



Avis du Défenseur des droits n° 12-03

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionné le 15 novembre 2012,

par la Commission des Lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi 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.

Le Défenseur des droits a émis l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

Ce projet de loi, enregistré à la Présidence du Sénat le 28 septembre 2012 et **examiné selon la procédure d'urgence**, comporte trois éléments :

- La création - au lieu et place de la garde à vue - d'une retenue d'un étranger aux fins de vérification de sa situation au regard du droit au séjour (chapitre Ier du projet de loi) et la suppression du délit de séjour irrégulier (chapitre II) ;
- La redéfinition du délit d'aide au séjour irrégulier, dit « délit de solidarité » (chapitre III).

Le texte a légèrement été modifié par la Commission des lois qui a rendu son rapport le 24 octobre dernier en renforçant à la marge les droits de la personne retenue. Ces garanties semblent néanmoins demeurer insuffisantes au regard des droits communautaire et européen.

Par ailleurs, aucune modification n'a été réalisée quant à la défense des droits des enfants dont ont la charge les personnes retenues.

Chapitres I et II du projet de loi - Création d'une retenue pour vérification du droit au séjour et suppression du délit de séjour irrégulier

L'objectif principal du projet de loi vise à combler un vide juridique découlant de plusieurs décisions juridictionnelles – européennes et nationales – aux termes desquelles les étrangers dépourvus de droit au séjour ne peuvent plus être placés en garde à vue pour ce seul motif.

Contexte jurisprudentiel et rappel du droit applicable :

Dans son arrêt *Achughbabian c/France* du 6 décembre 2011, la CJUE a jugé que la directive 2008/115/CE relative au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹ s'opposait à ce qu'un Etat membre puisse réprimer le seul séjour irrégulier d'un étranger par une peine d'emprisonnement.

Pour la Cour, la directive autorise en revanche un Etat membre à prévoir un délit et une peine d'emprisonnement pour séjour irrégulier si et seulement si l'étranger se maintient sur le territoire alors même qu'il a été soumis à l'ensemble des mesures coercitives prévues par la directive (assignation à résidence, décision d'éloignement, placement en rétention) et jusqu'à ce que la durée maximale du placement en rétention soit expirée.

En d'autres termes, le délit de séjour irrégulier tel que défini par la loi est, pour partie, contraire au droit de l'Union européenne.

Pourtant, en l'état actuel du droit, l'article L.621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers (CESEDA) prévoit un délit pour simple séjour irrégulier (indépendamment de la mise en œuvre des mesures coercitives précitées) et le punit d'un an d'emprisonnement.

¹ Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures applicables dans les Etats-membres au retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite « **directive retour** »

Or, l'existence de ce délit - que la Cour a estimé contraire à la directive « retour » de 2008 - a pour conséquence qu'en droit français, il est possible de placer en garde à vue un étranger en séjour irrégulier puisque cette garde à vue peut avoir lieu dès lors que l'intéressé est susceptible d'avoir commis un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement (article 62-2 du code de procédure pénale²).

La première chambre civile de la Cour de cassation, dans plusieurs arrêts du 5 juillet 2012, a tiré les conséquences de l'interdiction d'emprisonner un étranger au seul motif de l'irrégularité de son séjour (et donc de l'interdiction qu'un tel délit existe) pour affirmer qu'il n'était plus possible de placer en garde à vue des étrangers au seul motif qu'ils sont en situation irrégulière (1).

Elle a en revanche rappelé la possibilité que la directive offrait aux Etats membres de réprimer par une peine d'emprisonnement le séjour irrégulier une fois que l'ensemble des mesures coercitives dont dispose l'administration étaient mises en œuvre à l'égard de l'étranger sans que ce dernier s'y conforme. Il en découle que, dans ce cadre-là, la garde à vue est alors encore possible (2).

1. Contenu du projet de loi sur l'abrogation du délit de seul séjour irrégulier et la création d'une procédure de retenue

L'existence d'un tel délit permettait de placer en garde à vue les étrangers ne pouvant justifier d'un droit au séjour ou refusant de le faire. Ce dispositif était très fréquemment utilisé puisqu'il offrait aux forces de l'ordre un temps conséquent pour examiner le droit au séjour et, à défaut d'un tel droit, pour préparer et notifier une mesure d'éloignement prise par l'autorité préfectorale, ainsi qu'un placement en rétention.

