



## Lexbase La lettre juridique n°695 du 20 avril 2017

[Droit des étrangers] Le point sur...

### Délit de solidarité : actualité d'un délit d'une autre époque

N° Lexbase : N7658BWK



par *Serge Slama, Maître de conférences HDR en droit public à l'Université Paris Nanterre, CREDOF-CTAD UMR 7074*

La condamnation à une peine de 3000 euros avec sursis le 10 février 2017 par le tribunal correctionnel de Nice (TGI Nice, 10 février 2017, n° 16298000008) d'un agriculteur poursuivi pour avoir aidé des migrants à circuler dans la vallée franco-italienne de la Roya, peu après la relaxe d'une autre personne (TGI Nice, 6 janvier 2017 n° 16293000004), un chercheur au CNRS poursuivi pour avoir hébergé et transporté des migrants en détresse, ont relancé la polémique sur le délit d'aide à l'entrée, au séjour et à la circulation irréguliers sur le territoire français. Adopté en 1938, avant d'être repris à la Libération dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 (ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France N° Lexbase : L4788AGG), ce "délit de solidarité", selon la dénomination donnée par des associations pour le dénoncer, existe toujours aujourd'hui à l'article L. 622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (N° Lexbase : L8951IU3). Toutefois, depuis le milieu des années 1990, le champ des immunités familiales et humanitaires de l'article L. 622-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (N° Lexbase : L8952IU4) a été progressivement élargi sans pour autant mettre à l'abri toute personne qui, de manière désintéressée, apporte son aide à un étranger en situation irrégulière.

C'est dans le contexte très particulier de l'avant seconde Guerre Mondiale que le fait, "par aide directe ou indirecte d'avoir facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger", a été pénalisé pour la première fois en droit français. Inscrit à l'article 4 du décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers par le Gouvernement "Daladier", cette incrimination est reprise mot pour mot à la Libération par le Gouvernement provisoire de la République française, à l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Pour le peu qu'on connaisse des travaux préparatoires de ces textes, l'introduction de cette incrimination n'a donné lieu à aucun débat (1). Tout au plus le rapport au Gouvernement du décret-loi de 1938 indique-t-il qu'il s'agit de sanctionner "toutes les officines louches, tous les individus qui, gravitant autour des étrangers indésirables, font un trafic honteux de fausses pièces, de faux passeports". Ces dispositions ne sont pas non plus discutées dans les ouvrages juridiques de l'après seconde Guerre mondiale évoquant le droit des étrangers (2).

A plusieurs reprises, en 1972, en 1976 et en 1991, les sanctions encourues par les personnes qui aident à la circulation, au séjour, ou à la circulation irréguliers, sont agravées et des peines complémentaires introduites. A la lecture des

débats parlementaires, il apparaît, néanmoins, que le législateur a surtout entendu sanctionner les réseaux organisés (passeurs, transporteurs, employeurs, marchands de sommeil notamment), qui permettent aux étrangers d'entrer et de séjourner en France, de même que ceux qui, français ou étrangers, profitent, à des fins lucratives, de la situation des migrants, et non les personnes physiques ou morales qui, par humanité, leur apportent une aide désintéressée (3). De nos jours, une telle aide est passible de cinq ans de prison et 30 000 euros d'amende (C. entr. séj. étrang. et asile, art. L. 622-1) et même de dix ans de prison et 750 000 euros lorsqu'elle est commise, par exemple, en bande organisée (C. entr. séj. étrang. et asile, art. L. 622-5 N° Lexbase : L5891G4X).

On ignore l'usage qui a été fait de l'article 21 de l'ordonnance de 1945 pendant une quarantaine d'années. Le seul cas connu de répression est l'expulsion d'un pasteur suisse membre de la Cimade pour trouble à l'ordre public en raison de son soutien actif à des réfugiés et sans-papiers (4). Toutefois, à partir du milieu des années quatre-vingt, avec les durcissements successifs de cette ordonnance (loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 N° Lexbase : L7667LA9, dite "Pasqua I", en particulier), on voit apparaître des condamnations pour ce motif (CA Nancy, 12 novembre 1986).

La polémique à l'encontre de ce délit, et l'expression de "délit de solidarité", se développe à partir du milieu des années 1990, à l'initiative du "Gisti" (Groupe d'information et de soutien des immigrés) (5). Il n'existe en effet pas, à proprement parler, de "délit de solidarité" dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Mais cette expression militante a fait florès aussi bien dans les médias que dans le vocabulaire doctrinal (6) car elle permet de dénoncer le fait que les dispositions de l'article L. 622-1 permettent toujours, aujourd'hui, de poursuivre et sanctionner toute personne qui, de manière directe ou indirecte, aide, y compris de manière désintéressée, un sans-papier en le transportant, l'hébergeant ou en le nourrissant par exemple.

Si on admet la légitimité d'un tel délit d'humanité (7), la polémique porte aussi sur le périmètre des immunités prévues à l'article L. 622-4. Car, si depuis l'inscription dans le droit français par l'article 4 du décret "Daladier" du 2 mai 1938 et sa reprise à l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, puis à l'article L. 622-1, la définition de ce délit n'a jamais varié (8), en revanche le périmètre des immunités a été régulièrement développé. Les mobilisations collectives et médiatiques ont, en effet, abouti, d'une part, dans les années 1990, à développer les immunités familiales au bénéfice de certains proches de sans-papiers et, d'autre part, à la suite de la polémique liée au film "Welcome" de Philippe Lioret, à l'inscription d'une immunité de type "humanitaire", par la loi "Valls" du 31 décembre 2012 (loi n° 2012-1560, 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 N° Lexbase : L8109IUU). Néanmoins, comme l'ont montré plusieurs affaires récentes, aussi bien dans le calaisis qu'à la frontière franco-italienne, ces immunités apparaissent toujours insuffisantes pour couvrir tous les cas d'aide désintéressée ou de soutien militant aux sans-papiers.

Les dispositions de l'article L. 622-1 sont donc critiquables en ce que, non seulement la définition de ce délit est trop étendue en englobant l'aide désintéressée (I), mais aussi en ce qu'elle n'apparaît pas nécessaire eu égard aux exigences du droit de l'Union européenne (II) et que les immunités offertes à l'article L. 622-4 apparaissent trop restreintes (III).

