



UNIVERSITÉ
D'EVRY-VAL-D'ESSONNE



Les délits d' « aide aux migrants »

*Entre autonomie et dépendance à l'égard des infractions
d'entrée et de séjour irréguliers sur le territoire français*

Rédigé par Anita Bouix

Dans le Cadre du Master 2

Droits de l'Homme et Droit Humanitaire

Sous la direction de Serge Slama,

Maître de conférences en droit public

A l'Université Evry-Val-d'Essonne

Septembre 2012

Remerciements

Je souhaite remercier tout particulièrement Monsieur Serge Slama pour sa disponibilité et ses conseils tout au long de la rédaction de mon mémoire,

Je tiens également à remercier toute l'équipe du Gisti pour m'avoir aidé à affiner mon analyse juridique et critique et permis de mettre en pratique mes connaissances dans le cadre du stage et particulièrement Marie Duflo pour les nombreuses discussions que nous avons eues concernant le « délit de solidarité » qui m'ont permis d'orienter les propos de ce mémoire.

Mes remerciements vont également à ma famille et à Andreas pour leurs relectures attentives et enrichissantes de ce mémoire.

Je voudrais également remercier mes camarades de master, et plus particulièrement, Audrey, Laura, Emeline, Marine, Faustine, Justine et Raphaël pour leurs nombreux conseils et leur soutien quotidien.

Liste des abréviations

CEDH.....	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Ceseda.....	Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d'Asile
CJUE.....	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNDCH.....	Commission Nationale Consultative sur les Droits de l'Homme
DDHC.....	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

Table des matières

REMERCIEMENTS.....	I
LISTE DES ABREVIATIONS.....	II
TABLE DES MATIERES.....	III
INTRODUCTION.....	1
<i>L'inscription de l'infraction d' « aide aux migrants » dans un processus plus large de pénalisation.....</i>	2
<i>Définitions.....</i>	4
Définition des infractions d'entrée et de séjour irréguliers.....	4
Définition des infractions d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers.....	5
Définition de l'infraction de complicité en droit pénal français.....	6
<i>Intérêt du sujet problématisé.....</i>	7
TITRE 1 :	9
L'AUTONOMIE PARTIELLE DES DELITS D'AIDE A L'ENTREE, A LA CIRCULATION ET AU SEJOUR IRREGULIERS	9
CHAPITRE I : UNE INFRACTION TEXTUELLEMENT AUTONOME.....	10
<i>Section 1 : Les justifications de l'autonomie de l'infraction en droit français.....</i>	10
Paragraphe 1 : L'objectif de la lutte contre les « filières clandestines ».....	10
A/ Un objectif illustré par les débats parlementaires.....	10
1- Une pénalisation sévère visant les « filières organisées d'immigration clandestine ».....	10
2- Des immunités à l'aide au séjour prévues pour la famille proche et en cas d'état de nécessité.....	11
B/ Des objectifs conduisant à des dérives.....	12
1- La condamnation de personnes agissant de manière désintéressée.....	12
2- L'inclusion des interpellations d'aidants dans les objectifs chiffrés de lutte contre l'immigration clandestine.....	13
Paragraphe 2 : Une volonté de dépasser les limites de la notion de « complicité ».....	13
A/ Les contours de l'infraction de complicité en droit français.....	13
1- La notion de l'emprunt de criminalité à l'auteur principal de l'infraction.....	13
2- L'absence de condamnation des « tentatives de complicité » en droit français.....	14
B/ Le dépassement de ces limites par l'autonomisation de l'infraction.....	15
1- Une autonomie alourdissant la « complicité » d'entrée ou de séjour irrégulier.....	15
2- L'autonomisation au service d'objectifs contradictoires : la comparaison avec l'infraction de recel de malfaiteur.....	16
<i>Section 2 : Autonomie encouragée par le droit supranational.....</i>	17
Paragraphe 1 : La consécration du délit d'aide au séjour irrégulier par le droit de l'UE.....	17
A/ Dans les textes.....	17
1- Une infraction introduite par les accords de Schengen	17
2- ... et précisée par la directive de 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers	

B/ Une définition plus restrictive de l'infraction d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers par le droit de l'UE	19
1- La restriction du champ d'application des infractions.....	19
2- La possibilité d'introduire une « immunité humanitaire »	20
Paragraphe 2 : Une validation inattendue de l'infraction par la Cour Européenne des Droits de l'Homme	21
A/ Une approbation surprenante du contenu de la base légale	21
1- Une base légale validée	21
2- Une solution critiquée	22
B/ Un arrêt inattendu au regard des fait de l'espèce	22
1- Des faits constituant un « flagrant-délit de solidarité »	22
2- Une interprétation douteuse du respect de la vie privée et familiale	23
CHAPITRE II : UNE AUTONOMIE RELATIVE : L'ENTREE ET LE SEJOUR IRREGULIERS EN TANT QU'ELEMENTS CONSTITUTIFS DES INFRACTIONS D'AIDE	25
<i>Section 1 : Entrée ou séjour irréguliers : l'obligation de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction</i>	25
Paragraphe 1 : L'entrée ou le séjour irrégulier, éléments matériels constitutifs de l'aide	25
A/ La caractérisation des infractions d'entrée et de séjour irréguliers en droit français	26
1- L'entrée ou le séjour irréguliers : éléments matériels constitutifs de l'infraction d'« aide aux migrants »	26
2- Les définitions de l'entrée et du séjour irréguliers en droit français	26
B/ La preuve de l'élément constitutif comme condition nécessaire à la caractérisation de l'infraction.....	27
1- L'infraction de rattachement en tant qu'élément constitutif	27
2- La relaxe de l'auteur de l'infraction de rattachement entraînant l'annulation de la condamnation pour aide	28
Paragraphe 2 : Une pénalisation subordonnée à la preuve d'un élément intentionnel	29
A/ La connaissance de la situation irrégulière de l'étranger	29
1- Il n'y a point de délit sans intention de le commettre	29
2- La charge de la preuve de la connaissance du séjour irrégulier	30
B/ La volonté de se soustraire à la loi.....	30
1- Un élément moral visant à la conclusion de l'infraction	30
2- Des condamnations dangereuses du fait d'un élément intentionnel douteux	31
<i>Section 2 : Une remise en cause partielle de cette obligation par la jurisprudence</i>	31
Paragraphe 1 : Une interprétation extensive du séjour irrégulier par le droit français.....	32
A/ Une condamnation pour aide au séjour pour avoir hébergé un mineur entré irrégulièrement en France....	32
1- Le raisonnement du tribunal	32
2- Les conséquences pratiques	33
B/ Critique juridique de cette interprétation au vu de l'élément constitutif	34
1- Une condamnation sans élément matériel	34
2- L'interprétation stricte en droit pénal	34
Paragraphe 2 : Aide à l'entrée irrégulière sans irrégularité de l'entrée dans l'espace Schengen.....	35
A/ Une condamnation pour aide à l'entrée irrégulière : l'arrêt Minh Koa	35
1- L'absence de nécessité de l'annulation préalable d'un visa présumé frauduleux.....	35

2-	Critique de la solution retenue	36
B/	La condamnation des marins portant secours aux « boat-people » en détresse en méditerranée	37
1-	Le phénomène des « boat-people »	37
2-	La condamnation des marins pour aide à l'entrée irrégulière.....	37
TITRE II :	39
LA REMISE EN CAUSE POSSIBLE DES INFRACTIONS D'« AIDE AUX MIGRANTS » PAR LES EVOLUTIONS RECENTES EN MATIERE D'ENTREE ET DE SEJOUR IRREGULIERS	39
CHAPITRE I : UNE REMISE EN CAUSE PARTIELLE DE L'INFLICTION D'UNE PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE POUR ENTREE OU SEJOUR IRREGULIERS	40
<i>Section 1 : L'incompatibilité avec le droit de l'UE de l'infliction d'une peine d'emprisonnement pour simple séjour irrégulier</i>	40
Paragraphe 1 : La contrariété de l'enfermement avec la directive « retour ».....	40	
A/ Un enfermement contraire aux objectifs du retour	41	
1-	Les objectifs poursuivis par la directive « retour »	41
2-	L'application dans l'affaire El Dridi	41
B/ Un enfermement contraire aux principes de proportionnalité et de gradation des peines.....	42	
1-	Les principes de proportionnalité et de gradation	42
2-	Leur application dans les arrêts <i>El Dridi</i> et <i>Achughbabian</i>	43
Paragraphe 2 : Les implications de la jurisprudence de la CJUE concernant les peines privatives de liberté des étrangers en situation irrégulière	43	
A/ Une remise en cause de la garde-à-vue pour séjour irrégulier ?	43	
1-	La condamnation implicite du placement en garde à vue par l'arrêt El Dridi	43
2-	La garde à vue conforme à la directive retour dans l'arrêt Achughbabian.....	44
B/ Vers une « administrativisation » des privations de liberté pour les étrangers en situation irrégulière ?	45	
1-	Une remise en cause générale des peines privatives de liberté pour les étrangers en situation irrégulière ?	45
2-	Une évolution vers la création de nouvelles procédures administratives de privation de liberté ?	46
<i>Section 2 : Un chemin sinueux vers l'intégration de la solution en droit français</i>	47	
Paragraphe 1 : Les réticences à tirer les conséquences de la jurisprudence de la CJUE en droit français	47	
A/ Une réticence de la part des autorités publiques	47	
1-	La jurisprudence EL Dridi ignorée par la loi du 16 juin 2011	47
2-	Une interprétation restrictive des arrêts de la CJUE par le gouvernement.....	48
B/ Une réticence de la part des organes juridictionnels	48	
1-	Les divergences importantes de jurisprudence	48
2-	La soustraction du Conseil constitutionnel au contrôle de conventionnalité	49
Paragraphe 2 : Un commencement d'intégration tardif et incomplet des solutions de la CJUE	50	
A/ L'intervention de la Cour de cassation	50	
1-	L'avis de la chambre criminelle	50
2-	Les arrêts de la chambre civile	51

B/ Les conséquences de ces évolutions au regard des personnes entrées ou séjournant de façon irrégulière en France.....	52
1- La création de nouvelles mesures pour remplacer la garde à vue	52
2- Vers une suppression de l'infraction d'entrée ou de séjour irréguliers.....	53
CHAPITRE II / LE « DELIT DE SOLIDARITE » A LA LUMIERE DES EVOLUTIONS RECENTES DU DELIT DE SEJOUR IRRÉGULIER	54
<i>Section 1 : Les conséquences de la remise en cause de l'infraction d'entrée et de séjour irréguliers en matière d'aide au séjour irrégulier</i>	<i>54</i>
Paragraphe 1 : Le délit d'aide au séjour irrégulier confronté au droit de l'Union européenne.....	54
A/ Contradiction ou conformité de l'infraction avec les directives régissant l' « immigration clandestine » en droit de l'Union Européenne.....	54
1- Un délit compatible avec les objectifs du « retour » des « irréguliers ».....	54
2- Le doute sur la proportionnalité des sanctions	55
B/ Une portée extensible des jurisprudences El Dridi et Achughbabian	56
1- Le cas particuliers des doubles poursuites pour séjour et aide au séjour irréguliers	56
2- Vers une « administrativisation » du droit des étrangers	57
Paragraphe 2 : Remise en cause de l'infraction d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers en droit français.....	58
A/ La conformité de l'infraction à la constitution	58
1- Les exigences constitutionnelles en matières d'infraction	58
2- L'absence de validation de l'infraction par le Conseil Constitutionnel.....	59
B/ Les effets de la jurisprudence de la chambre civile de la cour de cassation sur l'infraction d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers	59
1- Remise en cause de son infraction de rattachement	59
2- Remise en cause de la pénalisation du droit des étrangers ?.....	60
<i>Section 2 : Plaidoyer pour la suppression des infractions d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers</i>	<i>61</i>
Paragraphe 1 : La finalité de l'infraction détournée	61
A/ La difficile identification de la valeur protégée par l'infraction	61
1- La théorie de la valeur protégée en droit pénal	61
2- Une valeur protégée par le « délit de solidarité » ?	61
B/ La diversité des cibles visées par l'infraction	62
1- La figure du migrant instrumentalisée	62
2- Du passeur au passé... un tout petit pas.....	63
Paragraphe 2 : La nécessité de l'infraction contestée	64
A/ L'existence d'infractions générales concourant au même but	64
1- La traite des êtres humains	64
2- Les marchands de sommeil	64
B/ Conclusion : le maintien de l'infraction au service d'une politique de dissuasion.....	65
1- Une volonté de dissuader les migrants	65
2- L'intimidation des personnes solidaires avec les migrants.....	65
BIBLIOGRAPHIE	68

Introduction

Les dernières années ont été marquées par un bouleversement du droit, impulsé en partie par le rôle de plus en plus important joué par les instances supranationales. C'est à partir des accords de Schengen sur la libre circulation que l'Union européenne commence à s'intéresser à la réglementation de l'immigration. Cet intérêt va s'accroître avec la volonté de créer une véritable Union européenne de coopération renforcée, par la ratification du traité de Maastricht. Dans les discours, une plus grande intégration des Etats-membres doit s'accompagner d'une politique de contrôle accru des frontières extérieures de l'Europe. C'est ce qui justifiera notamment la création d'une véritable police des frontières européennes, l'agence Frontex¹. C'est dans ce cadre que la « directive retour »² ainsi que celle donnant une définition de l'infraction d'aide à l'immigration illégale³ seront adoptées. Alors que la rédaction des textes de l'Union marque un nouveau durcissement des politiques migratoires des Etats-membres, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a mis un premier frein aux politiques répressives en matière d'immigration des Etats membres par deux arrêts célèbres *El Dridi*⁴ et *Achughbajian*. Si ces arrêts ont été interprétés de différentes façons, parfois contradictoires, l'évolution récente du droit interne montre que leur impact se traduira par une certaine « dépenalisation » du droit des étrangers. Ces évolutions constituent donc une première avancée en matière de droit des étrangers. Premier pas sur la route longue et sinueuse que constitue le plaidoyer pour une séparation définitive entre le domaine de la maîtrise de l'immigration et celui du pénal, réservé à la protection de l'intérêt général. Cette évolution doit marquer le début d'une nouvelle réflexion sur la pertinence de maintenir le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour dans notre droit.

Le récent dépôt d'une proposition de loi⁵ par les groupes communistes et verts au Sénat, visant à supprimer les infractions d'entrée et de séjour irréguliers et à introduire une « immunité humanitaire » dans la loi permet de relancer le débat sur l'opportunité du délit d'« aide aux

¹ Création par le règlement (CE) n°2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union Européenne

² Directive du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

³ Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, article 3

⁴ Arrêt *El Dridi*, 28 avril 2011, affaire C-61/11 PPU

⁵ Proposition de loi n°585 de la session ordinaire de 2011-2012, enregistrée à la présidence du Sénat le 6 juin 2012

migrants » et son utilité dans une démocratie ou chaque création d'infraction pénale ne doit intervenir qu'en dernier recours afin de protéger la société.

L'inscription de l'infraction d' « aide aux migrants » dans un processus plus large de pénalisation

En 1972, les revendications des immigrés sont principalement économiques. Beaucoup d'entre eux, incités à venir en France pour travailler, vivent dans des situations de grande précarité. En 1968, le taux de régularisation est de 82 pourcent⁶. C'est en 1971 que va retentir le scandale Djellali qui va conduire certains intellectuels, notamment Jean-Pierre Foucault et Jean-Paul Sartre à s'intéresser à la question des conditions de vie dans les quartiers de Paris peuplés d'immigrants et celles des étrangers en général. Dans cette affaire, un jeune homme de quinze ans d'origine algérienne est tué par balle par le concierge de son immeuble. Cet évènement dramatique pose de nombreuses questions quant à la représentation de l'immigration véhiculée par la politique et les médias. La question de la défense des droits des immigrés s'articule alors essentiellement autour de l'image donnée de l'immigration et des questions économiques et de logement. Ce n'est que bien plus tard que les problématiques changeront de nature pour se concentrer presque exclusivement sur des problématiques de droit au séjour.

Il est intéressant de se demander à partir de quand l'immigration est devenue un sujet associé à la sécurité. Initialement, celle-ci relevait du ressort des autorités administratives, visant essentiellement à gérer les flux migratoires en délivrant –ou non– des autorisations de séjour. Pendant longtemps, les immigrés n'avaient pas besoin de passeport pour entrer en France. Les premières mesures instituant un régime répressif à l'égard des étrangers sont introduites par le décret-loi Daladier de 1938 qui réprime l'irrégularité du séjour par une peine d'emprisonnement et une amende. Le décret-loi veut instaurer « *pour qui se montre indigne de vivre sur notre sol, une juste et nécessaire rigueur* ». Cette formulation est représentative de l'idéologie régnant à cette époque et coïncide avec la création de nouvelles infractions dirigées vers une catégorie définie de la population : les étrangers. Cette branche du droit pénal illustre la théorie du « *droit pénal de l'ennemi* »⁷ en ce qu'elle scinde la législation répressive en deux blocs, celle destinée aux

⁶ Sur ce sujet, voir l'article de Michelle Zancarini-Fournel, « La question immigrée après 1968 », in *Plein Droit* n°53-54 de mars 2002

⁷ Voir sur ce point : Immigration, un régime pénal d'exception, in Gisti, penser l'immigration autrement, Paris, juin 2012, p. 7

« citoyens » et celle destinée aux autres, ici aux étrangers. La cible de cette pénalisation est alors la simple appartenance à un groupe de personnes, en l'absence de commission matérielle d'une infraction. Malgré leur adoption dans un contexte politique xénophobe, ces mesures seront largement reprises par une ordonnance du 2 novembre 1945 du Président Charles de Gaulle. Cette législation pénalisant la complicité de séjour irrégulier est d'autant plus inadmissible qu'en remontant dans l'histoire, on se rend compte qu'elle trouve une inspiration dans des mesures inscrites dans le « Code Noir ». Ce code publié en 1685 afin de régir la situation des esclaves prévoyait à son article 39 une punition sévère pour les affranchis et les hommes libres qui auraient « *donné retraite dans leurs maisons aux esclaves fugitifs* ». Cela n'est pas sans rappeler l'actuelle pénalisation de l'aide au séjour irrégulier et doit nécessairement nous amener à nous questionner sur la légitimité de ce délit.

Malgré la persistance de ce délit dans la législation française de 1938 à nos jours il restera longtemps inutilisé. C'est à partir des années 1980 que les étrangers sont directement visés dans les discours comme une population à risque. Cela coïncide avec la première législation officielle sur les centres de rétention administrative du 29 octobre 1981, peu après l'élection de François Mitterrand à la présidence de la République. Puis, la politique à l'égard des étrangers devient de plus en plus sécuritaire, avec la création de nouvelles mesures pénales sous Nicolas Sarkozy, une première fois en tant que ministre de l'Intérieur, puis en tant que Président de la République. Cependant, malgré l'adoption de nombreuses lois pénalisant la situation des étrangers, telles que la répression « de la paternité ou du mariage de complaisance », le nombre d'étrangers incarcérés au motif d'infraction à la législation des étrangers (ILE) n'a pas augmenté. Il ne faut toutefois pas oublier qu'un nombre important de personnes -27 000 en 2010- sont incarcérées dans des centres de rétention administrative sur simple arrêté préfectoral.

Aujourd'hui, une partie importante de la « criminalisation » des étrangers et de leurs « aidants » passe par des pratiques et des détournements de procédure. Pour cette raison, elle est difficilement visible et quantifiable et donc peu contestable. L'existence d'infractions en la matière ouvre la possibilité pour les autorités d'utiliser les mesures prévues par la procédure pénale. La simple mise en œuvre de ces mesures, qui débouchent rarement sur des poursuites, permet de maintenir un climat d'intimidation envers les migrants, et leurs « aidants ». C'est pourquoi la pénalisation du droit des étrangers, et plus précisément ici de l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, qui vise indirectement les immigrés, doit être étudiée afin de mettre en lumière les incohérences de cette politique.