Depuis que la Cour de cassation a invalidé ce procédé, les forces de police ne disposaient plus que du fondement offert par l'article 78-3 du code de procédure pénale pour organiser une telle vérification du séjour et préparer de l'éloignement, à savoir la vérification d'identité, laquelle ne peut excéder 4 heures.

Le Ministre de l'Intérieur a estimé que cette procédure « *n'assurait pas le cadre adapté pour garantir les droits de la personne retenue ni l'examen sérieux de sa situation* »³.

Il est vrai que cette procédure autorise la vérification de la seule identité des personnes retenues et non la régularité de leur séjour. Elle permet cependant aux services de police de se mettre en lien avec les services préfectoraux mais dans un délai court, lequel empêche un tel rapprochement, notamment lorsque les étrangers sont interpellés le soir.

C'est précisément dans ce cadre que s'inscrit la première partie du projet de loi puisque « *l'objet clairement circonscrit de la procédure de retenue tend, sans*

² Et ce, depuis la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue

³ Exposé des motifs du projet de loi, page 3

ambiguïté, à garantir l'examen du droit au séjour d'une personne qui, elle-même, ne peut en justifier ou refuse de le faire et, le cas échéant, l'instruction et la notification des décisions applicables relevant de la compétence de l'autorité administrative »⁴.

En premier lieu, le projet de loi tire la principale conséquence de la décision de la CJUE de décembre 2011, à savoir l'abrogation de l'article L.621-1 du CESEDA prévoyant le délit de séjour irrégulier (article 5 du projet de loi).

En second lieu, il crée, à l'article L.611-1-1 du même code, au lieu et place de la garde à vue, une procédure non pénale de retenue d'un étranger (article 2 du projet de loi).

Si l'étranger interpellé⁵ n'est pas en mesure de justifier la régularité de son séjour ou de son droit de circulation sur le territoire, il est retenu dans un local de police par un officier de police judiciaire, lequel met l'étranger en mesure de prouver par tout moyen son droit au séjour et procède, le cas échéant, aux opérations de vérification nécessaires.

Le procureur de la République est informé dès le début de la procédure.

La **durée** de la retenue ne peut excéder le temps strictement nécessaire à l'examen de la situation et, le cas échéant, le prononcé et la notification des décisions administratives applicables (éloignement, placement en centre de rétention). En tout état de cause, la durée ne peut excéder 16 heures.

Modification opérée par la Commission des lois : la prolongation de la retenue au-delà de 10 heures ne pourra avoir lieu qu'après motivation et notification de l'OPJ au Procureur de la République.

Dans le cadre de cette retenue, l'étranger bénéficie de certaines **garanties** qui doivent lui être notifiées puisqu'il peut demander :

- l'assistance d'un interprète,
- la désignation d'un avocat et la possibilité de communiquer avec lui pendant 30 minutes,
- l'assistance par un médecin,
- à prévenir à tout moment sa famille ou la personne de son choix.

Certaines données peuvent être recueillies et enregistrées, comme la prise d'empreintes digitales ou de photographies, après information du procureur de la République et seulement si l'étranger ne fournit pas d'éléments permettant d'apprécier sa situation au regard du séjour.

Un procès-verbal, tenu par l'OPJ et transmis au procureur de la République, contient les données relatives aux motifs du contrôle, à la durée de la retenue, la prise d'empreintes ou de photographies.

⁴ Exposé des motifs du projet de loi, page 4.

⁵ La retenue ainsi projetée peut intervenir lors de l'interpellation d'un étranger sur deux fondements : le contrôle du titre de séjour (article L.611-1 du CESEDA) et le contrôle d'identité (articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-2 du code de procédure pénale)

Enfin, si la procédure ne donne lieu à aucune décision administrative, aucun enregistrement sur fichier n'est réalisé et le procès-verbal est détruit dans un délai de 6 mois.

Modification opérée par la Commission des lois : le rôle du médecin est renforcé puisqu'il peut se prononcer sur la compatibilité de la retenue avec l'état de la santé de l'étranger. Par ailleurs, il est désormais prévu dans le texte la possibilité pour l'étranger de contacter le consulat.

