

## Chronique de Droit pénal de la police des étrangers

Marion LACAZE, MCF à l'Université de Bordeaux (ISJC – EA 4601)

1. Source d'un contentieux de masse<sup>1</sup>, le droit des étrangers se caractérise également par sa complexité et sa grande instabilité. Déplorée par le Conseil d'État dans son avis<sup>2</sup> relatif à ce qui deviendra la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, la succession des réformes rend la matière d'autant plus illisible<sup>3</sup> et imprévisible que celle-ci est largement encadrée par le droit de l'Union européenne et qu'elle est susceptible d'affecter de nombreux droits et libertés fondamentaux. On compte alors de nombreuses décisions, fruits de recours individuels ou associatifs, mettant en cause certaines pratiques dans le cadre de la lutte contre l'immigration irrégulière elle-même, ou faisant valoir les risques encourus par les personnes en cas de mise en œuvre d'une décision de reconduite à la frontière<sup>4</sup>. L'objet de la présente chronique est limité aux aspects de droit répressif substantiel mais on peut signaler que la procédure administrative coercitive a connu un important durcissement ces derniers mois, en particulier s'agissant du champ d'application et de la durée de la rétention administrative<sup>5</sup>. Parfois jugés décevants quant au nombre d'étrangers effectivement éloignés, les résultats de la fermeté accrue du droit de la police des étrangers sont déjà observables s'agissant du nombre de personnes retenues<sup>6</sup>.

Pour ce qui est de l'actualité des derniers mois en droit pénal de fond<sup>7</sup>, nous reviendrons sur la pénalisation de l'entrée irrégulière dans le contexte du rétablissement aux frontières intérieures de l'Union (I) et sur la répression des actes d'aide aux étrangers en situation irrégulière (II).

### I. La pénalisation de l'entrée irrégulière

**Cass. Civ. 1 12 juillet 2017, n°16-22.548, Publié au bulletin  
CJUE, Gr ch., 19 mars 2019, C-444/17, Arib  
Cass. Civ. 1, 13 juin 2019, n°16-22548, Publié au bulletin**

2. **Contexte.** L'état du droit relatif au domaine possible l'emprisonnement – et, partant, du recours à la garde à vue- en cas d'entrée irrégulière depuis une frontière intérieure à l'espace Schengen est désormais à peu près clairement établi en « *temps normal* »<sup>8</sup>. Une incertitude demeurait néanmoins quant aux conséquences du rétablissement temporaire des contrôles aux frontières intérieures<sup>9</sup> : celui-ci permet-il de « paralyser » les restrictions posées par la directive « retour »<sup>10</sup> ou bien celle-ci

<sup>1</sup> En 2017, les juridictions administratives ont enregistré 81 473 affaires en matière d'éloignement et les juridictions judiciaires ont rendu 48 370 décisions. V. J. GIRAUD et al., *Rapport AN* n°19905, ann. 28, 5 juin 2019, p. 36.

<sup>2</sup> CE, avis n°394.206, 15 fév. 2018.

<sup>3</sup> Notons que l'article 52 de la loi précitée habilite le gouvernement à intervenir par voie d'ordonnances pour procéder à une nouvelle codification afin d'y remédier.

<sup>4</sup> V. et comp. not. CEDH 1 fév. 2018, n° 9373/15, *M. A. c/ France* et CEDH, 29 avril 2019, n° 12148/18, *A.M. c/ France*, *Dalloz*, 27 juin 2019, p. 1319, note F. SAFI ; *AJDA* n°30, 2019, p. 1764, note C. Gauthier.

<sup>5</sup> V. loi n° 2018-187 du 20 mars 2018 pour les demandeurs d'asile et loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 sur la durée.

<sup>6</sup> V. CIMADE et al., *Rapport 2018*, 4 juin 2019, p. 13 : 45 000 personnes ont été placées en rétention en 2018 pour une durée moyenne de 14,6 jours dont 26 614 en métropole et 19 237 en Outre-Mer (pour une durée moyenne de 4,6 jours). Le rapport au parlement précité fait état de chiffres similaires, données à mettre en perspective avec le nombre de mesures d'assignation à résidence, qui reste faible malgré une forte progression : 18 302 en 2018. V. J. GIRAUD et al., *Rapport AN* n°19905, préc.