Définitions

Définition des infractions d'entrée et de séjour irréguliers

Aujourd'hui l'infraction d'entrée et de séjour irrégulier se trouve codifiée aux articles L. 621-1 et 2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda). L'entrée et le séjour irréguliers sont envisagés à l'article L. 621-1 du Ceseda, rédigé comme tel :

« L'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles L. 211-1 et L. 311-1 ou qui s'est maintenu en France au-delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros. La juridiction pourra, en outre, interdire à l'étranger condamné, pendant une durée qui ne peut excéder trois ans, de pénétrer ou de séjourner en France. L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement ».

L'entrée et le séjour irréguliers sur le territoire d'un autre Etat partie aux accords Schengen⁸ sont également réprimés par le Ceseda. Alors que l'infraction d'aide au séjour constitue une infraction continue, qui prend fin au moment du retour de l'étranger ou de sa régularisation, l'entrée irrégulière est une infraction instantanée. Cette infraction fait partie des délits dans la classification des peines puisque la peine d'emprisonnement encourue ne peut dépasser un an. Cette distinction est importante car le code pénal prévoit un certain nombre de conséquences en raison de la qualification d'une infraction en tant que délit. En effet la complicité est toujours punissable en matière délictuelle. Cependant, la tentative n'est automatiquement prévue qu'en matière criminelle, mais ne l'est pas pour les délits en l'absence de précision dans la loi. Enfin, les délits sont toujours intentionnels, sauf lorsque la loi le prévoit autrement. C'est-à-dire que l'incrimination de ces infractions par imprudence ou négligence n'est pas punissable, sauf prescription expresse dans la loi.

⁸ Convention signée à Schengen le 19 juin 1990

Définition des infractions d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers

L'infraction dite d' « aide aux migrants » est définie à l'article L. 622-1 du Ceseda. :

« 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 ».

Cette infraction s'applique également lorsque l'aide à l'entrée ou au séjour irrégulier a été apportée sur le territoire d'un Etat partie aux accords Schengen⁹ ou au Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer¹⁰. Officiellement destiné à lutter contre « les passeurs », ce délit englobe différentes infractions. Si l'aide à l'entrée vise le franchissement d'une frontière, l'aide au séjour peut être caractérisée par le simple fait d'héberger une personne chez soi. La circulation vise le déplacement d'une personne sur un même territoire, sans franchissement de frontière. Si ces infractions se rapprochent de la complicité d'entrée ou de séjour irrégulier, elles ont été créées de façon autonome dès le premier mouvement de pénalisation du droit des étrangers en 1938 par le décret-loi du gouvernement Daladier. Les différentes réformes sont venues amplifier les peines encourues. En outre, des immunités ont été ajoutées, telle qu'une immunité familiale restreinte à la famille très proche de l'étranger¹¹, et l'état de nécessité. Depuis les années 1990, les nombreuses réformes du délit d'« aide aux migrants » ont donné lieu à d'importants mouvements de mobilisation visant à sa suppression, puis à la création d'une « immunité humanitaire ». En effet, la définition européenne précise l'infraction de manière plus restreinte. C'est la définition large du délit en droit français et ses immunités restreintes qui ont conduit à d'importantes mobilisations en faveur de la suppression de ce délit.

⁹ Convention signée à Schengen le 19 juin 1990

¹⁰ 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

¹¹ Immunité introduite par la loi n°96-647 du 22 juillet 1996, étendue par la loi du 11 mai 1998, modifiée par les lois du 26 novembre 2003 et du 16 juin 2011

Définition de l'infraction de complicité en droit pénal français

L'article 121-7 du code pénal définit l'infraction de complicité en droit français comme suit :

« Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre. »

Il existe donc plusieurs façons de se rendre complice d'une infraction, notamment par assistance, promesse, menace, etc. Dans le cadre de l'aide au séjour irrégulier, la complicité par aide à la préparation et à la commission de l'infraction retiendra toute notre attention.

Dans le code pénal, le complice agit « sciemment », ce qui implique qu'il participe en connaissance de cause à la commission de l'infraction. A défaut d'élément intentionnel, la complicité ne pourra pas être retenue. La complicité diffère de la coaction en ce que « *la criminalité du complice est dépendante de celle de l'auteur principal* »¹². Il faut donc que l'acte de l'auteur principal soit punissable pour que la personne qui l'a aidé dans la réalisation de l'infraction soit déclarée coupable de complicité. A défaut d'élément moral, l'infraction de complicité n'est pas constituée. Effectivement, la complicité correspond à une infraction à part entière, toutefois dépendante de l'infraction principale. En outre, l'aide doit avoir été causale. Elle doit avoir contribué à permettre la réalisation de l'infraction en la « facilitant » ou en la « provoquant ».

Une autre condition d'incrimination consiste en ce que l'acte principal doit être punissable pour que la complicité puisse être réprimée. Cela signifie que l'infraction doit être qualifiée, sans tenir compte du fait que l'auteur principal soit déclaré responsable ou non. C'est pour cette raison que la chambre criminelle de la Cour de Cassation a jugé, dans un arrêt du 16 novembre 1998, que la relaxe de l'auteur principal d'une infraction entraîne la révision de la condamnation du complice. Il suffit cependant que l'infraction principale soit punissable pour que la complicité puisse être reconnue.

¹² CONTE Philippe (dir.), Droit pénal général, Dalloz, Paris, 2004, p. 233

Il existe toutefois des exceptions pour lesquelles ces éléments constitutifs de la complicité ne sont pas requis. C'est notamment le cas lorsque le législateur a défini des infractions de complicité autonomes. Dans ce cas, la déclaration de l'innocence de l'auteur de l'acte principal n'aura aucune incidence sur la culpabilité du complice. Le délit distinct pourra alors être puni d'une peine différente de celle encourue pour l'infraction principale. C'est le cas du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, défini aux articles L. 622-1 et suivants du Ceseda.

Intérêt du sujet problématisé

Les évolutions récentes de la jurisprudence en matière de pénalisation du séjour irrégulier, tant nationale que celle de l'Union Européenne, invitent à se demander quelles répercussions celles-ci pourraient avoir sur le délit d'aide au séjour irrégulier. Celui-ci, érigé en infraction autonome en droit français depuis le décret Daladier de 1938 sur la police des étrangers¹³, est pourtant hautement lié aux infractions d'entrée et de séjour irréguliers. Ces deux délits ont le même objectif, à savoir la lutte contre l'immigration illégale. Ils constituent deux moyens différents de dissuader l'entrée, la circulation et le séjour irréguliers, l'un en menaçant les migrants eux-mêmes, l'autre en pénalisant de manière autonome la complicité par aide aux immigrés. Une certaine remise en cause récente de la pénalisation du droit des étrangers par la directive « retour » et son interprétation jurisprudentielle viennent poser la question de la légalité de la pénalisation de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers en droit français. En effet, il est légitime de se demander dans quelle mesure la remise en cause de l'infliction de peines privatives de liberté des étrangers en situation irrégulière peut se répercuter sur le délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. En outre, si cette infraction est prévue par le droit de l'Union Européenne, sa transcription en droit français en retient une interprétation plus sévère. L'engagement d'une réflexion sur la légalité et la nécessité du délit d'« aide aux migrants » au regard des évolutions récentes en matière de droit des étrangers est donc nécessaire. Le droit pénal constitue un champ très particulier de notre législation, en ce qu'il vise à prévenir et réprimer des comportements estimés dangereux pour la société. Il convient donc de se demander si l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers telle que définie à l'article L. 622-1 constitue une infraction légitime au regard de la finalité du droit pénal et si l'atteinte portée aux libertés individuelles n'est pas démesurée au regard de l'existence de l'infraction. C'est principalement pour approfondir ces aspects que la question de l'autonomie va nous intéresser. Dans quel but cette

¹³ Décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers

infraction a-t-elle été érigée en délit autonome par rapport à l'entrée et au séjour irréguliers ? Cette autonomie existe-t-elle vraiment ? Quelles sont les conséquences des évolutions en matière d'entrée et de séjour irréguliers sur le délit d'« aide à l'immigration clandestine » ? Et enfin, est-il nécessaire et légitime de garder cette infraction dans notre ordre juridique ? Il faudra donc s'interroger afin de savoir dans quelle mesure les évolutions récentes en matière de droit pénal des étrangers peuvent entraîner des répercussions sur la légalité de l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers.

TITRE 1 :

**L'AUTONOMIE PARTIELLE DES
DELITS D'AIDE A L'ENTREE, A LA
CIRCULATION ET AU SEJOUR
IRREGULIERS**

L'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers en tant qu'infraction autonome visait des objectifs bien particuliers lors de sa consécration en 1938 et reste toujours en vigueur aujourd'hui (Chapitre 1). Malgré son autonomie textuelle, celle-ci reste en grande partie liée à son infraction de rattachement, l'entrée et le séjour irréguliers (Chapitre 2).

Chapitre I : Une infraction textuellement autonome

Pour comprendre les raisons de la mise en place d'une infraction autonome d'« aide à l'immigration illégale » au moment même où les premières lois pénalisaient les étrangers en situation irrégulière, il faut étudier d'abord les objectifs proclamés au moment de l'édiction de cette législation en droit français et tenter d'en découvrir leur but caché (Section 1). Par ailleurs, le droit supranational a par la suite largement pris le pas sur la législation en matière d'immigration, ce qui a, en retour, influencé la politique pénale interne (Section 2).

Section 1 : Les justifications de l'autonomie de l'infraction en droit français

La création d'une infraction autonome en droit français a été officiellement justifiée par la volonté de lutter contre les filières clandestines d'immigration illégales (Paragraphe 1). En réalité, cette autonomie a permis au législateur de s'affranchir des contraintes induites par la notion de complicité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'objectif de la lutte contre les « filières clandestines »

A/ Un objectif illustré par les débats parlementaires

1- Une pénalisation sévère visant les « filières organisées d'immigration clandestine »

Depuis la création de l'incrimination d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers par le décret-loi de 1938, largement repris par l'ordonnance de 1945 sur l'entrée et le séjour des étrangers en France, les sanctions encourues n'ont cessé d'être alourdies par les réformes successives. La loi de 31 décembre 1991 a marqué un nouveau tournant dans l'aggravation des peines associées au délit, notamment en assortissant aux peines d'amende et d'enfermement de nouvelles peines complémentaires. Il ressort des travaux parlementaires ayant précédé le vote de cette loi que les objectifs poursuivis visaient la lutte contre les filières d'immigration clandestine. C'est cette volonté répétée de lutter contre les « passeurs » qui a fourni un prétexte en vue de justifier l'alourdissement continu des peines encourues par les « aidants ». Le discours porté par le gouvernement cherche à faire passer les migrants pour des victimes instrumentalisées par les « passeurs », ennemis sans cesse ciblés par les propos ministériels. La ministre de la justice terminait ainsi sa circulaire du 6 juillet 2012 en instruisant que « *la lutte contre les filières qui alimentent l'immigration irrégulière*

et prospèrent en exploitant la détresse et la vulnérabilité d'une population de migrants fragilisés par leur situation administrative irrégulière doit naturellement demeurer une priorité de notre politique pénale ». Cette théorie permet de légitimer une « chasse aux filières » toujours plus répressive qui revient à rejeter toutes les fautes sur un ennemi commun, la figure du « passeur ». C'est ainsi que les filières d'immigration clandestine et la police aux frontières deviennent indispensables l'une à l'autre, en justifiant mutuellement leur utilité.

Une loi du 27 décembre 1994 vient alourdir d'avantage les peines encourues par les aidants, afin de rendre le droit français conforme à la convention de Schengen du 19 juin 1990. Alors que la convention limitait l'incrimination de l'aide « *à des fins lucratives* », le législateur français décide de ne pas introduire cette expression dans la loi. Le ministre de l'Intérieur justifie cette décision par la lutte contre le terrorisme et les réseaux islamistes qui ne recherchent pas toujours un « *but lucratif* ». C'est avec les mêmes arguments que le rapport Mariani justifie l'absence d'inclusion de la limitation de l'incrimination « *à des fins lucratives* » lors de l'adoption de la loi du 26 novembre 2003 visant à transposer la directive européenne du 28 novembre 2002 portant définition de l'infraction d'« aide à l'immigration irrégulière ». Plusieurs associations ont demandé à ce que le caractère lucratif de l'aide soit inclus dans la loi afin d'éviter les dérives.

2- Des immunités à l'aide au séjour prévues pour la famille proche et en cas d'état de nécessité

Les immunités prévues en droit français ont été reconnues tardivement et constituent de faibles garanties contre les différentes intimidations visant les personnes soutenant de près ou de loin les personnes sans papiers. Jusqu'en 1996, la famille de l'étranger n'était pas exclue de la menace de poursuites pour aide au séjour irrégulier. C'est grâce à des mobilisations importantes qu'une immunité familiale a été introduite *-en matière d'aide au séjour uniquement-* par la loi du 22 juillet 1996. Depuis cette loi, sont exclues des poursuites pour aide au séjour irrégulier : les « *ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, les 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* » ainsi que le « *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* ». Pour bénéficier de l'immunité, les conjoints doivent toujours vivre de façon maritale. C'est là une façon de contrôler l'intimité de la vie de l'étranger. En outre, la loi du 24 juillet 2006 a exclu de cette immunité les cas dans lesquels l'étranger irrégulier vit en état de polygamie ou est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint.

Dès 2003, la CNCDH recommande l'introduction d'une clause humanitaire comme immunité à la condamnation pour aide au séjour irrégulier. Les revendications pour l'ajout d'une clause humanitaire ont permis d'insérer une nouvelle immunité à l'article L. 622-4 du Ceseda. Plus une concession à l'égard des détracteurs du « délit de solidarité » qu'une vraie protection, l'initiative du groupe socialiste a permis en 2011 d'étendre l'immunité à « *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*¹⁴ ». Cette restriction est calquée sur l'état de nécessité prévu comme une clause générale d'irresponsabilité à l'article 122-7 du code pénal. Cependant, l'état de nécessité permettant d'écarter la responsabilité en matière d' « aide aux migrants » a été restreinte en précisant que le danger doit concerner l'« intégrité physique ou la vie » de l'étranger, puis « la personne de l'étranger » tandis que la clause prévue à l'article 122-7 est rédigée de manière plus générale. On comprend mal la nécessité –autre que politique- d'ajouter cette clause, alors que l'état de nécessité de l'article 122-7 du code pénal s'applique nécessairement à l'infraction. C'est pourquoi la CNDH a considéré dans un avis de 2009 que « *cette immunité est beaucoup trop étroite pour couvrir les actions qu'impliquent la défense des droits de l'Homme* ». La nécessité d'introduire une véritable « *immunité humanitaire* » a par ailleurs fait l'objet de campagnes réalisées par les « *délinquants de la solidarité* » en 1997 et 2003, puis le collectif d'association « *les délinquants solidaires* » en 2009, après l'annonce de la nouvelle réforme. Finalement, l'objectif de la lutte contre l'immigration irrégulière paraît primer sur le respect des libertés individuelles puisque cette immunité n'a toujours pas été incluse dans la loi.

B/ Des objectifs conduisant à des dérives

1- La condamnation de personnes agissant de manière désintéressée

La définition très large de l'infraction conjuguée à l'étroitesse des immunités a conduit à de nombreuses dérives allant jusqu'à la condamnation de personnes ayant agi de manière humanitaire ou désintéressée. En 2009, après une altercation avec le ministre de l'Intérieur de l'époque, Eric Besson, le Gisti (Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés) a commencé à répertorier toutes les condamnations de personnes ayant agi de manière désintéressée au titre de l'article L. 622-1 du Ceseda. C'est notamment le cas d'un ressortissant pakistanais titulaire d'une carte de

¹⁴ Modifié par la loi du 16 juin 2011

séjour de dix ans, condamné à 1000 euros d'amende par la cour d'appel de Paris le 16 septembre 2009¹⁵ pour avoir hébergé un compatriote dans un studio que ce dernier avait lui-même aménagé. En 2008 un ressortissant marocain était condamné à 500 euros d'amende pour avoir hébergé trois membres de sa famille¹⁶.

2- L'inclusion des interpellations d'aidants dans les objectifs chiffrés de lutte contre l'immigration clandestine

Illustrant l'objectif de lutte contre les filières, on remarque que le nombre d'interpellations d'« aidants » fait partie depuis 2008 des indicateurs de performance de la politique du gouvernement en matière d'immigration. De cette façon, tous les aidants se transforment en passeurs dans les chiffres de la loi de finances qui fixe les objectifs à atteindre pour l'année suivante. L'interpellation de deux travailleuses sociales de France Terre d'Asile qui avaient donné leurs numéros de téléphone à des personnes sans-papiers ou encore la condamnation d'une femme ayant hébergé son futur mari permet au gouvernement de gonfler les chiffres des interpellations d'« aidants » pour démontrer son efficacité en matière de lutte contre l'immigration irrégulière. La loi de finances 2009¹⁷ prévoyait un objectif de 28 000 reconduites à la frontière et de 5 500 interpellations d'« aidants » pour 2011. Dans ces chiffres sont inclus, certains trafiquants de migrants –très peu en général-, des « passeurs » et des personnes ayant agi de façon bénévole, en hébergeant, offrant un repas ou apportant leur aide de quelque façon à un étranger en situation irrégulière¹⁸.

Paragraphe 2 : Une volonté de dépasser les limites de la notion de « complicité »

A/ Les contours de l'infraction de complicité en droit français

1- La notion de l'emprunt de criminalité à l'auteur principal de l'infraction

L'infraction de complicité est définie comme telle à l'article 121-7 du code pénal : « *la personne qui sciemment, par aide ou assistance, a facilité la préparation ou la consommation de l'infraction* ». Il faut que trois conditions soient réunies pour punir la complicité : un fait principal

¹⁵ CA Paris 1 septembre 2009, affaire n°09/00956

¹⁶ CA Montpellier 17 juin 2008, affaire n°08/00105

¹⁷ Loi de finances pour 2009

¹⁸ Voir SLAMA Serge, L'origine du « délit de solidarité » aide à l'entrée ou au séjour irrégulier in Lettre « Actualité Droits de l'Homme », 7 avril 2009

punissable, un acte matériel de complicité défini par la loi –tel que l'aide- et une participation intentionnelle. C'est ce rattachement de la complicité à une infraction principale qui permet de déterminer la peine encourue par le complice. C'est ce qu'on appelle l'emprunt de criminalité. En conséquence, d'une part il faut que le fait principal ait été érigé en infraction pénale par la loi, et d'autre part qu'il ait été commis ou tenté pour que la complicité puisse être recherchée. C'est pour cette raison que certains actes autrefois punis sur le terrain de la complicité ont donné le jour à des infractions autonomes lorsque les faits principaux ont été dépénalisés. C'est notamment le cas avec la dépénalisation de la prostitution et la création de l'infraction de proxénétisme. En outre la complicité par aide ne vise que les crimes et les délits, les contraventions ne sont pas visées.

Lorsque des clauses d'impunité s'appliquent à l'auteur principal de l'infraction, l'emprunt de criminalité entraîne plusieurs conséquences sur la responsabilité du complice. Celui-ci bénéficie des causes objectives ayant conduit à la relaxe de l'auteur principal. C'est par exemple le cas lorsque le caractère répréhensible de l'infraction disparaît, notamment en raison d'un fait justificatif. En outre, si l'auteur principal n'est pas condamné du fait de circonstances personnelles, par exemple en cas d'irresponsabilité, le complice reste punissable. Il reste donc fautif si l'auteur principal est relaxé sur le fondement d'une cause subjective, telle que des troubles psychiques. Le cas particulier qui nous intéresse ici, la complicité pour aide, englobe, la fourniture de moyens permettant la réalisation de l'infraction. C'est par exemple le cas de celui qui fournit une habitation à des personnes afin de leur permettre de réaliser leur activité criminelle¹⁹.

Une des conséquences directes de la théorie de l'emprunt de criminalité consiste à punir le complice des peines prévues pour l'auteur principal. L'article 121-6 du code pénal énonce ainsi que « *sera puni comme auteur le complice de l'infraction* ». Il encourt donc les peines principales et complémentaires encourues -et pas nécessairement prononcées- par l'auteur principal de l'infraction. La Cour de cassation considère que « *sont applicables au complice les circonstances aggravantes* »²⁰.

