

Conseiller-rapporteur : Monsieur Pierre Moreau

COUR DE CASSATION

CHAMBRE CRIMINELLE

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

tendant à faire constater que les dispositions des dispositions combinées des articles L. 622-1 et L. 622-4 du code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile – en ce que, d'une part, elles répriment le fait pour toute personne d'avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France même pour des actes purement humanitaires qui n'ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et, d'autre part, elles ne prévoient une possible exemption qu'au titre du seul délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France et non pour l'aide à l'entrée et à la circulation – , portent atteinte au principe constitutionnel de fraternité, au principe de nécessité des délits et des peines et au principe de légalité des délits et des peines ainsi qu'au principe d'égalité devant la justice garantis respectivement par les articles 8 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

POUR : Monsieur Cédric HERROU

SCP SPINOSI & SUREAU

A l'appui du pourvoi n° T 17-85.736

Sur l'applicabilité au litige

I. La présente question prioritaire de constitutionnalité tend à faire constater la non-conformité à la Constitution des dispositions combinées des articles L. 622-1 et L. 622-4 du code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA »), en ce qu'elles prévoient :

Article L. 622-1 du CESEDA

« Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, 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.

Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, sera puni des mêmes peines celui qui, quelle que soit sa nationalité, aura commis le délit défini au premier alinéa du présent article alors qu'il se trouvait sur le territoire d'un Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 autre que la France.

Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un autre Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990.

Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, sera puni de mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un Etat partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.

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

Article L. 622-4 du CESEDA

« Sans préjudice des articles L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 et L. 623-3, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et soeurs de l'étranger ou de leur conjoint ;

2° Du conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci.

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

II. La présente question est soulevée à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 8 août 2017 par lequel la cour d'appel d'AIX EN PROVENCE a confirmé la déclaration de culpabilité de l'exposant au titre du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'étrangers en France en ces termes :

« Sur le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier d'étrangers

Il ressort des déclarations mêmes du prévenu faites tant devant les enquêteurs qu'à des journalistes, qu'il a revendiqué avoir, à plusieurs reprises dans la période de prévention, particulièrement en septembre et octobre 2016, hébergé à son domicile des étrangers – la présence de

documents de la Croix Rouge italienne, de tentes et de caravanes à l'extérieur de son habitation en témoignant – ce ceux-ci s'étant soit présentés spontanément chez lui, soit y ayant été conduits par lui à l'occasion de voyages professionnels à Vintimille.

La matérialité de l'aide à l'entrée, au séjour, à la circulation d'étrangers est ainsi caractérisée.

Cédric HERROU a, à plusieurs reprises convenu qu'il n'ignorait pas que des personnes accueillies et transportées se trouvaient démunies de titre de séjour.

S'agissant de l'immunité tirée des dispositions de l'article L.622-4 du CESEDA dont Cédric HERROU se prévaut, sans que soient remis en cause l'absence de contrepartie directe ainsi que le mobile du prévenu d'agir selon sa conscience et ses valeurs, il ressort de la procédure, des débats et des éléments ci-dessus rappelés, que l'hébergement de nombreux étrangers en situation irrégulière par Cédric HERROU, d'abord à son domicile puis ensuite à l'intérieur d'un local appartenant à la SNCF, dans des conditions particulièrement précaires, n'avait pas pour but de leur fournir des conseils juridiques, des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins ni de préserver leur intégrité physique, aucune atteinte d'une telle gravité n'étant objectivée.

Les actions de Cédric HERROU s'inscrivaient de manière plus générale, comme il l'a lui-même revendiqué et affirmé clairement à plusieurs reprises, dans une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration.

Cédric HERROU ne peut en conséquence bénéficier des dispositions protectrices de l'article L. 622-4 du CESEDA et l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour illicites est établie à son encontre.

Le jugement sera confirmé sur ce point » (arrêt attaqué).

Dès lors, pour parvenir au constat de culpabilité du délit prévu à l'article L. 622-1 du CESEDA, la cour d'appel a explicitement exclu que l'exposant puisse se prévaloir de l'immunité prévue à l'article L. 622-4 du même code.

Dans ces conditions, la condition de l'applicabilité au litige des dispositions législatives contestées est indiscutablement remplie.

Sur l'absence de déclaration de constitutionnalité antérieure

III. Les dispositions litigieuses n'ont pas fait l'objet d'une déclaration de conformité à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

En effet, les dispositions litigieuses – telles qu'applicables au litige – sont issues de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

Cette loi a ainsi inséré à l'article L. 622-1 du CESEDA une référence aux « *exemptions prévues à l'article L. 622-4* » du même code et a modifié ce dernier texte pour prévoir en particulier que « *ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait* » :

[...]

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci. »

Or, cette loi du 31 décembre 2012 n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* au titre de l'article 61 de la Constitution et, à ce jour, n'ont pas davantage été examinées dans le cadre d'une décision prise sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution.

La condition d'absence de déclaration préalable de conformité est, elle aussi, parfaitement remplie.

Sur le caractère nouveau

IV. Il en va de même pour la condition tirée du caractère nouveau de la question, étant rappelé que selon les dispositions de l'article 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 :

« Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

En d'autres termes, il appartient aux juridictions suprêmes de l'ordre administratif ou judiciaire de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité s'il apparait que celle-ci est nouvelle sans même qu'il soit nécessaire d'apprécier de son caractère sérieux.

Or, tel est précisément le cas en l'occurrence.

IV-1 En effet, la présente question prioritaire de constitutionnalité tend à faire constater que les dispositions des dispositions combinées des articles L. 622-1 et L. 622-4 du code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile, méconnaissent le principe constitutionnel de fraternité.

Comme il le sera démontré plus avant (cf. *infra*), ces dispositions permettent effectivement de réprimer le fait pour toute personne d'avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France même pour des actes d'aide à des fins purement humanitaires qui n'ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte.

En outre, ces mêmes dispositions ne prévoient une possible exemption qu'au titre du seul délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France et non pour l'aide à l'entrée et à la circulation, lesquels actes

peuvent pourtant parfaitement relever d'une démarche purement humanitaire et désintéressée.

Or, une telle répression d'actes humanitaires heurte à n'en pas douter les exigences les plus fondamentales de la fraternité, laquelle peut se définir comme le « *lien unissant des êtres qui, sans être frères par le sang, se considèrent comme tels* » (Dictionnaire de l'Académie française, 9^e Edition) ou encore « *l'amour universel qui unit tous les membres de la famille humaine* » (Dictionnaire le Littré, 1874).

A ce titre, cette notion de fraternité est étroitement liée à celle de dignité humaine qui induit l'appartenance commune de l'ensemble des personnes à une même humanité.

