

Projet d'Avis de la CNCDH
sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers
Assemblée plénière 19 novembre 2009

1. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) souhaite apporter sa contribution et son éclairage à la réflexion sur la question de l'aide aux étrangers en situation irrégulière. Consciente des responsabilités qui lui sont confiées en matière de protection des droits de l'homme, que le Premier ministre a d'ailleurs rappelées lors de son discours du 21 juillet 2009¹, la CNCDH ne pouvait que se saisir de cette question sur laquelle elle a d'ailleurs déjà eu l'occasion, par le passé, de rendre des avis². Ce débat récurrent qui traverse largement la société française, et qui a été ouvert au printemps au Parlement³, s'inscrit dans un contexte de pressions et de craintes dénoncé par de nombreux acteurs de la société civile, qu'ils soient membres d'une association ou personnes physiques, françaises ou étrangères. La CNCDH prend acte de l'initiative prise par le ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire de créer un groupe de travail avec les associations humanitaires et de défense des droits de l'homme sur un projet de réforme des dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) portant sur l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers.

2. La CNCDH rappelle que la Déclaration des Nations Unies du 9 décembre 1998 sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus prévoit dans son article 1^{er} que « *chacun a le droit, individuellement ou en association avec d'autres, de promouvoir la protection et la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux niveaux national et international* »⁴; « *chacun* » faisant référence aux « individus, groupes et associations »⁵. La Déclaration donne, en outre, le droit à chacun « *d'être efficacement protégé par la législation nationale quand il réagit par des moyens pacifiques contre des activités et actes, y compris ceux résultant d'omissions, imputables à l'État et ayant entraîné des violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁶.

La France a également souscrit aux Lignes directrices de l'Union européenne adoptées le 15 juin 2004 dites « orientations de l'Union européenne concernant les défenseurs des droits de

¹ « [...] Au regard de son impartialité et de la rigueur de ses travaux, je veux vous dire que je suis partisan d'augmenter les saisines de votre commission sur les projets gouvernementaux touchant aux droits de l'homme, aux droits fondamentaux et aux libertés publiques [...] », discours disponible sur <http://www.blog-fillon.com/article-34128408.html>

² Avis relatif aux mesures antiterroristes et à la législation sur les étrangers, 19 décembre 1995 ; Avis sur le projet de loi portant diverses dispositions sur l'immigration, 14 novembre 1996 ; Avis portant sur l'assistance aux étrangers (Article 10 bis du projet de loi relatif à l'entrée et au séjour des étrangers et à l'asile), 26 mars 1998 ; Avis sur l'asile en France et réponse du gouvernement, 6 juillet 2001 ; Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France, 15 mai 2003, textes disponibles sur <http://www.cncdh.fr/>

³ Proposition de loi n°1542 visant à supprimer le « délit de solidarité », déposée à l'Assemblée nationale le 18 mars 2009 (proposition de loi rejetée en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 5 mai 2009) ; Rapport n°1600 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°1542) visant à supprimer le « délit de solidarité », déposé le 8 avril 2009 ; Proposition de loi n°291 tendant à exclure les bénévoles et les associations du champ d'application du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers des étrangers en France, déposée au Sénat le 18 mars 2009 ; Proposition de loi n°341 visant à supprimer le « délit de solidarité », déposée au Sénat le 8 avril 2009.

⁴ Déclaration des Nations Unies sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus, Résolution 53/144 de l'Assemblée générale des Nations Unies 9 décembre 1998, disponible sur http://www2.ohchr.org/english/issues/defenders/docs/declaration/declaration_fr.pdf