Commentaires :

Si la procédure ainsi créée n'est plus pénale et ce, pour se conformer aux exigences du droit de l'Union européenne, elle laisse toutefois planer une **incertitude quant à sa nature**. D'un côté, elle semble conserver un caractère judiciaire, notamment du fait des garanties qu'elle offre (avocat, interprète...), de l'autre, elle semble purement administrative - telle une « pré-rétention administrative » - sans que le recours à un juge ne soit prévu dans un bref délai. Se pose dès lors la question de sa conformité aux normes supérieures.

Cette question se pose au regard de l'objet assigné au dispositif. Il se trouve que **le projet de loi poursuit en réalité deux objectifs distincts, dont seul le premier est explicitement affiché** : la vérification du droit au séjour, d'une part, et l'adoption d'une mesure d'éloignement, d'autre part.

Or, l'existence même d'une retenue pour vérifier la régularité du séjour, à l'instar de la retenue pour vérifier l'identité, est conforme aux normes européennes et communautaires (a). En revanche, une retenue plus longue, en vue d'édicter une mesure d'éloignement, ne semble pas conforme à ces textes (b).

a. Le principe d'une retenue brève pour vérification du séjour est conforme à la directive 2008/115/CE dite directive « retour » et à la Convention européenne des droits de l'Homme

Aux termes de l'article 5§1 (b) de la Convention européenne des droits de l'Homme, « *nul ne peut être privé de sa liberté sauf si, notamment, il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières (...) en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi* ».

L'article L.311-1 du CESEDA qui prescrit que tout étranger de plus de 18 ans doit être muni d'une carte de séjour pour séjourner en France plus de trois mois peut constituer cette obligation prescrite par la loi. Dans ce cadre, pour garantir l'exécution de l'obligation de détenir un titre de séjour, les autorités de police peuvent détenir un étranger pour vérifier son droit au séjour.

De même, dans l'arrêt *Achughbabian*, la Cour de Justice a admis que la directive « retour » ne s'opposait pas à « *un placement en détention* » durant la phase préalable « *d'arrestation initiale* » car les Etats ont besoin « *d'un délai afin d'identifier l'étranger et de déterminer son irrégularité* ».

La Cour de Justice précise néanmoins que ce délai doit être « *bref mais raisonnable* », ce qui est logique puisque le seul but de cette détention est de vérifier l'identité et la régularité du séjour, ce qui peut se réaliser dans des délais relativement courts.

b. Une retenue plus longue, vouée à préparer une mesure d'éloignement, ne semble pas conforme à la directive retour et à la CEDH

Aux termes de l'article 5§1 (f) de la Convention européenne des droits de l'Homme, « *nul ne peut être privé de sa liberté sauf si, notamment, il s'agit de (...) la détention régulière d'une personne (...) contre laquelle une procédure d'expulsion (...) est en cours* ».

Ce texte permet de rendre conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme une détention administrative en centre de rétention après qu'une mesure d'éloignement a été prise. Rien n'est moins sûr en revanche en ce qui concerne la procédure envisagée par le projet de loi.

En effet, aux termes de la jurisprudence de la Cour européenne⁶, pour ne pas être arbitraire, la mesure de détention doit se faire de bonne foi et avoir pour finalité l'exécution de « *l'expulsion* » (au sens large du terme).

Or, la finalité de la retenue qui est proposée dans le projet de loi n'est pas *l'exécution* d'une expulsion mais la vérification du droit au séjour et, le cas échéant, *l'édiction* d'une telle mesure d'expulsion. C'est l'assignation à résidence ou, le cas échéant, la rétention en CRA qui sera, elle, destinée à exécuter l'expulsion.

Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les arrêts précités de la CEDH interprétant l'article 5§1 (f) concernent exclusivement des étrangers ayant d'ores et déjà fait l'objet d'une telle décision⁷.

En d'autres termes, si au regard du droit européen il suffit que la détention ait pour finalité l'exécution d'une expulsion, encore faut-il justifier que la procédure d'expulsion est *en cours* et non simplement *projetée*⁸.

Par ailleurs, ainsi qu'il a été vu précédemment, si la directive retour permet une détention des étrangers indépendamment de tout délit et de toute mesure d'éloignement, c'est seulement en vue de contrôler la régularité de leur séjour et ce, dans un délai « *bref mais raisonnable* ». Il est difficile de considérer que, dans ce cadre, une durée maximale de 16 heures de retenue répond à cette exigence.