Il n'est d'ailleurs pas inutile de relever que lors des travaux parlementaires consacrés à ce qui deviendra la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 – dont sont issues les dispositions litigieuses –, la notion de « *fraternité* » a précisément été évoquée comme l'un des arguments majeurs en faveur d'une protection des actes d'humanité au profit des personnes étrangères.

Ainsi, la députée Sandrine MAZETIER a souligné qu'il convenait de protéger les « *associations ou simples particuliers mus par leur humanité, la solidarité, **la fraternité**, cette belle valeur inscrite au cœur de la devise de la République et au fronton des écoles et des mairies* » (Discussion en séance plénière à l'Assemblée Nationale, 11 décembre 2012).

De même, le député Daniel GOLDBERG a qualifié ces actes d'aides humanitaire comme relevant de « *gestes de fraternité* » à distinguer de « *la vénalité des réseaux de passeurs* » (*Ibid.*).

IV-2 Cependant, et à ce jour, le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion d'affirmer explicitement que ce principe constitutionnel figure parmi les droits et libertés que la Constitution garantit.

IV-2.1 Certes, le principe de fraternité est reconnu de la façon la plus solennelle au sein de la Constitution.

Ainsi, il figure dès son préambule – lequel dispose d’une pleine valeur constitutionnelle depuis la célèbre décision n° 71-44 DC « *Liberté d’association* » du 16 juillet 1971 – au titre de « *l’idéal commun de liberté, d’égalité et de fraternité* ».

Cette même formule est réitérée à l’identique à l’article 72-3 de la Constitution.

En outre, et surtout, le non moins solennel article 2 de la Constitution prévoit que « *la devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité"* ».

Au surplus, et une fois encore, il convient de relever que l’exigence de fraternité est étroitement liée à celle de dignité de la personne humaine.

En d’autres termes, le principe constitutionnel de fraternité est indéniablement un corollaire du « principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (Cons. const., Déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 ; v. récemment Cons. const. Déc. n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017).

IV-2.2 Mais, à ce stade, le Conseil constitutionnel n’a donc pas encore eu l’opportunité de reconnaître que ce principe constitutionnel de fraternité relevait bien des droits et libertés que la Constitution garantit au sens des dispositions de l’article 61-1 de la Constitution.

Dans ces conditions, est nécessairement nouvelle la question de savoir des dispositions législatives peuvent, d’une part, réprimer le fait pour toute personne d’avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l’entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d’un étranger en France même pour des actes purement humanitaires qui n’ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et, d’autre part, prévoir une possible exemption qu’au titre du seul délit d’aide au séjour irrégulier d’un étranger en France et non pour l’aide à l’entrée et à la circulation sans porter atteinte au principe constitutionnel de fraternité.

Or, tel est précisément, et notamment, l’objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité.

IV-3 Il résulte de ce qui précède qu'eu égard à son caractère nouveau et de ce seul chef, la présente question prioritaire de constitutionnalité ne pourra qu'être transmise au Conseil constitutionnel.

Mais il y a plus.

Sur le caractère sérieux

V. En outre, il est manifeste que la condition de renvoi relative au caractère sérieux de la question est également satisfaite.

En effet, en édictant les dispositions litigieuses, le législateur a non seulement méconnu le même principe de fraternité mais aussi le principe de nécessité des délits et des peines et le principe de légalité des délits et des peines en réprimant le fait pour toute personne d'avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France même pour des actes d'aide à des fins purement humanitaires qui n'ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte.

Mais en outre, le législateur a également méconnu ces mêmes trois principes constitutionnels mais aussi le principe d'égalité devant la justice en ne prévoyant une possible exemption qu'au titre du seul délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France et non pour l'aide à l'entrée et à la circulation.

VI. En droit, selon l'article 8 de la Déclaration de 1789, « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

En outre, l'article 5 de la même Déclaration dispose que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est*

pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

Enfin, son article 7 prévoit que « *nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites* ».

VI-1 Or, d'une part, il résulte de ces dispositions – et tout particulièrement de l'article 8 de la Déclaration – que le principe de nécessité des peines est constitutionnellement garanti.

VI-1.1 Certes, le Conseil constitutionnel estime « *qu'en l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci* » (Cons. constit. Déc. n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, cons. 7; Cons. constit. Déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 72).

Il a néanmoins considéré « *qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, " la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires... " ; qu'en conséquence, il appartient au Conseil constitutionnel de vérifier, qu'eu égard à la qualification des faits en cause, la détermination des sanctions dont sont assorties les infractions correspondantes n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation* » (Cons. constit. Déc. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. 7).

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a ainsi déclaré contraires au principe constitutionnel de nécessité des délits et des peines les dispositions législatives qui avaient intégré le délit d'« aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger » parmi les infractions susceptibles d'entrer dans le champ des actes de terrorisme tels qu'ils sont définis et réprimés par l'article 421-1 du code pénal en jugeant que :

« A la différence des infractions énumérées à l'article 421-1 du code pénal, l'article 21 incrimine non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple

comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière ; que ce comportement n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste ; qu'au demeurant lorsque cette relation apparaît, ce comportement peut entrer dans le champ de la répression de la complicité des actes de terrorisme, du recel de criminel et de la participation à une association de malfaiteurs prévue par ailleurs ; qu'en outre la qualification d'acte de terrorisme a pour conséquence non seulement une aggravation des peines mais aussi l'application de règles procédurales dérogatoires au droit commun ».

Il en a déduit « que dans ces conditions, en estimant que l'infraction définie par les dispositions de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée est susceptible d'entrer dans le champ des actes de terrorisme tels qu'ils sont définis et réprimés par l'article 421-1 du code pénal, le législateur a entaché son appréciation d'une disproportion manifeste » (préc., cons. 8 et 9).

Les termes de cette décision révèlent ainsi qu'à travers le principe de nécessité des peines, le Conseil constitutionnel peut se pencher sur la nécessité de l'incrimination elle-même, en la mettant en balance avec la nature et le quantum des peines qui y sont attachées.

VI-1.2 Récemment, le Conseil constitutionnel a amplement confirmé cette approche en affirmant que :

« L'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen. Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue » (Cons. constit. Déc. n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, § 13).

En particulier, il a été souligné que « le législateur ne saurait, sans méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines, réprimer la seule intention délictueuse ou criminelle. » (Ibid.).

A ce titre, concernant le délit d'entreprise individuelle terroriste, le Conseil constitutionnel a jugé que :

« En retenant au titre des faits matériels pouvant constituer un acte préparatoire le fait de « rechercher ... des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui », sans circonscrire les actes pouvant constituer une telle recherche dans le cadre d'une entreprise individuelle terroriste, le législateur a permis que soient réprimés des actes ne matérialisant pas, en eux-mêmes, la volonté de préparer une infraction.