⁵ Préambule de la Déclaration des Nations Unies, *id.*

⁶ Article 12 alinéa 3, Déclaration des Nations Unies, *id.*

l'homme »⁷ qui s'appliquent dans ses relations avec les pays tiers, ainsi que dans les enceintes multilatérales. Ce texte vise à « appuyer et renforcer les efforts [de l'Union] [...] pour promouvoir et encourager le respect du droit à défendre les droits de l'homme » et prévoit à ce titre des « interventions de l'Union en faveur des défenseurs des droits de l'homme qui sont menacés et proposent des moyens concrets de les soutenir et de leur prêter assistance ». Les défenseurs des droits de l'homme y sont définis comme « des individus, groupes ou organes de la société qui promeuvent et protègent les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus. [Ils] s'emploient à promouvoir et à protéger les droits civils et politiques et à promouvoir, à protéger et à mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels »⁸. Malgré la portée diplomatique des lignes directrices, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a appelé, le 28 avril 2009, les Etats membres de l'Union européenne à « appliquer les principes contenus dans ces orientations sur leur propre territoire »⁹. La CNCDH salue l'engagement de la France en faveur de la protection des défenseurs des droits de l'homme partout dans le monde. Elle souligne cependant la contradiction entre ces principes internationaux et la législation française en la matière.

3. En effet, l'article L622-1 qui incrimine « 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 » revêt, en raison des cas visés (« aide indirecte ») et des termes vagues utilisés (« faciliter le séjour »), un caractère extrêmement large qui peut couvrir des cas de personnes cherchant simplement « à promouvoir et à protéger les droits civils et politiques et à promouvoir, à protéger et à mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels »¹⁰. Comme toute personne déplacée, coupée de son environnement, l'étranger qui fuit son pays d'origine peut se trouver sur le territoire français en état de dénuement, sans moyens d'existence ou sans toit, sans savoir à quelle porte frapper, vulnérable à toute pression, incapable de réclamer ses droits. Toutes les personnes qui s'offrent alors à l'aider, qui l'accueillent, et qui souvent l'accompagnent dans les démarches lui permettant d'accéder à ses droits, agissent comme défenseurs des droits de l'homme. Il en est ainsi qu'il s'agisse d'une démarche individuelle de solidarité, quelle que soit la nationalité de son auteur, ou de l'activité des associations dont l'objet social est l'accueil des personnes démunies ou des étrangers. Toutes ces personnes ont vocation à bénéficier de la protection dont bénéficient les défenseurs des droits de l'homme, en vertu des engagements internationaux consentis par notre pays. Face à cela, le texte actuel de l'article L622-1 présente une grande ambiguïté. Il incrimine en termes très généraux toute aide, directe ou indirecte, qui faciliterait l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers. S'il est interprété littéralement, il transforme tout aidant de bonne foi en suspect et l'oblige éventuellement à fournir la preuve que l'aide qu'il croit devoir apporter n'est pas lucrative ou inspirée par des objectifs contraires aux lois de notre pays. Or, il n'est pas en France nécessaire d'être autorisé par la loi pour aider son prochain ou manifester sa solidarité au nom des droits de l'homme.

4. L'article L622-4 prévoit certes des immunités pour « 1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et soeurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux

⁷ Garantir la protection – Orientation de l'Union européenne concernant les Défenseurs des Droits de l'Homme, 16332/1/08 REV 1, Bruxelles juin 2004, disponible sur <http://www.consilium.europa.eu>

⁸ Sont exclus de cette catégorie les individus ou groupes qui commettent des actes de violence ou propagent la violence.

⁹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1660 (2009), Situation des défenseurs des droits de l'homme dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, disponible sur <http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta09/fres1660.htm>

¹⁰ Garantir la protection – Orientation de l'Union européenne concernant les Défenseurs des Droits de l'Homme, *Ibid.*

sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ; 2° Du conjoint de l'étranger, sauf si les époux sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ; 3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte ». Ainsi, l'infraction est érigée en principe, et l'immunité en exception et alors que l'incrimination punit l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, l'immunité ne concerne que l'aide au séjour. Si la personne qui apporte une aide n'a aucun lien familial avec l'étranger, elle entre dans la troisième catégorie qui prévoit une double condition particulièrement restrictive et sujette à interprétation pour accorder l'immunité : l'étranger doit être dans une situation de danger actuel ou imminent, et l'aide apportée doit être nécessaire à la sauvegarde de sa vie ou de son intégrité physique. Deux exceptions limitent, de surcroît, le champ de cette immunité qui tiennent d'une part, à l'existence d'une disproportion entre les moyens employés pour protéger la personne du danger qui la menace et la gravité réelle de ce danger, et d'autre part, à l'existence d'une contrepartie directe ou indirecte, qu'elle soit financière ou de toute autre nature.

