Doctrine

écoute, leur compréhension des nuances, des réalités psychologiques et sociales, leur curiosité et leur créativité intellectuelle, restent ici et là, et singulièrement dans l'incident qui a opposé Mme L. À son juge, encore à démontrer voire à enseigner, on le regrette. À enseigner car si le respect du devoir d'impartialité relève bien comme on l'a vu à la fois d'une humilité, d'un accueil et d'une méthode, il ne peut s'assimiler à un acquis ou un atout dont certains juges seraient dépourvus tandis que d'autres en seraient doués.

À enseigner précisément et urgemment à un moment où de nombreux acteurs du monde judiciaire dénoncent légitimement les graves atteintes qui sont portées par le monde politique à l'indépendance et à l'efficacité de la justice et n'hésitent pas à intervenir dans le débat public pour y prendre la population à témoin. En cette période particulière de querelles institutionnelles, notre crédibilité et notre légitimité se jouent en conséquence à chaque audience et au travers de l'attitude de chaque juge.

Manuela CADELLI

Vie du droit

L'aide désintéressée au séjour et à la circulation d'un étranger en séjour irrégulier : passible de sanctions pénales ?

Introduction

Les poursuites intentées contre des citoyens hébergeant des étrangers en séjour irrégulier ont récemment fait la une de l'actualité judiciaire belge[1]. Au mois de novembre dernier, s'est tenu devant le tribunal correctionnel de Bruxelles, ce que la presse et les associations de défense des droits des étrangers ont nommé « le procès des hébergeurs ». Des citoyens hébergeant des étrangers en séjour irrégulier y étaient poursuivis, aux côtés de migrants, du chef de trafic d'êtres humains ainsi que de participation à une organisation criminelle. Ce procès a fait grand bruit dans les médias et a suscité une vive émotion au sein des plateformes de soutien aux réfugiés[2]. Celles-ci l'ont rebaptisé « le procès de la solidarité », dénonçant une tentative de criminalisation de l'aide aux migrants présents sur le territoire belge[3]. Il s'est heureusement conclu, en première instance, le 12 décembre dernier, par un acquittement des hébergeurs poursuivis[4]. Ce jugement ne clôt toutefois pas ce dossier, le parquet ayant fait appel de celui-ci.

Cette décision intervient quelques mois seulement après que le Conseil constitutionnel français ait invité le gouvernement français à revoir la définition du délit de solidarité, jugeant les dispositions incriminant l'aide désintéressée apportée au séjour et à la circulation de l'étranger en séjour irrégulier contraires au « principe constitutionnel de fraternité »[5]. Le Conseil constitutionnel était saisi de la constitutionnalité de ces dispositions à la suite de la condamnation, sur la base de ces textes, de citoyens français aidant à l'entrée, au séjour ou à la circulation d'étrangers en séjour irrégulier. Parmi ceux-ci, Cédric Herrou condamné à une peine de quatre mois d'emprisonnement du chef d'aide à l'immigration illégale[6].

À l'heure où des citoyens se retrouvent sur les bancs de juridictions correctionnelles en raison de leur engagement auprès des migrants, certaines juridictions s'érigeant en dernier rempart contre une criminalisation de l'aide au séjour et à la circulation d'étrangers en séjour irrégulier, il est intéressant de s'interroger plus avant sur la place réservée au « délit de solidarité » en droit belge.

L'aide désintéressée au séjour et à la circulation d'un étranger en séjour irrégulier est-elle, dans notre législation, passible de sanctions pénales ?

Le contexte actuel de mobilisation citoyenne autour de l'accueil de migrants confère à cette question une résonnance particulière. À quoi s'exposent ces citoyens qui hébergent, soignent, collectent du matériel, apportent aide et assistance aux étrangers transitant ou séjournant irrégulièrement sur le territoire belge ? Sont-ils condamnables pénalement ?

Répondre à ces questions suppose une analyse en profondeur des dispositions incriminant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour d'un étranger en séjour irrégulier. En droit belge, ces comportements sont sanctionnés pénalement par les articles 77 et 77*bis* de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après « la loi du 15 décembre 1980 »). Une confusion est parfois faite entre ces deux dispositions qui ne couvrent pourtant pas le même type de comportements. L'article 77*bis*

(1) Voy. notamment : « Procès des hébergeurs : un rassemblement de soutien devant le Palais de justice », *Le Soir*, 6 novembre 2018 ; « Débuts houleux pour "le procès de la solidarité" concernant les hébergeurs de migrants », *La Libre Belgique*, 7 novembre 2018 ; « Procès des hébergeurs de migrants : un flou juridique flagrant », *Le Vif l'express*, 7 novembre 2018 ; « Procès des hébergeurs de migrants : 20 à 40 mois de prison et deux acquittements requis », *La Libre Belgique*, 8 novembre 2018.