<sup>7</sup> Sur l'évolution antérieure, v. Chron. *RPDP* n°3, juill.-sept. 2018, p. 681-710.

<sup>8</sup> V. CJUE, gr. ch., 7 juin 2016, C-4715, *Affum* ; Cass. Crim. 9 nov. 2016, n°13-28349, *Publié au bulletin* ; chron. *RPDP* n°3-2018, préc. n°12 et s.

<sup>9</sup> V. *Ibid.* notes 23 et 24. Rappelons que la France a rétabli ces contrôles depuis le 13 novembre 2015, mesure renouvelée à plusieurs reprises et, à ce jour, au moins jusqu'au 31 octobre 2019.

<sup>10</sup> Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008.

continue-t-elle à produire ses effets ? Plus précisément, le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures conduit-il à assimiler celles-ci à des frontières extérieures, ou bien laisse-t-il demeurer la prohibition du recours à l'emprisonnement des étrangers lorsque la procédure administrative coercitive d'éloignement prévue par la directive n'a pas été vainement mise en œuvre au préalable ?

**3.** La réponse à ces questions a été apportée dans une affaire relative à un ressortissant marocain ayant fait l'objet d'un contrôle d'identité effectué le 15 juin 2016 à proximité de la frontière entre la France et l'Espagne<sup>11</sup>, puis placé en garde à vue sur le fondement du délit d'entrée irrégulière<sup>12</sup>. Alors que le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de l'Union permettrait peut-être d'assouplir le cadre de ces contrôles d'identité dits « Schengen »<sup>13</sup>, la question n'était pas discutée en l'espèce puisque les conditions posées par l'article 78-2 al. 9 avaient été respectées<sup>14</sup>, et que leur conformité au droit de l'Union européenne n'a, semble-t-il, pas été interrogée<sup>15</sup>. Le débat fut uniquement porté sur la régularité de la garde à vue, annulée par le JLD au motif que les faits reprochés n'étaient pas susceptibles d'être punis d'emprisonnement. La décision confirmative rendue est frappée d'un pourvoi formé par le préfet, et la Cour de cassation soulève une question préjudicielle devant la CJUE<sup>16</sup>.

**4. Absence d'assimilation à une frontière extérieure.** Conformément aux conclusions de l'Avocat général<sup>17</sup>, et malgré l'appui du gouvernement allemand, l'analyse défendue par le gouvernement français ne fut pas retenue. La Cour de Justice affirme en effet sans ambiguïté qu'« *une frontière intérieure sur laquelle des contrôles ont été réintroduits par un État membre en vertu de l'article 25 dudit code n'équivaut pas à une frontière extérieure, au sens du même code*<sup>18</sup> ». Dès lors, les critères précédemment dégagés par la Cour dans l'arrêt *Affum* sur le champ d'application possible d'une peine d'emprisonnement doivent s'appliquer<sup>19</sup>.

**5. Impossible recours à la garde à vue.** Après avoir cité la réponse de la Cour de Justice aux questions préjudicielles qui lui avaient été soumises, la Haute juridiction reprend à son compte le motif selon lequel le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures « *ne modifie pas la nature intérieure de la frontière* » franchie par le ressortissant étranger. Sans surprise car conformément à la position

---

<sup>11</sup> Art. 78-2 al. 9 CPP.

<sup>12</sup> Art. L621-2 du CESEDA, dans sa version antérieure à la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018.

<sup>13</sup> Sur le cadre européen, v. V. CJUE, gr. ch., 22 juin 2010, C-188/10, *Melki* et C-189/10 *Abdeli* ; et plus récemment, CJUE, 21 juin 2017 C 9/16.

<sup>14</sup> Si la loi antérieure à l'arrêt *Melki* et et à sa réception par la Cour de Cassation (v. Cass. Plén., 29 juin 2010 n° 10-40001 et Cass. Civ. 1., 23 fév. 2011, n°09-70.462) ne comportait que des conditions géographiques, le législateur y a ajouté des restrictions temporelles (durée de six heures consécutives dans un même lieu, portées à douze par la loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017) et la prohibition d'un contrôle systématique des personnes.

