Revue européenne des migrations internationales

vol. 36 - n°1 | 2020

Situations de violence et migration

L'arme juridique en action aux confins de la France et de l'Italie

Legal Weapon in Action on French-Italian border

El arma legal en acción en la frontera de Francia y Italia

Oriana Philippe

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/remi/14503>

DOI : 10.4000/remi.14503

ISSN : 1777-5418

Traduction(s) :

Legal Weapons in Action at the French-Italian border - URL : <https://journals.openedition.org/remi/14782> [en]

Éditeur

Université de Poitiers

Édition imprimée

Date de publication : 1 octobre 2020

Pagination : 95-106

ISBN : 979-10-90426-66-5

ISSN : 0765-0752

Référence électronique

Oriana Philippe, « L'arme juridique en action aux confins de la France et de l'Italie », *Revue européenne des migrations internationales* [En ligne], vol. 36 - n°1 | 2020, mis en ligne le 03 janvier 2022, consulté le 14 avril 2022. URL : <http://journals.openedition.org/remi/14503> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/remi.14503>

Chronique juridique

L'arme juridique en action aux confins de la France et de l'Italie

Oriana Philippe¹

L'institution de l'espace Schengen a influé considérablement sur les flux migratoires à destination de l'Europe, notamment en raison du renforcement des frontières extérieures de cet espace² conduisant ce dernier à être parfois dénommé « Fortress Europe ». A contrario, les contrôles aux frontières intérieures ont été abolis en vertu de l'article 22 du Code frontières Schengen³ établissant que : « Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité ». Dès lors, les ressortissants extraeuropéens présents sur le territoire européen bénéficient de la possibilité de se déplacer librement, en fonction des projets de vie, des tentatives de recherche d'emploi, de la localisation des membres de la famille ou des amis et ce, sans être freinés par des contrôles aux frontières. Assez rapidement cependant, cette liberté de circulation a été atténuée, et notamment à la frontière franco-italienne. En 2011, lors de la « révolution arabe », de nombreuses personnes prennent la mer afin de rejoindre l'Europe. Le gouvernement italien décide de leur octroyer des titres de séjour à titre humanitaire (ANAFE, 2019 : 18). Craignant certainement que ces personnes régularisées en Italie ne s'installent ensuite sur le territoire français, le gouvernement français, par le biais d'une circulaire⁴, décide de durcir les conditions de séjour pour les ressortissants hors Union européenne disposant de titre de séjour européen. Parallèlement, sont mis en place des contrôles des conditions de séjour des étrangers arrivant d'Italie. Le gouvernement s'appuie alors sur l'article 21 du Code frontières Schengen de 2006 (lequel correspond aujourd'hui à l'article 23 du CFS 2016), qui permet que soient effectués des

1 Doctorante, MIGRINTER, Université de Poitiers/CNRS, MSHS, Bât. A5, 5 rue Théodore Lefebvre, TSA 21103, 86073 Poitiers cedex 9 ; oriana.philippe@univ-poitiers.fr
Cette chronique a été achevée avant que la Cour de cassation rende son arrêt n° 33 du 26 février 2020, 19-81.561, qui précise que rien n'interdit qu'une aide humanitaire et donc légale s'inscrive dans le cadre d'une action associative et militante (al. 15).

2 Les frontières se sont renforcées autant juridiquement (obligation de visa, système d'identification biométrique des étrangers par exemple) que physiquement (renforcement des contrôles, construction de murs massifs, institution de FRONTEX, par exemple).

3 Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) ou règlement (CE) 562/2006 du Parlement européen et du conseil du 15 mars 2006 pour les faits antérieurs à 2016.

4 Circulaire IOCK1100748C du 6 avril 2011 relative aux autorisations de séjour délivrées à des ressortissants de pays tiers par les États membres de Schengen.

contrôles d'identité à l'intérieur du territoire. Néanmoins, il en encadre le recours et ne permet pas en tout état de cause que les vérifications d'identité soient exercées de manière systématique ni qu'elles aient l'objectif ou l'effet équivalent des contrôles aux frontières, ce qu'elles semblent pourtant avoir été (ANAFE, 2011). Depuis l'institution de l'espace Schengen, c'est une première entrave, officieuse, au principe de l'abolition des contrôles aux frontières.

