

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2019

LA FIN DU DÉLIT DE SOLIDARITÉ À LA FRANÇAISE?

di Céline Chassang

***Abstract:** A più riprese la fine del reato di solidarietà è stata annunciata in Francia. L'ultima volta fu nell'estate del 2018, quando il Conseil constitutionnel riconobbe valore costituzionale al principio di fraternità. All'indomani di questa decisione, si trattava dunque di affermare ancora una volta che le persone che forniscono aiuto agli stranieri in situazione irregolare non potevano più essere perseguite penalmente. Questo articolo intende dimostrare che nonostante la decisione del Conseil constitutionnel, il reato di solidarietà non è del tutto sparito dal diritto francese, ma che la sua soppressione sarebbe certamente fattibile.*

***Abstract:** A plusieurs reprises, la fin du délit de solidarité a été annoncée en France. La dernière fois fut à l'été 2018, lorsque le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle au principe de fraternité. Au lendemain de cette décision, il s'agissait donc d'affirmer une nouvelle fois que les personnes portant une aide aux étrangers en situation irrégulière ne pouvaient plus être poursuivies pénalement. Cet article permet de montrer qu'en dépit de la décision du Conseil constitutionnel, le délit de solidarité n'a pas totalement disparu du droit français, mais que la suppression de celui-ci est parfaitement envisageable.*

LA FIN DU DÉLIT DE SOLIDARITÉ À LA FRANÇAISE?

di Céline Chassang*

SOMMAIRE: 1. Prémisse. – 2. Le maintien partiel du délit de solidarité en droit français. – 2.1. L'évolution en demi-teinte de la définition de l'immunité pour motif humanitaire. – 2.2. L'absence d'évolution notable du champ d'application de l'immunité pour motif humanitaire. – 3. La suppression possible du délit de solidarité du droit français. – 3.1. Les raisons de l'abandon du délit de solidarité. – 3.2. La réécriture du texte d'incrimination. – 4. Conclusions.

1. Prémisse

En juin 2018, l'Aquarius, ce navire affrété par l'ONG SOS Méditerranée, qui a sauvé des centaines de migrants au large de la Libye, a dû rester en mer pendant une semaine, avant finalement que l'Espagne décide de l'accueillir¹. Fin 2018, des migrants secourus dans les eaux méditerranéennes par l'ONG *Proactiva Open Arms* se sont encore vus fermer l'accès aux ports italiens². À l'été 2019, cette même ONG a affrété un navire qui a été contraint de rester en mer pendant 19 jours, entre Malte et l'île de Lampedusa, avec, à son bord, plus d'une centaine de migrants³. Après le refus italien d'accueillir le navire, la proposition espagnole, refusée par l'ONG au regard de l'urgence de la situation, et les discussions de certains États européens⁴, le débarquement a finalement eu lieu à Lampedusa sur ordre de la justice italienne⁵. Le même scénario se répète inlassablement et la solidarité envers les migrants ne semble donc pas aller de soi. Pire, elle est encore réprimée dans certains États de l'Union européenne⁶. Mais en France, la fin de la pénalisation de la solidarité envers les étrangers en situation irrégulière a été annoncée⁷.

* Maître de Conférences, Université Paris Nanterre.

1. Voir notamment: www.sosmediterranee.fr.

2. Voir par exemple, «Italie: Le gouvernement ferme ses ports à un navire d'une ONG et 300 migrants à bord», *La Voix du Nord*, 22 décembre 2018 [en ligne].

3. Voir par exemple, S. Mouillard, «Migrants: «Honte sur toi Europe!», *Libération.fr*, 12 août 2019.

4. Voir par exemple, A. Le Gentil, «Migrants en Méditerranée: l'Open Arms rejette l'offre d'accoster en Espagne, jugée «irréalisable», *Le Journal du dimanche*, 18 août 2019 [en ligne].

5. Voir par exemple, K. Hullot-Guiot avec AFP, «Les passagers de l'«Open Arms» ont enfin débarqué à Lampedusa», *Libération.fr*, 21 août 2019.

6. Résolution 2059 (2015) du 22 mai 2015, «la criminalisation des migrants en situation irrégulière: un crime sans victime», §5.

7. La circulaire (NOR: INT/K/13/00159/C) relative à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées prétend qu' «en réécrivant le 3° de ce même article L. 622-4, la loi exclut les actions humanitaires et désintéressées du délit d'aide au séjour irrégulier, pour mettre enfin un

Tel fut d'abord le cas en 2012, avec la loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées⁸, puis en 2018, après la décision du Conseil constitutionnel français reconnaissant valeur constitutionnelle au principe de fraternité⁹. Par deux fois, c'était donc affirmer la fin de la pénalisation de cette obligation morale qui pousse autrui à porter aide et assistance¹⁰ aux étrangers en situation irrégulière.

Pour autant, le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, créé par le décret-loi Daladier du 2 mai 1938¹¹, reste incriminé à l'article L. 622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Aux termes de cet article «toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30.000 euros». Ces peines sont également encourues par la personne qui, quelle que soit sa nationalité, commet le délit alors qu'elle se trouve sur le territoire d'un État partie à la Convention Schengen¹². En outre, c'est également l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers sur le

terme à ce qui a été communément appelé «délict de solidarité». Plus récemment: G. Clavel, «Le "délict de solidarité" censuré par le Conseil constitutionnel au nom du "principe de fraternité"», *Le Huffington Post*, 6 juillet 2018; P. Gonzales, «Migrants: le Conseil constitutionnel abolit le "délict de solidarité"», *Le Figaro.fr*, 6 juillet 2018.

