

# Chapitre 4. Le « délit de solidarité »

En dépit des déclarations gouvernementales, la loi laisse subsister à peu près intégralement le « délit de solidarité » et se borne à élargir le champ des personnes protégées contre des poursuites pénales engagées sur ce fondement.

Article L. 622-4 du *Ceseda* modifié par l'article de la loi du 31 décembre 2012

Sans préjudice des articles L. 621-1, L. 621-2, L. 623-1, 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 lorsqu'elle est le fait :

1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, ~~sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;~~

2° Du conjoint de l'étranger, ~~sauf si les époux sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé~~, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, **ou des ascendants, descendants, frères et sœurs de son conjoint ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;**

3° De 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 aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci.**

Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint.

## I. Le contexte

Le délit figurant à l'article L. 622-1 du *Ceseda* vise « 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 ».

Au fil des lois, la liste des immunités a été allongée, sans empêcher pour autant des poursuites et des condamnations visant des militants associatifs, des proches ou des membres de famille.

Officiellement justifié par la volonté de lutter contre « les réseaux qui exploitent la détresse des migrants, en contrepartie de sommes parfois très importantes, et souvent sous la menace », ce dispositif est en pratique utilisé également, sinon essentiellement, pour réprimer des personnes qui, face aux conditions de vie inhumaines et indignes dans lesquelles se trouvent beaucoup d'exilé·e·s, choisissent de leur venir en aide sans égard à leur situation administrative.

L'étude d'impact du projet de loi en fait d'ailleurs le constat : « Force est de constater que la législation française ne distingue pas suffisamment les agissements des passeurs qui organisent le passage des migrants, en contrepartie de sommes parfois très importantes, et les actes de solidarité des organismes sociaux, des associations à vocation humanitaire, et au-delà de tous ceux qui n'ont pour autre but que d'apporter les premiers secours à des personnes en proie au plus grand dénuement. Un tel amalgame a pour effet de mettre en cause des personnes qui apportent une assistance sans aucune contrepartie et d'entraver ainsi les gestes de solidarité à l'égard des personnes en grandes difficultés ».

Face à la recrudescence des poursuites, une nouvelle mobilisation associative a été lancée en mars 2009, qui a coïncidé avec la sortie du film *Welcome*<sup>(3)</sup>. En dépit des dénégations du ministre de l'immigration de l'époque quant à la réalité du « délit de solidarité », une circulaire de la garde des Sceaux avait été adressée aux parquets et relayée aux préfets par une autre circulaire du ministre de l'immigration en novembre 2009. Censées clarifier les conditions d'application de l'immunité aux personnes œuvrant dans un contexte humanitaire, ces circulaires avaient été immédiatement attaquées devant le Conseil d'État par les associations au motif qu'elles donnaient une définition encore plus

(3) Gisti, *Les délits de la solidarité*, dossier en ligne : [www.gisti.org/delits-de-solidarite](http://www.gisti.org/delits-de-solidarite) ; CNCDDH, *Note sur les cas d'application du délit d'aide à l'entrée, au séjour, à la circulation et au séjour irréguliers*, 6 janvier 2011.

## Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour des étrangers. Éléments statistiques

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Nombre de personnes mises en cause	3354	3540	3958	3786	4562	4879
Nombre de gardes à vue	2324	2349	2684	2584	2661	2585

Source : INHESJ-ONDRP (état 4001 annuel, DCPJ); citée par l'étude d'impact

restrictive des immunités que la loi elle-même. La loi du 16 juin 2011 a à son tour apporté une modification cosmétique à la rédaction du texte. Le problème restait donc entier.

## II. Les changements mineurs introduits par la nouvelle loi

### A. Le maintien paradoxal du délit d'aide au séjour irrégulier

La dépénalisation du séjour irrégulier par la loi du 31 décembre 2011 aurait pu être l'occasion d'abroger purement et simplement l'article L. 622-1 du *Ceseda* ou tout au moins sa composante relative à l'aide au séjour irrégulier.

En effet, si, dès sa création en 1938, le délit d'aide au séjour irrégulier a été consacré en tant qu'infraction autonome, l'infraction n'en reste pas moins inspirée de la notion de complicité : le séjour irrégulier est un délit ; aider une personne étrangère en infraction constitue également une infraction. En droit pénal français, celui ou celle qui aide à la commission d'une infraction devient complice de l'auteur de l'infraction principale, ici constituée par le séjour irrégulier.

