

VIII/ « Immunité humanitaire »

Délit de solidarité : tout ça pour ça

Le projet de loi modifie l'article L. 622-4 du CESEDA, recensant les cas d'immunité pouvant être opposés à la constitution du délit de solidarité prévu à l'article L. 622-1 du même code.

Cette initiative du gouvernement officialise donc en quelque sorte l'existence même du délit de solidarité, niée jusqu'alors par le ministère de l'immigration et dénoncée depuis des mois par les associations. Il s'agit là du seul réel point « positif » de la modification de ce texte (A).

Cependant, la nouvelle rédaction conserve le caractère extrêmement large du champ de l'incrimination d'aide au séjour irrégulier, contrairement à ce qu'exige habituellement le droit pénal (B).

Enfin, la modification introduite n'apporte rien de plus aux immunités déjà existantes, et conserve la logique actuelle, faisant de l'infraction le principe, et des immunités des exceptions (C).

A - Le délit de solidarité implicitement reconnu

En premier lieu, le simple fait de demander au législateur de modifier l'article L. 622-4 du Ceseda constitue une reconnaissance explicite de l'existence du délit de solidarité, niée jusqu'à présent par le ministère de l'immigration.

Dans un courrier en date du 7 avril 2009, en effet, le ministre de l'immigration avait affirmé : *« Toute personne, particulier, bénévole, association, qui s'est limitée à accueillir, accompagner, héberger des clandestins en situation de détresse, n'est donc pas concernée par ce délit. »* Il ajoutait qu'*« en 65 années d'application de cette loi, personne en France n'a jamais été condamné pour avoir seulement accueilli, accompagné ou hébergé un étranger en situation irrégulière »*, ce que démentaient les associations, qui ont recensé des dizaines de décisions judiciaires de condamnations de particuliers n'ayant fait justement qu'accueillir, accompagner, héberger des personnes en situation de détresse.

En fait, l'existence de ce délit avait déjà été reconnue par le gouvernement puisque, le 23 novembre 2009, la Garde des Sceaux et le ministre de l'immigration avaient adressé chacun deux circulaires quasi-identiques - l'une aux procureurs généraux auprès des cours d'appel et aux procureurs de la République près des tribunaux de grande instance, l'autre aux préfets³⁹ - relatives à l'application de l'immunité prévue à l'article L. 622-4-3° du CESEDA et à la mise en œuvre des articles L. 622-1 et L. 622-4 du même code. Ces circulaires avaient pour objet de recommander une interprétation des textes censée mettre à l'abri de poursuites les personnes qui agiraient dans des buts humanitaires.

B - Un délit inchangé

CESEDA

L. 622-1

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 €.

³⁹ Voir http://www.circulaires.gouv.fr/pdf/2009/12/cir_30042.pdf et <http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/IMIK0900091C.pdf>.

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 de 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.

Les dispositions du précédent alinéa sont applicables en France à compter de la date de publication au Journal officiel de la République française de ce protocole.

Le projet de loi, en maintenant tel quel cet article, conserve le caractère extrêmement large du champ de l'incrimination d'aide au séjour irrégulier. Le délit, inscrit dans l'article L. 622-1 du CESEDA, d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour d'un étranger en situation irrégulière, concerne en effet :

- le fait d'aider par facilitation ;
- l'aide à l'entrée (le fait de pénétrer sur le territoire d'un État), mais aussi l'aide à la circulation et au séjour, notions particulièrement larges qui vont d'un simple passage sur le territoire à une résidence habituelle ;
- une aide active (fournir un hébergement ou un logement, le gîte ou le couvert, de l'argent, un travail, accompagner ou prendre dans sa voiture, aider à préparer des documents pour une régularisation...) comme une aide par omission (s'abstenir de façon délibérée, pour un agent public ou une personne dépositaire de l'autorité publique qui a le devoir ou le pouvoir de faire cesser une infraction) ;
- une aide directe ou une aide indirecte (par exemple donner de l'argent à un cousin pour qu'il paie un billet d'avion pour son enfant, ou faire un don à un collectif de soutien à des travailleurs sans-papiers...).

Ainsi, la liste des cas d'incrimination est, et reste avec la réforme projetée, extrêmement importante, et permet de poursuivre en définitive toute personne en relation avec un sans-papier !

C - Les cas d'immunité toujours très rares

CESEDA

L. 622-4 (art. 72 du projet de loi)

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 ;

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la **personne de** l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte.

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.