## I — Une définition large englobant l'aide désintéressée

L'examen attentif des décisions recensées par le Gisti sur son site fait apparaître non seulement que le champ de cette incrimination est large mais qu'il est aussi appliqué largement par les juridictions pénales, que l'aide ait donné lieu à des contreparties ou non (A). Les Gouvernements, de gauche comme de droite, ont justifié une définition aussi large d'une telle incrimination, englobant l'aide purement désintéressée, par des arguments divers et variés (B).

## A — Un champ large appliqué de manière extensive, y compris à l'aide désintéressée

Les termes utilisés à l'article L. 622-1 autorisent une interprétation extensive des textes (9). En premier lieu, tant la référence à l'aide "indirecte" qu'à la "circulation" (en lieu et place du "transit" figurant dans la Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002, définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers N° Lexbase : L7681A8Y) (10), que le fait de couvrir la simple "facilitation" permettent d'engager des poursuites contre toute forme d'aide apportée aux sans-papiers. Ainsi, ont été condamnées aussi bien des personnes qui ont simplement transporté des sans-papiers (CA Nancy, 12 novembre 1986 ; Cass. crim., 26 février 1997, n° 96-82.158 N° Lexbase : A4711C3U ; Cass. crim., 9 juin 1999, n° 98-84.499 N° Lexbase : A3423CQT) ou même des demandeurs d'asile (CA Aix-en-Provence, 2 décembre 2016), y compris des membres de leur famille comme une belle-mère en mauvaise santé (CA Metz, 14 octobre 1989), ou encore lorsque le prévenu exerçait la profession de... chauffeur de taxi (Cass. crim., 21 janvier 2004, n° 03-80.328, préc.). Il concerne aussi celui ou ceux qui ont procuré un logement à des... citoyens de l'Union européenne (CA Versailles, 12 mars 1990, confirmé par Cass. crim., 4 mars 1991, n° 90-82.189 N° Lexbase : A3402ACY), loué un meublé (Cass. crim., 3 novembre 1993, n° 93-80.532 N° Lexbase : A0554CMH), ou simplement hébergé des sans-papiers (Cass. crim., 12 mars 1991, n° 90-84.126 N° Lexbase : A8682CRY ; CA Agen 13 octobre 1994, n° 946024 ; Cass. crim., 22 novembre 1995, n° 95-83.434 N° Lexbase : A8726CYT ; CA Montpellier, 20 mars 2008, n° 07/00 692GN/CC ;

TGI Perpignan, 22 octobre 2008, n° 3004/2008 ; CA Paris, 16 septembre 2009, n° 09/00956) -y compris, à une époque où n'existe pas d'immunité familiale, lorsqu'il s'agit de proches (CA Pau, 27 avril 1994 ; CA Bastia, 11 avril 2007, cas d'un beau-père -donnera lieu à une décision de la CEDH— ; CA Montpellier, 17 juin 2008, n° 08/00105), des concubins ou futurs conjoints (TGI Saint Etienne, 8 janvier 1996, n° 24/96 ; CA Poitiers, 29 février 1996, n° 96/00190, CA Grenoble, 20 novembre 1996, n° 1124/96, CA Douai, 17 décembre 1997, n° 97/02175 ; CA Douai 14 novembre 2006, n° 06/01132), ou encore lorsque l'hébergeant était amoureux (CA Nîmes, 23 août 2005, n° 05/00769), suivant l'exemple de Gérard Depardieu avec Andie MacDowell dans "Green Card". Cela vaut aussi lorsque l'hébergeant est un prêtre (TGI Douai, 13 janvier 1995) ou est lui-même en situation irrégulière (CA Angers, 18 septembre 2007, n° 07/00322) ou, plus curieusement au regard de l'article 31 de la Convention de Genève de 1951 (N° Lexbase : L6810BHP), quand les hébergés sont demandeurs d'asile (TGI Bonneville, 7 avril 2016). Ont même été condamnées des personnes qui se sont contentées d'accompagner jusqu'à un point d'embarquement dans un aéroport (CA Aix-en-Provence, 27 juin 1994, v., Cass. crim., 8 novembre 1995, n° 94-84.333 N° Lexbase : A9730CP3), ou d'attendre leurs frères entrés irrégulièrement (CA Aix-en-Provence, 17 mars 1988, v., Cass. crim., 8 novembre 1995, n° 94-84.333 N° Lexbase : A9730CP3).

De même, la circulaire du 4 décembre 2006, reconnaissait que l'article L. 622-1 définit l'infraction "dans des termes très larges" et indiquait 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" (Circ. CRIM-AP n° 06-20/E1 -non reprise sur circulaire.gouv.fr et donc abrogée au 1er mai 2009).

En second lieu, l'imprécision découle aussi de l'article L. 622-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Celui-ci prévoit depuis une loi "Sarkozy" du 26 novembre 2003 (loi n° 2003-1119, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité N° Lexbase : L5905DLB) des peines aggravées lorsque les infractions prévues à l'article L. 622-1 sont commises selon certaines circonstances aggravantes, notamment en bande organisée. Or, la CNCDH a mis en évidence le risque inhérent à cette disposition qui "permet de traiter de la même manière un réseau comme une famille" (11). A l'occasion de la loi "Perben 2" (loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité N° Lexbase : L1768DP8), le Conseil constitutionnel a, néanmoins, précisé que "les organismes humanitaires d'aide aux étrangers" ne sauraient être concernées par l'incrimination de l'article 706-73 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L4901K8Z) commise en bande organisée (12).

Pour autant, malgré ces garanties, l'ensemble des personnes aidant de manière désintéressée les sans-papiers ne sont pas nécessairement couvertes par les immunités inscrites à l'article L. 622-4.

## B — La répression de l'aide désintéressée aux sans-papiers

Sur la quarantaine de condamnations recensées par le Gisti sur son site, une trentaine concerne le simple fait pour l'aidant d'avoir hébergé et/ou transporté, y compris de manière ponctuelle, un sans-papier. Le transport et l'hébergement sont considérés, à eux seuls, comme actes constitutifs de l'élément matériel de l'infraction (13). La Chambre criminelle a ainsi confirmé la condamnation à deux ans de prison avec sursis et deux ans d'interdiction d'exercice de la profession d'un chauffeur de taxi qui avait conduit dans le Nord des clients souhaitant gagner l'Angleterre en leur facturant le tarif normal de la course en écartant toute violation la CEDH par les dispositions en cause (Cass. crim., 21 janvier 2004, n° 03-80.328 N° Lexbase : A9433UgA) (14).

