

LE DÉLIT D'AIDE À L'ENTRÉE, À LA CIRCULATION AU SÉJOUR EN FRANCE ET EN BELGIQUE

A.- ORIGINE

1) *En France*

Ce délit trouve son origine dans le décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers¹⁰². C'est dans un climat antisémite et hostile aux étrangers¹⁰³ que fut adopté l'art. 4 de ce décret-loi qui dispose que : « *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 sera puni d'une amende de 100 à 1.000 F et d'un emprisonnement d'un mois à un an* »¹⁰⁴.

Aucune exception concernant l'aide humanitaire n'est prévue comme en atteste l'article 6 qui oblige une personne qui héberge « *à titre gracieux* » un étranger à le déclarer aux autorités sous peine d'être condamné à une amende et de se voir appliquer l'article 4¹⁰⁵. Ce délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour sera confirmé à la libération par l'art. 21 de l'ordonnance de 1945¹⁰⁶. Il faudra attendre la transposition de la Convention Schengen du 19 juin 1990 à travers la loi du 27 décembre 1994 pour que le libellé de l'infraction soit modifié.

Entre-temps, certaines réformes de la disposition ont été réalisées mais elles se limitaient à une aggravation des peines encourues¹⁰⁷. En pratique, les premières condamnations relevées datent de la fin des années 1980¹⁰⁸ : trois mois de prison pour avoir transporté des migrants, quatre mois de prison ferme pour avoir aidé ses frères sans titre de séjour à entrer en France, deux mois de prison avec sursis et une amende pour avoir transporté sa belle-mère algérienne dont le passeport avait expiré¹⁰⁹.

¹⁰²R. BEN KHALIFA, « La fabrique des clandestins en France, 1938-1940 », *Migrations Société*, vol. 139, no. 1, 2012, pp. 11-26.

¹⁰³K. PARROT, « L'actualité du droit des étrangers en France, le délit de solidarité », *op. cit.*, p. 135 ; S. SLAMA, « Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un « délit d'humanité » », *op. cit.*, p.496 ; V. TCHEN, « Réflexions sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers des étrangers » *op. cit.*, p. 255

¹⁰⁴ Art 4 du décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers, *JORF*, 3 mai 1938, p. 4967

¹⁰⁵ Art. 6 du décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers, *op. cit.*

¹⁰⁶ V. TCHEN, « Réflexions sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers des étrangers » *op. cit.*, p. 257 ; K. PARROT, « L'actualité du droit des étrangers en France, le délit de solidarité », *op. cit.*, p. 135

¹⁰⁷ V. TCHEN, « Réflexions sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers des étrangers » *op. cit.*, p. 257 ; S. SLAMA, « Délit de solidarité : actualité d'un délit d'une autre époque », *Lexbase*, 2017, p. 1

¹⁰⁸ S. SLAMA, « Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un « délit d'humanité » », *op. cit.*, p.496

¹⁰⁹ Les condamnations sont recensées par le GISTI sur <https://gisti.org/spip.php?article1621> (Consulté le 29 mars 2019): C. Appel Nancy, 12 novembre 1986 ; C. Appel Aix-en-Provence, 17 mars 1988 ; C. Appel Metz, 04 octobre 1989

Dans les années 1990, des condamnations à de la prison avec sursis ou une amende furent prononcées pour avoir hébergé des personnes sans titre de séjour¹¹⁰. Il en fut de même pour des hommes ayant hébergé leurs concubines ou pour deux frères ayant hébergé une personne non régularisée¹¹¹.

2) *En Belgique*

C'est également dans un contexte antisémite qu'a été adopté l'arrêté-loi du 28 septembre 1939 sur la police des étrangers¹¹² qui incrimine pour la première fois¹¹³ l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour d'un étranger¹¹⁴.

Comme en France, aucune clause humanitaire n'était prévue. On note cependant une légère différence sémantique entre les deux pays : le décret-loi français évoque explicitement l'aide à la circulation alors que l'arrêté-loi belge ne le mentionne pas¹¹⁵. Par la suite, la loi du 28 mars 1952 sur la police des étrangers, qui abrogea l'arrêté-loi de 1939, maintiendra le délit dans une forme similaire¹¹⁶.

Trois décennies plus tard, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers fut adoptée dans le but d'harmoniser une

¹¹⁰ Les condamnations sont recensées par le GISTI sur <https://gisti.org/spip.php?article1621> : C. Appel Versailles, 12 mars 1990 ; C. Appel Pau, 23 mai 1990 ; C. Appel Aix-en-Provence, 05 novembre 1993

¹¹¹ Les décisions sont recensées par le GISTI sur <https://gisti.org/spip.php?article1621> : C. Appel Pau, 27 avril 1994 ; Corr. Thonon-les-Bains, 01 juin 1994 ; C. Appel Agen, 13 octobre 1994

¹¹² E. DEBRUYNE, R. VAN DOORSLAER, F. SEBERECHTS, N. WOUTERS, L. SAERENS, *La Belgique docile. Les autorités belges et la persécution des Juifs en Belgique durant la Seconde Guerre mondiale*, Bruxelles, Luc Pire, 2007, pp. 127-133

¹¹³ Les motivations à l'origine de cette loi sont à cet égard explicites : la législation précédant l'entrée en vigueur de cet arrêté-loi n'avait pas pénalisé l'étranger qui « *pénètre ou séjourne irrégulièrement* » mais en plus, elle « *omet également d'ériger en délit le fait de toute personne aidant l'étranger dans ces actions illicites*. ». Par conséquent, « *il importe de compléter la législation sur ce point* » : Arrêté-loi du 28 septembre 1939 sur la police des étrangers, *M.B.*, 30 septembre 1939, p. 6702

¹¹⁴ Art. 4 arrêté-loi du 28 septembre 1939 sur la police des étrangers, *op. cit.* : L'art. 4 de cet arrêté-loi disposait que :

« *sont punissables d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de 200 francs à 5,000 francs : quiconque a, de quelque manière que ce soit, aidé ou assisté un étranger, soit dans les faits qui ont préparé sa pénétration en Belgique, en fraude de la surveillance à la frontière, soit dans les faits qui ont consommé cette pénétration ;*

quiconque aide un étranger à séjourner irrégulièrement en Belgique ou à se soustraire à l'application des décisions prises par le Ministre de la Justice en exécution du présent arrêté. »

¹¹⁵ La différence est en effet anecdotique car le champ d'application personnel de l'arrêté-loi belge vise notamment « *les étrangers dont la présence jugée nuisible ou dangereuse pour la sécurité ou l'économie du pays [...]* » (Art. 1^{er} point 2^o arrêté-loi du 28 septembre 1939, *op. cit.*)

¹¹⁶ Outre la peine maximale encourue qui baissa passant de deux ans à un an d'emprisonnement maximum, le législateur abandonna le cas de l'aide à l'entrée « *en fraude de la surveillance à la frontière* » : Art. 12 point 3^o et 4^o de la loi du 28 mars 1952 sur la police des étrangers (*M.B.*, 30-31 mars 1952, p. 2465) disposait qu' « *Est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 100 francs à 1000 francs : [...]*3^o *quiconque a aidé ou assisté un étranger soit dans les faits qui ont préparé sa pénétration illégale dans le royaume ou qui l'ont facilitée, soit dans les faits qui l'ont consommé ; 4^o quiconque aide un étranger, à séjourner irrégulièrement dans le royaume ou à se soustraire à l'application des décisions prises par le Ministre de la Justice en vertu de la présente loi* »

législation épars¹¹⁷. Le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour fut réformé à cette occasion et se présenta sous la forme suivante à l'art. 77 alinéa 1er :

« *Quiconque sciemment aide ou assiste un étranger soit dans les faits qui ont préparé son entrée illégale ou son séjour illégal dans le Royaume ou qui les ont facilités, soit dans les faits qui les ont consommés, est puni d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de 26 francs à 200 francs ou d'une de ces peines seulement. [...]* »¹¹⁸.

La nouveauté majeure fut l'introduction de l'adverbe « *sciemment* ». Certes, il n'y avait toujours pas de clause humanitaire mais cet adverbe signifiait qu'il fallait une « *intention méchante* » pour être condamné¹¹⁹. C'est pourquoi, le législateur estima que l'ajout de ce dol spécial permettait d'éviter la répression de l'aide humanitaire¹²⁰. Par ailleurs, le passage « *soit dans les faits qui les ont consommés* » fut expliqué et visait « *les pourvoyeurs de main d'œuvre étrangère* »¹²¹.

En 1995, le législateur profitera d'une loi modifiant les articles du Code Pénal relatifs à la traite des êtres humains¹²² pour ajouter un art. 77 bis à la loi du 15 décembre 1980 consistant en des circonstances aggravantes, comme la violence ou les menaces, qui sont susceptibles d'entourer le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour¹²³.

B.- LE DROIT EUROPEEN ET LE DELIT D'AIDE A L'ENTREE, A LA CIRCULATION OU AU SEJOUR

Le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour a également fait l'objet plusieurs textes au niveau européen. Dès 1990, l'art. 27(1) de la Convention d'application de l'Accord de Schengen (CAAS)¹²⁴ encadra ce délit. Une dizaine d'années plus tard, la directive 2002/90 et

¹¹⁷ Projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Moureaux, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1980-1981, n°521-2 du 16 octobre 1980, p.2

¹¹⁸ Art. 77 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers *op. cit.* Par ailleurs, une majoration de la peine est prévue en cas de récidive à l'alinéa 2.

¹¹⁹ Projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Moureaux, *op. cit.*, pp. 28-29

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Un exemple fut donné : il s'agissait par exemple « *des entrepreneurs qui embauchent des étrangers à l'étranger pour les faire travailler en Belgique* » : Projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Dejardin, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1977-1978, n° 144-7 du 28 avril 1978, p. 63

¹²² Loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie infantile, *M.B.*, 25 avril 1995, p. 10823 ; Proposition de loi de répression de la traite des êtres humains. Développements, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1993-1994, n°1381/1 du 28 mars 1994, pp.15-16 ; Entre temps, une loi du 17 juin 1993 augmenta le montant de l'amende : Art. 15 de la loi du 1^{er} juin 1993 imposant des sanctions aux employeurs occupant des étrangers en séjour illégal en Belgique, *M.B.*, 17 juin 1993

¹²³ Art. 77 bis de la loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie infantile, *M.B.*, 25 avril 1995

¹²⁴ Acquis de Schengen - Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *Journal officiel*, L 239 du 22 septembre 2000, pp. 19-62

sa décision-cadre¹²⁵ remplaceront cet article 27(1). Enfin, en 2011, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Mallah contre France*, statuera sur le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour.

