploie-t-elle à la frontière ?

## Constituer la frontière par le détournement des normes

Tout d'abord, si la question de l'asile se pose à la frontière franco-italienne, c'est parce que celle-ci fait l'objet de contrôles dérogoires. Selon le droit de l'Union européenne, les États membres ne devraient pas effectuer de vérifications frontalières systématiques. Ils peuvent cependant exceptionnellement réintroduire les contrôles dans le cas

<sup>5</sup> Voir l'article de Médecins du Monde sur la privation de liberté à la frontière franco-italienne, URL : <https://www.medecinsdumonde.org/fr/actualites/france/2021/04/28/enfermement-illegal-la-frontiere-franco-italienne-le-conseil-detat-sen-lave-les-mains>.

<sup>6</sup> Voir les articles de l'Anafé sur la frontière franco-italienne, URL : <http://www.anafe.org/spip.php?mot31>.

<sup>7</sup> Voir la page d'Amnesty International consacrée à la frontière franco-italienne, URL : <https://www.amnesty.fr/refugies-et-migrants/actualites/a-la-frontiere-franco-italienne-des-violations-systematiques>.

<sup>8</sup> Entre la France et l'Italie, ces personnes sont principalement originaires d'Afrique subsaharienne et du Moyen-Orient.

<sup>9</sup> Voir Charlotte Boitiaux, « À la frontière franco-italienne, l'accueil des migrants est "indigne" et "irrespectueuse de leurs droits" », *InfoMigrants*, 5 juin 2018. URL : <https://www.infomigrants.net/fr/post/9695/a-la-frontiere-francoitalienne-laccueil-des-migrants-est-indigne-et-irrespectueuse-de-leurs-droits>.

<sup>10</sup> Voir Julia Pascual, « Commission d'enquête sur les migrations : la mauvaise copie du gouvernement », *Le Monde*, 16 nov. 2021. URL : [https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/11/16/commission-d-enquete-sur-les-migrations-la-mauvaise-copie-du-gouvernement\\_6102208\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/11/16/commission-d-enquete-sur-les-migrations-la-mauvaise-copie-du-gouvernement_6102208_3224.html).

<sup>11</sup> À titre d'exemple, la directive dite « procédures » qui fait partie du droit UE et qui prévoit les procédures communes à l'octroi

in territorial waters or in a transit zoned of the Member States " (Article 3).

<sup>9</sup> The Council of State (Conseil d'État) is the highest administrative court in France.

and implemented. This is about what direction is given to the force of the law. What, in the implementation of the law, makes it possible to legally justify a transgression of a fundamental right that should be enforced ? In other words, how do the authorities manage to escape their international, European, and in some respects constitutional obligations ?

Part of the answer to this question lies in the fact that the law is more malleable than one might think. Legal norms can indeed sometimes be partly indeterminate in their definition and in their application. The law is indeterminate regarding a situation when

the legal sources (treaties, European texts, the Constitution, legislative acts, regulations, etc.), the legitimate operations of interpretation or the legal reasoning that relate to it are indeterminate. In other words, when more than one conclusion can be drawn, a priori, from these elements. Incidentally, the less detailed a legal regime is, the more room it leaves for indeterminacy. And the regime that regulates controls at the Italian border

is a derogation from the law of the Schengen area and, as such, is very little developed by the texts. How does this malleability of the law unfold at the border ?

### **Constituting the Border by Diverting Legal Norms**

Preliminarily, the question of asylum arises at the French-Italian border only because derogatory controls, explained below, are in place. According to EU law, member states should not carry out systematic border checks. However, they may exceptionally reintroduce them in the case of a "serious threat to public policy or internal security"<sup>10</sup> for a maximum period of two years. Two things must be emphasized here.