L'immunité prévue au paragraphe 3 de l'article L622-4 est beaucoup trop étroite pour couvrir les actions qu'implique la défense des droits de l'homme et devrait à tout le moins reprendre l'idée, incluse dans les textes européens¹¹, que sont exclues de l'incrimination les actions sans but lucratif.

5. Par ailleurs, l'article L622-5 du CESEDA prévoit des peines aggravées lorsque les infractions prévues à l'article L622-1 sont commises selon certaines circonstances aggravantes, notamment en bande organisée. La CNCDH avait déjà mis en évidence le risque inhérent à cette notion qui *« permet de traiter de la même manière un réseau comme une famille ce qui n'est pas sans risque de détournement de l'esprit de ces mesures »*¹². Et ce, alors même que le Conseil constitutionnel, a considéré, à propos de l'article 706-73 nouveau du Code de procédure pénale, qu'il ressort des termes de cette disposition que *« le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée ne saurait concerner les organismes humanitaires d'aide aux étrangers ; que, de plus, s'applique à la qualification d'une telle infraction le principe énoncé à l'article 121-3 du même code, selon lequel il n'y a point de délit sans intention de le commettre »*¹³.

6. De cette contradiction juridique entre les principes internationaux auxquels la France a souscrits et sa loi nationale résulte une différence de traitement et de protection entre les défenseurs menacés dans les pays tiers, et ceux qui agissent en France. Bien plus, des Etats étrangers pourraient être tentés d'invoquer ce précédent pour durcir leur propre législation et remettre en cause la protection des défenseurs des droits de l'homme.

7. La France a certes l'obligation de transposer la directive européenne du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers qui demande aux Etats membres d'adopter 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*

¹¹ Voir ci-dessous paragraphe 7.

¹² *Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France*, 15 mai 2003, disponible sur <http://www.cncdh.fr/>

¹³ Conseil constitutionnel, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, § 18, Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004.

par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État relative à l'entrée ou au transit des étrangers; b) à l'encontre de quiconque aide sciemment, dans un but lucratif, une personne non ressortissante d'un État membre à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État relative au séjour des étrangers »¹⁴. Le paragraphe 2 du même article dispose que « Tout État membre peut décider de ne pas imposer de sanctions à l'égard du comportement défini au paragraphe 1, point a), en appliquant sa législation et sa pratique nationales, dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée »¹⁵. Ainsi, au regard du droit européen, l'aide au séjour, à la différence de l'aide à l'entrée et au transit, n'est punissable que si elle a été apportée dans un but lucratif, ce qui exclut *ex officio* les individus et associations qui apportent une aide désintéressée visant simplement à protéger et faire respecter les droits les plus essentiels des personnes en situation irrégulière, raison pour laquelle le paragraphe 2 de cet article ne prévoit la possibilité d'exclure l'aide humanitaire que pour ce qui concerne l'aide à l'entrée et au transit. La loi française fait indirectement référence au but lucratif lorsqu'elle prévoit des exceptions à l'immunité en mentionnant l'existence de « *contreparties directes ou indirectes* ». Cela procède donc d'une logique inversée et couvre un champ de « *contreparties* » bien plus large que des contreparties simplement lucratives. Par conséquent, en ne mentionnant pas le but lucratif dans la définition de l'incrimination, la transposition française de la directive va plus loin que ce qui est visé par le droit européen. Elle ne transpose d'ailleurs pas non plus la clause d'exclusion de l'aide humanitaire, ni, de façon explicite dans l'incrimination, le critère de la pleine et entière connaissance (« *sciemment* ») de la situation administrative de la personne aidée.