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

9. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délict d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]. Voir notamment, M. Borgetto, «La fraternité devant le Conseil constitutionnel», *JCP(G)*, 2018, n° 30-35, Doctr. 876; A. Dejean de la Batie, «Aide aux étrangers en situation irrégulière: victoire en demi-teinte de la cause humanitaire», *D.*, 2019, p. 49; B. De Lamy, «Au-delà de l'immunité humanitaire: la fraternité comme principe constitutionnel (à propos de l'art. 622-4 CESEDA)», *RSC*, 2018, p. 1001; P. Lignieres, «Fraternité: le Conseil constitutionnel ne peut plus se contenter de coups d'éclat », *Droit Administratif*, 2018, n° 8-9, repère 8; B. Mathieu, «Fraternité: une onction constitutionnelle porteuse de mutations», *Constitutions*, 2018, p. 389; D. Mazeaud, «Fraternité, le Conseil constitutionnel écrit ton nom...», *JCP (G)*, 2018, n° 29, p. 819; H. Pauliat, «La fraternité terrasse (pour partie) le délict de solidarité», *JCP (Adm.)*, 2018, n° 28, act. 597; A. Ponselle, «Le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider son prochain», *Constitutions*, 2018, p. 399; J.-H. Robert, «Fraternité avec les étrangers», *Droit pénal*, 2018, n° 9, comm. 159; D. Rousseau, «Enfin une bonne nouvelle: le principe de fraternité existe!», *Gaz. Pal.*, 2018, n° 26, p. 12; J. Roux, «Le Conseil constitutionnel et le bon Samaritain – Noblesse et limites du principe constitutionnel de fraternité», *AJDA*, 2018, p. 1781; J. Roux, «Fraternité: nouveau principe à valeur constitutionnelle», *D.*, 2018, p. 1856; C. Saas, «Le délict de solidarité est mort, vive le délict de solidarité», *D.*, 2018, p. 1894; J.-E. Schoettl, «Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté», *RFDA*, 2018, p. 959; V. Tchen, «La fraternité en droit des étrangers: un principe qui manquait», *AJDA*, 2018, p. 1786; G. Tusseau, «Le Conseil constitutionnel et le "délict de solidarité"», *RCDIP*, 2019, p. 5; M. Verpeaux, «Fraternité et Constitution – Constitutionnalisation et Constitution», *RFDA*, 2018, p. 966.

10. Voir par exemple la définition de «solidarité» dans le Dictionnaire de la langue française, *Le Petit Robert*, 2011.

11. Article 4 du Décret-loi du 2 mai 1938, Police des étrangers.

12. Néanmoins, aux termes de l'article L. 622-2 du CESEDA, il convient de respecter le principe *non bis in idem* et d'apprécier l'irrégularité de la situation de l'étranger au regard de la législation de l'État partie concerné. Pour poursuivre l'auteur des faits, il faut en outre une dénonciation officielle ou une attestation des autorités compétentes de l'État intéressé.

territoire d'un autre État partie à la Convention Schengen ou sur le territoire d'un État partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000¹³ qui est incriminée. Au regard du champ d'application de ce délit et des peines y relatives¹⁴, le délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers est donc sévèrement puni en droit français. Or, si cette infraction s'adresse nécessairement aux «passeurs» d'étrangers, elle pouvait également concerner les personnes apportant une aide aux étrangers en situation irrégulière. Par exemple, ont été condamnées pour aide au séjour irrégulier, deux frères ayant hébergé et nourri pendant un mois un étranger en situation irrégulière¹⁵, une personne ayant hébergé un étranger en séjour irrégulier pendant trois jours¹⁶, une femme ayant hébergé un étranger en situation irrégulière avec lequel une de ses amies allait se marier¹⁷, ou encore le chauffeur de taxi qui a transporté des étrangers en situation irrégulière¹⁸. Si ces exemples de condamnations paraissent excessifs, il convient de préciser que la caractérisation du délit suppose la connaissance par l'aidant de «l'irrégularité de la situation de l'étranger»¹⁹. En outre, il faut reconnaître que le législateur français a progressivement créé des immunités pénales au profit de certaines catégories de personnes. C'est l'article L. 622-4 1° du CESEDA, maintes fois modifié, qui liste ces immunités. Les premières sont des immunités familiales. Ainsi, certains membres de la famille de l'étranger en situation irrégulière ne peuvent pas être poursuivis pour l'infraction d'aide au séjour irrégulier: ascendants, descendants, conjoint des ascendants ou descendants, frères et sœurs de l'étranger et de leur conjoint. De même, le conjoint de l'étranger ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui bénéficie également de l'immunité pénale en vertu de l'article L. 622-4 2° du CESEDA. Mais, depuis la loi du 31 décembre 2012, et sous l'impulsion de l'arrêt *MALLAH* de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)²⁰, c'est également la famille du conjoint

13. *Ibid.*

14. Voir également, aux articles L. 622-3 et L. 622-5 et suivants du CESEDA, les circonstances aggravantes ainsi que l'ensemble des peines complémentaires applicables.

15. CA Agen, 13 octobre 1994, n° 940246, arrêt reproduit in GISTI, «Délit de solidarité: les origines», *Plein Droit*, 2009, n° 82, pp. V- VI.

16. Crim., 22 novembre 1995, pourvoi n° 95-83434.

17. CA Douai, 17 décembre 1997, *Mlle DELTOMBE*, arrêt reproduit in GISTI, «Délit de solidarité: la réalité», *Plein Droit*, 2009, n° 83, pp. VI-VII.

18. Crim., 21 janvier 2004, pourvoi n° 03-80328.

19. Voir par exemple, Crim., 26 février 1997, pourvoi n° 96-82158. Voir également, Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, Cons. 42; Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Cons. 18.

20. Cour EDH, Cinquième section, 10 novembre 2011, *Affaire MALLAH c. France*, Requête n° 29681/08. Voir notamment, P. Beauvais, «Droit pénal européen de la CEDH», *RPDP*, 2012, n° 1, chron. pp. 179-181; D. Roets, «Le

de l'étranger qui bénéficie d'une telle immunité pénale: ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger²¹.

Plus encore, il existe une immunité pour motif humanitaire. Ainsi, jusqu'à la loi du 31 décembre 2012, toute personne physique ou morale bénéficiait d'une immunité si l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la personne de l'étranger, sauf en cas de disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il y avait eu contrepartie directe ou indirecte²². Cette immunité n'était pas sans rappeler l'état de nécessité, cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article 122-7 du Code pénal français²³. Or, cette immunité semblait particulièrement restrictive²⁴ puisqu'elle ne protégeait pas «l'ensemble des personnes aidant de manière désintéressée les sans-papiers»²⁵. Peut-on condamner une personne venant en aide à un étranger en situation irrégulière quand bien même ce dernier ne courrait aucun danger? L'ancien texte le permettait. Le législateur français est donc intervenu, *via* la loi du 31 décembre 2012, afin de réécrire l'immunité pour motif humanitaire. L'immunité concernait alors «toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci». En vertu de cette nouvelle rédaction, la fin du délit de solidarité était donc annoncée²⁶. Et pourtant, la question s'est de nouveau posée à travers les retentissantes affaires Herrou et Mannoni. Poursuivi pour avoir transporté environ 200 étrangers en situation irrégulière depuis Vintimille jusqu'en France, les avoir hébergés à son domicile puis les avoir transférés, aux fins d'hébergement, sur une propriété privée appartenant à la SNCF, Cédric Herrou a été

délit de solidarité entre les mailles du filet européen», *RSC*, 2012, n° 1, p. 256-260; Opinion dissidente de la juge Power-Forde, annexée à l'arrêt *MALLAH c. France*.

