



## Commentaire

### Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018

*M. Cédric H. et autre*

*(Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 11 mai 2018 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêts n<sup>os</sup> 1163 et 1164 du 9 mai) de deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) posées respectivement par M. Cédric H. et M. Pierre-Alain M. et relatives à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 622-1 et L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Dans sa décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, le Conseil constitutionnel a censuré les mots « *au séjour irrégulier* » figurant au premier alinéa de l'article L. 622-4 du CESEDA, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

Il a par ailleurs déclaré conforme à la Constitution, après avoir émis une réserve d'interprétation, le 3<sup>o</sup> de cet article.

#### **I. – Les dispositions contestées**

##### **A. – Historique et objet des dispositions contestées**

##### **1. – Le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers**

\* L'article L. 622-1 du CESEDA définit le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, que les médias et l'opinion publique connaissent mieux sous l'expression de « *délit de solidarité* » ou de « *délit d'hospitalité* »<sup>1</sup>, selon les dénominations employées par des associations pour en dénoncer l'application à

---

<sup>1</sup> L'expression est empruntée à Jacques Derrida (« Quand j'ai entendu l'expression "délit d'hospitalité"... », *Plein droit*, 1997, n° 3, réédité dans *Le Monde*, 19 janvier 2018).

certaines actions humanitaires menées sur la base d'initiatives individuelles ou collectives<sup>2</sup>.

L'incrimination de l'aide, directe ou indirecte, tendant à faciliter ou tenter de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire français trouve son origine dans un décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers, pris par le Gouvernement « Daladier ». Elle fut reprise dans les mêmes termes aux lendemains de la seconde Guerre mondiale par le Gouvernement provisoire de la République française, à l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Le premier alinéa de l'article 21 de cette ordonnance disposait initialement que « *tout individu qui, par aide directe ou indirecte, aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sera puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 2.000 F à 200.000 F* ». Les alinéas suivants prévoyaient les peines complémentaires susceptibles d'être prononcées par le tribunal correctionnel (interdiction de séjour, suspension temporaire du permis de conduire, retrait temporaire ou définitif de l'autorisation administrative d'exploiter certains services de transport, confiscation du véhicule ayant servi à commettre l'infraction).

L'incrimination prévue par le premier alinéa de l'article 21 de l'ordonnance de 1945 a fait l'objet de plusieurs modifications jusqu'à son abrogation formelle en 2004. Outre l'ajout éphémère, par la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991, de la précision suivant laquelle le tribunal pouvait se limiter à prononcer l'une des deux peines principales encourues<sup>3</sup>, le législateur est intervenu principalement pour aggraver les peines encourues au titre du délit<sup>4</sup> et en étendre l'application à des personnes ayant apporté leur aide à un étranger à partir du territoire d'un État partie à la convention « Schengen » autre que la France ou ayant facilité l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers de l'étranger sur le territoire d'un État signataire de cette convention ou du protocole additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Serge Slama, « Délit de solidarité : actualité d'un délit d'une autre époque », *LexBase Hebdo*, 20 avr. 2017.

<sup>3</sup> La loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 supprima cette précision du premier alinéa de l'article 21.

<sup>4</sup> La loi n° 94-1136 du 27 décembre 1994 a porté à cinq ans la durée maximale d'emprisonnement et supprimé la peine « plancher » d'amende encourue, dans le prolongement des dispositions générales du nouveau code pénal entré en vigueur la même année.

<sup>5</sup> Lois n° 94-1136 du 27 décembre 1994 et 2003-1119 du 26 novembre 2003. Précisons, pour être complet sur l'incrimination de l'aide au séjour irrégulier, que la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 avait prévu que ce délit serait

La refonte du droit des étrangers par l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du CESEDA<sup>6</sup> a conduit le Gouvernement à abroger l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et à transposer l'incrimination ainsi que ses déclinaisons transnationales à l'article L. 622-1 de ce code<sup>7</sup>. Cette reprise à droit constant de l'incrimination s'est donc faite indépendamment de la directive 2002/90/CE du Conseil des Communautés européennes du 28 novembre 2002<sup>8</sup>, qui incitait notamment les États membres – dont la France, à l'origine de cette directive – à distinguer l'incrimination de l'aide à l'entrée et à la circulation<sup>9</sup> irrégulières de celle de l'aide au séjour irrégulier, pour laquelle le but lucratif était expressément mentionné comme une condition de l'incrimination<sup>10</sup>.

Depuis lors, l'article L. 622-1 du CESEDA n'a été modifié qu'une seule fois, par la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012<sup>11</sup>, pour préciser en tête de ses quatre premiers alinéas que l'application du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers doit se faire « *sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4* » du même code.

\* L'examen des éléments constitutifs du délit prévu à titre principal par le premier alinéa de l'article L. 622-1 du CESEDA permet tout d'abord de constater, sur le plan matériel, que le législateur a entendu incriminer spécialement une **forme traditionnelle de complicité d'infraction ou de tentative d'infraction**, comme en témoigne la référence à « l'aide » apportée par la personne qui aura « *facilité ou*

---

également réprimé lorsque la personne aidante se trouvait « *dans l'espace international des zones aéroportuaires situées sur le territoire national* », mais la loi précitée du 26 novembre 2003 a aussitôt après supprimé cette mention en raison des difficultés d'application qu'elle était susceptible de générer.

<sup>6</sup> Ordonnance ratifiée par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

<sup>7</sup> L'ordonnance du 24 novembre 2004 a transféré à l'article L. 622-2 du CESEDA les deux derniers alinéas de l'ancien paragraphe I<sup>er</sup> de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relatifs à l'application des délits transnationaux d'aide au séjour irrégulier.

<sup>8</sup> Directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *JOCE* du 5 décembre 2002, L 328/17.

<sup>9</sup> La directive préfère le terme de « transit » à celui de « circulation ».

<sup>10</sup> Selon l'article premier de la directive européenne : « 1. Chaque État membre adopte des sanctions appropriées : / a) à l'encontre de quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un État membre à pénétrer sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État relative à l'entrée ou au transit des étrangers ; / 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. / 2. 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 ».

<sup>11</sup> Cette loi a par ailleurs abrogé le délit de séjour irrégulier d'un étranger sur le territoire français, auparavant puni à titre principal par l'article L. 621-1 du CESEDA (et avant lui par l'article 19 de l'ordonnance du 2 novembre 1945).