<sup>15</sup> Il paraît prévisible que tel sera le cas un jour. En effet, si la Cour de cassation a jugé les conditions légales désormais suffisantes au regard du droit de l'Union (v. not. Cass. Civ. 1, 25 mai 2016, n°15-50.063 et Cass. Crim., 8 fév. 2017, n°16-81.323), on peut noter que les deux arrêts sont relatifs à la législation antérieure à la loi n° 2018-778. Surtout, l'effectivité des restrictions posées est débattue car il semble fréquent que les opérations de contrôles se succèdent. Comparer, s'agissant des contrôles d'identité sur réquisition du ministère public : QPC n° 2016-606/60, 24 janvier 2017, §23, solution intégrée par la Cour de Cassation (Cass. Civ. 1, 14 mars 2018, n°17-14424), quoique de façon tempérée (v. Cass. Civ. 1, 5 sept. 2018, n°17-22.507, admettant la succession d'opérations espacées de plus de 24 heures).

<sup>16</sup> Cass. Civ. 1 12 juillet 2017, n°16-22.548, préc.

<sup>17</sup> Conclusions de M. MACIEJ SZPUNAR, 17 octobre 2018.

<sup>18</sup> CJUE, gr. ch., 19 mars 2019 ; §62.

<sup>19</sup> On pourrait s'étonner de ce que ni la CJUE ni la Cour de cassation ne s'attachent à ce que le prévenu ait antérieurement fait l'objet d'une procédure d'éloignement ; sur cette question, v. Chron. *RPDP* n°3-2018, préc. n°21.

de principe dégagée dans ses arrêts du 5 juillet 2012<sup>20</sup>, « à défaut d'infraction punie d'emprisonnement », la Cour de cassation approuve la décision contestée d'avoir jugé la garde à vue irrégulière<sup>21</sup> et, partant, d'avoir refusé la prolongation de la rétention subséquente.

## II. La répression des actes d'aide aux étrangers en situation irrégulière

Si l'attention médiatique s'est beaucoup portée, ces derniers mois, sur la question de l'étendue de « l'immunité humanitaire » propre à l'infraction de l'article L622-1 du CESEDA<sup>22</sup> (B), les comportements d'aide au séjour des étrangers peuvent recevoir diverses qualifications (A).

### A. Comportements d'aide à l'entrée et au séjour des étrangers

#### **Chambre criminelle, 20 février 2019, 18-80.784, Publié au bulletin**

6. Dans le cadre d'une enquête ouverte en 2013 pour faux dans un document administratif, ont été mis en cause le président d'une association dont le but humanitaire affiché était d'aider des ressortissants ou personnes originaires des Comores, ancien territoire d'Outre-mer, et une fonctionnaire chargée de la préparation des certificats de nationalité au sein d'un greffe. Il était reproché à la seconde d'avoir préparé 42 certificats de nationalité sur la base de documents comoriens litigieux, la compétence territoriale du TGI reposant sur des attestations d'hébergement contestées. Ces différents documents auraient été déposés au tribunal par le président de l'association en échange de contreparties financières, et une perquisition au domicile de celui-ci avait révélé la présence de nombreux certificats de nationalité française et attestations d'hébergement. Relaxée en première instance, la fonctionnaire est condamnée en appel pour aide au séjour d'étrangers en situation irrégulière. Le président de l'association est, pour sa part, condamné pour le même délit aggravé par la circonstance de bande organisée, et pour usage de faux. Si une cassation partielle est prononcée au regard de l'insuffisante motivation de la peine prononcée à l'égard de la fonctionnaire, l'intérêt de l'arrêt réside bien davantage dans la caractérisation d'un usage de faux général (2) et des conditions préalables du délit de l'article L622-1 du CESEDA (1).

