



HAL
open science

Aide aux étrangers en situation irrégulière : victoire en demi-teinte de la cause humanitaire

Alice Dejean de la Bâtie

► **To cite this version:**

Alice Dejean de la Bâtie. Aide aux étrangers en situation irrégulière : victoire en demi-teinte de la cause humanitaire. Recueil Dalloz, 2019, 01, pp.49. halshs-03037118

HAL Id: halshs-03037118

<https://shs.hal.science/halshs-03037118>

Submitted on 16 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

AIDE AUX ETRANGERS EN SITUATION IRREGULIERE : VICTOIRE EN DEMI-TEINTE DE LA CAUSE HUMANITAIRE

**ALICE DEJEAN DE LA BÂTIE, DOCTEURE EN DROIT, ATER À
L'UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS**

Suis-je le gardien de mon frère ? (1) À l'heure où les poursuites pénales se multiplient dans les États européens à l'encontre des personnes venant en aide aux migrants clandestins (2), la question du cadre juridique de l'assistance humanitaire apportée aux étrangers en situation irrégulière se pose avec une acuité nouvelle. En France, la médiatique affaire Herrou, dont l'arrêt rendu le 12 décembre 2018 par la chambre criminelle marque une nouvelle étape, pose la question du rôle de la fraternité dans la recherche, familière en droit pénal, d'un équilibre entre répression et liberté.

Si la dénonciation du « délit de solidarité » institué par l'article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) n'est pas nouvelle (3), cette affaire relance le débat sur la délicate articulation de ce texte, qui incrimine le fait, par aide directe ou indirecte, de faciliter ou tenter de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France, avec l'article L. 622-4, 3°, du même code qui prévoit un fait justificatif spécial (4), parfois qualifié de « fait justificatif d'humanité » (5), au bénéfice de certaines personnes ayant agi sans contrepartie et à des fins humanitaires.

En l'espèce, un agriculteur était poursuivi notamment au titre de l'article L. 622-1 du CESEDA pour avoir aidé des étrangers en situation irrégulière à passer la frontière franco-italienne, et organisé leur hébergement chez lui puis dans des locaux désaffectés de la SNCF (6). Condamné par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (7) qui lui avait refusé le

bénéfice de la justification spéciale tirée de l'article L. 622-4, 3°, du CESEDA, le prévenu forma un pourvoi en cassation comportant une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) (8), laquelle donna lieu à la censure partielle (9) de l'article L. 622-4. Le législateur (10) ayant, par la suite, modifié l'article litigieux afin de prendre en compte la décision du Conseil, la chambre criminelle casse à présent l'arrêt aixois afin de voir rétroactivement appliquée aux faits la nouvelle législation considérée comme plus douce (11) puisqu'elle étend le champ de l'exception d'humanité.

À cet égard, la victoire que représente, pour la cause humanitaire, l'évolution législative provoquée par l'affaire Herrou risque de se révéler en demi-teinte pour le prévenu. En effet, non seulement la nouvelle rédaction de l'article L. 622-4 du CESEDA invite paradoxalement à une interprétation plus stricte que celle qu'avaient retenue les juges du fond (I), mais elle ne permet pas de dissiper les doutes relatifs à l'incidence du militantisme du prévenu sur sa responsabilité (II).

I - LE DOUBLE TRANCHANT DE LA NOUVELLE EXCEPTION D'HUMANITE

Le refus des juges du fond d'accorder au prévenu le bénéfice de l'exception prévue par l'article L. 622-4, 3°, du CESEDA a conduit, par le biais d'une QPC, à la censure partielle de ces dispositions. S'appuyant sur la reconnaissance inédite d'un principe constitutionnel de fraternité fondé sur les articles 2 et 72-3 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a déclaré que le champ d'application de l'article L. 622-4, 3°, formellement limité à l'aide au séjour irrégulier, devait être élargi à l'aide à la circulation (A), mais pas nécessairement à l'aide à l'entrée sur le territoire (B).

A - L'ELARGISSEMENT FORMEL À L'AIDE À LA CIRCULATION IRREGULIERE

Suivant les indications du Conseil constitutionnel, la nouvelle version de l'article L. 622-4 du CESEDA, issue de la loi « asile et immigration » du 10 septembre 2018, a étendu le fait justificatif spécial à l'aide à la circulation irrégulière d'un étranger sur le territoire, alors que la version précédente ne visait que l'aide au séjour irrégulier. Si cet élargissement du champ d'application de l'exception d'humanité est certainement une victoire pour de nombreuses personnes susceptibles d'être poursuivies au titre de l'article L. 622-1, elle ne présente toutefois pas d'intérêt immédiat pour le prévenu.

