

Les délits d'aide à l'étranger en situation irrégulière

(article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945)

Michel REYDELLET,

Maître de conférences à l'Université de Toulon et du Var.

Il existe en droit français un article de loi qui permet de condamner à cinq ans d'emprisonnement un membre d'association humanitaire comme un trafiquant de main-d'œuvre étrangère, un travailleur social ou un avocat comme celui qui ne rejette pas son frère de son domicile lorsqu'il est étranger et que son visa est expiré.

L'art. 21 de l'ordonnance du 2 nov. 1945 punit en effet de façon spécifique 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 ».

L'aide directe à l'entrée ou au séjour irrégulier pourrait être poursuivie par le biais de la complicité (art. 121-7 c. pén.) mais les peines seraient celles de l'auteur principal et la tentative ne serait pas punissable.

La création de délits⁽¹⁾ autonomes répond à la volonté du législateur de punir plus sévèrement ceux qui aident l'immigration clandestine que les étrangers eux-mêmes. Si à l'origine les sanctions étaient d'un mois à un an d'emprisonnement et une amende de 600 à 12 000 F, la loi du 5 juill. 1972 double l'emprisonnement et porte l'amende à 200 000 F. La loi n° 91-1383 du 31 déc. 1991 (*D.* 1992, *Lég.* p. 175) fixe le montant actuel des pénalités : « un emprisonnement de cinq ans et une amende de 200 000 F »⁽²⁾.

Dans le même temps l'étranger coupable d'entrée irrégulière n'encourt qu'un emprisonnement d'un mois à un an et une amende de 2 000 à 20 000 F ; le séjour irrégulier n'est qu'une simple contravention jusqu'à la loi du 29 oct. 1981 qui en fait un délit puni des mêmes peines que l'entrée irrégulière (éventuellement assorties de l'interdiction du territoire pour trois ans maximum).

Il faut préciser que les ressortissants communautaires ne sont soumis à aucune condition d'entrée en France et que le défaut de titre de séjour n'est qu'une contravention qui, en pratique, n'est jamais poursuivie⁽³⁾.

Pour les autres étrangers, s'ils ne sont pas poursuivis pour des infractions de droit commun (et notamment pour usage de faux documents), le délit de séjour irrégulier n'est en principe pas poursuivi par les parquets : depuis 1986 la procédure administrative de reconduite à la frontière évite d'encombrer les tribunaux et les prisons.

L'autonomie des délits de l'art. 21 vise donc à « renforcer la répression du trafic de main-d'œuvre étrangère » (selon l'intitulé de la loi du 10 juill. 1976) en infligeant de lourdes pénalités à ceux qui aident un étranger en situation irrégulière alors même que l'étranger concerné ne fait pas l'objet de poursuites pénales.

Le délit d'aide à l'entrée irrégulière est, par exemple, constitué par le dirigeant d'agence de voyages qui, après avoir recruté par annonce des Mauriciens, les fait venir en France comme touristes⁽⁴⁾. Le délit d'aide au séjour irrégulier est consommé par celui qui fournit un logement et des prestations à des étrangers qui se dissimulent pour échapper aux recherches judiciaires dans leur pays⁽⁵⁾, par l'entrepreneur qui emploie des ouvriers en situation irrégulière et les héberge dans des baraques de chantier louées par lui⁽⁶⁾.

Les filières de mariages blancs peuvent également être poursuivies par le biais de l'art. 21 : le fait de publier des annonces par lesquelles des étrangers recherchent des Français pour contracter des mariages simulés pour obtenir des titres de séjour constitue le délit d'aide au séjour irrégulier⁽⁷⁾. Les personnes qui contractent de tels mariages peuvent également être poursuivies⁽⁸⁾.

Le fait que les délits de l'art. 21 visent avant tout à sanctionner ceux qui concourent à l'immigration clandestine est confirmé par les peines complémentaires qui peuvent être infligées aux auteurs : apparues avec la loi du 10 juill. 1976 elles ont été complétées par la loi du 31 déc. 1991 :

— l'interdiction de séjour peut permettre d'éloigner le passeur des zones frontalières, des ports et des aéroports ;

— le retrait d'autorisation administrative de transport, la confiscation du véhicule privent le passeur des moyens d'accomplir son trafic ;

— l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise (pour cinq ans maximum) peut viser l'agence de voyages ou le logeur indélicats ;

— la confiscation des produits provenant directement ou indirectement de l'infraction permettra de sanctionner tous ceux qui tirent profit de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers ;

(1) Jusqu'en 1996 on pouvait utiliser le singulier tant les incriminations sont proches, mais l'immunité familiale introduite par la loi n° 96-647 du 22 juill. 1996 (*JO* 23 juill., p. 11104 ; *D.* 1996, *Lég.* p. 347) ne concerne que l'aide au séjour irrégulier et non l'aide à l'entrée irrégulière.

(2) Le projet de loi de J.-P. Chevènement, adopté le 17 déc. 1997 en première lecture à l'Assemblée nationale, porte les peines à dix ans d'emprisonnement et 5 000 000 F d'amende lorsque les infractions sont commises « en bande organisée ».

(3) Contravention de cinquième classe ; Décr. n° 81-405 du 28 avr. 1981 mod. par Décr. n° 94-211 du 11 mars 1994, *JO* 13 mars, p. 3989 ; *D.* 1994, *Lég.* p. 228.

(4) Cass. crim., 12 févr. 1980, *Bull. crim.*, n° 56 ; *Rev. sc. crim.* 1981, p. 81, obs. Vitu. — V. aussi Cass. crim., 19 mars 1991, n° 89-81-293.

(5) Cass. crim., 4 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 104 ; *JCP* 1991, IV, p. 228, curieusement il s'agit d'Italiens mais le moyen (tiré du décret du 28 avr. 1981) soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation est irrecevable.

(6) Cass. crim., 20 mai 1992, *Bull. crim.*, n° 198.

(7) Cass. crim., 25 mars 1980, *Bull. crim.*, n° 102 ; *D.* 1981, IR p. 142, obs. G. Roujou de Boubée ; *Rev. sc. crim.* 1981, p. 81, obs. Vitu.

(8) Cass. crim., 19 nov. 1984 ; 4 nov. 1992, n° 92-82-650, *P. Inal Kazim*.

— l'interdiction du territoire français (pour dix ans maximum) peut être prononcée à l'encontre du coupable de nationalité étrangère (ce qui entraîne reconduite à la frontière d'office à l'issue de l'éventuel emprisonnement et impossibilité de revenir en France, pour une durée maximum de dix ans).

La sévérité des sanctions s'explique par la gravité des comportements et des trafics auxquels l'immigration clandestine est susceptible de donner lieu. Des passeurs aux employeurs clandestins, des recruteurs dans les pays du tiers-monde aux « marchands de sommeil » dans les pays occidentaux, des transporteurs complices aux officines de faux-papiers, il s'agit de punir tous ceux qui exploitent « toute la misère du monde » (du tiers-monde au quart-monde), tous ceux qui se comportent comme des marchands d'esclaves de l'époque actuelle.

Et pourtant... les volontés successives d'élargissement des possibilités de répression ont peut-être abouti à des délits qui constituent « un défi aux fondements du droit »⁽⁹⁾.

Déjà la généralité des termes de l'art. 21 et l'absence de référence à la motivation financière étendent le champ des incriminations au-delà des trafiquants : ceux qui hébergent à titre gratuit un étranger en situation irrégulière peuvent être poursuivis sur le fondement de cet article. La loi du 29 oct. 1981 et le décret du 26 mai 1982, en supprimant l'obligation faite à toute personne hébergeant un étranger d'en faire la déclaration au commissariat de police ou au maire (la « fiche de police » ne subsiste plus que pour les hôteliers, aubergistes et autres professionnels hébergeant des étrangers), ont eu pour conséquence de faire rentrer « ces infractions mineures dans le champ d'application de dispositions visant essentiellement les réseaux organisés de passeurs »⁽¹⁰⁾.

La Convention de Schengen dans son art. 27 reprenait cette incrimination de façon plus précise en visant les personnes ayant facilité l'entrée et le séjour irréguliers d'un étranger « à des fins lucratives », mais la loi n° 94-1136 du 27 déc. 1994 (D. 1995, Lég. p. 136) qui met en œuvre cette Convention ne reprend pas cette précision⁽¹¹⁾. Cette loi rajoute trois alinéas à l'art. 21 pour permettre de sanctionner ces délits commis depuis tout État de l'espace Schengen et aussi ces mêmes délits commis depuis la France à l'encontre d'un de ces États, ce qui est une innovation en matière pénale⁽¹²⁾.

