

ainsi qu'en atteste une vidéo communiquée par Plateforme Service aux Migrants. Des explications vont ainsi être sollicitées auprès de la direction générale de la police nationale.

B. Une pénalisation protéiforme de l'aide aux exilés

Dans un contexte de carence des pouvoirs publics que les juridictions administratives ont pu qualifier à plusieurs reprises de traitements inhumains ou dégradants, certaines associations et des particuliers ont, à différents endroits du territoire, suppléé les manques et assuré un accès aux besoins fondamentaux des exilés (accès à l'eau, à la nourriture, aux soins, aux conseils juridiques).

Or, cette aide portée aux exilés dans un contexte éminemment critiquable au regard des obligations juridiques qui pèsent sur l'État se redouble d'entraves et d'intimidations mises sur la route de ces acteurs pour accomplir leurs missions.

Après la consécration par le Conseil constitutionnel du principe de fraternité, la récente loi du 10 septembre 2018 a sensiblement élargi le champ des immunités pénales prévues par le CESEDA s'agissant de la sanction de l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier. Pourtant ces améliorations, aussi louables soient elles, ne permettent pas de lever l'ensemble des incertitudes qui pèsent encore sur la possible sanction de l'aide désintéressée portée aux exilés dans un contexte de carence de l'État. En outre, plusieurs autres outils juridiques ne visant pas directement l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier des étrangers sont néanmoins utilisés par les autorités pour dissuader les particuliers, collectifs et associations de venir en aide aux étrangers dépourvus de droit au séjour.

1. La prohibition de l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers

Cette prohibition a vu le jour dans un décret-loi de 1938, avant d'être reprise au fil de lois successives ne cessant d'alourdir les peines encourues.

Ainsi, 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, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros. »

Toutefois, des exemptions sont aménagées à l'article L.622-4 du même code, lequel dresse la liste des cas ne pouvant donner lieu à des poursuites pénales.

Ainsi, jusqu'à la récente loi du 10 septembre 2018, il était prévu que ne pouvait donner lieu à des poursuites pénales :

L'aide au séjour irrégulier – à l'exclusion donc de l'aide à l'entrée et à la circulation – prodiguée par un membre de la famille (1° et 2°) ou par 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. »

En 2012, le Défenseur des droits s'était prononcé sur les dispositions de la loi relative à la retenue des étrangers venues préciser et élargir le champ de ces immunités. Saluant les améliorations portées par le texte, il craignait toutefois que les imprécisions qu'il contenait encore ne conduisent à de nouvelles condamnations de l'aide désintéressée portée aux étrangers.

Plusieurs affaires médiatisées sont venues confirmer ces craintes. Aussi, dans le [Rapport sur les droits fondamentaux des étrangers](#) en France publié en mai 2016, et plus récemment dans ses [avis n°18-09](#) et [n°18-14](#) relatifs au projet de *loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, le Défenseur des droits a formulé des recommandations tendant à ce que l'incrimination française du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier des personnes soit précisée dans un sens plus conforme aux exigences du droit européen.

Dans le même temps, le Conseil constitutionnel, saisi par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), a rendu une [décision QPC n° 2018-717/718 du 6 juillet 2018](#) censurant les dispositions de l'article L.622-4 du CESEDA et appelant ainsi une modification du droit applicable à ce type d'aide. Les juges constitutionnels ont en effet considéré que l'exclusion de l'aide à la circulation du champ des immunités pénales prévues par l'article L.622-4 du CESEDA était contraire au principe de fraternité. Ils ont en revanche jugé que ce principe n'imposait pas d'élargir les immunités à l'aide à l'entrée sur le territoire, relevant que « *l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation n'a pas nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à son entrée, de faire naître une situation illicite* ». Ils ont enfin formulé une réserve d'interprétation en précisant que les immunités prévues par l'article L.622-4 en cas d'aide au séjour devaient s'entendre comme s'appliquant non seulement aux actes expressément énumérés par l'article mais également à toute aide apportée dans un but humanitaire.