En effet, ainsi qu'il a été mentionné précédemment, il existe à l'article 78-3 du code de procédure pénale une procédure de vérification d'identité applicable à toute personne et qui ne peut excéder 4 heures (au-delà des 4 heures, et même si l'identité n'a pas pu être établie, la personne est libérée).

⁶ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 8 février 2011, *Seferovic c/ Italie* ; CEDH, 17 juillet 2012, *Lica c/ Grèce* .

⁷ V. not. CEDH, 20 déc. 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c/ Belgique*.

⁸ Claire RODIER, L'encadrement juridique de la détention des migrants à l'heure de la directive « retour », *Combat pour les droits de l'Homme*, 10 avril 2011

S'il peut légitimement être avancé que la recherche d'une identité est plus rapide à effectuer qu'une recherche de la régularité du séjour, il n'en demeure pas moins que la retenue projetée ici crée un régime privatif de liberté spécifiquement dédiée aux étrangers, dont la durée maximale de 16 heures, indépendamment de toute suspicion de délit ou de décision administrative d'éloignement, peut paraître disproportionnée.

La durée pendant laquelle ce nouveau dispositif d'enfermement *ad hoc* peut avoir lieu **paraît d'autant plus excessive qu'elle semble répondre avant tout aux intérêts des services de l'Etat**, ainsi que les mots du Ministre de l'Intérieur en attestent et ce, au détriment de la défense des droits des intéressés.

Cette durée est, en effet, déterminée de telle sorte que l'interpellation d'un étranger à 21 heures permette néanmoins que la préfecture soit prévenue le lendemain à 9 heures et qu'elle ait encore quatre heures pour notifier la mesure d'éloignement et l'arrêté d'assignation à résidence ou de placement en rétention.

Dans ce sens, le Ministre a-t-il justifié cette durée comme :

- un « *plafond rendu nécessaire par des difficultés objectives* », notamment au regard des temps de transport ou de la nécessité de pouvoir retenir les étrangers interpellés le soir ou le week-end ;
- un délai nécessaire à ce que « *les préfectures puissent prendre des décisions solides, argumentées avant de lancer des procédures d'éloignement du territoire* ».

En outre, il a indiqué que le nouveau mécanisme avait pour but de « *rétablir rapidement le nombre de mesures d'éloignement qui avait eu tendance à chuter depuis l'interdiction de placer en garde à vue les étrangers simplement dépourvus de droit au séjour* ».

Ce dispositif pourrait alors apparaître comme une solution pour pallier le manque de moyens d'une coordination plus rapide de l'action des services de police et de préfecture, permettant de retenir des individus jusqu'à une nuit et quatre heures pour vérifier leur droit au séjour, indépendamment de tout délit⁹.

Il pourrait être imaginé une **solution moins attentatoire à la liberté individuelle**, comme celle d'une permanence de nuit à la préfecture afin que les services de police puissent vérifier la régularité de séjour des intéressés dans un temps plus bref, à l'instar de la procédure de vérification d'identité d'une durée de quatre heures.

C'est pourquoi, dans le projet d'avis de la CNCDH, le Défenseur des droits a proposé que soit motivée une prolongation de la retenue au-delà de 4 heures.

Enfin, au regard du paragraphe 2 de ce même article 5, toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à brève échéance sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

⁹ Pour rappel, la garde à vue est d'une durée de 24 heures, renouvelable jusqu'à 48 heures si la peine d'emprisonnement encourue est d'au moins un an.

Dans le dispositif projeté, un tel recours au juge n'est pas prévu et est donc de nature à contrevenir aux dispositions conventionnelles.

2. Contenu du projet de loi sur la création d'un délit de séjour irrégulier dès lors que l'administration a épuisé ses possibilités d'action et que l'étranger se maintient sur le territoire (article 6 du projet de loi)

Fort de l'habilitation explicite de la CJUE dans l'arrêt du 6 décembre 2011 (cons. 29 à 32), l'article 6 du projet de loi ajoute à l'article L.624-1 du CESEDA un alinéa réprimant le séjour irrégulier d'un étranger qui se maintient sur le territoire français après que les mesures d'assignation à résidence et de rétention en CRA - destinées à permettre l'exécution de la mesure d'éloignement - ont été effectivement mises en œuvre. Le texte de la Commission des lois ajoute la mention « *sous le contrôle du juge* ».