Toutefois, il faut nécessairement que l'aidant ait eu connaissance de l'irrégularité de l'entrée ou du séjour. En effet, la Cour de cassation casse, en l'absence d'élément moral, une décision de cour d'appel qui s'était bornée à énoncer que le seul fait du transport dans un véhicule suffit à constituer l'élément matériel du délit dès lors qu'elle n'avait pas constaté que le prévenu, "qui soutenait le contraire, avait eu connaissance de l'irrégularité de la situation de la personne transportée" (Cass. crim., 26 février 1997, n° 96-82.158 N° Lexbase : A4711C3U) (15).

Dans ses instructions pénales aux parquets, le Garde des Sceaux n'a jamais écarté toute poursuite à l'égard des comportements désintéressés. Bien au contraire, la circulaire du 23 novembre 2009 rappelait que "le seul but lucratif ou intéressé peut être un critère de poursuites mais son absence ne saurait, en principe, exclure des poursuites, le législateur ayant clairement fait le choix de ne pas faire figurer ce critère dans la loi" (16).

En second lieu, au-delà même des condamnations, il est régulièrement fait état d'affaires dans lesquelles des particuliers aidant des sans-papiers ou même de simples soutiens intervenant un cadre militant (à Calais ou encore à la frontière franco-italienne) font l'objet d'interpellations, de placement en garde à vue, parfois même à la suite de dénonciations (17). Certes, la majeure partie de ces procédures n'aboutissent pas à des poursuites, ou aboutissent *in fine* à des relaxes (18). Toutefois, la CNCDH estimait dans son avis de 2009 que ces possibilités créent autour des défenseurs des droits de l'Homme un climat de suspicion ou une pression contraire aux engagements de la France en la matière (19). De même, à l'occasion de l'affaire "Rob Lawrie", citoyen britannique qui était poursuivi pour avoir tenté de faire franchir la Manche à une petite afghane de quatre ans, cachée dans sa voiture, pour la conduire auprès

de membres de sa famille et qui a, finalement, été relaxé pour ce délit (mais condamné à 1 000 euros d'amende avec sursis en raison du... non-port de la ceinture par la fillette, v., *Mille euros d'amende avec sursis pour Rob Lawrie, qui avait aidé une fillette de la "jungle" de Calais*, 14 janvier 2016, Le Monde.fr), le Défenseur des droits a souligné, d'une part, sa "réticence de principe" à l'égard de "toute condamnation de l'aide désintéressée" et estimé, d'autre part, que "l'aide au séjour irrégulier est dépourvue de sens s'agissant de l'aide délivrée à un mineur, lequel n'a pas à disposer d'un titre de séjour pour résider en France" (20).

Sont, particulièrement, symboliques de ce point de vue les poursuites contre une femme pour avoir hébergé quelques semaines un mineur afghan, à l'état d'abandon. Le tribunal considère que la circonstance que la France soit signataire de la Convention internationale des droits de l'enfant (N° Lexbase : L6807BHL) et que la législation française prohibe l'éloignement des mineurs se trouvant sur son territoire n'ont aucune incidence sur la caractérisation du délit. Elle est, néanmoins, relaxée compte tenu du danger imminent qui menaçait ce mineur isolé sur le fondement de l'état de nécessité de l'article 122-7 du Code pénal (N° Lexbase : L2248AM9) (TGI Foix, 8 septembre 2009, n° 713/209). Cette décision va aussi dans le même sens qu'un arrêt du Conseil d'Etat qui avait aussi estimé, en contrôlant la légalité d'une circulaire, que l'article 122-7 du Code pénal est invocable "lorsque l'exception prévue à l'article L. 622-4 3° [...] ne trouve pas à s'appliquer" (CE référé, 15 janvier 2010, n° 334 879 N° Lexbase : A7598EQH ; CE 2° et 7° s-s-r, 19 juillet 2010, n° 334 878, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A9998E43).

## C — Des justifications gouvernementales variables

Malgré la controverse régulière à l'encontre du "délit de solidarité", aucun Gouvernement, de droite comme de gauche, n'a jugé nécessaire de le remettre en cause ou d'atténuer le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers. Ainsi, dans le cadre de la polémique du film de Philippe Lioret, "Welcome" (21), Eric Besson a eu beau jeu, pour écarter la proposition de lois de l'opposition visant à supprimer le "délit de solidarité" (22), de citer Jean-Pierre Chevènement, ministre de l'Intérieur d'un Gouvernement de gauche plurielle, défendant ce délit (23).

Si l'attitude des Gouvernements successifs a été constante, les justifications avancées pour refuser d'intégrer la condition de "fins lucratives" dans la définition de ce délit ont sensiblement évolué.

En premier lieu, en 1994, le Gouvernement s'y était opposé principalement pour pouvoir "poursuivre des agissements qui relèveraient [...] de l'infiltration en France d'éléments appartenant à des réseaux d'islamistes, terroristes ou d'espionnage", qui ne sont pas nécessairement guidés par la recherche du profit (24). Ce même argument a été mobilisé dans le débat de la loi "Chevènement" de 1998 ou de la loi "Sarkozy I" de 2003 (25).

Pourtant, la loi du 27 décembre 1994 (loi n° 94-1136, portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France), visait à transposer en droit français la Convention "Schengen" du 19 juin 1990 qui prescrivait aux Etats membres d'"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'un Etat de l'espace "Schengen". C'est donc sciemment que le législateur s'est écarté de cette rédaction. Lors de la discussion parlementaire au Sénat, seule Françoise Seligmann s'est inquiétée du risque que le texte puisse être utilisé pour poursuivre ceux qui apportent de l'aide à un étranger en situation irrégulière, "par amitié ou tout simplement parce que c'est normal" (26). Comme le relève Danièle Lochak, "malgré les dénégations du ministre et du rapporteur, c'est elle qui avait raison, comme la suite des événements l'a montré" (27).

En outre, dans la pratique, les réseaux terroristes ne sont pas démantelés en utilisant le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile mais grâce, principalement, à l'association de malfaiteurs en vue d'une entreprise terroriste (C. pén., art. 421-1 N° Lexbase : L8959K8C). D'ailleurs, lorsque le législateur a entendu inscrire dans la loi "Toubon" du 22 juillet 1996 (loi n° 96-647, 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) le délit d'aide comme susceptible de relever des infractions terroristes au sens du Code pénal, le Conseil constitutionnel s'y est clairement opposé en relevant que le simple comportement d'aide à des personnes en situation irrégulière n'est pas en relation immédiate avec la commission d'actes terroristes (Cons. const. décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 N° Lexbase : A8343ACY, cons. n° 7 à 9).