#### **1. Conditions préalables d'extranéité et d'irrégularité de la situation administrative**

7. **Valeur probante de certificats de nationalité française.** Le délit de l'article L622-1 du CESEDA présuppose que le comportement d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour soit dirigé vers un étranger en situation irrégulière. Or, en l'espèce, les personnes ayant bénéficié de cette aide étaient titulaires de certificats de nationalité française, certificats qui font « *foi jusqu'à preuve du contraire* » en vertu de l'article 31-2 al. 1 du code civil. La possession de tels certificats a ainsi pu conduire la Chambre criminelle à admettre, à plusieurs reprises, la qualité de français de ceux qui pouvaient s'en prévaloir, et à en tirer les conséquences en matière d'infractions à la législation sur les étrangers<sup>23</sup> ou d'extradition<sup>24</sup>. En cas de contestation, cependant, se pose d'abord la question de la compétence des juridictions répressives pour apprécier la validité du document.

<sup>20</sup> Cass. Civ. 1, 5 juil. 2012, n° 11-30.371, n° 11-19.250, n° 11-30.530, *Publiés au bulletin* et n° 11-19.251 ; n° 11-19.378 ; n° 11-21.792 ; n° 11-30.384 ; n° 11-30.379 et n° 12-30.001, *Inédits* ; v. ég. Cass. Crim. 9 nov. 2016, n°13-28349, *Publié au bulletin*.

<sup>21</sup> La garde à vue reste évidemment possible si elle est fondée sur un autre délit ; v. CJUE, gr. ch., 19 mars 2019, préc., §66.

<sup>22</sup> Sur ses éléments constitutifs, v. Chron. *RPDP* n°3-2018, préc. n24 et s. V. par ailleurs les affaires recensées par le GISTI ; <https://www.gisti.org/spip.php?rubrique418>.

<sup>23</sup>V. not. Crim., 13 janv. 1998, n°97-80662, *inédit* et 8 juin 1998, n°86-96343, *Publié au bulletin*.

<sup>24</sup> Crim., 2 oct. 1987, n°87-84290, *Publié au bulletin*.

**8. Refus de renvoi préjudiciel.** L'article 29 du code civil prévoit en son alinéa 1<sup>er</sup> que « *la juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des contestations relatives à la nationalité française* », et en son alinéa 2 que « *les questions de nationalité sont préjudicielles devant toute autre juridiction de l'ordre administratif ou judiciaire, à l'exception des juridictions répressives comportant un jury criminel* ». Les prévenus invoquaient alors cet article, disposition spéciale dérogeant au principe général posé par l'article 384 du code de procédure pénale, pour demander un renvoi préjudiciel et un sursis à statuer<sup>25</sup>.

La Chambre criminelle rejette péremptoirement ces moyens et approuve la décision attaquée d'avoir elle-même apprécié la validité des certificats, en énonçant en forme de principe que « *la question préjudicielle de nationalité ne peut être présentée que par la personne dont la nationalité est en cause, par ses héritiers si elle est décédée en cours d'instance, ou par le ministère public* ». Refusant une lecture *a contrario* de l'article 29 al. 2 qui imposerait le renvoi préjudiciel par les juridictions correctionnelles, la solution ici dégagée par la Cour paraît cependant conforme à la lettre des articles 29-3 et 30 du code civil. Elle rejoint également un arrêt postérieur de la première chambre civile qui, pour refuser de transmettre une QPC portant sur ce dernier article, invoque une « *interprétation constante* » procédant de « *la nature même du certificat, lequel ne constitue pas un titre de nationalité*<sup>26</sup> ».

**9.** Au-delà des difficultés que nous semble comporter la solution au regard du principe de l'égalité des armes, l'inscription de la solution dans une jurisprudence constante nous paraît devoir être nuancée. Les arrêts antérieurs semblent en effet difficiles à trouver en matière civile, et il existe au moins un arrêt de la Chambre criminelle ayant retenu une conception différente. Dans une affaire où le prévenu, poursuivi pour soustraction à une mesure de reconduite à la frontière, invoquait la protection tirée de sa qualité de père d'un enfant français, la Cour de cassation avait en effet cassé la décision qui avait refusé faire droit à une demande de question préjudicielle<sup>27</sup>.