[...] Il résulte de ce qui précède que les mots « de rechercher, » figurant au 1^o du paragraphe I de l'article 421-2-6 sont manifestement contraires au principe de nécessité des délits et des peines. Ils doivent être déclarés contraires à la Constitution. » (Ibid. § 17 et 18).

Dans le même sens, le Conseil constitutionnel a censuré à deux reprises le délit de consultation habituelle de sites internet terroristes aux motifs que *« les dispositions contestées portent une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée », notamment car elles répriment « le seul fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, sans que soit retenue l'intention terroriste de l'auteur de la consultation comme élément constitutif de l'infraction » (Cons. constit. Déc. n^{os} 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, § 14 et 16; 2016-611 QPC du 10 février 2017, § 14 et 16).*

En particulier, la juridiction constitutionnelle a expressément souligné qu'*« au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution » (Ibid. § 13).*

VI-2 D'autre part, selon l'article 8 mais aussi 5 et 7 de la Déclaration, le principe de légalité des délits et des peines figure également parmi les droits et libertés que la Constitution garantit.

En effet, comme le Conseil constitutionnel l'a encore récemment réaffirmé :

« Le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (Cons. constit. Déc. n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, § 6 ; v. aussi Cons. constit. Dec. n^{os} 80-127 DC du 19 janvier 1981; 98-399 DC du 5 mai 1998 ; 2006-540 DC du 27 juillet 2006 ; 2011-163 QPC du 16 septembre 2011 ; 2012-240 QPC du 4 mai 2012).

Cette exigence de précision *« s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infraction »* (Cons. constit. Déc. n° 2006-540 du 27 juillet 2006, 2010-604 DC du 25 février 2010; 2011-625 du 10 mars 2011).

Plus encore, le Conseil constitutionnel a jugé que l'infraction doit être définie *« dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire »* (Cons. constit. 16 juillet 1996, n° 96-377 DC).

En définitive, l'infraction pénale doit préciser *« les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés »* (Cons. constit. Dec. n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, cons. 61).

Il résulte ainsi de l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la simple lecture des dispositions législatives doit permettre de déterminer tant le comportement constitutif de l'infraction, sans qu'il soit possible de laisser à l'arbitraire du juge l'appréciation de ces notions, que le champ d'application de cette incrimination, dont les exemptions et exceptions.

VII. Par ailleurs, et toujours en droit, selon les dispositions de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi est « *la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

Sur le fondement de ces dispositions ainsi que de l'article 16 de la Déclaration, le principe d'égalité devant la justice est ainsi protégé en vertu d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel :

« Si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties » (Cons. constit. Déc. n° 2017-623 QPC du 7 avril 2017, § 19).

VIII. Enfin, et encore en droit, il convient de rappeler que le principe de fraternité est reconnu de la façon la plus solennelle au sein de la Constitution.

Ainsi, il figure dès son préambule – lequel dispose d'une pleine valeur constitutionnelle depuis la célèbre décision n° 71-44 DC « *Liberté d'association* » du 16 juillet 1971 – au titre de « *l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* ».

Cette même formule est réitérée à l'identique à l'article 72-3 de la Constitution.

En outre, et surtout, le non moins solennel article 2 de la Constitution prévoit que « *la devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité"* ».

Définie comme le « *lien unissant des êtres qui, sans être frères par le sang, se considèrent comme tels* » (Dictionnaire de l'Académie française, 9^e Edition) ou encore « *l'amour universel qui unit tous les membres de la famille humaine* » (Dictionnaire le Littré, 1874), cette notion de fraternité est étroitement liée à celle de dignité humaine qui

induit l'appartenance commune de l'ensemble des personnes à une même humanité.

En d'autres termes, le principe constitutionnel de fraternité est indéniablement un corollaire du « *principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » (Cons. const., Déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 ; v. récemment Cons. const. Déc. n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017).

IX. Or, en l'occurrence, les dispositions combinées des articles L. 622-1 et L. 622-4 du CESEDA méconnaissent ces principes constitutionnels.

Et ce, à au moins deux titres.

Sur la répression d'actes d'aide à des fins purement humanitaires n'ayant donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte

X. **En premier lieu**, il importe de relever que la combinaison des dispositions litigieuses permet de réprimer le fait pour toute personne d'avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France même pour des actes purement humanitaires qui n'ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte.

Or, une telle situation porte atteinte tant au principe de nécessité des délits et des peines qu'au principe de légalité des délits et des peines.

X-1 D'emblée, il n'est pas inutile de rappeler que les dispositions des articles L. 622-1 et L. 622-4 du CESEDA – en leur version applicable au litige – sont le fruit d'une série d'évolutions législatives successives.

X-1.1 Issue initialement de l'article 4 du décret-loi « *Daladier* » du 2 mai 1938 sur la police des étrangers, l'incrimination d'aide à l'entrée et au séjour d'un étranger en situation irrégulière a été reprise par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France afin de sanctionner d'une

peine d'amende et d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans « *tout individu qui, par aide directe ou indirecte, aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger* ».

Par la suite, ces dispositions ont été modifiées à de nombreuses reprises essentiellement pour durcir les sanctions mais aussi les adapter aux particularités liées aux accords de Schengen (**Prod. 1**).

Toutefois, ce texte ne prévoyait initialement pas d'exemption pour les personnes qui ont offert leur aide aux étrangers en situation irrégulière dans un but purement humanitaire.

X-1.2 A compter du milieu des années quatre-vingt-dix, cette incrimination a été vivement contestée en raison de la multiplication des cas de poursuites et de condamnations de proches ou encore de soutiens d'étrangers en situation irrégulière.

Les dispositions litigieuses ont ainsi été dénoncées comme supports d'un « *délit "d'humanité" ou "de solidarité"* » dont l'existence « *fait peser une épée de Damoclès sur les défenseurs des droits de l'homme et sur les personnes qui par simple humanité peuvent aider un sans-papier* » (**Prod. 2**).

Par conséquent, le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour exempter du délit d'aide au séjour irrégulier un ascendant, un descendant ou encore le conjoint de la personne étrangère (Art. 25 de la loi n° 96-647 du 22 juillet 1996) puis le conjoint des ascendants et descendants, les frères et sœurs de la personne étrangère et leur conjoint (Art. 12 de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998).

Cette exemption ou immunité a ensuite été étendue à « *toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique 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* » (Art. 28 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003). Cette exemption a également été légèrement élargie grâce au remplacement des mots « *sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger* » par les mots « *sauvegarde de la*

personne de l'étranger » (Art. 93 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011).