Si la réintroduction des contrôles en 2011 ne dure qu'un temps limité, ladite « crise migratoire » de 2015 conduira le gouvernement français à mobiliser ce même contournement normatif. Dès juin 2015 et tout au cours de l'été, les actions de renvoi à la frontière par les forces de l'ordre françaises animent les écrans italiens, offrant aux spectateurs des images d'agents trainant des exilés hors des trains en gare de Menton⁵. En France, le rétablissement des contrôles systématiques est officiellement nié, à l'instar de la situation de 2011. C'est finalement l'attaque terroriste du 13 novembre 2015 qui permettra à la France d'officialiser la pratique des contrôles aux confins franco-italiens. Deux mesures distinctes, souvent confondues, sont alors prises par le gouvernement : la mise en place de l'état d'urgence, sur le fondement d'une loi interne⁶, et le rétablissement des contrôles aux frontières, sur le fondement du Code frontières Schengen. Celui-ci permet de réinstaurer provisoirement les contrôles⁷, « dans des circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures du fait de manquements graves persistants liés au contrôle aux frontières extérieures visés à l'article 19 bis, et dans la mesure où ces circonstances représentent une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure dans l'espace sans contrôle aux frontières »⁸. Pourtant, jusqu'à aujourd'hui, le rétablissement des contrôles aux frontières a été prolongé⁹ et des lois sont venues pérenniser certaines prérogatives octroyées aux forces de l'ordre dans le cadre des mesures d'urgence, et notamment celui d'étendre le droit de réaliser des contrôles d'identité¹⁰.

Lors de l'institution de l'espace Schengen, les États limitrophes ont été invités à créer des accords de coopération transfrontalière afin de définir les règles de coopération directe entre les agents policiers et douaniers. L'Italie et la France ont signé, en ce sens, l'accord de Chambéry du 3 octobre 1997. Cet accord fixe un système de réadmission simplifiée des ressortissants extraeuropéens franchissant la frontière sans les documents autorisant leur séjour dans le pays voisin. Bien que simplifiée, la procédure requiert que le pays sollicite les autorités du pays de provenance afin d'obtenir leur accord en vue de la réadmission de la

5 Voir par exemple : Internazionale (2015) *A Ventimiglia va in scena l'assurdo*, 13 luglio ; ou Il giornale.it (2015) *La Francia respinge gli immigrati e ce li riporta tutti in Italia*, 29 Maggio.

6 Loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

7 Article 26-1 du règlement (UE) n° 1051/2013 du parlement européen et du conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (CE) no 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles. Cet article vient modifier l'article 23 du CFS 2006 et figure désormais à l'article 25 du CFS 2016.

8 *Ibid.*

9 La dernière prolongation a eu lieu en mai 2019, justifiée par l'organisation du G7 à Biarritz, qui avait lieu du 24 au 26 août 2019.

10 Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme et loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration.

personne en question. Pourtant, depuis 2015, cet accord n'est plus beaucoup mobilisé par la France lors des interpellations frontalières. Les personnes se voient désormais opposer un refus d'entrée¹¹, une procédure expéditive de refoulement nécessitant moins de démarches auprès des autorités du pays de provenance. Cette procédure est en réalité prévue pour les frontières extérieures de l'espace Schengen, toutefois l'article 32 du CFS permet de l'utiliser aux frontières internes en cas de rétablissement des frontières¹². Pourtant, sur cette frontière, les autorités françaises ne respectent pas les droits afférents à la procédure de refus d'entrée (comme le droit pour la personne de bénéficier d'un jour franc avant d'être renvoyée en vertu de l'article L. 221-4 du CESEDA, ou l'obligation de réaliser un examen approfondi et individuel en vertu de l'article L. 213-2 du CESEDA) (ANAFE, 2019 : 18-19 et 51-67 ; CNCDH, 2018 : 7).

Tout un arsenal normatif a été ainsi constitué, permettant à l'État de réaliser une vaste offensive à l'encontre des ressortissants extraeuropéens désireux de venir ou de traverser la France. Sur le versant italien de la frontière, la situation est devenue rapidement problématique : les exilés, dans l'impossibilité de passer, sont de plus en plus nombreux alors même que les infrastructures sont inexistantes et les assistances encore peu organisées. Tenter de passer, vivre dans la rue, laissent les exilés dans un état croissant de vulnérabilité et de précarité. Des deux côtés de la frontière, des habitants sont émus par les conditions de vie de ces personnes et décident de leur venir en aide. Ils pourraient être désignés comme étant des « aidants » (venant en aide aux personnes exilées) ou des « solidaires » (pour ceux qui réfutent la notion d'aide, — induisant une relation plus verticale, mais préférant la notion de solidarité)¹³. Rapidement, ces locaux sont rejoints par d'autres personnes provenant de divers horizons et ayant été informés de la situation à la frontière. Peu à peu, le gouvernement commence à s'affronter à une partie de la population européenne, en désaccord avec ses politiques migratoires. Dans un premier temps, les actions entreprises par ces « solidaires » restent essentiellement de type « humanitaire » (matériel et médical), mais elles se diversifient ensuite avec la pérennisation de la situation, constituant peu à peu un répertoire d'actions diverses (Lendaro, 2018). Tandis que certains aidants vont privilégier un « agir discrètement » (Lendaro, 2018 : 186), d'autres, solidaires, vont décider d'affronter plus ouvertement les politiques menées par l'état en dénonçant les abus de droit et la situation à la frontière, faisant émerger des actions de plaidoyer puis progressivement une mobilisation du droit. Les aidants vont chercher à mieux connaître et manier le droit dans le but de défendre les exilés. En réponse à ces actions de soutien aux exilés, les autorités étatiques vont commencer à poursuivre les aidants, en mobilisant entre autres ce qui a été appelé le « délit de solidarité ». Cette contre-attaque de l'État va conduire les « solidaires » à établir des stratégies de défense juridique. D'une arme en faveur de la défense des exilés, le droit va alors aussi devenir une arme en faveur de la défense des solidaires. Ce renforcement des connaissances juridiques va conduire les solidaires à mobiliser le droit également en attaque, à l'encontre de l'État.