21. Article 12 de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

22. Ancienne rédaction de l'article L. 622-4 3° du CESEDA.

23. «N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace».

24. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, Thèse sous la direction d'E. Fortis, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2013, p. 353.

25. S. Slama, «Délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers: controverses sur la légitimité d'un "délict d'humanité"», *AJ Pénal*, 2011, n° 11, p. 499. Voir également, Observatoire pour la protection des défenseurs des droits de l'Homme, *Délict de solidarité. Stigmatisation, répression et intimidation des défenseurs des droits des migrants*, juin 2009, 92 pages.

26. Voir notamment la circulaire (NOR: INT/K/13/00159/C) relative à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délict d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

condamné le 10 février 2017 par le tribunal correctionnel de Nice à une amende de 3000 euros avec sursis²⁷. Le tribunal correctionnel a estimé que Cédric Herrou pouvait bénéficier de l'immunité pénale pour l'aide apportée aux étrangers déjà présents sur le territoire français, mais non pour l'aide à l'entrée sur le territoire français, celle-ci étant explicitement exclue du champ d'application de l'immunité pénale. En appel, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence²⁸ a confirmé la condamnation pour aide à l'entrée irrégulière, mais a également condamné Cédric Herrou pour aide à la circulation et au séjour irréguliers en estimant que ses actions s'inscrivaient «dans une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration»²⁹. Il est finalement condamné à une peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis³⁰. Quant à Pierre-Alain Mannoni, également poursuivi pour avoir hébergé chez lui trois femmes étrangères en situation irrégulière, il a été relaxé par le tribunal correctionnel de Nice, mais condamné le 11 septembre 2017 par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence à une peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis³¹. De la même manière, la Cour d'appel lui a refusé le bénéfice de l'immunité au motif que «l'aide apportée aux étrangers s'inscrivait dans une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration en leur permettant de s'éloigner de la région frontalière et ne pouvait ainsi s'inscrire dans le seul cadre d'une aide apportée dans un but humanitaire»³².

Ces deux affaires ont conduit à la formulation d'une question prioritaire de constitutionnalité³³ (QPC) similaire, renvoyée au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation française³⁴. Le Conseil constitutionnel s'est en effet prononcé sur la compatibilité à la Constitution du délit de solidarité. Consacrant explicitement la valeur constitutionnelle du principe de fraternité, le Conseil constitutionnel a, dans la décision du 6 juillet 2018³⁵, également abrogé certaines des dispositions contestées et émis une réserve

27. TGI Nice, chambre correctionnelle n° 6, Jugement du 10 février 2017, n° 16298000008.

28. CA, Aix-en-Provence, 8 août 2017, n° 2017-568.

29. *Ibid.*

30. Cédric Herrou a également été condamné pour occupation illicite de terrain pour avoir installé des étrangers en situation irrégulière dans un bâtiment appartenant à la SNCF (article 322-4-1 du code pénal).

31. M. Verpeaux, «Fraternité et Constitution – Constitutionnalisation et Constitution», *RFDA*, 2018, p. 966.

32. Crim., 12 décembre 2018, pourvoi n° 17-85737.

33. Selon l'article 61-1 de la Constitution: «Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé».

34. Crim., 9 mai 2018, pourvois n° 17-85736 et n° 17-85737.

35. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger].

d'interprétation. Le glas du délit de solidarité sonnait une seconde fois³⁶. Dès lors, peut-on dire qu'en 2019, le délit de solidarité a définitivement disparu du droit français? Comme le laisse deviner le titre de l'article de Claire Saas³⁷, la réponse doit une nouvelle fois être négative. Pour autant, si le délit de solidarité a été partiellement maintenu en droit français (§2), il faut admettre que la suppression du délit de solidarité est parfaitement envisageable (§3).

2. Le maintien partiel du délit de solidarité en droit français

Sans doute, la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018³⁸ est une décision importante, emportant des effets sur le délit de solidarité. Toutefois, il faut admettre que cette décision des juges de la rue Montpensier n'a pas conduit à une abrogation pure et simple de ce délit. Au contraire, on note à la fois une évolution tout-à-fait relative de la définition de l'immunité pour motif humanitaire (§2.1) et une absence d'évolution notable quant au champ d'application de cette immunité (§2.2).

2.1. L'évolution en demi-teinte de la définition de l'immunité pour motif humanitaire

Au-delà des interrogations classiques que l'infraction d'aide à l'entrée et au séjour peut poser au regard des principes de légalité³⁹ et de nécessité⁴⁰, c'est surtout la question de sa conformité au principe de fraternité qui a été discutée dans la décision du 6 juillet 2018.

La question était en effet de savoir si la rédaction de l'immunité pour motif humanitaire était suffisante pour protéger des poursuites pénales toute personne apportant une aide aux étrangers en situation irrégulière. Au regard de la rédaction des dispositions contestées, cela n'était pas évident. En effet, il fallait à la fois démontrer l'absence de contrepartie directe ou indirecte et l'objet de l'aide. Or, d'une part, le terme «contrepartie», qui désigne ce qui est donné en échange⁴¹, pouvait conduire à des divergences de jurisprudences, car aucun minimum n'était fixé par le texte. D'autre part, l'objet de l'aide devait correspondre soit à la fourniture de conseils juridiques, soit à la

36. Voir notamment, G. Clavel, «Le “délit de solidarité” censuré par le Conseil constitutionnel au nom du “principe de fraternité”», *Le Huffington Post*, 6 juillet 2018; P. Gonzales, «Migrants: le Conseil constitutionnel abolit le “délit de solidarité”», *Le Figaro.fr*, 6 juillet 2018.

37. C. Saas, «Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité», *D.*, 2018, p. 1894.

38. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger].

39. *Ibid.*, §19.

40. *Ibid.*, §20.