Prenant acte de cette décision, les parlementaires ont intégré à la loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une immigration réussie des dispositions tendant à modifier l'article L.622-4 du CESEDA. Ainsi, les immunités prévues par cet article sont désormais élargies à l'aide à la circulation – et non plus seulement au séjour – des étrangers en situation irrégulière. En outre, la liste des actes susceptibles de bénéficier de l'immunité n'est plus fermée, la loi prévoyant désormais qu'aucune poursuite pénale ne pourra être engagée « *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 ».

Si le Défenseur des droits ne peut que saluer ces améliorations, lesquelles tendent non seulement à rendre la loi plus conforme à la Constitution mais vont également dans le sens des dispositions de la Directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002, il constate néanmoins que les solutions retenues par le législateur demeurent en deçà de ce qu'autorise le droit européen, au risque de laisser sans solution certains problèmes que soulève actuellement l'incrimination de l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers.

En premier lieu, le Défenseur des droits s'interroge sur l'interprétation qui pourra être faite de la notion de but « exclusivement » humanitaire. Il craint en effet que l'ajout de cette dimension d'exclusivité – laquelle n'a pas été retenue par le Conseil constitutionnel dans sa [décision du 6 juillet](#) – serve à opérer une distinction entre des actes qui apparaîtraient comme purement désintéressés, d'une part, et des actions accomplies dans un but perçu comme militant, d'autre part. Rappelons en effet que la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet est intervenue dans le contexte d'une jurisprudence judiciaire tendant à développer cette distinction. Ainsi par exemple, la cour d'Aix-en-Provence avait pu, sur appel du parquet, condamner un enseignant poursuivi pour avoir pris en charge dans sa voiture puis hébergé à son domicile trois jeunes migrantes, considérant que les actes reprochés s'inscrivaient dans le cadre d'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* », et cela quand bien même l'intéressé n'avait pas reçu de contrepartie pour ses actes.

Au vu de ce contexte, le Défenseur des droits estime que la notion de « but exclusivement humanitaire » retenue par le législateur ne permet pas d'exclure la possibilité qu'à l'avenir, certaines personnes puissent bénéficier des immunités pénales prévues par le CESEDA tandis que d'autres se voient, pour les mêmes faits, condamnées pour la seule raison que

leur action désintéressée serait susceptible de s'inscrire dans le cadre d'une action militante. Il craint ainsi que la formule retenue par le législateur ne contribue à consolider l'émergence de ce qui pourrait s'apparenter à un délit d'opinion.

Pourtant, la distinction qui semble encore pouvoir être faite entre des actes qui seraient purement humanitaires d'une part, et des actes qui seraient notamment humanitaires d'autre part, n'apparaît pas conforme à la décision du Conseil constitutionnel qui précise que les immunités pénales doivent s'appliquer à « *tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire* ».

En second lieu, le Défenseur des droits constate avec regret que la formulation retenue par le législateur fait disparaître toute référence à la notion de « but lucratif ».

À cet égard, le Défenseur des droits rappelle que, s'agissant de l'aide au séjour irrégulier, le droit européen renvoie à des critères bien plus précis que ceux retenus par le droit interne puisqu'il demande aux États membres d'adopter des sanctions appropriées à l'encontre de quiconque aura aidé « *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 relative au séjour des étrangers* » (Directive du 28 novembre 2002, article 1^{er}). À plusieurs reprises, le Défenseur des droits s'est dit favorable à la reprise en droit interne de ces critères de l'intentionnalité et du « but lucratif » qui apparaissent plus facilement objectivables que celui, plus flou, de l'absence de contrepartie directe ou indirecte. En effet, ce critère, qui prédomine en droit interne, rend poreuse la frontière entre ce qui relève d'une part de l'action désintéressée et ce qui, d'autre part, pourrait être regardé comme une action intéressée passible de sanctions. On se souvient par exemple de ce militant associatif inquiété après avoir hébergé une famille arménienne, le parquet s'étant interrogé sur le point de savoir si l'aide aux travaux domestiques fournis par la famille pouvait s'analyser en une contrepartie. Ce critère n'interdit pas non plus la possibilité d'identifier, pour certaines actions, une contrepartie immatérielle telle que, par exemple, la satisfaction morale ou encore la reconnaissance sociale.