1) *La Convention de Schengen*

La Convention d'application de l'Accord de Schengen dispose en son article 27 (1) 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.* »¹²⁶.

Il faut donc que l'acte soit réalisé « à des fins lucratives » pour être réprimé selon la CAAS. Cependant, en Belgique comme en France, la prise en compte de cette disposition se limita à une extension du champ d'application du délit.

a) **Transposition de la Convention Schengen en France**

C'est en 1994 que fut transposé cet article en droit français modifiant l'art. 21 de l'ordonnance de 1945¹²⁷. Ainsi, le champ d'application du délit s'étendit visant ainsi les Etats « *partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 autre que la France.* »¹²⁸. En outre, les « *poursuites ne pourront être exercées à son encontre que sur une dénonciation officielle ou sur une attestation des autorités compétentes de l'Etat partie concerné.* »¹²⁹. Par ailleurs, un débat eut lieu pour introduire une clause humanitaire afin d'incriminer uniquement les personnes agissant à des « fins lucratives » conformément à l'article 27 (1) de la CAAS ; l'exécutif justifia son refus par le risque d'infiltration de réseaux terroristes¹³⁰.

D'un point de vue jurisprudentiel, la transposition de la CAAS n'a pas eu d'influence sur les condamnations pour aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour à titre humanitaire. Un prêtre fut condamné à six mois de prison avec sursis pour avoir hébergé un migrant, des personnes ont été condamnées à une amende avec sursis pour avoir hébergé leur frère dont le visa avait

¹²⁵ Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *Journal officiel*, L 328 du 5.12.2002, pp. 17-18 ; Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *Journal Officiel*, L 328 du 05 décembre 2002, pp. 1-3

¹²⁶ Art. 27 (1) des Acquis de Schengen - Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *op. cit.*

¹²⁷ V. TCHEN, « Réflexions sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers des étrangers » *op. cit.*, p. 258

¹²⁸ Art. 1 de la Loi n° 94-1136 du 27 décembre 1994 portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ S. SLAMA, « Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un « délit d'humanité » », *op. cit.* ; V. TCHEN, « Réflexions sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers des étrangers » *op. cit.*, p. 259 ;

expiré, une autre personne fut sanctionnée par deux mois de prison avec sursis pour avoir hébergé des personnes sans titre de séjour et un homme fut condamné à 15 jours de prison avec sursis pour avoir transporté un migrant à un supermarché afin qu'il puisse se restaurer¹³¹.

1. *Les premières immunités familiales françaises*

Les premières immunités viseront le cadre familial. En 1996, une loi, visant à réprimer le terrorisme, introduisit une immunité familiale à l'égard « *d'un ascendant ou d'un descendant de l'étranger ou du conjoint de l'étranger non séparé* »¹³². Cette immunité concernait seulement l'aide au séjour irrégulier¹³³. En outre, le Conseil constitutionnel censura la tentative du gouvernement d'assimiler le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour à une infraction terroriste car le « *comportement n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste* » et il peut être sanctionné par d'autres dispositions relatives au terrorisme¹³⁴.

L'immunité ne visant pas les concubins ou concubines, un homme fut condamné pour avoir hébergé une femme en situation irrégulière bien qu'il se soit marié avec elle quelques temps plus tard¹³⁵.

Deux ans plus tard, en 1998, c'est au tour des « *des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint ; du conjoint de l'étranger, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui.* »¹³⁶ d'être immunisés. Comme en 1996, seule l'aide au séjour est dispensée d'incrimination pour les membres de la famille. L'aide à l'entrée ou à la circulation ne tolérant toujours aucune dérogation¹³⁷.

C'est pourquoi, entre 1998 et 2002, des condamnations furent prononcées à l'encontre de personnes ayant hébergé des migrants ; un chauffeur de taxi fut même condamné pour avoir transporté des migrants près de camions situés proches de la Manche bien que les migrants aient payé le prix de la course comme n'importe quel client classique¹³⁸.

¹³¹Les condamnations sont recensées par le GISTI sur <https://gisti.org/spip.php?article1621> : Corr. Douai 13 janvier 1995 ; C. Appel Grenoble, 08 mars 1995 ; C. Appel Chambéry 04 mai 1995 ; C. Appel Metz 17 novembre 1995 (ce dernier arrêt fut cassé par la Cour de Cassation car la Cour d'Appel n'avait pas prouvé que le prévenu avait connaissance de la situation administrative du migrant : Cass. (chambre criminelle), 26 février 1997, n°96-82.158))

¹³²Art. 25 Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ C.C., 16 juillet 1996, n° 96-377, § 8 ; S. SLAMA, « Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un « délit d'humanité » », *op. cit.*,

¹³⁵ Cette condamnation est recensée par le GISTI sur <https://gisti.org/spip.php?article1621> : C. Appel Grenoble du 20 novembre 1996

¹³⁶ Art. 12 de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile ; K. PARROT, « L'actualité du droit des étrangers en France, le délit de solidarité », *op. cit.*, p. 137

¹³⁷ Les sanctions sont par ailleurs aggravées si les faits sont commis en bande organisée : alors que l'infraction commise seule est passible « *d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 200 000 F* », en cas de bande organisée, la sanction prévue est « *dix ans d'emprisonnement et de 5 000 000 F d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée* ». En 2000, les amendes sont converties en euros.

¹³⁸Les condamnations sont recensées par le GISTI sur <https://gisti.org/spip.php?article1621> : C. Appel Aix-en-Provence, 02 avril 1998 ; C. Appel de Fort-de-France, 12 octobre 1998 ; C. Appel Douai, 17 décembre 2002

b) Transposition de la Convention Schengen en Belgique

C'est en 1996 que la Belgique modifie sa législation sur les étrangers afin de prendre en compte les différents instruments européens adoptés dont notamment la CAAS¹³⁹. L'art. 77 sera donc modifié pour étendre le champ d'application du délit dans le but de viser les Etats parties à la Convention Schengen¹⁴⁰. Comme en France, la référence « à des fins lucratives » préconisée par la CAAS ne fut pas prise en compte.

1. Insertion de la première clause humanitaire en Belgique

C'est également en 1996 qu'une clause humanitaire sera pour la première fois adoptée en Belgique. Différentes associations militaient pour une immunité claire et explicite pour l'aide humanitaire reprochant au délit d'être trop flou sur la question¹⁴¹. L'exécutif avait beau précisé qu'en utilisant l'adverbe « *sciemment* » dans le libellé de l'infraction, l'aide humanitaire n'était pas visée par l'art. 77¹⁴² ; un amendement fut toutefois déposé et adopté afin de ne pas appliquer le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour lorsque « *l'aide ou l'assistance est offerte à l'étranger pour des raisons purement humanitaires* »¹⁴³. La nouvelle clause humanitaire se présenta donc sous la forme suivante :

« *L'alinéa précédent ne s'applique pas si l'aide ou l'assistance est offerte à l'étranger pour des raisons purement humanitaires.* »¹⁴⁴.

2. Evolution de la clause humanitaire en droit belge

La clause humanitaire introduite en 1996 ne prit pas beaucoup de temps avant de faire parler d'elle. Alors qu'entre 1980 et 1996, une seule condamnation pour aide aux migrants avait été

¹³⁹ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide social. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1995-1996, n° 364/ 1 du 11 janvier 1996, pp. 2-3

¹⁴⁰ Art. 62 de la loi du 15 juillet 1996 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, *M.B.*, 05 octobre 1996, pp. 25627-25628

¹⁴¹ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide social. Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur des affaires générales et de la fonction publique par MM. Pieter De Crem et Vincent Decroly, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1995-1996, n° 364/8 du 28 mars 1996, pp. 29-31 pp. 100-101

¹⁴² Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide social. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1995-1996, n° 364/ 1 du 11 janvier 1996, p. 57

¹⁴³ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide social. Amendements, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1995-1996, n° 364/5 du 12 mars 1996, p.11 ; Art. 62 de la loi du 15 juillet 1996 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, *op. cit.*

¹⁴⁴ Art. 62 de la loi du 15 juillet 1996 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, *op. cit.*

enregistrée¹⁴⁵, l'introduction de la clause humanitaire a eu comme paradoxe une augmentation du nombre de poursuites, voire de condamnations basées sur l'article 77 comme par exemple une dame qui fut condamnée en première instance pour avoir accueilli un migrant chez elle¹⁴⁶.

Dès 1997, des parlementaires ont alors fait une proposition de loi pour modifier la clause humanitaire de l'art. 77. Le principal grief visait la portée du terme « *humanitaire* »¹⁴⁷. L'interprétation stricte des juridictions dans leurs condamnations posait un problème puisqu'elle ne répondait pas aux objectifs de la clause humanitaire de 1996¹⁴⁸. C'est pourquoi des parlementaires ont proposé une loi interprétative en précisant qu'« *il faut entendre, par le mot « humanitaire » philanthropique, c'est-à-dire sans visées principalement économiques ou criminelles* »¹⁴⁹.

Au cours des débats parlementaires, la principale préoccupation était le fait que des migrants remerciaient les personnes qui leur venaient en aide en gardant par exemple leurs enfants, en faisant quelques travaux de bricolage, de jardinage¹⁵⁰. De plus, il y'avait des situations où un hébergeur était en couple avec le migrant qu'il hébergeait ce qui de facto créait une répartition des tâches au sein du ménage¹⁵¹. Ces situations pouvaient aboutir à conclure que l'aide envers le migrant n'était pas *purement* humanitaire en raison de cette activité du migrant qui pouvait aussi être considérée comme une activité économique.