41. Voir par exemple dans le Dictionnaire de la langue française, *Le Petit Larousse*, 2019.

fourniture de prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux s'ils étaient destinés à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, soit encore toute autre aide mais seulement lorsque celle-ci visait à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger. Or, selon la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), le caractère limitatif de l'énumération comportait encore le risque «d'exposer certaines personnes fournissant une assistance à des étrangers en situation irrégulière à des poursuites»⁴². En effet, aider un étranger en situation irrégulière à recharger son téléphone mobile⁴³, lui donner des cours d'alphabétisation⁴⁴, lui offrir un vêtement⁴⁵, lui proposer de prendre une douche⁴⁶ sont autant d'actes de solidarité qui ne correspondaient pas à cette définition de l'immunité pénale, car ils ne peuvent pas être considérés comme nécessaires à la préservation de la dignité ou de l'intégrité physique⁴⁷. Dans la décision QPC du 6 juillet 2018, les requérants ont alors soutenu que le principe de fraternité était méconnu⁴⁸. Le Conseil constitutionnel l'a admis et, sur ce point, la décision du 6 juillet 2018 est salubre. Dans cette décision, le Conseil reconnaît d'abord que «la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle»⁴⁹ duquel découle «la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national»⁵⁰. Il rappelle toutefois qu'il convient de concilier le principe de fraternité avec la sauvegarde de l'ordre public dont fait partie la lutte contre l'immigration irrégulière⁵¹. Au travers d'une réserve d'interprétation⁵², le Conseil estime que les dispositions instituant l'immunité pénale doivent être interprétées comme s'appliquant, outre ceux listés à l'article L. 622-4 3°, «à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire»⁵³.

42. CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour*, Assemblée plénière du 22 novembre 2012, p. 6. Voir également, CNCDH, *Avis sur la situation des personnes migrantes à la frontière franco-italienne*, 19 juin 2018, p. 28.

43. CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, p. 6.

44. *Ibid.*

45. P. Mathonnet, «Le délit de solidarité à l'épreuve du principe de fraternité», *Plein Droit*, 2018, n° 118, p. 42.

46. *Ibid.*

47. CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, p. 6; P. Mathonnet, «Le délit de solidarité à l'épreuve du principe de fraternité», *Plein Droit*, 2018, n° 118, p. 42.

48. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger], § 5.

49. *Ibid.*, § 7.

50. *Ibid.*, § 8.

51. *Ibid.*, § 9 et 10.

52. *Ibid.*, § 14.

53. *Ibid.*

C'est ainsi qu'en réponse à la décision du 6 juillet, la loi du 10 septembre 2018⁵⁴ a, une nouvelle fois, réécrit l'immunité de l'article L. 622-4 3° du CESEDA. Or, si la décision du Conseil peut apparaître salutaire, la modification législative freine cet élan optimiste. En effet, l'immunité pour motif humanitaire concerne désormais l'aide apportée par «toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire». Le but humanitaire énoncé par le Conseil constitutionnel se meut en «but exclusivement humanitaire». S'agit-il alors d'exclure du champ de l'immunité pénale le mobile militant, politique ou idéologique⁵⁵? On se souvient que c'était aussi un mobile militant qui animait tant Cédric Herrou que Pierre-Alain Mannoni. Pour refuser le bénéfice de l'immunité à Cédric Herrou, la Cour d'appel d'Aix en Provence avait en effet retenu que ses actions s'inscrivaient «dans une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration»⁵⁶. Dans cet arrêt, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a fait dépendre le bénéfice de l'immunité pour motif humanitaire de l'absence de mobile militant, en méconnaissance, selon Damien ROETS, du principe d'interprétation stricte de la loi pénale⁵⁷. Le fait d'ajouter dans la loi l'adverbe «exclusivement» permet dorénavant au juge (et même l'y oblige?) de refuser l'immunité lorsque le mobile qui anime l'aidant est à la fois humanitaire et militant. Sur ce point, il faut alors signaler un net recul entre la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018 et la loi du 10 septembre 2018. Et cela ne laisse rien augurer de bon pour Cédric Herrou et Pierre-Alain Mannoni. En effet, après la décision du Conseil constitutionnel, auquel elle avait renvoyé la QPC, et la modification opérée par le législateur, la Cour de cassation s'est de nouveau prononcée dans les affaires Herrou et Mannoni. Et par deux arrêts du 12 décembre 2018⁵⁸, la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré les arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ayant refusé le bénéfice de l'immunité pour motif humanitaire. Toutefois, il est intéressant de noter que la Cour de cassation ne censure pas en tant que telle la motivation de la Cour d'appel sur le mobile militant. En réalité, elle relève d'office le

54. Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

55. J.-E. Schoettl, «Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté», *RFDA*, 2018, p. 959; A. Ponselle, «Le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider son prochain», *Constitutions*, 2018, p. 399.

56. CA, Aix-en-Provence, 8 août 2017, n° 2017-568.

57. D. Roets, «A quoi sert le fait justificatif spécial d'humanité de l'article L. 622-4 3° du CESEDA?», *AJ Pénal*, 2017, p. 535. Voir également, C. Lazerges, «Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République», *RSC*, 2018, p. 267.

58. Crim., 12 décembre 2018, pourvois n°17-85736 et n° 17-85737.

moyen tenant à l'application immédiate aux faits de l'espèce des nouvelles dispositions concernant l'immunité pour motif humanitaire. Elle estime en effet que la loi du 10 septembre 2018 a élargi le champ des immunités pénales, de sorte que les juges du fond doivent réexaminer les faits au regard des nouvelles dispositions. Elle invite donc la Cour d'appel de renvoi, la Cour d'appel de Lyon, à se prononcer mais sans donner véritablement d'indication sur la prise en compte du mobile militant⁵⁹. Cédric Herrou et Pierre-Alain Mannoni ne sont dès lors pas à l'abri d'une condamnation pour aide au séjour irrégulier. Quant au premier, son sort «est d'autant plus incertain qu'il est poursuivi non seulement pour aide au séjour et à la circulation des étrangers, mais aussi à leur entrée et ce fait reste punissable»⁶⁰. En effet, si l'immunité pour motif humanitaire a été réécrite sous l'impulsion de la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018, en revanche le champ d'application de cette immunité n'a pas subi d'évolution notable et l'aide à l'entrée irrégulière ne saurait bénéficier d'une telle immunité.