Commentaires :

La rédaction du projet de loi, amendé par la Commission, ne demeure toujours pas pleinement satisfaisante dans la mesure où elle semble plus proche de l'interprétation restrictive que la Cour de cassation a fait de l'arrêt de la CJUE que de l'arrêt de la CJUE lui-même.

En effet, la Cour de cassation affirmait, dans sa décision n°960 du 5 juillet 2012, qu'un délit pour séjour irrégulier pouvait encore exister dans l'arsenal juridique d'un Etat membre à condition que l'étranger :

- ait été préalablement soumis à **l'une des mesures** coercitives de la directive ;
- **OU** n'ait pas vu expirer la durée maximale du placement en rétention administrative.

Cette lecture est contraire à l'arrêt *Achughbabian* dans laquelle la CJUE est très claire quant au fait qu'il ne s'agit pas d'une *alternative* entre mesures coercitives mais d'un *cumul* de celles-ci, jusqu'à l'échec de la plus restrictive (la rétention)¹⁰ :

« la directive 2008/115 (...) s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales, pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention »

Or, le texte qui va être soumis au Parlement prévoit une alternative entre les mesures coercitives, ainsi qu'en atteste la rédaction du nouvel article 6, page 72 du rapport du Sénat.

¹⁰ Serge SLAMA, « Confirmation de l'impossibilité du placement en garde à vue d'un ressortissant d'un pays tiers sur le seul fondement de son séjour irrégulier sans épuisement des mécanismes coercitifs de la directive » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 juillet 2012

Pour cette raison, et pour une meilleure lisibilité du droit, il pourrait être opportun de faire préciser dans la loi, qu'en tout état de cause, un étranger en situation irrégulière ne peut être puni d'une peine d'emprisonnement d'un an, « tant que la durée maximale de la rétention administrative n'a pas expirée »¹¹.

Par ailleurs le projet fait abstraction d'autres considérants de l'arrêt de la CJUE du 6 décembre 2011 au regard desquels :

- le nouveau délit devra non seulement respecter pleinement les droits fondamentaux (on pense en particulier aux articles 5 et 7 de la CEDH)
- **il est nécessaire de prévoir dans la définition de la nouvelle incrimination le cas dans lequel l'étranger n'est pas responsable de son non-éloignement du territoire français** parce qu'il existe « un motif justifié de non retour » (absence de délivrance de laissez passer consulaire, état de santé ne permettant pas d'être éloigné ou une prise en charge effective en cas de renvoi dans le pays de renvoi, risque d'atteinte au droit à la vie ou de tortures ou traitements inhumains et dégradants en cas de renvoi, indisponibilité des moyens de transport, etc.). Or une part importante des causes d'échec des mesures d'éloignement sont liés à ces motifs¹².

Enfin, il est regrettable que le projet de loi omette d'abroger ou de réécrire l'article L.622-4 sur la soustraction à une mesure d'éloignement alors même que dès l'arrêt *El Dridi* du 28 avril 2011¹³ il était acquis, comme l'a d'ailleurs reconnu la Chancellerie dans ses circulaires¹⁴, qu'une telle peine d'emprisonnement pour la simple soustraction à une mesure d'éloignement est susceptible de faire obstacle à la mise en œuvre des mesures et mesures coercitives prévues par la directive « retour ». Une telle peine n'est envisageable, dans l'esprit de la jurisprudence européenne, qu'à partir du moment où l'ensemble des mesures coercitives ont été épuisées, en particulier la rétention maximale de 45 jours. Dès lors **le maintien de ce délit n'a plus aucune utilité puisqu'il fait doublon avec le nouveau délit érigé par le projet de loi** à l'article L.624-1 du CESEDA.

Chapitre III

Redéfinition du délit d'aide au séjour irrégulier dit « délit de solidarité » par un élargissement des motifs d'immunité pénale

L'article 8 du projet de loi propose, non pas une suppression du délit d'aide au séjour irrégulier mais une modification substantielle du champ de l'immunité pénale de

¹¹ Cette durée est d'un maximum de 45 jours consécutif et pour les étrangers condamnés pour des infractions de nature terroriste et faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'une expulsion de 6 mois maximum.