2- L'absence de condamnation des « tentatives de complicité » en droit français

La complicité est toujours sanctionnable en matière délictuelle. La complicité de tentative est punissable dans la mesure où l'infraction principale prévoit cette tentative. Lorsqu'un viol est tenté

¹⁹ Crim., 12 décembre 1956, Bull. cim. N°830

²⁰ Crim., 7 septembre 2005, comm. N°167

mais échoue, le complice de la tentative de viol sera poursuivi. En revanche, la tentative de complicité n'est jamais punissable. Si un complice a voulu s'associer à l'auteur de l'infraction, mais que ce dernier s'est désisté au dernier moment, alors le complice qui était prêt à apporter son aide à la réalisation de l'infraction ne pourra pas être puni. C'est ce qu'a jugé la chambre criminelle de la Cour de Cassation dans un arrêt du 23 mars 1978. L'élément matériel que constitue l'aide est donc indispensable à la qualification de l'infraction de complicité. En vertu du droit pénal, une intention ne peut pas suffire à caractériser un délit. Si un individu a voulu à tout prix s'associer à l'auteur de l'infraction, qu'il souhaitait agir en connaissance de cause, mais que son action a été entravée par une raison extérieure, il ne pourra pas être condamné pour complicité. Selon les dispositions du code pénal, la tentative de complicité n'existe pas.

B/ Le dépassement de ces limites par l'autonomisation de l'infraction

1- Une autonomie alourdissant la « complicité » d'entrée ou de séjour irrégulier

En matière d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour des étrangers, on remarque que l'autonomisation de l'infraction a globalement alourdi sa répression. L'article L. 622-1 du Ceseda prévoit que « *toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers* » pourra être condamnée. La tentative se trouve incriminée de la même manière que l'aide réalisée. C'est déjà un premier durcissement par rapport à la notion de complicité qui exclut l'incrimination de la « tentative de complicité ». Il n'est donc pas nécessaire que le prévenu ait apporté une aide efficace ayant permis l'entrée ou le séjour de l'étranger en situation irrégulière en France pour qu'il soit condamné. La simple tentative de venir en aide à un sans-papier est prévue par l'article L. 622-1 du Ceseda.

Concernant le délit d'« aide aux migrants », la création d'une infraction distincte a permis au législateur de prévoir des peines beaucoup plus élevées que celles encourues par l'auteur de l'infraction d'entrée et de séjour irréguliers. Alors que les infractions d'entrée et de séjour irréguliers sont punies d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende, celles d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers prévoient des peines de cinq ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Si les deux infractions constituent des délits, les peines encourues par les « aidants » sont beaucoup plus sévères que celles prévues pour l'auteur des infractions de rattachement : l'entrée ou le séjour irréguliers.

Cet alourdissement du régime du délit d'« aide aux migrants » est la conséquence directe de la volonté de pénaliser les « *trafiquants de migrants* ». Même dans le cas où un « passeur » échouerait

à faire entrer ses « clients » en France, il doit, selon la volonté du législateur, pouvoir être poursuivi et condamné. C'est donc la volonté de cibler un « trafic » particulier, considéré comme un des objectifs principaux du législateur qui a conduit à définir de façon large et imprécise l'infraction de l'article L. 622-1 du Ceseda. Si dans ce cas l'autonomisation de l'infraction a conduit à durcir le régime par rapport à celui de la complicité, le contraire peut parfois être observé.

2- L'autonomisation au service d'objectifs contradictoires : la comparaison avec l'infraction de recel de malfaiteur

Il est intéressant de comparer les infractions de recel de malfaiteur et celles d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers qui se ressemblent sur de nombreux points et qui ont été toutes les deux rendues autonomes dans des buts opposés. En effet, les deux infractions sont construites sur le même modèle prévoyant dans une première partie la définition du délit, et dans une deuxième, les immunités prévues pour la famille.

L'article 434-6 du code pénal dispose que : *« 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 45000 euros d'amende. Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise de manière habituelle. Sont exceptés des dispositions qui précèdent :*

1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou complice du crime ou de l'acte de terrorisme ;

2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime ou de l'acte de terrorisme, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui. »

Le recel de malfaiteur, défini à l'article 434-6 du code pénal est constitué par l'acte d'aider une personne que l'on sait être un criminel à se soustraire à la justice pénale. Une infirmière qui porte secours à un criminel malade et qui lui permet par cet acte de se soustraire à l'action de la justice a ainsi pu être reconnue coupable de recel de criminel²¹. Le recel de malfaiteur est aujourd'hui limité aux crimes dans le nouveau code pénal alors que l'infraction comprenait anciennement aussi le

²¹ Cass. Crim. 17 sept. 2003, Bull. crim. N°165

recel de délinquant. Cette infraction s'apparente à celles d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers en ce que c'est l'aide apportée à un malfaiteur qui est incriminée de façon autonome par rapport à l'acte de complicité avec ce criminel. L'« aide aux migrants » ne serait alors qu'un cas particulier de recel de malfaiteur en matière délictuelle.

Quand on compare l'infraction de recel de malfaiteur avec celles d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, on remarque que la création de délits autonomes ont eu des conséquences inversées. S'agissant de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers, la consécration de l'autonomie de cette infraction a visé à étendre le champ d'incrimination et les peines encourues. Au contraire, dans le cas du recel de criminel, alors que l'auteur principal encourt des peines criminelles, le recel a été consacré en délit de façon indépendante afin d'amoindrir les peines encourues par son auteur. Dans ce dernier cas, l'aide au criminel dans le but de le soustraire à la justice est considérée porter une moindre atteinte à l'ordre public que le crime en lui-même. A l'inverse, l'aide apportée au migrant dans le but de l'aider à entrer ou de le protéger contre un éloignement est considérée plus grave que l'entrée ou le séjour irréguliers eux-mêmes. La volonté de créer des infractions indépendantes de la notion de complicité vise donc des buts opposés dans les deux cas. En outre, il est intéressant de constater que les deux infractions ont connu des évolutions diamétralement opposées en matière de réponse pénale. Si les peines encourues en matière de délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers n'ont fait qu'augmenter dans le sens de plus de sévérité, les sanctions du recel de malfaiteur n'ont fait que s'adoucir, jusqu'à supprimer l'infraction en matière délictuelle.

Section 2 : Autonomie encouragée par le droit supranational

Paragraphe 1 : La consécration du délit d'aide au séjour irrégulier par le droit de l'UE

A/ Dans les textes

1- Une infraction introduite par les accords de Schengen ...

Dès les années 1990 on remarque que l'immigration des ressortissants d'Etats tiers à l'Union Européenne est déjà une préoccupation des Etats-membres. L'instauration d'un régime de libre circulation amène une peur plus grande à l'égard des pays extérieurs à l'Union. La libre circulation intérieure devient alors un prétexte à la radicalisation des politiques migratoires à l'égard des Etats extérieurs à l'Union européenne. L'idée des gouvernants revient à penser que l'absence de contrôles

aux frontières internes à l'Union Européennes doit être compensée par la mise en place d'une politique ultra sécuritaire aux abords de l'Europe. C'est pourquoi les accords Schengen qui viennent instituer la libre circulation des citoyens de l'Union Européenne visent dans le même temps à renforcer le contrôle des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures de l'Union. C'est à ce moment-là qu'apparaît la première définition de l'infraction d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers au niveau de l'Union qui prévoit la mise en place de sanctions par les Etats membres pour ceux qui apportent leur aide à l'immigration illégale. En effet, l'article 17 de la Convention d'application des accords Schengen du 19 juin 1990 prévoit que « *les Parties Contractantes s'engagent à instaurer des sanctions appropriées à l'encontre de quiconque aide ou tente 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.* ». En droit de l'Union européenne, l'infraction devait nécessairement être autonome puisque le droit de l'Union n'impose pas de sanction pour l'entrée ou le séjour irrégulier. En outre, les accords de Schengen n'imposent pas de créer une infraction spéciale pour la répression de l'aide à l'immigration illégale mais visent à ce que ces actes soient punis en droit interne. Le Traité de Maastricht, fondateur de l'Union européenne va d'ailleurs consacrer « *la lutte contre l'immigration, le séjour et le travail irréguliers de ressortissants des pays tiers sur le territoire des États membres* » comme un des objectifs majeurs de la coopération des Etats membres en matière de justice et affaires intérieures. En outre, un Pacte européen sur l'immigration et l'asile a été voté en octobre 2008²², qui confirme largement les principes de réadmission et de lutte contre l'immigration irrégulière comme politique de sécurité commune.

2- ... et précisée par la directive de 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers²³

Suite à ces dispositions générales marquant la volonté de lutter contre l'immigration « clandestine », notamment par l'instauration d'une politique répressive à l'égard de ceux qui aident les migrants à pénétrer ou séjourner sur le territoire de l'Union européenne, des mesures ont été prises afin de préciser le dispositif commun aux Etats membres. En effet, les accords Schengen imposaient une répression à l'égard des personnes aidant l'immigration irrégulière sans préciser la nature des sanctions, les peines encourues ni le but recherché. C'est la directive du Conseil du 28

²² Pacte européen sur l'immigration et l'asile, Conseil européen, 15 et 16 oct. 2008, doc. 13440/08

²³ Directive n° 2002/90/CE du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers

novembre 2002 qui définit de manière plus précise les exigences européennes en matière d'infraction d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. Dans la continuité des accords Schengen et du traité de Maastricht, le préambule de la directive présente la lutte contre l'immigration clandestine comme corollaire à la mise en place de la libre circulation dans l'Union en actant que « *pour mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice, l'Union européenne (UE) doit prendre des mesures pour lutter contre l'aide apportée à l'immigration clandestine* ». C'est donc avec l'objectif de permettre la sécurité dans l'espace commun Schengen que le Conseil se propose de donner une définition commune de l'infraction d'aide à l'immigration « clandestine » afin de rapprocher les législations des Etats membres en la matière. La directive définit comme des infractions les faits suivants :

- *« aider intentionnellement un ressortissant de pays tiers à entrer sur le territoire d'un pays de l'UE ou à transiter par son territoire, en violation de la législation;*
- *aider intentionnellement, dans un but lucratif, un ressortissant de pays tiers à séjourner sur le territoire d'un pays de l'UE, en violation de la législation;*
- *être l'instigateur ou le complice de l'une des infractions précitées ou tenter de commettre l'une de ces infractions. »*

La définition des infractions en droit de l'Union européenne apparaît tout de suite plus restrictive que celle du droit français. En outre, une décision cadre²⁴ est venue prévoir les sanctions appropriées en matière d'aide à l'immigration irrégulière. Celle-ci, contrairement au droit français, ne prévoit des peines d'emprisonnement que lorsque l'infraction est commise dans un but lucratif et en bande organisée.

B/ Une définition plus restrictive de l'infraction d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers par le droit de l'UE

1- La restriction du champ d'application des infractions

Contrairement au droit français, la directive adopte une séparation claire entre l'aide à l'entrée et au transit et l'aide au séjour irréguliers, qui constituent deux infractions bien distinctes. L'aide au

²⁴ Décision cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers

séjour est traitée dans un alinéa séparé de l'aide à l'entrée et au transit irréguliers. La principale différence entre les deux est l'ajout de la condition du « *but lucratif* » en matière d'aide au séjour. En effet, le texte de la directive est rédigé de façon à ce que l'aide au séjour apportée à titre gratuit n'entre pas dans le champ de l'infraction. Ce n'est pas le cas en droit français car celui-ci condamne l'aide au séjour aussi bien à titre gratuit que dans un but lucratif. La directive permet donc d'engager des poursuites contre l'aide à l'entrée et au transit irréguliers sans considération d'échange d'argent mais conditionne l'aide au séjour à la recherche d'un profit. Par ailleurs, la directive a ajouté la nécessité de démontrer « *l'intention* » pour caractériser les infractions d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. Si l'intention de l'auteur de l'infraction d'aide n'a pas été inscrite textuellement à l'article L. 622-1 du Ceseda, c'est que le caractère intentionnel est sous-entendu pour tous les délits qui ne l'excluent pas textuellement en droit français. De même qu'en droit interne, la tentative d'aide est également punie en droit de l'Union européenne pour les différentes infractions.

2- La possibilité d'introduire une « immunité humanitaire »

La directive précitée a mis à la disposition des Etats membres la possibilité d'inclure une « immunité humanitaire » aux infractions d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers. En effet, à la suite de la définition des infractions, le texte précise que : « *pour la première infraction précitée, lorsque l'objectif consiste à apporter une aide humanitaire, les pays de l'UE n'ont pas l'obligation d'imposer des sanctions* ». La première infraction à laquelle il est fait référence ici est l'aide à l'entrée ou au transit. En effet, l'aide au séjour n'étant sanctionnable que si elle est exercée dans un but lucratif, le Conseil n'a pas considéré utile de l'inclure dans la possibilité d'introduire une immunité humanitaire. Or, les deux notions ne se recoupent pas forcément car une aide humanitaire n'est pas toujours apportée à titre gratuit. Certaines fois des contributions peuvent être demandées et cela pourrait textuellement constituer un « but lucratif » même si les sommes envisagées sont dérisoires et ne peuvent s'apparenter à une recherche de profit. Ça peut être le cas des personnes qui sont logées à titre gratuit par une organisation humanitaire en échange du paiement d'une cotisation symbolique.

En l'état du droit positif, il n'existe aucune « immunité humanitaire » en droit français. La seule disposition s'en approchant est l'inclusion de l'état de nécessité prévu à l'article L. 622-4 du Ceseda qui protège contre d'éventuelles poursuites les personnes ayant agi « *face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la personne de l'étranger* ». Mais cette immunité est très difficile à caractériser et constitue donc une protection bien faible pour les personnes défendant les

droits des migrants. Une proposition de loi²⁵ déposée par les groupes communiste et vert du Sénat vise à introduire cette immunité dans la définition française de l'infraction.

Paragraphe 2 : Une validation inattendue de l'infraction par la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Dans un arrêt de section du 10 novembre 2011, *Mallah contre France*, la Cour européenne des droits de l'homme concluait au respect de la vie privée et familiale d'un requérant condamné - mais dispensé de peine - pour aide au séjour irrégulier sur la base de l'article L. 622-1 du *Ceseda*. Cette solution a surpris par son imprécision : elle est venue valider l'infraction française critiquée de longue date, d'« aide au migrants » (A) alors que les faits de l'espèce prêtaient particulièrement à l'indignation (B).

A/ Une approbation surprenante du contenu de la base légale

1- Une base légale validée

Lorsqu'elle examine l'existence ou non d'une atteinte à la vie privée et familiale, la Cour regarde en premier lieu s'il y a bien eu ingérence et si celle-ci s'appuie sur une base légale conforme à ses attentes en matière d'accessibilité et de prévisibilité²⁶. Après avoir constaté la prévision de l'ingérence par l'article L. 622-1 du *Ceseda*, la Cour suit les observations du gouvernement français en considérant que l'infraction poursuit bien un but légitime, à savoir la protection de l'ordre public. Jusqu'ici, le raisonnement de la cour est compréhensible. Sa jurisprudence constante montre qu'elle sanctionne rarement les Etats sur le but légitime poursuivi par la base légale, celui-ci étant défini de manière très large –ordre public, sécurité publique, santé publique, etc. En outre, c'est souvent sur le terrain de « *la nécessité de la mesure dans une société démocratique* » qui comprend l'examen de la proportionnalité, que la Cour sanctionne les politiques pénales des Etats. Pour cet examen qui revient « à déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts en présence » la Cour commence par rappeler que la marge nationale d'appréciation est élevée en matière de lutte contre l'immigration clandestine : en effet, il s'agit de décisions politiques, ce qui induit un contrôle restreint de sa part. S'ensuit la validation du délit d'aide au séjour et de l'immunité réduite à la famille très proche qui l'accompagne sans plus d'explication qu'« à l'instar du Gouvernement, la

²⁵ Voir proposition de loi n°585 enregistré à la Présidence du Sénat le 6 juin 2012

²⁶ Voir CEDH *Kruslin et Huvig* du 24 mai 1990 pour les conditions exigées en matière de base légale

Cour relève que le délit étant constitué au regard de la loi, qui est au demeurant suffisamment claire et prévisible, les juridictions internes ne pouvaient que statuer dans le sens de la responsabilité pénale du requérant ». La Cour tranche donc dans un débat de longue date sur la clarté et la prévisibilité de l'infraction d'aide au séjour par une simple phrase dépourvue de motivation sur le fond, laissant par la même une impression de désarroi.

2- Une solution critiquée

Cet arrêt est d'autant plus déconcertant que malgré l'incompréhension qui règne concernant le raisonnement ayant pu conduire à cette décision contradictoire en plusieurs points avec la jurisprudence de la CEDH, elle a été rendue par six voix contre une. Cela a conduit à la publication d'une opinion dissidente de la juge Power-Forde dans laquelle celle-ci écrit que *« l'ingérence commise en l'espèce par les autorités dans la vie familiale du requérant n'était pas proportionnée et, à mon sens, l'Etat défendeur n'est pas parvenu à établir en quoi une ingérence aussi grave aurait été nécessaire dans une société démocratique »*. En outre, la juge critique l'imprécision de la base légale et sa dangerosité en considérant que *« son application dans le cas du requérant [met] en lumière, selon moi, le caractère globalement problématique de cette loi »*. Ce manque de clarté aurait dû être déduit de la condamnation du requérant, malgré sa dispense de peine. En effet, dans une société démocratique, cette condamnation n'était ni nécessaire ni souhaitable. Même s'il est vrai qu'une large marge de manœuvre est laissée aux Etats dans l'appréciation de la nécessité d'une ingérence dans une société démocratique sur le terrain de l'article 8, la juge explique que l'infraction était *« tellement vague et générale »* que le gouvernement français aurait dû être condamné dès l'examen de la précision et de la clarté de la base légale avant même d'en arriver à l'analyse sur le fond, qui n'a d'ailleurs pas eu lieu.

B/ Un arrêt inattendu au regard des fait de l'espèce

1- Des faits constituant un « flagrant-délit de solidarité »

En l'espèce, le requérant et son épouse hébergeaient leurs cinq enfants, dont l'une de ses filles âgée de vingt-deux ans avec son mari marocain. Entré en France avec un visa touristique, celui-ci se maintient en France au-delà de la durée de validité de son visa. Ayant entrepris des démarches en vue d'un regroupement familial et en raison des complications de la grossesse de sa femme il décide de ne pas rentrer au Maroc. Sur dénonciation de l'un de leurs voisins, le domicile du requérant est perquisitionné. Suite à cela ce dernier est placé en garde à vue accompagné de son gendre. Alors que ce dernier est dans l'attente d'une réponse concernant sa demande de regroupement familial,

que sa femme avait eu une grossesse pathologique et que le parquet avait décidé de classer l'affaire sans suite, le tribunal correctionnel condamne le requérant pour l'infraction d'aide au séjour irrégulier en le dispensant de peine. Un mois après le jugement, la demande de regroupement familial du genre du requérant reçoit une réponse positive. Il fait alors appel de la décision, ce qui le conduit à un arrêt de confirmation du jugement. La Cour de cassation n'admet pas le pourvoi, suite à quoi le requérant saisit la CEDH pour violation de l'article 8 de la Convention.

2- Une interprétation douteuse du respect de la vie privée et familiale

Le raisonnement tenu par la Cour dans l'arrêt Mallah contre France est particulièrement critiquable puisqu'il repose en grande partie sur l'absence de peine prononcée contre le requérant. Or, les cinq ans de procédures, les placements en garde à vue constituent des préjudices très importants aussi bien moralement que financièrement. La Cour estime qu'en l'espèce les juridictions françaises ont permis un juste équilibre entre les intérêts du requérant - le respect de sa vie privée et familiale - et la protection de l'ordre public. Le raisonnement est contestable car il est douteux que la condamnation d'une personne ayant agi de manière entièrement humanitaire puisse protéger d'une quelconque manière l'ordre public. On peut même se demander si cette condamnation ne porte pas en elle-même atteinte à l'ordre public en ce qu'elle condamne un comportement largement considéré comme exemplaire, et risque de dissuader les personnes d'être simplement humaines.