2.2. *L'absence d'évolution notable du champ d'application de l'immunité pour motif humanitaire*

Avant la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018, l'article L. 622-4 du CESEDA était parfaitement limpide: seule l'aide au séjour irrégulier bénéficiait des immunités tant familiales que pour motif humanitaire⁶¹. C'était d'ailleurs l'un des griefs formulés par les requérants dans la QPC ayant conduit à la décision du 6 juillet 2018. Selon eux, il y aurait méconnaissance du principe de fraternité parce que l'immunité prévue par le 3° de l'article L. 622-4 du CESEDA «s'applique uniquement lorsque la personne est mise en cause pour aide au séjour irrégulier, et non pour aide à l'entrée et à la circulation d'un étranger en situation irrégulière sur le territoire français»⁶². Dans la décision du 6 juillet 2018, le Conseil constitutionnel se prononce aussi sur le champ d'application de l'immunité pour motif humanitaire et censure d'ailleurs les dispositions contestées. Pour autant, le bouleversement espéré par cette censure n'aura pas lieu. Pour les juges de la rue Montpensier, l'aide à l'entrée et l'aide à la circulation irrégulières sont, contrairement à l'aide au séjour, pénalement sanctionnée «quelles que soient la nature de cette aide et la finalité poursuivie»⁶³. Ils ajoutent que «l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation n'a pas nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à

59. J.-H. Robert, «Fraternité bien ordonnée», *Droit pénal*, 2019, n° 2, comm 33.

60. *Ibid.*

61. «Ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger...».

62. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger], § 5.

63. *Ibid.*, § 12.

son entrée, de faire naître une situation illicite»⁶⁴. On pressent donc la censure: si l'aide à l'entrée ne doit pas bénéficier de l'immunité, en revanche tel doit être le cas de l'aide à la circulation. Ainsi, selon le Conseil constitutionnel, «en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public»⁶⁵. Pour autant, alors même qu'il déclare les dispositions contraires à la Constitution⁶⁶, le Conseil décide de différer les effets de cette abrogation comme le lui permet l'article 62 de la Constitution française⁶⁷. Estimant en effet que «l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet d'étendre les exemptions pénales prévues par l'article L. 622-4 aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter l'entrée irrégulière sur le territoire français»⁶⁸ et «entraînerait des conséquences manifestement excessives»⁶⁹, il renvoie au législateur le soin de modifier les dispositions censurées avant le 1^{er} décembre 2018, date à laquelle le Conseil a donc reporté l'abrogation des dispositions⁷⁰. Toutefois, les juges de la rue Montpensier précisent qu'à compter de la décision du 6 juillet 2018, l'immunité pénale prévue par l'article L. 622-4 3^o du CESEDA «doit s'appliquer également aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter, hormis l'entrée sur le territoire, la circulation constituant l'accessoire du séjour d'un étranger en situation irrégulière en France lorsque ces actes sont réalisés dans un but humanitaire»⁷¹. La décision du Conseil constitutionnel est limpide: nul besoin d'étendre l'immunité pour motif humanitaire à l'aide à l'entrée irrégulière. Et le législateur, dans la loi du 10 septembre 2018, s'est d'ailleurs bien gardé de le faire et a utilisé les largesses laissées par le Conseil constitutionnel.

Depuis la réforme opérée par la loi de septembre 2018, le champ d'application de l'immunité pour motif humanitaire a donc été modifié à la marge. En effet, l'aide à la circulation et l'aide au séjour se confondent, les deux hypothèses supposant que «la

64. *Ibid.*

65. *Ibid.*

66. En particulier les termes «au séjour irrégulier» de l'article L. 622-4 du CESEDA.

67. Article 62 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958: «Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause».

68. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger], §23.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*, §24.

personne étrangère en situation irrégulière se trouve déjà sur le territoire national»⁷². D'ailleurs, la jurisprudence n'a pas apporté de distinction claire entre les deux notions⁷³. En outre, si l'aide à la circulation irrégulière entre désormais dans le champ d'application de l'immunité, l'aide à l'entrée irrégulière en est toujours exclue, parce que, contrairement aux deux autres hypothèses, elle fait naître la situation irrégulière. Cédric Herrou risque donc bel et bien une condamnation pour aide à l'entrée irrégulière. Il pourra toujours invoquer l'état de nécessité, cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article 122-7 du code pénal. Ce fait justificatif prévoit que «*n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace*». Cette hypothèse vise donc la situation dans laquelle l'aidant va commettre l'infraction d'aide à l'entrée irrégulière afin d'éviter le péril actuel ou imminent qui menace l'étranger en situation irrégulière. Toutes les hypothèses ne sont donc évidemment pas couvertes par ce fait justificatif et les conditions tenant à l'actualité et à la réalité du danger, ainsi qu'à la nécessité et à la proportionnalité de l'acte sont appréciées strictement⁷⁴. En tout état de cause, les changements opérés par la loi du 10 septembre 2018, quant au champ d'application de l'immunité pénale, sont particulièrement modestes.

La fin du délit de solidarité en France n'a donc toujours pas eu lieu. Si la définition de l'immunité pour motif humanitaire a évolué, le champ d'application de cette immunité n'a, quant à lui, que très peu évolué. L'aide à l'entrée irrégulière reste punissable quand l'aide à la circulation ou au séjour irrégulier peut être excusée si, en l'absence de contrepartie directe ou indirecte, elle consiste à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux ou si elle est accomplie dans un but exclusivement humanitaire. Pourtant, la suppression définitive du délit de solidarité en droit français est parfaitement envisageable.

3. La suppression possible du délit de solidarité du droit français

La suppression du délit de solidarité du droit français est parfaitement envisageable. Un certain nombre de motifs militent en effet pour un tel abandon (§3.1), ce qui suppose alors non pas de modifier la définition ou le champ d'application des immunités, mais de se

72. Commentaire de la Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, p. 21: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018717qpc/2018717_718qpc_ccc.pdf.

73. *Ibid.*

74. Voir par exemple sur l'appréciation des conditions: Crim., 1^{er} juin 2005, *Bull. Crim.* n° 168; Crim., 4 mars 1998, pourvoi n° 96-85690.

concentrer sur la réécriture même du texte d’incrimination (§3.2), les immunités devenant alors sans objet⁷⁵.