11 Sur le fondement de l'article L. 211-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

12 Article 32 CFS : « Lorsque le contrôle aux frontières intérieures est réintroduit, les dispositions pertinentes du titre II [“Contrôles aux frontières extérieures et refus d'entrée”] s'appliquent mutatis mutandis ».

13 Nous utilisons indistinctement l'un ou l'autre de ces termes dans cette chronique.

L'organisation de la défense juridique et judiciaire des exilés

L'accompagnement juridique individuel à la frontière a été inexistant dans un premier temps. Certaines organisations spécialisées en droit des étrangers et sur l'observation des frontières ont entrepris, dès le début, des actions contre la situation générale¹⁴, mais il n'y avait pas encore de personnes présentes régulièrement sur le terrain pour pouvoir proposer un accompagnement juridique ou réaliser des missions d'observation. Ainsi, dans un premier temps, aucun recours n'a été réalisé à l'encontre des refus d'entrée en cas de non-respect des droits des personnes, puisque personne n'était en mesure d'informer et de conseiller juridiquement.

Du côté français, des ONG nationales décident alors de créer des postes auprès de ces frontières afin de pouvoir à la fois coordonner les actions entre les différents acteurs français, rentrer en contact avec des « solidaires » du côté italien de la frontière, observer avec rigueur et entreprendre des actions collectives. Est ainsi instituée la CAFFIM, sur une initiative de plusieurs ONG¹⁵. L'ANAFE crée également un poste spécifique sur cette zone. Ces postes, occupés notamment par des juristes, vont participer au mouvement de juridicisation des actions solidaires à la frontière. Du côté italien, des juristes investissent également le terrain. Ils sont en lien avec les organisations françaises, permettant une surveillance et une certaine coordination des deux côtés de la frontière. Des avocats de la région se spécialisent également sur la problématique juridique de la frontière. En parallèle de cette juridicisation venant de professionnels, des solidaires non-juristes vont tenter de se saisir d'éléments du droit des étrangers à des fins d'orientation, d'alerte, voire de conseil.

Alors que le « droit est le plus souvent considéré comme une arme politique au service et dans les mains du pouvoir », il « est aussi caractérisé par une forme de réversibilité » (Israël, 2009 : 17-38), dont vont se saisir ces « solidaires ». Ils juridicisent leur action, mobilisant peu à peu le droit comme une arme (Israël, 2009 : 142), jusqu'à investir les arènes juridictionnelles (Israël, 2009 : 63-90) pour défendre les droits des individus. Les processus de juridicisation et de judiciarisation se distinguent en ce que le premier fait référence à une mobilisation du droit de façon générale tandis que pour le deuxième, les acteurs vont faire appel aux différentes juridictions concernées (Pélisse, 2009 ; Commaille et Dumoulin, 2009). La juridicisation d'une action est donc une condition à sa judiciarisation. Parmi les premières actions juridictionnelles entreprises par les « aidants » et ayant abouti, il y a notamment des ordonnances du tribunal administratif de Nice les 22 janvier et 23 février 2018 (M. M. H. et ANAFE contre Préfet des Alpes Maritimes). Le juge des référés y relève l'illégalité manifeste de refus d'entrée opposés à des mineurs non accompagnés, immédiatement réacheminés en Italie.

14 CE, référé, 29 juin 2015, Gisti et a., n° 391 192, 391 275, 391 276, 391 278, 391 279.

15 La Coordination des Acteurs à la Frontière Franco-Italienne (devenue aujourd'hui Coordination des Acteurs aux Frontières Internes) a été fondée par La Cimade, Médecins du Monde, Amnesty International, Médecins sans frontières et Secours Catholique.