*tenté de faciliter* » l'entrée, la circulation ou le séjour en France d'un étranger en situation irrégulière. En effet, comme l'écrit un auteur : « *En principe, l'aide apportée à la commission d'une infraction est punissable selon les principes qui gouvernent la théorie de la complicité (C. pén., art. 121-6 et 121-7). Ces principes – et, en particulier, la nécessité d'une infraction principale punissable – imposent des limites à la répression, limites dont le législateur a entendu s'affranchir en érigeant l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers en délits autonomes* »<sup>12</sup>.

En substance, l'aide accordée à un étranger en situation irrégulière peut aisément être établie puisqu'elle est incriminée sous une forme directe comme indirecte<sup>13</sup>, et ce, quel que soit le résultat auquel elle a concrètement abouti, la tentative du délit étant réprimée au même titre que sa consommation. Une circulaire du 4 décembre 2006 a affirmé à ce propos que l'infraction était définie « *dans des termes très larges* » et 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* »<sup>14</sup>. Seule l'aide purement morale doit être exclue du champ de la répression si l'on s'en tient à une réponse ministérielle proposée par le ministre de l'Intérieur en 1996 : « *la signature de pétitions, manifestation de la liberté d'expression, ne saurait être assimilée à une aide directe, voire matérielle, à l'entrée ou au séjour irréguliers de ressortissants étrangers* »<sup>15</sup>.

Quant à l'objet de l'aide, il doit viser, suivant les cas, l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers. Si l'on admet sans difficulté que le terme « entrée » correspond au franchissement d'une frontière par la personne étrangère, il ressort de la jurisprudence que les termes de « circulation » et de « séjour » tendent à se confondre pour incriminer l'aide accordée en vue de permettre la présence, même fugace, de l'étranger sur le sol français<sup>16</sup>. Quoi qu'il en soit, l'aide doit être apportée à un moment où la personne étrangère se trouve dans une situation

---

<sup>12</sup> Marc Segonds, « Étrangers », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, Fasc. 20, 2016, § 25.

<sup>13</sup> Ainsi en est-il de l'aide active se traduisant par l'hébergement, la mise à disposition d'un logement ou d'un véhicule, la fourniture d'argent, de faux papiers ou encore d'un prête-nom. L'embauche d'ouvriers étrangers en situation irrégulière, l'organisation d'un mariage simulé ou encore la reconnaissance de paternité de complaisance ont également été admises comme des aides répréhensibles. L'aide apportée de manière passive a même pu fonder la condamnation du chef d'aide au séjour irrégulier d'un étranger à l'encontre de prévenus qui n'avaient pas fourni les renseignements nécessaires à leur nièce, devenue majeure depuis son entrée sur le territoire français, afin qu'elle puisse accomplir les démarches nécessaires en vue de sa régularisation, celle-ci n'ayant jamais été scolarisée et ne pouvant pas dès lors disposer personnellement des informations sur les démarches nécessaires (CA Paris, 12 septembre 2001, n° 00/05674, JurisData n° 2001-164813).

<sup>14</sup> Circulaire CRIM-AP n° 06-20/E1 du 4 décembre 2006.

<sup>15</sup> Rép. min. n° 381, JOAN Q du 16 septembre 1996, p. 4946.

<sup>16</sup> Sur ce point, v. Marc Segonds, *op. cit.*, § 27.

irrégulière et ne saurait dès lors donner lieu à poursuites pénales si cette dernière avait régularisé sa situation entre le moment où l'aide était envisagée et le moment où elle s'est matérialisée<sup>17</sup>. À l'inverse, le fait pour l'étranger de procéder à une régularisation postérieure à l'aide accordée n'est pas de nature à faire obstacle à la répression de l'aidant.

Sur le plan intentionnel, le délit prévu à l'article L. 622-1 du CESEDA exige la preuve de l'intention coupable de l'aidant, conformément au principe posé en la matière par le premier alinéa de l'article 121-3 du code pénal. Contrairement à ce que la directive européenne du 28 novembre 2002 l'incitait à faire, le législateur n'a pas choisi de prévoir explicitement que l'agent devait avoir « *sciemment* » apporté son aide à l'étranger. Le Conseil constitutionnel a cependant confirmé, à deux reprises, que le principe selon lequel il n'y a point de délit sans intention de le commettre s'appliquait de plein droit aux incriminations d'aide au séjour irrégulier<sup>18</sup>.

Il en résulte que l'aidant n'est punissable que si la preuve est rapportée qu'il avait connaissance de l'irrégularité de la situation de la personne étrangère<sup>19</sup> et qu'il a malgré cela eu la volonté d'aider sciemment cette dernière à entrer, circuler ou séjourner sur le territoire national<sup>20</sup>.

Aucun dol spécial n'est en revanche exigé au titre de l'élément moral du délit, le législateur ayant exclu de subordonner la répression de l'aide au séjour irrégulier à la recherche d'une finalité lucrative par l'agent. Cette absence de prise en compte de l'*animus lucri*<sup>21</sup> a été justifiée en ces termes lors des travaux préparatoires de la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, qui a modifié pour la dernière fois l'ancien article 21 de l'ordonnance de 1945 : « *la question d'intégrer la condition "de fins lucratives" s'est déjà posée lors de la transposition de l'accord de Schengen par la loi n° 94-1136 du 27 décembre 1994 portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Le législateur s'y était opposé afin de "poursuivre des agissements qui relèveraient par exemple de l'infiltration en France d'éléments*

---

<sup>17</sup> Comp. CA Paris, 10 mai 2005, n° 04/06406 : JurisData n° 2005-285174.

<sup>18</sup> Décisions n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 42, et n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 18.

<sup>19</sup> Cass. crim., 26 février 1997, n° 96-82.158.

<sup>20</sup> En ce sens, Cass. crim., 21 janvier 2004, n° 03-80.328.

<sup>21</sup> Marc Segonds, *op. cit.*, § 40.

*appartenant à des réseaux d'islamistes, terroristes ou d'espionnage". Cet argument reste topique aujourd'hui »<sup>22</sup>.*

\* Les peines encourues au titre du délit prévu à l'article L. 622-1 du CESEDA sont les mêmes pour l'aide accordée à un étranger en France, au sens de son premier alinéa, que pour les aides apportées dans un cadre transnational au sens des deuxième, troisième et quatrième alinéas.