Firstly, France officially justifies these controls by the existence of a persistent terrorist threat, but this is not the real cause. The underlying purpose is that of controlling migration flows, a cause that is not provided for in EU law as a justification for re-establishing controls. The "Schengen Borders Code", which details border control standards in the EU, even explicitly rejects it. Yet, migration control

## **“ AT THE BORDER BETWEEN FRANCE AND ITALY, THE RIGHT TO ASYLUM IS NOT FULLY APPLIED. ”**

Bastien Charaudeau Santomauro,  
lawyer

<sup>10</sup> Articles 25 to 30 of the « Schengen Borders Code », a text of EU law that establishes the rules for internal and external border controls of the member states of the Schengen area.



d'une « menace grave à l'ordre public ou la sécurité intérieure<sup>12</sup> », et ce, pour une durée maximale de deux ans. Il faut ici souligner deux choses.

D'une part, la France justifie officiellement ces contrôles par l'existence d'une menace terroriste persistante, bien qu'elle les effectue non pas en raison de la lutte contre le terrorisme, mais principalement aux fins de contrôles des flux migratoires. Or, cet élément n'est pas prévu dans le droit UE comme permettant de justifier le rétablissement des contrôles. Le « Code frontières Schengen », qui détaille les normes européennes en matière de frontière, le rejette même explicitement. Cet état de fait a été reconnu par le directeur des affaires européennes du ministère de l'Intérieur dans le cadre de la commission d'enquête parlementaire sur les migrations. Il s'agit donc du détournement de la finalité et de la rationalité d'une règle européenne.

D'autre part, la France contrôle ses frontières européennes depuis novembre 2015. En mars 2022, cela fait donc plus de six années qu'une mesure exceptionnelle et temporaire est reconduite. L'argument avancé par le gouvernement et entériné par le Conseil d'État consiste à dire, à chaque renouvellement de cette mesure de contrôle — tous les six mois —, qu'une nouvelle menace terroriste a été détectée. La menace étant « renouvelée », le fondement de la mesure repart de zéro, comme s'il n'y avait aucune continuité dans la rationalité des contrôles depuis 2015. Voilà qu'une norme européenne concernant la sécurité intérieure et le terrorisme est continuellement détournée à des fins de gouvernance des migrations. Ainsi malléable, le droit est mobilisé pour matérialiser la frontière par les contrôles, sans quoi la problématique de l'asile serait inexistante puisque la circulation serait libre comme le prévoit le droit UE.

## Épaissir la frontière par l'innovation normative

Une fois la frontière concrètement instaurée par les contrôles se pose la question du régime juridique applicable, c'est-à-dire de l'ensemble des règles présidant aux interceptions des personnes. En France, le droit des étrangers comprend deux principaux régimes qui permettent de saisir la régularité ou l'irrégularité de la situation d'une personne étrangère : le régime de l'admission et le régime du séjour. L'admission (X peut-elle être admise en France?) concerne uniquement les personnes franchissant une frontière extérieure de la France (avec un pays tiers à l'UE). À l'inverse, le régime du séjour

de l'asile précise bien qu'elle doit être appliquée « à toutes les demandes de protection internationale présentées sur le territoire des États membres, y compris à la frontière, dans les eaux territoriales ou dans une zone de transit » (article 3).

<sup>12</sup> Articles 25 à 30 du « Code frontières Schengen », texte du droit UE qui établit les règles de contrôles aux frontières intérieures et extérieures des pays membres de l'espace Schengen.

<sup>13</sup> Voir le résumé de l'arrêt, URL : <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-03/cp190035fr.pdf>.

<sup>14</sup> Voir l'arrêt (en particulier les points 3 et 4), URL : <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-11-27/428178>.

has been recognized as the main cause for reinstating border checks by the director of European affairs of the Ministry of the Interior in the context of the parliamentary commission of inquiry on migration. This is a diversion of the purpose and rationality of a European rule.

Secondly, France has controlled its European borders since November 2015. In March 2022, it has been more than six years that an exceptional and temporary measure has been renewed. The argument put forward by the government and endorsed by the Council of State is that each time controls are renewed—every six months—there is a new terrorist threat. Since the threat is “renewed”, the countdown of the measure starts from scratch, as if there were no continuity in the rationality of the controls since 2015. A European norm concerning internal security and terrorism is continually being misused for the purposes of migration governance. The law is marshaled to materialize the border through controls, without which the issue of asylum would be non-existent, since everyone would be free to cross the border as provided for by EU law.