En second lieu, dans les débats plus récents, les ministres de l'Intérieur ou de l'Immigration ont bien davantage mobilisé l'argument de la lutte contre les "passeurs" et autres "trafiquants" exploitant les sans-papiers -argument paradoxalement puisque, précisément s'ils exploitent la situation des sans-papiers c'est à des fins lucratives-. En ce sens, depuis 2007, le nombre d'interpellations "d'aidants" constituait (28), dans les annexes de la loi de finances, l'un des indicateurs de la "performance" de la politique d'immigration (indicateur 4.1, programme 303). Mais si on regarde de plus près à quoi correspond cet indicateur, il regroupe en réalité des index statistiques de l'activité policière dans lesquels sont comptabilisées les incriminations aussi bien à l'encontre des "organisateurs" des réseaux, que des "passeurs", des "logeurs", des employeurs d'étrangers sans titre, des fournisseurs de faux documents ou encore des conjoints

de complaisance (29). Or, tous ces comportements ont une finalité lucrative et sont aussi couverts par d'autres incriminations, par exemple la lutte contre les marchands de sommeil (par l'article 225-14 du Code pénal N° Lexbase : L2183AMS) et le mariage de complaisance (par l'article L. 623-1 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile N° Lexbase : L5057IQD).

L'argumentation la plus paradoxale est développée par le Gouvernement "Ayraut" et les députés socialistes lors du débat de la loi "Valls" du 31 décembre 2012. En effet, à la suite de la polémique entre les associations et Eric Besson à propos du délit de solidarité, le ministre de l'Intérieur Manuel Valls annonçait dans son discours à l'Assemblée de présentation de son projet l'intention de "*gommer ce qui, dans notre droit, peut apparaître comme disproportionné, excessif, contraire à notre idéal de solidarité*". Ainsi, dans la mesure où "*apporter assistance et soutien, de manière désintéressée, à une personne en situation irrégulière sur notre territoire ne saurait être puni. Car ce n'est simplement pas cela la République. Ce n'est pas cela la France*", le projet de loi visait "*à abroger ce qu'on a appelé le délit de solidarité. Un délit dénoncé depuis longtemps, à raison, par les associations, qui revenait à mettre sur un même plan pénal ceux qui aident de bonne foi et ceux qui, sans foi ni loi, exploitent la misère des hommes*" (30). Plusieurs parlementaires socialistes abordaient alors dans le même sens, non seulement le rapporteur du texte, Yann Galut (31), mais aussi Matthias Fekl, récemment devenu ministre de l'Intérieur, pour qui le délit de solidarité est un "*délit scandaleux dont seuls les amateurs plus ou moins raffinés des années trente peuvent accepter la présence dans notre droit français et républicain*". Il saluait donc "*la suppression par cette loi du délit de solidarité pour toutes celles et tous ceux qui apportent leur aide de bonne foi, de manière désintéressée et gratuite, à des étrangers, fussent-ils en situation irrégulière. Il ne sera plus possible désormais de poursuivre ceux qui font cela*" (32).

Et pourtant ce projet de loi ne redéfinit pas le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers en écartant l'aide désintéressée mais se contente d'élargir les immunités et ce de manière étiquetée et limitative. La preuve en est que, même si les gouvernements actuels n'en font plus une priorité politique, l'indicateur "*lutte contre les filières*" fait toujours partie des critères d'évaluation de la "performance" des politiques d'immigration. Ainsi, le "Programme 176" évalue à 3 623 en 2014 contre 3 473 en 2013 le nombre de procédures en matière "*d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier [sic] d'un étranger*". Et il est prévu pour 2016 et 2017 une "hausse" de ces procédures (33). Et au total, en 2013, ce sont 5 665 personnes qui ont été mises en cause dans le cadre d'une procédure ouverte par la police (index 70 de l'état 4001) (34). La loi "Valls" n'a donc pas sensiblement fait évoluer les pratiques en la matière, et ce, malgré la dé penalisation du délit de séjour irrégulier par cette loi du 31 décembre 2012 à la suite des arrêts de la Cour de justice de 2011 "*El Dridi* et "*Achughbabian*" (35).

## II — L'absence de nécessité au regard des exigences du droit de l'Union européenne

L'étendue de l'incrimination française est critiquable au regard du droit de l'Union européenne, d'une part, parce que la Convention de Schengen ne prévoit d'incriminer que l'aide lucrative à l'entrée ou au séjour irréguliers (A) et, d'autre part, parce que grâce à l'interprétation de la Cour de justice de la Directive "retour" (Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier N° Lexbase : L3289ICS), l'entrée et le séjour irréguliers d'un ressortissant de pays tiers ne doivent plus être des infractions pénales (B).

### A — Le droit de l'Union européenne n'exige que l'incrimination de l'aide à des fins lucratives

Comme cela a déjà été mentionné, l'article 27 de la Convention de Schengen du 19 juin 1990 n'obligeait les Etats membres à instaurer des sanctions à l'encontre des personnes aidant ou tentant d'aider un étranger à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'une partie contractante en violation de sa législation uniquement si ces personnes agissent "*à des fins lucratives*".

En 2002, la Directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002, définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (N° Lexbase : L7681A8Y), qui s'est substituée à l'article 27 de la Convention de "Schengen", a également défini l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers en la limitant en son article 1-1 qu'au fait d'avoir d'une part aidé "*sciemment*" un ressortissant d'un pays tiers à pénétrer irrégulièrement sur le territoire d'un Etat membre ou à transiter par le territoire d'un tel Etat et, d'autre part, d'aider, "*dans un but lucratif*", à séjourner sur le territoire. Le protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signé à Palerme le 12 décembre 2000 et ratifié par la France le 29 octobre 2002, n'impose pas davantage d'incriminer cette aide non lucrative (36).