L'exécutif recentra le débat en mettant en avant le fait qu'en réalité c'est l'adverbe « *purement* » qui posait un problème dans la loi de 1996¹⁵². C'est pourquoi, un amendement fut adopté afin de modifier la portée de la clause humanitaire par le passage suivant : « *l'alinéa précédent ne s'applique pas si l'aide ou l'assistance est offerte à l'étranger pour des raisons*

¹⁴⁵ La condamnation fut annulée en appel : Proposition de loi interprétative de l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1996-1997, n° 1 - 648/1 du 30 mai 1997, p. 2

¹⁴⁶ Proposition de loi interprétative de l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1996-1997, n° 1 - 648/1 du 30 mai 1997, p. 1 ; Proposition de loi interprétative de l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur et des affaires administratives par M. Pinoie, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 1 - 648/4 du 8 décembre 1998, p. 3

¹⁴⁷ Proposition de loi interprétative de l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1996-1997, n° 1 - 648/1 du 30 mai 1997, p. 2

¹⁴⁸ Proposition de loi interprétative de l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur et des affaires administratives par M. Pinoie, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 1 - 648/4 du 8 décembre 1998, pp. 2-3

¹⁴⁹ Proposition de loi interprétative de l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1996-1997, n° 1 - 648/1 du 30 mai 1997, p. 3

¹⁵⁰ Proposition de loi interprétative de l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur et des affaires administratives par M. Pinoie, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 1 - 648/4 du 8 décembre 1998, pp. 2-3, pp. 5-6

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 7

¹⁵² *Ibid.*, p. 9

principalement humanitaires. »¹⁵³. Il est toutefois précisé dans la motivation de l'amendement que l'aide ne peut pas « *favoriser ou faciliter la perpétration d'un crime ou d'un délit, ni y participer.* »¹⁵⁴.

C'est ainsi que l'art. 2 de la loi du 29 avril 1999 modifiant l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers consacrera la clause humanitaire qui est en vigueur telle qu'on la connaît actuellement pour les personnes venant en aide aux migrants¹⁵⁵. En Belgique, l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour n'est pas sanctionnée si elle est réalisée dans un but principalement humanitaire.

2) *La directive 2002/90 et la décision-cadre 2002/946 : l'art du compromis*

Dans l'optique de lutter contre l'immigration clandestine et par la même occasion de rapprocher les ordres juridiques des différents Etats Membres¹⁵⁶, la directive 2002/90 et son article 1^{er} remplacèrent l'art. 27 (1) de la Convention Schengen par la disposition suivante : « 1. *Chaque Etat membre adopte des sanctions appropriées :*

a) *à l'encontre de quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un Etat membre à pénétrer sur le territoire d'un Etat membre ou à transiter par le territoire d'un tel Etat, en violation de la législation de cet Etat 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 Etat membre à séjourner sur le territoire d'un Etat membre en violation de la législation de cet Etat relative au séjour des étrangers.*

2. *Tout Etat 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.* »

La décision cadre accompagnant la directive impose aux Etats d'adopter des sanctions pénales « *effectives, proportionnées et dissuasives* »¹⁵⁷. Des peines complémentaires peuvent également être ajoutées comme la confiscation, l'expulsion ou encore l'interdiction professionnelle¹⁵⁸. En outre, les personnes morales peuvent également être condamnées¹⁵⁹.

A la lecture de l'article 1^{er}, on constate que l'aide à l'entrée et à la circulation ne requiert pas de but lucratif comme élément constitutif de l'infraction contrairement à l'aide au séjour. C'est

¹⁵³ Proposition de loi interprétative de l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Amendement, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 1 - 648/3 du 24 novembre 1998, p. 2

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Art. 2 de la loi du 29 avril 1999 modifiant l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 26 juin 1999, p. 24126

¹⁵⁶ Art. 1 de la directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *op. cit.*

¹⁵⁷ Art. 1.1 de la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *op. cit.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*, Art. 2 et 3

pourquoi, la possibilité pour les Etats Membres d'adopter une clause humanitaire ne se réfère qu'à l'aide à l'entrée ou à la circulation. Par ailleurs, il est important de préciser que l'instauration d'une clause humanitaire est une faculté pour les Etats et non une obligation. En d'autres termes, le droit européen n'oblige pas les Etats Membres à adopter une clause humanitaire.

En effet, cette dernière a fait l'objet de nombreuses discussions avant d'être inscrite dans la directive. La France qui est à l'origine de cette directive ne mentionnait aucune clause humanitaire dans ses propositions. Elle se contentait uniquement de réaffirmer les immunités familiales telles qu'elles étaient présentes au sein de son droit national¹⁶⁰.

Hormis l'absence de clause humanitaire, la proposition française souhaitait la suppression du « *but lucratif* » présent dans l'article 27 de la CAAS comme élément constitutif ce qui ne manqua pas de faire l'objet de reproches¹⁶¹. Des amendements furent alors proposés par le Parlement européen pour modifier la proposition française¹⁶².

D'une part, des amendements justifiaient le maintien du « *but lucratif* » dans le libellé de la directive car « *il est indispensable de distinguer l'aide humanitaire désintéressée à l'immigration clandestine de celle offerte par les membres de réseaux criminels à des fins lucratives comme l'article 27 de la Convention de Schengen le précise d'ailleurs* » et de « *ne pas confondre lutte contre les filières d'immigration clandestine et aide humanitaire aux personnes qui fuient leur pays* »¹⁶³. D'autre part, un amendement visait la mise en place d'une exonération de sanctions pour « *les associations, organisations ou d'autres personnes morales ou groupes de personnes agissant à des fins humanitaires* »¹⁶⁴.

Au sein du Conseil européen, la Belgique, les Pays-Bas ou encore la Suède s'opposèrent à l'abandon du critère « *lucratif* » comme élément constitutif car il permettait de ne pas entraver l'action des associations humanitaires et de les épargner de toute répression judiciaire¹⁶⁵.

La France précisa que la suppression de la référence au « *but lucratif* » résultait de la difficulté de prouver que l'auteur de l'infraction avait agi en contrepartie d'un règlement

¹⁶⁰ Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, n° 10675/00 du 3 août 2000 ; Initiative de la République française en vue de l'adoption d'une Directive visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, n° 10711/00 du 28 juillet 2000

¹⁶¹ Projet de décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. Projet de directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, n°13578/00 du 20 novembre 2000, p. 2

¹⁶² Rapport sur l'initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers et la décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers du 23 octobre 2000, n°A5-0315/2000 du 25 octobre 2000, pp. 21-22

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 7 et 8

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 1

¹⁶⁵Projet de décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. Projet de directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, n°13578/00 du 20 novembre 2000, p. 14

financier car la victime, en l'espèce le migrant, n'avouait jamais cette contrepartie financière de peur de représailles¹⁶⁶.

Une seconde copie du projet proposa alors de réprimer l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour « *sauf s'il est établi que cet acte a été commis dans le but principal de prêter assistance aux réfugiés et aux demandeurs d'asile* »¹⁶⁷. Différentes délégations émirent des réserves à cet ajout : le Royaume-Uni et le Danemark refusèrent catégoriquement l'insertion d'une clause humanitaire tandis que la Belgique milita pour une clause humanitaire ayant un caractère obligatoire et s'appliquant à tous les migrants peu importe leur statut au regard du droit des étrangers¹⁶⁸.

Un compromis fut trouvé en maintenant d'une part comme élément constitutif le « *but lucratif* » uniquement pour l'aide au séjour tout en laissant le choix aux Etats Membres d'adopter ou non une clause humanitaire pour l'aide à l'entrée ou à la circulation si l'aide a été réalisée à titre humanitaire¹⁶⁹.

a) Transposition de la directive en Belgique

La Belgique transposa la directive via la loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil¹⁷⁰. Cette loi est à l'origine de la distinction entre le trafic et la traite d'êtres humains que nous avons vue précédemment¹⁷¹. En effet, en Belgique, avant cette loi, la traite et le trafic d'êtres humains étaient poursuivis sur la base du même article 77 bis¹⁷².

¹⁶⁶ Projet de décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. Projet de directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, n°5645/01 du 31 janvier 2001, p. 3

¹⁶⁷ Projet de décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. Projet de directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, n°6254/01 du 15 février 2001, p. 3

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Projet de décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. Projet de directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, n°6766/01 du 9 mars 2001, p.9

¹⁷⁰ Loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil, *M.B.*, 02 septembre 2005, p. 38454 ; Le nouvel article 77 modifié par la loi du 10 août 2005 est pratiquement resté identique aujourd'hui : « *Quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique ou à transiter par le territoire d'un tel Etat, en violation de la législation de cet Etat, soit dans les faits qui ont préparé l'entrée, le transit ou le séjour, ou qui les ont facilités, soit dans les faits qui les ont consommés, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de mille sept cents euros à six mille euros ou d'une de ces peines seulement.*

L'alinéa 1er ne s'applique pas si l'aide est offerte pour des raisons principalement humanitaires.»

¹⁷¹ Voir p. 17 de ce travail ; par ailleurs, pour plus de détails sur cette loi voir : M. BEERNAERT et P. LE COCQ, « La loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil. », *Rev. dr. pén.*, 2006/4, pp. 335-406 ; C. HUBERTS, « Les innovations de la loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil », *JDJ* n°251, janvier 2006

¹⁷² A. DE NAUW, F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 510-512.

Dorénavant, la traite des êtres humains se trouve aux articles 433 quinquies et suivants du Code Pénal¹⁷³.

En ce qui concerne le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour, quelques modifications ont été apportées à l'article 77¹⁷⁴. En premier lieu, alors que l'ancien art. 77 ne visait que l'incrimination de l'aide à l'entrée et au séjour, cette nouvelle disposition cite explicitement l'aide au transit, c'est-à-dire, l'aide à la circulation. La référence au terme « étranger » est remplacée par « *une personne non ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne* ».

Quant à la clause humanitaire prévue par la directive, elle était déjà présente en droit belge. Il faut cependant rappeler que la clause européenne ne visait que l'aide à l'entrée ou à la circulation car ces aides ne nécessitaient pas de « *but lucratif* » pour que l'auteur des faits soit réprimé. Or la clause humanitaire belge est totale et concerne tant l'aide à l'entrée et à la circulation que l'aide au séjour car cette dernière en droit belge ne fait pas référence au « *but lucratif* » pour être incriminée¹⁷⁵.