A la suite du nouveau code pénal, la loi n° 93-1313 du 20 déc. 1993 (D. 1994, Lég. p. 11) complète l'ordonnance de 1945 par un art. 21 *ter* qui prévoit que les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables en vertu de l'art. 21. Les peines encourues sont une amende d'un million de francs, la dissolution, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle, la surveillance judiciaire, la fermeture d'établissement, l'exclusion des marchés publics, la confiscation de biens et l'affichage de la condamnation.

Là encore la sévérité des sanctions permet de frapper les trafiquants qui s'abriteraient derrière une entreprise quel qu'en soit l'objet (transport, voyage, import-export, travaux

publics...), des associations humanitaires aidant les étrangers pourraient cependant être touchées.

Enfin le délit d'aide aux étrangers en situation irrégulière devait rebondir à propos de deux réformes du Gouvernement Juppé :

— Le ministre de la Justice, J. Toubon, décida d'inclure dans le projet de loi renforçant la répression du terrorisme l'extension de la notion d'infraction terroriste au délit d'aide au séjour irrégulier d'étranger lorsqu'il est commis pour aider une personne ayant participé à une entreprise terroriste, au motif que cette aide n'entraîne pas toujours dans le champ du délit d'association de malfaiteurs⁽¹³⁾. Ainsi la volonté affichée de combattre ceux qui fournissent la logistique aux poseurs de bombes amenait à un ultime « perfectionnement » de l'art. 21 qui entrait dans la catégorie des infractions terroristes pouvant être constatées par des perquisitions de nuit et pouvant même entraîner la déchéance de la nationalité française pour les naturalisés.

Le garde des Sceaux fut amené à préciser que ce projet « est un texte non pas contre les étrangers, mais contre les terroristes, ce qui est totalement différent. En effet, tous les étrangers ne sont pas terroristes et tous les terroristes ne sont pas étrangers ! ». Le Conseil constitutionnel devait faire droit à ce raisonnement lumineux⁽¹⁴⁾ en annulant cette disposition dangereuse et inutile⁽¹⁵⁾.

Le même texte institue une immunité au profit du conjoint, des ascendants et descendants qui ne pourront plus être poursuivis pour aide au séjour irrégulier : le 20 janv. 1995, le Tribunal correctionnel de Paris avait relaxé une Française qui avait refusé de livrer le passeport de son époux marocain qui aurait permis de le reconduire à la frontière.

— Le ministre de l'Intérieur, J.-L. Debré, profita de l'affaire des « sans-papiers » et de l'expulsion de l'église Saint-Bernard pour imposer au Premier ministre son idée d'une refonte de l'ordonnance de 1945, deux ans seulement après les « lois Pasqua ».

Parmi ses projets (souvent repris des travaux de la commission Philibert-Sauvaigo) figurait en première place la réforme des « certificats d'hébergement » et notamment le renforcement des pouvoirs des maires et la « responsabilisation des hébergeants » qui devraient désormais déclarer à la mairie le départ de l'étranger. Le Conseil d'État rendit un avis défavorable sur cette disposition qui porte atteinte à la liberté individuelle et à la vie privée, mais le projet de loi de M. Debré fut adopté en première lecture à l'Assemblée nationale (le texte étant durci par les parlementaires de la majorité, en dépit des efforts de M. Mazeaud et de M. Dray, seul député socialiste présent dans l'hémicycle).

Tout hébergeant d'étranger, inscrit sur un fichier, pourrait relever de l'art. 21 s'il ne déclare pas le départ de l'étranger. Le 11 févr. 1997, cinquante-neuf réalisateurs de cinéma lancent un « appel à désobéir » à la suite du jugement condamnant Mme J. Deltombe qui avait hébergé un ami zairois en situation irrégulière. Les intéressés se déclarent coupables d'avoir hébergé récemment des étrangers en situation irrégulière, sans les dénoncer et entendent continuer « à sympathiser et à travailler sans vérifier les papiers de nos collègues et

(9) Selon le titre de l'article de B. Mercuzot, L'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 : un défi aux fondements du droit, D. 1995, Chron. p. 249.

(10) C. Nguyen Van Yen, *Droit de l'immigration*, PUF, Thémis, 1986, p. 221.

(11) Le ministre ayant expliqué qu'il fallait pouvoir poursuivre ceux qui aident les réseaux terroristes à infiltrer des agents en France et qui agissent par idéologie. JOAN CR, 17 déc. 1994, p. 9269.

(12) Dans le dernier cas le texte prévoit que les poursuites supposent une dénonciation des autorités de l'État concerné et que l'étranger n'ait pas déjà été condamné pour les mêmes faits. M. Masson, rapporteur au Sénat, précisa que l'on ne pouvait poursuivre un étranger agissant sans but lucratif (par exemple dans un but idéologique) si la législation de l'autre État concerné, comme la Hollande, a repris le critère du but lucratif inscrit à l'art. 27 de la Convention de Schengen.

(13) Audition de M. Toubon le 5 mars 1996 par la Commission d'enquête sur l'immigration clandestine. — Rapport n° 2699, t. 2, p. 383. V. aussi les observations du Gouvernement en réponse aux saisines du Conseil constitutionnel, JO 23 juill. 1996, p. 11117.

(14) Rapport préc., p. 385 ; le garde des Sceaux avait déjà précisé « peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'un étranger (rapport, p. 383) mais on ne trouve pas trace d'un délit « d'aide à Français... », par contre la complicité, l'association ou le recel de malfaiteurs sont bien sanctionnés par ailleurs.

(15) Cons. const., déc. n° 96-377, 16 juill. 1996, JO 23 juill., p. 11108 ; D. 1997, Jur. p. 69, note B. Mercuzot.

amis... Nous appelons nos concitoyens à désobéir pour ne pas se soumettre à des lois inhumaines ».

Un autre appel lancé par cinq associations humanitaires citait la loi du 10 déc. 1941 : « Les personnes juives ou non juives qui hébergent des juifs à quelque titre que ce soit devront faire au commissariat de police une déclaration spéciale... dans les vingt-quatre heures de l'arrivée du juif ».

L'ampleur de la mobilisation déclenchée par ces appels amena le Premier ministre à retirer l'art. 1^{er} du projet Debré, M. Mazeaud faisant adopter un nouveau mécanisme : c'est désormais le préfet qui vise le certificat d'hébergement et c'est à l'étranger hébergé de remettre son certificat aux services de police lors de sa sortie du territoire français⁽¹⁶⁾.

Au terme de ces évolutions récentes, l'art. 21 apparaît comme un texte vague qui permet d'incriminer aussi bien ceux qui profitent de l'immigration clandestine ou ceux qui aident des réseaux terroristes que des membres de la famille proche des étrangers ou des adhérents d'associations qui apportent une aide humanitaire désintéressée.

Des doutes sérieux sont ainsi permis sur la constitutionnalité des incriminations de l'art. 21 (I), incriminations qui restent potentiellement dangereuses (II).

I. La constitutionnalité douteuse de l'article 21

En 1945 le contrôle de constitutionnalité n'existait pas en France et les lois qui ont modifié l'art. 21 pour accroître les pénalités (1972, 1976, 1991) ou accroître son champ d'application (1993, 1994) n'ont pas été soumises au Conseil constitutionnel. Dès lors, jusqu'en 1996, les doutes les plus sérieux existent sur la constitutionnalité des délits de l'art. 21 de l'ordonnance du 2 nov. 1945, vis-à-vis du principe de légalité des délits et des peines comme du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

A. L'article 21 et le principe de légalité des délits et peines

Au pays de Rousseau on a longtemps considéré que la loi pouvait tout faire... pourtant l'art. 8 Décl. dr. homme dicte au législateur son comportement en matière pénale : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Le Conseil constitutionnel donne toute sa portée à cette obligation en considérant que ce principe de la légalité des délits et des peines impose au législateur « de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »⁽¹⁷⁾.