Celui-ci avait, en effet, bénéficié d'une interprétation extensive de l'article L. 622-4 : la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait, sur ce point, fait preuve d'une certaine mansuétude en considérant que « si, dans sa rédaction, l'article L. 622-4 parai[ssait] ne s'appliquer

qu'au séjour irrégulier, les dispositions envisagées par les paragraphes 1 et 2, liées à l'immunité familiale, montr[ai]ent manifestement que les situations d'aide à la circulation et à l'entrée irrégulières d'étrangers [étaient] également couvertes par ce texte [et qu'il devait] donc en être de même dans les cas prévus au paragraphe 3 ». Cependant, cette interprétation extensive ne résistera sans doute pas à la nouvelle version de l'article L. 622-4 qui met en exergue l'exclusion de l'aide à l'entrée irrégulière du champ d'application de l'exception d'humanité.

B - L'EXCLUSION DE L'AIDE À L'ENTREE IRREGULIERE

Dans le cadre de ses remarques relatives au type d'aide couvert par l'article L. 622-4 du CESEDA, le Conseil constitutionnel a pris le soin de préciser que « l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation [n'avait] pas nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à son entrée, de faire naître une situation illicite » (12). Il en a déduit que seule l'exclusion de l'aide à la circulation du champ de l'article L. 622-4, « y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire », violait le principe de fraternité. Cette distinction entre aide à l'entrée et aide à la circulation, aussitôt saluée par un communiqué du ministère de l'intérieur (13), a été reprise dans la nouvelle version de l'article L. 622-4 : l'aide à l'entrée irrégulière est donc toujours exclue du champ de cette cause objective d'irresponsabilité.

Or le prévenu était notamment poursuivi pour avoir irrégulièrement convoyé d'Italie en France environ deux cents migrants. Par conséquent, c'est paradoxalement à une solution plus sévère à son encontre que risque de conduire l'élargissement du champ d'application de l'article L. 622-4. L'ajout, au premier alinéa de ce texte, de l'aide à la circulation irrégulière des étrangers aux côtés de celle au séjour irrégulier met en exergue l'absence de l'aide à l'entrée sur le territoire, au point d'interdire aux juges du fond de renouveler l'interprétation large qu'ils avaient retenue à l'origine. La cassation apparaît ainsi davantage comme une formalité juridique commandée par l'entrée en vigueur d'une loi pénale plus douce, que comme un véritable espoir pour le prévenu d'échapper à une condamnation fondée sur l'article L. 622-1 du CESEDA. À cet égard, la chambre criminelle motive d'ailleurs la cassation par une autre modification apportée à l'article L. 622-4 à la suite de la QPC : l'introduction du but exclusivement humanitaire.

II - L'ARTICULATION IMPRECISE ENTRE MILITANTISME ET BUT HUMANITAIRE

La décision rendue par le Conseil constitutionnel le 6 juillet 2018 a conduit à une seconde modification de l'article L. 622-4 du CESEDA : l'élargissement des actes d'aides susceptibles d'être justifiés à « toute aide apportée dans un but exclusivement humanitaire ». C'est sur cette modification que s'appuie la cassation de l'arrêt d'appel, la

chambre criminelle relevant que le prévenu invoque le caractère strictement humanitaire de son action (A). Cependant, cette motivation risque de s'avérer insuffisante pour permettre à l'intéressé d'échapper aux poursuites fondées sur l'article L. 622-1. En effet, la condamnation prononcée par la cour d'appel était fondée sur le militantisme de l'intéressé, raisonnement dont la singularité, pourtant soulignée par la doctrine (14), n'a été relevée ni par le Conseil constitutionnel, ni lors de la réforme législative de l'article L. 622-4, ni dans le présent arrêt (B).