L'incrimination de l'aide aux exilés : le « délit de solidarité »

Alors que la solidarité s'étoffe sur les confins franco-italiens, le droit mobilisé par les autorités jusqu'alors dirigé contre les personnes exilées va étendre son exercice aux « aidants » des exilés.

Plusieurs fondements juridiques sont mobilisés par les forces de l'ordre pour poursuivre ces personnes, comme les contraventions routières infligées lors de contrôles systématiques et approfondis des véhicules (Human Rights Watch, 2019 : 67-79 ; ANAFE, 2019 : 95-98 ; Défenseur des droits, 2018 : 68 ; CNCDH, 2017 : 10). Ces techniques de dissuasion, qui existent déjà, sont, à la frontière franco-italienne, particulièrement utilisées, au point que l'organisation Human Rights Watch les a qualifiées de « harcèlement policier » (Human Rights Watch, 2019 : 67-79).

Par ailleurs, les autorités font appel au dénommé « délit de solidarité » pour inculper les « solidaires ». Cette incrimination ancienne, qui date du décret Daladier de 1938 (Lazergues, 2018 ; Observatoire pour la protection des défenseurs des droits de l'Homme, 2009) est actuellement codifiée à l'article L. 622-1 du CESEDA. Celui-ci dispose, en son premier paragraphe que :

« Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros ».

Ainsi, cette disposition n'apporte aucune distinction entre l'aide désintéressée et l'aide à titre lucratif. Jusqu'aux années 1990, peu de condamnations pour des aides à titre désintéressé ont été recensées, mais, depuis, ce fondement juridique a été utilisé de manière plus récurrente pour condamner des personnes venant en aide aux exilés (Slama, 2017). C'est ce qui a conduit des organisations de défense des droits à qualifier cet article de « délit de solidarité » et à en réclamer sa modification ou sa suppression. L'article a donc été l'objet de réformes législatives au cours des dernières années, et notamment par le biais de la loi 2012-1560 du 31 décembre 2012. Ces réformes ont notamment institué un alinéa 4 à l'article L. 622, prévoyant un certain nombre d'immunités, entre autres pour les membres de la famille et dans le cas où l'acte n'aurait « donné lieu à aucune contrepartie directe et indirecte ». Toutefois, l'article prévoit également une liste fermée de type d'aide permettant de bénéficier de cette immunité¹⁶. Par ailleurs, des limitations jurisprudentielles ont aussi vu le jour : le Conseil d'État a notamment permis de mobiliser l'état de nécessité prévu par l'article L. 122-7 du Code pénal dès lors que les exemptions de l'article L. 622-4 ne pouvaient être appliquées¹⁷ (Slama, 2017).

La mise en place d'un système d'exemptions n'a toutefois pas suffi à faire cesser les condamnations de personnes aidants des exilés à titre non lucratif,

16 Par exemple, il est question de conseils juridiques, de restauration, hébergement ou soins ou d'autres types d'aide permettant de « préserver la dignité ou l'intégrité physique ».

17 CE référé, 15 janvier 2010, n° 334879 n° Lexbase : A7598EQH ; CE 2° et 7° s-s-r., 19 juillet 2010, n° 334878, publié au recueil Lebon n° Lexbase : A9998E43.

ce système contenant toujours des « vides » dans lesquels l'immunité n'est pas applicable. Le choix du gouvernement français de maintenir sur le principe une condamnation générale de l'aide aux exilés ne répond pourtant pas aux recommandations européennes : la directive européenne n° 2002/90/CE du 28 novembre 2002 qui définit l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier ne recommande aux États que de sanctionner le fait d'aider « sciemment » à pénétrer irrégulièrement sur le territoire et d'aider « à but lucratif » à y séjourner (Défenseur des droits, 2012 : 11 ; CNCDH, 2017 : 9). Des avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (2017) et du Défenseur des droits (2012) invitent, à ce titre, le gouvernement à aller plus loin dans la réforme de cet article, et à éviter toute poursuite à l'encontre des aides à titre non lucratif.

Le gouvernement maintient pourtant ce système, soutenu par les juridictions : des contrôles de constitutionnalité ont été réalisés lors des différentes réformes législatives de l'article¹⁸, mais le Conseil constitutionnel n'a jamais censuré les sanctions pour l'aide désintéressée par exemple. Chaque fois, le Conseil a réalisé un contrôle de proportionnalité entre le respect des droits des individus et l'importance de la lutte contre l'immigration irrégulière. La Cour européenne des droits de l'Homme, amenée à se prononcer sur l'application de cet article dans un arrêt *Mallah contre France*¹⁹, adopte également cette position.