(2) Ceux-ci se sont inquiétés dans la presse des poursuites dont ils pourraient faire l'objet. Voy. l'opinion publiée par quelques-uns de ces citoyens dans *La Libre Belgique* du 3 octobre 2018 : « Nous nous dénonçons à la justice : nous reconnaissons avoir hébergé à plusieurs reprises des étrangers en détresse et en situation irrégulière ».

(3) Voy. C. LALLEMAND, « Ce qu'il faut retenir du procès des hébergeurs », *Le Vif l'express*, 12 novembre 2018.

(4) Corr. Bruxelles, 47e ch., 12 décembre 2018, no 2018/6764. Précisons que les migrants poursuivis ont été quant à eux condamnés du chef de trafic d'êtres humains ainsi que de participation à une association de malfaiteurs ; S. FRÈRES, « Soulagement après le procès "de la solidarité" : Les quatre citoyens belges acquittés », *La Libre Belgique*, 12 décembre 2018..

(5) Voy. Cons. const., décision no 2018-717/718 Q.P.C. du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre ainsi que le commentaire de cette décision paru dans cette revue : Fr. TULKENS, « En France la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle », *J.T.*, 2018, pp. 625-627. Voy également C. MACQ, « Le délit de solidarité jugé contraire au principe de fraternité », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2018.

(6) Voy. la décision rendue par la cour d'appel d'Aix-en Provence au mois d'août 2017 condamnant Cédric Herrou à une peine de 4 mois d'emprisonnement du chef d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour d'étrangers en séjour irrégulier ainsi que le commentaire de cette décision : Aix-en Provence, 13e ch., 8 août 2017, *J.L.M.B.*, 2018, pp. 1378 et s., obs. P. MARTENS, « Sur la défondamentalisation des droits humains », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1380-1383.

incrimine le trafic d'êtres humains défini comme le fait de contribuer à permettre l'entrée, le transit et le séjour dans un but de lucre (1) tandis que l'article 77 incrimine l'aide à l'immigration illégale sans exiger que celle-ci ait été offerte dans un but lucratif (2). Nous reviendrons successivement sur la définition et les éléments constitutifs de chacune de ces infractions de manière à préciser l'étendue des comportements visés par celles-ci.

1 L'article 77*bis* de la loi du 15 décembre 1980 et le trafic d'êtres humains

L'article 77*bis* incrimine le trafic d'êtres humains défini comme « le fait de contribuer, de quelque manière que ce soit, soit directement, soit par un intermédiaire, à permettre l'entrée, le transit ou le séjour d'une personne non ressortissante d'un État membre de l'Union européenne, sur ou par le territoire d'un tel État ou d'un État partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique, en violation de la législation de cet État, en vue d'obtenir, directement ou indirectement, un avantage patrimonial »[7]. Ces comportements sont punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de cinq cents euros à cinquante mille euros[8].

Cette infraction requiert la réunion de plusieurs éléments constitutifs. L'auteur doit avoir « contribué à permettre l'entrée, le transit ou le séjour »[9] ; d'« une personne non ressortissante d'un État membre de l'Union européenne »[10] ; « sur ou par le territoire d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures »[11] ; « dans le but d'en tirer un avantage patrimonial ».

Ce dernier élément constitue une caractéristique essentielle du trafic d'êtres humains, qui n'est punissable comme tel qu'à la condition que son auteur poursuive un but de lucre.

La notion de but de lucre reprise à l'article 77*bis* est tirée de textes internationaux et européens[12]. Ceux-ci incluent la poursuite d'un avantage patrimonial dans la définition du trafic d'êtres humains afin d'exclure du champ d'application de cette infraction les activités des personnes apportant une aide aux migrants pour des motifs humanitaires ou en raison de liens familiaux[13].

Cette notion ne nous paraît toutefois pas à même de circonscrire clairement l'incrimination de trafic d'êtres humains aux seuls groupes criminels organisés qui mettent en place des filières de migration clandestine.