Par ailleurs, la peine encourue a également été modifiée conformément aux exigences de la décision-cadre passant ainsi d'un emprisonnement maximum de trois mois à un emprisonnement maximum d'une année¹⁷⁶.

Enfin, comme le souligne la doctrine¹⁷⁷, une absence de logique semble découler de ce nouvel article 77. D'un côté, les personnes ayant agi avec un but lucratif tomberont sous le coup de l'article 77 bis, c'est-à-dire le trafic d'êtres humains. De l'autre côté, les personnes ayant agi dans une optique humanitaire bénéficieront de la clause humanitaire. Or on voit mal comment quelqu'un pourrait aider un migrant à entrer, circuler ou séjourner au sein du Royaume sans contrepartie financière si ce n'est pour une raison humanitaire.

b) La transposition de la directive en France

En France, la transposition de la directive au sein de l'ordre juridique français à travers la loi du 26 novembre 2003¹⁷⁸ fut minimaliste¹⁷⁹. La transposition fut réalisée en omettant deux éléments essentiels du texte européen : l'absence du critère lucratif comme élément constitutif

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ M. BEERNAERT et P. LE COCQ, « La loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil. », *Rev. dr. pén.*, 2006/4, p. 391.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 393

¹⁷⁶ En droit belge, en vertu de l'article 16§ 1^{er} de la loi relative à la détention préventive du 20 juillet 1990, cette augmentation du maximum de la peine signifie que l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour peut déboucher sur un mandat d'arrêt.

¹⁷⁷ M. BEERNAERT et P. LE COCQ, « La loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil. », *Rev. dr. pén.*, 2006/4, p. 393

¹⁷⁸ Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité

¹⁷⁹ V. TCHEN, « Réflexions sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers des étrangers », *op. cit.*, pp. 258-259

de l'aide au séjour et l'absence de clause humanitaire pour l'aide à l'entrée ou à la circulation¹⁸⁰. En premier lieu, le critère du « but lucratif » ne fut pas clairement inscrit dans le libellé de l'infraction française pour l'aide au séjour. En effet, certains observateurs ont déploré le fait que ce critère ne se retrouve qu'indirectement dans la loi à travers la clause humanitaire qui ne s'applique pas en cas « *de contrepartie directe ou indirecte* »¹⁸¹. Il aurait été préférable que « *l'immunité soit le principe, et l'infraction l'exception* » selon la CNCDH¹⁸².

Ensuite, en ce qui concerne l'absence de clause humanitaire pour l'aide à l'entrée ou à la circulation, nous avons vu qu'au regard du droit français de l'époque, la seule immunité présente, à savoir l'immunité familiale ne s'appliquait qu'à l'aide au séjour et non à l'aide à l'entrée ou la circulation. La directive proposait une clause humanitaire s'appliquant à l'aide à l'entrée ou à la circulation mais le gouvernement préféra introduire une clause plus restrictive qui exemptait de sanctions uniquement le délit d'aide au séjour si « *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.* »¹⁸³.

Enfin, la loi de 2003 ajouta une liste de peines complémentaires dont notamment la suspension du permis de conduire ou encore la confiscation du moyen de transport¹⁸⁴ ainsi qu'une peine d'emprisonnement plus sévère pouvant aller jusqu'à 10 ans et 750 000 euros d'amende si l'infraction a été commise dans des circonstances aggravantes comme par exemple « *lorsqu'elles ont pour effet de soumettre les étrangers à des conditions de vie, de transport, de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne humaine* »¹⁸⁵.

En 2004, l'ordonnance du 24 novembre 2004 sera à l'origine de l'entrée en vigueur du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, communément appelé CESEDA¹⁸⁶. Les articles 21 et 21 bis de l'ordonnance de 1945 se retrouveront aux articles L622-1 et suivants.

La transposition étant imparfaite en raison notamment de l'absence de clause humanitaire ; diverses condamnations furent prononcées dont entre autres pour avoir hébergé des concubins sans titre de séjour, un beau fils, des membres de sa famille ou encore un ami¹⁸⁷.

¹⁸⁰ C. CHASSIN, « Dissimulation et droit des étrangers » in Droit et dissimulation, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 74-75

¹⁸¹ S. SLAMA, « Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un « délit d'humanité » », *op. cit.*

¹⁸² *Ibid.*, CNCDH : Commission Nationale Consultative Des Droits de l'Homme

¹⁸³ Art. 28 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Art. 29 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité

¹⁸⁶ Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, JORF n°0274 du 25 novembre 2004, p. 19924

¹⁸⁷ Les condamnations sont recensées par le GISTI sur <https://gisti.org/spip.php?article1621>: C. Appel Nîmes, 23 août 2005 ; C. Appel Douai, 14 novembre 2006 ; C. Appel Bastia, 11 avril 2007 ; C. Appel Montpellier, 17 juin 2008 ; C. Appel Paris, 16 septembre 2009 ainsi que S. SLAMA, « Délit de solidarité : actualité d'un délit d'une autre époque », Lexbase, 2017, pp. 2-3

c) La Cour européenne des droits de l'homme et l'affaire Mallah : le rendez-vous manqué

En 2011, La Cour européenne des droits de l'homme a également eu l'occasion de juger le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour. L'affaire en question concernait M. Mallah, résident marocain en France qui fut condamné pour aide au séjour irrégulier tout en étant dispensé de peine « *en raison de la cession de l'infraction* » conformément à l'article 132-59 du Code Pénal français¹⁸⁸. En l'espèce, M. Mallah hébergeait son beau-fils marocain dont le visa avait expiré. M. Mallah se tourna alors vers la Cour EDH afin de contester cette condamnation en invoquant la violation de l'article 8 de la Convention EDH, à savoir le respect de la vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

La Cour EDH commença son raisonnement en reconnaissant que « *que la condamnation pénale du requérant constitue une ingérence au sens de l'article 8* »¹⁸⁹. Cependant, elle précisa dans la foulée que délit d'aide au séjour poursuit « *un but légitime, à savoir la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales* »¹⁹⁰. En mesurant la proportionnalité de l'infraction par rapport au but poursuivi, la Cour EDH a estimé que le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour a pour but de lutter contre l'immigration irrégulière et que dans ce cadre, des immunités familiales sont prévues. L'infraction est donc « *suffisamment claire et prévisible* »¹⁹¹. La Cour EDH conclut en affirmant que l'article 8 n'a pas été violé en raison de la dispense de peine. C'est la preuve selon la Cour qu'il n'y a pas eu d'« *atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie familiale.* »¹⁹².

On remarque que la Cour EDH ne fait aucune référence à la directive 2002/90 lorsqu'elle analyse le litige. De plus, la Cour EDH estime que le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour est clair et prévisible. Or l'incrimination française parle « *d'aide directe ou indirecte* » sans plus d'indications permettant d'englober tous les comportements possibles et imaginables comme nous l'avons vu précédemment¹⁹³. Par ailleurs, l'absence de clause humanitaire claire contribue également à entretenir le flou autour du délit. Enfin, M. Mallah a agi par altruisme pour héberger son beau-fils mais la Cour EDH dans son évaluation de la proportionnalité a toutefois estimé que l'ingérence, en l'occurrence une procédure pénale, n'était pas disproportionnée au regard de la vie privée et familiale¹⁹⁴.

¹⁸⁸ CEDH, *Mallah c. France*, n° 29681/08, 10 novembre 2011, § 15 et 19

¹⁸⁹ *Ibid.*, § 37

¹⁹⁰ *Ibid.*, § 38

¹⁹¹ *Ibid.*, § 40

¹⁹² *Ibid.*, § 41

¹⁹³ D. ROETS, « Le délit dit « de solidarité » entre les mailles du filet européen », RSC, 2012, p. 256

¹⁹⁴ *Ibid.*

d) La loi du 31 décembre 2012 : le début d'une clause humanitaire en France

Il faudra attendre huit ans avec la loi du 31 décembre 2012 avant de voir le régime des immunités évoluer¹⁹⁵. D'une part, cette loi étendra l'immunité familiale à toute la belle famille du conjoint¹⁹⁶. D'autre part, sous l'impulsion de la CNCDH, la clause humanitaire ne sera plus cantonnée aux situations d'urgence¹⁹⁷. En effet, une personne physique ou une personne morale ne pouvait être condamnée du chef du délit d'aide au séjour 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.* ».

L'énumération d'une série d'actes humanitaires permettant d'éviter une sanction semble limitative mais le passage « *ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci* » avait pour but de viser tous les autres actes humanitaires possibles¹⁹⁸. Enfin, il est important de rappeler que ces immunités s'appliquaient uniquement à l'aide au séjour.

En pratique, les condamnations ne s'arrêtèrent pas : une personne fut condamnée pour avoir transporté deux réfugiés à une gare¹⁹⁹. Un maire fut également sanctionné pour avoir hébergé une famille kosovare qui était en séjour irrégulier²⁰⁰. Cependant, deux affaires relatives au délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour défrayeront la chronique au point que le Conseil Constitutionnel déclarera en 2018 l'existence du principe de « fraternité » dans l'ordre juridique français ayant pour conséquence la modification de la loi que nous analyserons dans quelques pages.

¹⁹⁵ Entre temps, deux changements mineurs eurent lieu : premièrement, la loi du 24 juillet 2006 n'accordera pas l'immunité aux conjoints en situation de polygamie ; ensuite, la loi du 16 juin 2011 remplacera à l'article L622-4 3° le passage « *sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger* » par « *sauvegarde de la personne de l'étranger* ».