En 2018, le parcours de cette disposition législative prend une nouvelle tournure, en raison notamment de la situation de tension accrue entre « solidaires » et représentants étatiques à la frontière franco-italienne. L'article L. 622-1 du *Ceseda* est utilisé de plus en plus fréquemment pour inculper des « aidants »²⁰ (ANAFE, 2019 : 99) ; quelques affaires comme les condamnations de Cedric Herrou ou des « 7 de Briançon » sont particulièrement médiatisées. Des avocats décident alors de développer leurs moyens d'action.

Le recours à la Question Prioritaire de Constitutionnalité et la reconnaissance du principe de fraternité

Si, depuis plusieurs années, des juristes et avocats s'étaient spécialisés en droit des étrangers, les poursuites récurrentes à l'encontre des personnes solidaires dans cette région ont conduit quelques avocats à se saisir de ces poursuites pour réclamer une autre lecture du droit, en menant une défense active.

Une des actions juridiques les plus connues de ces avocats a été menée à l'occasion d'une énième poursuite à l'encontre de Cedric Herrou et d'un autre aidant,

18 Il s'agissait alors de contrôles de constitutionnalité ordinaires, avant la promulgation de la loi. Il était possible de les réaliser car il y avait à ce moment-là une réforme législative en cours. Ce type de contrôle se distingue du contrôle par voie d'exception, la question prioritaire de constitutionnalité, qui permet un contrôle des lois déjà promulguées. Dans ce cadre, les parties d'un procès, peuvent soulever comme moyen l'inconstitutionnalité d'une loi et demander à ce qu'un renvoi préjudiciel soit exercé auprès du Conseil Constitutionnel.

19 Arrêt CEDH, *Mallah contre France*, n° 28681/08, 10 novembre 2011.

20 Le Gisti, sur son site Internet, recense plusieurs condamnations symboliques sur le fondement de l'article 622-1 du *CESEDA* et met à disposition les décisions juridiques. Cf. <https://www.gisti.org/spip.php?article1621>

Pierre-Alain Mannoni. Pour le premier, la poursuite concernait l'hébergement mis à disposition pour les exilés par le « solidaire ». Le deuxième était poursuivi pour avoir transporté et hébergé trois migrants. Condamnés par la Cour d'appel qui n'avait pas retenu à leur égard d'immunité, ils ont formé un pourvoi en cassation. À l'occasion de ce pourvoi, leurs avocats ont eu l'idée de solliciter une Question Prioritaire de Constitutionnalité²¹ (QPC) au sujet de l'article L. 622 du CESEDA. La démarche des avocats des deux prévenues s'inscrit dans une défense proactive et une volonté de faire changer le cadre juridique : l'affrontement avec l'État n'est pas seulement de savoir si le droit a été respecté. « À la lecture des décisions de la cour d'appel [...] il est rapidement apparu que l'enjeu n'était pas seulement d'obtenir l'annulation de ces condamnations pénales, mais aussi, et surtout de mettre en cause le "délict de solidarité" lui-même » (Champeil-Desplats, 2019 : 1). Les avocats demandent une interprétation plus juste à leur sens, plus cohérente humainement, réclamant finalement une mise en adéquation de la légitimité et de la légalité, et une recherche du sens fondamental du droit.

La disposition n'avait pas encore eu l'occasion d'être examinée dans le cadre d'une QPC par le Conseil Constitutionnel, procédure qui présente l'avantage de voir la disposition législative dans le cadre de son application concrète à un cas d'espèce. La Cour de cassation, par un arrêt du 9 mai 2018, transmet la QPC au Conseil Constitutionnel. Il consacre alors, le 6 juillet 2018, « la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national » sur la base du principe de fraternité. À la différence de la liberté et de l'égalité, la juridicité du principe de fraternité a été l'objet de divers débats dans le passé, en raison notamment de sa nature particulière et de la difficulté à le définir (Borgetto, 2018). Ce n'est qu'à l'occasion de cette QPC que le Conseil constitutionnel consacre pour la première fois la fraternité en tant que principe constitutionnel, en considérant que s'il est effectivement nécessaire de légiférer afin de lutter contre l'immigration irrégulière, il convient toutefois de concilier cette lutte au principe de fraternité. La décision constitue ainsi un tournant dans l'histoire de l'article L. 622 du Ceseda en ce qu'elle met fin au système d'une liste d'immunités précises et reconnaît de façon générale la liberté d'aider autrui.