Néanmoins, saisi de la légalité de circulaires du 23 novembre 2009 sur l'application des articles L. 622-1 et L. 622-4, le Conseil d'Etat a jugé que la Directive de 2002 n'interdit pas, pour autant, "*aux Etats membres de sanctionner aussi l'aide au séjour irrégulier à des fins non lucratives*" (CE référé, 15 janvier 2010, n° 334 879, préc.; CE 2° et 7° s-s-r, 19 juillet 2010, n° 334 878, publié au recueil Lebon préc.). La Cour de justice a adopté une position similaire en estimant que le Code des visas "Schengen" ne s'oppose pas davantage "*à ce que des dispositions nationales rendent l'aide à*

*l'immigration illégale passible de sanctions pénales dans des cas où des personnes infiltrées, ressortissantes de pays, disposent d'un visa qu'elles ont obtenu frauduleusement, en trompant les autorités compétentes de l'Etat de délivrance sur le véritable but de leur voyage, sans que ce visa ait été préalablement annulé" (CJUE, 10 avril 2012, aff. C-83/12 PPU N° Lexbase : A1654II4, p. n° 48).*

## B — La dépénalisation de l'entrée et du séjour irréguliers

A la suite des arrêts "El Dridi" et "Achughbabian", et des arrêts de la Cour de cassation de juillet 2012 (37), la loi du 31 décembre a dû dépénaliser le séjour irrégulier en abrogeant l'article L. 621— 1 afin de se conformer à l'interprétation donnée par la Cour de justice de la Directive "retour" du 16 décembre 2008. En outre, avec l'arrêt "Affum" du 7 juin 2016, le même sort devrait être réservé au délit d'entrée irrégulière ou, en tout cas, celui-ci devrait être réécrit afin de se conformer à l'interprétation donnée par la Cour de Luxembourg lorsqu'il estime, s'agissant du transit d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier par un Etat membre, que la Directive 2008/115 "s'oppose à une réglementation d'un Etat membre permettant du seul fait de l'entrée irrégulière par une frontière intérieure, conduisant au séjour irrégulier, l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers, pour lequel la procédure de retour établie par cette Directive n'a pas encore été menée à son terme" (38).

Plus fondamentalement, même s'il s'agit d'une infraction autonome qui peut continuer à exister de manière indépendante, quel sens y a-t-il à maintenir dans notre droit positif un délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers alors que le sans-papier ne peut plus, tant qu'il n'a pas fait l'objet des mesures prévues par la Directive "retour", faire l'objet d'une répression pénale en raison d'un séjour ou d'une entrée irrégulier ? (39).

Concédons, néanmoins, que dans son arrêt "Mallah" de 2011, la Cour européenne des droits de l'Homme a admis que l'ingérence prévue par l'article L. 622-1 du poursuit "*un but légitime, à savoir la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales*" (40). Il reste, néanmoins, à savoir si les immunités de l'article L. 622-4, même après leur extension par la loi du 31 décembre 2012, sont suffisantes pour mettre à l'abri de poursuites pénales toutes les personnes qui apportent "*assistance et soutien, de manière désintéressée, à une personne en situation irrégulière sur notre territoire*", comme l'affirmait Manuel Valls devant l'Assemblée nationale. Or, comme l'ont montré les récentes affaires dans la vallée de la Roja, c'est loin d'être effectivement le cas.

## III — Le caractère trop restrictif des immunités de l'article L. 622-4

Le périmètre des immunités de l'article L. 622-4 apparaît trop étiqué pour mettre efficacement à l'abri de toute poursuite aussi bien, s'agissant de l'immunité familiale, tous les proches d'un sans-papier (A) que, s'agissant de l'immunité humanitaire, toute personne apportant une aide désintéressée (B).

## A — L'insuffisance du champ des immunités familiales du L. 622-4 pour protéger l'ensemble des proches des sans-papiers

La controverse sur l'insuffisance des immunités à l'égard des proches des sans-papiers a émergé au milieu des années 1990 dans le prolongement des lois "Pasqua" du 24 août 1993 (loi n° 93-1027, relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France N° Lexbase : L1997DPN) et "Debré" du 24 avril 1997 (loi n° 97-396, portant diverses dispositions relatives à l'immigration N° Lexbase : L4768GU7), qui ont développé les cas dans lesquels des membres de famille de Français -conjoints ou parents d'enfant français— ne bénéficiaient pas de droit au séjour dès lors qu'ils avaient une entrée irrégulière. Ces cas, connus sous le vocable de "ni — ni" (pour "ni régularisable — ni expulsable"), ont abouti au développement du mouvement des sans-papiers avec en point d'orgue l'occupation de l'église St Bernard par des grévistes de la faim. Ils seront en grande partie résolus par la loi "Chevènement" de mai 1998 (loi n° 98-349 du 11 mai 1998, relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile N° Lexbase : L9660AgN), instaurant la carte "vie privée et familiale".

Mais dans cette période, c'est la multiplication des cas de poursuites et de condamnations de proches et de soutiens de sans-papiers, notamment des conjoints de Français, que le Gisti a initié en 1995 les premières mobilisations contre ce délit. Dès cette époque, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme avait alerté le Gouvernement sur "*le danger de voir être exposé à des sanctions pénales le simple fait d'accueillir un étranger chez soi*" (41).

Dans ce contexte, la loi "Toubon" du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme a, la première, prévu une immunité au bénéfice des ascendants et des descendants ainsi que, du conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément ou polygamie. Elle a ensuite été étendue par loi du 11 mai 1998 (loi n° 98-349, relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile N° Lexbase : L9660AgN) au conjoint des descendants ou des ascendants, aux frères et sœurs et à leur conjoint, ainsi qu'à la personne qui vit notoirement en situation maritale avec l'étranger.

En 1997, un collectif de soixante-six cinéastes, sous la houlette de Bertrand Tavernier, poursuit ce mouvement en développant une campagne de désobéissance civile contre l'obligation prévue dans le projet de loi "Debré", pour toute personne ayant signé un certificat d'hébergement, d'informer la préfecture du départ de l'étranger. Ils reprennent aussi la dénonciation du "délit de solidarité" à la suite de l'affaire Jacqueline Deltombe, une enseignante nordiste condamnée pour avoir hébergé un irrégulier qui comptait épouser l'une de ses proches (CA Douai, 17 décembre 1997, n° 97-02 175).