Malgré la reconnaissance de la recevabilité de l'affaire sur la question du respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention du fait que « *la question de l'existence ou de l'absence d'une « vie familiale » est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits* » et que cette « *notion de "famille" visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens "familiaux" de facto, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital* », la Cour n'en déduit pas une atteinte disproportionnée à la vie familiale du fait de la condamnation du requérant. Sans prendre acte de la situation en cours de régularisation du genre du requérant au moment des faits, ni des circonstances d'espèce particulières, telles que les complications de la grossesse de sa fille, la Cour conclut de manière très contestable au respect proportionnée de l'équilibre entre les intérêts en présence et refuse d'entamer une réflexion profonde - et dérangeante - sur l'infraction d'aide à l'entrée et au séjour en elle-même. Cet examen sur le fond aurait été d'autant plus important qu'il

existe des rapports accablants d'organisations internationales qui condamnent fermement ce délit, notamment celui de l'observatoire pour la protection des défenseurs de droits de l'Homme²⁷.

²⁷ *Délit de solidarité : stigmatisation, répression et intimidation des défenseurs des droits des migrants* du Programme conjoint de la Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) et de l'Organisation mondiale contre la torture (OMCT) en date de juin 2009

Chapitre II : Une autonomie relative : l'entrée et le séjour irréguliers en tant qu'éléments constitutifs des infractions d'aide

Les délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour restent des infractions très proches de la complicité malgré leur autonomie textuelle. Leur rattachement aux infractions initiales d'entrée et de séjour irréguliers reste indispensable pour pouvoir les caractériser. Chaque infraction comporte trois éléments constitutifs communs : un élément légal, un élément matériel et un élément moral. Les délits d'aide, pour être constitués, doivent réunir ces trois éléments. Ceux-ci sont liés en grande partie à la caractérisation de l'entrée ou du séjour irrégulier (Section 1). Cependant, la jurisprudence s'est parfois partiellement affranchie de cette obligation. (Section 2).

Section 1 : Entrée ou séjour irréguliers : l'obligation de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction

Les délits d'entrée et de séjour irréguliers constituent la racine des infractions d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers en ce qu'ils constituent d'une part l'élément matériel (paragraphe 1) et qu'ils irriguent l'élément moral de l'infraction (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'entrée ou le séjour irrégulier, éléments matériels constitutifs de l'aide

La condamnation d'une personne sur la base de l'article L. 622-1 du Ceseda requiert la preuve des différents éléments matériels de l'infraction (A). En effet, la définition des infractions en droit pénal français est d'interprétation stricte et exclut toute condamnation en l'absence de caractérisation de son élément matériel (B).

A/ La caractérisation des infractions d'entrée et de séjour irréguliers en droit français

1- L'entrée ou le séjour irréguliers : éléments matériels constitutifs de l'infraction d'« aide aux migrants »

Le droit pénal rend indispensable la preuve du ou des éléments matériels de l'infraction pour toute condamnation. Concernant le délit d'« aide aux migrants » la matérialisation de l'infraction réside dans l'aide ou la tentative d'aider une personne dépourvue d'autorisation de séjour en France à y pénétrer ou s'y maintenir. Pour que cet élément matériel puisse être constitué, il faut tout d'abord démontrer que la personne aidée se trouve en situation irrégulière, ce qui ne pose généralement pas beaucoup de problèmes. Dans le cas contraire, l'infraction ne pourra pas être réputée commise si cet élément matériel fait défaut. C'est ce que rappelle la cour d'appel de Montpellier dans un arrêt du 22 août 2006²⁸ en considérant qu'« *attendu que la preuve d'une tentative d'entrée irrégulière sur le territoire d'un Etat partie à la Convention de SCHENGEN n'étant pas démontrée, le délit d'aide d'entrée irrégulière reproché aux deux prévenus n'est donc pas constitué* ». Le comportement « préjudiciable » réprimé par l'infraction concernée réside dans la facilitation de l'immigration dite « clandestine ». L'infraction ne pourra alors être consommée que si ce résultat a été réalisé ou tenté. C'est pourquoi la preuve de l'entrée ou du séjour irrégulier est un préalable indispensable pour condamner une personne au titre de l'infraction prévue à l'article L. 622-1 du Ceseda.

2- Les définitions de l'entrée et du séjour irréguliers en droit français

L'entrée irrégulière en France se caractérise par le fait de pénétrer sur le territoire français sans y avoir été autorisé préalablement. En effet, mis à part les ressortissants de l'Union européenne, les personnes ayant la nationalité d'un Etat tiers doivent toujours détenir un visa pour entrer en France. Il existe des visas de court séjour, pour les visites et le tourisme en France, ainsi que des visas long séjour pour venir s'établir en France, valant souvent carte de séjour temporaire. En plus de l'obtention d'un visa long séjour, les personnes arrivant en France doivent se prévaloir de plusieurs conditions lors du passage de la frontière. Il est nécessaire de remplir une condition de ressource en détenant une somme d'argent préfixée par jour et par personne, avoir contracté une assurance pour la durée de leur séjour en France, être en possession d'un billet retour, détenir une attestation d'hébergement ou une réservation d'hôtel prépayée à leur nom pour la durée de leur séjour. Sans

²⁸ Cour d'appel de Montpellier, 22 août 2006, n°05/01259

quoi, ces personnes risquent de se voir refuser l'entrée en France et d'être placées en zone d'attente, voire d'être refoulées immédiatement vers leur pays d'origine ou de provenance. Les demandeurs d'asile sont dispensés de présenter ces justificatifs, lorsqu'ils sont reconnus comme tels. La personne qui aura alors aidé ou tenté d'aider une autre à entrer en France alors qu'elle ne remplissait pas toutes ces conditions risque des poursuites pour aide à l'entrée irrégulière.

Le séjour irrégulier consiste à se maintenir sur le territoire français sans autorisation. C'est par exemple le cas lorsqu'une personne entre avec un visa court séjour et se maintient au-delà du délai de trois mois sans entamer de démarches de régularisation ou que son titre de séjour s'est périmé et n'a pas pu être renouvelé. C'est également la situation des demandeurs d'asile qui se font débouter de leur demande de protection et qui demeurent malgré tout en France car ils sont dans l'impossibilité de retourner dans leur pays d'origine. Il y a également des personnes qui sont entrées de façon irrégulière et vivent depuis de nombreuses années en France sans titre de séjour. Toute aide apportée à ces personnes, intéressée ou non, peut en théorie faire l'objet de poursuites au titre de l'article L. 622-1 du Ceseda, en dehors des immunités restreintes pour la très proche famille et de l'état de nécessité. En effet, les limites de l'aide au séjour sont très floues. Le fait de recharger les téléphones portables de migrants a ainsi donné lieu au placement en garde-à-vue d'une militante de Terre d'errance²⁹.

B/ La preuve de l'élément constitutif comme condition nécessaire à la caractérisation de l'infraction

1- L'infraction de rattachement en tant qu'élément constitutif

L'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers réprime la volonté de se soustraire à la législation sur l'immigration en permettant ou en tentant de permettre à des personnes n'y étant pas autorisées à entrer ou résider en France. L'acte puni est donc la soustraction à la réglementation en vigueur en matière d'entrée et séjour irréguliers. C'est pourquoi la preuve de l'entrée ou du séjour irrégulier doit être la première étape indispensable à l'engagement de toutes poursuites sur la base de l'article L. 622-1 du Ceseda. En l'absence de caractérisation de ces éléments de rattachement que sont l'entrée ou le séjour irrégulier, l'aidant ne doit pas pouvoir être

²⁹ Le 25 février 2009, Monique Pouille, militante de Terre d'errance est arrêtée et placée en garde-à-vue pendant près de 10 heures pour être ensuite relâchée sans que des poursuites soient engagées contre elle. Voir l'article de la Voix du Nord, *Monique Pouille, devenue icône humanitaire malgré elle*, publié le 25 mars 2009.

poursuivi et encore moins condamné. Malgré l'autonomie proclamée de l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, c'est donc bien son rattachement aux délits d'entrée et de séjour irréguliers qui permettent sa pénalisation. C'est parce que l'entrée et le séjour irréguliers sont condamnables en tant que tels que l'apport d'une aide à ces comportements est punissable. La proximité du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers avec la notion de complicité est indéniable. Si l'infraction est juridiquement autonome, sa valeur morale se base sur la pénalisation de la situation irrégulière des étrangers. C'est pourquoi l'absence de caractérisation de l'infraction principale, devenue élément matériel de l'infraction, devrait en principe rendre impossible la condamnation pour ce délit.

2- La relaxe de l'auteur de l'infraction de rattachement entraînant l'annulation de la condamnation pour aide

Dans un arrêt rendu par la cour de révision de la Cour de cassation en date du 17 juin 1998, celle-ci a jugé que la relaxe de l'auteur de l'infraction de séjour irrégulier devait nécessairement entraîner la révision du jugement de condamnation pour aide au séjour irrégulier. En effet, par un raisonnement logique, la Cour de cassation considère qu'« *attendu que l'infraction d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France, réprimée par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, étant subordonnée à la commission par cet étranger de l'infraction principale, prévue par l'article 19, alinéas 1 et 2, de la même ordonnance, la décision de relaxe prononcée de ce chef en faveur de Y... constitue ainsi un fait nouveau, au sens de l'article 622-4 du Code de procédure pénale, de nature à retirer aux faits imputés au requérant leur caractère délictueux* ». La Cour tire ici toutes les conséquences de la nature des liens existant entre l'infraction d'aide au séjour et celle qui constitue sa base, le séjour irrégulier, en cassant l'arrêt de cour d'appel qui confirmait la condamnation du requérant à trois mois d'emprisonnement avec sursis et 3000 francs d'amende. Le raisonnement est inéluctable, l'infraction d'aide au séjour, malgré son autonomie textuelle, s'appuie sur le séjour irrégulier comme élément constitutif. Il en est de même pour l'entrée irrégulière et l'aide à l'entrée. Les « aidants » ne peuvent pas être pénalisés lorsque l'entrée ou le séjour irrégulier n'est pas démontré

Paragraphe 2 : Une pénalisation subordonnée à la preuve d'un élément intentionnel

L'intention est l'élément moral constitutif de l'infraction d'aide. Le volet intentionnel en matière d'aide aux migrants est double puisque celui-ci doit, d'une part, avoir connaissance de l'irrégularité de la situation dans laquelle se trouve le migrant (A) et d'autre part avoir la volonté de l'aider à adopter ou maintenir ce comportement illégal (B).

A/ La connaissance de la situation irrégulière de l'étranger

L'élément intentionnel est inhérent à la notion de délit en droit pénal français, et nécessite, en l'absence de prescription textuelle contraire, que soit prouvée la connaissance par le prévenu de l'entrée ou du séjour irréguliers de l'étranger (1). Cette preuve se fait par tout moyen et la caractérisation de l'élément intentionnel dépend de l'appréciation du juge (2).

1- Il n'y a point de délit sans intention de le commettre

Toute infraction suppose la preuve d'un élément moral en plus de l'élément matériel. L'article 121-3 du code pénal dispose qu' « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Comme le rappelle cet article, les délits sont toujours intentionnels, sauf lorsque la loi le prévoit autrement. La jurisprudence rappelle d'ailleurs la nécessité de démontrer la connaissance du séjour irrégulier afin de caractériser l'infraction de l'article L. 622-1 du Ceseda. Ainsi, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 17 septembre 1992 infirme un jugement du tribunal correctionnel qui condamnait une personne pour aide au séjour irrégulier en considérant que « *les éléments de la cause ne démontrent pas suffisamment et avec certitude que la prévenue ait sciemment facilité le séjour et engagé une personne dont elle ne pouvait méconnaître la nationalité étrangère en l'espèce algérienne* ». L'arrêt confirme que l'élément moral est qualifié par le fait d'avoir exécuté en connaissance de cause l'élément matériel de l'infraction, en l'espèce l'aide au séjour irrégulier. Cela implique que la connaissance de l'illégalité de la situation de la personne soit démontrée.

2- La charge de la preuve de la connaissance du séjour irrégulier

Dans un arrêt du 11 octobre 2000³⁰, la chambre criminelle de la cour de cassation rappelle le principe de l'élément intentionnel inhérent à tous crimes et délits, en l'absence de dispositions expresses contraires. Son application en matière d'« aide aux migrants » nécessite de prouver la connaissance de la situation irrégulière pour condamner un individu du chef d'aide au séjour irrégulier. En effet, l'intention implique que le prévenu ait connaissance de la nature délictuelle du comportement qu'il adopte. C'est pourquoi, lorsque le celui-ci déclare n'avoir pas été en connaissance de l'irrégularité du séjour de la personne qu'il a aidée, c'est à la partie adverse, en général le ministère public, d'apporter des éléments de preuve afin de convaincre le juge de la connaissance de la situation irrégulière de l'étranger par le prévenu. En effet, le droit pénal étant d'interprétation stricte, l'élément intentionnel ne peut en principe pas être présumé. Cependant, on remarque que cet élément intentionnel est souvent étudié très rapidement en matière d'aide à l'entrée ou au séjour irrégulier. Il est bien souvent présumé par les tribunaux correctionnels, ce qui implique un retournement de la charge de la preuve à l'encontre du prévenu.

B/ La volonté de se soustraire à la loi

1- Un élément moral visant à la conclusion de l'infraction

En droit pénal, la réalisation de l'infraction en toute conscience ne suffit pas à démontrer l'intention coupable. Il faut que la personne ait eu connaissance du fait que ses agissements étaient constitutifs d'une infraction et qu'elle ait adopté ce comportement dans le but de se soustraire à la loi. Concernant l'infraction qui nous intéresse ici, il faut, en plus de la connaissance de l'entrée ou du séjour irrégulier, que soit démontré que la personne poursuivie a cherché à apporter à l'étranger une aide en vue du franchissement de la frontière ou de son installation en France. Dans le cas contraire, en l'absence de démonstration de sa volonté d'aider sciemment l'étranger à transgresser la législation sur les étrangers, l'infraction ne devrait en théorie pas être caractérisée. Malheureusement, les condamnations pour aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers ne reflètent pas toujours suffisamment la question de l'existence d'un élément intentionnel. Sa caractérisation se fait en général de façon très rapide, notamment lorsqu'il s'agit de comparutions

³⁰ Cass. Crim. 11 oct. 2000, n°99-85.286

immédiates. Il est donc difficile de savoir si les juges se sont posé la question de la caractérisation des différentes composantes de l'élément intentionnel.

2- Des condamnations dangereuses du fait d'un élément intentionnel douteux

C'est là que se pose la question des poursuites exercées contre des personnes qui ont aidé un étranger en connaissant sa situation irrégulière, mais en agissant par pure solidarité ou conscience professionnelle. Au-delà même de savoir si l'aide a été apportée dans un but lucratif ou non, il s'agit de se demander si la volonté de l'

aidant » résidait dans le fait de tirer parti de la situation de vulnérabilité des personnes sans-papiers, ou s'exerçait par simple volonté de rendre un service. Il faut rappeler la mise en examen de deux demandeurs d'asile afghans qui avaient aidé des compatriotes en situation irrégulière, en achetant pour eux des titres de transport, parfois en échange d'une modeste contribution. Ils étaient poursuivis pour aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers en bande organisée pour avoir facilité la circulation de sans-papiers en leur achetant des billets de train³¹. C'était aussi le cas d'un chauffeur de taxi, qui n'avait fait que son travail en transportant son client jusqu'au nord de la France³². Il fut par la suite condamné sur la base de l'article L. 622-1 à deux ans d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à deux ans d'interdiction de la profession de chauffeur de taxi. Dans ces différents cas, on peut douter de la caractérisation de l'élément intentionnel, car malgré la connaissance du séjour irrégulier, les personnes en cause pensaient de bonne foi agir dans le respect de la loi. La solidarité et la conscience professionnelle prenaient probablement le pas sur la volonté de transgresser la loi.

Section 2 : Une remise en cause partielle de cette obligation par la jurisprudence

L'entrée ou le séjour irrégulier revêtant le caractère d'élément matériel, le délit d'aide aux migrants ne devrait pas pouvoir être constitué en l'absence de preuve de celui-ci. La jurisprudence est pourtant arrivée à des solutions contestables qui contredisent parfois de manière flagrante ce

³¹ Le Gisti, *Des passeurs bien commodes* in *Plein Droit* n°84, Paris, mars 2010, p. 3

³² Cass. Crim. 21 janv. 2004, n°03-08.328

principe. Ce fût le cas en droit français en matière d'aide au séjour irrégulier (paragraphe 1) et en droit de l'Union européenne concernant l'infraction d'aide à l'entrée irrégulière (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une interprétation extensive du séjour irrégulier par le droit français

Le tribunal correctionnel a conclu à la condamnation pour aide au séjour d'une personne ayant hébergé un mineur à son domicile³³ (A), ce qui est contradictoire avec la théorie française des éléments constitutifs des infractions (B).

A/ Une condamnation pour aide au séjour pour avoir hébergé un mineur entré irrégulièrement en France

1- Le raisonnement du tribunal

La prévenue était poursuivie pour avoir hébergé un mineur entré de façon irrégulière sur le territoire français. Elle avait connu ce jeune afghan dormant dans la rue et avait été émue par sa situation de détresse. Elle décidait alors de le loger chez elle et d'entreprendre avec lui des démarches en vue d'une prise en charge institutionnelle. En effet, la protection des mineurs isolés français comme étrangers présents sur le territoire incombe aux autorités publiques. C'est donc en premier lieu le département dans lequel ce mineur avait élu résidence qui était responsable de son errance et aurait dû le prendre en charge. La prévenue sera tout de même poursuivie du chef d'aide au séjour irrégulier.

« Attendu que le fait que la France soit signataire de la Convention internationale des droits de l'enfant et qu'elle s'interdise d'expulser les mineurs en situation irrégulière se trouvant sur son territoire n'a aucune incidence sur la caractérisation du délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger ». Selon le tribunal, le fait que les mineurs ne soient pas expulsables n'a aucune incidence sur la régularité de leur séjour. Cette tournure laisse immédiatement transparaître la confusion du raisonnement adopté par les juges. Le tribunal prolonge sa démonstration en considérant qu'*« attendu que les dispositions de l'article L. 311-1 du Ceseda qui prévoient que le ressortissant étranger mineur n'est pas tenu de solliciter un titre de séjour avant l'âge de 18 ans, n'ont pas pour effet de le placer automatiquement en situation de séjour régulier ni de régulariser ses conditions*

³³ Tribunal correctionnel de Foix, 8 septembre 2009 n°713/2009

d'entrée en France ». Le juge adopte ici un raisonnement en sens inverse. Il considère que de l'absence de mention de la régularité du séjour des mineurs dans le Ceseda il peut conclure à leur irrégularité. Or, c'est justement l'absence de disposition imposant au mineur d'avoir une autorisation de séjour en France, qui le fait bénéficier d'une présomption de résidence régulière, même lorsqu'il est entré de façon irrégulière.

Finalement, pour conclure qu' « *attendu qu'il résulte, en l'état de la réglementation, que l'aide au séjour, y compris pour un mineur, rend celui qui s'y livre passible des sanctions prévues par l'article L. 622-1 du Ceseda, lorsque ce séjour est irrégulier* », le tribunal adopte un raisonnement inexact. Il déduit le séjour irrégulier du mineur de son entrée irrégulière. Il en conclut donc que le mineur était en situation irrégulière et que la prévenue a bien commis le délit d'aide au séjour irrégulier. Le tribunal conclura finalement à la relaxe de la prévenue pour le motif qu'elle aurait agi pour faire « *face à un danger actuel ou imminent qui menaçait* » le jeune et a donc « *accompli un acte nécessaire à sa sauvegarde* ».

2- Les conséquences pratiques

Cette solution paraît incohérente au regard de la protection renforcée accordée aux mineurs, d'une part par le droit international, avec notamment la Convention internationale des Droits de l'Enfant, et d'autre part le droit interne. En raisonnant par l'absurde il faudrait déduire de ce jugement que l'aide sociale à l'enfance pourrait être condamnée pour aide au séjour irrégulier lorsqu'elle prend en charge des mineurs qu'elle sait être entrés irrégulièrement sur le territoire français. Dans ce cas, pourquoi opérer une différence de traitement entre les autorités publiques et les particuliers en inculquant ces derniers lorsqu'ils aident des mineurs en situation irrégulière.