Les personnes physiques auteurs de l'aide incriminée s'exposent ainsi à une peine d'emprisonnement de cinq ans et à une amende de 30 000 euros. Ces peines peuvent être portées à dix ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende en présence de l'une des circonstances aggravantes prévues à l'article L. 622-5 du CESEDA, tandis que des peines complémentaires sont également susceptibles d'être prononcées en application de l'article L. 622-3 du même code.

Les personnes morales peuvent également être déclarées responsables pénalement du délit en application de l'article L. 622-8 du CESEDA, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal. Elles encourent alors une amende dont le montant maximal peut être porté à 150 000 euros, ainsi que les peines complémentaires prévues par les 1<sup>o</sup> à 5<sup>o</sup>, 8<sup>o</sup> et 9<sup>o</sup> de l'article 131-39 du même code (parmi lesquelles figurent notamment la dissolution, l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales, et la confiscation<sup>23</sup>).

## **2. – Les exemptions légales**

L'ordonnance du 2 novembre 1945 n'avait pas prévu initialement d'exemptions pénales en faveur des personnes poursuivies du chef d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers.

---

<sup>22</sup> Rapport n° 949 (Assemblée nationale – XII<sup>e</sup> législature) de M. Thierry Mariani, fait au nom de la commission des lois, déposé le 18 juin 2003, p. 85.

<sup>23</sup> En cas de condamnation au titre du délit aggravé, la confiscation est susceptible d'appliquer à tout ou partie des biens de la personne morale, « *quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis* » (art. L. 622-9 du CESEDA).

\* La loi du 22 juillet 1996<sup>24</sup> a introduit deux premières **immunités familiales** au paragraphe III de l'ancien article 21 de l'ordonnance afin d'exclure les poursuites pénales du chef d'aide au séjour irrégulier d'un étranger à l'égard :

- de l'ascendant ou du descendant de l'étranger ;
- du conjoint de l'étranger, à moins que les époux ne soient séparés de corps ou autorisés à résider séparément.

Peu de temps après, la loi du 11 mai 1998<sup>25</sup> a néanmoins étendu le bénéfice des immunités familiales au conjoint des ascendants ou des descendants, aux frères et sœurs de l'étranger et à leur conjoint, ainsi qu'à la personne qui vit notoirement en situation maritale avec l'étranger.

Cette même loi a par ailleurs supprimé la condition relative à l'absence de séparation de corps ou d'autorisation de résider séparément concernant les époux. La loi du 26 novembre 2003 est ensuite revenue sur cette suppression jusqu'à ce que la loi du 31 décembre 2012 ne vienne à nouveau écartier, dans le texte du CESEDA qui a succédé à l'article 21 de l'ordonnance de 1945 (l'article L. 622-4), la condition de résidence à l'égard du conjoint de l'étranger comme du conjoint de ses ascendants ou descendants.

La loi du 31 décembre 2012 a également étendu l'application des immunités familiales aux ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec l'étranger (article L. 622-4, 2°, du CESEDA).

Aux termes du dernier alinéa de l'article L. 622-4 du CESEDA, dans sa rédaction issue de la loi du 24 juillet 2006, les immunités familiales ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint.

\* Une troisième immunité a été consacrée à compter de 2003 en faveur des personnes physiques ou morales ayant apporté une **aide à caractère humanitaire**. Dans le prolongement de la « *clause humanitaire* »<sup>26</sup> prévue par la directive

---

<sup>24</sup> Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

<sup>25</sup> Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

<sup>26</sup> GISTI, « Délit de solidarité : les origines », *Plein droit*, 2009/3, n° 82, p. I.

européenne du 28 novembre 2002<sup>27</sup>, la loi précitée du 26 novembre 2003 a tout d'abord encadré en ces termes l'immunité accordée pour ce motif :

*« Sans préjudice des articles 19 et 21 quater, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement du présent article l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait : [...] »*

*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 »* (paragraphe III de l'ancien article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu 3° de l'article L. 622-4 du CESEDA avec l'ordonnance du 24 novembre 2004).

La formulation retenue, inspirée du fait justificatif tiré de l'état de nécessité en matière pénale (article 122-7 du code pénal<sup>28</sup>), enserrait l'immunité pour motif humanitaire dans d'étroites limites du fait, notamment, de l'exigence de proportionnalité entourant l'acte reproché et de la faculté reconnue au juge d'en écarter le bénéficiaire en présence de contreparties de toute nature, et non simplement lucratives.

Pour ces raisons, certains auteurs<sup>29</sup> et organismes<sup>30</sup> ont estimé que la loi du 26 novembre 2003 n'avait transposé qu'« *a minima* » la faculté laissée aux États membres par la directive précitée 2002/90/CE du 28 novembre 2002<sup>31</sup> et qu'elle ne traduisait qu'imparfaitement le considérant par lequel le Conseil constitutionnel avait appelé, à l'occasion du contrôle *a priori* de la loi du 11 mai 1998, le juge pénal à « *interpréter strictement les éléments constitutifs de l'infraction définie par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée, notamment lorsque la personne morale en cause est une association à but non lucratif et à vocation*

---

<sup>27</sup> Cf. *supra*, le paragraphe 2 de l'article premier de cette directive.

<sup>28</sup> « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ».

<sup>29</sup> V. not. Serge Slama, art. préc.

<sup>30</sup> La Commission nationale consultative des droits de l'homme a notamment estimé, dans un avis du 19 novembre 2009, que « *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 européens, que sont exclues de l'incrimination les actions sans but lucratif* » (Avis sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, p. 3).

<sup>31</sup> Cette directive offre la possibilité aux États membres de ne pas imposer de sanction lorsque l'aide est apportée à des fins humanitaires (point 2 de l'article 10 : « *2. 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* »).



*humanitaire, ou une fondation, apportant, conformément à leur objet, aide et assistance aux étrangers* »<sup>32</sup>.

Certains parlementaires ont également estimé que la rédaction de cette immunité était « *trop restrictive pour protéger du risque de poursuites pénales les personnes manifestant de façon désintéressée, de quelque façon que ce soit, leur solidarité à l'égard d'un étranger en situation irrégulière* »<sup>33</sup>.