1. - Les éléments constitutifs des infractions

Les sénateurs (dont R. Badinter) qui ont saisi le Conseil constitutionnel d'un recours contre la loi renforçant la répression du terrorisme estimaient que le législateur ne respectait pas ces exigences de clarté et de précision : « S'agissant du coupable, le texte vise « toute personne ». S'agissant des faits il vise « toute aide directe ou indirecte ». S'agissant de l'objet, il vise celui d'avoir « facilité ou tenté de faciliter » l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger »⁽¹⁸⁾.

La formule « toute personne » — qui a remplacé le terme origininaire « tout individu » pour englober les personnes morales — a au moins l'avantage d'exclure toute discrimination, notamment selon la nationalité⁽¹⁹⁾ ou le lieu dans l'espace Schengen ou l'État concerné dans cet espace.

(16) Faute de décret ce mécanisme n'est finalement pas entré en vigueur et le projet Chevènement amendé devrait supprimer ce certificat (V. *Le Monde*, 13 déc. 1997, p. 6).

(17) Cons. const., 19-20 janv. 1980, *Sécurité et liberté*, Rec. Cons. const., p. 15.

(18) JO 23 juill. 1996, p. 11112.

(19) Cependant, si le coupable est étranger, il encourt une interdiction du territoire de dix ans.

Par contre les autres éléments sont d'une grande imprécision à l'image même de la situation « irrégulière » de l'étranger : au-delà de trois mois l'étranger doit être titulaire d'un titre de séjour mais la date d'entrée n'est pas toujours connue ; certains sont dispensés de visas. Les services préfectoraux délivrent des autorisations provisoires de séjour, les titres ne sont pas toujours renouvelés à temps sans que l'intéressé soit en cause ; même au niveau de l'entrée sans aucun papier la Convention de Genève de 1951 interdit d'en faire grief à ceux qui revendiquent le statut de réfugié ; on n'oubliera pas non plus la régularisation, pour motif humanitaire notamment, qui transforme le clandestin de la veille en étranger en situation régulière, ni ceux qui ne sont pas éloignables tout en n'étant pas régularisables...

2. - L'absence de précision sur la motivation

On a vu que le législateur avait été animé par la volonté d'étendre la répression à toutes les formes d'aide à l'immigration clandestine en incriminant l'aide indirecte (le fait par exemple de prêter un véhicule en sachant qu'il va servir à faire passer la frontière à un individu) et même la tentative (« avoir tenté de faciliter... »).

Cette volonté d'étendre largement le champ de la répression a amené le législateur à refuser toute précision sur les motivations des personnes concernées. On aboutit ainsi à des délits pouvant viser indifféremment les trafiquants qui recherchent le profit (seul, comme le fonctionnaire du contrôle de l'immigration indelicat, ou en filière organisée, de façon ponctuelle ou le plus souvent répétitive) et tous ceux, proches ou non, qui entendent aider leur prochain, par simple humanité.

La question de la motivation a été clairement posée lors des débats de 1994 sur la loi tirant les conséquences de la Convention d'application des accords de Schengen. L'art. 27 de ce texte incrimine ceux qui facilitent « à des fins lucratives » l'entrée et le séjour irréguliers d'étrangers sur le territoire des États de l'espace de Schengen.

Le ministre s'est opposé à la précision sur les « fins lucratives » en expliquant qu'il fallait pourvoir poursuivre aussi les réseaux terroristes. Le législateur aurait pu préciser que l'aide aux étrangers en situation irrégulière était punissable lorsqu'elle était inspirée par des fins lucratives ou par une idéologie quelconque au service d'une entreprise menaçant l'ordre public (ou encore par un mélange des deux types de motivation, l'esprit de lucre n'étant pas forcément absent chez ceux qui aident les terroristes).

L'examen des travaux parlementaires montre que l'ambiguïté, qui permet l'amalgame, n'a pas été vraiment tranchée : le rapport à l'Assemblée nationale évoque dans son introduction « le dispositif répressif actuel qui frappe les passeurs et les trafiquants de main-d'œuvre » ; on voit aussi un sénateur s'exclamer « mais c'est uniquement des passeurs qu'il s'agit ». Inversement le rapporteur précise que « dans le droit français aucune distinction n'est opérée entre les activités exercées à but lucratif et à but non lucratif »⁽²⁰⁾.

Le texte finalement adopté continue de ne pas parler des motivations et l'opposition, en dépit de ses déclarations, finira par ne pas saisir le Conseil constitutionnel dans un contexte préélectoral⁽²¹⁾.

Faute de précision sur les motivations, l'art. 21, par glissements successifs, permet des amalgames comme l'illustre la loi anti-terrorisme : le projet du Gouvernement faisait de l'aide à l'étranger en situation irrégulière un acte de terrorisme lorsque l'aide était en relation avec une « entreprise ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». Il fallut tous les efforts du Sénat pour ajouter l'adverbe « intentionnellement » avant que le Conseil

(20) JO Sénat CR, 16 nov. 1994, p. 5617.

(21) Sur ces considérations politiques, V. B. Mercuzot, *chron. préc.*

constitutionnel, conscient du risque d'incrimination « en tache d'huile », n'annule cette extension.

En l'état actuel du texte, l'art. 21 permet d'incriminer aussi bien :

— les membres de la famille proche (l'exemption pénale de 1996 ne concerne que le conjoint, les ascendants et descendants, reconnaissance minimale par le législateur de l'absurdité de certaines poursuites aboutissant à des relaxes devant les tribunaux) : concubins, collatéraux, amis ;

— les membres d'associations humanitaires qui aident tous les déshérités, sans considération de nationalité, ainsi que les associations spécialisées dans l'aide aux étrangers (notamment dans les zones d'attente et centres de rétention) : Anafe, Gisti, Cimade, FTDA... ;

— l'avocat, le juriste, le travailleur social qui renseignent un étranger cherchant à régulariser sa situation ou l'assistent, même ponctuellement ;

— le directeur d'école inscrivant des enfants étrangers sans vérifier le titre de séjour des parents⁽²²⁾ ;

— le médecin qui soigne, en dehors de toute urgence, un étranger « sans-papiers » ;

— l'ecclésiastique qui laisse s'installer des « sans-papiers » dans l'église sans requérir aussitôt la force publique...

Toutes ces personnes facilitent — directement ou indirectement — en connaissance de cause — le séjour irrégulier d'un étranger et encourent cinq ans d'emprisonnement et 200 000 F d'amende.

Ces personnes n'ont aucun point commun ni avec les trafiquants et passeurs ni avec ceux qui aident des terroristes. La précision évoquée sur les motivations devrait permettre d'exclure les poursuites pénales lorsque l'aide est désintéressée et ne menace en rien l'ordre public : que la motivation soit l'amour (conjoint, concubin, proches parents), l'amitié, la solidarité, qu'on la désigne par la fraternité, l'assistance, la charité (associations), voire la déontologie (médecins, avocats, travailleurs sociaux).

B. L'article 21 et la sauvegarde de la dignité de la personne humaine

Par son imprécision cet article favorise l'amalgame entre des situations sans rapport (comme l'assistance humanitaire et l'aide au terrorisme) ; par sa généralité et l'imprécision de sa portée cet article peut aboutir à isoler l'individu à un point tel que sa dignité soit en cause.

1. - L'ambiguïté sur l'étendue de la notion

Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine est issu de la première phrase du Préambule de 1946 qui se réfère aux « régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine ». On peut hésiter sur l'exacte signification de cette notion constitutionnelle. Dégagée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juill. 1994 à propos des lois sur la bioéthique, on pourrait tenter un parallèle entre les « expérimentations » des médecins nazis et les risques de manipulations génétiques ouverts par les progrès de la biologie ; on en viendrait alors à une vision étroite de la sauvegarde de l'intégrité humaine. Ne seraient alors visés que les persécutions, traitements inhumains ou dégradants (au sens de l'art. 3 Conv. EDH), ceux qui rabaisent l'individu au rang d'esclave, comme l'a fait la barbarie nazie⁽²³⁾.

Pourtant nos juridictions recourent au principe de sauvegarde de la dignité dans un sens plus large : le Conseil d'État y voit « l'une des composantes de l'ordre public » pour justifier l'interdiction d'un spectacle de « lancer de nains ». Au risque d'une extension du pouvoir de police municipale qui pourrait s'avérer dangereuse⁽²⁴⁾ le Conseil d'État justifie cette mesure où l'intégrité physique de l'intéressé n'est pas en cause : ce qui est inacceptable c'est que le nain soit considéré comme un projectile, c'est-à-dire comme un objet, et la dignité humaine est atteinte aussi bien du côté de l'intéressé qui s'y soumet (et voulait conserver son emploi) que du côté des spectateurs transformés en voyeurs d'une infirmité.