### **Thickening the Border Through Normative Innovation**

Once the border is materialized, the question that arises is that of the applicable legal regime, i.e., the set of rules governing the interception of migrants. In France, immigration law has two main regimes that determine the regularity or irregularity of a foreigner’s status : the regime of admission and the regime of sojourn. Admission—can X be admitted to France?—only concerns individuals crossing an external border of France (with a non-EU country). Conversely, the regime of sojourn—can X remain in France?—applies to the rest of the territory, outside the crossing points that define the external borders. If the legal constitution and apprehension of irregularity are always limiting the liberties of foreigners, it must be emphasized that the regime of admission is the more circumscribed of the two in terms of fundamental rights both in theory and in practice. The right to apply for asylum applies to both cases, but the admission regime translates it into a more expeditious procedure with fewer guarantees.

In the territory adjacent to the Italian border, the regime of sojourn should apply by default since admission only concerns France’s external borders and the border with Italy is an internal border. However, first unlawfully, and then by adopting the Asylum and Immigration Law in September 2018, the government enforced part

(X peut-elle demeurer en France?) s'applique sur tout le reste du territoire, en dehors des points de passage qui définissent les frontières extérieures. Si la constitution et la saisie de l'irrégularité des étrangers par le droit sont toujours limitatives des libertés des personnes, il faut souligner que le régime de l'entrée est le plus circonscrit des deux en matière de droits fondamentaux tant en théorie qu'en pratique. Le droit de demander l'asile doit être respecté dans les deux cas, mais le régime de l'admission le traduit à travers une procédure plus expéditive comportant moins de garanties.

Sur le territoire limitrophe de l'Italie, c'est par défaut le régime du séjour qui aurait dû s'appliquer puisqu'il s'agit d'une frontière intérieure, et non celui de l'admission qui ne concerne que les frontières extérieures de la France. Cependant, d'abord de manière irrégulière, puis en adoptant la loi asile et immigration en septembre 2018, le gouvernement a déployé une partie de l'arsenal du régime de l'admission en appliquant des procédures de renvoi expéditives à travers l'émission de refus d'entrée. Chose innovante, cette loi a également étendu cette procédure à toute une zone constituée par une bande de dix kilomètres le long de la ligne frontière. Ainsi, alors que, vis-à-vis des contrôles, le droit UE délimite la frontière à des points de passage, l'innovation française l'épaissit-elle juridiquement à un large espace.

**“ VOILÀ QU'UNE NORME EUROPÉENNE CONCERNANT LA SÉCURITÉ INTÉRIEURE ET LE TERRORISME EST CONTINUELLEMENT DÉTOURNÉE À DES FINS DE GOUVERNANCE DES MIGRATIONS. ”**

Bastien Charaudeau Santomauro, juriste

## **Au sein de la frontière, bricoler le droit**

Que se passe-t-il au sein de cette frontière épaissie ? D'abord, une controverse juridique, car aux moins deux décisions, de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>13</sup> et du Conseil d'État<sup>14</sup>, remettent partiellement en question le bien-fondé de l'application des refus d'entrée aux frontières intérieures. Mais surtout, dans cet espace controversé, c'est un véritable bricolage du droit que l'on peut observer.

Pour l'illustrer, prenons le cas de la privation de liberté. Sur le terrain, l'on constate, lors de la procédure de renvoi, que les personnes sont maintenues dans les locaux de la PAF, notamment à Montgenèvre et

<sup>15</sup> Montgenèvre est un col et une commune à 1 800 mètres d'altitude dans les Hautes-Alpes immédiatement à proximité de la frontière italienne. Ce col constitue l'un des principaux lieux de passage pour les personnes migrantes. La commune de Menton se trouve à l'extrémité

<sup>11</sup> See the press release in English : <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-03/cp190035en.pdf>.

of the admission regime by applying expeditious removal procedures through the issuance of refusals of entry. Innovatively, this law also extended this procedure to an entire area consisting of a ten-kilometer strip along the border line. Thus, while for controls EU law delimits the border to a series of crossing points, the French innovation thickened it legally to a large area.