La simple finalité lucrative suffisant à constituer le trafic, indépendamment de tout élément d'abus[14], une personne, animée de bonnes intentions, qui offrirait ses services à un étranger en séjour illégal, à un prix tout à fait raisonnable, rentre dans le champ d'application de cette notion. Pourraient, dès lors, être poursuivies du chef de trafic d'êtres humains, des personnes ayant offert cette aide sans intention aucune de profiter de l'état de vulnérabilité du migrant. Il pourrait en être ainsi du propriétaire d'un appartement qui, dans une démarche altruiste, louerait celui-ci, au prix du marché, à une famille d'étrangers en situation irrégulière. Il pourrait en être de même d'un chauffeur de taxi, animé de bonnes intentions, qui accepterait de transporter un migrant en situation irrégulière en contrepartie d'une rémunération tout à fait raisonnable pour ses services[15].

Aux termes de la décision rendue le 12 décembre dernier dans le procès dit « des hébergeurs » le tribunal correctionnel de Bruxelles livre une large interprétation de la notion d'avantage patrimonial. Il y juge la promesse d'un voyage gratuit vers l'Angleterre, constitutive d'un avantage patrimonial au sens de l'article 77*bis*. Le tribunal était notamment saisi de la question de l'implication dans un trafic d'êtres humains de migrants qui, à la demande de passeurs, avaient aidé d'autres migrants à embarquer sur des parkings belges dans des camions à destination de l'Angleterre. Ces migrants avaient aidé à l'acheminement de leurs pairs vers l'Angleterre en échange de l'unique promesse d'un voyage personnel gratuit vers le Royaume Uni. Le tribunal juge ces migrants coupables de trafic d'êtres humains. Il motive sa décision en précisant que ceux-ci ont bien aidé à la circulation d'étrangers en séjour irrégulier dans le but d'en tirer un avantage patrimonial puisqu'il s'agissait d'obtenir, *a minima*, le financement en nature de leur passage personnel vers le Royaume-Uni. Ce faisant, le tribunal inclut dans le champ d'application de cette incrimination des étrangers en séjour irrégulier, eux-mêmes exploités par les passeurs, puisque prêts à aider à l'acheminement de leurs pairs vers l'Angleterre dans l'unique espoir d'embarquer à leurs côtés. On est, à nouveau, loin du profil de trafiquant exploitant la faiblesse d'autrui, visé par les textes internationaux.

Par ailleurs, il suffit qu'une personne prête sciemment et volontairement son aide à l'exécution de cette infraction par un des actes prévus par la loi[16] pour qu'elle puisse faire l'objet de poursuites en qualité de coauteur ou complice de l'infraction[17]. La jurisprudence se satisfait

(7) Cette définition du trafic d'êtres humains a été introduite dans la loi du 15 décembre 1980 par la loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil (*M.B.*, 2 septembre 2005). Cette loi avait pour premier objet d'apporter les modifications nécessaires aux infractions de traite et de trafic des êtres humains pour mettre notre droit en conformité avec les instruments de droit international et de droit européen suivants : d'une part, le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, et le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signés à Palerme le 15 décembre 2000 et, d'autre part, la décision-cadre du 19 juillet 2002 du Conseil de l'Union européenne relative à la lutte contre la traite des êtres humains et la directive du 28 novembre 2002 du Conseil de l'Union européenne visant à définir l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, et la décision-cadre du 28 novembre 2002 du Conseil de l'Union européenne visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (voy. projet de loi du 14 janvier 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains, n° 1560/001, *Doc. parl.*, Chambre, sess.ord., 2004- 2005).

(8) Précisons que les articles 77*ter* à 77*quinquies* prévoient une série de circonstances aggravantes qui font grimper les seuils de ces peines. L'article 77*sexies* prévoit, en outre, une interdiction des droits énoncés à l'article 31 du Code pénal dans les cas visés aux articles 77*bis* à 77*quinquies*.

(9) Le terme « contribuer » vise de multiples situations telles que « payer le voyage d'une personne, réserver ses billets de transport, posséder les documents de voyage et d'identité de la personne que l'on accompagne, faire une demande de visa au nom d'un certain nombre d'individus, se porter garant de plusieurs demandes de visas, rechercher de faux documents, transporter quelqu'un vers la Belgique ou encore dépeindre le pays de destination comme un pays de cocagne en vue d'inciter les étrangers à s'y rendre pour retirer un gain financier » (voy. C.-E. Clesse, *La traite des êtres humains, droit belge éclairé des législations française, luxembourgeoise et suisse*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 176).