Pour répondre à ces critiques, la loi du 31 décembre 2012 a procédé à un double élargissement de l'immunité prévue par le 3° de l'article L. 622-4 du CESEDA<sup>34</sup> :

– d'une part, en étendant le bénéfice de cette immunité non seulement à la fourniture « *de conseil 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* », mais aussi à « *toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci* » ;

– d'autre part, en supprimant la réserve tirée de l'existence d'une « *disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ».

Sous cette nouvelle forme, l'immunité à caractère humanitaire a pu être présentée par un auteur comme « *un fait justificatif qui comprend deux éléments : le désintéressement du bon Samaritain et le motif qui inspire son secours* »<sup>35</sup>. Elle se distingue néanmoins d'un fait justificatif « classique » en ce que la jurisprudence impose au juge de s'assurer de l'existence d'une contrepartie pour pouvoir en écarter l'application, dispensant ainsi le prévenu d'avoir à rapporter lui-même la preuve de son désintéressement<sup>36</sup>.

À l'instar des autres causes d'exemption pénale prévues par l'article L. 622-4 du CESEDA, l'immunité pour motif humanitaire est en outre limitée à l'aide au séjour irrégulier, à l'exclusion donc de l'aide accordée à l'entrée ou à la circulation

---

<sup>32</sup> Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, cons. 8.

<sup>33</sup> Rapport n° 85 (Sénat – 2012-2013) de M. Gaëtan Gorce, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 octobre 2012, p. 45.

<sup>34</sup> Entretemps, le 3° de l'article L. 622-4 du CESEDA avait été légèrement modifié par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 qui avait remplacé les mots : « *sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger* » par ceux de « *sauvegarde de la personne de l'étranger* ».

<sup>35</sup> Jacques-Henri Robert, note sous Cass. crim., 4 mars 2015, n° 13-87.185, *Droit pénal*, 2015, comm. 66.

<sup>36</sup> *Ibid.*

irrégulières, quel qu'en soit le mobile. L'exclusion voulue<sup>37</sup> de ces actes d'aide du champ de l'immunité a pu être regrettée par certains sénateurs, qui considéraient que la loi du 31 décembre 2012 n'avait pas pour effet d'abroger le « *délit de solidarité* » et que la modification de l'immunité n'allait ainsi « *pas au bout de sa logique* »<sup>38</sup>.

## **B. – Origine des QPC et question posée**

Deux requérants étaient à l'origine de la présente QPC. Tous deux avaient été poursuivis du chef d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'étrangers en France.

– M. Cédric H. avait été condamné en première instance, puis en appel, à une peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis pour avoir pris en charge, en qualité de « *porte-parole* » de plusieurs associations humanitaires locales, des migrants en situation irrégulière. La cour d'appel lui avait refusé le bénéfice de l'immunité pénale au motif que l'hébergement fourni « *n'avait pas pour but de leur fournir des conseils des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins ni de préserver leur intégrité physique, aucune atteinte d'une telle gravité n'étant objectivée. Les actions de Cédric H. s'inscrivaient de manière plus générale, comme il l'a lui-même revendiqué et affirmé clairement à plusieurs reprises, dans une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration* » ;

– M. Pierre-Alain M. avait été relaxé en première instance, puis condamné en appel à une peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis pour avoir transporté et hébergé chez lui trois migrants. La cour d'appel lui avait également refusé le bénéfice de l'immunité pénale pour des motifs similaires.

Les requérants avaient formé un pourvoi en cassation au soutien duquel ils avaient déposé une QPC ainsi formulée :

---

<sup>37</sup> M. Manuel Valls, alors ministre de l'intérieur, a pu déclarer en ce sens durant les débats parlementaires que « *l'aide à l'entrée irrégulière diffère du délit de solidarité : elle ne soulage pas une situation douloureuse constatée sur le territoire, mais vise à y faire entrer irrégulièrement l'étranger, ce qui constitue une infraction. Préméditée, elle est le fait de filières clandestines et non de particuliers ou de militants associatifs. C'est pourquoi il doit demeurer bien clair que les immunités pénales prévues à l'article L.622-4 ne doivent pas être étendues à l'aide à l'entrée et à la circulation irrégulières* » (séance du 11 décembre 2012, compte rendu intégral des débats).

<sup>38</sup> Laurence Cohen, séance du 8 novembre 2012, compte rendu intégral des débats.

*« En édictant les dispositions combinées des articles L. 622-1 et L. 622-4 du code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile, en ce que, d'une part, elles répriment le fait pour toute personne d'avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France même pour des actes purement humanitaires qui n'ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et, d'autre part, elles ne prévoient une possible exemption qu'au titre du seul délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France et non pour l'aide à l'entrée et à la circulation, le législateur a-t-il porté atteinte au principe constitutionnel de fraternité, au principe de nécessité des délits et des peines et au principe de légalité des délits et des peines ainsi qu'au principe d'égalité devant la justice garantis respectivement par les articles 8 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? ».*

Par les arrêts précités du 9 mai 2018 (n<sup>os</sup> 17-85.736 et 17-85.737), la chambre criminelle de la Cour de cassation avait renvoyé les QPC au Conseil constitutionnel après avoir estimé que *« la question, en ce qu'elle tend à ériger en principe constitutionnel, la fraternité, qualifiée d'idéal commun par le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, et reconnue comme l'une des composantes de la devise de la République par l'article 2 de ladite Constitution, principe que méconnaîtraient les dispositions législatives contestées, présente un caractère nouveau ».*

## **II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées**

Les requérants, rejoints par les parties intervenantes, soutenaient tout d'abord que les dispositions renvoyées méconnaissaient le principe de fraternité en raison, d'une part, de ce que l'immunité prévue par le 3<sup>o</sup> de l'article L. 622-4 du CESEDA s'appliquait uniquement lorsque la personne était mise en cause pour aide au séjour irrégulier, et non pour aide à l'entrée et à la circulation d'un étranger en situation irrégulière sur le territoire français. D'autre part, elles reprochaient à ces dispositions de méconnaître ce même principe dès lors qu'elles ne prévoyaient pas d'immunité en cas d'aide au séjour irrégulier pour tout acte purement humanitaire n'ayant donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte.

Les parties requérantes et intervenantes considéraient ensuite, pour ces mêmes motifs, que les dispositions renvoyées étaient contraires aux principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines. Les requérants soutenaient par ailleurs que ces dispositions violaient le principe de légalité des délits et des peines en ce que les termes du 3<sup>o</sup> de l'article L. 622-4 du CESEDA étaient insuffisamment précis.