## Legal Arrangements Within the Border

What is going on within this thickened border? To begin, there is a legal controversy, because at least two decisions, by the Court of Justice of the European Union<sup>11</sup> and the Council of State, partially question the validity of the application of refusals of entry at internal borders. But above all, in this controversy, we observe the emergence

of legal arrangements, very much like a bricolage of the law.

To illustrate this, let us take the case of migrant detention. At the border, during the pushback procedure, people are detained in the premises of the border police, particularly in Montgenèvre and Menton Pont-Saint-Louis<sup>12</sup>. However, the rules covering these detention practices are neither those of the regime of sojourn nor those of the admission regime. In other words, the government has decided to

apply part of the admission regime—the refusal of entry, the expedited procedure—without the corresponding detention regime. This aspect is crucial, because detention constitutes a serious restriction on many fundamental freedoms and is strictly regulated in France.

This ambiguous qualification is problematic because the fundamental rights of detainees are only guaranteed by specific mechanisms associated with existing legal regimes. The absence of clear categories gives some latitude to state actors at the border. This ambiguity even seriously neutralizes fundamental rights by weakening guarantees of access to rights and judges. These arrangements could be qualified as parajudicial in both senses of the prefix, i.e., what is articulated around the law, but also, against the law. Because they are composite arrangements, certain aspects are sometimes invalidated by judges,

**“A EUROPEAN NORM CONCERNING INTERNAL SECURITY AND TERRORISM IS CONTINUALLY BEING MISUSED FOR THE PURPOSES OF MIGRATION GOVERNANCE.”**

Bastien Charaudeau Santomauro,  
lawyer

<sup>12</sup> Montgenèvre is a col and a town at 1800 meters of altitude in the Hautes Alpes département immediately near the Italian border. This pass is one of the main crossing points for migrants. Menton is located at the southern end of the border, in the Alpes-Maritimes département, on the Mediterranean coast. The surroundings of this town are also a key crossing point.

à Menton Pont-Saint-Louis<sup>15</sup>. Elles font donc l'objet d'un enfermement non consenti qui constitue une privation de liberté. Pourtant, les règles qui y président ne sont ni celles du régime du séjour ni celles du régime de l'entrée. Autrement dit, le gouvernement a décidé d'appliquer une partie du régime de l'admission — les refus d'entrée, la procédure expéditive — sans pour autant lui faire correspondre son régime de privation de liberté alors même que celle-ci est mise en place. Cet aspect est crucial, car la privation de liberté constitue une restriction grave à de nombreuses libertés fondamentales et est strictement encadrée en France.

Ce flottement « qualificatoire » est problématique parce que les droits fondamentaux<sup>16</sup> des personnes maintenues ne sont garantis que par des mécanismes spécifiques associés aux régimes de privation de liberté existants. L'absence de catégories claires donne une certaine latitude aux acteurs étatiques à la frontière. Cette ambiguïté neutralise même sérieusement les droits fondamentaux en fragilisant les garanties d'accès aux droits et aux juges. L'on pourrait dire que ce bricolage du droit est parajuridique dans les deux sens du préfixe, c'est-à-dire qui s'articule autour du droit, mais aussi, parfois, contre le droit. Parce qu'il s'agit d'arrangements composites, certains aspects sont parfois invalidés par les juges, mais pas leur économie générale qui en font un mode de gouvernance des migrations dans les marges du droit. Au fond, le maintien d'un régime juridique dérogatoire au droit de l'espace Schengen semble renforcer la capacité de l'État à jouer sur les ambiguïtés du droit. Il déroge ainsi à certains droits fondamentaux et procédures administratives qui devraient s'appliquer en vertu du droit international, européen et national.

sud de la frontière, dans les Alpes-Maritimes, au bord de la Méditerranée. Les alentours de la commune sont également traversés par les trajectoires migratoires.

<sup>16</sup> Notamment, la liberté d'aller et venir (immédiatement enfreinte par l'enfermement) et le droit de demander l'asile.

#### L'auteur

Bastien Charaudeau Santomauro est doctorant à l'École de droit de Sciences Po et Fox International Fellow à l'Université de Yale. Il est également *fellows* de l'Institut Convergences Migrations.