3.1. *Les raisons de l’abandon du délit de solidarité*

Tout d’abord, il est évident que la suppression pure et simple du délit de solidarité enverrait un message politique fort: l’arrêt définitif des poursuites contre des personnes faisant preuve de solidarité envers les étrangers. D’ailleurs, le Conseil de l’Europe a constaté, dans sa résolution du 22 mai 2015, que «certains États membres de l’Union européenne, en violation de la Directive 2002/90/CE définissant l’aide à l’entrée, au transit et au séjour irréguliers (...) sanctionnent l’aide humanitaire, instituant ainsi un “délit de solidarité”»⁷⁶ et n’a pas manqué de rappeler à cette occasion «la nécessité de mettre fin à la menace de poursuites pour complicité à la migration irrégulière, engagées à l’encontre des personnes qui portent secours»⁷⁷. À l’heure où le Conseil constitutionnel français a reconnu valeur constitutionnelle au principe de fraternité⁷⁸, il serait ainsi bienvenu qu’aucun risque de poursuite pénale ne menace les personnes ayant fait preuve d’altruisme, de solidarité ou de fraternité envers une personne de nationalité étrangère en situation irrégulière. Une telle suppression permettrait donc d’éviter qu’une personne soit regardée comme délinquante au regard des règles d’entrée et de séjour des étrangers en France pour le simple fait d’apporter une aide. Dans le même temps, un tel abandon mettrait fin aux situations ubuesques dans lesquelles la crainte de poursuites pénales prive une personne d’aider un étranger en situation irrégulière alors même que l’état ou la situation de ce dernier le nécessite. Il convient en effet de rappeler que les peines encourues pour le délit d’aide à l’entrée et au séjour irrégulier sont relativement sévères: 5 ans d’emprisonnement et 30.000 euros d’amende. Pour autant, la suppression du délit de solidarité n’emporte pas, et ne doit pas emporter, suppression pure et simple du délit d’aide à l’entrée, à la circulation et au séjour irrégulier. En effet, la répression retrouve tout son intérêt lorsqu’il s’agit de lutter contre les passeurs d’étrangers, les auteurs de trafics d’êtres humains et plus généralement toute personne qui utilise «la détresse des exilés pour en tirer un profit financier»⁷⁹. Selon Christine Lazerges, la lourdeur de la peine

75. Sur cette question: C. Chassang, *L’étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., pp. 348-358; CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, p. 9-10, Recommandation n° 1; Collectif Délinquants solidaires, «Pour mettre hors-la-loi le “délit de solidarité”», février 2018.

76. Résolution 2059 (2015) du 22 mai 2015, «La criminalisation des migrants en situation irrégulière: un crime sans victime», §5.

77. *Ibid.*

78. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d’aide à l’entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d’un étranger].

79. CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, pp. 9-10.

ne peut en effet se justifier que «par l'absolue nécessité de lutter contre les passeurs et la traite des êtres humains»⁸⁰.

Ensuite, les distinctions opérées par le Conseil constitutionnel et le législateur peuvent laisser perplexes en ce qu'elles comportent le risque d'instaurer une sorte de hiérarchie entre les actions désintéressées et solidaires. En effet, on sait que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 6 juillet 2018, a estimé, au travers d'une réserve d'interprétation, que l'immunité pénale devait s'appliquer à tout acte d'aide apportée dans un but humanitaire⁸¹. Néanmoins, le législateur a ajouté une condition supplémentaire pour le bénéfice de l'immunité pénale : hormis les conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, tout autre aide doit être apportée dans un but exclusivement humanitaire. Dans l'hypothèse où une telle précision entraîne l'exclusion du mobile militant⁸² du champ de l'immunité, cela pourrait alors conduire à l'instauration d'une certaine hiérarchie entre les actions solidaires. Schématiquement, les actions purement solidaires bénéficieraient de l'immunité et les actions solidaires et militantes ne bénéficieraient pas d'une telle immunité. En outre, Conseil constitutionnel comme législateur ne sont pas favorables, pour des raisons de protection de l'ordre public⁸³, à faire bénéficier de l'immunité pénale celui qui aide un étranger en situation irrégulière à entrer sur le territoire français, quand bien même l'aide serait purement humanitaire, tout à fait désintéressée. Cette exclusion peut présenter quelque chose d'incongrue: alors qu'un aidant peut bénéficier de l'immunité pénale pour avoir transporté un étranger en situation irrégulière entre deux villes françaises, un autre ne pourra en bénéficier pour avoir transporté ce même étranger entre une ville italienne et une ville française⁸⁴. Avant la promulgation de la loi du 10 septembre 2018, soixante sénateurs⁸⁵ ont d'ailleurs saisi le Conseil constitutionnel, conformément à l'article 61-2 de la Constitution française⁸⁶. Selon ces soixante sénateurs, l'absence d'extension des immunités pénales au délit d'aide à l'entrée irrégulière, «alors pourtant qu'une telle aide peut être apportée à titre purement

80. C. Lazerges, «Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République», *RSC*, 2018, p. 267.

81. Voir *supra*.

82. Voir *supra*.

83. Voir *supra*.

84. Voir D. Mazeaud, «Fraternité, le Conseil constitutionnel écrit ton nom...», *JCP (G)*, 2018, n° 29, p. 819: «Ainsi, s'il est contraire au principe de fraternité de sanctionner le fait de véhiculer un citoyen étranger en situation irrégulière de Paris jusqu'en Limousin, il n'en va pas de même si le transport d'un citoyen étranger lui permet de passer une frontière pour pénétrer sur le sol français. L'aide, même humanitaire et désintéressée, à l'entrée illégale d'un migrant sur notre sol, demeure pénalement sanctionnée ; l'ordre public a ses raisons que la fraternité ignore...».

85. 60 députés ont également saisi le Conseil constitutionnel.

86. «Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs».

humanitaire»⁸⁷ violerait le principe constitutionnel de fraternité. Mais, de manière tout à fait attendue, le Conseil constitutionnel a estimé qu'«en n'instituant pas d'exemption pénale en cas d'aide à l'entrée irrégulière en France d'un étranger, même si celle-ci est apportée dans un but humanitaire, le législateur n'a pas opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public»⁸⁸. Dans la hiérarchie des actions solidaires, l'aide à l'entrée purement humanitaire serait donc équivalente à l'aide au séjour solidaire et militante.

Enfin, techniquement, le fait de supprimer du droit français le délit de solidarité n'emporterait pas violation des engagements internationaux de la France. En effet, les textes internationaux n'imposent pas de réprimer les comportements qui procèdent du délit de solidarité et qui aujourd'hui encore sont punissables. Au niveau international, le protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée signée à Palerme le 12 décembre 2000 n'impose de pénaliser l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers que dans certaines circonstances. Aux termes de l'article 6 dudit protocole, les actes qui doivent revêtir le caractère d'infraction pénale sont limitativement énumérés et doivent en outre être «commis intentionnellement et pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel». Le texte international permet donc d'exclure les actes d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers accomplis de manière humanitaire ou désintéressée. Plus encore, le fait de profiter directement ou indirectement d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel est un élément constitutif de l'infraction⁸⁹. D'ailleurs, si on se réfère aux travaux préparatoires relatifs à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ainsi que ses protocoles, l'intention était bien celle «d'inclure les activités menées par des groupes criminels organisés pour en tirer un profit mais d'exclure les activités des personnes apportant une aide aux migrants pour des motifs humanitaires ou en raison de liens familiaux étroits»⁹⁰. Le texte international permet donc à la fois d'étendre l'immunité à l'aide à l'entrée irrégulière et de ne pas réduire la protection au but

87. Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, §102.