Le Conseil constitutionnel étendait même cette notion aux droits sociaux en considérant que « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif à valeur constitutionnelle »⁽²⁵⁾ tant il est vrai qu'à un certain niveau de dénuement c'est l'ensemble des droits fondamentaux — et donc la dignité de l'existence humaine — qui sont compromis.

2. - L'atteinte à cette exigence constitutionnelle par l'article 21

Il ne semble pas excessif, à l'aune de cette jurisprudence, de considérer que la sauvegarde de la dignité humaine puisse être atteinte par un article qui interdit toute forme d'aide, directe ou indirecte, venant de toute personne, puisque toute aide faciliterait son séjour irrégulier. La saisine des sénateurs est particulièrement nette à cet égard : « la répression générale, absolue et indistincte de toute forme d'aide au séjour d'étrangers en situation irrégulière coupe ces derniers, quelles que soient leur détresse et ses causes, de tout contact humain, de toute main tendue, fût-elle celle d'une association de secours social. Les voilà donc, par l'effet de la loi, retranchés de toute relation humaine, voués à contaminer pénalement quiconque se bornerait à simplement tenter de leur venir en aide ».

On doit tout refuser aux « sans-papiers » : tout bien, tout service, tout logement, tout renseignement, on doit leur refuser l'aide médicale non urgente, l'école pour leurs enfants et même l'aumône. Ces étrangers deviennent ainsi des parias, des « intouchables » dans la société française : quiconque s'en approche encourt cinq ans d'emprisonnement. Ils ne peuvent même pas s'entraider : le « sans-papiers » qui aide un autre étranger en situation irrégulière (même son conjoint, son enfant...) relève de l'art. 21 (qui vise « toute personne ») et encourt même, de ce seul fait, une interdiction du territoire de dix ans.

Le « sans-papiers » est même plus mal traité que l'assassin qui lui, du moins, peut se réfugier dans sa famille sans que celle-ci soit poursuivie pour recel de malfaiteur ou non-dénonciation de crime (l'art. 434-6 c. pén. protège même le concubin et les frères et sœurs).

Au contraire la Cour de Grenoble a confirmé que l'étranger venu voir sa famille devait être rejeté à la rue par ses frères à l'expiration de la validité de son visa⁽²⁶⁾... il mérite bien alors l'appellation (révélatrice) de « clandestin »⁽²⁷⁾ « mis au banc de l'humanité » selon la saisine sénatoriale.

Cette rupture du lien social, ce rejet du cercle humain, cette situation de paria caractérisent l'atteinte à la dignité humaine, aussi bien du côté de l'étranger — irrémédiablement seul et

(22) Sur ce point le ministre de l'Éducation nationale F. Bayrou s'est vigoureusement opposé à ceux qui souhaitent cette vérification dans la Commission Philibert-Sauvaigo, Rapport préc., p. 462-476.

(23) Ce sens étroit est soutenu par le Gouvernement dans ses observations en réponse à la saisine du Conseil constitutionnel, JO 23 juill. 1996, p. 11116.

(24) CE, ass., 27 oct. 1995, *Cne de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, D. 1996, Jur. p. 177, note G. Lebreton ; V. concl. Frydman, RFD adm. 1995, p. 1204, refusant par avance cette notion pour les spectacles érotiques : la notion de « circonstances locales » disparaît ; V. chron. AJDA 1997, p. 93.

(25) Cons. const., 19 janv. 1995, *Loi diversité de l'habitat*, AJDA 1995, p. 455, obs. B. Jorion.

(26) CA Grenoble, 8 mars 1995 (V. infra).

(27) Selon D. Fassin, *Le Monde*, 3 avr. 1996, p. 13, « ce mot juge et condamne en même temps qu'il désigne ».

rejeté — que du côté des autres individus empêchés de l'assister : il implique une sorte de « mort sociale ».

Imaginons que ce « clandestin » finisse par se jeter à l'eau... celui qui est témoin du suicide doit lui porter secours (il encourt cinq ans d'emprisonnement s'il s'abstient : art. 223-6 c. pén.) mais dès qu'il a ramené le malheureux sur la rive et que celui-ci lui explique son geste par le fait qu'il est « sans-papiers », son sauveteur doit immédiatement rompre tout contact (sinon il encourt cinq ans d'emprisonnement). Il doit même le dénoncer puisqu'il a maintenant connaissance d'un délit de séjour irrégulier et qu'il vient de contribuer à le faciliter en lui sauvant la vie !

Cette démonstration par l'absurde montre que l'aboutissement de l'art. 21 est le devoir de dénonciation, de délation. Après avoir isolé le « sans-papiers » en lui refusant toute aide, la seule attitude à tenir est de le dénoncer comme le remarque D. Lochak : « la dénonciation des étrangers en situation irrégulière devient (...) une pratique courante, spontanément suivie par les fonctionnaires ou encouragée par les supérieurs hiérarchiques. Progressivement les simples citoyens eux-mêmes cèdent à la tentation de la délation »⁽²⁸⁾.

Certains membres de la Commission Philibert-Sauvaigo voulaient que les chefs d'établissements scolaires vérifient la situation des parents d'enfants étrangers et signalent les parents en situation irrégulière. Le ministre F. Bayrou s'étant nettement opposé à cette idée qui n'aboutirait qu'à rejeter ces enfants hors de l'école, ces députés s'emportèrent contre l'idée que « l'Éducation nationale serait un monde à part où les lois de la République seraient inappliquées »⁽²⁹⁾.

P. Bernard, qui souhaite cette « traque par les enfants », alla au bout de sa pensée : il faut rendre la famille (de l'étranger en situation irrégulière) « zone de non-droit ». « Dès lors que le père serait en situation illégale, aucun droit — droit au logement, au travail, aux écoles pour les enfants — ne serait ouvert aux intéressés »⁽³⁰⁾.

Cette société de délation généralisée que certains appellent de leurs vœux est aussi illustrée par l'affaire de la réforme du certificat d'hébergement voulue par le ministre Debré tendant à « responsabiliser les hébergeants » : là encore, le devoir de délation est l'aboutissement des délits de l'art. 21.

En principe l'hébergeant doit simplement signaler à la mairie le départ de l'étranger hébergé, pourtant le système nécessitait, comme le ministre devait en convenir lors des débats, la création d'un fichier des hébergeants. Le maire pouvant déjà faire visiter le logement, la Commission Sauvaigo-Philibert préconisait le renforcement du pouvoir d'appréciation et de contrôle du maire, notamment sur les ressources de l'hébergeant⁽³¹⁾.

Le projet Debré aboutissait en fait à ce que le maire puisse refuser de nouveaux certificats si les hébergeants en demandaient trop souvent⁽³²⁾. Officiellement, si l'hébergeant ne signalait pas le départ de l'étranger, le maire pourrait ne plus lui délivrer de certificat... mais ce comportement pouvait aussi être considéré comme une aide au séjour irrégulier sanctionnable par l'art. 21.

Le Conseil d'État avait estimé ce nouveau dispositif attentatoire à la liberté individuelle et au respect de la vie privée ; l'émotion suscitée par ce « devoir de délation » et les « appels

à la désobéissance » qui s'ensuivirent amenèrent le retrait de ce projet.

Si l'opinion publique prit conscience du danger pour les libertés d'un devoir de délation de sinistre mémoire, l'art. 21 devait subsister, inchangé.

II. La confirmation de délits potentiellement dangereux

Faute de toute précision sur les motivations de ceux qui aident des étrangers en situation irrégulière, l'art. 21 apparaît inconstitutionnel, tant au regard du principe de légalité des délits et des peines, que du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Le Conseil constitutionnel ne devait finalement être saisi de cet article qu'en juillet 1996, à propos de la loi renforçant la répression du terrorisme, qui tout à la fois étend la liste des infractions terroristes à l'aide sanctionnée à l'art. 21 et institue une immunité familiale restreinte pour l'aide au séjour irrégulier.