X-1.3 Toutefois, ces dispositions alors en vigueur n'ont aucunement fait disparaître l'épée de Damoclès pesant sur les personnes physiques et les associations qui entendaient aider les personnes étrangères à des fins purement humanitaires.

Ainsi, en 2009, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (ci-après « *CNCDH* ») a souligné dans un avis sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers que :

« Le fait que peu de personnes ayant apporté une aide désintéressée, au titre de leur association ou de leur propre chef, aient été condamnées sur cette base ne peut en soi justifier le maintien de ce dispositif mais, bien au contraire, militer pour sa suppression. A ce jour, des individus font l'objet d'interpellations, de mises en garde à vue, de mises en examen, de poursuites ou de rappels à la loi, qui entretiennent un climat général d'intimidation et de pression sur tous ceux qui apportent une aide à des personnes en situation de détresse et sont de nature à nuire à l'image des associations auprès du public. De telles mesures conduisent à provoquer une forme d'autocensure de la part des citoyens et bénévoles associatifs, à entraver les actes de solidarité dans la société française, et contiennent en germe une invitation à des pratiques de délation qui se sont d'ailleurs concrétisées » (Prod. 3).

En outre, dans une note du 6 janvier 2011, la CNCDH a recensé de multiples cas où des personnes ayant apporté une aide désintéressée à des étrangers en situation irrégulière ont, sur le fondement des articles L. 622-1 et suivants du CESEDA, fait l'objet d'interpellations, de mises en garde à vue, de poursuites, voire même de condamnations prononcées par une juridiction correctionnelle (**Prod. 4**).

Corroboré par de nombreux acteurs (**Prod. 5**), ce constat a conduit le législateur à être de nouveau saisi de la question par l'intermédiaire d'un projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

Dans l'étude d'impact consacrée à ce projet de loi, le constat de l'insuffisance des dispositions législatives était d'ailleurs univoque :

« Force est de constater que la législation française ne distingue pas suffisamment les agissements des passeurs qui organisent le passage des migrants, en contrepartie de sommes parfois très importantes, et les actes de solidarité des organismes sociaux, des associations à vocation humanitaire, et au-delà de tous ceux qui n'ont pour autre but que d'apporter les premiers secours à des personnes en proie au plus grand dénuement. Un tel amalgame a pour effet de mettre en cause des personnes qui apportent une assistance sans aucune contrepartie et d'entraver ainsi les gestes de solidarité à l'égard des personnes en grandes difficultés » (Prod. 6)

X-2 Par la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 « relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées », l'article L. 622-1 du CESEDA a donc été modifié pour inclure une référence aux « exemptions prévues à l'article L. 622-4 » du même code.

Surtout, cet article L. 622-4 a été modifié en son point 3° pour prévoir désormais que « ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

[...]

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci. »

Or, ces dispositions ont fait naître une profonde contradiction entre, d'une part, l'intention univoque du Gouvernement qui en est à l'origine et des parlementaires qui l'ont voté et, d'autre part, ses effets à l'heure de leur mise en œuvre.

X-2.1 En effet, il ressort très nettement tant de l'exposé des motifs du projet de loi et de l'étude d'impact que de l'ensemble des travaux parlementaires que le Gouvernement, l'Assemblée Nationale ainsi que le Sénat ont chacun poursuivi une intention à la fois convergente et dépourvue de toute ambiguïté : Mettre fin au « *délit de solidarité* » et à la pénalisation de l'aide purement humanitaire accordée à un étranger.

Ainsi, l'étude d'impact soulignait que « *l'enjeu de la réforme est donc, suivant le sens de recommandations de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (avis des 19 novembre 2009 et 5 juillet 2010), de garantir l'action de toute personne physique ou morale sans but lucratif, incluant naturellement les salariés et les bénévoles des associations à vocation humanitaire, qui sont régulièrement conduits à assurer des prestations diverses auprès de toute personne en demande et sans considération de leur nationalité et de leur situation administrative en France* » (Prod. 6).

De même, dans le rapport réalisé par M. Gaëtan GORCE au nom de la commission des lois du Sénat, il est précisé que le projet entend créer « *un nouveau cas d'immunité pénale visant à protéger les associations et leurs personnels engagés dans l'assistance aux personnes de nationalité étrangère contre tout risque d'interpellation ou de poursuites sur le fondement des articles L. 622-1 et suivants du CESEDA* » (Rapport fait par M. Gaëtan GORCE au nom de la commission des lois du Sénat, 24 octobre 2012, p. 45).

Au sein du rapport réalisé par M. Yann GALUT au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, il a également été souligné qu'il est « *essentiel de veiller à ce que l'ensemble des actions de type humanitaire et désintéressé puissent effectivement entrer dans le champ de l'immunité – au-delà des prestations qui étaient déjà expressément mentionnées dans le dispositif (conseils juridiques, restauration, hébergement et soins médicaux) et qui restent bien sûr incluses dans ce champ. À cet égard, il s'agit d'une véritable rupture avec le droit antérieur. C'est bien le sens de l'intitulé du présent projet de loi, dont on rappelle qu'il tend expressément à exclure du délit d'aide au séjour irrégulier les « actions humanitaires et désintéressées ».* Dans cette perspective, les notions de dignité et d'intégrité physique doivent être entendues dans une acception particulièrement large. » (Rapport fait par M. Yann GALUT au nom

de la commission des lois de l'Assemblée nationale, 28 novembre 2012, p. 35).

Surtout, tout au long des débats parlementaires à l'Assemblée nationale et au Sénat, la quasi-totalité des intervenants n'ont cessé de souligner que la nouvelle mouture de l'article L. 622-4 du CESEDA aurait pour conséquence de mettre fin au délit de solidarité.

Le Premier ministre a ainsi annoncé devant le Sénat « la fin du délit de solidarité pour les associations venant en aide aux étrangers. Quand une personne est dans l'épreuve, dans la difficulté, il est normal, humain, de lui venir en aide. C'est pourquoi apporter assistance et soutien, de manière désintéressée, à une personne en situation irrégulière sur notre territoire ne saurait être puni. Ce n'est pas cela la France, ce n'est pas cela la République ! Ce projet de loi, en son article 8, abroge donc le délit de solidarité, un délit peu poursuivi, voire pas du tout, mais qui pendait comme une épée de Damoclès au-dessus de ceux qui étaient susceptibles d'être poursuivis à ce titre, un délit qui revenait à mettre sur un même plan pénal ceux qui aident de bonne foi et ceux qui, sans foi ni loi, exploitent la misère des hommes. » (Discussion en séance plénière au Sénat, 8 novembre 2012). En outre, il a souligné que « dans notre pays, nul ne doit être inquiété parce qu'il a apporté une aide purement humanitaire à un étranger, celui-ci fût-il en situation irrégulière » (ibid.)