Enfin, les parties requérantes et intervenantes estimaient que le principe d'égalité devant la loi était méconnu dès lors que seule l'aide au séjour d'un étranger en situation irrégulière pouvait faire l'objet de l'exemption en cause, et non l'aide à l'entrée ou à la circulation d'un étranger en situation irrégulière.

Par conséquent, le Conseil constitutionnel a jugé que la QPC portait uniquement sur les mots « *au séjour irrégulier* » figurant au premier alinéa de l'article L. 622-4 du CESEDA, ainsi que sur le 3° de ce même article (paragr. 6).

### **A. – La jurisprudence constitutionnelle quant au délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers**

Le Conseil constitutionnel a connu, directement ou indirectement, à plusieurs reprises du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers.

\* Le Conseil constitutionnel a tout d'abord examiné le délit d'aide au séjour irrégulier au regard du principe de légalité des délits et des peines. Ce principe, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, pose une exigence pesant sur un texte d'incrimination : la définition d'une infraction et des peines qui la répriment doit être faite en des termes « *suffisamment clairs et précis* ». « *Cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* »<sup>39</sup>.

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel censure des dispositions pénales insuffisamment précises. Tel n'a pas été le cas du délit d'aide au séjour irrégulier, dans sa rédaction résultant de l'ancien article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945<sup>40</sup>, pour lequel le Conseil a jugé, dans sa décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, que le principe de légalité des délits et des peines était respecté : « *Considérant qu'il revient au législateur, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers et qui*

---

<sup>39</sup> Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 8. Cf. s'agissant de la peine : décision n° 2017-630 QPC du 19 mai 2017, *M. Olivier D. (Renvoi au décret pour fixer les règles de déontologie et les sanctions disciplinaires des avocats)*, paragr. 6.

<sup>40</sup> Le délit était ainsi rédigé : « *I. - Toute personne qui, alors qu'elle se trouvait en France, aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 200 000 F. [...] III. - Sans préjudice de l'article 19, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement du présent article l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait : / 1° D'un ascendant ou d'un descendant de l'étranger ; / 2° Du conjoint de l'étranger, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément.* »

*peuvent notamment justifier un régime de sanctions pénales, de fixer, dans le respect des principes constitutionnels, les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; que les infractions telles que prévues par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sont définies dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire ; que cette définition n'est pas de nature, en elle-même, à mettre en cause le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine; qu'ainsi les moyens formulés par les sénateurs auteurs de la première saisine doivent être écartés »<sup>41</sup>.*

Ainsi, le Conseil constitutionnel a contrôlé le délit d'aide au séjour irrégulier, non seulement au regard du principe de légalité, mais aussi du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, qu'il avait consacré deux ans plus tôt<sup>42</sup>.

Le Conseil constitutionnel juge également que « *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis* »<sup>43</sup>. Par suite, le législateur ne peut s'en remettre au pouvoir réglementaire pour déterminer la portée d'un délit. Le Conseil a ainsi censuré, dans sa décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, une disposition de la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile qui prévoyait que les dispositions sur l'aide au séjour irrégulier n'étaient pas « *applicables aux associations à but non lucratif à vocation humanitaire, dont la liste est fixée par arrêté du ministre de l'intérieur, et aux fondations, lorsqu'elles apportent, conformément à leur objet, aide et assistance à un étranger séjournant irrégulièrement en France* ». Le Conseil a jugé qu'une telle disposition « *fait dépendre le champ d'application de la loi pénale de décisions administratives* » : « *nonobstant le pouvoir du juge pénal d'apprécier, conformément aux dispositions de l'article 111-5 du code pénal, la légalité de tout acte administratif, ladite disposition porte atteinte au principe de légalité des délits et des peines et*

---

<sup>41</sup> Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 précitée, cons. 11.

<sup>42</sup> Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2.

<sup>43</sup> Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010 précitée, cons. 8.

*méconnaît l'étendue de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution »<sup>44</sup>.*

Le Conseil constitutionnel a relevé, dans cette même décision, « *qu'il appartient au juge, conformément au principe de légalité des délits et des peines, d'interpréter strictement les éléments constitutifs de l'infraction définie par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée, notamment lorsque la personne morale en cause est une association à but non lucratif et à vocation humanitaire, ou une fondation, apportant, conformément à leur objet, aide et assistance aux étrangers* »<sup>45</sup>.

Dans sa décision n° 2003-484 DC, saisi au regard du principe de légalité des délits et des peines de l'incrimination, par la loi déférée, de l'aide à l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier d'un étranger sur le territoire d'un État partie à une convention internationale contre le trafic illicite de migrants, le Conseil valide la disposition et rappelle « *que de telles incriminations, établies par la loi pénale française en application des conventions internationales à laquelle la France est partie, ne se heurtent à aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ; que leur est de plein droit applicable le principe énoncé à l'article 121-3 du code pénal selon lequel il n'y a point de délit sans intention de le commettre* »<sup>46</sup>.

\* Le Conseil constitutionnel a également confronté, indirectement, le délit d'aide au séjour irrégulier aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines. Ceux-ci procèdent également de l'article 8 de la Déclaration de 1789, selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. En outre, aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant « *la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* ». Le Conseil constitutionnel en déduit que « *si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »<sup>47</sup>. Il s'agit donc d'un contrôle restreint.

---

<sup>44</sup> Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998 précitée, cons. 7.

<sup>45</sup> *Ibid.*, cons. 8.

<sup>46</sup> Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 précitée, cons. 23.

<sup>47</sup> Par exemple : décision n° 2013-318 QPC du 7 juin 2013, *M. Mohamed T. (Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur)*, cons. 18.