Par ailleurs, et de manière plus générale, cette décision est contestable en ce qu'elle fait une interprétation trop large de l'infraction d'aide au séjour irrégulier. Alors que cette aide n'est constitutive d'un délit que lorsque le séjour irrégulier est avéré et connu de la personne aidante, le tribunal passe par des détours insensés pour arriver à conclure à l'irrégularité du séjour du jeune en France du fait de son entrée irrégulière sur le territoire. Si cette interprétation très extensive du séjour irrégulier est en elle-même préoccupante, la solution pose aussi problème quant à la qualification de l'élément moral. Comment un citoyen peut-il se douter que l'aide à un mineur, avec ou sans papiers, puisse constituer un délit alors même que l'enfance est très protégée par le droit français ? Il est facile d'entendre que la prévenue pensait respecter la loi en agissant comme elle l'a fait. Si elle a été relaxée par l'effet de l'immunité d' « état de nécessité » le raisonnement sur le

fond reste tout autant critiquable au vu des principes généraux du droit pénal et de son interprétation.

B/ Critique juridique de cette interprétation au vu de l'élément constitutif

1- Une condamnation sans élément matériel

Des jurisprudences antérieures en matière d'aide au séjour étaient venues confirmer la nécessité de qualifier le séjour irrégulier pour que l'élément matériel de l'infraction soit caractérisé. En l'espèce, la solution retenue par le tribunal correctionnel de Foix est très contestable en ce que le séjour irrégulier n'est pas constaté. En effet, la juridiction se contente d'affirmer que « *aux termes de l'article L. 621-1 du Cesda l'entrée d'un étranger en France, y compris pour un mineur, sans se conformer aux dispositions de l'article L.211-1 étant irrégulière, son séjour par voie de conséquence l'est également* ». Or, contrairement à ce que la juridiction laisse penser, si la régularité de l'entrée peut influencer la régularité du séjour, les deux ne sont pas nécessairement liés. Alors que le séjour irrégulier constitue une infraction continue, l'infraction d'entrée irrégulière est instantanée. En matière de complicité, l'aide à l'entrée apportée postérieurement à celle-ci ne serait donc pas punissable. En outre, le séjour irrégulier ne peut pas être déduit de la seule entrée irrégulière. Un étranger majeur a la possibilité de régulariser sa situation malgré son entrée irrégulière sur le territoire français. La non reconnaissance de cette possibilité pour les mineurs démontrerait l'absence de possibilité de régulariser leur situation. Le tribunal déduit qu'il existe une présomption de séjour irrégulier en France pour les mineurs entrés irrégulièrement sur le territoire. Les dispositions du code de l'action sociale et des familles tirent d'ailleurs les justes conséquences de la loi en soumettant les mineurs isolés étrangers, sans considération de leur entrée régulière ou non à la charge de l'aide sociale à l'enfance. La solution retenue par le tribunal correctionnel de Foix est particulièrement choquante au regard des principes reconnus par la Convention internationale des droits de l'enfant, ratifiée par la France, et notamment son article 3 qui prévoit que dans toute situation concernant des mineurs c'est « l'intérêt supérieur de l'enfant » qui doit prévaloir.

2- L'interprétation stricte en droit pénal

La solution retenue par le tribunal correctionnel de Foix apparaît non seulement moralement condamnable mais traduit aussi un manque de rigueur en matière d'interprétation de la loi pénale, notamment en ce qui concerne la pénalisation du droit des étrangers. A travers cette condamnation et le raisonnement adopté par le tribunal de Foix, c'est le manque de clarté et le caractère vague de

l'infraction d'aide au séjour irrégulier qui ressortent. En effet, la définition imprécise de l'infraction laisse place aux abus les plus incompréhensibles.

Le code pénal exige que les lois répressives soient claires et prévisibles, de façon à ce que tout un chacun soit en mesure de pouvoir s'imaginer que tel comportement soit passible d'une peine et qu'il puisse ajuster ses agissements en fonction de déductions simples. En l'espèce, qui aurait pu s'imaginer qu'héberger et nourrir un mineur étranger dans l'attente qu'il soit pris en charge par les autorités publiques était un comportement condamnable. Comment se fait-il qu'un agissement presque unanimement reconnu comme exemplaire ait pu passer si près d'une condamnation ? Cela démontre une problématique chronique inhérente à l'infraction d'aide à l'entrée ou au séjour irréguliers, porteuse de nombreuses contradictions tant politiques et morales que juridiques.

En matière de complicité, celle-ci ne peut être retenue que si l'infraction principale est punissable, c'est-à-dire qu'elle a été commise ou tentée. En l'absence de cette condition, la complicité ne peut pas être retenue. En l'espèce, le raisonnement contestable ayant permis de conclure au séjour irrégulier du mineur est révélateur d'un jugement en opportunité et d'un mauvais usage du droit.

Paragraphe 2 : Aide à l'entrée irrégulière sans irrégularité de l'entrée dans l'espace Schengen

A/ Une condamnation pour aide à l'entrée irrégulière : l'arrêt Minh Koa

1- L'absence de nécessité de l'annulation préalable d'un visa présumé frauduleux

Dans l'arrêt Minh Koa³⁴, la CJUE a considéré qu'une personne pouvait être condamnée pour aide à l'entrée irrégulière pour en avoir aidé une autre à obtenir un visa frauduleusement, alors même que ce dernier n'avait pas encore été annulé. Le prévenu a été condamné en Allemagne à quatre ans et trois mois de privation de liberté pour avoir commis le délit d'« aide à l'immigration illégale » dans un but lucratif et en bande organisée. Le requérant faisait apparemment partie d'un réseau qui permettait aux migrants d'obtenir des visas en se faisant passer pour une agence de voyage contre une rémunération importante. Le fait d'avoir obtenu ces visas grâce à des déclarations frauduleuses placerait alors leurs bénéficiaires en position d'entrée et de séjour irréguliers en vertu de l'article 96 alinéa 6 de l'Aufenthaltsgesetz, loi allemande sur le séjour des étrangers. Celle-ci dispose que

³⁴ CJUE, Minh Koa, 10 avril 2012, C-83/12 PPU

« sans les cas de figure visés au paragraphe 1, points 2 et 3, le fait d'agir sur le fondement d'un titre de séjour obtenu frauduleusement par menaces, corruption ou collusion ou en faisant des déclarations inexactes ou incomplètes doit être assimilé au fait d'agir sans disposer du titre de séjour nécessaire ». Le Bundesgerichtshof, la Cour de cassation allemande, décide alors de poser une question préjudicielle à la cour en vue de déterminer si le code des visas de l'Union européenne permet de condamner pour « aide à l'immigration illégale » le fait d'avoir aidé une personne à obtenir frauduleusement ce visa, sans que celui-ci n'ait été préalablement annulé. La Cour considère que cette annulation préalable n'est pas nécessaire pour condamner des personnes sur la base de l'aide à l'immigration illégale.

2- Critique de la solution retenue

Selon la CJUE « les articles 21 et 34 du règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, établissant un code communautaire des visas (code des visas), doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce que des dispositions nationales rendent l'aide à l'immigration illégale passible de sanctions pénales dans des cas où les personnes infiltrées, ressortissantes de pays tiers, disposent d'un visa qu'elles ont obtenu frauduleusement, en trompant les autorités compétentes de l'État membre de délivrance sur le véritable but de leur voyage, sans que ce visa ait été préalablement annulé ».

Les juges de la CJUE considèrent que le visa contesté n'a pas besoin d'être annulé pour que la personne qui a aidé l'intéressé à l'obtenir frauduleusement soit condamnée pour aide à l'entrée irrégulière. Cette solution est contestable dans la mesure où tant que ce visa n'est pas annulé, l'entrée ne peut pas être considérée comme irrégulière. Un élément constitutif matériel de l'infraction fait alors défaut, ce qui rend l'infraction incomplète. C'est d'ailleurs ce que remarquait l'Avocat général qui affirmait qu'« un élément constitutif est donc l'irrégularité de l'entrée et du séjour »³⁵. Une interprétation large de l'infraction d'aide est adoptée pour permettre de condamner un prétendu membre de réseau criminel d'immigration illégale. Cependant, cette interprétation est dangereuse pour les libertés individuelles en ce qu'elle s'émancipe de la dimension matérielle de l'infraction d'aide qui s'appuie sur la notion de complicité et nécessite donc la caractérisation de l'acte matériel de rattachement. Or, dans l'affaire commentée, si l'intention de l'auteur est bien délictueuse, l'acte matériel de rattachement n'est pas démontré tant que le visa n'a pas été annulé

³⁵ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire Minh Koa, 1^{er} avril 2012, C-83/12 PPU, §67

puisque ce n'est qu'à partir de cette annulation que l'entrée irrégulière de la personne aidée est avérée. La Cour aurait dû en tirer toutes les conséquences au lieu de sacrifier le respect des libertés individuelles et l'interprétation stricte de la loi pénale sur l'autel de la lutte contre l'immigration irrégulière, qui apparaît de plus en plus comme un objectif permissif. Elle aurait pu se baser sur l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui rappelle les principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines.

B/ La condamnation des marins portant secours aux « boat-people » en détresse en méditerranée

1- Le phénomène des « boat-people »

Les boat-people désignent les migrants qui fuient leurs pays à bord d'embarcations de toutes sortes. En 2011, après les bouleversements politiques en Tunisie et en Lybie, de nombreux boat-people ont ainsi cherché à traverser la méditerranée pour rejoindre l'Europe, et environ 1500 personnes ont péri. Les migrants qui ont survécu à la traversée racontent qu'ils ont été survolés par des patrouilles aériennes à plusieurs reprises, d'autres affirment avoir aperçu des navires au large. Cela démontre de façon flagrante les entraves au droit de la mer et à l'obligation de porter secours aux navires en détresse perpétrées tous les jours. Et pour cause, les quelques marins ayant secouru des bateaux de migrants en difficulté ont été condamnés pour « aide à l'immigration illégale » en Italie. En effet, une fois que les personnes ont été secourues, il faut bien que le bateau débarque. C'est ce qui a valu la condamnation de certains marins pour délit d'aide à l'entrée irrégulière, en contradiction totale avec le droit international. Une plainte pour non-assistance à personne en danger a été déposée contre l'armée française le 11 avril 2012, par des survivants d'un bateau de migrants ayant dérivé pendant plusieurs jours en méditerranée. Survolé par de nombreuses patrouilles et approché par un navire militaire français, le bateau n'a pas été secouru et a dérivé jusqu'en Lybie, provoquant des morts et des blessés.

2- La condamnation des marins pour aide à l'entrée irrégulière

Le 20 juin 2004, le navire de l'organisation non gouvernementale allemande Cap Anamur effectue un sauvetage en mer de trente-sept migrants qui se trouvent en difficultés en méditerranée. En attente d'un laissez-passer nécessaire pour entrer sur le territoire italien et alors que de nombreuses personnes sont dans des états critiques, le capitaine décide finalement après plusieurs semaines d'entrer dans les eaux territoriales italiennes sans autorisation. A leur arrivée au port, le capitaine et

les autres marins et membres de l'association sont arrêtés en flagrant délit d'aide à l'entrée irrégulière. Ils seront finalement relaxés en 2009 après cinq ans de procès et plus de trente audiences par le tribunal d'Agrigente (Italie). L'arrêt rappelle l'obligation de respecter le droit de la mer et notamment celle de sauvetage des navires en détresse et l'interdiction des expulsions collectives. D'autre part, concernant le fait pour le capitaine d'être entré dans le port sans autorisation, le tribunal considère que celui-ci est le plus à-même de savoir quel est le meilleur port pour débarquer des personnes en situation de détresse.

Dans l'affaire Zenzeri et Bayouhd, il s'agit de la condamnation de deux marins pêcheurs tunisiens qui ont porté secours à un bateau pneumatique en difficulté en provenance de Tunisie. Certains exilés se trouvaient dans des situations médicales critiques. Après plusieurs tentatives pour renvoyer le chalutier accompagné des migrants par la Tunisie, les navires finissent par débarquer sur les plages de Lampedusa. En première instance, les deux pêcheurs seront condamnés à une amende de 440000 euros ainsi qu'à la confiscation de leurs bateaux pour résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique et résistance à navire de guerre. La condamnation pour aide à l'entrée irrégulière n'a toutefois pas été reconnue en raison de l'état de nécessité.

Ces condamnations montrent à quel point la politique commune de l'Union européenne en matière de répression de l'aide à l'immigration illégale peut mener à des solutions contradictoires avec le droit international et peut ignorer les notions les plus élémentaires de secours et d'assistance. La condamnation de comportements dictés par la volonté d'apporter son aide à des personnes en détresse, qui risquent la mort démontre les dangers de l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, que ce soit en droit français ou ailleurs. Les comportements les plus naturels d'assistance à personne en danger, rendus obligatoires par le droit international, sont biaisés par la peur de se voir condamner sévèrement pour aide à l'immigration illégale. La politique des contrôles acharnés aux frontières extérieures de l'Union européenne conduit les Etats frontaliers à adopter des comportements ultra sécuritaires, contraires au droit international. La condamnation de marins ayant porté assistance à des navires en détresse est une des conséquences de cette politique.

TITRE II :

LA REMISE EN CAUSE POSSIBLE DES INFRACTIONS D'« AIDE AUX MIGRANTS » PAR LES EVOLUTIONS RECENTES EN MATIERE D'ENTREE ET DE SEJOUR IRREGULIERS

L'étude des mécanismes d'interdépendance de l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers par rapport à son infraction de rattachement permet de constater que ces délits, répondent à un même objectif : la lutte contre l'« immigration clandestine ». En pénalisant d'une part les étrangers en situation irrégulière, et d'autre part, « toute personne » susceptible de leur apporter une aide, la législation crée un flot d'illégalité contagieuse autour des migrants. Ceux-ci sont ainsi placés dans une situation de « sous personne », contraints à l'isolement. C'est pourquoi, les évolutions récentes en matière de pénalisation du séjour irrégulier (Chapitre 1), apportent l'espoir, justifié ou non, de voir naître un mouvement plus général de dépénalisation du droit des étrangers, pouvant impliquer l'abrogation du délit d'aide prévu à l'article L. 622-1 du Ceseda (Chapitre 2).

Chapitre I : Une remise en cause partielle de l'infliction d'une peine privative de liberté pour entrée ou séjour irréguliers

Il est important de développer les mécanismes par lesquels, la CJUE en premier lieu (section 1), et la cour de cassation française ensuite (section 2), sont venues remettre en question l'enfermement des étrangers pour simple cause de séjour irréguliers. L'étude des raisonnements ayant mené à ces décisions est indispensable en ce qu'elle permettra de déduire dans quelle mesure ceux-ci peuvent s'étendre à l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier.

Section 1 : L'incompatibilité avec le droit de l'UE de l'infliction d'une peine d'emprisonnement pour simple séjour irrégulier

Les questions posées à la CJUE afin d'éclairer le fonctionnement de la directive « retour » ont permis de constater l'inconventionnalité de l'enfermement pénal des étrangers pour simple cause d'entrée ou de séjour irrégulier (paragraphe 1). Il convient donc d'en mesurer les conséquences en droit interne (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La contrariété de l'enfermement avec la directive « retour »³⁶

C'est au regard de trois principes phares irriguant le texte de la directive « retour » que la CJUE va déclarer l'enfermement pour cause de séjour irrégulier contraire à celle-ci. En premier lieu, l'enfermement contredit l'objectif primordial du retour de l'étranger (A). Ensuite, l'enfermement est contradictoire avec les principes de proportionnalité et de gradation (B).

³⁶ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

A/ Un enfermement contraire aux objectifs du retour

1- Les objectifs poursuivis par la directive « retour »

La directive « retour » n'a pas été surnommée ainsi par simple hasard de langage. Le premier objectif de celle-ci est d'organiser le retour des étrangers en situation irrégulière présents sur les territoires des Etats-membres de l'Union vers leur pays d'origine, ce qui lui a d'ailleurs valu un autre surnom, celui de « directive de la honte ». Celle-ci ne fait donc aucune référence à la possibilité de mettre en place une infraction de séjour irrégulier et encore moins à la condamnation à une peine d'emprisonnement. Au contraire, celle-ci est basée sur le principe d'éloignement des personnes en situation irrégulière. Le considérant n°2 de la directive l'explique par la volonté de « *mettre en place (...) une politique efficace d'éloignement et de rapatriement basée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux et de leur dignité* ». Son considérant n°4 ajoute qu'« *il est nécessaire de fixer des règles claires, transparentes et équitables afin de définir une politique de retour efficace, constituant un élément indispensable d'une politique migratoire bien gérée.* » Il faut alors constater que, non seulement l'enfermement des étrangers lors de poursuites pénales n'est pas envisagé par le texte, mais il apparaît contradictoire avec la lettre même de celui-ci. L'accent est mis exclusivement sur la nécessité de refouler les étrangers en situation irrégulière en direction de leur pays d'origine. C'est d'ailleurs l'objet des nombreux accords de réadmission³⁷ conclus parallèlement avec les pays à « haut risque migratoire ». La directive prône un renvoi quasi automatique des étrangers en situation irrégulière, sans considération des attaches personnelles ou de la durée de résidence en France, ce qui pourrait contredire l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

2- L'application dans l'affaire El Dridi

La CJUE a précisé la portée de la directive en matière de condamnation à des peines pénales d'enfermement des étrangers en situation irrégulière dans deux arrêts récents. Le premier est l'arrêt El Dridi du 28 avril 2011. Dans une question préjudicielle parvenue à la Cour le 10 février 2011, la cour d'appel de Trento en Italie lui demandait de statuer sur la question de savoir si l'infliction d'une peine d'emprisonnement pour s'être maintenu sur le territoire italien en dépit d'un ordre de

³⁷ Voir le site Europa.eu pour la liste des accords de réadmission conclu entre l'Union Européenne et les pays à « haut risque migratoire »

quitter le territoire, contredisait les objectifs des articles 15 et 16 de la directive concernant la rétention administrative, et si elle ne privait pas celle-ci de son effet utile. Avant de s'intéresser à la proportionnalité et la gradation de la mesure, la Cour se prononce sur le principe même de la privation de liberté. Celle-ci rappelle que si l'enfermement en centre de rétention, est possible dans certaines conditions pour faciliter le retour de l'étranger, la menace d'une peine pénale privative de liberté et le placement en garde à vue peuvent dans certains cas contredire la directive « retour ». En effet, celle-ci dispose en son seizième considérant que : « *La rétention n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement et si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas* ». L'analyse de la CJUE revient à mesurer l'efficacité de la mesure infligée en vue de la réalisation de l'objectif visé. Le but de la directive étant de permettre le retour de l'étranger éloigné dans son pays d'origine « *dans les meilleurs délais* », sa détention ne fait que retarder son départ. La juridiction de l'Union décide donc que l'infliction d'une peine d'emprisonnement aux étrangers en situation irrégulière contredit les objectifs de la directive « retour » et prive celle-ci de son effet utile, en retardant le renvoi de l'étranger en situation irrégulière.

B/ Un enfermement contraire aux principes de proportionnalité et de gradation des peines

1- Les principes de proportionnalité et de gradation

La directive, en son considérant n°10 précise que le rapatriement des étrangers en situation irrégulière doit se faire en priorité de façon volontaire. C'est ce qui constitue le principe de gradation qui veut que les mesures les moins coercitives soient exercées en priorité notamment par l'accord d'un délai de départ volontaire. C'est seulement en cas d'échec de celles-ci que des mesures plus sévères pourront être mises en œuvre mais toujours selon le principe de gradation et en vue de permettre le départ de l'étranger. En outre, le principe de proportionnalité s'explique par le devoir d'employer des moyens équilibrés concordant avec l'objectif poursuivi. En effet, selon le considérant n°16 de la directive, « *le recours à la rétention aux fins d'éloignement devrait être limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis* ». Il faut en déduire que, d'une part, ce n'est qu'en dernier recours qu'un enfermement doit être mis en œuvre, et seulement lorsque des mesures moins coercitives, du délai de départ volontaire jusqu'à la durée maximale de maintien en rétention, n'ont pas fonctionné. D'autre part, cet enfermement ne doit pas être considéré comme une sanction du séjour irrégulier, mais comme un moyen de rapatrier au plus vite l'étranger en situation irrégulière dans son pays d'origine.