Pour motiver le refus de renvoi préjudiciel, il aurait certainement été plus convaincant d'invoquer le caractère manifestement mal fondé des arguments de la défense. La chambre criminelle a en effet déjà refusé, à plusieurs reprises, de surseoir à statuer lorsque la contestation sur la nationalité de la qualité d'étranger ne paraissait pas sérieuse<sup>28</sup>. On pourrait d'ailleurs percevoir cette motivation de façon sous-jacente dans la démonstration, par la décision attaquée, de l'existence d'une organisation poursuivant un but frauduleux. Plus encore peut-on certainement établir un parallèle avec la position de principe du Conseil d'Etat qui, « *lorsque se révèle une fraude* », juge que l'administration « *doit exercer ses compétences sans pouvoir renvoyer une question préjudicielle à l'autorité judiciaire* », et ce « *sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir* », c'est-à-dire du juge administratif<sup>29</sup>. La question préjudicielle n'est alors retenue qu'en cas de « *difficulté sérieuse*<sup>30</sup> ».

Le refus de renvoi préjudiciel nous paraît cependant d'autant plus regrettable qu'une juridiction civile aurait sans doute plus finement analysé les délicats problèmes de droit de la nationalité et de de

---

<sup>25</sup> Sur les textes applicables et leur articulation, v. A. MARON et M. HAAS, *Droit pénal*, n°5, mai 2019, comm. 96. Pour un renvoi préjudiciel en matière de nationalité française invoquée, v. not. Crim., 24 juil. 1974, n°74-91533, *Publié au bulletin*.

<sup>26</sup> Cass. Civ. 1, 4 avril 2019, n°19-40.001, *Publié au bulletin*.

<sup>27</sup> Cass. Crim., 28 mai 1997, n°96-84750, *Publié au bulletin*.

<sup>28</sup> V. Crim., 15 juin 1994, n°93-85685, *Publié au bulletin* (après un refus de certificat de nationalité).

<sup>29</sup> V. CE, 2ème / 7ème SSR, 10 juin 2013, n°358835, *Publié au recueil Lebon*, à propos d'un litige relatif à une carte de séjour vie privée et familiale demandée par une personne se prévalant de la qualité de parent d'un enfant français sur le fondement d'une reconnaissance de paternité litigieuse.

<sup>30</sup> V. par ex., pour des affaires relatives à des certificats de nationalité : CE, 3 déc. 2004, n°262765 ; 8 juillet 2005, n°272587 ; 15 mars 2006, n°257172, inédits.

droit international privé<sup>31</sup> auxquels la décision attaquée n'apporte que des réponses partielles, que la Cour de cassation n'affronte pas véritablement.

**10. Preuve de la qualité d'étranger.** Pour admettre la qualité d'étrangers des personnes désignées par les certificats de nationalité française, la décision attaquée développe longuement les éléments de faits et de preuve permettant de convaincre des moyens frauduleux mis en œuvre pour les obtenir. Au terme de son exposé, la Cour d'appel conclut qu'« *aucun élément du dossier ne permet d'affirmer que les personnes concernées par ces certificats ne seraient pas étrangères* ». Mais alors que les demandeurs au pourvoi contestaient très justement l'absence de caractérisation positive de l'extranéité des personnes, la Cour de cassation reste insensible à l'argument tiré de l'inversion de la charge de la preuve. Après avoir posé que le délit d'aide à l'entrée et au séjour d'un étranger ne suppose pas que celui-ci ait fait l'objet de poursuites pénales, ce qui paraît ici tout à fait superflu, la Chambre criminelle affirme que « *des certificats de nationalité française établis sur la base de faux documents ne peuvent faire foi de la nationalité de ceux qu'ils concernent* ». Cela lui suffit à considérer la décision attaquée comme justifiée, et les griefs invoqués comme relatifs à des questions de fait ou de droit relevant de l'appréciation souveraine de la Cour d'appel. La motivation de la Chambre criminelle peine cependant à convaincre car, quand bien même les certificats de nationalité seraient-ils effectivement des faux, cette seule circonstance n'est pas suffisante à établir la qualité d'étrangers de ceux qu'ils désignent, et moins encore l'irrégularité de leur situation administrative.