Le Conseil a donc été saisi, dans les plus mauvaises conditions, pour procéder à un examen au fond, par voie d'exception. Sa décision du 16 juill. 1996⁽³³⁾ peut apparaître comme une sorte de compromis équilibré puisque la confusion avec la législation anti-terroriste est annulée cependant que l'art. 21, assorti d'une immunité familiale, est confirmé. Ce compromis, dont tous les éléments se tiennent⁽³⁴⁾, n'en est pas moins très critiquable.

A. Les insuffisances du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception

Les sénateurs qui contestaient la constitutionnalité de l'art. 21 demandaient au Conseil de le constater à propos de l'art. 1^{er} de la loi déferée (qui ajoute l'art. 21 à la liste des infractions terroristes).

Ils estimaient en effet que cet article « affecte considérablement » le domaine de l'art. 21 au sens de la jurisprudence *Nouvelle Calédonie* qui ouvre la possibilité d'un contrôle, par voie d'exception, des lois déjà promulguées, à l'occasion de l'examen d'une loi modificative⁽³⁵⁾.

Le Conseil, venant d'annuler cet art. 1^{er}, n'hésite cependant pas à fonder son examen au fond sur la nouvelle immunité familiale introduite par l'art. 25 de la loi déferée. On savait déjà que le Conseil n'est pas lié par les termes des saisines⁽³⁶⁾, mais il est ainsi amené, pour la première fois, à examiner la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée à l'occasion d'une loi qui restreint son champ d'application⁽³⁷⁾.

Dans l'hypothèse où le Conseil aurait jugé inconstitutionnel l'art. 21, on se serait trouvé dans une situation curieuse relançant la question classique de l'autorité de ces constats d'inconstitutionnalité des lois déjà promulguées⁽³⁸⁾ : le Conseil ne pouvait qu'annuler la loi nouvelle qui limite le champ d'application de la loi ancienne — inconstitutionnelle — qui subsistait. Le Conseil contribuait alors au maintien de l'inconstitutionnalité qu'il découvrait !

(33) N° 96-377 préc., JO 23 juill. 1996, p. 11108.

(34) Sur ce point V. la conclusion de F. Luchaire, *RD publ.* 1996, p. 1257.

(35) Cons. const., 25 janv. 1985, V. L. Favoreu et L. Philip, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 37.

(36) Cons. const., 8 nov. 1982, et même qu'il ne peut être « dessaisi ». Cons. const., 30 déc. 1996, V. J.-P. Camby, *RD publ.* 1997, p. 5, à propos de « l'amendement Malraux ».

(37) Dans l'affaire de la TGV Nord (Cons. const., 25 juill. 1993) la loi étend aux voies ferrées une disposition plus ancienne du code de l'expropriation — qui est jugée constitutionnelle — pour l'occasion.

(38) La majorité de la doctrine considère que le contrôle exercé par le Conseil ne peut avoir d'incidence directe que sur la loi non encore promulguée (B. Genevois ; Ferstenbert, *RD publ.* 1991, p. 375), il appartenait aux juges ordinaires d'écarter la disposition déjà promulguée, V. F. Luchaire, préc., p. 1247.

(28) D. Lochak, La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ?, in *L'État de droit, Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 451 à 471.

(29) J. Myard, Rapport préc., p. 469.

(30) P. Bernard, Rapport préc., p. 482.

(31) V. l'audition de Mme Lochak, Rapport préc., p. 151 à 167.

(32) Avant même cette réforme, il apparaît que certains maires refusaient systématiquement de délivrer ces certificats.

Mais la question de l'attitude des juges face à une disposition déclarée inconstitutionnelle, mais antérieurement promulguée, restera en suspens : conformément à sa pratique depuis 1985, le Conseil devait juger constitutionnel l'art. 21 de l'ordonnance de 1945. On finirait par se demander si la possibilité ouverte en 1985 n'est pas destinée à rester théorique et si, même, en l'absence en France d'un véritable contrôle par voie d'exception ouvert aux justiciables, elle n'a pas un effet négatif. Il est en tout cas permis de penser que le résultat eût été tout différent si le Conseil avait été amené à statuer sur l'art. 21 dans d'autres conditions :

— F. Luchaire relève que cet article est bien vague et que si cette infraction avait été considérée comme acte de terrorisme, comme le souhaitait le législateur, « l'imprécision de l'art. 21 n'aurait pu être acceptée »⁽³⁹⁾ ;

— le Tribunal correctionnel de Toulouse fut amené devant « l'imprécision de la loi pénale » à considérer que « les comportements humanitaires » et « les attitudes inspirées uniquement par l'amour » n'étaient pas visés par l'art. 21. Si la réforme préconisée par le comité G. Vedel avait abouti, ce tribunal aurait renvoyé l'examen de l'art. 21 au Conseil constitutionnel le 30 oct. 1995.

Dans les deux cas, le Conseil constitutionnel aurait eu à statuer dans des conditions toutes différentes. Au contraire, saisi à propos d'un article qui efface les aspects les plus choquants de l'art. 21 (l'épouse coupable d'un grave délit simplement pour avoir caché le passeport de son mari étranger pour empêcher sa reconduite dans son pays...), le Conseil constitutionnel va éviter de remettre en cause une incrimination vague, alors même que la jurisprudence de Toulouse montre que le juge pénal peut s'en accommoder avec sagesse. Venant après l'annulation de l'art. 1^{er} le Conseil ne voulait sans doute pas paraître encourager l'immigration clandestine.

1. - Le refus de l'amalgame avec les infractions terroristes

En étendant la notion d'infraction terroriste aux délits de l'art. 21, le Gouvernement souhaitait pouvoir faire sanctionner plus aisément ceux qui fournissent un « appui logistique » aux terroristes « tout en ignorant la nature précise des actions (qu'ils) comptent mettre en œuvre »⁽⁴⁰⁾. Cette inclusion dans la liste de l'art. 421-1 c. pén. a de graves conséquences : « non seulement une aggravation des peines mais aussi l'application de règles procédurales dérogatoires au droit commun »⁽⁴¹⁾, notamment la possibilité des perquisitions de nuit (que le Conseil constitutionnel ne va admettre qu'en cas d'enquête en flagrance).

Dans leur saisine les députés relevaient que dans la lutte contre les terroristes et ceux qui les aident, la situation régulière ou non des étrangers, ou même la nationalité française ou non des poseurs de bombes, n'a guère d'intérêt, sauf « par complaisance à l'égard de certains phantasmes xénophobes »⁽⁴²⁾.

Le Conseil commence par relever les différences de nature entre les infractions terroristes et les incriminations de l'art. 21 : dans le premier cas, il s'agit « d'actes matériels », dans le second de « simples comportements d'aide » ; de même au niveau des effets : les infractions terroristes sont « directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes » alors que l'aide à étranger en situation irrégulière « n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste ». Ainsi le Conseil (à la suite du Sénat qui avait exigé, on l'a vu, l'adverbe « intentionnellement ») refuse tout

risque d'incrimination par « contamination » (pour avoir cotoyé un terroriste sans connaître ses projets).

Ne voulant pas encourir le reproche de laxisme le Conseil est amené à démontrer que cette disposition dangereuse est aussi superflue : quelle que soit la nationalité du terroriste, l'aide qu'on lui apporte peut être réprimée par la complicité, le recel de malfaiteur, ou encore la participation à une association de malfaiteurs⁽⁴³⁾.

Dans ces conditions, en estimant que les incriminations de l'art. 21 sont susceptibles d'entrer dans le champ des infractions terroristes, le législateur a « entaché son appréciation d'une disproportion manifeste » et le Conseil annule l'art. 1^{er} de la loi pour inconstitutionnalité.

2. - La confirmation de l'art. 21 modifié

Les arguments des sénateurs sont écartés dans le 11^e considérant : « les infractions telles que prévues par l'art. 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sont définies dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire ».

Ainsi l'art. 21 continuera d'exister, dans son imprécision actuelle, le Conseil s'en remettant entièrement au juge pénal du soin d'éviter l'arbitraire en consacrant le second corollaire du principe de légalité : le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale (art. 3, al. 4, c. pén.) qui acquiert ainsi valeur constitutionnelle.

Quant au second grief il est rapidement écarté : « la définition (des infractions de l'art. 21) n'est pas de nature, en elle-même, à mettre en cause le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ». On ne peut ici que relever l'absence de motivation du rejet ; tout au plus l'incidente « en elle-même » signifie que la définition vague des infractions n'est pas en soi une atteinte à la dignité humaine... ce qui laisse entendre (et confirme) que l'application qui pourrait être faite de cet article pourrait méconnaître cette dignité.