A - UNE ACTION HUMANITAIRE

Outre la censure partielle de l'article L. 622-4 du CESEDA, le Conseil a formulé une réserve d'interprétation relative aux actes énumérés par ce texte qui prévoyait alors que le fait justificatif s'appliquait seulement à certains types d'actes (conseils juridiques, prestations de restauration, soins médicaux...). Ces dispositions, qui résultaient de modifications législatives intervenues à la suite des critiques adressées à l'ancienne version de l'article L. 622-4, 3°, dont la rédaction initiale  (15) s'apparentait à un ersatz de l'état de nécessité  (16), « ne sauraient [selon le juge constitutionnel], sans méconnaître le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant en outre à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire »  (17).

Le législateur ayant, là aussi, cherché à tenir compte de la décision du Conseil, la nouvelle version de l'article L. 622-4 prévoit désormais que le fait justificatif spécial d'humanité s'applique « lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire ». Soulignant, dans son arrêt du 12 décembre 2018, que le prévenu « a invoqué le caractère humanitaire de son action », la chambre criminelle en déduit logiquement qu'« il convient que le juge du fond réexamine les faits au regard des nouvelles dispositions de l'article L. 622-4 ». Cette décision apparaît toutefois bien formelle au regard des remarques faites précédemment sur l'exclusion de l'aide à l'entrée irrégulière du champ de la justification : le caractère humanitaire de l'action du prévenu ne pourra justifier que ses actes d'aide au séjour et à la circulation, et une nouvelle condamnation n'est donc pas exclue. En outre, l'introduction de la notion de « but humanitaire » dans l'article L. 622-4 ne répond pas directement à la motivation de la cour d'appel fondée sur la démarche militante du prévenu.

B - UNE ACTION MILITANTE

Plutôt que de s'appesantir sur la nature exacte - aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour - des actes reprochés au prévenu, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a refusé de lui

appliquer l'article L. 622-4, 3°, du CESEDA au motif que ses actions « s'inscrivaient de manière plus générale [...] dans une démarche militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en oeuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration ». Autrement dit, c'est le militantisme de l'intéressé qui lui a valu, selon les juges du fond, d'être exclu du champ de l'exception d'humanité.

Avant la modification de l'article L. 622-4, la motivation de la cour d'appel pouvait déjà surprendre : elle revenait à ajouter aux conditions d'application de l'article L. 622-4, 3°, une exigence supplémentaire liée à l'absence de caractère militant du comportement de l'auteur, et donc à violer le principe d'interprétation stricte de la loi pénale en prenant indûment en compte les mobiles de l'intéressé. Certes, il arrive que le droit pénal s'accommode parfois de quelques entorses au principe d'indifférence des mobiles par le biais des faits justificatifs – voire d'un contrôle de proportionnalité inspiré des méthodes européennes – mais il importe, à cet égard, de bien distinguer les cas dans lesquels les mobiles sont pris en compte pour alléger la répression, de ceux dans lesquels les mobiles conduisent au contraire à la durcir. Or, en l'espèce, le militantisme de Cédric Herrou a été utilisé par les juges pour écarter l'application d'un fait justificatif spécial, et donc pour prononcer sa condamnation.

Une façon de comprendre la motivation des magistrats aixois serait de rapprocher le militantisme de la notion juridique d'habitude, qui permet de n'incriminer certains comportements que lorsqu'ils ont été adoptés par leur auteur à plusieurs reprises 📅(18). Suivant cette idée, l'exception de l'article L. 622-4 ne pourrait jouer qu'en faveur de celui qui, pris d'un élan unique - et inhabituel - d'humanité, serait ponctuellement venu en aide à son prochain dans une situation de détresse. Si l'on devine derrière une telle motivation le souhait compréhensible de ne pas cautionner une activité délictuelle structurée et organisée, il doit certainement revenir au législateur et non au juge d'en décider ainsi.

Avec l'élargissement de l'article L. 622-4 « à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire », se pose à présent la question de savoir si le militantisme est inclus dans cette formule ou si, au contraire, elle invite le juge à l'exclure du champ de l'exception d'humanité. En d'autres termes, un acte accompli dans le cadre d'une démarche militante - et donc politisée - perd-il par là son but exclusivement humanitaire ? Des éléments de réponse sont sans doute à trouver dans le fondement choisi par le Conseil constitutionnel pour introduire le but humanitaire au sein de l'article L. 622-4, 3°, du CESEDA : le principe de fraternité. Si la réflexion juridique sur ce nouveau principe constitutionnel ne s'est pas fait attendre (19), il serait instructif de le confronter à la délicate question du militantisme humanitaire soulevée dans le cadre du procès Herrou - ce que ne fait pas explicitement la chambre criminelle. Il faudra donc attendre les suites judiciaires de l'affaire pour découvrir le choix final des magistrats, avec l'espoir qu'ils ne chercheront pas à vider la fraternité de sa substance en la réduisant à un instinct fugitif et exceptionnel.