Dès lors, en toute logique, l'abrogation du délit de séjour irrégulier, infraction principale, par la loi du 31 décembre 2012, aurait dû entraîner la dépénalisation de l'aide au séjour irrégulier. Cette infraction perd en effet sa raison d'être en l'absence de répression du comportement se trouvant à la base de ce délit, le séjour irrégulier.

Le législateur a néanmoins cru pouvoir s'appuyer sur l'autonomie textuelle de l'infraction figurant à l'article L. 622-1 du *Ceseda* pour la maintenir en vigueur. L'abrogation du délit de séjour irrégulier rend néanmoins encore plus difficile la détermination des comportements pénalement répréhensibles au titre de l'article L. 622-1.

### B. L'extension du champ des immunités pénales

Deux catégories d'immunité sont modifiées par la loi dans l'article L. 622-4 relatif aux immunités pénales de l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier :

- l'immunité « familiale » (modifications des 1° et 2°) ;
- l'immunité « humanitaire » (réécriture du 3°).

Il s'agit de la poursuite d'une politique des petits pas, signe d'un manque de volonté politique de faire disparaître ce délit.

#### 1. La belle-famille et les époux sans vie commune

La loi du 31 décembre 2012 allonge la liste des membres de la famille de l'étranger ou l'étrangère en situation irrégulière qui ne pourront pas faire l'objet de poursuites pénales pour lui être venus en aide.

Sont désormais pris en compte :

- a) la belle-famille – ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint ou de la conjointe ;
- b) le conjoint ou la conjointe, même si la communauté de vie a cessé entre les époux (séparés de corps ou de fait ou autorisés à avoir un domicile distinct).

La modification relative à la belle-famille fait suite à la décision *Mallah c/France* rendue en 2011 par la Cour de Strasbourg (Cour EDH, 10 novembre 2011, *Mallah c/France*, n° 28681/08). L'affaire concernait un homme déclaré coupable du délit d'aide au séjour irrégulier pour avoir hébergé son gendre en situation irrégulière ; il ne relevait d'aucune des catégories protégées. La Cour, saisie pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, s'est abstenue en l'espèce de condamner la France mais seulement parce que la déclaration de culpabilité avait été assortie d'une dispense de peine. L'arrêt a donc pu être interprété, comme en témoigne l'exposé des motifs de la loi, comme un encouragement de la Cour à étendre le cercle des membres de la famille protégés.

## 2. Une nouvelle immunité conjuguant « absence de but lucratif » et motif humanitaire

L'objectif annoncé par le gouvernement était de protéger efficacement les personnes exerçant un travail social ou plus généralement celles qui viennent en aide à un étranger ou à une étrangère en situation irrégulière par simple humanité. Comme auparavant, l'immunité peut jouer au profit des personnes physiques et des personnes morales.

Les modifications apportées à cette fin peuvent toutefois être critiquées pour leur complexité et le fait qu'elles ne garantissent pas une véritable protection contre les poursuites. En effet, pour pouvoir se prévaloir de cette immunité, il faut remplir cumulativement trois conditions.

– L'aide ne doit donner lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte.

Cette condition extrêmement large interdit que l'aidant ait reçu une quelconque contrepartie en échange de l'aide apportée. Ce critère semble aller au-delà de celui prévu par la directive

n° 2002/90/CE du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, et qui fait du « but lucratif » un élément constitutif de l'infraction d'aide au séjour irrégulier (art. 1, b).

– L'aide doit consister à fournir des prestations de restauration, d'hébergement, de soins médicaux ou de conseils juridiques.

En énumérant de manière limitative le type de prestations pouvant entrer dans le champ de l'immunité, la loi semble exclure tout autre type d'aide. Si on interprète le texte strictement, les conseils non juridiques, par exemple, n'entreraient pas a priori dans le champ de l'immunité, non plus que le don d'argent.

– L'objectif de l'aide doit être d'« assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger » ou de « préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci ».

Ce critère supplémentaire vient encore restreindre le champ de l'immunité et pourrait lui aussi donner lieu à des interprétations très différentes d'une juridiction à l'autre.