Pour autant, tous les proches d'un sans-papier ne sont pas à l'abri des poursuites. Ainsi, ont été condamnés un homme hébergeant un autre homme dont il est amoureux (CA Nîmes, 23 août 2005, n° 05/00769), un gendre transportant et hébergeant sa belle-mère malade (CA Metz, 4 octobre 1989, n° 04/6737). Dans une autre affaire, un Algérien qui a hébergé pendant six mois sa concubine sans-papiers avec laquelle il s'est ultérieurement marié est aussi déclaré coupable compte tenu du fait que le délit d'aide au séjour irrégulier ne contrevient pas à l'article 8 de la CESDH (N° Lexbase : L4798AQR), "sauf à admettre que les Etats signataires de la Convention se sont en fait interdit toute législation restrictive en matière de séjour des étrangers sur leur territoire" (CA Grenoble, 20 novembre 1996, n° 1124/96). De même, dans l'affaire "Mallah", est condamné un beau-père hébergeant son gendre (CA Bastia, 11 avril 2007, préc.). Saisie de ce dossier, la Cour européenne des droits de l'Homme estime que l'article 8 de la CESDH n'est pas violé, d'une part, compte tenu de la finalité poursuivie. En effet, pour la Cour, "en créant le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France, l'objectif du législateur était de lutter contre l'immigration clandestine et les réseaux organisés tels que les passeurs qui aident, en contrepartie de sommes importantes, les étrangers à entrer ou à se maintenir illégalement sur le territoire". La Cour note, aussi, qu'il existe dans le droit français "un mécanisme d'impunité légale a été prévu pour les membres de la famille les plus proches de l'étranger en situation irrégulière, à savoir les descendants de l'étranger, ses descendants, ses frères et sœurs, ainsi que son conjoint ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui" ("Mallah", préc.). Pourtant, en l'espèce, comme le reconnaît la Cour, en dépit du lien familial qui l'unit à son gendre, le requérant n'entrait pas dans la catégorie des personnes fixée par la loi et ne pouvait donc bénéficier de l'immunité pénale. Néanmoins, la Cour ne constate par la violation du droit au respect de sa familiale eu égard à la faiblesse de la sanction prononcée (déclaration de culpabilité avec dispense de peine). En effet, en prononçant une telle sanction les juridictions internes ont pris en compte, comme le relève la Cour, que les actes du requérant étaient "uniquement par la générosité" (ibid.).

Mais c'est en 2003 que l'expression de "délinquant de la solidarité" sera popularisée lorsque 354 organisations et près de 20 000 personnes ont apposé leur signature au bas d'un "Manifeste des délinquants de la solidarité" s'opposant au projet de loi "Sarkozy" de 2003 (42).

Ces initiatives et la Directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002 aboutiront à ce que le législateur adopte un certain nombre d'immunités humanitaires, aujourd'hui inscrites à l'article L. 622-4, qui restent elles aussi insuffisantes.

## B — Le caractère trop restreint des immunités humanitaires de l'article L. 622-4

La loi du 26 novembre 2003 n'a transposé qu'a minima les exigences de l'article 1-2 de la Directive 2002/90/CE. Elle permet, en effet, aux Etats membres de "décider de ne pas imposer [ces] sanctions [...] dans les cas où [le] comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée". D'une part, l'exemption adoptée au 3° de l'article L. 622-4 ne concernait que l'aide au séjour alors que la Directive permettait aussi de couvrir l'aide humanitaire à l'entrée et au transit et, d'autre part, cette immunité était définie très restrictivement.

Si la personne qui apporte une aide à un sans-papier n'a aucun lien familial avec lui, elle ne pouvait être immunisée avec la loi "Sarkozy" du 26 novembre 2003 qu'à la double condition particulièrement restrictive que 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" (C. entr. séj. étrang. et asile, art. L. 622-4, 3°). Deux exceptions limitaient, de surcroît, le champ de cette immunité à titre humanitaire. D'une part, il devait exister une disproportion entre les moyens employés pour protéger la personne du danger qui la menace et la gravité réelle de ce danger. D'autre part, il ne doit pas exister de contrepartie directe ou indirecte, qu'elle soit financière ou de toute autre nature. Comme l'avait fait valoir la CNCDH en 2009, cette immunité était "beaucoup trop étroite pour couvrir les actions qu'implique la défense des droits de l'Homme". Ainsi, en août 2007, une communauté "Emmaüs" de Foulain a été encerclée par des gendarmes au lever du jour pour faire l'objet d'une perquisition ayant abouti à l'interpellation de quatre personnes en situation irrégulière. Le 17 février 2009, le responsable d'une communauté à Marseille a été placé en garde à vue à la suite de l'arrestation d'un sans-papiers domicilié dans ce centre. Le 19 novembre 2007, deux salariées de "France Terre d'Asile", qui fournissaient dans le XIXème arrondissement de Paris une aide aux mineurs isolés dans le cadre d'un dispositif financé par l'Etat, ont été interpellées à leur domicile pour suspicion d'aide au séjour irrégulier.

Le Conseil constitutionnel avait pourtant eu l'occasion de préciser qu'il revenait au législateur, "compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public s'agissant de l'entrée, du séjour et de la circulation des étrangers, et qui peuvent notamment justifier un régime de sanctions pénales applicables", de prévoir que certaines personnes

physiques ou morales bénéficieront d'une immunité pénale. Il a, toutefois, censuré dans cette décision l'immunité offerte aux "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" en raison d'une incompétence négative dans le champ du principe de la légalité des délits et des peines de l'article 8 de la DDHC (N° Lexbase : L1372AgP). En effet, le législateur avait soumis à l'appréciation de l'exécutif la reconnaissance de la "vocation humanitaire" des associations bénéficiant de l'immunité en prévoyant que la liste serait établie par le ministre de l'Intérieur (Cons. const., décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998 N° Lexbase : A8746ACW, cons. n° 7).

A l'occasion de la polémique sur le "délit de solidarité" en 2009, face aux inquiétudes des associations (Emmaüs, Médecins du monde, Secours catholique, Restos du cœur, etc.), une circulaire de politique pénale était adressée aux parquets, complétée par une circulaire du même jour du ministre de l'Immigration aux préfets, précisant les conditions de mise en œuvre des articles L. 622-1 et L. 622-4. Ces deux circulaires du 23 novembre 2009 développaient, néanmoins, une conception restrictive de l'immunité en préconisant uniquement "de ne pas engager de poursuites pénales du chef d'aide au séjour irrégulier, à l'encontre des membres des associations qui fournissent des prestations telles que des repas, un hébergement, en particulier lorsqu'il s'agit d'un hébergement d'urgence, un secours médical, lorsque l'acte visé n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger en situation irrégulières". Il était aussi demandé de ne pas effectuer de contrôles d'identité aux abords de ces lieux.