2- Leur application dans les arrêts *El Dridi* et *Achughbabian*

Dans l'arrêt *El Dridi*, la CJUE considère que la menace d'une peine d'emprisonnement pour le simple fait de s'être maintenu sur le territoire malgré une mesure d'éloignement est disproportionnée et contredit le principe de gradation qui oblige à utiliser en priorité les mesures les moins contraignantes. Dans son arrêt *Achughbabian* qui s'adresse cette fois-ci directement au délit français de séjour irrégulier, la CJUE considère que la peine d'emprisonnement encourue par l'étranger en situation irrégulière contredit la directive seulement lorsque toutes les mesures préalables prévues par celle-ci n'ont pas été prises. Pour pouvoir infliger une peine d'emprisonnement à un étranger en situation irrégulière il faudrait donc, que le départ volontaire de l'étranger ait échoué, qu'il ait été placé en rétention, que dans l'impossibilité de le renvoyer, il ait été maintenu dans le centre pendant la durée maximum légale de rétention, à savoir 45 jours. Dans ce cas, l'étranger pourrait alors être à nouveau privé de liberté par une condamnation pénale pour séjour irrégulier. La CJUE paraît s'accommoder des mécanismes par lesquels les étrangers pourraient alors passer d'un lieu d'enferment à un autre, sans n'être ni renvoyés ni acceptés sur le territoire français.

On peut aussi penser que la CJUE a cherché à justifier sa solution par un raisonnement compromissaire avec les Etats membres, en évitant le sujet du respect des libertés individuelles tout en déclarant l'infraction partiellement inconvictionnelle. En effet, au lieu de se placer sur le terrain du respect des droits des étrangers, celle-ci a préféré raisonner en termes d'efficacité en vue de l'objectif du retour. Le raisonnement adopté par la cour préconise qu'un étranger puisse passer de l'assignation à résidence au centre de rétention pour finir en prison, pour le simple fait de s'être maintenu en situation irrégulière sur le territoire d'un Etat membre.

Paragraphe 2 : Les implications de la jurisprudence de la CJUE concernant les peines privatives de liberté des étrangers en situation irrégulière

A/ Une remise en cause de la garde-à-vue pour séjour irrégulier ?

1- La condamnation implicite du placement en garde à vue par l'arrêt *El Dridi*

Contrairement à ce qu'a pu soutenir le gouvernement français pour défendre ses intérêts dans les affaires *El Dridi* et *Achughbabian*, la « directive retour » n'a pas vocation à s'appliquer qu'à partir du moment où une décision d'éloignement est prise à l'encontre d'un étranger en situation irrégulière. Cette interprétation permettait au gouvernement de soutenir que la directive « retour »

ne trouvait pas à s'appliquer lors du placement en garde-à-vue. En effet, la garde-à-vue constituant une mesure privative de liberté, celle-ci pourrait être considérée comme une mesure coercitive au sens de la directive, ce qui la soumettrait alors au respect des principes de proportionnalité et de gradation. Or, la directive précise que seule l'« arrestation initiale » permettant de constater l'irrégularité du séjour est exclue de son champ d'application. C'est pourquoi le gouvernement français défendait l'idée que la garde-à-vue constituait une « arrestation initiale » au sens de celle-ci. Or, si cette période est destinée à vérifier la régularité du séjour de l'étranger, elle ne saurait être entendue comme permettant de priver celui-ci de liberté pendant une durée pouvant aller jusqu'à vingt-quatre heures et pouvant être prolongée jusqu'à quarante-huit heures. La garde-à-vue ne saurait être considérée comme entrant dans la phase d'« arrestation initiale » prévue par la directive³⁸.

2- La garde à vue conforme à la directive retour dans l'arrêt Achughbabian

La Cour rappelle le considérant 17 de la directive qui prévoit que l' « arrestation initiale de l'étranger », notamment la phase de la garde-à-vue relève du droit national. La solution dans Achughbabian apparaît immédiatement contradictoire avec l'arrêt El Dridi sur ce point. C'est ce qui a permis à la Chancellerie de tenir le discours selon lequel c'est « *au stade de l'engagement des poursuites pénales contre l'étranger en situation irrégulière au titre de l'article L. 621-1, et non lors du placement en garde à vue, que l'arrêt de la Cour serait susceptible de produire des effets* ». Selon ce nouvel arrêt, les dispositions de la directive n'empêcheraient pas le placement en garde-à-vue de l'étranger afin de déterminer la régularité ou non de sa situation. Cette interprétation est contestable, y compris du point de vue de la Commission européenne, qui considère que la notion d' « arrestation initiale » n'englobe pas une période aussi longue que celle de la garde-à-vue. La Cour finira par pencher du côté des Etats membres en considérant que la garde-à-vue dans le but de déterminer la régularité du séjour d'un étranger ne s'oppose pas aux dispositions de la directive « retour ». Contre toute attente, elle en déduit que le placement en garde-à-vue le temps de déterminer la régularité du séjour est donc conforme à la directive en question. Elle précise toutefois que la durée de placement doit être raisonnable, une garantie aussi faible qu'imprécise. En revanche, une fois que l'irrégularité du séjour est avérée, les dispositions prévues par la directive s'appliquent et l'enfermement suite à une condamnation pénale ne pourra pas être mis en œuvre.

³⁸ voir la prise de position de l'avocat général Jan Mazak du 26 octobre 2011 dans l'affaire Achughbabian contre Préfet du Val-de-Marne ayant donné lieu à l'arrêt de la CJUE du 6 décembre 2011

Selon l'interprétation de la CJUE dans l'arrêt Achughbabian le placement en garde à vue le temps de déterminer si la personne est en situation régulière ne contredirait pas la directive et pourrait même concourir à son objectif d'un retour « dans les meilleurs délais ».

Cette solution est contestable dans la mesure où le placement en garde-à-vue, en l'absence de poursuites possibles de l'étranger pouvant mener à des peines d'emprisonnement, contredisent l'article 67 du code de procédure pénale. La garde-à-vue est détournée de son objectif et devient un moyen de retenir l'étranger le temps de lui notifier une mesure d'éloignement ou un placement en rétention administrative. A partir du moment où la cour considère qu'une peine d'enfermement pour la seule infraction de séjour irrégulier n'est pas possible, du moins au moment de l'« arrestation initiale », la conséquence directe en droit français consisterait à rendre illégale une garde à vue pour suspicion de simple séjour irrégulier. La solution de la Cour apparaît sur ce point en contradiction avec le droit français et notamment la procédure pénale.

B/ Vers une « administrativisation » des privations de liberté pour les étrangers en situation irrégulière ?

1- Une remise en cause générale des peines privatives de liberté pour les étrangers en situation irrégulière ?

Le raisonnement tenu par la CJUE dans ses décisions El Dridi et Achughbabian consiste à interdire d'infliger une peine privative de liberté aux étrangers en situation irrégulière lorsque cela empêche ou retarde la date de leur retour dans leur pays d'origine, premier objectif de la directive « retour », privant ainsi celle-ci de son effet utile. Mais qu'en est-il des étrangers arrêtés pour d'autres infractions, et pour lesquels on constate l'irrégularité de leur entrée ou de leur séjour lors de leur placement en garde-à-vue? Au regard de la directive « retour », ils se trouvent dans une situation semblable aux personnes condamnées pour séjour irrégulier puisque leur enfermement risque de compromettre ou de retarder leur retour. Dès lors que la directive trouve à s'appliquer dès la constatation de l'irrégularité du séjour, l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un étranger en situation irrégulière qui commettrait une infraction de droit commun prive tout autant celle-ci de son effet utile, en retardant le retour de la personne. Les arrêts El Dridi et Achughbabian pourraient-ils avoir une portée plus large que la mesure qu'en a pris la CJUE en privilégiant le renvoi de la personne en situation irrégulière dans son pays d'origine sur l'infliction d'une peine d'emprisonnement, y compris lorsqu'elle a commis des infractions de droit commun ?

2- Une évolution vers la création de nouvelles procédures administratives de privation de liberté ?

Quelques mois après l'arrêt El Dridi, l'Italie devait réformer sa législation en matière de droit des étrangers pour tirer les conséquences de l'interprétation de la directive « retour » par la CJUE. Finalement, tout ce que change l'arrêt est de savoir si un étranger en situation irrégulière sera placé en prison ou en rétention avant d'être renvoyé. En même temps que le Conseil des ministres italien remplaçait la peine de privation de liberté censurée par la Cour, par une peine d'amende, il en a profité pour durcir considérablement le mécanisme d'éloignement. Le nouveau décret-loi prévoit, que l'accord d'un délai de départ volontaire après une mesure d'éloignement devra se faire à la demande de l'étranger et sous conditions. De plus, la durée maximale légale de rétention est passée de six à huit mois. Cet exemple montre que la dépenalisation du droit des étrangers, et son « administrativisation » concomitante, ne se traduit pas nécessairement par une amélioration des droits des premiers concernés.

D'une certaine façon, les interprétations des dispositions du droit de l'Union européenne par les arrêts El Dridi et Achughbabian auront permis de freiner l'instauration de politiques pénales en matière d'immigration par les Etats membres. En outre, le danger réside dans le contournement de cette « dépenalisation » du droit des étrangers par une « administrativisation » de celui-ci. Le droit de l'Union admet la possibilité de créer des procédures de pré-rétention administrative en vue de déterminer la situation de l'étranger. Cette période doit être exclusivement dédiée au contrôle de la régularité du séjour pour correspondre à la phase d' « arrestation initiale ». A partir du moment où l'irrégularité est constatée, c'est la directive qui trouve à s'appliquer. Ce glissement des procédures anciennement pénales vers des mécanismes administratifs risque de poser de gros problèmes quant aux garanties du respect des libertés individuelles. En effet, les infractions pénales sont encadrées par la procédure pénale qui permet de se prévaloir d'un certain nombre de garanties. Lors d'un placement en garde à vue, la consultation d'un médecin ainsi qu'un entretien avec un avocat sont obligatoires lorsque l'intéressé en fait la demande. On peut douter du fait que les nouvelles mesures administratives de pré-rétention comprendront toutes ces garanties, puisqu'elles ne seront plus régies par la procédure pénale mais par la procédure administrative.

Section 2 : Un chemin sinueux vers l'intégration de la solution en droit français

Après les grandes décisions de la CJUE en matière d'enfermement des étrangers pour cause de séjour irrégulier, et dès le premier arrêt El Dridi, la doctrine a réclamé la suppression du délit en droit français, pour le moins en ce qui concerne l'infliction d'une peine d'emprisonnement. Cependant, d'une part, on a pu observer certaines réticences à intégrer les solutions de la CJUE en droit français (paragraphe 1). D'autre part, l'interprétation s'est faite de façon incomplète (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les réticences à tirer les conséquences de la jurisprudence de la CJUE en droit français

A/ Une réticence de la part des autorités publiques

1- La jurisprudence EL Dridi ignorée par la loi du 16 juin 2011

Dans une circulaire datée du 12 mai 2011, la Chancellerie annonce qu'elle considère que l'arrêt El Dridi n'a aucune conséquence sur les possibilités de placer en garde-à-vue un étranger poursuivi sur la base de l'article L. 621-1 du Ceseda. En outre, la grande réforme du droit des étrangers portée par la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité ne prend pas en compte cette jurisprudence. Les étrangers étant entrés ou ayant séjourné de façon irrégulière sur le territoire français sont toujours passibles d'une peine d'un an d'emprisonnement. Le gouvernement et le législateur considèrent que l'arrêt El Dridi ne concerne que l'Italie et qu'il n'y a donc pas d'obligation d'en tirer des conséquences en droit français. En revanche, certaines garanties vont être apportées de manière générale à la procédure de garde à vue. Après quatre arrêts de la Cour de cassation du 15 avril 2011³⁹ qui déclarent la procédure de garde-à-vue française contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le législateur a adopté en urgence une réforme. Cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2011, instaure une procédure plus respectueuse des droits de la défense en prévoyant notamment la présence d'avocats lors des interrogatoires effectués pendant les gardes-à-vue. C'est donc en réaction immédiate aux arrêts de la Cour de cassation appliquant le droit européen, que le législateur a fait évoluer la législation en matière de garde-à-

³⁹ Assemblée plénière de la Cour de cassation, arrêts n°589, 590, 591 et 592 du 15 avril 2011

vue. Au contraire, après la jurisprudence El Dridi en date du 28 avril 2011, aucune modification législative n'a permis de tenir compte des conclusions de la CJUE plus d'un an après.

2- Une interprétation restrictive des arrêts de la CJUE par le gouvernement

Un des arguments majeurs de la France ayant consisté à faire valoir les nombreuses différences entre les droits français et italien pour démontrer que l'arrêt El Dridi n'entraînait aucune conséquence en droit français, l'arrêt Achughbabian du 6 décembre 2011 rendu sur la base du droit français, aurait dû mettre fin aux débats sur la nécessité de modifier la loi afin de respecter la directive « retour ». Une circulaire du 13 décembre 2011 est venue apporter des précisions quant à l'interprétation par le gouvernement des conclusions de l'arrêt Achughbabian. Considérant la possibilité d'infliger une peine privative de liberté aux étrangers du seul fait de leur séjour irrégulier, la circulaire interprète que l'article L. 621-1 qui punit ce délit d'une peine d'un an d'emprisonnement, est tout à fait compatible avec la directive « retour » si celle-ci est infligée une fois que toutes les mesures coercitives prévues par la directive ont échoué. Le gouvernement s'accommode de l'ambivalence de l'arrêt Achughbabian pour n'en tirer que ce qu'il souhaite. Cette interprétation à double tranchant concernant l'enfermement lui permet alors de prolonger ce raisonnement en matière de garde-à-vue. A partir du moment où l'enfermement pour le motif de séjour irrégulier n'est pas entièrement proscrit, la garde-à-vue « *concourt à la réalisation de l'objectif de la directive* » en permettant de contrôler la régularité du séjour des étrangers avant un renvoi éventuel. Ce raisonnement est critiquable car au moment même où l'étranger est arrêté et contrôlé, sa condamnation à une peine d'emprisonnement n'est pas immédiatement possible, donc le placement en garde-à-vue correspond forcément à un détournement de procédure. Ce détournement est textuellement expliqué dans la circulaire. L'interprétation du gouvernement paraît donc contredire les dispositions de l'article 62-2 qui limite le placement en garde-à-vue aux infractions qui font encourir à l'intéressé une peine d'emprisonnement au moment de son arrestation, ce qui n'est pas le cas ici.

B/ Une réticence de la part des organes juridictionnels

1- Les divergences importantes de jurisprudence

Après l'arrêt el Dridi du 28 avril 2011, les juges de la liberté et de la détention en première instance ainsi qu'en appel divergent sur le devoir d'annuler ou non les gardes-à-vue lorsque celles-ci sont exclusivement fondées sur le reproche d'une infraction d'entrée ou de séjour irrégulier. Les juges qui décident de tenir compte de la jurisprudence de l'Union et de sa primauté sur le droit français,

se basent alors sur l'article 67 du code de procédure pénale en considérant qu'en l'absence de possibilité de condamner l'étranger à une peine privative de liberté, il ne peut être légalement placé en garde-à-vue pour la seule motivation d'entrée ou de séjour irréguliers. C'est ainsi que la Cour d'appel de Metz a rendu, le 11 mai 2011, une ordonnance de remise en liberté aux motifs qu' *« attendu que Monsieur X a été placé en garde à vue sur le fondement d'un texte aujourd'hui contraire aux dispositions du droit de l'Union en tant qu'il prévoit une peine d'emprisonnement ; qu'il en résulte que ce placement en garde à vue est irrégulier de même que la procédure subséquente »*. En revanche, d'autres juridictions continuent de faire comme si la jurisprudence de l'Union n'existait pas, et s'en tiennent à des raisonnements extravagants pour arriver à la conclusion que, ni l'infliction de la peine d'emprisonnement prévue par l'article L. 621-1 du Cesda, ni, en conséquence, le placement en garde-à-vue des étrangers pour seul motif de séjour irrégulier ne sont remis en cause par la jurisprudence de la CJUE. C'est notamment le cas de la cour d'appel de Paris qui concluait qu' *« il ne saurait dès lors être déduit de l'arrêt susvisé que les articles 15 et 16 de la directive en cause relatifs à la rétention à des fins d'éloignement s'opposent aux dispositions de l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sanctionnant le séjour irrégulier notamment d'une peine d'emprisonnement d'un an. Dès lors, compte tenu de la peine d'emprisonnement d'un an encourue, le placement en garde à vue était justifié au regard des dispositions combinées des articles 63 et 67 du code de procédure pénale. Il n'est pas soutenu que la mesure de garde à vue aurait été sciemment utilisée, lors de son engagement, dans un but autre que celui de la conduite de l'action publique pour laquelle elle a été définie et encadrée par la loi. Le moyen sera donc écarté »*. C'est donc dans ce contexte d'incertitude que la chambre civile de la Cour de Cassation sera saisie en la matière et qu'elle décidera d'une part, de saisir le Conseil Constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité, et d'autre part, la chambre criminelle de la Cour de Cassation d'un avis.

2- La soustraction du Conseil constitutionnel au contrôle de conventionnalité

Saisi sur la question de savoir si les infractions d'entrée et de séjour irréguliers prévues à l'article L. 621-1 s'avéraient être contraires à la Constitution et notamment à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui énonce le principe de nécessité des délits et des peines, le Conseil constitutionnel botte une fois de plus en touche en utilisant l'argument bien connu selon lequel le *« grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements*

internationaux de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité »⁴⁰. Confirmant une jurisprudence constante, le Conseil des « sages » se déclare incompétent pour tirer les conséquences de la jurisprudence de l'Union européenne en droit français. En revanche, si il accepte de contrôler la nécessité et de la proportionnalité des peines sous l'égide de l'article 8 de la Déclaration de 1789, c'est pour confirmer une nouvelle fois le flou qui règne autour de cet examen. Laissant le soin au législateur de décider si les peines sont nécessaires, il se réserve toutefois la possibilité « *de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »⁴¹. On aurait donc pu s'attendre à ce que le Conseil se base sur cette possibilité pour déclarer la peine d'emprisonnement « manifestement disproportionnée » pour un simple séjour irrégulier, afin de se conformer au droit de l'Union européenne. Cependant, le Conseil constitutionnel se contente d'affirmer qu' « *eu égard à la nature de l'incrimination pour laquelle elles sont instituées, les peines ainsi fixées, qui ne sont pas manifestement disproportionnées...* »⁴² pour déclarer que l'infraction ne contredit pas l'article 8 de la Déclaration de 1789.

Paragraphe 2 : Un commencement d'intégration tardif et incomplet des solutions de la CJUE

A/ L'intervention de la Cour de cassation

1- L'avis de la chambre criminelle

Un étranger peut-il être placé en garde à vue lorsqu'il est poursuivi uniquement pour être entré ou séjourner irrégulièrement en France sur le fondement de l'article L. 621-1 du Cesda ? C'est la question à laquelle la chambre criminelle a dû répondre suite à une demande d'avis de la chambre civile. La chambre criminelle de la Haute juridiction va répondre à cette question en traduisant dans un premier temps ce qu'elle retient des arrêts El Dridi et Achughbabian de la CJUE. Elle résume les solutions adoptées par la CJUE par la formule suivante : « *le ressortissant d'un État tiers mis en cause pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1 du Cesda n'encourt pas l'emprisonnement lorsqu'il n'a pas été soumis préalablement aux mesures coercitives* » prévues par l'article 8 de la directive « retour ». Elle rappelle ensuite que la combinaison des articles 63 et 67 du code de procédure pénale subordonne le placement en garde-à- vue au soupçon d'une infraction punie d'une

⁴⁰ QPC n°2011-217 du 3 février 2012 Mohammend Alki B, considérant n°2

⁴¹ Idem, considérant n°5

⁴² Idem, considérant n°4

peine d'emprisonnement depuis la loi du 14 avril 2011. La Cour conclut donc qu'en l'absence de peine d'emprisonnement au moment de l'arrestation ou du contrôle de l'étranger, son placement en garde-à-vue est contraire aux exigences du code de procédure pénale.

L'avis de la chambre criminelle de la cour de cassation semble retenir une interprétation concise et exacte des arrêts de la CJUE sur ce point. Concernant la possibilité d'une peine d'emprisonnement pour le simple fait d'avoir séjourné irrégulièrement en France, la Cour de justice affirme qu'il faut que toutes les mesures prévues par la directive, de la plus souple à la plus coercitives, aient échoué. Ce n'est qu'après une application de ces différentes mesures, y compris la durée maximale légale de rétention, que les étrangers peuvent être condamnés à une peine d'emprisonnement, et donc être placés en garde-à-vue.