(1) Genèse 4.9.

(2) Par exemple, les membres de l'équipage du Proactivia Open Arms en Italie, la nageuse Sara Mardini en Grèce, ou encore les journalistes Myriam Berghe et Anouk Van Gestel en Belgique.

(3) V. not. les avis successifs rendus par la Commission nationale consultative des droits de l'homme, préconisant un adoucissement de la législation française en la matière (CNDH, Avis sur l'asile en France et réponse du gouvernement, 6 juill. 2001 ; Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France, 15 mai 2003 ; Avis sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, 19 nov. 2009 ; Avis : mettre fin au délit de solidarité, 4 juin 2017). Pour une critique récente, V. C. Lazerges, Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République, RSC 2018. 267.

(4) C'est-à-dire une cause objective d'irresponsabilité pénale affectée à une infraction déterminée (A. Dejean de la Bâtie, Les faits justificatifs spéciaux, thèse 2018, ss la dir. d'A. Lepage, Paris II).

(5) D. Roets, À quoi sert le fait justificatif spécial d'humanité de l'article L. 622-4, 3°, du CESEDA ?, AJ pénal 2017. 535 .

(6) Ces actes ont, par ailleurs, entraîné à l'encontre du prévenu une déclaration de culpabilité du chef d'installation sur le terrain d'autrui sans autorisation, décision que la chambre criminelle ne remet pas en cause.

(7) Aix-en-Provence, 8 août 2017, n° 2017/568, AJ pénal 2017. 535, note D. Roets.

(8) Crim. 9 mai 2018, n° 17-85.736, AJDA 2018. 948 .

(9) Cons. const., 6 juill. 2018, n° 2018-717/718-QPC , §7 ; D. 2018. 1894, note C. Saas ; AJDA 2018. 1421 , 1781, note J. Roux , et 1786, note V. Tchen ; AJ fam. 2018. 426 ; RFDA 2018. 959, note J.-E. Schoettl , et 966, note M. Verpeaux ; Constitutions 2018. 341 ; D. actu. 10 juill. 2018, obs. E. Maupin ; Gaz. Pal. 17 juill. 2018, p. 12, obs. D. Rousseau ; JCP 2018, n° 30-35, Doctr. 876, obs. M. Borgetto ; JCP A 2018, n° 28, Actu. 597, obs. H. Pauliat ; Dr. adm. 2018. Repère 8, par P. Lignièrès.

(10) L. n° 2018-778 du 10 sept. 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, art. 38.

(11) Conformément à l'art. 112-1, al. 3, c. pén.

(12) Cons. const., 6 juill. 2018, n° 2018-717/718 QPC, préc., § 12.

(13) Ministère de l'intérieur, Décision du Conseil constitutionnel, 6 juill. 2018. (14) D. Roets, op. cit.

(15) Issue de la loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité, et codifiée à l'art. L. 622-4 du CESEDA par l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 nov. 2004 relative à la partie législative du CESEDA, entré en vigueur le 1er mars 2005.

(16) Ce fait justificatif spécial était alors prévu « 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 ». (17) Cons. const., 6 juill. 2018, n° 2018-717/718 QPC, préc., § 14.

(18) À titre d'exemple, on peut citer l'exercice illégal de la médecine (art. L. 4161-1 CSP).

(19) V. not. E. Maupin, La fraternité, un principe à valeur constitutionnelle, préc. ; M.

Borgetto, JCP 2018. Doctr. 876, préc. ; H. Pauliat, JCP A 2018. Actu. 597, préc. ; P.

Lignières, Dr. adm. 2018, préc. ; D. Rousseau, Gaz. Pal. 17 juill. 2018, préc. ; M.-C. de

Montecler, De la fraternité découle la liberté fondamentale d'aider autrui, D. actu. 10 sept. 2018.

Pour citer cet article : A. Dejean de la Bâtie, « Aide aux étrangers en situation irrégulière : victoire en demi-teinte de la cause humanitaire », D. 2019, p. 49.