

## A propos de l'Aide au séjour d'un étranger en situation irrégulière

par Boris TARGE

L'article 19 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France dispose :

“L'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles 5 et 6 (possession d'un visa d'entrée ou d'une carte de séjour) ou qui s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 25 000F.”

Sachant que le fait d'être en situation irrégulière sur le territoire français constitue un délit pénal, le salarié d'une structure sociale qui, dans le cadre d'une permanence socio-juridique, aide et conseille un étranger en situation irrégulière, peut-il être poursuivi pour avoir aidé le séjour de l'étranger délinquant ?

L'alinéa 1 de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoit que toute personne qui par aide directe ou indirecte, facilite ou tente de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier d'un étranger en France peut être condamnée à une peine d'emprisonnement de cinq ans et à une amende de 200 000 F.

Le domaine du délit pénal prévu à l'article 21 est réduit par le dernier alinéa du texte. Celui-ci dispose dans sa rédaction issue de la loi de 1996 que ne peuvent être poursuivis sur le fondement de cette disposition : les ascendants, conjoint, descendants, frères et soeurs de l'étranger en situation irrégulière (1). Les salariés d'une structure sociale n'étant pas prévus dans cette liste, il était juridiquement possible de les poursuivre sur le fondement de l'article 21.

Le projet de loi Chevènement rédigé fin 1997, ne prévoyait pas de remédier à cette situation. Lors de la première lecture du texte devant l'Assemblée nationale, le Ministre de l'Intérieur a même rejeté un amendement qui allait dans ce sens. Ce n'est qu'au cours de la seconde lecture du projet de loi, que le Ministre de l'Intérieur a accepté que les associations à but non lucratif qui conformément à leur objet, apportent aide et assistance humanitaire à un étranger séjournant irrégulièrement sur le territoire français ne pourraient faire l'objet de poursuites pénales sur la base de l'art 21. Cependant, le texte précisait qu'une liste des associations pouvant bénéficier de cette immunité serait publiée par arrêté du Ministre de l'Intérieur.

Cette restriction textuelle a été censurée par une décision du Conseil Constitutionnel en date du 5 mai 1998 (n°DC 98 399) au motif qu'une autorité administrative (le Ministre de

l'Intérieur) ne peut pas interpréter les conditions d'une immunité pénale en publiant une liste des personnes morales pouvant en bénéficier. Il appartient au juge pénal de vérifier la réunion des éléments constitutifs d'une infraction et d'interpréter strictement l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Cette solution est une application classique du principe révolutionnaire de séparation des pouvoirs.

Ainsi depuis le vote de la loi Chevènement n°98349 du 11 mars 1998, le salarié d'une structure sociale qui dans le cadre de son travail apporte une aide à un étranger en situation irrégulière peut échapper aux poursuites pénales prévues par l'ordonnance de 1945. Pour cela, il se pourrait qu'elle soit amenée en pratique, à devoir prouver la vocation humanitaire de son action et qu'elle s'inscrit dans l'action à but non lucratif menée par sa structure. Et c'est à défaut d'apporter de telles preuves, que cette personne pourrait faire l'objet d'une condamnation pénale.

A la lecture de ces développements, certains lecteurs peuvent penser que la dernière rédaction de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 protège efficacement les professionnels du social. Peut-être pensent-ils que le Procureur de la République qui juge de l'opportunité des poursuites considèrera comme inutile d'intenter de telles actions ? Peut-être pensent-ils que la preuve du caractère humanitaire de leur action sera facile à rapporter ?

A ceux-là je préciserai que M. Chevènement, auteur de cette dernière rédaction, a précisé lors des débats parlementaires quelles associations pourraient d'après lui, bénéficier de l'immunité de l'article 21: “ il est impossible de reconnaître comme des associations certains collectifs, qui n'ont pas vraiment pour objectif d'exercer les fonctions d'avocat de la défense comme le font les associations dont nous parlons ”. (JOAN débats 2ème séance du 26.02.1998 p.5)

Est-ce à dire que les membres des collectifs des sans-papiers peuvent faire l'objet de poursuites pénales ? Il est à espérer que les magistrats chargés de trancher de tels litiges n'auront pas sur la question la même opinion que le Ministre de l'Intérieur, et que la magistrature se reportera à l'avis du 1er Octobre 1997 du Conseil National consultatif des Droits de l'Homme qui proposait de limiter le délit pénal de l'article 21 uniquement aux actes à but lucratif . ■

(1) Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 mai 1998, cette exonération de responsabilité est étendue aux conjoints des ascendants et descendants, ainsi qu'aux conjoints des frères et soeurs. De même, le conjoint de l'étranger en situation irrégulière est désormais exonéré sans condition de non-séparation et, également, le concubin notoire.