Le Premier ministre a confirmé devant l'Assemblée Nationale « la suppression du délit de solidarité » et a souligné que son Gouvernement a « voulu remédier à cette injustice qu'est le délit de solidarité. Bien qu'il ne soit pas appliqué, celui-ci pèse comme une épée de Damoclès sur ceux qui, de manière désintéressée, viennent en aide à des personnes en situation de grande précarité » (Discussion en commission des lois de l'Assemblée Nationale, séance du 28 novembre 2012 à 9 heures 30). Ultérieurement, il affirmera que « la fin du délit de solidarité, par la création d'une nouvelle exemption, était nécessaire » (Discussion en séance plénière à l'Assemblée Nationale, 11 décembre 2012), suivi en cela par un des ministres de son Gouvernement qui soulignera que « l'abrogation du délit de solidarité arrive à son terme » (Alain VIDALIES, ibid.)

De même, le rapporteur au Sénat a affirmé que le texte « permet en particulier de supprimer de notre droit une disposition

particulièrement choquante, qualifiée de « délit de solidarité », qui conduisait à poursuivre pénalement des personnes, physiques ou morales, qui avaient porté assistance à des étrangers en situation irrégulière. » (Jean-Pierre MICHEL, Discussion en séance plénière au Sénat, 8 novembre 2012).

Le rapporteur à l'Assemblée a quant à lui indiqué que le texte « supprime ce que l'on a pu appeler le "délit de solidarité", répondant enfin à une demande légitime de l'opinion publique, soutenue par beaucoup d'entre nous » (Yann GALUT, Discussion en commission des lois de l'Assemblée Nationale, précité).

Des députés ont « salu[é] le terme enfin mis au "délit de solidarité" » (Cécile UNTERMAIER, *ibid.*). D'autres ont souligné que « le Gouvernement a en effet souhaité exclure les actions humanitaires et désintéressées du délit d'aide au séjour irrégulier, en d'autres termes : supprimer le délit de solidarité [...] dans la mesure où l'extension des immunités pénales à laquelle il est procédé rendra sans fondement la poursuite de bénévoles ayant apporté une aide désintéressée » (Yann CAPET - Discussion en séance plénière à l'Assemblée Nationale, 11 décembre 2012).

En outre, d'aucuns se sont félicités qu'« avec l'adoption de ce projet de loi, la solidarité avec les étrangers qui se trouvent en France en situation irrégulière ne sera enfin plus un délit. » (Denys ROBILIARD, *ibid.*), que le « projet de loi aboli[sse] le délit de solidarité » (Sandrine MAZETIER, *ibid.*), que ce texte prévoit « l'abolition du délit de solidarité » (Sergio CORONADO, *ibid.*) ou encore que ce texte « supprime ce que l'on a pu appeler d'une manière extrêmement maladroite le "délit de solidarité" » (Jean-Yves LE BOUILLONNEC, *ibid.*).

Une position similaire est à noter au Sénat puisque bon nombre de sénateurs se sont réjouis de pouvoir « affirmer que ce qui était communément appelé "délit de solidarité" est supprimé. En pratique, resteront punis les passeurs, ceux qui font commerce de la situation de détresse des migrants et les complices de l'entrée sur le territoire » (Jean-Yves LECONTE - Discussion en séance plénière au Sénat, 8 novembre 2012) ou encore ont énoncé que « le projet de loi supprime ce qu'il est convenu d'appeler le "délit de solidarité" » (Richard Yung, *ibid.*).

Seuls quelques rares parlementaires ont relevé que « *le projet de loi ne supprime pas le délit de solidarité, mais élargit le régime des immunités pénales prévues en matière d'aide au séjour irrégulier. Pour autant, cet élargissement ne permet pas de soustraire au risque de poursuite certaines personnes fournissant une assistance à des étrangers en situation irrégulière* » (Marc DOLEZ - Discussion en séance plénière à l'Assemblée Nationale) ou encore que « *contrairement à ce que le Gouvernement laisse entendre, le délit de solidarité n'est pas totalement supprimé* » (Laurence COHEN - Discussion en séance plénière au Sénat).

Quoiqu'il en soit, l'intitulé même du texte définitivement voté ne laisse strictement aucun doute sur l'intention du législateur puisque la loi du 31 décembre 2012 s'auto-désigne comme ayant pour objet la modification du « *délit d'aide au séjour irrégulier **pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées*** ».

X-2.2 Or, depuis l'entrée en vigueur des dispositions litigieuses, il apparaît clairement que ce texte, même ainsi modifié, permet encore la pénalisation de l'aide purement humanitaire accordée à un étranger et donc la persistance du « *délit de solidarité* ».

Ainsi, dans un récent avis du 18 mai 2017 rendu en Assemblée plénière, la CNCDH a non seulement constaté la persistance de cette pénalisation mais aussi la recrudescence des poursuites sur ce fondement :

« Arrestations et poursuites de citoyennes et citoyens ayant aidé des personnes migrantes, avec la menace de lourdes sanctions et parfois condamnations, mesures d'intimidation, entraves à l'action des associations. La solidarité est tenue pour un délit. Si les associations avaient constaté une baisse des poursuites, à la suite de l'adoption de la loi du 31 décembre 2012, elles notent depuis deux ou trois ans une recrudescence d'affaires, certainement liées au renforcement des contrôles aux frontières. Pour les cinq premiers mois de l'année 2017, on recense plus d'une douzaine d'affaires, qui concernent dix-neuf personnes. Plus largement, les actes de dissuasion et d'intimidation prennent des formes multiples : surveillance, multiplication des contrôles, arrestations, placements en garde à vue, courriers, et

perquisitions parfois musclées. Des mesures sont également prises par certaines collectivités locales à l'encontre des associations pour les empêcher de mettre en place leurs actions humanitaires, les obligeant à entamer de fastidieuses contestations en justice. La CNCDH s'inquiète de la recrudescence de poursuites visant à empêcher l'expression de la solidarité envers les personnes migrantes. Au-delà, c'est le soutien à l'ensemble des personnes étrangères précarisées qui tend à devenir suspect » (Prod. 7 - p. 4).

De fait, dans ces différentes affaires, la circonstance que l'intention purement humanitaire des personnes poursuivies pour aide au séjour d'étrangers en situation irrégulière n'ait pas été contestée n'a cependant pas fait obstacle à leur condamnation sur le fondement de l'article L. 622-1 du CESEDA.

Il en est ainsi concernant la condamnation pénale de l'exposant, laquelle a été acquise alors même que la juridiction d'appel a explicitement reconnu que nul ne pouvoir « rem[ettre] en cause l'absence de contrepartie directe ainsi que le mobile du prévenu d'agir selon sa conscience et ses valeurs » (arrêt attaqué).