## 2. Faux

**11.** Les éléments de faits mis en évidence ne sont pas sans rappeler le délit de l'article 441-6 du Code pénal, dont on se souvient qu'il était le fondement initial de l'enquête ouverte, mais qui n'a pas été retenu par la décision de condamnation. Or, quand bien même cette infraction aurait-elle pu être caractérisée<sup>32</sup>, ce que permet la seule existence de moyens frauduleux ayant conduit à la délivrance d'un « *document destiné à constater un droit, une identité ou une qualité* », il faut souligner que l'éventuelle véracité des mentions qu'il comporte est indifférente<sup>33</sup>. L'existence d'une fraude au sens de ce texte ne permet pas, alors, de déduire la fausseté des informations contenues dans le document, et ne suffirait pas à caractériser l'infraction de faux de l'article 441-1 du Code pénal<sup>34</sup>. Il semble bien, pourtant, que ce soit le raisonnement implicitement suivi par la décision attaquée, approuvée par la Chambre criminelle, pour retenir l'infraction d'usage de faux de l'article 441-1 à l'encontre du président de l'association.

La solution paraît discutable car, en l'espèce, et dès lors que les certificats de nationalité avaient été dûment signés par le greffier en chef, seul un faux intellectuel pouvait éventuellement être caractérisé. Or, pour établir celui-ci, il convient de démontrer la fausseté du fait allégué, et non pas seulement l'existence de moyens frauduleux ayant permis sa délivrance. On pourrait alors s'étonner

---

<sup>31</sup> La décision attaquée invoquait notamment le fait qu'en droit comorien, seule la filiation légitime est reconnue, ce qui permettrait d'exclure la nationalité des enfants naturels des parents titulaires de la nationalité française. La Cour d'appel ne paraissait cependant pas s'expliquer sur la détermination de la loi – personnelle – applicable, ni s'interroger sur la conformité à l'ordre public international d'une législation qui exclurait toute prise en compte de la filiation naturelle. Sur les subtilités prétoriennes, v. not. Civ. 1, 10 fév. 1993 ; Civ. 1, 10 mai 2006, n°05-10299 ; Civ. 1, 6 juil. 1999. V. ég. art. 32 du code civil, visant les descendants – sans distinction – des français originaires du territoire de la République française tel que constitué au 28 juil. 1960.

<sup>32</sup> On peut en douter si l'on observe que l'alinéa 1<sup>er</sup> vise le fait de « *se faire délivrer* » un document administratif alors qu'il est reproché à la fonctionnaire de les avoir préparés, et au président de n'avoir été qu'un intermédiaire, hypothèse certes visée par le seul alinéa 2, mais qui est relatif à des fonds ou avantages.

<sup>33</sup>V. not. Crim., 19 mai 1981, n°81-90703 ; Crim., 4 janv. 1982, n°80-95198.

<sup>34</sup> Ou de l'art. 441-2 selon la qualité de l'auteur ; v. sous l'empire de l'ancien code pénal, sur le fondement de l'art 153 ; Crim., 19 mai 1981, BC n°162.

de ce que la responsabilité du prévenu n'ait pas été recherchée sur le fondement de l'article 441-7 plutôt que sur celui de l'usage de faux général. Cela s'explique cependant car cet article n'opère pas par renvoi à l'article 441-6, mais vise le fait d'établir un « *certificat faisant état de faits matériellement inexacts* » ou de faire usage d'un « *certificat inexact ou falsifié* ». La difficulté est alors la même que pour la qualification de l'article 441-1. Il faut également souligner que si le prévenu est malgré tout condamné pour usage de faux général, la fonctionnaire a bénéficié d'un non-lieu s'agissant de la constitution des documents. On peut le comprendre puisqu'elle avait seulement préparé ceux-ci, l'infraction étant, d'un point de vue purement matériel, réalisée par un « *instrument passif* » pour le moins inhabituel, en la personne d'un supérieur hiérarchique jugé « *peu au fait des questions de nationalité* » et qui n'a pas été poursuivi.