Le législateur français a pris acte, par le passé, de la nécessité d'inscrire dans la loi l'immunité pénale des « *associations à but non lucratif à vocation humanitaire lorsqu'elles apportent, conformément à leur objet, aide et assistance à un étranger séjournant irrégulièrement en France* »¹⁶. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel non pas sur le principe de l'immunité, mais en raison d'une méconnaissance de celui de légalité et de « *l'étendue de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution* »¹⁷, le législateur prévoyant en effet que les associations bénéficiant de l'immunité seraient inscrites sur une liste établie par le ministre de l'Intérieur.

8. Par conséquent, la législation française, en l'état actuel des textes, est non seulement en contradiction avec les principes internationaux, mais est également non conforme à la législation européenne. Elle n'est pas non plus en accord avec les principes constitutionnels de liberté, d'égalité et de fraternité, ce dernier faisant écho aux notions de solidarité et d'humanité, ni avec le principe de dignité humaine.

9. La pratique de l'accueil inconditionnel, dont de nombreuses associations se font une règle de fonctionnement, et qui mériterait d'être consacrée dans un texte de portée générale, est également indirectement remise en cause par ces dispositions du CESEDA dans la mesure où l'hébergement d'un étranger en situation irrégulière peut être considéré comme une aide au séjour au sens de l'article L622-1. La CNCDH avait déjà alerté le gouvernement sur « *le danger de voir être exposé à des sanctions pénales le simple fait d'accueillir un étranger chez soi, l'hébergeant*

¹⁴ Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier, article 1^{er} <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:328:0017:0018:FR:PDF>

¹⁵ Article 1^{er}, paragraphe 2, *id.*

¹⁶ Loi n°98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

¹⁷ Conseil constitutionnel, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, Décision n°98-399 DC du 5 mai 1998.

pouvant se voir accusé d'aide à une personne en situation irrégulière »¹⁸. L'exception prévue par l'alinéa 3 de l'article L622-4 ne couvre que les situations d'urgence. Or, la possibilité d'accueillir les personnes en détresse, sans considération d'urgence, sans limitation de durée, et sans avoir à faire une distinction entre les personnes selon leur situation administrative, devrait pouvoir être garantie. Cette pratique devrait être reconnue comme l'un des principes de la lutte contre les exclusions pour les personnes en difficulté, quelle que soit leur situation administrative.

10. La législation française autorise donc une interprétation extensive des textes, lesquels permettent d'une part, aux services de polices de mener une enquête et au Parquet d'engager des poursuites, et d'autre part, aux magistrats de prononcer des condamnations pénales contre des personnes apportant une aide désintéressée afin de faciliter l'exercice des droits fondamentaux de personnes en situation irrégulière, comme en attestent les nombreux événements portés à la connaissance de la CNCDH. De simples circulaires ou notes de services en direction des agents publics chargés de mettre en œuvre ces dispositions et appelant à leur interprétation « souple » à l'égard de ces défenseurs des droits de l'homme, agissant seuls ou dans un cadre associatif, ne suffisent pas à leur apporter les garanties minimales nécessaires à leur action¹⁹. En outre, la CNCDH déplore que les projets annuels de performances annexés au projet de loi de finances pour 2010 fixent un objectif chiffré d'interpellations de « *trafiquants et facilitateurs* » au sens de l'article L622-1 du CESEDA²⁰, chiffre qui s'élève à 5200 en 2010 puis 5500 en 2011.

11. Le fait que peu de personnes ayant apporté une aide désintéressée, au titre de leur association ou de leur propre chef, aient été condamnées sur cette base ne peut en soi justifier le maintien de ce dispositif mais, bien au contraire, militer pour sa suppression²¹. A ce jour, des individus font l'objet d'interpellations, de mises en garde à vue, de mises en examen, de poursuites ou de rappels à la loi, qui entretiennent un climat général d'intimidation et de pression sur tous ceux qui apportent une aide à des personnes en situation de détresse et sont de nature à nuire à l'image des associations auprès du public. De telles mesures conduisent à provoquer une forme d'autocensure de la part des citoyens et bénévoles associatifs, à entraver les actes de solidarité dans la société française, et contiennent en germe une invitation à des pratiques de délation qui se sont d'ailleurs concrétisées²².