Pourtant, il ressort indiscutablement des travaux parlementaires précités que l'intention du Gouvernement ainsi que du législateur était précisément d'exclure toutes poursuites et condamnations dans ces situations où la démarche d'aide est purement humanitaire et désintéressée, l'engagement militant bien souvent aux sources de ces actions étant d'ailleurs positivement salué.

X-3 Dans ces conditions tout à fait particulières, la nécessité de l'incrimination litigieuse apparaît indubitablement réduite à néant.

Certes, comme le souligne avec constance le Conseil constitutionnel, « la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur » (Cons. constit. Déc. n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, § 13).

Mais précisément, ici, il apparaît nettement que dans l'exercice de son « pouvoir général d'appréciation et de décision » (*Ibid.*), le législateur a lui-même explicitement regardé non seulement comme non nécessaire mais aussi comme particulièrement inopportun et

critiquable le fait de poursuivre et de condamner des personnes qui se sont bornées à aider un ressortissant étranger dans un but purement humanitaire et sans contrepartie directe ou indirecte.

Dans ces conditions, il serait pour le moins difficile de soutenir qu'une incrimination visant de tels faits serait nécessaire, alors même qu'elle s'inscrit à rebours complet de l'intention du législateur.

Dès lors, bien loin d'avoir pour objectif d'inviter le Conseil constitutionnel à « *substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci* », la présente question prioritaire de constitutionnalité entend au contraire faire prévaloir l'appréciation du législateur, dont l'intention univoque n'a manifestement pas été transcrite dans la lettre du texte.

Ce décalage suffit à établir l'existence d'une « *erreur manifeste d'appréciation* » dont sont entachées les dispositions litigieuses (Cons. constit. Déc. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. 7), car celles-ci méconnaissent grossièrement « *l'objectif qu[e le législateur] s'est [lui-même] fixé tendant à concilier la prise en compte à titre humanitaire de situations juridiquement protégées et sa volonté de ne pas faciliter l'immigration clandestine* » (*Ibid.* cons. 13).

Mais il y a plus.

X-4 L'erreur manifeste d'appréciation du législateur au titre du principe de nécessité apparaît étroitement liée à l'imprécision des dispositions du 3° de l'article L. 622-4 du CESEDA.

En effet, comme l'a souligné la CNCDH dans son avis, l'introduction par la loi du 31 décembre 2012 « *des exemptions, familiales et humanitaires, excluant des poursuites pénales "toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinés à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci"* (article L.622-4 du Ceseda) [...] ne constitue pas pour autant une protection suffisamment efficace

contre des poursuites visant des actions "humanitaires et désintéressées", notamment parce que la formulation des dispositions de l'article 622-4 du Ceseda est si imprécise qu'elle peut donner lieu à des interprétations jurisprudentielles contradictoires, en fonction de la nature des actes de solidarité incriminés » (Prod. 7 - p. 5).

Un tel risque interprétatif est d'autant plus fort que les dispositions du 3° de l'article L. 622-4 du CESEDA comportent de nombreux standards – en l'occurrence les notions de « *prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger* » ou encore la notion de « *toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique* » - qui offrent nécessairement une vaste marge d'appréciation aux juridictions compétentes.

Ce halo d'incertitude lié au risque d'interprétation variable de ces notions qui commandent le champ d'application de l'incrimination pénale prévue à l'article L. 622-1 du CESEDA est d'ailleurs amplement illustrée par l'arrêt rendu par la juridiction d'appel dans l'affaire impliquant l'exposant.

Or, une telle situation méconnaît inévitablement le principe de la légalité des délits et des peines.

Car comme l'avait souligné le Conseil constitutionnel précisément à propos d'une immunité au délit d'aide au séjour irrégulier, ce principe constitutionnel impose au « *législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et d'exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, et de fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des immunités qu'il instaure* » (Cons. constit. Déc. n° 98-399 DC du 5 mai 1998, cons. 7).

X-5 Il résulte de ce qui précède que la question de conformité à la Constitution des dispositions litigieuses – et tout particulièrement des mots « *et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de*

celui-ci. » insérés dans le 3° de l'article L. 622-4 du CESEDA – présente un caractère sérieux.

En effet, seule la censure de ces derniers mots permettrait de satisfaire pleinement aux intentions du législateur et donc d'exclure avec certitude toute possibilité de pénalisation de l'aide purement humanitaire accordée à un étranger en situation irrégulière.

Il suffirait alors d'établir que cette aide a été apportée – hors sphère familiale – par une « *personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte* ».

Un tel critère objectif lié à l'identification – ou non – d'une contrepartie est d'ailleurs constitutionnellement fondé à plus d'un titre.

X-5.1 D'une part, ce critère permet de répondre pleinement à « *l'objectif qu[e le législateur] s'est fixé tendant à concilier la prise en compte à titre humanitaire de situations juridiquement protégées et sa volonté de ne pas faciliter l'immigration clandestine* » (Cons. constit. Déc. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. 13).

Plus précisément, s'agissant des dispositions litigieuses issues de la loi du 31 décembre 2012, il s'agirait ainsi de mieux distinguer entre « *les agissements des passeurs qui organisent le passage des migrants, en contrepartie de sommes parfois très importantes, et les actes de solidarité des organismes sociaux, des associations à vocation humanitaire, et au-delà de tous ceux qui n'ont pour autre but que d'apporter les premiers secours à des personnes en proie au plus grand dénuement* » (**Prod. 6** - p. 19).

En d'autres termes, le délit défini à l'article L. 622-1 du CESEDA serait bien réservé à la « *lutt[e] contre les filières d'immigration clandestine et les réseaux de "passeurs"* » (*Ibid.*) – nécessairement caractérisés **par un but lucratif** – sans pénaliser « *les actions humanitaires et désintéressées* », pour reprendre les termes mêmes de l'intitulé de la loi.

A titre incident, l'exposant tient d'ailleurs à souligner que le choix d'un tel critère centré sur l'existence d'un but lucratif ou, plus précisément encore, d'une contrepartie directe ou indirecte ne serait nullement

affecté par l'objection qui avait pu être soulevée en 1994 selon laquelle le critère « *des fins lucratives* » empêcherait de « *sanctionner l'aide apportée dans un but idéologique, pour favoriser, par exemple, l'entrée sur le territoire de terroristes étrangers* » (Danièle Lochak, « La solidarité, un délit ? », *Revue Projet*, 2017/3 n° 358, p. 57).