### 3. Non bis in idem

12. Une question intéressante paraissait enfin se poser au regard du principe *ne bis in idem*, dès lors que l'infraction d'usage de faux apparaissait comme un moyen de réaliser l'infraction-fin d'aide au séjour d'étrangers en situation irrégulière, incriminations protégeant toutefois des biens juridiques distincts. La Cour de cassation l'évacua rapidement, au motif non développé et que l'on aurait pu penser au moins partiellement dépassé, que les qualifications ne se rapportaient pas aux mêmes faits ni aux mêmes personnes. Plus intéressant est alors, au regard de ce principe, un autre arrêt du même jour qui casse la décision qui avait retenu cumulativement le délit de conditions d'hébergement contraires à la dignité humaine de l'article 225-14 du code pénal et celui d'aide à l'entrée et au séjour des étrangers de l'article L622-5,3° du CESEDA dans sa forme aggravée par ces mêmes conditions<sup>35</sup>.

### B. Immunité humanitaire

Cass. Crim., 12 décembre 2018, n°17-85.736, *Publié au bulletin*<sup>36</sup>

13. **Principe constitutionnel de fraternité.** On se souvient que la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 était venue modifier l'article L622-4,3° du CESEDA relatif à l'« *immunité humanitaire* » propre aux infractions d'aide au séjour et à la circulation des étrangers, avec l'objectif affiché de « *reprendre [la] formule* » utilisée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 6 juillet 2018<sup>37</sup>. De retour devant la Cour de cassation, l'affaire à l'origine de la QPC donne lieu à l'annulation de la condamnation prononcée sur le fondement de l'article L622-1 à l'encontre de celui qui revendiquait avoir été, en octobre 2016, à l'origine de l'occupation d'un complexe immobilier inoccupé par une cinquantaine de migrants. Pour la Chambre criminelle, l'élargissement législatif de l'immunité nécessite un nouvel examen des faits au regard des dispositions nouvelles. Assez prévisible dans sa solution, la décision du 12 décembre 2018 laisse cependant demeurer un certain nombre de questions.

14. **Application immédiate de la loi nouvelle.** L'annulation partielle de la décision de la Cour d'appel d'Aix en Provence résulte d'un moyen relevé d'office par la Cour de cassation. Il n'y a là, *a priori*, rien de surprenant dès lors que le prévenu invoquait le caractère humanitaire de son action. On pourrait toutefois être plus étonnée des fondements textuels retenus par la Chambre criminelle pour parvenir

---

<sup>35</sup> Crim., 20 fév. 2019, 18-82.743, Inédit ; v. les observations d'A. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Gazette du Palais*, 2 avril 2019, 24. Notons que la solution n'est qu'apparemment contradictoire avec un arrêt antérieur, qui avait admis le cumul de ces deux infractions jugées non incompatibles au regard de la diversité d'intérêts protégés. Dans cet arrêt, en effet, le délit du CESEDA avait été retenu dans sa forme non aggravée. V. Crim. 22 juin 2016, n°14-80041, *Publié au bulletin*.

<sup>36</sup> V. ég. Cass. Crim., 12 déc. 2018, 17-85.737, Inédit.

<sup>37</sup> Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juil. 2018 ; v. Chron. RPDP n°3-2018, préc. n°33 et s., et les références citées ; Adde B. DE LAMY, *RSC* 2018, p. 1001 ; C. SAAS, *RSC* 2018 p.1894.

à cette solution. Celle-ci indique en effet que le nouveau texte, « *d'application immédiate en vertu de l'article 71 de [la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018] entre dans le champ d'application de l'article 112-1 du Code pénal* », seul mentionné par le visa sur cet aspect temporel. Or, si l'article 71 est bien consacré à des dispositions transitoires, et qu'y sont cités les articles 36, 37 et 39, qui « *s'appliquent aux infractions postérieures à la date de publication de la présente loi* », il n'y est faite aucune mention de l'article 38, dont est issue la nouvelle rédaction de l'immunité. C'est alors davantage du silence de l'article 71 que se déduit l'application immédiate de la loi nouvelle, application immédiate qui semble tout naturellement résulter de la nature, procédurale<sup>38</sup>, de cette immunité « *faisant obstacle aux poursuites pénales* ». On comprend mal, alors, cette référence à l'article 71, qui paraît en outre porteuse de confusion si l'on admet avec la Cour que cette immunité doit obéir aux règles de l'article 112-1 du code pénal, comme une disposition de fond. Davantage qu'une incohérence, peut-être faut-il cependant voir dans cette motivation un nouvel affaiblissement d'une distinction difficile à manier<sup>39</sup>, et dont on pourrait sans doute souhaiter qu'elle disparaisse au profit d'un alignement général des immunités sur le régime plus protecteur des causes d'irresponsabilité<sup>40</sup>.