Saisi de la légalité de ces circulaires, le Conseil d'Etat avait seulement précisé que le fait que la circulaire du ministre de la Justice ne mentionnait que "des membres des associations qui travaillent dans le domaine des étrangers" comme bénéficiaires de l'immunité de l'article L. 622-4, 3° n'avait "pas pour objet d'exclure du bénéfice de ces dispositions les actes réalisés par des personnes autres que les membres de ces associations" (CE référé, 15 janvier 2010, n° 334 879, préc. et CE 2° et 7° s-s-r, 19 juillet 2010, n° 334 878, publié au recueil Lebon, préc.). Par la suite, la loi "Besson" du 16 juin 2011 se contentait de rapprocher les deux causes exonératoires de l'article L. 622-4 3° ("la sauvegarde de la personne" a été substituée à "la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique"), ce qui était largement insuffisant pour protéger l'action humanitaire.

La loi "Valls" du 31 décembre 2012 a certes substantiellement renforcé cette immunité humanitaire. Néanmoins, les conditions de l'article L. 622-4, restent restrictives. Pour bénéficier de cette immunité, l'acte d'aide doit non seulement avoir donné lieu "à aucune contrepartie directe ou indirecte", mais il doit aussi consister 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, plus largement "toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci".

Les affaires récentes de personnes ayant aidé un sans-papier ont illustré toute la difficulté pour des militants ou de simples citoyens de démontrer que leurs actions en faveur de sans-papiers sont couvertes par cette immunité. Ainsi, si le chercheur au CNRS a été relaxé du chef d'aide à la circulation irrégulière, c'est parce que l'hébergement pour une nuit et le transport à soixante-dix kilomètres de son domicile concernait "trois jeunes femmes éprouvées par des conditions de vie difficiles". Il a donc porté secours à ces personnes en détresse "conformément d'ailleurs aux dispositions de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme N° Lexbase : L4786AQC mentionnant que chacun a droit à la sécurité" (TGI Nice, 6 janvier 2017, n° 16293000004). En revanche, le paysan de la vallée de la Roja a été condamné en première instance par le même tribunal au paiement d'une amende de 3 000 euros parce qu'il a pris en charge des migrants qui se trouvaient à Vintimille, sur le territoire italien, et qu'il n'a pas apporté la preuve que cette aide constituait une "action de sauvegarde individualisée pour chaque migrant dont il a facilité l'entrée sur le territoire national" couverte par l'article 122-7 du Code pénal. Il a, en revanche, été relaxé du chef des autres faits d'aide au séjour et à la circulation en vertu de l'article L. 622-4, 3° car il a rapporté la preuve "de la situation globale d'indignité et de détresse dans laquelle se trouve nécessairement les migrants, isolés sur le sol français, qu'ils ont rejoint par leurs propres moyens, démunis de l'essentiel, sans perspective d'avenir, aux prises avec un passé marqué par l'errance. Il ne saurait, dès lors, être reproché à quiconque de les avoir recueillis, écoutés, logés, nourris, écoutés et entourés, afin de les restaurer dans leur dignité et de leur donner des conditions de vie décentes" (TGI Nice, 10 février 2017, n° 16298000008).

Comme l'écrivait la mère de l'agriculteur au Procureur de la République le 23 janvier 2017, "Ma grand-mère paternelle a elle aussi, en 1918 passé la frontière d'Italie à pied, par les montagnes elle a perdu le bébé qu'elle portait au cours de ce périple (peut-être a-t-elle croisé à ce moment-là les grands-mères de messieurs "Ciotti" et "Estrosi", qui sait ?)" (E. Populin, Mama Herrou écrit au procureur, Blog d'Italie, de Picardie et d'ailleurs).

Dans un Etat de droit, l'aide désintéressée à un sans-papier ne devrait pas être punissable. Dans certains cas de figure, il peut être plus impératif, par éthique de conviction ou simple humanité, de porter assistance à des étrangers, sans prendre en compte leur statut administratif, que d'obéir à une loi.

(1) S'agissant de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, la disposition figure à l'article 11 de projet d'ordonnance

définissant le statut des étrangers transmis par le ministère de la Justice le 17 octobre 1945 au Conseil d'Etat. Il ne donne lieu à aucune modification rédactionnelle de la part de la commission permanente du Conseil d'Etat, si ce n'est le déplacement à l'article 21 et la correction d'une faute d'orthographe par le rapporteur le professeur Léon Julliot de la Morandière avec l'ajout d'un "s" à "irrégulier" (AN 20 110 152/17, n° 186).

(2) Par ex., J. — Pa. Niboyet qui analyse l'ordonnance de 1945 dans l'édition de 1947 de son cours de droit international privé (Sirey, 1974, n° 295 et s.), ne mentionne pas l'article 21 de l'ordonnance de 1945.

(3) V. Carrère, V. Baudet, *Délit de solidarité*, Plein Droit, mars 2004.

(4) CE, 13 mai 1977, n° 00 447 (N° Lexbase : A9230B7Y) Perregaux, Lebon p. 216.

(5) Anciennement, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et aujourd'hui Groupe d'information et de soutien des immigré-e-s.

(6) Pour un point récent v. S. Hennette-Vauchez, *Vent mauvais sur la solidarité ? Do you law*, 9 février 2017 ; v. aussi, B. Mercuzot, *Délit d'humanité*, Plein droit, juin 1995 ; "L'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 : un délit aux fondements du droit", D., 1995, chron. 149 ; M. Reydellet, *Tu aideras ton prochain... mais cela peut te conduire en prison ! (Réflexions sur le délit d'aide à l'étranger en situation irrégulière)*, D., 2009, p. 1029 ; S. Lavric, *Le délit de solidarité, mythe ou réalité*, Blog Dalloz.fr, 25 mai 2009 ; K. Parrot, *L'actualité du droit des étrangers en France, le délit de solidarité* in M. Benlolo-Carabot et K. Parrot, *L'actualité du droit des étrangers*, Bruylant, 2011, p. 129.

(7) Lire nos obs., *Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un délit d'humanité*, AJ Pénal, 2011, p. 496.

(8) "Tout individu qui par aide, directe ou indirecte, aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour d'irréguliers d'un étranger sera puni".

(9) V., en ce sens, l'avis CNCDH sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, 19 novembre 2009, cons. n° 3.

(10) Le "transit" suggère le passage dans une période brève pour se rendre d'un point à un autre en ne faisant que traverser le territoire alors que la "circulation" évoque plus largement le déplacement de personne à l'intérieur du territoire.