Là encore, il faut s'en remettre au juge pour éviter une application arbitraire et le Conseil n'a pas cru devoir émettre une réserve d'interprétation.

L'immunité familiale restreinte aux ascendants, descendants et conjoint non séparé n'apparaît pas au Conseil contraire au principe d'égalité, alors même que les parlementaires faisaient valoir que le recel de malfaiteur ne peut frapper ni les frères et sœurs ni le concubin, selon l'art. 434-6 c. pén. Le Gouvernement faisait valoir qu'en matière de police des étrangers le « législateur a toujours distingué la situation des conjoints de celle des concubins ». C'est là se référer aux textes sur le regroupement familial ou les réfugiés (principe de l'unité de famille), mais l'évolution contemporaine est patente, notamment dans la jurisprudence sur l'application de l'art. 8 Conv. EDH : conformément à la jurisprudence de Strasbourg nos juges font preuve de réalisme en considérant que des concubinages, notamment avec enfants, peuvent correspondre à une véritable vie familiale. Comment expliquer, dans ces conditions, que le concubinage puisse, parfois, faire obstacle à une mesure d'éloignement et n'empêche pas une incrimination vis-à-vis de l'art. 21 ?

Dans sa volonté de « concilier la prise en compte à titre humanitaire de situations juridiquement protégées et sa volonté de ne pas faciliter l'immigration clandestine » le légis-

(39) Commentaire préc., p. 1256.

(40) Observations en réponse du Gouvernement, JO 23 juill. 1996, p. 11117.

(41) 8^e considérant, JO 23 juill. 1996, p. 11109.

(42) Saisine des députés, JO 23 juill. 1996, p. 11114.

(43) F. Luchaire remarque que cette disposition est aussi incohérente avec l'immunité familiale restreinte prévue pour l'art. 21 : concubins, frères et sœurs ne sont pas exemptés de poursuites pour l'aide à étranger en situation irrégulière, mais si l'aide est considérée comme acte de terrorisme (une infraction infiniment plus grave) alors l'art. 434-6 c. pén. ne permet pas de les poursuivre (préc., p. 1250).

lateur a pu ne pas étendre l'immunité pénale aux frères et sœurs ainsi qu'aux concubins. Au regard de l'immunité ainsi créée on ne voit pas pourquoi le père est protégé et non le frère, en quoi la situation de la concubine est différente de celle de l'épouse (dans l'affaire du Tribunal de Toulouse le jugement relève que la concubine a pu épouser son mari à la maison d'arrêt pendant le cours du délibéré). Par contre cette disposition législative précise peut empêcher les juges de relaxer les autres membres de la famille proche, comme la suite devait le montrer.

B. Le renvoi à la sagesse du juge pénal

En n'annulant pas l'art. 21, en ne l'assortissant pas de réserve, le Conseil constitutionnel a laissé subsister des infractions qui ne sont pas définies « en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » mais il a estimé que le juge pouvait éviter ce travers en « interprétant strictement la loi pénale » comme le lui impose le principe de légalité. Cette solution qui consiste à interpréter strictement des incriminations vagues (1) est aléatoire, peut conduire à des interprétations diverses selon les juridictions et laisse subsister des possibilités de sanctionner des comportements désintéressés.

1. L'interprétation stricte de l'art. 21 est illustrée par le jugement rendu le 30 oct. 1995 par le Tribunal correctionnel de Toulouse⁽⁴⁴⁾.

Dans cette affaire, la concubine d'un Algérien qui s'était maintenu en France au-delà de son visa touristique et qui avait refusé de livrer le passeport de son compagnon (qui aurait permis son éloignement) était poursuivie pour aide au séjour irrégulier. Elle ne contestait pas avoir fourni un logement et des moyens matériels en cohabitant avec cet étranger qu'elle savait en situation irrégulière ; ils se marièrent en cours du délibéré (le procureur ayant autorisé le transfert des registres d'état civil à la maison d'arrêt).

Le tribunal constatant la généralité des dispositions de l'art. 21 estima que « le juge pénal (doit) se pencher sur la compatibilité de ces dispositions avec les principes généraux gouvernant notre droit ».

Ayant relevé que ces dispositions pourraient viser des comportements aussi divers que « le passeur, le trafiquant de main-d'œuvre clandestine, (...) que l'organisation humanitaire fournissant nourriture et habits à des étrangers clandestins » le tribunal estime « qu'une interprétation large de l'art. 21 est à exclure ».

— Il se réfère pour cela au principe de sauvegarde de la dignité humaine qui fait obstacle à ce que des individus soient conduits à vivre hors de tout contact humain et affectif.

— Il invoque la prééminence d'un ordre public familial (art. 8 Conv. EDH) en vertu duquel « on ne saurait contester le droit de deux êtres à s'aimer et à agir en fonction de ce sentiment ».

— Enfin l'examen des travaux parlementaires de 1994 lui semble confirmer que l'art. 21 vise les passeurs, les trafiquants voire les réseaux terroristes.

Constatant en définitive la cohabitation et le mariage en cours de délibéré, le jugement énonce que « l'aide à séjour irrégulier n'est que la conséquence du lien affectif ; que donc il ne saurait donner lieu à condamnation... renvoie Mlle X... des fins de la poursuite sans peine ni droit fixe... ».

Ce jugement qui a pu apparaître à ses commentateurs comme une « méthode de portée révolutionnaire » frôle le contrôle de constitutionnalité : « Attendu que la rédaction de l'art. 21 en terme générique (...) ne semble pas répondre aux exigences du principe de légalité... ».

Certes il n'est pas question ici d'annuler la loi⁽⁴⁵⁾ mais le tribunal va au-delà de l'interprétation : « le raisonnement retenu ici est appréciatif et conduit à juger la loi⁽⁴⁶⁾ ». On est proche du contrôle de conventionnalité ou les juges sont conduits, notamment en matière de droits fondamentaux, à apprécier si la loi française n'est pas démentie par un traité, placé plus haut dans la hiérarchie des normes. Ici le jugement aurait pu s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour étayer son raisonnement sur le principe de légalité : la « qualité » de la loi pénale s'apprécie au regard des exigences d'accessibilité, de précision et de prévisibilité⁽⁴⁷⁾.

Déjà, le 20 janv. 1995, une Française avait été traduite devant le Tribunal correctionnel de Paris : S. Maazi avait aussi refusé de livrer le passeport permettant d'éloigner son époux marocain.

Le ministère public ne réclama qu'une peine d'amende avec sursis en admettant que « quand on est amoureux on peut faire des choses illégales pour défendre la personne que l'on aime » (une nouvelle cause de justification pénale : l'amour !). Le tribunal relaxa l'intéressée qui n'avait jamais cherché à dissimuler son compagnon devenu son époux en dépit de tous les obstacles légaux⁽⁴⁸⁾.

Ces affaires débouchèrent sur l'immunité introduite en 1996 (pour les époux mais pas pour les concubins) et le Conseil constitutionnel les prit certainement en compte lorsqu'il décida de s'en remettre à la stricte interprétation du juge pénal⁽⁴⁹⁾. C'était pourtant faire preuve d'un certain optimisme.

Comme le relève F. Luchaire, les actes visés par l'art. 21 étant très divers on s'en remet au juge pour apprécier, dans chaque cas, la gravité : « c'est ainsi adresser au juge une invitation — à vrai dire un peu alambiquée — de tenir compte du caractère purement charitable de certaines aides »⁽⁵⁰⁾.

On peut citer des décisions qui ont prononcé la condamnation de proches parents :

— Un Algérien fut assigné devant le Tribunal de Saint-Etienne pour avoir favorisé l'entrée et le séjour irréguliers de son épouse mère de trois enfants (deux étant français), le regroupement familial ayant été refusé pour insuffisance de ressources. Le parquet releva la « situation paradoxale » de l'intéressé (les circulaires ministérielles incitant les préfets à régulariser les parents d'enfants français) et réclama une peine modérée. Le 8 janv. 1996 le tribunal condamna l'intéressé pour aide à l'entrée irrégulière tout en le dispensant de peine. Il convient de préciser que ce genre de condamnation ne disparaîtra pas après la loi du 22 juill. 1996 : seule l'aide au séjour irrégulier comporte désormais une immunité pénale pour les conjoints et non l'aide à l'entrée irrégulière⁽⁵¹⁾.