Dans sa décision précitée du 16 juillet 1996, le Conseil a, d'une part, validé au regard de ce fondement (ainsi que du principe d'égalité : voir *infra*) les peines dont étaient alors passibles, faute d'exemption du délit d'aide au séjour irrégulier, les frères, sœurs et concubins de l'étranger<sup>48</sup>. Il a, d'autre part, censuré pour disproportion manifeste la disposition par laquelle le législateur entendait faire entrer le délit d'aide au séjour irrégulier dans le champ des actes de terrorisme, tels qu'ils sont définis et réprimés par l'article 421-1 du code pénal : « *Considérant qu'à la différence des infractions énumérées à l'article 421-1 du code pénal, l'article 21 incrimine non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière ; que ce comportement n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste ; qu'au demeurant lorsque cette relation apparaît, ce comportement peut entrer dans le champ de la répression de la complicité des actes de terrorisme, du recel de criminel et de la participation à une association de malfaiteurs prévue par ailleurs ; qu'en outre la qualification d'acte de terrorisme a pour conséquence non seulement une aggravation des peines mais aussi l'application de règles procédurales dérogatoires au droit commun ;*

« *Considérant que dans ces conditions, en estimant que l'infraction définie par les dispositions de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée est susceptible d'entrer dans le champ des actes de terrorisme tels qu'ils sont définis et réprimés par l'article 421-1 du code pénal, le législateur a entaché son appréciation d'une disproportion manifeste ; que dès lors, en tant qu'il insère à l'article 421-1 du code pénal les mots "l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger, définie à l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France", l'article 1<sup>er</sup> de la loi est contraire à la Constitution* »<sup>49</sup>.

\* Dans sa décision n° 2004-492 DC, examinant l'application de règles relatives à la criminalité et à la délinquance organisée au délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers, le Conseil constitutionnel a jugé « *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*

---

<sup>48</sup> Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 précitée, cons. 13.

<sup>49</sup> Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 précitée, cons. 8-9.

*121-3 du même code, selon lequel il n'y a point de délit sans intention de le commettre »<sup>50</sup>.*

\* Enfin, dans sa décision n° 96-377 DC précitée, la restriction du champ des immunités à certains membres de la famille de l'étranger a été contrôlée au regard du principe d'égalité : le Conseil constitutionnel a considéré « *qu'eu égard à l'objectif qu'il s'est fixé tendant à concilier la prise en compte à titre humanitaire de situations juridiquement protégées et sa volonté de ne pas faciliter l'immigration clandestine, le législateur a pu, sans méconnaître le principe d'égalité, faire bénéficier d'une immunité pénale les ascendants, descendants et conjoints sans l'étendre aux frères et sœurs ainsi qu'aux concubins* »<sup>51</sup>.

## **B. – Le grief tiré de la méconnaissance du principe de fraternité**

La décision commentée a donné l'occasion au Conseil constitutionnel de se prononcer pour la première fois sur la valeur constitutionnelle du principe de fraternité.

### **1. – La reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de fraternité**

\* S'il n'avait jusqu'à présent pas bénéficié d'une reconnaissance jurisprudentielle, le principe de fraternité pouvait compter sur un triple ancrage constitutionnel dont les racines historiques remontaient pour l'essentiel à la Révolution :

– le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 qualifie tout d'abord la fraternité, au même titre que la liberté et l'égalité, d'« *idéal commun* » sur lequel sont fondées les institutions nouvelles offertes aux territoires d'outre-mer manifestant leur volonté d'y adhérer (soit la « *Communauté* » alors instituée aux articles 77 à 87, abrogés en 1995<sup>52</sup>) ;

– le quatrième alinéa de l'article 2 de Constitution reconnaît ensuite la fraternité comme l'une des composantes de la devise de la République ;

---

<sup>50</sup> Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 18.

<sup>51</sup> Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 précitée, cons. 13.

<sup>52</sup> Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires.



– le premier alinéa de l'article 72-3 dispose enfin que « *la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* ».

La réunion des trois termes « *liberté, égalité, fraternité* » est fort ancienne, mais c'est sous la Révolution que ces termes s'imposent comme éléments constitutifs d'une devise. Tombée en désuétude sous le Directoire, cette dernière renaît avec la Seconde République et devient la devise officielle du régime. La fraternité est également mentionnée à deux reprises dans le Préambule de la Constitution de 1848, qui dispose que les citoyens « *doivent concourir au bien-être commun en s'entraidant fraternellement les uns les autres* » et que la République « *doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler* ». Effacée sous l'Empire, la fraternité est à nouveau un élément de la devise officielle depuis la III<sup>ème</sup> République (à l'exception de la période du régime de Vichy où elle avait été remplacée par le triptyque « *Travail, Famille, Patrie* »). Rétablie par la Constitution de 1946, en son article 2, elle a été reprise par la Constitution de 1958, sans d'ailleurs susciter une quelconque discussion dans les travaux préparatoires<sup>53</sup>.

Compte tenu notamment des dispositions constitutionnelles rappelées ci-dessus, plusieurs auteurs ont pris la plume en faveur de la reconnaissance par la jurisprudence constitutionnelle d'un principe de fraternité.

M. Guy Canivet fait ainsi valoir que « *la devise républicaine est une composante de la souveraineté, c'est-à-dire un élément propre au système normatif national, une condition de la légitimité du pouvoir ; c'est l'idéal que le peuple français assigne aux pouvoirs constitutionnels, le souffle inspirateur, l'âme, la force impulsive des institutions, une sorte de constitutionnalité supérieure pour ne pas parler de supra-constitutionnalité* » et que « *l'idée selon laquelle la fraternité se révélerait incapable de légitimer et de fonder des droits et obligations juridiquement contraignants est démentie aussi bien par l'analyse historique que par la théorie juridique* »<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Jean Portermer, « La souveraineté », in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V<sup>e</sup> République, *Documents pour service à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 4, *Commentaires sur la Constitution*, La documentation française, 2001, p. 218.

<sup>54</sup> Guy Canivet, « La fraternité dans le droit constitutionnel français », in *Responsabilité, fraternité et développement durable en droit. En mémoire de l'honorable Charles Doherty Gonthier*, LexisNexis, 2012, p. 465-466.

M. Jean-Claude Colliard proposait pour sa part d'inscrire l'émergence juridique des trois termes de la devise nationale dans une construction historique : les XVIII<sup>ème</sup> et XIX<sup>ème</sup> siècles auraient permis la construction de la notion de liberté, les XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> celle de l'égalité et viendrait maintenant le temps de la fraternité<sup>55</sup>.

De la même manière, Michel Borgetto, dans sa thèse consacrée à ce principe, fait valoir que « *Compte tenu tout à la fois de sa présence au sein de la devise nationale, de l'insertion de celle-ci au sein de la Constitution et de la référence expresse qui y est faite dans certaines dispositions de celle-ci, la fraternité peut et doit donc se saisir, dans cette perspective, comme un principe à part entière du droit public français, ayant vocation à inspirer et à légitimer un certain nombre de solutions dans plusieurs domaines bien déterminés* »<sup>56</sup>.