(10) Ceci est critiqué par certains au regard de l'importance du rôle joué par des pays membres de l'Union européenne dans les opérations de trafic. De nombreuses victimes de trafics seraient des ressortissants de l'Union européenne, originaires essentiellement de Bulgarie, et ensuite de Roumanie (voy. Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *La traite et le trafic des êtres humains, une apparence de légalité*, Rapport annuel 2009, p. 19).

(11) L'incrimination s'étend, par conséquent, aux frontières de l'Union européenne et peut être poursuivie de manière similaire quel que soit le pays dans lequel elle a été commise (voy. C. Hubert, « Les innovations de la loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil », *J.D.J.*, n° 251, janvier 2006, p. 15).

(12) Et en particulier du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre air et mer, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale et organisée. Voy. pour une analyse de ce texte : J.S. Jamart, « Le protocole des Nations unies contre le trafic de migrants par terre, air et mer additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée », *Rev. dr. étr.*, 2000, n° 111, pp. 633-647.

(13) C'est l'intention exprimée par les Nations unies (voy. M.-A. Beernaert et P. Lecocq, « La loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil », *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p.341 citant Nations unies, Office contre la drogue et le crime, « Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée », Assemblée générale, 55e session, 3 novembre 2000, A/55/383/Add. 1, p. 18, § 88) ainsi que par le Parlement européen (voy. M.-A. Beernaert et P. Lecocq, *op. cit.*, p. 346).

(14) M.-A. Beernaert et P. Lecocq, *op. cit.*, p. 395.

(15) *Ibidem*.

(16) Ces actes sont limitativement énumérés aux articles 66 et 67 du Code pénal.

(17) Voy. sur la question de la participation criminelle : F. Tulkens, M. Van Den Kerckhove, Y. Cartuyvels et C. Guillain, *Introduction au droit pénal*, 10e éd., Bruxelles, Kluwer, 2014, pp. 497-512.

dans le chef du participant à l'infraction, d'une connaissance du caractère délictueux de l'acte auquel il entend s'associer sans exiger que ses intentions rejoignent celles de l'auteur de l'infraction principale. Pour qu'un prévenu puisse être condamné en tant que coauteur ou complice d'une infraction, il n'est pas exigé qu'il ait lui-même l'intention requise pour commettre le délit auquel il participe[18]. Il suffit que l'auteur ait commis l'infraction et que le participant ait sciemment et volontairement coopéré à l'exécution de l'infraction par l'un des modes de participation prévus aux articles 66 et 67 du Code pénal[19]. Dès lors, une personne qui aiderait, en connaissance de cause, un réseau de trafiquants, sans pour autant poursuivre l'obtention d'un avantage patrimonial pour elle-même, pourrait être poursuivie comme co-auteur ou complice de celui-ci. On pense à un hébergeur, un ami ou un membre de la famille d'un migrant en situation irrégulière qui prendrait contact avec un trafiquant afin d'organiser son voyage vers un autre État membre de l'Union européenne ou qui conduirait ce migrant à la frontière afin qu'il puisse y rejoindre ce trafiquant, sachant qu'il apporte ainsi une aide utile ou indispensable à la commission de l'infraction de trafic d'êtres humains. Précisons que cette personne ne pourrait être poursuivie comme participant à l'infraction de trafic d'êtres humains qu'à supposer que l'on puisse prouver qu'elle a fourni, volontairement et en connaissance de cause, une aide utile ou indispensable à ce trafic. *A contrario*, celui qui n'aurait pas pris part de manière consciente et volontaire à ce trafic, ne pourra être poursuivi ou condamné en qualité de participant à l'infraction. Ceci est souligné par le tribunal correctionnel de Bruxelles dans la décision susmentionnée, rendue le 12 décembre dernier dans le cadre du procès dit « des hébergeurs ». Quatre hébergeurs, poursuivis en qualité de coauteurs ou complices de trafic d'êtres humains, ont été acquittés par le tribunal. Certains d'entre eux ont été acquittés au motif qu'ils n'avaient fourni aucune aide utile ou indispensable à la commission de cette infraction. C'est notamment le cas de ceux qui n'ont fait qu'héberger des migrants. D'autres ont, à l'estime du tribunal, bien fourni une aide utile ou indispensable à la commission de l'infraction de trafic d'êtres humains. Ces hébergeurs sont néanmoins également acquittés, le tribunal précisant prendre cette décision au motif qu'aucun d'entre eux n'a fourni une aide aux passeurs sachant qu'elle servirait à commettre cette infraction. Ainsi, une hébergeuse avait prêté son téléphone et son ordinateur à l'un des étrangers qu'elle accueillait chez elle, sachant qu'il exerçait des activités de passeur. Ces objets avaient servi à l'organisation de ce trafic. Le parquet considérait que l'hébergeuse avait ainsi, en conscience, fourni une aide utile à l'organisation d'un trafic d'êtres humains. Il n'a pas été suivi par le tribunal qui juge que le fait que l'hébergeuse prête volontairement ces objets à des étrangers dont elle connaissait les activités de passeur ne constitue pas une preuve suffisante de ce qu'elle avait conscience ou connaissance que son téléphone et son ordinateur serviraient à échanger dans le cadre d'un trafic d'êtres humains. Une autre prévenue s'était renseignée sur la localisation d'un parking et avait aidé les étrangers qu'elle hébergeait à déchiffrer une étiquette de camion. À nouveau, le tribunal estime qu'il n'a pas été à suffisance démontré qu'elle avait conscience, par ces actes, de participer à la commission d'une infraction de trafic d'êtres humains. Le tribunal rappelle à cette occasion que pour fonder une éventuelle participation punissable, il faut nécessairement que l'aide apportée puisse être mise en relation avec une infraction précise et qu'il ressorte à suffisance du dossier que le participant a apporté à la commission de cette infraction une aide utile ou indispensable de manière volontaire et consciente. Ainsi, celui qui aurait aidé de manière utile ou indispensable à la commission de l'infraction de trafic d'êtres humains peut être condamné en tant que participant à l'infraction même à supposer qu'il n'ait pas poursuivi l'obtention d'un avantage patrimonial. Toutefois, il doit, *a minima*, avoir apporté cette aide de manière volontaire et consciente.