— La Cour d'appel de Grenoble, le 8 mars 1995, a condamné deux Tunisiens qui avaient continué d'héberger leur jeune frère après l'expiration de la validité du visa touristique lui ayant permis de venir en France (chacun est condamné à une amende de 5 000 F avec sursis).

(45) Mais aux États-Unis, notamment, les tribunaux n'annulent pas non plus les lois lorsqu'ils décident de ne pas les appliquer pour inconstitutionnalité.

(46) Note D. Mayer et J.-F. Chassaing, préc., p. 104.

(47) CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni* ; 2 août 1984, *Malone c/ Royaume-Uni*.

(48) TGI Paris, 14^e ch., 20 janv. 1995, *Le Monde*, 22-23 janv. 1995.

(49) Le jugement du Tribunal de grande instance de Toulouse est largement cité dans la saisine des sénateurs (préc.).

(50) F. Luchaire, préc., p. 1247.

(51) Sur ce point, V. la réponse du ministère de l'Intérieur n° 44401, JOAN Q, 30 déc. 1996, p. 6898 ; *Dictionnaire permanent droit des étrangers*, Bull. n° 28, p. 9335.

La solution choisie par le législateur de 1996 et acceptée par le Conseil constitutionnel ne remet pas en cause ces décisions et confirme la dangerosité persistante de l'art. 21.

2. - La sanction possible de comportements désintéressés

— L'immunité pénale de la loi du 22 juill. 1996 ne s'étend pas à tous les membres du foyer, cette réforme récente empêche de se référer aux dispositions du code pénal qui visent la non-dénonciation de crime (art. 434-1) ou le recel de mal-faiteur (art. 434-6). Elle ne concerne que les ascendants, descendants et le conjoint non séparé et seulement pour le délit d'aide au séjour irrégulier. Il est donc clair que les concubins, frères et sœurs et autres parents, même vivant sous le même toit, pourront être poursuivis. Les personnes protégées depuis 1996 peuvent toujours être poursuivies si elles aident l'entrée irrégulière ou par le biais de la complicité de séjour irrégulier. C'est notamment le cas de la mère en situation régulière en France et qui sollicita une mesure de regroupement familial alors que son enfant de quatre ans était déjà en France. Le préfet la menaça de poursuites pénales en vertu de l'art. 21 si elle ne ramenait pas son enfant en Turquie dans le délai d'un mois⁽⁵²⁾.

La réforme de 1996 empêche désormais de relaxer de proches parents.

— L'hébergement purement amical, sans contrepartie, est également sanctionné. Lors des débats au Sénat sur la révision de 1994, Mme Seligmann demanda si un journaliste français pourrait accueillir chez lui un collègue algérien menacé de mort dans son pays et demandant l'asile, sans encourir cinq ans de prison... même si son collègue M. Laurin s'exclama « mais c'est uniquement des passeurs qu'il s'agit ! »⁽⁵³⁾ (intervention citée par le Tribunal de Toulouse), la question resta sans réponse. On se souvient cependant que c'est la condamnation de Mme J. Deltombe, pour avoir hébergé un ami zairois, qui déclencha l'appel des cinéastes et le mouvement de protestation. Le projet de réforme des certificats d'hébergement fut modifié mais l'art. 21 est resté inchangé.

— Les associations humanitaires caritatives peuvent porter secours aux plus démunis en se référant à la charité, à la fraternité ou à la solidarité. On n'a pas vu de personnes mises en examen pour avoir fait l'aumône dans la rue, la question pourrait se poser lorsque celui qui tend la main tient un écriteau indiquant qu'il a fui la Bosnie et qu'il n'a plus rien... faudra-t-il un jour lui demander son titre de séjour avant de l'aider ? Les associations qui apportent une aide continue à certains étrangers ne peuvent pas prétendre ignorer la situation d'irrégularité de certains d'entre eux, surtout si elles les aident pour obtenir leur régularisation en fonction de circulaires complexes (qui démentent habituellement les termes de la loi). Les auditions de la Commission Philibert-Sauvaigo ont montré l'exaspération du ministre et de certains députés à l'égard des associations d'aide aux étrangers. Le phénomène est très sensible au niveau des zones d'attente et des centres de rétention⁽⁵⁴⁾. Les sénateurs qui ont saisi le Conseil constitutionnel en 1996 font état de menace, de plainte et d'une enquête préliminaire contre des associations⁽⁵⁵⁾.

Il apparaît très difficile de faire le départ entre l'assistance humanitaire admise, celle qui peut se trouver justifiée par la

contrainte ou l'état de nécessité (art. 122-4 et 122-7 c. pén.) s'agissant de personnes qui sont parfois en situation de complet dénuement ou en grande détresse et celle qui sera considérée comme un délit d'aide au séjour irrégulier. Une application à la lettre de l'art. 21 pourrait entraîner condamnation de tout ce qui irait au-delà de l'obligation de porter assistance à personne en péril (art. 223-6 c. pén.). La question se pose dans les mêmes termes pour les travailleurs sociaux de plus en plus incités à vérifier la situation des étrangers qui les consultent.

— Les avocats doivent apporter à leurs clients l'assistance de leurs conseils pour les guider dans les démarches à accomplir et les aider à se défendre devant les juridictions. Là encore, la connaissance de la situation irrégulière de l'étranger ne fait pas de doute dès que l'avocat examine sa situation... doit-il pour autant refuser de l'assister ? évidemment non : chacun a droit à un avocat, même commis d'office, l'assassin comme le « clandestin ». La déontologie de l'avocat lui interdit d'enfreindre les lois, de se rendre complice d'une infraction, mais l'art. 21 vise toute aide, même indirecte, favorisant le séjour irrégulier... il est assurément dans son rôle en défendant un « sans-papiers » qui revendique l'asile, l'est-il toujours s'il l'aide à demander sa régularisation, s'il l'adresse à une association, s'il accepte une domiciliation à son cabinet pour recevoir les courriers de la préfecture⁽⁵⁶⁾ ?

Plus généralement, le juriste qui renseigne des étrangers dans un cadre associatif pourrait être poursuivi... Le professeur de droit enseignant le droit des étrangers ne devrait-il pas vérifier à l'entrée de son cours que ses étudiants étrangers ont tous un titre de séjour en cours de validité ?

— Le médecin doit soigner toute personne qui le sollicite. Si un étranger lui explique qu'il n'a pas de couverture sociale, le praticien saura qu'il est en situation irrégulière. Ne risque-t-on pas d'en venir à considérer que seuls les soins d'urgence sont justifiés ? (le médecin relèverait de l'art. 223-6 c. pén. pour non-assistance à personne en péril). Lors des débats de 1993, Mme Veil s'était opposée fermement à la suppression de l'aide médicale aux étrangers en situation irrégulière, pour des raisons humanitaires et sanitaires évidentes. Là encore, dans sa formulation actuelle, l'art. 21 permet de poursuivre le praticien qui soigne en connaissance de cause un étranger en situation irrégulière pour des soins à l'évidence non urgents⁽⁵⁷⁾.

Tout continue donc de reposer sur l'application qui sera faite de cet article par le juge pénal. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a statué dans l'affaire des deux Tunisiens qui avaient hébergé leur jeune frère en confirmant la condamnation : elle s'en tient à une stricte lecture de la loi en considérant que l'immunité familiale constituée par la loi du 22 juill. 1996 (qui n'était pas en vigueur au moment des faits) « ne s'étend pas aux frères et sœurs ».

Quant à l'invocation de l'art. 8 Conv. EDH qui implique le respect de la vie privée et familiale (et qui prime sur la loi française en vertu de l'art. 55 Const.) « à les supposer applicables aux rapports entre collatéraux majeurs (ses dispositions) autorisent l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice de ce droit, notamment, comme en l'espèce, lorsque prévue par la loi elle est nécessaire à la sécurité nationale, à

(52) Le Conseil d'État devait cependant faire prévaloir « l'intérêt supérieur de l'enfant » dans ce qui apparaît comme le premier cas d'application positive de la Convention des droits de l'enfant (art. 3-1), CE, 22 sept. 1997, Mlle Cinar, *Petites affiches*, 26 janv. 1998, p. 17, avec notre note ; D. 1997, IR p. 224.