En effet, en l'état actuel du droit pénal et de la procédure pénale en matière de lutte contre le terrorisme, il existe d'ores et déjà des incriminations spécifiques qui permettraient de réprimer – d'ailleurs, bien plus sévèrement que les dispositions litigieuses – tout acte d'aide à une activité terroriste, notamment le fait de faciliter l'entrée sur le territoire (cf. *mutatis mutandis* Cons. constit. Déc. n°s 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, § 13; 2016-611 QPC du 10 février 2017, § 13)

X-5.2 D'autre part, il n'est pas inutile de relever le critère de la contrepartie ou du but lucratif est en parfaite cohérence avec le droit international et européen.

Ainsi, le protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, adopté à New York le 15 novembre 2000 et ratifié par la France le 29 octobre 2002, définit en son article 3 a) « *l'expression "trafic illicite de migrants" »* comme « *le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État* ».

De même, l'article 27 de la Convention de 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* ».

Enfin, dans le prolongement de la Convention de Schengen, la directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers a elle-aussi insisté sur la distinction entre le but lucratif et le but humanitaire puisqu'en son article 1er, elle prévoit que :

« 1. Chaque État membre adopte des sanctions appropriées:

a) à l'encontre de quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un État membre à pénétrer sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État relative à l'entrée ou au transit des étrangers;

b) à l'encontre de quiconque aide sciemment, **dans un but lucratif**, une personne non ressortissante d'un État membre à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État relative au séjour des étrangers.

2. Tout État membre peut décider de ne pas imposer de sanctions à l'égard du comportement défini au paragraphe 1, point a), en appliquant sa législation et sa pratique nationales, dans les cas où ce comportement a **pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée**. ».

A cet égard, il y a d'ailleurs lieu de noter que le rapport réalisé par M. Gaëtan GORCE au nom de la commission des lois du Sénat concernant le projet de loi de 2012 a lui-même relevé que « les dispositions prévues par le 3°, destinées à protéger les associations apportant une aide humanitaire aux étrangers en situation de dénuement, sont plus restrictives que ce qu'autorise à l'heure actuelle le droit communautaire. L'article 1er de la directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002 précitée dispose en effet que "tout État membre peut décider de ne pas imposer de sanctions [...] dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée" » (Rapport réalisé par M. Gaëtan GORCE, précité, p. 43).

X-6 En définitive, faute d'avoir réservé la répression de l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger aux seuls actes motivés par une contrepartie et, corrélativement, faute d'avoir exclu toute répression des actes purement humanitaires qui n'ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte, les dispositions législatives ont méconnu tant le principe constitutionnel de fraternité et le principe de nécessité des délits et des peines que le principe de légalité des délits et des peines.

De ce seul chef, la présente question prioritaire de constitutionnalité est indéniablement sérieuse et sera par conséquent transmise au Conseil constitutionnel.

Sur l'absence d'exemption pour le délit d'aide à l'entrée et à la circulation d'un étranger en France

XI. En second lieu, il convient de rappeler que si l'article L. 622-4 du CESEDA prévoit des « *exemptions* », cela ne concerne que les « *poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger* » et non d'autres faits réprimés par l'article L. 622-1 du même code, en l'occurrence l'aide à « l'entrée » et à la « circulation ».

En d'autres termes, une personne qui a offert son assistance à un ressortissant étranger en situation irrégulière à l'occasion de son entrée sur le territoire ou encore lors de sa circulation peut être condamnée sur le fondement de l'incrimination prévue à l'article L. 622-1 du CESEDA même s'il agit à des fins purement humanitaires et, pire encore, même si son action répond aux conditions pourtant restrictives du 3° de l'article L. 622-1 du CESEDA.

Or, une telle exclusion n'est aucunement justifiée et aggrave un peu plus encore la méconnaissance du principe de nécessité des délits et des peines.

XI-1 D'une part, il convient de rappeler une fois encore que l'intention du législateur en 2012 était parfaitement univoque puisqu'il s'agissait, de façon générale, « de **garantir l'action de toute personne physique ou morale sans but lucratif**, incluant naturellement les salariés et les bénévoles des associations à vocation humanitaire, qui sont régulièrement conduits à assurer des prestations diverses auprès de toute personne en demande et sans considération de leur nationalité et de leur situation administrative en France. » (**Prod. 6** -p. 20).

Plus nettement encore, il a été souligné qu'il était « *essentiel de veiller à ce que l'ensemble des actions de type humanitaire et désintéressé puissent effectivement entrer dans le champ de l'immunité [...].* C'est

bien le sens de l'intitulé du présent projet de loi, dont on rappelle qu'il tend expressément à exclure du délit d'aide au séjour irrégulier les "actions humanitaires et désintéressées" » (Rapport réalisé par M. Yann GALUT, précité, p. 103).

En somme, et de façon solennelle, il a été martelé que le fait d'« apporter assistance et soutien, de manière désintéressée, à une personne en situation irrégulière sur notre territoire ne saurait être puni » (Premier ministre Manuel VALLS - Discussion en séance plénière au Sénat, 8 novembre 2012).

Certes, lors de la discussion parlementaire, la persistance de l'exclusion des délits d'aide à l'entrée et à la circulation du champ d'application des immunités pénales prévues à l'article L. 622-4 du CESEDA a été confirmée.

Ainsi, le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale a souligné que « nous [les parlementaires et le Gouvernement] partageons tous le même objectif : supprimer le "délict de solidarité". Mais la nouvelle rédaction ne doit pas nous empêcher de **combattre les filières clandestines** » (Yann GALUT - Discussion en séance plénière au Sénat, 11 décembre 2012). En ce sens, le Premier ministre a également souligné que « l'aide à l'entrée irrégulière diffère du délict de solidarité : elle ne soulage pas une situation douloureuse constatée sur le territoire, mais vise à y faire entrer irrégulièrement l'étranger, ce qui constitue une infraction. Préméditée, **elle est le fait de filières clandestines et non de particuliers ou de militants associatifs**. C'est pourquoi il doit demeurer bien clair que les immunités pénales prévues à l'article L.622-4 ne doivent pas être étendues à l'aide à l'entrée et à la circulation irrégulières. » (Manuel VALLS - Discussion en séance plénière au Sénat, 11 décembre 2012).

Or, il ressort de cette discussion qu'en maintenant l'exclusion des délits d'entrée et de circulation irrégulières, le législateur a seulement entendu lutter contre « les filières clandestines » lesquelles agissent à des fins lucratives.

D'ailleurs, pour reprendre les mots de la CNCDH, chacun s'accorde à souligner qu'il est essentiel de « *pouvoir punir les filières de passeurs, les réseaux de traite des êtres humains et toutes les personnes qui profitent de la détresse des exilés pour en tirer un profit financier* »

(Prod. 7 - p. 9).