88. *Ibid.*, §108.

89. Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant, Nations Unies, New-York, 2008, p. 514.

90. *Ibid.*

«exclusivement» humanitaire, à partir du moment où il n'y a pas recherche d'un avantage financier ou matériel.

Au niveau européen, l'article 27 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 n'imposait aux États parties d'instaurer des sanctions appropriées qu'à l'encontre de ceux qui aident ou tentent d'aider, à des fins lucratives, un étranger à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'une Partie Contractante en violation de la législation de cette Partie Contractante relative à l'entrée et au séjour des étrangers. Seules les fins lucratives semblaient donc imposer une sanction pénale. Or, les «fins lucratives» permettent d'exclure les aides désintéressées ou humanitaires⁹¹ – quand bien même celles-ci seraient humanitaires et militantes – tant pour l'aide à l'entrée irrégulière que pour l'aide à la circulation et au séjour. Ce texte a finalement été abrogé par la directive du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers⁹². Certes, la directive impose aux États membres d'adopter des sanctions appropriées en matière d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers, mais elle distingue deux hypothèses⁹³. D'une part, doivent être sanctionnées les personnes qui aident sciemment un étranger non ressortissant d'un pays membre à pénétrer sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de sa législation relative à l'entrée ou au transit des étrangers⁹⁴. La directive permet toutefois aux pays membres de ne pas imposer de sanctions lorsque le comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne étrangère en situation irrégulière⁹⁵. D'autre part, les personnes qui aident, sciemment, dans un but lucratif, un étranger à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État relative au séjour des étrangers⁹⁶ doivent également être sanctionnées. La présence des termes «but lucratif» permet donc d'exclure du champ de la pénalisation non seulement les actions exclusivement humanitaires, mais toutes les actions humanitaires. Les États membres n'ont donc pas l'obligation d'imposer de sanctions à la fois pour l'aide à l'entrée et pour l'aide au séjour, dès lors qu'il s'agit d'une aide humanitaire. En l'état, le droit interne apparaît donc «plus sévère que ne l'exige le droit européen»⁹⁷.

91. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., p. 356.

92. Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier.

93. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., pp. 356-357.

94. Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier, article 1^{er}.

95. *Ibid.*

96. *Ibid.*

97. F. Lazaar, *Avis n° 815 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2018, p. 42.

Pour toutes ces raisons, le législateur français doit supprimer définitivement le délit de solidarité de son droit interne. Il peut à la fois étendre la protection pénale à toutes les actions humanitaires (et pas seulement celles qui sont exclusivement humanitaires), car elles supposent l'absence de dessein lucratif, et étendre le champ d'application de l'immunité à l'aide à l'entrée irrégulière⁹⁸. Mais plutôt que de raisonner en termes d'immunités, c'est la réécriture même du texte d'incrimination qui est concevable et qui permettrait de mettre définitivement un terme à l'existence du délit de solidarité.

3.2. La réécriture du texte d'incrimination

Aujourd'hui, l'immunité prévue par l'article L. 622-4 3° du CESEDA concerne «toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire». Cette immunité pénale permet, il est vrai, d'exclure un grand nombre d'hypothèses d'aide désintéressée ou humanitaire. Néanmoins, la présence du terme «exclusivement» ne permet pas d'exclure, avec certitude, toutes les hypothèses d'aide humanitaire ou désintéressée, par exemple lorsque l'aide est à la fois humanitaire et militante. En outre, l'immunité est inapplicable à l'aide à l'entrée irrégulière, que celle-ci soit ou non humanitaire. Le législateur pourrait alors décider de modifier la définition de l'immunité et son champ d'application. Mais, plutôt que de procéder par immunités, l'exclusion de toutes les actions humanitaires relatives à l'aide, à l'entrée et au séjour irréguliers pourrait découler plus simplement de la réécriture du texte d'incrimination, à savoir l'article L. 622-1 du CESEDA. Comme le permet le droit international, il suffirait alors d'ajouter au texte d'incrimination la condition relative aux fins lucratives⁹⁹. Un tel ajout permettrait en effet d'exclure du champ d'application à la fois la cellule familiale et l'aide humanitaire ou désintéressée¹⁰⁰. Ainsi, comme le recommandait la CNCDH, le texte d'incrimination pourrait ainsi être réécrit: «*Toute personne qui aura sciemment facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France, dans un but lucratif ou moyennant une contrepartie sera punie d'un emprisonnement de*

98. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., pp. 348-358; CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, pp. 9-10.

99. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., pp. 356-357. Voir, à cet égard, la proposition de loi n° 250 (2017-2018) visant à abroger le délit de solidarité d'E. Benbassa et plusieurs de ses collègues, déposée au Sénat le 24 janvier 2018; A. Ponseille, «Le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider son prochain», *Constitutions*, 2018, p. 399.

100. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., p. 356.

*cinq ans et d'une amende de 30.000 euros*¹⁰¹. Toutefois, la présence des termes «ou moyennant une contrepartie» permet-elle d'exclure tous les actes d'aide humanitaire? En l'absence de précision du texte, le terme «contrepartie» pourrait en effet conduire à des divergences de jurisprudences¹⁰². Certains proposent alors de sortir du champ de l'incrimination non seulement les actes solidaires ou désintéressés, mais également tous les actes qui n'ont fait l'objet que d'une «contrepartie proportionnée»¹⁰³ ou d'une «contrepartie qui n'est pas manifestement disproportionnée»¹⁰⁴. On sait par exemple que l'incrimination ne s'applique pas à l'avocat qui assure «régulièrement l'assistance ou la défense d'un étranger séjournant sur le territoire français»¹⁰⁵, car «la perception des honoraires qui en découlent ne peuvent pas constituer la contrepartie directe ou indirecte»¹⁰⁶. L'ajout des termes «contrepartie proportionnée» permettrait aussi de ne pas poursuivre, par exemple, les chauffeurs de taxi dont les services peuvent être considérés comme une aide à la circulation¹⁰⁷ effectuée non pas à titre gratuit, mais à titre onéreux¹⁰⁸. Toujours est-il que la présence des seuls termes «but lucratif» permet de répondre à l'objectif visé par la CNCDH, à savoir sortir du champ de l'incrimination les actes solidaires et humanitaires et «punir les filières de passeurs, les réseaux de traite des êtres humains et toutes les personnes qui profitent de la détresse des exilés pour en tirer un profit financier»¹⁰⁹. En effet, le lucre¹¹⁰ désigne le gain, le profit, les bénéfices, l'acte lucratif s'oppose donc à l'acte bénévole, désintéressé ou gratuit¹¹¹.