En dernier lieu, le Défenseur des droits regrette que le législateur n'ait pas suivi sa recommandation tendant à élargir le champ des immunités pénales à certains cas d'aide à l'entrée irrégulière sur le territoire français d'un étranger.

L'actualité de cette question est prégnante puisque, cet été encore, se tenait le procès d'une bénévole de 73 ans poursuivie pour avoir convoyé deux mineurs isolés renvoyés à pieds vers la France par la police italienne jusqu'au poste frontière de Menton. Si l'intéressée a été relaxée, la loi ne permet toujours pas, dans sa rédaction actuelle, d'exclure que des condamnations puissent être prononcées dans des cas similaires. Pourtant, il y a lieu de rappeler que, dans l'espèce en cause, l'action de l'intéressée a contribué au respect de l'intérêt supérieur des enfants concernés, ces derniers ayant finalement été pris en charge par les services de l'aide sociale à l'enfance.

À cet égard, le Défenseur des droits rappelait, dans son [avis n°18-14](#), que condamner l'aide au séjour irrégulier d'un mineur n'a pas de sens dès lors que les mineurs ne sont pas tenus par l'obligation de détenir un titre de séjour et ne peuvent donc être en situation de séjour irrégulier sur le territoire. Or, suivant ce même raisonnement, la pertinence de dispositions permettant de condamner l'aide à l'entrée irrégulière de mineurs étrangers mérite d'être interrogée dès lors que la situation créée par cette aide n'est pas en elle-même illicite.

De même, la pertinence de la sanction de l'aide désintéressée apportée à l'**entrée** d'une personne en quête d'une protection internationale doit être interrogée au regard des principes consacrés par la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, et notamment son article 31 qui stipule que :

« Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée [...] entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières ».

Dans cette hypothèse, la personne qui aurait facilité l'entrée ou le séjour d'un étranger relevant de la Convention de Genève pourrait se voir pénalement sanctionnée, alors même que le bénéficiaire de l'aide se trouverait lui protégé contre toute sanction pénale.

Si le Conseil constitutionnel n'est pas allé jusqu'à censurer l'absence d'immunité pénale pour ce qui concerne l'aide à l'entrée irrégulière sur le territoire – considérant que, contrairement à l'aide au séjour ou à la circulation, celle-ci a pour effet de créer une situation illicite –, le droit européen autorise en revanche les États à prévoir certaines immunités dans ce cadre.

Ainsi, la directive 2002/90/CE précitée demande certes aux États membres d'adopter des sanctions appropriées :

« à l'encontre de quiconque aide sciemment [notons que la poursuite d'un but lucratif ne figure plus au rang des critères incriminants, à la différence de ce qui est prévu pour la sanction de l'aide au séjour], 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 ».

Mais elle prévoit également que :

« Tout État membre peut décider de ne pas imposer de sanction à l'égard du comportement [précité], en appliquant sa législation et sa pratique nationales, dans le cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée. »

Autrement dit, le droit européen spécialement conçu pour lutter contre l'aide à l'immigration irrégulière autorise, pour des raisons humanitaires, à ne pas sanctionner l'aide apportée à l'entrée irrégulière.

Le Défenseur des droits aurait souhaité que le législateur se saisisse de cette possibilité pour aménager le dispositif légal.