Le seul changement porte sur le point 3° dans lequel « nécessaire à la sauvegarde *de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger* » est remplacé par « nécessaire à la sauvegarde *de la personne de l'étranger* ».

Le 19 novembre 2009, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) adoptait en assemblée plénière les recommandations suivantes visant à guider les réflexions du gouvernement sur le projet de réforme du dispositif actuellement en vigueur :

« 1. En premier lieu, elle rappelle que la réforme du dispositif relève du domaine de la loi, et non du pouvoir réglementaire ou infra-réglementaire.

2. Elle recommande l'inversion de la logique du dispositif en vigueur pour que l'immunité soit le principe, et l'infraction l'exception.

3. En toute hypothèse, elle considère essentiel de clarifier la définition de l'incrimination afin de lever l'ambiguïté rédactionnelle du champ de l'incrimination et de celui des immunités.

4. A tout le moins, elle recommande d'étendre le champ des immunités et d'affirmer de manière explicite que n'est pas couverte par le champ de l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, l'aide désintéressée apportée aux étrangers en situation irrégulière, par une personne physique, qu'elle soit étrangère ou française, ou par une personne morale, notamment par les associations dont l'objet est d'assurer l'hébergement, l'aide alimentaire, l'accès aux soins, l'accès aux droits etc. et qui pratiquent l'accueil inconditionnel. La CNCDH a déjà recommandé à plusieurs reprises la nécessité de l'introduction dans les dispositions sur l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers de "la clause humanitaire" visant à immuniser pénalement ceux qui apportent une aide désintéressée aux étrangers en situation irrégulière.

La CNCDH considère aujourd'hui que pour être en conformité avec les engagements internationaux de la France, il conviendrait d'inscrire en outre dans la loi que les exceptions prévues à l'article L. 622-4 alinéa 3 concernent l'ensemble des droits fondamentaux des personnes en situation irrégulière. »

En dépit de ces recommandations, la modification introduite laisse entier le délit de solidarité ; l'infraction reste le principe et les immunités des exceptions.

Certes, pour être passible de poursuites, l'aide doit être intentionnelle, c'est-à-dire que la personne poursuivie doit avoir aidé en connaissance de cause, elle doit avoir agi sciemment. C'est l'application d'un principe général du droit pénal français : il n'y a point de délit sans intention de le commettre (article 121-7 du code pénal). Il faut que la personne sache qu'il est interdit d'aider un étranger en situation irrégulière à entrer, circuler ou séjourner en France, et cette aide doit être volontaire. Mais les cas d'immunité ont été prévus de manière très étroite. Ils sont inscrits dans l'actuel article L. 622-4. Pour bénéficier de l'immunité prévue au 3° de cet article, il faut d'une part que l'aide apportée soit nécessaire à la sauvegarde de l'étranger, proportionnée à la gravité du danger qui menace l'étranger en situation irrégulière, et gratuite ; d'autre part, que le **danger** menaçant l'étranger soit : une menace pour la vie ou l'intégrité physique de l'étranger en situation irrégulière, réel ou vraisemblable et non supposé, et injuste (contraire à la loi).

Il suffit par conséquent qu'une seule de ces conditions manque pour que la personne poursuivie ne puisse pas bénéficier de l'immunité et voie sa culpabilité reconnue. Le caractère cumulatif des conditions pour bénéficier de l'immunité n'a pas été modifié par le projet de loi.

La réforme reste donc contraire aux recommandations de la directive n° 2002/90/CE du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2002, ainsi qu'à la Convention de Schengen du 19 juin 1990. Pour rappel, dans ces textes, le fait d'apporter une aide dans un but non lucratif ou une aide désintéressée constitue en soi un critère d'immunité.

Par ailleurs, le remplacement des mots « *sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger* » par « *sauvegarde de la personne de l'étranger* » est un marché de dupes. On tente de nous faire croire qu'il s'agit de ne plus restreindre l'application de l'immunité pénale à des actes particuliers, ceux dits nécessaires à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique. Or, il ressort

de l'analyse juridique et jurisprudentielle que les notions de « *sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique d'une personne* » et de « *sauvegarde de la personne* » sont quasi-identiques et entendues de façon très restrictive par les juridictions pénales. Ainsi, par exemple, il est rare que soit appliqué l'article 122-7 du code pénal qui dispose que « *n'est pas 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* ».

Il est à noter que l'immunité ne concerne toujours que le séjour irrégulier de l'étranger. Sont donc exclues l'aide à l'entrée et l'aide à la circulation.