Des réserves demeurent malgré tout. Le Conseil Constitutionnel limite cette liberté d'aider autrui à l'aide au séjour irrégulier et dans une moindre mesure, à l'aide à la circulation, excluant donc l'exemption dans les cas d'aide à l'entrée irrégulière sur le territoire, même si cette aide est fournie à titre humanitaire.²² D'autre part, lorsque le législateur a modifié l'article L. 622-4 du CESEDA, afin de le mettre en conformité à la décision du Conseil Constitutionnel, il a précisé que l'aide devait avoir été apportée à but *exclusivement* humanitaire, créant de ce fait une distinction entre une aide qui serait « purement humanitaire » et une autre qui serait « notamment humanitaire » (Défenseur des droits, 2018 : 66).

21 CE référé, 15 janvier 2010, n° 334879 n° Lexbase : A7598EQH ; CE 2° et 7° s-s-r., 19 juillet 2010, n° 334878, publié au recueil Lebon n° Lexbase : A9998E43.

22 Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre. Les principes posés par la décision du Conseil constitutionnel ont été repris dans la nouvelle rédaction de l'article L. 622-4 CESEDA issue de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

Depuis la décision du Conseil constitutionnel, plusieurs condamnations de « solidaires » à la frontière franco-italienne ont eu lieu²³ sur le fondement de cette disposition. Le sentiment qu'un combat est engagé contre les « solidaires » est prégnant à la lecture de ces différentes décisions. En effet, le militantisme des personnes poursuivies apparaît dans certaines décisions comme pouvant faire obstacle à l'immunité consacrée à l'article L. 622-4 CESEDA. Ainsi, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence²⁴, le 16 janvier 2019, a condamné un jeune homme, qui n'avait pas aidé au franchissement de la frontière. La juridiction a considéré que le jeune homme n'avait pas agi à titre humanitaire, bien qu'il ne bénéficiait pas d'une contrepartie matérielle ou financière : il était en effet militant en faveur des droits des exilés, sa mère aussi, et a fortiori dans l'association Roya citoyenne de Cédric Herrou, élément mentionné à plusieurs reprises dans la décision. La Cour retient que les actes « qui sont dépourvus de toute spontanéité et constituent une intervention sur commande sans connaissance de l'éventuelle situation de détresse des migrants qu'il savait avoir pénétré illégalement en France, se sont inscrits, de manière générale, dans le cadre d'une démarche d'action militante en vue de soustraire sciemment des personnes étrangères aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration ». Il existerait donc une contrepartie militante aux yeux de cette juridiction.

L'affaire des « 4+3 de Briançon²⁵ » a également posé la question, ici, sous-jacente du militantisme. Les sept personnes ont en fait participé à une manifestation qui franchissait la frontière, le 22 avril 2018. Au sein du cortège des manifestants se trouvait une personne en situation irrégulière et rien ne vient démontrer que les manifestants en avaient connaissance. Pourtant, sept d'entre eux ont été condamnés au titre de l'article L. 622-1 du CESEDA. Le tribunal de céans considère que l'aide indirecte « constitue un fait punissable en soi, et suppose d'une part que soit rapportée la preuve de l'entrée irrégulière d'au moins un étranger sur le territoire national, d'autre part un ou plusieurs actes positifs caractérisant l'aide (ou la tentative d'aide) indirecte ».²⁶ Les sept manifestants sont donc condamnés pour aide au franchissement de la frontière, alors même qu'aucun élément présenté au jugement ne prouve qu'ils aient eu connaissance d'une personne en situation irrégulière présente dans la manifestation. La plupart des prévenus étaient préalablement connus pour leur engagement auprès des personnes exilées et cette décision surprenante conduit donc aussi à se demander si ce n'est pas ce militantisme, incarné ici par leur participation à la manifestation, qui est sanctionné.

Par ailleurs, dans les récits des « solidaires » de la frontière italienne haute, il ressort que lors des auditions, il est demandé aux personnes arrêtées, si elles

23 Le Gisti, sur son site Internet, recense plusieurs condamnations symboliques sur le fondement de l'article L. 622-1 du CESEDA et met à disposition les décisions juridiques. Cf. <https://www.gisti.org/spip.php?article1621>

24 CA Aix-en-Provence, 16 janvier 2019, n° 2019-33.

25 Le « 4+3 » a initialement été utilisé en référence à la chronologie des arrestations. Il est conservé depuis par les organisations de défense des droits pour insister sur l'aspect cumulatif des poursuites à l'encontre des « solidaires » (il est aussi possible de trouver « 4+3+2+... » sur des communiqués).