¹⁹⁶ 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, *JORF*, n°0001 du 1 janvier 2013, p. 48 ; Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 351), adopté par le sénat après engagement de la procédure accélérée, 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, *Doc. parl.*, Assemblée Nationale, n°463 du 28 novembre 2012, pp. 94-98

¹⁹⁷ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 351), adopté par le sénat après engagement de la procédure accélérée, 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, *op. cit.*, p. 99

¹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 102-103

¹⁹⁹ Cette condamnation est recensée par le GISTI sur <https://gisti.org/spip.php?article1621> : Corr. Grasse, 18 décembre 2015

²⁰⁰ Cette condamnation est recensée par le GISTI sur <https://gisti.org/spip.php?article1621> : Tribunal de grande instance Bonneville, 7 avril 2016

e) L'évaluation REFIT par la Commission Européenne de la directive et de la décision-cadre

Afin de rendre la législation européenne compréhensible et efficace à moindre coût pour les citoyens européens, la Commission européenne a mis en place le programme REFIT en 2012²⁰¹. Ce programme comprend notamment l'évaluation de la législation européenne²⁰². A cet égard, la directive 2002/90 et la décision-cadre firent l'objet d'une évaluation en 2017 dans le but de mesurer si ces outils permirent de contrer l'immigration irrégulière²⁰³.

En ce qui concerne les incriminations d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour, la plupart des Etats Membres sondés mettent en avant l'absence de définition précise des comportements à incriminer accordant ainsi une marge de manœuvre conséquente aux autorités judiciaires dans la poursuite des actes²⁰⁴.

Pour la clause humanitaire, on apprend que seulement sept Etats Membres ont une clause complète dans leurs législations²⁰⁵. Par ailleurs, pour une minorité d'Etats Membres, la protection de l'aide humanitaire manque de clarté en raison de l'absence de référence au « *but lucratif* » comme élément constitutif pour l'aide à l'entrée ou à la circulation dans la directive. Néanmoins, la majorité des Etats Membres n'ont pas souhaité modifier le libellé de la directive actuelle²⁰⁶.

En revanche, la Commission européenne relève que pour les intellectuels, les institutions internationales ou encore les ONG, ce flou entourant l'aide humanitaire a été vivement critiqué. Le souhait est l'adoption d'une clause humanitaire obligatoire afin que l'aide humanitaire, que ce soit en mer ou sur terre, sous toutes ses formes soit explicitement dispensée de répression²⁰⁷.

Cependant, la Commission souligne qu'il y'a peu d'éléments illustrant des condamnations ou des poursuites de citoyens ou bénévoles humanitaires. Etonnamment, la France est prise en exemple pour étayer cette position où l'absence de clause humanitaire n'a pas fait augmenter le nombre de condamnations²⁰⁸. La Commission ajoute qu'il y'a une augmentation du nombre d'initiatives citoyennes venant en aide aux migrants ce qui, selon, elle, prouve l'absence de répression de l'aide humanitaire. Enfin, il est rappelé que personne ne peut être condamné pour avoir sauvé une personne en mer ou encore que l'état de nécessité permet d'exempter les personnes venant en aide à des personnes en danger²⁰⁹.

²⁰¹ COMMISSION EUROPÉENNE, commission staff working document - refit evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package (Directive 2002/90/EC and Framework Decision 2002/946/JHA), n° SWD (2017) 117 du 22 mars 2017, p. 3

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*, p. 4

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 14

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 20

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 20-21. Selon ces opposants à la directive, l'absence de clause humanitaire totale serait contraire aux valeurs morales de l'UE dont entre autres les droits de l'homme ; la directive actuelle, en raison de son champ d'application étendu, accorde un grand pouvoir discrétionnaire à l'autorité dans la mise en œuvre de sa politique judiciaire plongeant les bénévoles humanitaires dans la crainte d'être poursuivi pour leurs activités.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 22

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 22

La Commission européenne reconnaît néanmoins qu'il y'a un sentiment de peur d'être condamné pour avoir fourni une aide humanitaire et que ce ressenti doit disparaître. Pour cela, la Commission propose que les autorités communiquent plus clairement à ce sujet afin de dissiper toutes les peurs²¹⁰. Pour conclure, la Commission précise qu'elle n'a pas assez de données en sa possession pour évaluer l'impact positif ou négatif du libellé de l'infraction et de la clause humanitaire²¹¹. Quant aux sanctions prévues par la décision cadre, les Etats Membres sont satisfaits du texte en l'espèce²¹².

IV.- ACTUALITÉS JUDICIAIRES

A.- « LE PROCES DES HEBERGEURS » EN BELGIQUE

Comme nous l'avons vu, la clause humanitaire prévue par le droit belge a pour but de protéger tous les actes à portée humanitaire. Le résultat est positif puisqu'il y'a eu très peu de procès pour ne pas dire aucun depuis l'entrée en vigueur de la loi. Raison pour laquelle lorsque deux journalistes, Mme Myriam Berghe et Mme Anouk Van Gestel, qui hébergeaient des migrants, furent poursuivies pour trafic d'êtres humains et organisation criminelle²¹³, l'affaire fit grand bruit et le « procès des hébergeurs » fut largement relayée par la presse belge²¹⁴.

Pour rappel, la clause humanitaire belge prévue pour le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour ne permet pas de voir en pratique qui pourrait être poursuivi sur base de l'art. 77 puisque si on agit pour une raison humanitaire, il y'a la clause humanitaire et si on obtient un avantage patrimonial, il s'agit alors de trafic d'êtres humains visé par l'article 77 bis. Cela explique peut-être pourquoi les deux journalistes furent poursuivies pour trafic d'êtres humains dans cette affaire qui concernait au total 12 personnes. Le parquet lui-même reconnaîtra que la qualification juridique pour les prévenues est incorrecte car elle a visé tant les personnes qui ont hébergé des migrants à titre humanitaire que les trafiquants d'êtres humains²¹⁵.

En ce qui concerne Mme Berghe, le parquet lui reprocha d'être complice du trafic d'êtres humains car elle prêta son téléphone et son ordinateur à des personnes considérées comme passeurs qu'elle hébergeait même si elle n'en a retiré aucun avantage patrimonial²¹⁶.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 35

²¹¹ *Ibid.*, p. 23

²¹² *Ibid.*, p. 23

²¹³ Corr. Bruxelles (47^e ch.), 12 septembre 2018, n°2018/6764, p. 7 et 9

²¹⁴ R. DUCULOT, « Le "procès des hébergeurs" débute ce jeudi matin à Bruxelles », *RTBF*, 05 septembre 2018 disponible sur https://www.rtf.be/info/societe/detail_le-proces-des-hebergeurs-debute-ce-jeudi-matin-a-bruxelles?id=10011715 (Consulté le 05 avril 2019); C. LALLEMAND, « Ouverture du "procès des hébergeurs" accusés de trafic d'êtres humains », *Le Vif*, 06 septembre 2018, disponible sur <https://www.levif.be/actualite/belgique/ouverture-du-proces-des-hebergeurs-accuses-de-traffic-d-etes-humains/article-normal-887695.html> (Consulté le 05 avril 2019); RTLINFO.BE, « Début du procès d'hébergeurs de migrants du parc Maximilien: leurs soutiens dénoncent le "procès de la solidarité" », 06 septembre 2018, disponible sur <https://www.rtl.be/info/regions/bruxelles/debut-du-proces-d-hebergeurs-de-migrants-du-parc-maximilien-1056964.aspx> (Consulté le 05 avril 2019)

²¹⁵ S. FRÈRES, « Le parquet refuse de criminaliser l'aide aux migrants », *La Libre Belgique*, 09 octobre 2018, p. 10

²¹⁶ Corr. Bruxelles (47^e ch.), 12 septembre 2018, n°2018/6764, p. 53

Le tribunal estima également que « *l'engagement social fort* » ainsi que la « *relation amoureuse* » qu'elle entretient avec une des personnes hébergées illustrent l'absence d'avantage patrimonial. En revanche, bien que Mme Berghe ait admis qu'elle hébergeait des personnes dont elles savaient pertinemment qu'elles étaient des passeurs, le tribunal rappela qu'aucun élément ne prouva que Mme Berghe les logeait pour les aider dans leurs activités de passeurs ou prêtait son ordinateur et son téléphone portable à cette fin²¹⁷. Par conséquent Mme Berghe fut acquittée par le tribunal²¹⁸.

A la différence de Mme Berghe, le ministère public requerra l'acquittement pour Anouk Van Gestel. Cette dernière ne retira aucun avantage patrimonial d'après le parquet et n'a pas apporté « *d'aide indispensable* » à un passeur²¹⁹. Le tribunal rappela également pour Mme Van Gestel que « *son engagement social fort* » et la consécration « *d'une partie de son temps et de son argent pour venir en aide à des personnes en séjour illégal, en les hébergeant, en leur donnant à manger ou en leur payant des transports en commun* » prouvaient l'absence d'avantage patrimonial²²⁰. De plus, même si Mme Van Gestel a tenté de s'informer à propos d'un éventuel passage vers l'Angleterre pour un des migrants qu'elle hébergeait, elle ne peut pas être condamnée pour complicité puisque finalement le migrant en question a décidé de rester en Belgique²²¹. Mme Van Gestel fut donc également acquittée par le tribunal correctionnel de Bruxelles²²². Deux autres hébergeurs poursuivis furent également acquittés pour les mêmes raisons que celles de Mme Berghe et Mme Van Gestel²²³.

Nous pouvons conclure à la lumière de ce jugement que l'aide au séjour en Belgique sans retirer d'avantage patrimonial, avec comme motivation « *un engagement social fort* » ne peut pas être réprimée même si on est au courant que certaines personnes hébergées sont des passeurs. L'aide au séjour dans un but humanitaire est donc bien dispensée de sanctions.