**15.Mobile militant.** La présente décision est par ailleurs difficile à interpréter quant à la portée accordée par la Cour de cassation à la condition légale nouvelle en vertu de laquelle l'aide doit avoir été apportée « *dans un but exclusivement humanitaire* »<sup>41</sup>. On se souvient en effet que la formule reprend celle utilisée par des décisions rendues sous l'empire de la loi ancienne, en particulier par Cour d'appel d'Aix en Provence, dont celle qui était ici frappée d'un pourvoi<sup>42</sup>. S'il est vrai que la Cour d'appel relevait également que les actes reprochés au prévenu ne s'inscrivaient pas dans la liste, alors limitative, des comportements d'aide visés par l'ancien texte, l'exclusion du bénéfice de l'immunité reposait également sur le mobile militant, élément de fait incontestable et incontesté en l'espèce. La Cour de cassation aurait alors pu profiter de cette décision pour préciser la portée de la condition introduite par le législateur.

Une application immédiate du nouveau texte débouchant sur une annulation sans renvoi la loi aurait paru respectueuse de la décision du Conseil constitutionnel<sup>43</sup>, mais peut-être *contra legem* pour omettre l'exigence législative d'un but exclusivement humanitaire. À l'inverse, un refus d'annulation et une mise à l'écart de l'immunité en raison d'un mobile militant assumé relèverait sans doute d'une conception trop formelle de l'illicite pénal, qui tuerait bien souvent dans l'œuf un principe de fraternité pourtant fièrement brandi par les Sages. La délicate question d'une possible coexistence d'un mobile militant et d'un but humanitaire n'est alors pas encore tranchée, et il appartiendra peut-être au Conseil constitutionnel de le faire par voie de QPC, cette condition n'ayant pas été frontalement contestée dans le recours *a priori* formé contre la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018.

**16.Occupation illicite du terrain d'autrui.** On observera enfin que le prévenu était également poursuivi pour occupation illicite du terrain d'autrui<sup>44</sup>, délit pour lequel la condamnation prononcée en appel est devenue définitive puisqu'elle n'était pas contestée par le pourvoi. On peut certainement le regretter car cela aurait pu être l'occasion d'éprouver la possibilité d'une extension du domaine de l'immunité

---

<sup>38</sup> Sur cette qualification, v. Chron. *RPDP* n°3-2018, préc. n°28.

<sup>39</sup> V. not., sur l'immunité familiale en matière d'atteinte aux biens, Crim., 14 nov. 2007, n°07-82527, *Publié au bulletin*.

<sup>40</sup> Un auteur va plus loin et qualifie cette immunité de « *fait justificatif* », tout en indiquant par ailleurs que la Chambre criminelle met en œuvre le principe dit de rétroactivité *in mitius*, « *même s'il ne s'agit pas à proprement parler de rétroactivité* » ; v. respectivement J.-B. PERRIER, *RSCJ* 2019, p. 466 et *AJ Pénal* 2019 p.92.

<sup>41</sup>V. Chron. *RPDP* n°3-2018, préc. n°34.

<sup>42</sup> V. CA d'Aix en Provence, 8 août 2017, n°2017/568.

<sup>43</sup> Sur cet aspect, v. not. A. PONSEILLE, *Constitutions* 2018, p. 399.

<sup>44</sup> Art. 322-4-1 du Code pénal.

humanitaire à d'autres incriminations que celle de l'article L622-1 lorsque le comportement infractionnel aurait bien pour objet « *d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* ». Sans doute souhaitable dans son principe, une telle extension pourrait cependant paraître trop audacieuse, et même contraire au cadre défini par le Conseil Constitutionnel s'agissant de comportements consistant à donner naissance à une situation illicite.