2- Les arrêts de la chambre civile

Dans ses onze arrêts rendus le 5 juin 2012, la chambre civile adopte une interprétation critiquable des décisions de la CJUE en considérant que la directive « retour » s'oppose à l'enfermement pour séjour irrégulier dans deux cas de figures alternatifs. Lorsque l'étranger, « *soit n'a pas été préalablement soumis à l'une des mesures coercitives prévues à l'article 8 de cette directive, soit, a déjà fait l'objet d'un placement en rétention, mais n'a pas vu expirer la durée maximale de cette mesure* ». La Cour retient donc une interprétation inexacte de celle développée par la CJUE dans ses arrêts El Dridi et Achughbadian en retenant deux critères alternatifs alors que la juridiction de l'Union les considérait cumulatifs⁴³. Selon la chambre civile, il suffirait alors qu'une seule des mesures prévues par l'article 8 de la directive ait été prise pour que la condamnation à une peine d'emprisonnement, et donc le placement en garde-à-vue soient possible. Par exemple, l'arrivée à échéance de la durée d'une mesure d'assignation à résidence pourrait permettre la condamnation de l'étranger à une peine d'emprisonnement. En outre, le simple placement en rétention arrivant à son terme légale, et sans être passé par des mesures moins coercitives, paraît satisfaire les exigences de la chambre civile. Cela contredit entièrement le principe de proportionnalité entre l'objectif poursuivi et les peines infligées et celui de gradation, qui ont conduits à l'invalidation partielle de l'article L. 621-1 du Cesda.

⁴³ Sur ce point, voir SLAMA Serge, OPJ: tu ne placeras plus les sans-papiers en garde à vue pour le seul chef de séjour irrégulier (Cass., 1ère civ., 5 juillet 2012), in Actualité Droits de l'Homme, 14 juillet 2012

B/ Les conséquences de ces évolutions au regard des personnes entrées ou séjournant de façon irrégulière en France

1- La création de nouvelles mesures pour remplacer la garde à vue

Suite à la limitation de la possibilité de placer des étrangers en situation irrégulière en garde à vue, les dispositifs à même d'être utilisés par les forces de l'ordre pour constater l'irrégularité du séjour, en remplacement de la garde à vue anciennement détournée, sont de plusieurs sortes. La circulaire du 6 juillet 2012 fait un inventaire des différentes mesures susceptibles d'être utilisées à cette fin. Tout en rappelant que le placement en garde-à-vue n'est plus possible sur le soupçon de la commission de la seule infraction de séjour irrégulier, le garde des sceaux rappelle qu'il reste possible lorsque le séjour irrégulier s'accompagne d'une autre infraction punie d'une peine d'emprisonnement, comme par exemple lors de « *comportements de violence envers les personnes dépositaires de l'autorité publique ou de fraudes avérées* ». Ce qui pourtant apparaît tout autant contradictoire avec l'objectif du « retour » tel que retenu par la CJUE. D'autre part, la circulaire se réfère à la procédure de vérification d'identité prévue à l'article 78-3 du code de procédure pénale, qui permet de retenir l'étranger pendant la durée nécessaire à l'établissement de son identité, qui ne peut excéder quatre heures, lorsque celui-ci « *refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité* ». Cette procédure paraît cependant difficilement utilisable dans ce cadre, puisqu'elle vise uniquement la vérification de l'identité et pas le contrôle de la régularité du séjour. A partir du moment où la personne présente un document d'identité, et même si elle se trouve en situation irrégulière, elle doit donc être libérée. Enfin, la circulaire fait référence à la procédure d'audition libre prévue à l'article 73 du code de procédure pénale, qui permet de procéder à un interrogatoire des personnes sans user d'aucune force de contrainte. En effet, celle-ci doit se rendre de plein gré au commissariat et doit être informée qu'elle peut mettre fin à son audition à tout moment. Il suffit donc de refuser d'accompagner les agents au commissariat afin de mettre cette procédure en échec.

Le ministre de l'Intérieur considère que ces mesures ne sont pas suffisantes pour permettre la mise en place d'une politique de gestion des flux migratoires « efficace » répondant à ses attentes. C'est pourquoi il a annoncé le 28 juin qu'il proposerait dès la rentrée prochaine « *un outil législatif qui permette de s'assurer que les étrangers en situation irrégulière regagnent leur pays d'origine* ». Ce futur texte devrait prévoir une sorte de garde-à-vue administrative, ou « pré-rétention ». Il faudra alors être vigilant sur ses conditions de mise en œuvre et les garanties qui l'accompagnent, ces dernières risquant d'être moindres par rapport à celles prévues pour la garde-à-vue. Dans ce cas, l'avancée temporaire en matière de dépenalisation du droit des étrangers aura seulement engendré la

mise en place d'un système administratif équivalent ou pire, en évinçant les garanties prévues par la procédure pénale.

2- Vers une suppression de l'infraction d'entrée ou de séjour irréguliers

En l'état du droit positif, quel est l'avenir de l'infraction d'entrée et de séjour irrégulier ? Le Parlement pourrait sauvegarder l'infraction en supprimant simplement la peine d'emprisonnement encourue. Mais, cette infraction, même avant les arrêts El Dridi et Achughbabian était très peu utilisée pour poursuivre les dénommés « clandestins ». Elle consistait simplement à permettre un détournement de procédure en plaçant les étrangers en garde-à-vue le temps de vérifier la régularité de leur séjour et si besoin de leur notifier une mesure d'éloignement parfois accompagnée d'un placement en rétention. Il y a donc peu d'intérêt pour le gouvernement à maintenir une infraction qui a perdu l'essentiel de son « utilité ». C'est d'autant plus le cas que de nouvelles mesures administratives recherchant les mêmes buts que la garde-à-vue vont être proposées dès la rentrée. L'avenir de l'infraction d'entrée et de séjour irréguliers prévue aux articles L. 621-1 et suivants du Cesda réside probablement dans son abrogation. C'est d'ailleurs ce que vise une proposition de loi déposée par les groupes Verts et Communistes du Sénat. Ce texte propose aussi l'instauration d'une immunité humanitaire en matière d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers. Cependant, la suppression des délits d'entrée et de séjour irréguliers risque de priver l'infraction d'aide prévue à l'article L. 622-1 de son infraction de rattachement. Il faut donc se demander si celle-ci garde une légitimité malgré les évolutions en matière d'entrée et de séjour irrégulier.

Chapitre II / Le « délit de solidarité » à la lumière des évolutions récentes du délit de séjour irrégulier

Il faut se demander ici dans quelle mesure l'évolution récente des jurisprudences de la CJUE et de la cour de cassation en matière de séjour irrégulier peuvent-elles avoir une influence sur l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, surnommée « délit de solidarité » (Section 1). Cela nous conduira ensuite à exposer les différents arguments en faveur de l'abrogation des dispositions de l'article L. 622-1 du Ceseda (Section 2).

Section 1 : Les conséquences de la remise en cause de l'infraction d'entrée et de séjour irréguliers en matière d'aide au séjour irrégulier

Il y a lieu d'étudier tout d'abord la compatibilité du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier avec les dispositions de la directive retour telle qu'interprétées par la CJUE (paragraphe 1). Il faudra ensuite étudier la conformité de l'infraction avec les exigences du droit français (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le délit d'aide au séjour irrégulier confronté au droit de l'Union européenne

Pour appréhender la conformité de l'infraction étudiée avec le droit de l'Union Européenne, il faut tout d'abord étudier sa compatibilité avec les directives européennes en matière d'immigration (A). Ensuite nous mesurerons la portée que pourraient revêtir les arrêts El Dridi et Achughbadian en matière d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier (B).

A/ Contradiction ou conformité de l'infraction avec les directives régissant l'« immigration clandestine » en droit de l'Union Européenne

1- Un délit compatible avec les objectifs du « retour » des « irréguliers »

La CJUE, dans son arrêt El Dridi du 10 avril 2011, considère que la directive « s'oppose à une réglementation d'un État membre (...) qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire

sans motif justifié ». La question qui se pose est alors de se demander si ce raisonnement pourrait s'appliquer à la pénalisation de l'aide au séjour irrégulier. En effet, selon le raisonnement adopté par la CJUE, les arrêts précités pourront avoir plus ou moins de conséquence sur l'infraction prévue à l'article L. 622-1 du Ceseda. Dans sa jurisprudence en matière de séjour irrégulier, la Cour a décidé de motiver ses décisions par la nécessité de « *mettre en place (...) une politique efficace d'éloignement et de rapatriement* » en rappelant le considérant n°2 de la directive « retour ». On constate donc qu'elle ne s'appuie malheureusement d'aucune façon sur le respect des libertés individuelles.

Une des conséquences de cette motivation contestable est que l'infraction d'aide au séjour irrégulier ne peut pas être contestée grâce aux arguments de la CJUE. Si celle-ci avait basé son développement sur la garantie des libertés individuelles, les arguments auraient été plus facilement transposables en matière d'aide au séjour et de pénalisation du droit des étrangers en général. Ici, les objectifs de la création d'une politique de retour efficace ne permet pas de contester la condamnation des « aidants » qui peuvent être aussi bien français, qu'étrangers en situation régulière ou irrégulière. En conséquence, le raisonnement adopté dans les arrêts El Dridi et Achughbadian n'est pas transposable au délit d'aide au séjour irrégulier. La condamnation pénale des « aidants » ne pose alors aucun problème au regard du droit de l'Union. Celle-ci est d'ailleurs encouragée par la directive du 28 novembre 2002⁴⁴.

2- Le doute sur la proportionnalité des sanctions

Dans cette même directive du 28 novembre 2002 définissant les infractions d'« aide à l'immigration clandestine », le Conseil affirme que les Etats doivent veiller « *à ce que ces infractions fassent l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives* »⁴⁵. En outre, la même directive énonce qu'« *il est essentiel de parvenir à un rapprochement des dispositions juridiques existantes, notamment en ce qui concerne, d'une part, la définition précise de l'infraction considérée et des exemptions* »⁴⁶. Ces deux dispositions combinées permettent de montrer que l'objectif du Conseil est de mettre en place des infractions de lutte contre l'immigration irrégulière comparables et

⁴⁴ Voir Partie 1, Chapitre 1, Section, Paragraphe 1 « La consécration du délit d'aide au séjour irrégulier par le droit de l'UE »

⁴⁵ Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, article 3

⁴⁶ Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, considérant n°4

proportionnées dans les Etats membres. Dans son article premier qui donne une définition générale de l'infraction et de ses exemptions, la directive limite les sanctions à l'aide au séjour apportée « *dans un but lucratif* ». Si elle précise bien que l'intégration d'une immunité humanitaire n'est qu'une possibilité, ce n'est pas le cas pour la condition du « but lucratif »⁴⁷. Le Conseil d'Etat a pourtant considéré que la directive européenne définissant l'infraction d'« aide aux migrants » n'interdit « *pas aux Etats membres de sanctionner aussi l'aide au séjour irrégulier à des fins non lucratives* »⁴⁸. La question de la proportionnalité des sanctions se pose aussi puisque l'infraction française prévoit des peines de cinq ans d'emprisonnement et trente mille euros d'amende ainsi qu'un arsenal important de peines complémentaires alors que l'article premier de la directive rappelle que « *chaque Etat membre adopte des sanctions appropriées* ». En outre, le respect de cette condition devrait être d'autant plus important que la définition de l'incrimination en droit français est plus large que celle de l'Union européenne.

B /Une portée extensible des jurisprudences El Dridi et Achughbabian

1- Le cas particuliers des doubles poursuites pour séjour et aide au séjour irréguliers

La seule catégorie d'« aidants » qui pourrait être protégée des poursuites pénales pouvant mener à une peine privative de liberté concerne les personnes qui se trouvent elles-mêmes en situation irrégulière. Deux avocats expliquent qu'à Calais, de nombreux étrangers sont poursuivis à la fois pour séjour irrégulier et aide à l'entrée ou au séjour irréguliers⁴⁹. En effet, la situation particulière de Calais veut que les étrangers qui souhaitent passer en Angleterre soient parfois amenés à jouer le rôle du « passeur » afin de pouvoir effectuer à leur tour le voyage quelques temps plus tard. Ce mode de fonctionnement est un moyen de lutter contre les filières mafieuses en organisant une autogestion du passage. L'étranger qui se fait arrêté sera alors poursuivi pour les deux infractions à la fois. Dans ce cas, si l'étranger obtient une relaxe pour l'une des infractions, il restera toujours l'autre. Cependant, si l'on interprète de façon large les arrêts El Dridi et Achughbabian, à partir du moment où le séjour irrégulier est constaté, les personnes entrent dans le champ d'application de la directive retour et sont donc soumis à son application. Avant de pouvoir envisager des poursuites à leur égard il faudra donc leur appliquer les différentes mesures prévues par la directive retour en vue de leur éloignement. Il n'est toutefois pas sûr que cela puisse fonctionner car en présence de

⁴⁷ Voir, P1, Ch. 1, Sect. 2. §1, B – p. 21

⁴⁸ CE, 15 janv. 2010, Gisti et a.n°334879

⁴⁹ Gisti, Des hommes jugés trop vite in Plein Droit n°84, mars 2010

poursuite pour une infraction autre que le séjour irrégulier, la Cour a précisé que la garde-à-vue restait possible. Cependant, la problématique du retardement du retour se pose de la même manière qu'elle que soit l'infraction reprochée.

2- Vers une « administrativisation » du droit des étrangers

En extrapolant le raisonnement de la CJUE, on remarque que l'objectif du retour des étrangers en situation irrégulière sur le territoire français pourrait revenir à les exclure de l'ensemble du champ pénal. Dans son arrêt El Dridi, la CJUE note que « *lesdits États ne sauraient appliquer une réglementation pénale susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par ladite directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile* »⁵⁰, cette argumentation est reprise au point 33 de l'arrêt Achughbabian. La Cour fait référence ici à la réglementation pénale de manière générale, sans différencier selon qu'il s'agisse ou non de l'infraction de séjour irrégulier. Cette formule pourrait donc signifier que lorsqu'un étranger en situation irrégulière est arrêté, pour une infraction quelconque, sa condamnation à une peine d'emprisonnement est subordonnée à l'échec de la mise en œuvre de la procédure de retour prévu par la directive. En outre, dans son arrêt Achughbabian, la cour précise qu'« *à l'évidence, l'infliction et l'exécution d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour prévue par la directive 2008/115 ne contribuent pas à la réalisation de l'éloignement que cette procédure poursuit, à savoir le transfert physique de l'intéressé hors de l'État membre concerné* ». La condamnation d'un étranger en situation irrégulière à une peine d'emprisonnement pourrait donc être susceptible de priver la directive « retour » de son objet et de son effet utile, même lorsqu'il s'agit d'une infraction de droit commun.

⁵⁰ Points 53 à 55

Paragraphe 2 : Remise en cause de l'infraction d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers en droit français

A/ La conformité de l'infraction à la constitution

1- Les exigences constitutionnelles en matières d'infraction

L'article 8 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dicte au législateur son comportement en matière pénale : « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Le Conseil constitutionnel tire toutes les conséquences de 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* »⁵¹. En effet, en tant qu'elles permettent la mise en œuvre de la procédure pénale, les infractions doivent être définies de façon à ce que tout un chacun puisse comprendre quel est le comportement incriminé. La Cour Européenne des Droits de l'Homme est venue préciser la portée du principe de légalité des délits et des peines en affirmant qu' « *il résulte du principe de légalité des délits et des peines qu'une infraction doit être clairement définie par la loi, condition qui se trouve remplie lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente, et, au besoin, de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale* ».⁵² On pouvait donc douter ici du respect de ce principe par la rédaction large de l'infraction, qui permet d'incriminer « toute personne » qui par « aide directe ou indirecte » aura « aidé ou tenté d'aider » un étranger en situation irrégulière à pénétrer, circuler ou séjourner sur le territoire français.

Le préambule de 1946 énonce le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine en se référant aux « *régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine* ». Selon Michel Reydellet, « *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* »⁵³. En effet, le fait d'avoir une infraction rédigée de façon large et susceptible de s'appliquer à toutes les personnes en contact avec les migrants, de près ou de loin, créé une sorte d'aura d'illégalité autour des étrangers en situation irrégulière, pouvant contaminer toute personne

⁵¹ Cons. const., 19-20 janv. 1980, Sécurité et liberté, Rec. Cons. const., p. 15

⁵² Kokkinakis contre Grèce, 25 mai 1993

⁵³ REYDELLET Michel, « Les délit d'aide à l'étranger en situation irrégulière », in Recueil Dalloz 1998 p. 148

qui s'en approche. Ils sont donc mis à l'écart des relations sociales, condamnés à être retranchés de tout contact humain. Cette incrimination pourrait en ce sens créer une atteinte à la dignité humaine d'une part aux étrangers en situation irrégulière, et d'autre part, aux aidants forcés à agir en contrariété avec leurs valeurs morales.

2- L'absence de validation de l'infraction par le Conseil Constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a été saisi sur la question des immunités, et plus précisément sur la constitutionnalité de la loi du 12 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et du droit d'asile. Cela lui avait alors permis de censurer la disposition de cette loi qui créait une immunité pour certaines associations prévues sur une liste adoptée par un arrêté du ministre de l'Intérieur. Il considérait que cette disposition méconnaissait les principes de la liberté d'association et de légalité des délits et des peines. En revanche, la juridiction constitutionnelle n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur la nécessité de l'infraction prévue à l'article L. 622-1 du Ceseda et la proportionnalité entre la gravité de l'infraction et les peines encourues. Il est difficile d'apprécier quelle pourrait être la position du Conseil sur ces dernières questions. En matière de nécessité des délits et des peines, le Conseil constitutionnel adopte une jurisprudence de circonstance ne laissant aucune piste quant aux éléments pris en compte, comme nous l'avons vu sur sa décision concernant l'infraction d'entrée et de séjour irréguliers⁵⁴. Il serait intéressant d'interroger la haute juridiction sur cette question nouvelle à l'occasion d'un contentieux.

B/ Les effets de la jurisprudence de la chambre civile de la cour de cassation sur l'infraction d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers

1- Remise en cause de son infraction de rattachement

« *Ce texte peut-il rester une infraction dès lors que l'infraction principale à laquelle ce délit se rattache a disparu ?* »⁵⁵, c'est la question que pose Ghislain POISSONNIER, au mois de mai 2011, en étudiant les suites envisageables aux jurisprudences El Dridi et Achughbadian en droit français. Si l'infraction d'entrée et de séjour irréguliers n'a pas disparu au jour d'aujourd'hui, les déclarations du ministre de l'Intérieur prédisent que ça sera bientôt le cas. L'infraction d'« aide aux migrants »

⁵⁴ Voir p. 51 « La soustraction du Conseil constitutionnel à l'application du droit de l'Union européenne »

⁵⁵ Ghislain POISSONNIER, Un étranger en situation irrégulière n'est pas un délinquant, in Recueil Dalloz 2011 p. 1880

malgré son autonomie textuelle, est bien rattachée aux infractions d'entrée et de séjour irréguliers. Elle vise à punir la complicité d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers en se détachant des contraintes inhérentes cette notion. La pénalisation de l'aide est dépendante de la pénalisation de l'entrée et du séjour irréguliers. Si le comportement de base devient sans objet au regard de la loi pénale, alors l'aide apportée à celui-ci doit, elle aussi être dépenalisée. C'est d'ailleurs pourquoi les infractions ont toujours fonctionné de concours depuis leur création commune par le décret-loi de 1938.

2- Remise en cause de la pénalisation du droit des étrangers ?