#### Pour aller plus loin

Commission nationale consultative des droits de l'homme, 2018. *Avis sur la situation des personnes migrantes à la frontière franco-italienne*, 19 juin URL : [https://www.cncdh.fr/sites/default/files/180619\\_avis\\_situation\\_des\\_migrants\\_a\\_la\\_frontiere\\_italienne.pdf](https://www.cncdh.fr/sites/default/files/180619_avis_situation_des_migrants_a_la_frontiere_italienne.pdf)

but not the overall system that results in migrant rights violations. These arrangements thus become a mode of governance of migration on the margins of the law. The maintenance of a legal regime that derogates from Schengen rules seems to reinforce the State's ability to play on the ambiguities of the law. It thus derogates from certain fundamental rights and administrative procedures that should apply under international, European, and national law.

#### The author

Bastien Charaudeau Santomauro is a Ph.D. Candidate at Sciences Po Law School and Fox International Fellow at Yale University. He is also a fellow of the French Collaborative Institute on Migration.

#### For further information

DONADIO G., "The Irregular Border: Theory and Praxis at the Border of Ventimiglia in the Schengen Age", in : Amigoni Livio, Aru Silvia, Bonnin Ivan, *et al.* (eds.), *Debordering Europe: Migration and Control Across the Ventimiglia Region*, Springer International Publishing, 2021, p. 109-133. Available online : [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-56518-3\\_7](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-56518-3_7)

MIGLIACCIO F., "At the Border Between Italy and France : When Policemen Appear in the Landscape", in Amigoni Livio, Aru Silvia, Bonnin Ivan, *et al.* (eds.), *Debordering Europe : Migration and Control Across the Ventimiglia Region*, Springer International Publishing, 2021, p. 221-229. Available online : [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-56518-3\\_12](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-56518-3_12)

Charaudeau Santomauro B., "La condition des migrants sous la réintroduction des contrôles aux frontières : le cas de l'état d'urgence à la frontière franco-italienne", in Benlolo Carabot M. (ed.), *L'Union européenne et les migrations*, Bruylant-Larcier, 2020, p. 337-343.

Available online : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4063856](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4063856).

Anafé, *Persona non grata. Conséquences des politiques sécuritaires et migratoires à la frontière franco-italienne*, *Rapports d'observations 2017-2018*, 2019.

Available online : [https://drive.google.com/file/d/15HEFqA01\\_aSkKgw05g\\_vfrcPISpmDAw/view](https://drive.google.com/file/d/15HEFqA01_aSkKgw05g_vfrcPISpmDAw/view).

Charaudeau Santomauro B., 2020.  
« La condition des migrants  
sous la réintroduction des contrôles  
aux frontières : le cas de l'état  
d'urgence à la frontière franco-  
italienne », in : Benlolo Carabot M. (dir.),  
*L'Union européenne et les migrations*,  
Bruylant-Larcier, p. 337-343. URL : [https://  
halshs.archives-ouvertes.fr/hal-03224278](https://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-03224278).

Anafé, 2019. *Persona non grata.*  
*Conséquences des politiques*  
*sécuritaires et migratoires*  
*à la frontière franco-italienne,*  
*Rapports d'observations 2017-2018.*  
URL : [https://drive.google.com/file/d/15HEFqA01\\_  
aSkKqw05g\\_vfrPISpmDAIV/view](https://drive.google.com/file/d/15HEFqA01_aSkKqw05g_vfrPISpmDAIV/view)

Contrôleur général des lieux  
de privation de liberté, 2017. *Rapport*  
*de visite des locaux de la police aux*  
*frontières de Menton (Alpes-Maritimes).*  
*2<sup>e</sup> visite : Contrôle des personnes*  
*migrantes à la frontière franco-italienne,*  
4 au 8 septembre. URL : [https://www.cglpl.  
fr/2018/rapport-de-la-deuxieme-visite-des-services-de-  
la-police-aux-frontieres-de-menton-alpes-maritimes/](https://www.cglpl.fr/2018/rapport-de-la-deuxieme-visite-des-services-de-la-police-aux-frontieres-de-menton-alpes-maritimes/)