(53) *JO Sénat CR*, 16 nov. 1994, p. 5614.

(54) Le décret n° 95-507 du 2 mai 1995 est très restrictif. « Les associations d'aide aux étrangers s'inquiètent de voir leur activité entravée », *Le Monde*, 3-4 nov. 1996 et aussi 10-11 nov. 1996.

(55) Notamment pour avoir hébergé des étrangers demandant une régularisation (Gasprom à Nantes). V. la mise en cause de D. Lochak devant

la Commission Philibert-Sauvaigo par le député P. Bernard : « vous n'avez pas parfois l'impression de vous opposer, vous Gisti, à la loi ? » *JO*, Rapport n° 2699, t. 2, p. 159, ou encore J.-P. Philibert : « je suis choqué par le comportement de certaines associations », p. 402.

(56) V. la question posée à M^e B. Vatié sur le rôle de l'avocat et le risque de complicité d'infraction (Rapport préc., p. 402-403).

(57) V. notamment le 6^e attendu du jugement du Tribunal correctionnel de Toulouse (préc.). Dans ses « observations en réponse » le Gouvernement se contente d'affirmer que le médecin qui soigne un étranger en situation irrégulière ne saurait évidemment tomber sous le coup de l'art. 21. Mais le devoir de soin peut-il être invoqué comme fait justificatif alors que la loi spéciale punit précisément toute aide consciemment apportée à un étranger en situation irrégulière (sauf à invoquer comme le Tribunal de Toulouse les principes généraux supra-légaux) ?

la sûreté publique ou à la défense de l'ordre ». Ayant noté que les requérants n'avaient pas invoqué l'état de nécessité (art. 122-7 c. pén.) comme cause d'exonération de responsabilité pénale devant les juges d'appel, la Cour de cassation rejette le pourvoi et refuse ainsi la « fraternité » aux frères⁽⁵⁸⁾.

On prend ainsi la portée réelle de la révision opérée en 1996. La jurisprudence de certains tribunaux correctionnels aboutissant à ne pas condamner les membres de famille proche ou même plus largement ceux qui agissent par solidarité est ainsi cassée. L'immunité familiale est étroite et précise : la concubine, le frère, la sœur et tous ceux que l'on a évoqués précédemment, pourront désormais être condamnés — « conformément à la loi ».

Conclusion

Au total l'art. 21 de l'ordonnance de 1945, tel que modifié en 1996 et avalisé par le Conseil constitutionnel, maintient des délits qui menacent lourdement ceux qui agissent par solidarité humaine ou familiale, dans l'exercice de leur fonction sociale, médicale, ou juridique, même bénévolement, lorsque les bénéficiaires de cette fraternité se trouvent être des étrangers en situation irrégulière.

Les incriminations d'aide à l'entrée ou au séjour irrégulier appliquées largement menaceraient la dignité de la personne humaine en faisant obstacle au devoir élémentaire « d'aider son prochain »⁽⁵⁹⁾, en isolant socialement des individus voués à la dénonciation.

Certes, le pire n'est pas toujours sûr : l'absence de précision dans les éléments constitutifs des délits, notamment quant à la motivation, a pour but de faire de ces incriminations vagues des « épées de Damoclès » rappelant aux familles, aux amis, aux bénévoles qu'ils risquent cinq ans de prison et le Conseil constitutionnel ne s'en émeut pas qui considère que le juge n'est jamais obligé d'infliger le maximum des peines encourues⁽⁶⁰⁾.

On retrouve là une des grandes caractéristiques du droit des étrangers : le flou et la complexité, facteurs d'insécurité (la loi interdit par exemple de délivrer un titre de séjour à une personne entrée en France de façon irrégulière, mais elle est assortie de nombreuses circulaires le permettant, au gré des humeurs et des capacités des services concernés).

Il faut avoir confiance dans la justice de son pays : les procureurs ne sont pas obligés de poursuivre, les magistrats peuvent ne pas entrer en condamnation, ou encore dispenser de peine : tout est possible.

Dans ses « observations en réponse » le Gouvernement, après avoir défendu un texte que le Conseil constitutionnel devait annuler comme dangereux et superflu, ajoutait : « il semble indispensable de faire la distinction légale entre celui qui fait venir son frère irrégulièrement en France et celui qui met un logement à disposition d'étrangers en séjour irrégulier émanant d'une organisation dont les buts terroristes en France sont revendiqués et connus de lui »⁽⁶¹⁾.

On ne peut que souscrire à cette position de principe... mais plus d'un an après, cette « distinction légale » n'existe toujours pas en droit positif.

Peut-on espérer que la Chambre criminelle de la Cour de cassation reprenne un jour le raisonnement du Tribunal de Toulouse du 30 oct. 1995 ? Sinon est-il raisonnable de s'en remettre entièrement à la sagesse du juge pénal du soin d'interpréter strictement des incriminations vagues, comme l'a fait le Conseil constitutionnel ?

Certains juges semblent plus timorés vis-à-vis de la loi que les juges toulousains même si, depuis le nouveau code pénal, ils n'encourent plus le crime de forfaiture pour avoir « délibéré sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées » (ancien art. 127, 1^o, c. pén.).

Ne peut-on attendre mieux du législateur et du Conseil constitutionnel pour que la loi soit un « rempart contre l'arbitraire du juge » ?

Dernière question : le fait de réclamer cette révision législative encourt-il les foudres de l'art. 21 ? ■

Post-scriptum : Cet article était rédigé lorsque l'avant-projet du ministre J.-P. Chevènement a été rendu public (*Liberation*, 26 août 1997, p. 4 et 5).

Sur l'art. 21 les modifications seraient de deux types :

— Le doublement des peines (dix ans d'emprisonnement et 5 000 000 F d'amende) lorsque les infractions sont commises « en bande organisée »... il s'agit, à nouveau, de renforcer la répression à l'encontre des filières organisées d'immigration clandestine (ce qui va dans le même sens que les peines accessoires).

— L'immunité familiale est étendue au concubin notoire, aux frères et sœurs ainsi qu'aux conjoints des ascendants, descendants et collatéraux (l'incohérence relevée avec les dispositions de l'art. 434-6 c. pén. est ainsi résolue), ce qui est une réelle amélioration. Le 14 décembre un amendement J. Dray adopté par l'Assemblée nationale a également exempté de poursuite les associations de soutien aux droits des étrangers (JOAN CR, p. 7604 ; V. *supra* note 55).

L'alourdissement des pénalités confirme une fois de plus que le législateur vise avant tout les filières organisées en punissant lourdement ceux qui exploitent les étrangers sans papiers.

Par contre on ne peut que regretter la technique consistant à multiplier les immunités alors qu'il conviendrait de préciser la loi au niveau des motivations de ceux qui aident des étrangers en situation irrégulière.

En l'état du texte adopté le 17 déc. 1997 en première lecture à l'Assemblée nationale, l'art. 21 permet toujours des poursuites pénales contre des personnes désintéressées. La volonté de ne pas paraître « baisser la garde » (le renforcement des pénalités équilibrant les nouvelles immunités) amène à conserver les ambiguïtés signalées : en l'état ce projet ne remet donc pas en cause les analyses et les critiques formulées dans l'article.

(58) Cass. crim., 16 oct. 1996, *Inoubli*, D. 1998, *Somm.* p. 24, obs. F. Julien-Laferrère ; *Dictionnaire permanent droit des étrangers*, Bull. n° 22, p. 9466.

(59) Au-delà de son origine chrétienne ce devoir est consacré dans la fraternité qu'évoque notre devise républicaine.

(60) Le Conseil confirme dans sa décision du 16 juill. 1996 (27^e considérant, p. 11111) que, sauf disproportion manifeste, il n'apprécie pas la gravité de la sanction en appuyant son raisonnement sur le fait que les peines « peuvent être prononcées pour un montant ou une durée inférieurs par le juge » (reprenant Cons. const., 29 juill. 1994). Comme le relève F. Luchaire (préc., p. 1250) même si la peine est excessive (et que sa « nécessité » au sens de l'art. 8 Décl. dr. homme est douteuse) le Conseil fait confiance au juge pénal pour adapter la sanction à l'importance de l'infraction.

(61) JO 23 juill. 1996, p. 11117.