¹² Selon les dernières statistiques disponibles, en 2008, moins d'un tiers des échecs étaient liés à l'attitude dilatoire de l'étranger. Source : « Le contentieux judiciaire des étrangers. Enquête statistique sur les décisions prononcées du 1er au 31 mai 2007 par les juges des libertés et de la détention et les cours d'appel statuant sur des demandes de prolongation du maintien en rétention ou en zone d'attente », Ministère de la Justice, direction des Affaires civiles et du Sceau, *cellule Etudes et de recherches*, janvier 2008 cité dans *Etude d'Impact du projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, mars 2010, p.62.

¹³ CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*,

¹⁴ Circulaire du 12 mai 2011 ; circulaire n°11-04-C39 du 13 décembre 2011 ; circulaire DACG-DACS 11-04-C39 du 6 juillet 2012, et Circulaire 2012NOR INT/K/12/07284/C du 6 juillet 2012

celle-ci, prévue à l'article L.622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers (CESEDA).

Rappel du droit applicable :

En l'état actuel du droit, les poursuites pénales pour aide au séjour irrégulier ne peuvent pas être engagées lorsque cette aide est procurée par le conjoint ou le concubin de l'étranger, son ascendant ou descendant (et leur conjoint), ses frères ou sœurs (et leur conjoint).

La loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration¹⁵ avait déjà étendu cette immunité à « *toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la personne de l'étranger sauf s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte* ».

Cette ouverture demeurait encore partielle dans la mesure où elle impliquait que les poursuites pénales pouvaient encore avoir lieu en l'absence d'un tel danger. En cela, elle demeurait encore critiquée par les associations de défense des étrangers, lesquelles estimaient que leur action – notamment humanitaire – et celle de leur militant pouvait encore être constitutive d'un délit¹⁶.

Contenu du projet de loi :

Le projet de loi propose d'étendre l'impossibilité de poursuites contre ce délit à « *toute personne physique ou morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que cette personne apporte (...) n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière* ».

L'élargissement de cette immunité pénale ne s'applique toutefois pas à Mayotte du fait que le droit des étrangers dans l'île fait l'objet actuellement d'une réflexion globale menée notamment par M. Alain CHRISTNACHT, Conseiller d'Etat. Enfin, le projet de loi propose d'étendre une telle immunité pénale à la famille du conjoint de l'étranger.

La Commission des lois a explicitement élargi encore cette immunité pénale aux associations prodiguant des soins.

Commentaires :

Une première lecture de ce texte laisse à penser que l'immunité pénale profite à toute action humanitaire, aux associations, à leurs militants et aux travailleurs sociaux.

Une lecture plus attentive conduit à penser toutefois que la protection de l'aide désintéressée, prévue de longue date depuis la directive européenne 2008/115, est conditionnée ici à un objectif humanitaire défini par le fait d'« *assurer des conditions*

¹⁵ Ref loi Besson

¹⁶ V. CE, réf., 15 janvier 2010, *Gisti et a.* ; CE, 19 juillet 2010, *Gisti et a.*

de vie dignes et décentes », ce qui laisse une marge de d'appréciation quant à cet objectif pour déterminer si les poursuites pénales peuvent ou pas être menées. Typiquement, l'aide juridique en vue d'obtenir un titre de séjour ou contester une décision de refus de séjour poursuit-elle l'objectif d'« *assurer des conditions de vie dignes et décentes* » ?

Si l'on peut apprécier que l'élargissement de cette immunité se fasse au profit de la famille du conjoint, il peut être regrettable qu'elle ne s'applique pas à Mayotte où certains militants associatifs ont récemment été victimes de mesures dissuasives liées à leur activité de soutien à des personnes étrangères en situation irrégulière. A ce titre, le Défenseur des droits a d'ailleurs été saisi d'une situation dans laquelle un professeur de collège, président de RESF Mayotte, s'était vu refuser illégalement le renouvellement de son affectation dans l'île. Le Tribunal administratif a depuis lors annulé cette décision de refus.

Le plus pertinent serait de calquer l'incrimination française sur celle prévu par la directive n° 2002/90/CE du 28 novembre 2002 qui définit l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. Son article 1-1 ne prescrit aux Etats de sanctionner que le fait d'aider « *sciemment* » un ressortissant d'un pays tiers d'une part à pénétrer irrégulièrement sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État et, d'autre part, à 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.

C'est ce que le Défenseur des droits a proposé d'intégrer dans le projet d'avis de la CNCDH.