Au-delà des difficultés concernant son élément matériel, l'infraction prévue à l'article L. 622-1 du Cesda pourrait bien être entraînée dans un mouvement plus vaste de remise en cause de la pénalisation du droit des étrangers. La première décision de la CJUE El Dridi, invite à changer de regard sur la sanction du séjour irrégulier. Après la transposition jurisprudentielle des arrêts EL Dridi et Achughbajian par la Cour de Cassation, le droit français va devoir intégrer progressivement ce revirement juridique et moral. C'est toute la façon d'appréhender les sans-papiers, d'en faire cible d'un dispositif pénal, qui est remis en cause par les décisions récentes, aussi bien européennes que françaises. La pénalisation n'est possible qu'en dernier ressort, lorsque toutes les autres solutions moins coercitives ont été employées, en matière d'entrée et de séjour irréguliers. Cela pourrait remettre en cause la légalité de la pénalisation des mariages gris, des reconnaissances « de complaisance » et toutes les mesures qui ciblent les étrangers en tant que personnes et en l'absence de toute faute. Même si la CJUE ne l'a pas exprimé en ces mots, peut-être afin de ne pas se mettre à dos les Etats, c'est bien ce système de pénalisation de l'immigration qui est implicitement condamné. L'argument de la mise en place d'une politique effective de retour utilisé par la Cour est douteux. La manière dont les autorités utilisaient l'infraction de séjour irrégulier en France, permettait effectivement un retour des étrangers plus rapide du fait du détournement de la procédure de garde-à-vue. La déclaration d'inconventionnalité du dispositif français n'était donc pas la solution la plus rationnelle en vue de permettre un retour des étrangers en situation irrégulière dans les plus brefs délais. Peut-être que la CJUE a donc souhaité remettre en cause de manière plus générale et de façon discrète la pénalisation des étrangers par le droit français.

Section 2 : Plaidoyer pour la suppression des infractions d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers

Les doutes sur la pertinence de l'infraction étudiée, tant au regard de sa finalité pénale (Paragraphe 1) que de sa nécessité politique (Paragraphe 2) nous amènent à nous positionner en faveur de la suppression de l'article L. 622-1 du Ceseda.

Paragraphe 1 : La finalité de l'infraction détournée

A/ La difficile identification de la valeur protégée par l'infraction

1- La théorie de la valeur protégée en droit pénal

Chaque infraction en droit pénal correspond à une valeur que le législateur a souhaité protéger. Pour l'homicide, le législateur a souhaité ériger la vie en un intérêt nécessitant d'être protégé. Ce principe découle indirectement du principe constitutionnel de la nécessité des peines. En effet, un comportement ne peut être condamné sur le plan pénal, uniquement lorsque celui-ci porte atteinte à une valeur fondamentale protégée par notre société : l'intégrité corporelle, la dignité humaine, l'assistance, etc. Une infraction dont la valeur protégée n'apparaît pas immédiatement n'a pas sa place dans le domaine pénal. On peut distinguer deux grandes catégories de valeurs protégées par le droit pénal, les atteintes aux intérêts privés ou publics. Les premiers sont facilement identifiables et s'appuient sur des concepts très hérités de la morale. C'est ainsi que la fidélité a pu être considérée comme une valeur à protéger à une certaine époque. En revanche, la protection des intérêts publics est beaucoup plus large, et abrite souvent de nombreuses sous-catégories toutes aussi vagues. C'est le cas de la protection de l'ordre public et de la paix publique qui permet de regrouper toutes les infractions pour lesquelles on n'arrive pas à identifier une valeur protégée précise. Cette seule constatation devrait amener à se méfier des infractions qui ont pour objet la protection de l'ordre public. C'est d'ailleurs le cas du « délit d'aide aux migrants ».

2- Une valeur protégée par le « délit de solidarité » ?

Dans les infractions en matière de droit des étrangers, et plus particulièrement concernant le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, la recherche de cette valeur protégée reste bien souvent insatisfaisante. Les discours politiques se prévalent de la lutte contre l'immigration irrégulière, qui serait une composante de la protection de l'ordre public. Au premier abord, il est permis d'émettre un doute sur le fait que la lutte contre l'immigration irrégulière puisse constituer

une valeur protégée. En effet, le simple fait d'héberger une personne dans le besoin ne peut pas porter atteinte à l'ordre public. D'ailleurs, la victime de l'infraction d'aide reste introuvable, mise à part l'aidant lui-même et l'étranger en situation irrégulière. Le fait de contraindre les personnes à adapter leur comportement selon le statut de la personne aidée, porte en soi une atteinte grave à la solidarité, qui pourrait être considérée comme un intérêt protégé par la société. Le droit pénal doit être utilisé lorsqu'il est le seul et l'unique moyen de parvenir à un objectif visé, à savoir la protection de la valeur protégée. Concernant l'infraction d'« aide aux migrants » on comprend mal où se trouve la valeur fondamentale à protéger. Au contraire, on pourrait penser que la solidarité et le respect constituent certaines de ces valeurs à protéger.

B/ La diversité des cibles visées par l'infraction

1- La figure du migrant instrumentalisée

La pénalisation de l'« aide aux migrants » se justifie de manière générale par l'adoption de « discours compassionnels » à l'égard des migrants⁵⁶. Ils sont désignés en tant que victimes des filières d'immigration clandestines ne cherchant qu'à les exploiter. Cela conduit presque à nous faire croire que les migrants n'ont aucune volonté propre et qu'ils ne constituent que de simples objets utilisés par les passeurs. Ces derniers sont alors désignés comme un fléau qu'il faut éradiquer et justifient la mise en place de politiques de plus en plus répressives à l'égard des étrangers en général. La répression des « passeurs » s'accompagnant de celle des migrants eux-mêmes. Ces différentes figures sont facilement identifiables dans les exposés des motifs de certaines lois, dans les circulaires, et surtout dans les discours médiatiques. Pour Dominique de Villepin « *un clandestin c'est d'abord un homme ou une femme victime de trafics scandaleux* ». Voilà donc l'immigré réduit à la simple image de victime sans défense. Sa position de faiblesse admise, la justification du devoir de protection de l'Etat est acquise et l'adoption d'un arsenal pénal à l'encontre des « passeurs » apparaît nécessaire pour tous. C'est ce qui fera affirmer à Eric Besson à Calais en avril 2009 que « *la lutte contre les filières d'immigration clandestine, qui sont aussi celles de la traite des êtres humains, du proxénétisme, de la servitude et de l'exploitation, est la priorité de mon action* ». En mai 2003, Dominique Perben, garde des sceaux affirmait que « *de pauvres malheureux payent des sommes considérables pour monter sur ces bateaux qui sont des cercueils flottants. Il faut absolument que nos juridictions et que nos magistrats puissent lutter avec des armes efficaces*

⁵⁶ Sur ce point voir FERRE Nathalie, Les usages du droit pénal contre les étrangers, in Immigration un régime pénal d'exception, Paris, juin 2012, p.99

contre ce type de trafic »⁵⁷. La figure du « passeur » devient celle d'un coupable idéal, qui constitue la base d'un raisonnement ouvrant la porte à toutes les dérives politiques et juridiques en matière d'immigration. En effet, ce discours médiatique cache un but politique tout autre, la volonté de mettre fin, par tous les moyens possibles et imaginables à l'immigration clandestine. La victime devient alors la cible du mécanisme pénal. C'est d'ailleurs ce que confirmait Hubert Derache, le préfet de Mayotte, en affirmant que la lutte contre les « trafiquants de l'immigration » vise à compliquer l'entrée sur le territoire afin de faire augmenter le prix des passages pour décourager les migrants.

2- Du passeur au passé... un tout petit pas

La schizophrénie de la législation à l'égard des étrangers apparaît alors de façon flagrante. Si les migrants sont des victimes de la traite, alors pourquoi pénaliser leur situation irrégulière au même titre que les passeurs ? La victime doit être protégée et non pas pénalisée. Apparaît alors toute la clarté du mécanisme visant à focaliser les regards sur la figure du « méchant passeur » afin de pénaliser les étrangers et ceux qui les aident. Il faut bien sur rappeler que les filières d'immigration clandestine qui cherchent à tirer profit de la situation de faiblesse de certains migrants existent, mais elles sont loin de constituer la majorité des possibilités permettant d'entrer ou de séjourner en France. En outre, la frontière entre migrants et « passeurs » est beaucoup moins étanche que ce qu'on voudrait nous faire croire. Il arrive bien souvent qu'un immigré adopte la position du passeur avant de pouvoir franchir à son tour la frontière. Ce type d'autogestion des passages permet de lutter contre la multiplication des réseaux organisés, rendus presque indispensables par l'intensification des contrôles aux frontières. La simplification d'un phénomène aussi complexe conduit à créer des amalgames dans les esprits qui se retrouvent jusque dans les lois. Cette constatation pose alors la question de la nécessité de l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers dans notre ordre juridique.

⁵⁷ Le Gisti, *Des passeurs bien commodes* in *Plein Droit* n°84, Paris, mars 2010, p. 5

Paragraphe 2 : La nécessité de l'infraction contestée

A/ L'existence d'infractions générales concourant au même but

1- La traite des êtres humains

Si certains cas de trafic de migrants à des fins d'exploitation existent effectivement, ils entrent alors dans le champ de l'incrimination de la traite des êtres humains et il n'est pas besoin de garder une infraction spécifique à l'égard des migrants. En effet, selon l'article 225-4-1 du code pénal, « *la traite des êtres humains est le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit* ». Si la volonté politique consistait à punir simplement les passeurs malintentionnés, l'incrimination de traite des êtres humains apparaîtrait appropriée à cette fin. Si un délit spécifique a été créé en matière d'aide à l'immigration irrégulière, c'est pour permettre une rédaction plus souple, permettant d'incriminer les comportements d'aides aux migrants sans distinguer ceux qui sont exercés par simple sentiment d'humanité et ceux visant à l'exploitation. L'inclusion de la condition du « but lucratif » à la définition de l'infraction d'aide serait en ce sens insuffisante en ne distinguant pas en fonction de la volonté d'exploitation ou non de l'« aidant », mais seulement en considération de la présence ou non d'une rémunération.

2- Les marchands de sommeil

Une disposition du code pénal spécifique aux « marchands de sommeil » permet en outre de condamner « *le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende* ». Encore une fois, l'hébergement de personnes dans des conditions insalubres, l'emploi de personnes sans les rémunérer de façon juste, sont punis par cette disposition, qui n'est pas spécifique aux « trafiquants de migrants » mais permet de poursuivre et punir ceux qui abusent de la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve toute personne sur le territoire français. Après ces constatations, on comprend donc mal l'intérêt de créer une infraction spécifique à l'aide apportée à des étrangers en

situation irrégulière alors que les situations d'abus et les exploitations peuvent être punies par des dispositions d'ordre général du code pénal. C'est une fois de plus la volonté de créer un « droit pénal de l'ennemi », qui s'attache à instrumentaliser du même coup la figure du « gentil migrant » et du « méchant passeur » afin d'aboutir à la pénalisation de tout comportement s'apparentant à un acte de solidarité envers les immigrés.

B/ Conclusion : le maintien de l'infraction au service d'une politique de dissuasion

Finalement, les conclusions que l'on peut tirer de l'ensemble de cette étude revient à montrer que l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, et plus largement la pénalisation du droit des étrangers, servent à maintenir un climat de dissuasion à l'égard d'une part des migrants eux-mêmes (1) et d'autre part des personnes solidaires avec eux (2).

1- Une volonté de dissuader les migrants

Malgré les discours qui positionnent le migrant comme une victime des réseaux d'immigration illégale, c'est lui qui est directement visé par les dispositifs pénaux. Si l'entrée et le séjour irréguliers restent à ce jour des infractions, les délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers font partie du même processus de dissuasion. D'une part, la pénalisation des personnes solidaires avec les migrants a une visée préventive, servant à faire peur aux étrangers souhaitant venir s'installer sur le territoire français. En effet, l'infraction d'aide aux migrants vise à les placer dans une situation d'isolement, où toute personne leur apportant une aide risque d'être condamnée pénalement. Ce délit crée ainsi une barrière entre les citoyens français ou étrangers en règle et les étrangers en situation irrégulière présents sur le territoire français. Finalement, l'autonomie de l'infraction d'aide à l'immigration illégale risque d'être fortement remise en cause par le processus engagé de dépenalisation du droit des étrangers. Cette infraction, si elle diffère par certains points du séjour irrégulier en ce qu'elle vise indirectement les étrangers en situation irrégulière, fait partie d'un ensemble d'infractions à la législation sur les étrangers. La contestation d'une de ces infractions ouvre donc la brèche à une critique plus générale de cette pénalisation directe ou indirecte des étrangers.

2- L'intimidation des personnes solidaires avec les migrants

Le délit d'« aide aux migrants » induit aussi un amalgame important entre des comportements très divers, qui peuvent aller de la traite des êtres humains à l'aide désintéressée. C'est pourquoi il a très vite été surnommé « délit de solidarité ». Effectivement, si d'autres infractions servent à punir

précisément les comportements d'exploitation et de traite des êtres humains, le délit étudié est utilisé à des fins beaucoup plus contrastées dans la pratique. L'infraction permet de disposer de toutes les possibilités ouvertes par la procédure pénale, et notamment de moyens d'investigation coercitifs. C'est par ce biais que des associations, telles qu'Emmaüs, ont subi des perquisitions dans leurs locaux, pour le fait d'avoir hébergé des étrangers en situation irrégulière. Deux travailleuses sociales de France Terre d'Asile ont été placées et maintenues en garde-à-vue pour avoir donné leurs numéros de téléphones personnels à des sans-papiers. Dans ce type de cas, les poursuites sont en général abandonnées rapidement, avant que les intéressés aient été jugés. Mais la mise en œuvre des mesures prévues par la procédure pénale, telle la garde-à-vue, constituent d'ores et déjà une privation de liberté. Ces cas, bien moins isolés qu'il n'y paraît, restent donc méconnus et apparaissent comme de simples erreurs de parcours. Or, loin de là, ils constituent une véritable force de dissuasion à l'égard des personnes solidaires avec les migrants, en faisant pendre au-dessus de leur tête une épée de Damoclès. C'est pourquoi ce délit, dans sa rédaction, apparaît d'une part, d'une nécessité douteuse, et d'autre part, laisse planer un grand danger sur la démocratie et les libertés individuelles. S'il serait malvenu de tirer des conclusions hâtives de l'utilisation de cette infraction, nous savons aujourd'hui que des événements particulièrement funestes de l'histoire ont été rendus possibles par l'instauration d'un climat de division, de répression et de pénalisation des formes les plus élémentaires de solidarité. Il faut donc rester vigilant, et veiller à ce que les exigences en matière d'infraction pénale soient respectées, afin que l'histoire ne se répète pas.

« L'oppression d'un peuple ou même d'un simple individu est l'oppression de tous et l'on ne peut violer la liberté d'un seul sans violer la liberté de chacun. »

Mikhaïl Aleksandrovitch Bakounine

Bibliographie

Ouvrages généraux :

BOULOC Bernard, Droit pénal général, Dalloz, Paris, 2011

CONTE Philippe (dir.), Droit pénal général, Dalloz, Paris, 2004

LARGUIER Jean (dir.), Droit pénal général, Dalloz, Paris, 2008

RENOUOT Harald, Droit pénal général, Paradigme, Orléans, 2011

Recueil de jurisprudence

Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, PUF Paris, 2004

Revues

BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, *La pénalisation du séjour irrégulier est contraire aux objectifs du droit de l'Union européenne*, in « Libertés-droits », 29 avril 2011

D'AMBROSIO Luca, *Les politiques criminelles en matière d'immigration irrégulière à l'épreuve du droit de l'Union européenne : quelques réflexions sur l'après El Dridi au regard des expériences italienne et française*, AJ Pénal 2011 P. 502

DARLEY Mathilde et FISCHER Nicolas : *Le traitement de l'immigration, entre logique administrative et logique pénale*, in Nouvelle Revue Internationale de criminologie, 2010

DELMAS SAINT-HILAIRE Jean-Pierre, *Recel de malfaiteur (art. 434-6, c. pén.), délit poursuivi et étudié rarement mais généralement confondu avec l'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France (art. 21, ord. 2 nov. 1945) : « vrai » et « faux » recel de malfaiteur*, in Revue de science criminelle 2004 p. 645

FERRE Nathalie, *Les usages du droit pénal contre les étrangers*, in Immigration un régime pénal d'exception, Paris, juin 2012, p.92

FRANCOS Benjamin, *Aide au séjour irrégulier : l'interprétation stricte de la loi pénale sacrifiée sur l'autel de l'efficacité de la lutte contre l'immigration illégale* in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 18 mai 2012, consultable sur le site internet <http://www.revdh.org>

HERVIEU Nicolas, *Conventionalité du “délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger” dit “délit de solidarité”*, in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 11 novembre 2011, consultable sur le site internet <http://www.revdh.org>

LABAYLE Henri, *Perseverare diabolicum : lecture approximative de la jurisprudence européenne sur la garde à vue à la Cour de cassation* in Réseau universitaire européen : Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice, 16 juillet 2012

LEBIQUIR Pierre, *Directive « retour » et schizofrénie de l'article L.621-1 du CESEDA (CJUE, 6 déc. 2011, Achughbadian, aff. C-329/11)*, in Plebiquir blog, 21 décembre 2011

Le GISTI, *Des passeurs bien commodes* in Plein Droit n°84, Paris, mars 2010, p. 3, consultable sur le site internet <http://www.gisti.org>

LE GISTI, *Des hommes jugés trop vite*, entretien avec Emmanuelle Lequien et Raphaël Tachon avocats aux barreaux de Lille et de Boulogne sur mer in Plein droit n°84, Paris, mars 2010, p. 26-29, consultable sur le site internet <http://www.gisti.org>

LETTRON Roselyne, *Aide au séjour irrégulier et respect de la vie privée* in blog Libertés, libertés chéries, 13 novembre 2011, consultable sur le blog <http://libertescheries.blogspot.fr/>

MASERA Luca, *Les ressorts de l'affaire El Dridi*, in Immigration, un régime pénal d'exception, Paris, juin 2012

MAZAK, Jan, *Prise de position de l'avocat général dans l'affaire C-329/11 Alexandre Achughbadian contre Préfet du Val-de-Marne*, présentée le 26 octobre 2011

POISSONNIER Ghislain, *Un étranger en situation irrégulière n'est pas un délinquant*, in Recueil Dalloz 2011 p. 1880, 14 juillet 2011

POULY Christophe, *Lutter avec les outils du droit* in Immigration, un régime pénal d'exception, Paris, juin 2012

REYDELLET Michel, *Les délit d'aide à l'étranger en situation irrégulière*, in Recueil Dalloz 1998 p. 148

ROETS Damien, *Le délit dit « de solidarité » entre les mailles du filet européen*, in Revue de science criminelle, 2012, p. 256

FORTIS Elisabeth, *La nécessité des peines*, in Revue de science criminelle, 2012 p. 135

SAAS Claire, *Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers*, in AJ Pénal 2011 p. 492

SAAS Claire, *L'immigré, cible d'un droit pénal de l'ennemi ?*, in Immigration, un régime pénal d'exception, Paris, juin 2012

SLAMA Serge, *L'origine du « délit de solidarité » aide à l'entrée ou au séjour irrégulier* in Blog Combats pour les Droits de l'Homme, 7 avril 2009, consultable sur le blog <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>

SLAMA Serge, *Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un « délit d'humanité »* in AJ Pénal novembre 2011 p.496

SLAMA Serge, *OPJ: tu ne placeras plus les sans-papiers en garde à vue pour le seul chef de séjour irrégulier* (Cass., 1ère civ., 5 juillet 2012), in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 14 juillet 2012, consultable sur le site internet <http://www.revdh.org>

SLAMA Serge, *La « directive retour » et le juge communautaire*, in Immigration, un régime pénal d'exception, Paris juin 2012, p. 140

TCHEN Vincent, *Constitutionnalité du délit de séjour irrégulier*, in Lettre « Actualité du droit des étrangers », 5 février 2012

WEYEMBERGH Anne, *La lutte contre le trafic d'êtres humains*, in Revue international de droit pénal, 2006/1, p. 211

YAZI-ROMAN Mehdi, *Regards croisés sur la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2012 relative à la révocation des maires*, in AJ collectivités territoriales 2012 p. 255

Rapport ONG :

Observatoire pour la protection des défenseurs des droits de l'Homme (FIDH -OMCT), *Délit de solidarité : Stigmatisation, répression et intimidation des défenseurs des droits des migrants*, Rapport d'enquête sur les entraves aux défenseurs des droits des migrants en France, Juin 2009