2. Les formes moins directes de la pénalisation de l'aide aux exilés

Plusieurs outils juridiques, ne concernant pas initialement les étrangers, peuvent être mobilisés : l'infraction au code de l'urbanisme pour avoir aidé à bâtir un abri de fortune, la poursuite pour dépôt d'immondices sur la voie publique pour avoir réalisé le nettoyage d'un campement « rom », la plainte en dénonciations calomnieuses pour avoir saisi la Commission nationale de sécurité de faits de violences policières, la fermeture d'une cuisine solidaire à Calais pour raisons sanitaires, la contravention routière, la mise en danger d'autrui, la poursuite pour propos diffamatoires.

Le Défenseur des droits réaffirme sa réticence de principe à l'égard de toute sanction de l'aide désintéressée portée aux exilés.

En avril 2018, des experts de l'ONU ont dans ce contexte lancé un appel à l'action du gouvernement français pour qu'il arrête le harcèlement et l'intimidation des bénévoles et des membres des ONG qui fournissent une aide humanitaire aux migrants. Ils exhortaient la France à honorer ses obligations et à promouvoir le travail essentiel des défenseurs des droits de l'Homme.

Les illustrations de cette pénalisation protéiforme de l'aide aux migrants proviennent essentiellement des remontées des associations, collectifs et particuliers apportant une aide humanitaire aux exilés vivant dans les campements. Les pouvoirs publics nient globalement avoir recours à de telles méthodes pour dissuader les aidants.

- À **Calais**, les associations ont pu dénoncer le fait que les véhicules des associations – notamment ceux réalisant les transferts des exilés des lieux de vie vers les lieux de douches gérés par le Secours catholique – étaient systématiquement contrôlés par les forces de l'ordre.

Le 12 février 2018, le préfet a indiqué aux représentants du Défenseur des droits qu'il n'existait pas de consignes visant à contrôler de manière systématique les véhicules des associations. Cependant, compte tenu de la présence à Calais de réseaux de passeurs qui transportent des migrants, de tels contrôles

pouvaient s'avérer nécessaires. Quand un véhicule est identifié en tant qu'appartenant à une association, les forces de l'ordre ne procéderaient pas à des contrôles mais si le véhicule est « banalisé », le préfet recommanderait au conducteur de détenir « une attestation de bénévolat » pour éviter les amalgames et les contrôles plus poussés. Il est donc assumé que les personnes bénévoles venant en aide aux migrants (accès aux soins, distribution de repas, etc.) doivent être en mesure de prouver qu'ils ne sont pas des « passeurs ».

De la même manière, outre les contraventions routières assez massives des véhicules stationnés aux abords des lieux de vie des exilés, dont les véhicules floqués du nom de l'association, les locaux dans lesquels les repas destinés aux distributions associatives étaient préparés ont été fermés pour non-respect de l'ensemble des règles applicables en la matière sanitaire et ce, au moment même où le Défenseur des droits constatait le dénuement total dans lequel se trouvaient les exilés.

Parallèlement, des actions pénales ont été dirigées contre un chargé de mission de l'Auberge des migrants à la suite d'une plainte de deux policiers pour un tweet humoristique ainsi que contre une personne ayant collé des affiches humoristiques de style « Western » dénonçant le refus de la maire de Calais de mettre en œuvre les injonctions du Conseil d'État de juillet 2017 (audience TGI Boulogne-sur-Mer du 29 mai 2018).

- À **Ouistreham**, le CAMO est exclu des réunions organisées régulièrement à la préfecture pour suivre l'évolution de la situation, le député Monsieur BLANCHET indiquant en effet courant janvier 2018 que les autorités ne veulent pas « traiter » avec le collectif, accusé de faire œuvre de désinformation auprès des exilés s'agissant des possibilités d'intégrer les CAES et dispositifs de l'ASE du département.

Là aussi sont relevées des contraventions routières et des contrôles de police fréquents, notamment lorsque les bénévoles transportent des exilés vers Caen (pour pallier le fait que les bus faisant la liaison Ouistreham-Caen ne s'arrêteraient pas toujours en présence de migrants aux arrêts de bus).