12. Par ailleurs, s'il est indispensable de protéger les migrants contre les réseaux criminels de traite et d'exploitation d'êtres humains, la CNCDH souhaite rappeler qu'il existe déjà des dispositions dans le droit commun permettant de protéger les droits fondamentaux en punissant les actes de traite, d'exploitation, de violences ou encore d'extorsions de fonds.

¹⁸ *Avis sur le projet de loi portant diverses dispositions sur l'immigration*, 14 novembre 1996, disponible sur <http://www.cncdh.fr/>

¹⁹ Par exemple, circulaire d'application relative à la politique pénale en matière de lutte contre l'immigration irrégulière et le travail clandestin dans les ressorts des juridictions des départements et territoires d'outre-mer qui reconnaît que « *l'article L622-1 du CESEDA définit l'infraction d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier dans des termes très larges* », qui indique qu'« *en tout état de cause, la référence, dans le texte répressif, à la notion d' "aide directe ou indirecte" en permet une application étendue* » et qui rappelle la décision du Conseil constitutionnel qui précise que « *les infractions telles que prévues par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (désormais codifié L622-1) étaient définies dans des conditions qui permettraient au juge [...] de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire (Cons.Const., 16 juillet 1996, n°96-377 DC)* », CRIM-AP n°06-20/E1- 4 décembre 2006.

²⁰ Mission interministérielle, Projets annuels de performances, annexe au projet de loi de finances pour 2010, Immigration, asile, intégration.

²¹ La CNCDH a formulé une demande auprès du ministère de la Justice sur le nombre de condamnations prononcées ces cinq dernières années sur la base des articles L622-1 et L622-5 du CESEDA. Cette demande adressée au ministère le 7 octobre 2009 est, à ce jour, restée sans réponse.

²² La CNCDH a répertorié des cas de dénonciations aux services de police et de gendarmerie de personnes en situation irrégulière par des personnes dans le cadre de leur travail, à savoir par exemple un employé de banque, un employé de Pôle Emploi, ou une assistante sociale.

La CNCDH formule en conséquence les recommandations suivantes visant à guider les réflexions du gouvernement sur le projet de réforme du dispositif actuellement en vigueur :

1. En premier lieu, elle rappelle que la réforme du dispositif relève du domaine de la loi, et non du pouvoir réglementaire ou infra-réglementaire.
2. Elle recommande l'inversion de la logique du dispositif en vigueur pour que l'immunité soit le principe, et l'infraction l'exception.
3. En toute hypothèse, elle considère essentiel de clarifier la définition de l'incrimination afin de lever l'ambiguïté rédactionnelle du champ de l'incrimination et de celui des immunités.
4. A tout le moins, elle recommande d'étendre le champ des immunités et d'affirmer de manière explicite que n'est pas couverte par le champ de l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, l'aide désintéressée apportée aux étrangers en situation irrégulière, par une personne physique, qu'elle soit étrangère ou française, ou par une personne morale, notamment par les associations dont l'objet est d'assurer l'hébergement, l'aide alimentaire, l'accès aux soins, l'accès aux droits etc. et qui pratiquent l'accueil inconditionnel. La CNCDH a déjà recommandé à plusieurs reprises « *la nécessité de l'introduction dans les dispositions sur l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers de "la clause humanitaire" visant à immuniser pénalement ceux qui apportent une aide désintéressée aux étrangers en situation irrégulière* »²³. La CNCDH considère aujourd'hui que pour être en conformité avec les engagements internationaux de la France, il conviendrait d'inscrire en outre dans la loi que les exceptions prévues à l'article L622-4 alinéa 3 concernent l'ensemble des droits fondamentaux des personnes en situation irrégulière.

²³ Avis sur l'asile en France et réponse du gouvernement, 6 juillet 2001 ; Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France, 15 mai 2003, textes disponibles sur <http://www.cncdh.fr/>.