A l'heure où ce travail est réalisé, le Parquet général près la Cour d'Appel de Bruxelles a décidé de faire appel de ce jugement contredisant notamment la position du parquet de première instance²²⁴. La première audience relative à cet appel aura lieu le 11 septembre 2019²²⁵.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 54

²¹⁸ *Ibid.*, p. 55 et 63

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*, p. 55 et 69

²²³ *Ibid.*, pp. 56, 57, 63 et 69

²²⁴ BELGA, « Le parquet fait appel du jugement d'acquittement des hébergeurs de migrants », *Le Soir*, 12 janvier 2019, disponible sur <https://www.lesoir.be/200214/article/2019-01-12/le-parquet-fait-appel-du-jugement-dacquittement-des-hebergeurs-de-migrants> (Consulté le 05 avril 2019); S. FRÈRES, « La volte-face du parquet inquiète les hébergeurs », *La Libre Belgique*, 15 janvier 2019, p. 6

²²⁵ L. COLART, « Procès des hébergeurs: le procureur en seconde sess' », *Le Soir*, 09 avril 2019, disponible sur <https://www.lesoir.be/217463/article/2019-04-09/proces-des-hebergeurs-le-procureur-en-seconde-sess> (Consulté le 12 avril 2019)

B.- « LE PRINCIPE DE FRATERNITE » EN FRANCE

1) *Les faits*

En France, deux affaires ont amené le Conseil Constitutionnel à statuer sur le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour. La première concerne Cédric Herrou, agriculteur, qui était poursuivi pour aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour ; plus précisément pour avoir transporté des migrants depuis le village italien de Vintimille et les avoir hébergés à son domicile français²²⁶. Un migrant précisa que M. Herrou proposa son aide « *sans aucune contrepartie financière* »²²⁷. M. Herrou justifia son geste par une raison humanitaire : en l'espèce « *apporter aux migrants un soutien sanitaire, alimentaire et moral* »²²⁸ car ces derniers étaient dans « *une situation dramatique* »²²⁹. Par ailleurs, M. Herrou était également poursuivi pour avoir occupé un terrain apportant à la SNCF.

La deuxième affaire concerne Pierre-Alain Mannoni qui fut également poursuivi pour aide à la circulation et au séjour car il a transporté trois femmes Erythréennes sans titre de séjour et les a hébergés²³⁰. Une des femmes précisa que M. Mannoni proposa son aide sans aucune contrepartie financière²³¹. Comme Cédric Herrou, M. Mannoni justifia son geste par la « *situation dramatique dans laquelle se trouvent les migrants* »²³² et l'éducation qu'il avait reçue de ses parents « *lui interdisant de laisser son prochain dans une situation de détresse* »²³³.

2) *Les décisions en 1^{ère} instance et en appel*

En première instance, le tribunal correctionnel de Nice releva que Cédric Herrou a agi « *dans un cadre humanitaire* » et n'a reçu aucune contrepartie directe ou indirecte pour son action²³⁴. Le Parquet invoquait en effet que le geste de M. Herrou servait une cause militante et consistait ainsi en une contrepartie ; le tribunal ne suivit pas le ministère public car « *l'absence de contrepartie directe ou indirecte était évidente au regard des motivations affichées par le prévenu* »²³⁵. Le tribunal constata que l'état physique et moral des migrants était mauvais et conclut que l'aide apportée par M. Herrou permit à ces personnes de préserver leur dignité et d'avoir des conditions de vie décentes. Ainsi, la clause humanitaire prévue par l'art. L622-4 pour l'aide au séjour est pleinement applicable²³⁶.

En ce qui concerne l'aide à la circulation et plus précisément le transport de personnes depuis la France, le tribunal souligna que cette aide « *n'était que le préalable indispensable à l'aide*

²²⁶ Corr. Nice (6^e ch.), 10 février 2017, n° 534/2017, pp. 4 et 13

²²⁷ *Ibid.*, p. 5

²²⁸ *Ibid.*, p. 6

²²⁹ *Ibid.*, p. 12

²³⁰ Corr. Nice (7^e ch.), 06 janvier 2017, n° 85/17, p. 2

²³¹ *Ibid.*, p. 3

²³² *Ibid.*, p. 4

²³³ *Ibid.*, p. 5

²³⁴ Corr. Nice (6^e ch.), 10 février 2017, *op. cit.*, p. 15

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*, p. 17

au séjour » et considéra que l’immunité pénale de l’art. L622-4 s’appliquait également dans ce cas²³⁷. En revanche, pour le transport depuis l’Italie, en d’autres termes l’aide à l’entrée, M. Herrou n’ayant fourni aucune preuve du danger que risquait les migrants, il a donc facilité leurs entrées en France et ne peut donc se prévaloir de l’immunité de l’art. L622-4 puisqu’il est à l’origine de la situation²³⁸. Il fut condamné à une amende de 3000 € avec sursis²³⁹. Il fut relaxé pour les autres poursuites dont l’occupation d’un bâtiment appartenant à la SNCF.

Pour M. Mannoni, le tribunal correctionnel de Nice estima que pour l’aide au séjour, le prévenu avait agi « *dans le but de préserver la dignité et l’intégrité physique* » des trois érythréennes et était donc le champ d’application de l’immunité prévue par l’art. L622-4²⁴⁰. En ce qui concerne l’aide à la circulation, à l’instar du jugement pour Cédric Herrou, le tribunal précisa que l’aide à la circulation n’était que « *le préalable indispensable à l’aide au séjour* » débouchant ainsi sur une immunité pénale²⁴¹. Pierre-Alain Mannoni fut donc relaxé²⁴².

Le Parquet fit appel des deux jugements²⁴³. En ce qui concerne Cédric Herrou, la Cour d’Appel d’Aix En Provence a étonnamment estimé que la clause humanitaire prévue par l’art. L622-4 s’appliquait également à l’aide à l’entrée et à la circulation²⁴⁴. Tout en reconnaissant l’absence de contrepartie directe ou indirecte, la Cour d’Appel a jugé qu’agir « *selon sa conscience et ses valeurs* » n’était pas prévu par la liste des comportements énumérés par l’immunité²⁴⁵. La Cour d’Appel reforma le jugement rendu en 1^{ère} instance et condamna M. Herrou à une peine de quatre mois de prison avec sursis pour aide à l’entrée, à la circulation et au séjour et pour l’occupation illicite du bâtiment de la SNCF²⁴⁶.

Pour M. Mannoni, la Cour d’Appel d’Aix en Provence estima aussi que la clause humanitaire de l’art. L622-4 s’appliquait à l’aide à l’entrée et à la circulation et qu’il n’y avait pas de contrepartie directe ou indirecte dans son chef²⁴⁷. Elle ajoute qu’aucun examen médical n’a été réalisé pour prouver le mauvais état de santé des Erythréennes. La Cour conclut donc à l’absence d’atteinte à l’intégrité physique²⁴⁸. C’est pourquoi, selon la Cour, M. Mannoni ne peut se prévaloir d’aucun cas de figure prévu par l’article L622-4. Il fut donc condamné pour aide à la circulation et au séjour à deux mois de prison avec sursis.

²³⁷ *Ibid.*, p. 18

²³⁸ *Ibid.*, p. 19

²³⁹ *Ibid.*, p. 22

²⁴⁰ Corr. Nice (7^e ch.), 06 janvier 2017, *op. cit.*, p. 7

²⁴¹ *Ibid.*, p. 8

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Pour l’affaire concernant M. Herrou, la SNCF avait également fait appel du jugement rendu en 1^{ère} instance.

²⁴⁴ C. Appel Aix en Provence (13^e ch.), 08 août 2017, n° 2017/568, p. 8

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 10

²⁴⁷ C. Appel Aix en Provence (13^e ch.), 11 septembre 2017, n° 2017/628, p. 6

²⁴⁸ *Ibid.*

3) *L'arrêt du Conseil constitutionnel*

MM. Herrou et Mannoni ont tous deux formé un pourvoi en cassation à l'issue duquel a été posée la même question prioritaire de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel²⁴⁹. Les requérants estimaient que la clause humanitaire prévue par l'art. L622-4 3° était contraire aux principes de fraternité, d'égalité devant la loi, de nécessité, de proportionnalité et de légalité des délits et des peines pour les raisons suivantes: cette immunité ne concerne que l'aide au séjour et non l'aide à l'entrée ou à la circulation et l'immunité s'applique à une liste de comportements précis et non à « *à tout acte purement humanitaire n'ayant donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte* » contribuant ainsi à un flou en ce qui concerne la portée de cette immunité²⁵⁰. C'est pourquoi, l'objet de cet arrêt du Conseil constitutionnel a été de statuer sur l'étendue de l'application de l'art. 622-4 3° du CESEDA²⁵¹.

Le Conseil constitutionnel rappela que la fraternité consistait également à aider une personne « *dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* »²⁵². Le Conseil précisa tout de même, à l'instar de la CEDH dans l'arrêt *Mallah*, que lutter contre l'immigration irrégulière pour préserver l'ordre public est également un objectif constitutionnel²⁵³. Il faut donc un juste équilibre entre les deux principes²⁵⁴.

Le Conseil s'attarda sur la portée de l'expression « *aide au séjour* ». Les sages précisèrent que si l'aide à l'entrée entraîne automatique une situation illicite, tel n'était pas le cas pour l'aide à la circulation qui peut être fournie pour une raison humanitaire et être le préalable d'une aide au séjour²⁵⁵. Le Conseil déclara donc « *les mots « au séjour irrégulier » contraires à la constitution* ». Ensuite, en ce qui concerne la portée des comportements couverts par la clause humanitaire, le Conseil mit en avant le passage « *toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci* » pour affirmer que pour être conforme au principe de fraternité, le passage doit être interprété comme devant s'appliquer « *à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire* »²⁵⁶ afin qu'il y ait un équilibre entre le principe de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public²⁵⁷.

Quant aux principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines, le Conseil déclara que la disposition en question était précise écartant ainsi le grief de la légalité. Il ajouta qu'à la suite de son interprétation de la clause humanitaire qui s'applique désormais à tout acte humanitaire, le principe de légalité et de proportionnalité des peines est respecté²⁵⁸.

Le Conseil constitutionnel conclut à l'inconstitutionnalité de la clause humanitaire prévue par L622-4 3° et précisa que cette clause s'applique dorénavant « *également aux actes tendant à*

²⁴⁹ En Belgique, l'équivalent d'une QPC est une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle. A la différence de la France, la Cour constitutionnelle belge ne peut pas annuler une norme déclarée contraire à la constitution : <https://www.vie-publique.fr/actualite/faq-citoyens/qpc/>

²⁵⁰ C.C., 6 juillet 2018, n° 2018-717/718, § 5

²⁵¹ *Ibid.*, § 6

²⁵² *Ibid.*, § 8

²⁵³ *Ibid.*, § 9

²⁵⁴ *Ibid.*, § 10

²⁵⁵ *Ibid.*, § 13

²⁵⁶ *Ibid.*, § 14

²⁵⁷ *Ibid.*, § 15

²⁵⁸ *Ibid.*, § 20

faciliter ou à tenter de faciliter, hormis l'entrée sur le territoire, la circulation constituant l'accessoire du séjour d'un étranger en situation irrégulière en France lorsque ces actes sont réalisés dans un but humanitaire. »²⁵⁹.