Pour les auteurs favorables à sa reconnaissance, ce principe aurait deux faces :

- l'une, de dimension collective, fondée sur l'exigence de **solidarité**<sup>57</sup> ;
- l'autre, de dimension individuelle (ou plus précisément interindividuelle), fondée sur l'exigence de **tolérance** à l'égard, par exemple, des formes d'entraide apportées à des personnes en détresse en dépit de leur caractère délictueux.

\* Le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur les trois fondements textuels précités pour reconnaître la valeur constitutionnelle du principe de fraternité : « *Aux termes de l'article 2 de la Constitution : "La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité »". La Constitution se réfère également, dans son préambule et dans son article 72-3, à l'"idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité". Il en ressort que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle* » (paragr. 7).

En se référant d'abord à l'article 2 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a exprimé l'importance devant être accordée à la devise de la République.

Par ailleurs, la formule retenue par le Conseil constitutionnel, consistant à citer la base constitutionnelle de laquelle il « *ressort* » le principe constitutionnel ainsi reconnu, avait déjà été utilisée à plusieurs reprises, notamment lorsque le Conseil

---

<sup>55</sup> Jean-Claude Colliard, « Liberté, égalité, fraternité » in *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996.

<sup>56</sup> Michel Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, 1993, LGDJ.

<sup>57</sup> Guy Canivet, article précité, p. 465-466.

<sup>57</sup> Jean-Claude Colliard, article précité.

constitutionnel a consacré le principe à valeur constitutionnelle de dignité de la personne humaine<sup>58</sup>.

Le Conseil constitutionnel a ensuite tiré une première conséquence de la consécration constitutionnelle de ce principe en affirmant qu'« *il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* » (paragr. 8). Par cette formulation, le Conseil a souligné, d'une part, la dimension humanitaire des actes d'entraide susceptibles d'être protégés en application du principe de fraternité. D'autre part, il a donné à la « *liberté d'aider autrui* » une portée générale qui doit conduire à rejeter les distinctions qui pourraient, dans ce cadre humanitaire, être fondées - sur la régularité du titre de séjour.

La mise en évidence de cette liberté n'épuise pas nécessairement le contenu du principe de fraternité, qui pourra éventuellement trouver d'autres applications à l'avenir.

Si le Conseil constitutionnel a puisé dans le principe de fraternité une liberté d'entraide bénéficiant notamment aux étrangers, il a dans le même temps rappelé que, selon sa jurisprudence constante, « *aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. En outre, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle* » (paragr. 9).

Comme la liberté personnelle, le principe de fraternité peut être concilié avec d'autres exigences constitutionnelles. Ainsi, dans le prolongement de sa jurisprudence relative à la liberté d'aller et de venir des étrangers<sup>59</sup>, le Conseil a précisé qu'« *il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre le principe de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public* » (paragr. 10).

---

<sup>58</sup> Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2.

<sup>59</sup> V. notamment les décisions n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 64 et n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 précitée, cons. 28.

## 2. – L'application à l'espèce

Pour contrôler le respect de la conciliation entre ces exigences constitutionnelles, le Conseil constitutionnel a tout d'abord rappelé l'objet des dispositions contestées : il s'agit de permettre aux personnes mises en cause sur le fondement du délit d'aide au séjour irrégulier d'échapper à des poursuites pénales en présence de l'une des causes d'exemptions prévues par l'article L. 622-4 du CESEDA. Si « *les 1° et 2° de cet article excluent toute poursuite pénale de ce chef lorsque l'aide est apportée par la proche famille de l'étranger ou par celle de son conjoint ou de la personne qui vit en situation maritale avec lui* » (paragr. 11), l'immunité pénale prévue par le 3° de ce même article bénéficie quant à elle « *à toute personne physique ou morale ayant apporté une telle aide à un étranger lorsque cet acte "n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci"* » (même paragr.).

Le Conseil a ensuite examiné le grief tiré de la méconnaissance du principe de fraternité en distinguant la limitation de l'exemption pénale pour motif humanitaire à la seule aide au séjour irrégulier, qui résultait des mots « *au séjour irrégulier* » figurant au premier alinéa de l'article L. 622-4, et sa limitation aux seuls actes d'aide énumérés au 3° de cet article.

\* S'agissant, en premier lieu, de la limitation de l'exemption pénale pour motif humanitaire à la seule aide au séjour irrégulier, le Conseil constitutionnel a relevé qu'« *il résulte des dispositions contestées du premier alinéa de l'article L. 622-1, combinées avec les dispositions contestées du premier alinéa de l'article L. 622-4 que toute aide apportée à un étranger afin de faciliter ou de tenter de faciliter son entrée ou sa circulation irrégulières sur le territoire national est sanctionnée pénalement, quelles que soient la nature de cette aide et la finalité poursuivie. Toutefois, l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation n'a pas nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à son entrée, de faire naître une situation illicite* » (paragr. 12).

Le Conseil constitutionnel a donc estimé que le législateur pouvait légitimement, au regard de l'exigence constitutionnelle de fraternité, distinguer l'aide apportée à l'entrée irrégulière de celle apportée au séjour irrégulier. En effet, celui dont l'aide consiste à contribuer à l'entrée d'un étranger ne disposant pas du droit à séjourner sur le territoire national crée par principe une situation irrégulière. En revanche, dès

lors que l'étranger est déjà présent sur le territoire, l'aide qui lui est apportée n'a pas une telle conséquence. Cette aide peut tout au plus être vue comme contribuant à maintenir une situation irrégulière. Le Conseil constitutionnel a donc jugé implicitement que le législateur pouvait, sans méconnaître le principe de fraternité, ne pas prévoir d'exemption pénale pour l'aide à l'entrée irrégulière, y compris lorsque celle-ci est motivée par un but humanitaire. Il doit toutefois être rappelé que l'aide à l'entrée irrégulière n'est pas pénalement réprimée lorsque l'acte constitutif de l'aide est, compte tenu d'un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la personne dès lors que cela constitue alors, en application de l'article 122-7 du code pénal relatif à l'état de nécessité, une cause d'irresponsabilité pénale.