26 Tribunal de Grande Instance de Gap, jugement correctionnel 803/2018 du 13 décembre 2018 : 32.

sont actives en faveur des droits des personnes en exil. Dans plusieurs décisions concernant des actions de solidarité à l'égard d'exilés en situation irrégulière, il est fait mention de l'appartenance du prévenu à une association ou à un mouvement militant²⁷. A contrario, le 22 août 2019, un jeune homme a comparu devant le tribunal correctionnel de Gap pour avoir accompagné trois jeunes mineurs, alors qu'il se trouvait à la frontière. L'absence de militantisme dans son action a été mise en exergue et il a été dispensé de peine²⁸. Il semblerait donc que l'immunité consacrée à l'article L. 622-4 du CESEDA soit admise plus restrictivement pour des personnes considérées comme militantes et que l'engagement préalable des prévenus en faveur des personnes exilées joue contre eux en cas de poursuites. Cette tendance, si elle se confirme, ouvre de nombreuses questions. Une action ne peut-elle pas être réalisée à titre humanitaire si l'on est militant ? L'engagement militant pour une cause humaine, telle que celle menée en faveur des personnes exilées, n'est-il pas aussi motivé par le fait que ce soit une cause humanitaire et fraternelle ? Ou bien serait-ce une motivation politique qui pourrait être cachée derrière un geste humanitaire que les juges chercheraient alors à sanctionner ? Il s'agit d'une situation juridique encore assez imprécise et que la jurisprudence se devra d'éclaircir. Dans quelle limite agit-on à titre humanitaire ? L'engagement politique est-il incompatible avec une action humanitaire (Champeil-Desplats, 2019 : 4-5) ?

La meilleure défense, c'est l'attaque ?

Dans un premier temps, l'usage du droit par les solidaires est resté relativement défensif. Alors que le droit devient une arme de mieux en mieux maîtrisée auprès de la frontière, les solidaires commencent à vouloir mobiliser le droit de façon offensive, afin d'attaquer l'État et lui imposer le respect des droits des exilés. Plusieurs missions d'observation ont ainsi été menées aux frontières afin de collecter un maximum d'informations et d'éléments pour pouvoir documenter la situation, renforcer les recours, construire des actions et dénoncer les violations des droits²⁹.

Ainsi, une série d'observations des pratiques policières à la frontière effectuées en mai 2017 a permis à plusieurs associations investies sur la question frontalière de saisir le juge administratif d'un référé-liberté concernant les conditions de détention des exilés arrêtés à la gare de Menton. Ces derniers sont en effet retenus dans ce qu'on pourrait appeler des « algecos » ou des « structures pré-fabriquées », sans que les droits relatifs à la privation de liberté ne soient

27 Voir par exemple la décision Cour d'Appel Aix-en-Provence, 1^{er} avril 2019, 2019-231 : Le prévenu « précisait faire partie de plusieurs associations venant en aide aux migrants (Association pour la défense de la démocratie, Amnesty International, Habitat citoyen-neté, Roya citoyenne, Défends ta citoyenneté) » ou encore dans la décision 6/2019 auprès du TGI de Gap le 10 Janvier 2019 : « Monsieur exposait son engagement humanitaire au soutien des personnes migrantes notamment au travers de l'association Tous Migrants ».

28 Dauphiné Libéré (2019) *Comment condamner un jeune pour avoir eu trop d'empathie*, 25 août, p. 4.

29 Voir par exemple le communiqué interassociatif du 16 octobre 2018 : *FRONTIÈRE FRANCO-ITALIENNE/À Briançon, les violations systématiques des droits des personnes exilées doivent cesser*, [en ligne]. URL : <http://www.anafe.org/spip.php?article497>. Dans son rapport Persona Non Grata, l'ANAFE revient sur les missions d'observation qui ont été réalisées au cours de nombreux mois.

respectés. Les associations ont introduit alors cette requête auprès du tribunal administratif de Nice. Dans son ordonnance du 8 juin 2017, celui-ci ne reconnaît que partiellement l'illégalité de cette détention (considérant que les personnes retenues doivent être transférées dans un local prévu par l'article L. 221-1 du CESEDA, dans le cas où la détention excéderait quatre heures). Les associations introduisent alors un recours auprès du Conseil d'État, qui, par une ordonnance du 5 juillet 2017, rejette la demande des associations³⁰. Le fait que la procédure n'ait pas abouti n'est pas ici l'élément le plus intéressant. La démarche des aidants de collecter des preuves afin de préparer une attaque juridictionnelle à l'encontre de l'État révèle ici un nouveau maniement du droit. Les associations se sont appuyées sur plusieurs aidants pour réaliser les observations et pour participer à cette action juridique.

Dans le même sens, l'organisation « Tous migrants » s'est portée partie civile à des procès en lien avec la défense des droits fondamentaux aux frontières, tout d'abord dans le cadre de l'instruction contre Génération identitaire³¹ et ensuite, dans l'instruction du décès de Blessing Matthew, jeune femme retrouvée morte, vraisemblablement tombée à la suite d'une course poursuite des forces de l'ordre³².