Par conséquent, la Cour de cassation annula la condamnation de M. Herrou et renvoya l'affaire devant la Cour d'Appel de Lyon²⁶⁰.

a) Critique : le principe de fraternité a ses limites

En premier lieu, on remarque l'absence de prise en compte par le Conseil Constitutionnel du droit européen. A l'instar de la Cour EDH avec l'arrêt *Mallah*, le Conseil constitutionnel légitime l'incrimination par la préservation de l'équilibre entre l'ordre public et l'aide humanitaire et ne mentionne aucun texte européen. Il ne remet donc pas en cause la transposition française alors que cette dernière ne prend pas en compte la référence au « *but lucratif* » prescrite par la directive dans sa définition²⁶¹.

De plus, le Conseil constitutionnel a clairement fait la distinction entre l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour lorsqu'il s'agit d'appliquer la clause humanitaire : alors que la circulation et le séjour sont désormais exemptés de toutes sanctions si on agit dans un but humanitaire, l'aide à l'entrée reste punissable dans tous les cas. Cette position est assez paradoxale puisque le Conseil Constitutionnel proclame un principe de fraternité mais force est de constater que ce principe s'arrête aux frontières. Cela est d'autant plus regrettable car la directive permet d'instaurer une clause humanitaire en cas d'aide à l'entrée²⁶². C'est d'ailleurs pourquoi certains observateurs n'hésitent pas à parler de « *sacralisation de la frontière* »²⁶³.

Enfin, outre l'extension de l'immunité à l'aide à la circulation, le Conseil Constitutionnel a étendu la portée de l'immunité pour les actes « *à portée humanitaire* » sans donner plus de précisions²⁶⁴. Cette position nous rappelle la première version de la loi belge qui ne sanctionnait pas les aides si elles étaient réalisées dans un but purement humanitaire ce qui a eu pour conséquence l'augmentation des condamnations et poussa le législateur à modifier la loi²⁶⁵. L'enjeu principal sera de savoir si une démarche militante mise en avant par les requérants comme justification de leurs actions correspond à des actes purement humanitaire²⁶⁶.

4) *La nouvelle loi sur l'asile et l'immigration du 10 septembre 2018 : l'avenir est incertain*

Entre-temps, un projet de loi « *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie* » a été déposé afin de réduire les délais des procédures d'asile, lutter

²⁵⁹ *Ibid.*, § 24

²⁶⁰ Cass. (Ch. criminelle), 12 décembre 2018, n°2923

²⁶¹ C. SAAS, « Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité », Recueil Dalloz, 2018 p. 1894

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ V. TCHEN, « la fraternité en droit des étrangers : un principe qui manquait », AJDA, 2018, p. 1786

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Voir pages 27 et 28 de ce travail.

²⁶⁶ C. SAAS, « Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité », *op. cit.*

efficacement contre l'immigration irrégulière ou encore améliorer les conditions d'accueil des étrangers²⁶⁷. A l'origine, le projet de loi ne contenait aucune disposition relative au délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour²⁶⁸. C'est pourquoi la CNCDH dans son avis sur le projet de loi conseilla d'appliquer le principe de fraternité et de se conformer au droit européen pour ne sanctionner que les personnes qui agissaient avec un but lucratif et proposa par conséquent d'abandonner les différentes immunités prévues par l'art. L622-4 puisqu'elles ne seraient plus utiles²⁶⁹.

Se basant sur cet avis de la CNCDH²⁷⁰, une modification du projet fut réalisée par l'Assemblée Nationale. Cette nouvelle version du projet étendit la clause humanitaire de l'aide au séjour à l'aide à la circulation en ajoutant dans les comportements immunisés « *les conseils et l'accompagnement, notamment juridiques, linguistiques ou sociaux* » et « *sauf si l'acte a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte ou a été accompli dans un but lucratif* »²⁷¹. Le Sénat adopta une position ferme en annulant cette modification²⁷². Il justifia sa position par « *l'utilité bien démontrée du délit d'aide à l'entrée dans la lutte contre les filières d'immigration clandestine* »²⁷³.

À la suite de l'arrêt du Conseil Constitutionnel, les débats parlementaires ont repris sur la question de l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour²⁷⁴. La décision des Sages laissa une

²⁶⁷ Exposé des motifs de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=433B0A33045FD17C2E1E6EEE7491A588.tplgfr33s_2?idDocument=JORFDOLE000036629528&type=expose&typeLoi=&legislature=15 (Consulté le 5 avril 2019)

²⁶⁸ Projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=433B0A33045FD17C2E1E6EEE7491A588.tplgfr33s_2?idDocument=JORFDOLE000036629528&type=contenu&id=2&typeLoi=&legislature=15 (Consulté le 05 avril 2019)

²⁶⁹ Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur le projet de loi « pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif » tel qu'adopté par le Conseil des ministres le 21 février 2018 - adoption à l'unanimité, *JORF*, n° 0105 du 6 mai 2018, point 168. En 2017, dans un communiqué intitulé « *Mettre fin au délit de solidarité* », la Commission appelait déjà à une réforme de la loi (p. 9) car l'immunité prévue par la loi du 31 décembre 2012 laissait une grande marge de manœuvre aux tribunaux pour apprécier le champ d'application de l'immunité ce qui aboutissait à des condamnations pour de simples actions de solidarité (p. 5-6). En outre, elle estime que la loi française est contraire à la directive 2002/90 car la transposition est plus sévère que le texte européen (p. 7).

²⁷⁰ Avis fait au nom de la commission des affaires sociales de Mme Fiona LAZAAR, *Doc. parl.*, Assemblée Nationale, n° 815 du 27 mars 2018 pp. 40-42

²⁷¹ Art. 19 ter du projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, n°112 du 22 avril 2018, p. 34

²⁷² Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie par M. François-Noël Buffet, *Doc. parl.*, Sénat, n° 552 du 6 juin 2018, p. 238

²⁷³ *Ibid.*, p. 237

²⁷⁴ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, en nouvelle lecture, sur le projet de loi, modifié par le sénat après engagement de la procédure accélérée, pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie par Mme Elise Fajgeles, *Doc. parl.*, Assemblée Nationale, n° 1173 du 18 juillet 2018, pp. 109-114

grande marge de manœuvre au pouvoir législatif pour remédier à l'inconstitutionnalité²⁷⁵. La modification initiale de l'Assemblée Nationale fut rétablie. Ainsi, l'immunité prévue par l'aide au séjour fut étendue à l'aide à la circulation²⁷⁶ ainsi qu'à « *tout autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire* »²⁷⁷. Cependant, toujours dans la lignée de l'arrêt du Conseil Constitutionnel, l'aide à l'entrée ne profita pas de cette extension (bien qu'un amendement ait été proposé en ce sens) car la fermeté face aux passeurs ainsi que la décision du Conseil Constitutionnel s'y opposent²⁷⁸.

Les modifications furent adoptées et aboutirent à la clause humanitaire qui est en vigueur actuellement : l'aide au séjour ou à la circulation n'est pas sanctionnée « *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* »²⁷⁹.

V.- LA SOLIDARITÉ RÉPRIMÉE PAR D'AUTRES MOYENS

Si le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour peut constituer un moyen direct pour réprimer la solidarité. D'autres pratiques indirectes peuvent également mettre un frein à la solidarité. C'est le cas en mer méditerranée où les ONG ont de plus en de mal à effectuer des opérations de sauvetage et sont mêmes accusées de faire le jeu des passeurs²⁸⁰. Nous avons

²⁷⁵ C.C., 6 juillet 2018, n° 2018-717/718, § 23 : « *Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement. Il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée.* »

²⁷⁶ Amendement n° 472 du 21 juillet 2018 (immigration et droit d'asile)

²⁷⁷ Amendement n° 479 du 21 juillet 2018 (immigration et droit d'asile)

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ Art. L622-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

²⁸⁰ Mateo Salvini, ministre de l'intérieur Italie, Christophe Castaner, ministre de l'intérieur français, Emmanuel Macron, président de la république française ont au moins un point commun : ils ont tous accusés les ONG qui opèrent en mer méditerranée de complicité avec les passeurs . Une thèse également relayée par le groupuscule d'extrême droite Génération Identitaire .

Le ministre de l'intérieur français a développé son constat en affirmant qu'il se basait sur des rapports de Frontex dont notamment le rapport de 2017 que nous avons déjà mentionné qui affirmait que la présence des navires de sauvetage incitait les passeurs à envoyer encore plus de personnes en mer . Cependant, comme nous l'avons vu, l'UE participe également aux opérations de sauvetage via ses opérations maritimes ce qui ferait d'elle également une complice des passeurs...

De plus, on apprend grâce à une enquête réalisée par *FranceInfo* qu'en mer méditerranée, les migrants piégés sur un bateau peuvent appeler un numéro de téléphone satellitaire qui est géré par un pays côtier comme l'Italie par exemple et à partir duquel les opérations de sauvetage sont préparées. Il est donc important de noter que c'est l'autorité étatique en charge des opérations de sauvetage qui coordonne les opérations et non les ONG. Il ne peut donc pas être question de collusion ou de complicité avec les passeurs.

Enfin, aucune preuve concrète n'a été présentée par les autorités françaises ou italiennes pour étayer leurs accusations (Sources : A. BERDAH, « Lifeline : Macron accuse l'ONG de «faire le jeu des passeurs» », *Le Figaro*, 27 juin 2018, op.cit.; LCI.FR, « Migrants en Méditerranée : Castaner rejoint Salvini en estimant que les ONG "ont pu se faire complices" des passeurs », 05 avril 2019, disponible sur <https://www.lci.fr/politique/migrants-en-mediterranee-castaner-rejoint-salvini-en-estimant-que-les-ong-ont-pu-se-faire-complices-des-passeurs-2117558.html> (Consulté le 18 avril 2019) ; FRANCETVINFO.FR, « ONG comparées à des "complices des passeurs" : Génération identitaire nomme Christophe Castaner "adhérent

mentionné dans la première partie de ce travail le navire *L'Aquarius* affrété par SOS Méditerranée et Médecins sans Frontières qui a cessé ses activités depuis la perte de son pavillon panaméen en raison de la pression politique italienne sur le Panama²⁸¹.