En revanche, il n'en est pas de même de l'aide à la circulation irrégulière, laquelle est susceptible de se confondre avec l'aide au séjour dans la mesure où elle suppose nécessairement que la personne étrangère en situation irrégulière se trouve déjà sur le territoire national. Comme exposé *supra*, les deux notions de circulation et de séjour ne sont d'ailleurs pas toujours clairement distinguées par la jurisprudence. Ainsi, dans une affaire mettant en cause un chauffeur de taxi aidant des immigrés clandestins à gagner la Grande-Bretagne, il a pu être observé que « *ni les juges du fond ni la Cour de cassation n'allèguent de telles circonstances qui rendraient plus délictueuse l'activité litigieuse. Ils ne cherchent pas non plus à dissocier la "circulation", évidemment établie et le "séjour", plus discutable, mais il est vrai que si les étrangers "circulent" sur le territoire ils y "séjournent" nécessairement* »<sup>60</sup>.

En outre, l'aide à la circulation irrégulière recouvre une disparité de situations, dans lesquelles cette circulation est plus ou moins rattachable au séjour irrégulier.

C'est pourquoi le Conseil constitutionnel a considéré qu'« *en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* » (paragr. 13). Le Conseil a donc jugé qu'une exemption pénale était nécessaire pour les actes d'aide à la circulation irrégulière, lorsque celle-ci constitue l'accessoire de l'aide au séjour, si ces actes ont par ailleurs un but humanitaire.

---

<sup>60</sup> Jacques-Henri Robert, « Taxi pour Douvres », note sous Cass. crim., 21 janvier 2004, n° 03-80328, *Droit pénal*, 2004, comm. 87.

Par suite, il a déclaré contraires à la Constitution les mots « *au séjour irrégulier* » figurant au premier alinéa de l'article L. 622-4 du CESEDA, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs à l'encontre de ces dispositions, en particulier celui tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi.

\* S'agissant, en second lieu, de la limitation de l'exemption pénale pour motif humanitaire à certains actes d'aide, le Conseil constitutionnel a recensé les différentes formes que cette aide devait revêtir pour permettre à l'aidant de bénéficier de l'immunité : « *Il résulte du 3° de l'article L. 622-4 que, lorsqu'il est apporté une aide au séjour à un étranger en situation irrégulière sur le territoire français, sans contrepartie directe ou indirecte, par une personne autre qu'un membre de la famille proche de l'étranger ou de son conjoint ou de la personne vivant maritalement avec celui-ci, seuls les actes de conseils juridiques bénéficient d'une exemption pénale quelle que soit la finalité poursuivie par la personne apportant son aide. Si l'aide apportée est une prestation de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux, la personne fournissant cette aide ne bénéficie d'une immunité pénale que si cette prestation est destinée à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger. L'immunité n'existe, pour tout autre acte, que s'il vise à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger* » (paragr. 14).

Les requérants contestaient le caractère limitatif de cette liste et le fait qu'elle n'incluait pas les actes ayant une fin humanitaire. Faisant partiellement droit à l'argumentation des requérants, le Conseil a jugé que cette liste, et notamment la mention de « *tout acte destiné à assurer des conditions de vie dignes et décentes* » pouvait être interprétée comme ne couvrant pas tout acte ayant une fin humanitaire. Or, il a estimé que le principe de fraternité imposait que tout acte d'aide au séjour ayant un but humanitaire bénéficie d'une exemption pénale. C'est pourquoi il a formulé une réserve d'interprétation visant à étendre le champ de l'exemption pénale à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire : « *Toutefois, ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant en outre à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire* » (même paragr.). Le principe de fraternité impose donc que bénéficient de l'exemption pénale tous les actes d'aide apportée à des fins humanitaires, qu'ils consistent à faciliter ou tenter de faciliter le séjour en France d'un étranger en situation irrégulière ou, comme il se déduit de la censure prononcée plus haut dans la décision, à faciliter ou tenter de faciliter sa circulation lorsque celle-ci constitue seulement « *l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger* ».

En émettant cette réserve, le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas épuisé la question des limites exactes de l'immunité en matière d'aide au séjour et à la circulation des étrangers. En effet, il appartiendra au législateur, s'il entend intervenir à nouveau sur cette question, et, en tout état de cause, aux juridictions compétentes, de déterminer comment doit exactement être apprécié le « *but humanitaire* » et dans quelle mesure celui-ci peut se combiner avec des actions à visées « militantes ».

Sous cette réserve, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur n'avait pas opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Il a par conséquent écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe de fraternité par les dispositions du 3° de l'article L. 622-4 du CESEDA (paragr. 15).

### **C. – Les griefs tirés de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines et de ceux de nécessité et de proportionnalité des peines**

Après avoir rappelé les formulations habituelles relatives au principe de légalité des délits et des peines (paragr. 16 et 17) et aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines (paragr. 18), le Conseil constitutionnel a écarté successivement les griefs tirés de la méconnaissance de ces principes.

Le Conseil a considéré, d'une part, qu'aucune atteinte au principe de légalité ne pouvait être relevée dès lors que « *les dispositions du 3° de l'article L. 622-4 ne revêtent pas un caractère équivoque et sont suffisamment précises pour garantir contre le risque d'arbitraire* » (paragr. 19).

S'appuyant sur la réserve d'interprétation émise en application du principe de fraternité, il a jugé, d'autre part, que les principes de nécessité et de proportionnalité des peines n'étaient pas non plus méconnus (paragr. 20).

En définitive, sous la réserve énoncée, le Conseil constitutionnel a jugé que « *le 3° de l'article L. 622-4, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclaré conforme à la Constitution* » (paragr. 21).

### **D. – Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité**

Le Conseil constitutionnel a différé l'effet dans le temps de la censure qu'il a prononcée. Dans la mesure où l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait eu pour effet d'étendre les exemptions pénales prévues par l'article L. 622-4

du CESEDA aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter non seulement la circulation irrégulière, mais aussi l'entrée irrégulière sur le territoire français, il a jugé que cette abrogation aurait eu des conséquences manifestement excessives. Le Conseil a donc reporté au 1<sup>er</sup> décembre 2018 la date de l'abrogation des dispositions contestées (paragr. 23).

Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la décision commentée, le Conseil constitutionnel a par ailleurs assorti le report de l'abrogation d'une réserve transitoire selon laquelle « *l'exemption pénale prévue au 3° de l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile doit s'appliquer également aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter [...] la circulation constituant l'accessoire du séjour d'un étranger en situation irrégulière en France lorsque ces actes sont réalisés dans un but humanitaire* » (paragr. 24).