Ces actions juridiques présentent un intérêt particulier dans cet affrontement État-Solidaires, en ce qu'elles révèlent un maniement du droit de plus en plus aisé et osé. Alors que dans un premier temps, le droit a essentiellement servi à se protéger grâce à des informations ou à se défendre par le biais de recours contre des mesures administratives ou des poursuites judiciaires, les organisations de solidarité font preuve d'une audace accrue et poursuivent même les autorités en justice, procédant à une forme de renversement du rapport de force. Ces démarches sont encore assez rares, mais on peut logiquement émettre l'hypothèse que d'autres idées d'actions peuvent voir le jour et renforcer la pratique du droit des personnes concernées.

Références bibliographiques

ANAFE (2019) *Persona non grata, conséquences des politiques sécuritaires et migratoires à la frontière franco-italienne*, Rapport d'observation 2017-2018, 148 p.

ANAFE-GISTI (2011) *L'Europe vacille sous le fantasme de l'invasion tunisienne*, Rapport d'observations suite à une mission exploratoire commune à la frontière franco-italienne.

Borgetto Michel (2018) Sur le principe constitutionnel de fraternité, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chronique 14, [en ligne]. URL : <http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/sur-le-principe-constitutionnel-de-fraternite/>

30 Voir la description de la procédure sur le site du Gisti : Référé-liberté visant à obtenir la fermeture d'une zone d'attente de fait à la frontière italienne, [en ligne]. URL : <https://gisti.org/spip.php?article5702>

31 Voir, en ce sens, Le Dauphiné (2019) *Identitaires au tribunal : « Tous migrants se devait d'être là »*, 11 juillet.

32 Voir Ouest France (2019) *Le parquet classe sans suite le décès d'un migrant*, 8 octobre ; ou encore Libération (2019) *Blessing, migrante noyée dans la Durance, des mois de silence et un dossier en souffrance*, 7 mai.

Champeil-Desplats Véronique (2019) Le principe constitutionnel de fraternité : entretien avec Patrice Spinosi et Nicolas Hervieu, *La Revue des droits de l'homme*, 15, [en ligne]. URL : <https://journals.openedition.org/revdh/5881>

Commaile Jacques et Dumoulin Laurence (2009) « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année sociologique*, 59 (1), pp. 63-107.

Défenseur des droits (2018) *Exilés et droits fondamentaux, trois ans après le rapport Calais*, Rapport, 76 p.

Human Rights Watch (2019) « Ça dépend de leur humeur ». *Traitement des enfants migrants non accompagnés dans les Hautes-Alpes*, 95 p.

Israël Liora (2009) *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 142 p.

Lazerges Christine (2018) Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1 (1), pp. 267-274.

Lendaro Annalisa (2018) Désobéir en faveur des migrants. Répertoires d'action à la frontière franco-italienne, *Journal des anthropologues*, 1 (152-153), pp. 171-192.

Observatoire pour la protection des défenseurs des droits de l'Homme (FIDH-OMCT) (2009) *Délit de solidarité : Stigmatisation, répression et intimidation des défenseurs des droits des migrants*.

Pélisse Jérôme (2009) « Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », *Politix*, 86 (2), pp. 73-96.

Slama Serge (2007) *Délit de solidarité : actualité d'une autre époque*, 11 p., [en ligne]. URL : https://www.gisti.org/IMG/pdf/art_slama_2017-04-20.pdf

Textes juridiques

Avis du défenseur des droits, 12/03, 15 novembre 2012.

CE référé, 15 janvier 2010, n° 334879 n° Lexbase : A7598EQH.

CE 2° et 7° s-s-r., 19 juillet 2010, n° 334878, publié au recueil Lebon n° Lexbase : A9998E43.

CE, Ordonnance, 5 juillet 2017, n° 411575.

CEDH, Mallah contre France, n° 28681/08, 10 novembre 2011.

Commission consultative des droits de l'homme, Mettre fin au délit de solidarité, Avis, 18 mai 2017.

Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur la situation des personnes migrantes à la frontière franco-italienne, Juin 2018.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre.

Cour d'Appel Aix-en-Provence, Décision 2019-231, 1er avril 2019.

Cour d'Appel Aix-en-Provence, Décision 2019-33, 16 janvier 2019.

Tribunal de Grande Instance de Gap, Jugement correctionnel 803/2018, 13 décembre 2018.

Tribunal de Grande Instance de Gap, Jugement correctionnel 6/2019, 10 Janvier 2019.

Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes.

Circulaire IOCK1100748C du 6 avril 2011 relative aux autorisations de séjour délivrées à des ressortissants de pays tiers par les États membres de Schengen.

Directive européenne n° 2002/90/CE du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour.

Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

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.