(11) CNCDH, avis du 15 mai 2003, projet de loi sur l'immigration et l'intégration.

(12) Cons. const., décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 (N° Lexbase : A3770DBA), cons. n° 18.

(13) Voir, parmi les décisions déjà citées, CA Pau, 27 avril 1994, n° 042 149, hébergement par un interne en médecine marocain d'une jeune femme enceinte de lui et avec laquelle il a vécu en union libre avant de l'épouser ; Cass. crim., 22 novembre 1995, n° 95-83.434 (N° Lexbase : A8726CYT) et Cass. crim., 9 juin 1999, n° 98-84.499, hébergement pendant quelques jours ; CA Douai, 14 nov. 2006, n° 06/01 132, hébergement d'une réfugiée en situation irrégulière qui obtiendra ensuite la reconnaissance du statut ; CA Paris 16 septembre 2009, n° 09/00 956, hébergement d'un compatriote dans un cabanon transformé en studio.

(14) V. le témoignage de ce chauffeur de taxi : "Besson ment, j'ai été condamné pour le délit de solidarité", Charlie hebdo, 29 avril 2009.

(15) Le prévenu avait été condamné à quinze jours de prison avec sursis pour avoir simplement conduit un sans-papier jusqu'à un supermarché afin de permettre à celui-ci de se restaurer.

(16) Circulaire du 23 novembre 2009, mise en œuvre des dispositions des articles L. 622-1 et L. 622-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile relatives à l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour des étrangers en situation irrégulière (N° Lexbase : L8282IMP) point n° 2 — A..

(17) V., par ex. l'arrêt CA Bastia, 11 avril 2007, préc., ayant donné lieu à la décision de la CEDH "Mallah".

(18) Le "Gisti" recense sur son site une quinzaine de relaxes dans des affaires médiatisées.

(19) V. aussi Observatoire pour la protection des défenseurs des droits de l'Homme (FIDH-OMCT), *Délit de solidarité : Stigmatisation, répression et intimidation des défenseurs des droits des migrants en France*, juin 2009 ou encore la Résolution 1660 (2009) relative à la situation des défenseurs des droits de l'Homme dans les Etats membres du

Conseil de l'Europe.

(20) Défenseur des droits, communiqué de presse du 14 janvier 2016.

(21) Eolas, *Du délit de solidarité et du mensonge des politiques*, Journal d'un avocat, 13 avril 2009 ; nos obs., *L'origine du délit de solidarité*, CPDH, 7 avril 2009 (combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr).

(22) D. Goldberg, Ass. nat., n° 1542, 18 mars 2009.

(23) Ass. nat., 2e séance, 30 avril 2009.

(24) Ass. nat., 1ère séance, 16 décembre 1994.

(25) Rapport "Mariani", Ass. nat., n° 823, 18 juin 2003.

(26) JO, débats parlementaires au Sénat, séance du 15 novembre 1994.

(27) D. Lochak, *La solidarité, un délit ?*, Après-demain, 3/2013, n° 27-28, NF, p. 7-9.

(28) A la suite de la polémique déclenchée par le Gisti, le mot "aidant" a été remplacé en 2010 par "trafiquants et facilitateurs" (sic), v., Projets annuels de performances, annexe au PLF 2010, programme 303.

(29) Les orientations de la politique de l'immigration, 5ème rapport, La Doc.fr., 2009, p. 86. V., dans même sens l'intervention à l'Assemblée le 30 avril 2009 d'E. Besson : "Cette lutte résolue [...] a conduit, en 2008, à l'interpellation dans notre pays de 1 562 passeurs, 1 175 employeurs, 861 marchands de sommeil ou encore 303 fournisseurs de faux documents".

(30) Assemblée nationale, séance du 11 décembre 2012, débats.

(31) Assemblée nationale, rapport fait au nom de la commission des lois, projet n° 351 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 désintéressée, par Yann Galut, 28 novembre 2012. Le rapport précise qu'en 2011, 4 879 personnes mises en cause au titre de l'article L. 622-1 et 2 585 personnes qui ont été gardées à vue sur ce fondement.

(32) AN, débats, 11 décembre 2012, préc..

(33) Document de politique transversale, Projet de finances pour politique française de l'immigration et de l'intégration, 2016, p. 21. Cela correspond aux statistiques enregistrées au niveau de chaque direction active de la police nationale (DCSP, DCPJ, DCAPF, PP) dans le "STIC [devenu TAJ] — FCE 4001 à l'index 70".

(34) Pour le détail des dernières statistiques disponibles sur l'*open data*, août 2015, V., 15063 -Aide à l'entrée irrégulière, à la circulation et au séjour irrégulier des étrangers- Evolution de l'action des services index 70 ; Pour un éclairage sur cet index 70 de l'état 4001 "Aide à l'entrée irrégulière, à la circulation et au séjour irrégulier des étrangers" cf., Ch. Mouhannna, Politique du chiffre et police des étrangers, Plein droit n° 82, octobre 2009.

(35) CJUE, 28 avril 2011, aff. C-61/11 (N° Lexbase : A2779HPM) ; CJUE, 6 décembre 2011, aff. C-329/11 (N° Lexbase : A4929H3X).

(36) Ce protocole a été transposé par la loi "Sarkozy" n° 2003-1119 du 26 novembre 2003.

(37) Cass. crim., 5 juin 2012, n° 11-19.250 (N° Lexbase : A1793INQ) suivi de Cass. civ. 1, 5 juillet 2012, n° 11-30.530, FS-P+B+R+I (N° Lexbase : A5008IQK), D., 2012, p. 2001, nos obs..

(38) CJUE, 7 juin 2016, aff. C-47/15 (N° Lexbase : A9687RR9).

(39) Pour des réflexions plus générales sur la pénalisation du droit des étrangers, cf. D. Lochak, *L'immigration saisie par le droit pénal, in Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, D., 2014, p. 689-704 ; C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, thèse Paris Ouest Nanterre, 2013 ; GISTI, *Immigration, un régime pénal d'exception*, Coll. "Penser l'immigration autrement", 2012.

(40) CEDH, 10 novembre 2011, Req. 29 681/08 (N° Lexbase : A9119HZR), p. n° 38.

(41) Avis sur le projet de loi portant diverses dispositions sur l'immigration, 14 novembre 1996.

(42) D. Lochak, *La solidarité, un délit ?*, art. préc..