Il est vrai que cette question avait déjà été abordée lors des travaux parlementaires relatifs à la loi du 27 décembre 1994 transposant la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985¹¹². Le législateur s'était alors opposé à l'insertion des termes «à des fins lucratives» dans le texte d'incrimination, car cela ne permet pas de poursuivre «des agissements qui relèveraient (...) de l'infiltration en France d'éléments

101. CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, pp. 9-10, Recommandation n° 1.

102. Voir *supra*.

103. C. Abrantes, *Les passeurs d'étrangers*, Mémoire Master 2, 2018, Université Paris Nanterre, particulièrement pp. 92-96.

104. Collectif Délinquants solidaires, «Pour mettre hors-la-loi le “délit de solidarité”», février 2018.

105. Crim., 9 mai 2018, pourvoi n° 17-83709; Crim., 21 août 2013, pourvoi n° 13-83975.

106. Crim., 9 mai 2018, pourvoi n° 17-83709.

107. Voir par exemple, Crim., 21 janvier 2004, pourvoi n° 03-80328.

108. C. Abrantes, *Les passeurs d'étrangers*, Mémoire Master 2, 2018, Université Paris Nanterre, particulièrement p. 92.

109. CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, pp. 9-10.

110. Dictionnaire de la langue française, *Le Petit Robert*, 2011.

111. *Ibid.*

112. Loi n° 94-1136 du 27 décembre 1994 portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

appartenant à des réseaux d'islamistes, terroristes ou d'espionnage»¹¹³. Le texte d'incrimination pourrait toutefois être réécrit tout en prenant en compte ces éléments¹¹⁴. Le texte pourrait, par exemple être réécrit de la sorte¹¹⁵:

*Toute personne qui, **sciemment**, aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter, à des fins lucratives ou **aux fins de commettre des agissements relevant des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation ou des actes de terrorisme**, l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros.*

Sera puni des mêmes peines celui qui, quelle que soit sa nationalité, aura commis le délit défini au premier alinéa du présent article alors qu'il se trouvait sur le territoire d'un État partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 autre que la France.

Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un autre État partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990.

Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un État partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.

Néanmoins, dans une décision du 16 juillet 1996¹¹⁶, le Conseil constitutionnel a très justement refusé «l'assimilation faite par le législateur entre étrangers en situation irrégulière et terroristes»¹¹⁷. Dans la loi déferée au Conseil constitutionnel, le législateur avait fait entrer dans la catégorie des actes de terrorisme de l'article 421-1 du code pénal français l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger lorsqu'elle est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour

113. Voir notamment, T. Mariani, Rapport n° 949, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 823) relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 juin 2003, 1^{ère} partie, p. 85. Sur ce point, voir également, C. Saas, «La pénalisation de l'hospitalité», *Plein Droit*, 2001, n° 49, p. 29.

114. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., pp. 357-358.

115. *Ibid.*, p. 358.

116. Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

117. C. Teitgen-Colly et F. Julien-Laferrière, «Actes de terrorisme et droit des étrangers», *AFDA*, 1997, p. 86.

but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur¹¹⁸. Or, selon le Conseil constitutionnel, la seule aide directe ou indirecte apportée à des personnes en situation irrégulière ne correspond pas à des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des personnes ou des biens¹¹⁹. En outre, cette aide «n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste»¹²⁰. Enfin, si toutefois une relation apparaît entre l'acte terroriste et l'aide à l'entrée et au séjour, il est toujours possible d'utiliser la complicité de l'article 121-7 du code pénal¹²¹, le recel de criminel de l'article 434-6 du code pénal¹²², ou encore la participation à une association de malfaiteurs de l'article 450-1 du code pénal¹²³. Il est vrai que, dans la proposition formulée¹²⁴, les actes de terrorisme ne sont pas les seuls visés, car sont également visées toutes les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation. Pour autant, les remarques formulées par le Conseil constitutionnel peuvent subsister. Il est des mécanismes qui permettent déjà de réprimer l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour en relation avec une entreprise terroriste¹²⁵ ou en relation avec la commission d'autres atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation. Si, pour ces dernières, le recel de criminels et l'association de malfaiteurs ne semblent pas toujours appropriés, il subsiste en revanche la complicité par aide et assistance. Dès lors, ajouter au sein du texte d'incrimination «des fins lucratives» semble suffisant.

4. Conclusions

Le «délict de solidarité est mort, vive le délict de solidarité»¹²⁶ prévenait Claire Saas. Et en effet, si la fin de la pénalisation de la solidarité a été annoncée une seconde fois, le délict

118. Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, Considérant 2.

119. *Ibid.*, Considérant 8.

120. *Ibid.*

121. En particulier l'alinéa 1^{er} de l'article 121-7 du code pénal selon lequel «Est complice d'un crime ou d'un délict la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation».

122. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 434-6 du Code pénal, «Le fait de fournir à la personne auteur ou complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme puni d'au moins dix ans d'emprisonnement un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise de manière habituelle».

123. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 450-1 du code pénal, «Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement».

124. Voir *supra*.

125. C. Teitgen-Colly Et F. Julien-Laferriere, «Actes de terrorisme et droit des étrangers», *AFDA*, 1997, p. 86.

126. C. Saas, «Le délict de solidarité est mort, vive le délict de solidarité», *D.*, 2018, p. 1894.

de solidarité demeure bel et bien en droit français. Certes, il a évolué. La définition de l'immunité pour motif humanitaire a été modifiée, mais le champ d'application de cette immunité n'a, quant à lui, que très peu varié. L'aide à l'entrée irrégulière reste punissable quand l'aide à la circulation et au séjour ne peut être excusée que si, en l'absence de contrepartie directe ou indirecte, elle consiste à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux ou si elle est accomplie dans un but exclusivement humanitaire. En 2019, le délit de solidarité n'a donc pas définitivement disparu du droit français. Pourtant, une telle disparition est parfaitement envisageable et ce, sans méconnaître les engagements internationaux de la France. Il suffirait pour le législateur, non plus de procéder par immunités, mais de modifier le texte d'incrimination en y ajoutant les termes «à des fins lucratives». Alors, à quand la fin du délit de solidarité en France?