En Belgique, ces derniers mois, c'est surtout la pression policière qui tente de dissuader les citoyens solidaires. Outre le procès des hébergeurs, des personnes sont perquisitionnées et interrogées par la police pour avoir simplement hébergé des migrants²⁸². Un collectif dénommé *Solidarity is not a crime* a même vu le jour pour dénoncer cette criminalisation de la solidarité²⁸³.

En France, le GISTI rapporte différentes pratiques indirectes de dissuasion qui entravent les actions solidaires envers les migrants. A Calais, notamment, la distribution de nourriture aux migrants fut interdite par la maire²⁸⁴ ; des douches que le Secours Catholiques avaient installées ont été interdites et des migrants s'y rendant ont été arrêtés²⁸⁵. Lors de la présence de la jungle de Calais, de nombreuses contraventions ont été rédigées pour dissuader les personnes de se

d'honneur" », 08 avril 2019, disponible sur https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/migrants/aquarius/ong-comparees-a-des-complices-des-passeurs-generation-identitaire-nomme-christophe-castaner-adherent-d-honneur_3271467.html (Consulté le 18 avril 2019) ; FRONTTEX, Risk Analysis for 2017, op. cit., p. 32 ; B. Zagdoun, « Des ONG sont-elles "complices des passeurs" de migrants en Méditerranée, comme l'assure Christophe Castaner ? », FranceInfo, 10 avril 2019, disponible sur https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/nauffrage-a-lampedusa/des-ong-sont-elles-complices-des-passeurs-de-migrants-en-mediterranee-comme-l-assure-christophe-castaner_3271135.html (Consulté le 18 avril 2019)).

²⁸¹ RTBF.be, « Migrants en Méditerranée: MSF annonce la fin des activités de l'Aquarius, son navire humanitaire », 07 décembre 2018, disponible sur https://www.rtbf.be/info/monde/detail_migrants-en-mediterranee-msf-annonce-la-fin-des-activites-de-l-aquarius-son-navire-humanitaire?id=10091289 (Consulté le 15 avril 2019) ; Quelques temps plus tard, ce fut le tour du navire Open Arms utilisé par l'ONG barcelonaise Pro Activa d'être interdit de navigation en mer méditerranée pour violation des règles de sauvetage en mer d'après les autorités portuaires espagnoles. D'autres ONG ont également vu leurs navires saisis ou faire l'objet d'enquêtes administratives mettant ainsi fin à leurs opérations de sauvetage en mer. (Sources : TRIBUNEDEGENEVE.CH, « Madrid bloque l'ONG de sauvetage des migrants », 14 janvier 2019, disponible sur <https://www.tdg.ch/monde/Madrid-bloque-l-ONG-de-sauvetage-des-migrants/story/14722702> (Consulté le 16 avril 2019) ; L. SERRANO-CONDE, « La mer Méditerranée vidée de ses bateaux de secours aux migrants », Euractiv, 05 février 2019, disponible sur <https://www.euractiv.fr/section/all/news/la-mer-mediterranee-videe-de-ses-bateaux-de-secours-aux-migrants/> (Consulté le 16 avril 2019))

²⁸² G. DE BOCK, « "Moi, Dounia, hébergeuse de migrants, arrêtée, menottée, emprisonnée..." », *Moustique*, 09 novembre 2018, disponible sur <https://www.moustique.be/22244/moi-dounia-hebergeuse-de-migrants-arretee-menotee-emprisonnee> (Consulté le 16 avril 2019) ; Un projet de loi avait même été déposé par le gouvernement afin d'effectuer des visites domiciliaires sous la supervision d'un juge d'instruction pour arrêter des migrants. Cependant ce projet a suscité la division en Belgique, alors que la Flandre était en faveur des visites domiciliaires, la Belgique francophone s'y opposait. Résultat, le projet a été abandonné par l'exécutif belge (Sources : A. DELPIERRE, « Visites domiciliaires : que dit le projet de loi ? », RTBF, 01 février 2018, disponible sur https://www.rtbf.be/info/belgique/detail_visites-domiciliaires-que-dit-le-projet-de-loi?id=9828181 (Consulté le 16 avril 2019) ; T. QUACH, « Baromètre politique: 7 Flamands sur 10 en faveur des visites domiciliaires », RTBF, 26 mars 2018, disponible sur https://www.rtbf.be/info/dossier/barometre-politique/detail_barometre-politique-7-flamands-sur-10-en-faveur-des-visites-domiciliaires?id=9877065 (Consulté le 16 avril 2019) ; C. BK., « Le projet de loi sur les visites domiciliaires est de facto enterré », *Le Soir*, 03 septembre 2018, disponible sur <https://www.lesoir.be/176366/article/2018-09-03/le-projet-de-loi-sur-les-visites-domiciliaires-est-de-facto-entere> (Consulté le 16 avril 2019))

²⁸³ Site web du collectif : <https://solidarityisnotacrime.org/> (Consulté le 16 avril 2019)

²⁸⁴ GISTI.ORG, « Calais, mars 2017 : Interdiction de la distribution de repas aux exilés », disponible sur <https://www.gisti.org/spip.php?article5648> (Consulté le 18 avril 2019)

²⁸⁵ GISTI.ORG, « Douches du secours catholique à Calais, février-mars 2017 : blocages de l'entrée, arrestations, intimidations », disponible sur <https://www.gisti.org/spip.php?article5634> (Consulté le 18 avril 2019)

garer à proximité du site²⁸⁶. Un autre cas illustratif de ces pratiques indirectes fut la menace de licenciement pesant sur une éducatrice qui avait dénoncé les mauvaises conditions de traitement de mineurs étrangers²⁸⁷.

VI.- CONCLUSION

L'objet de ce travail était de savoir si l'aide humanitaire envers les migrants est autorisée en Belgique et en France. A la suite des développements, nous pouvons conclure que la réponse est différente selon les pays.

En Belgique, on peut clairement affirmer que l'aide humanitaire envers les migrants est autorisée. La clause humanitaire, qui est totale puisqu'elle vise tant l'aide à la circulation que l'aide à l'entrée ou au séjour et dont le libellé est large car elle permet de protéger toutes les personnes ou ONG qui interviennent pour des raisons principalement et non exclusivement humanitaires, permet d'éviter d'être sanctionné pénalement pour avoir aidé à titre humanitaire des migrants. Cette clause humanitaire belge s'est d'ailleurs avérée très efficace puisque aucune condamnation pour aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour de citoyens solidaires n'a été enregistrée et le récent procès des hébergeurs qui s'est soldé par un acquittement pour les quatre prévenus qui hébergeaient des migrants illustre une fois de plus la protection jurisprudentielle et législative entourant l'aide humanitaire.

En France, la persistance des condamnations de citoyens solidaires malgré de nombreuses réformes législatives témoigne de l'importance d'une protection législative. Il faudra attendre que le Conseil Constitutionnel érige le principe de fraternité en principe constitutionnel pour voir l'aide à la circulation bénéficier de la même protection que l'aide au séjour. Hélas, bien que ce principe de fraternité semble être protecteur, il ne dépassera pas la frontière française car il faut rappeler que le Conseil Constitutionnel n'a pas étendu la clause humanitaire à l'aide à l'entrée ce qui est assez paradoxal au sein d'une Europe où la libre circulation des personnes est un pilier fondamental. Le législateur français pour sa part ratera l'occasion de rectifier le tir puisqu'il n'a pas non plus élargi la clause humanitaire à l'aide à l'entrée.

Par ailleurs, cette nouvelle clause risque de rencontrer les mêmes problèmes que l'ancienne clause humanitaire belge qui n'exemptait que les actes réalisés dans un but purement humanitaire ; cela avait débouché sur une augmentation des condamnations. C'est pourquoi, nous pouvons affirmer que l'aide humanitaire envers les migrants risque encore d'être sanctionnée en France donnant ainsi une légitimité à l'utilisation de l'expression « délit de solidarité ».

Outre la France, il ne faut pas oublier l'Union Européenne et la Cour européenne des droits de l'homme qui ne sont pas exempt de reproches. D'une part, il est regrettable que l'UE n'ait pas adopté une clause humanitaire obligatoire dans sa directive. Par conséquent, elle permet indirectement la répression de l'aide humanitaire. Le compromis trouvé entre les Etats

²⁸⁶ GISTI.ORG, « Octobre 2015 - juin 2016 : une centaine de contraventions pour dissuader la solidarité dans la jungle de Calais », disponible sur <https://www.gisti.org/spip.php?article5623> (Consulté le 18 avril 2019)

²⁸⁷ GISTI.ORG, « Janvier 2017 : une éducatrice menacée de licenciement pour solidarité avec les mineurs isolés étrangers », disponible sur <https://www.gisti.org/spip.php?article5631> (Consulté le 18 avril 2019)

Membres pour adopter la directive illustre à regret l'inefficacité de l'UE dans certains domaines. Il n'est donc pas étonnant que plus de 10 ans plus tard, toujours en matière de migration, les Etats Membres n'aient pas été solidaires avec l'Italie ou la Grèce pour prendre charge une partie des migrants. D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas vraiment été inspirée en validant purement et simplement le délit français sans même prendre en compte les textes européens dans son analyse.

Néanmoins, on sait que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme évolue, il n'est donc pas impossible que dans les années qui suivent, la Cour s'éloigne des conclusions de l'arrêt *Mallah*. Il serait tentant également de tirer la même conclusion pour la directive et espérer ainsi une révision du texte européen et de la clause humanitaire mais la Commission européenne dans son évaluation REFIT a balayé toute hypothèse de révision.

Enfin, n'oublions pas l'origine trouble de cette disposition car pour rappel, le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour est né dans un contexte antisémite juste avant le début de la seconde guerre mondiale. La Belgique a su réparer cette erreur en adoptant une clause humanitaire totale. Malheureusement, la France n'a toujours pas effacé cette page sombre ce qui espérons n'aura pas pour conséquence que l'histoire se répète...