Pourtant, il est indéniable que certains actes d'aide à l'entrée ou encore d'aide au séjour irrégulier peuvent parfaitement relever d'une démarche purement humanitaire dépourvue de tout but lucratif.

Dès lors, la circonstance que « *les exemptions prévues ne jou[ent] que pour l'aide au séjour, à l'exclusion de l'aide à l'entrée et à la circulation en France des étrangers en situation irrégulière, même désintéressée, [et donc qu']une personne peut être poursuivie et condamnée si elle aide un étranger à passer la frontière ou même, seulement, à se rendre d'un point à un autre du territoire national (par exemple en le prenant à bord de son véhicule)* » (Prod. 7 - p. 9) sans s'attacher à la nature purement humanitaire et désintéressée de ces actes méconnaît radicalement le principe de nécessité des délits et des peines mais aussi le principe constitutionnel de fraternité.

Mais il y a plus.

XI-2 D'autre part, et corrélativement, la différence de traitement entre les personnes ayant commis un acte d'aide au séjour irrégulier, d'une part, et celles qui ont accompli un acte d'aide à l'entrée ou à la circulation irrégulière est aussi injustifiée que disproportionnée.

XI-2.1 S'agissant d'abord de l'aide au délit d'entrée irrégulière, il convient de rappeler que le délit de séjour irrégulier et le délit d'entrée irrégulière ont été appréhendés de façon parfaitement similaire par la Cour de justice à l'occasion des deux arrêts où elle successivement jugé que l'emprisonnement infligé au titre de ces deux délits était contraire au droit de l'Union européenne (CJUE, Grande Chambre, 6 décembre 2011, *Achughbabian contre Préfet du Val-de-Marne*, Aff. C-329/11; CJUE, Grande Chambre, *Sélina Affum contre Préfet du Pas-de-Calais et Procureur général de la cour d'appel de Douai*, 7 juin 2016, Aff. C-47/15).

En effet, dans ses conclusions sur l'affaire *Affum*, l'avocat général M. Maciej SZPUNAR a souligné que « en ce qu'il se réfère uniquement au séjour irrégulier, l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2008/115 n'opère pas de distinction entre l'entrée irrégulière et le séjour

irrégulier » (Conclusions sur l'affaire *Affum* prononcées le 2 février 2016, Aff. C-47/15, § 39).

Au demeurant, il n'en est pas différemment s'agissant du droit français puisque l'entrée et le séjour irrégulier ne sont pas appréhendés de façon différente en particulier sur le terrain du droit pénal.

Surtout, l'acte d'aide au séjour irrégulier et celui d'aide à l'entrée irrégulière constituent tous deux des incriminations pénales en vertu d'un seul et même texte, en l'occurrence l'article L. 622-1 du CESEDA qui prévoit dans le même mouvement que « *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* ».

Ce n'est que dans un autre texte relatif à l'existence d'une cause d'immunité que la distinction est réalisée.

Ainsi, la différence opérée par le législateur ne repose aucunement sur l'idée que l'un des actes d'aide serait une infraction alors que l'autre ne le serait pas, mais sur le fait que seul l'acte d'aide au séjour pourrait ne pas être lié – selon les termes de l'article L. 622-4 du CESEDA – à « *une contrepartie directe ou indirecte* » et viser « *à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien [...] à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci* ».

Or, il n'en est rien puisque l'acte d'aide à l'entrée peut lui aussi relever d'une action désintéressée et humanitaire ainsi définie.

A cet égard, il n'est d'ailleurs pas inutile de rappeler que l'aide à l'entrée peut prendre de nombreuses formes dont, par exemple, le fait d'accompagner vers un endroit sûr une personne rencontrée aux abords de la frontière alors qu'elle se trouvait en situation de danger ou, à tout le moins, en difficulté.

XI-2.2 S'agissant ensuite de l'aide à la circulation irrégulière, le même raisonnement est en tous points transposable.

En effet, il est indéniable que les actes d'aide à la circulation peuvent eux-aussi relever d'une action désintéressée et humanitaire telle que

définie par le 3° de l'article L. 622-4 du CESEDA.

A titre d'illustration, et sans prétention aucune à l'exhaustivité, il en est ainsi d'une personne qui accepte d'accueillir dans son véhicule des personnes étrangères en situation irrégulière qui se trouvent dans une situation délicate – notamment compte tenu des intempéries qui ont frappées ces dernières sur leur chemin – pour les conduire dans un lieu sûr où leur dignité et leur intégrité physique pourront être préservées.

Dès lors, sauf à verser dans un formalisme aussi incongru qu'en total décalage avec la réalité, il est manifeste que les actes d'humanité forment un tout et qu'ils ne sauraient donc raisonnablement être regardées comme divisibles ou encore distinguables selon leurs formes et modalités.

Partant, de ce chef également, les dispositions litigieuses sont contraires au principe de nécessité des délits et des peines et au principe constitutionnel de fraternité mais aussi au principe d'égalité devant la justice.

XII. A tous égards, donc, la présente question prioritaire de constitutionnalité est vouée à être transmise au Conseil constitutionnel.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer au besoin même d'office, l'exposant conclut qu'il plaise à la Cour de cassation :

- **CONSTATER** l'existence du moyen contestant la conformité d'une disposition législative, aux droits et libertés garantis par la Constitution ;
- **SAISIR** le Conseil constitutionnel de la question :

« En édictant les dispositions des dispositions combinées des articles L. 622-1 et L. 622-4 du code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile – en ce que, d'une part, elles répriment le fait pour toute personne d'avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France même pour des actes purement humanitaires qui n'ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et, d'autre part, elles ne prévoient une possible exemption qu'au titre du seul délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France et non pour l'aide à l'entrée et à la circulation –, le législateur a-t-il porté atteinte au principe constitutionnel de fraternité, au principe de nécessité des délits et des peines et au principe de légalité des délits et des peines ainsi qu'au principe d'égalité devant la justice garantis respectivement par les articles 8 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? »

en vue de faire prononcer l'abrogation de ces dispositions légales.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Productions :

1. « Délit de solidarité les origines », *Plein droit*, 2009, n° 82
2. Serge Slama, « “Délit de solidarité“ » : actualité d'un délit d'une autre époque », *LexBase Hebdo*, 20 avril 2017.
3. CNCDH, Assemblée plénière, Avis du 19 novembre 2009, « Avis sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers »
4. CNCDH, 6 janvier 2011, Note sur les cas d'application du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers
5. « Délit de solidarité la réalité », *Plein droit*, 2009, n° 83
6. Etude d'impact du projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées
7. CNCDH, Assemblée plénière, Avis du 18 mai 2017, « Mettre fin au délit de solidarité »