Si le champ d'application de l'article 77*bis* apparaît, par certains côtés, trop étendu, il apparaît à l'inverse et paradoxalement, à d'autres égards, trop restreint. En exigeant que l'auteur ait cherché à obtenir un avantage défini comme devant nécessairement être de nature patrimoniale, cette disposition ne permet pas d'assurer la répression de tous les réseaux de passeurs abusant de la vulnérabilité d'autrui. Ainsi, un passeur qui exigerait d'une migrante des relations sexuelles en échange de ses services ne pourrait faire l'objet de poursuites sur base de l'article 77*bis*, faute de pouvoir établir dans son chef l'existence d'un but de lucre[20].

Il en résulte un décalage entre le texte de l'article 77*bis* et la *ratio legis* de cette disposition. Les travaux préparatoires de la loi du 10 avril 2005 soulignaient l'importance de garantir la répression des réseaux criminels exploitant la détresse des migrants à l'exclusion de ceux venant en aide à ces étrangers[21]. Malgré quoi, le texte actuel de l'article 77*bis* ne permet pas de poursuivre tous ces réseaux de trafiquants, tout en ouvrant, par ailleurs, la porte à la répression de personnes qui ne seraient pas intervenues dans une finalité d'exploitation ou d'abus.

Ce décalage entre la volonté du législateur et le libellé de l'article 77*bis* doit conduire, en pratique, à une application prudente et éclairée de cette disposition. Le texte doit être interprété et appliqué en tenant compte des motifs ayant présidé à son adoption[22]. La notion de but de lucre doit être entendue, à la lumière des intentions législatives, dans son sens le plus strict[23]. Il s'agit de démontrer dans le chef du trafiquant « une volonté de s'enrichir aux dépens de la victime ou de sa famille »[24]. À titre d'exemple, pourraient tomber sous le coup de la disposition le fait de contribuer de manière habituelle, tant à l'entrée qu'au séjour en Belgique de ressortissants étrangers, dans le but de les faire travailler dans des conditions abusives[25] ou encore le fait de solliciter le paiement de très grosses sommes d'argent[26]. À l'inverse, et toujours à titre d'exemple, ne devrait pas pouvoir être poursuivi du chef de cette infraction celui qui fournit une aide à l'entrée irrégulière à un prix correspondant au coût de l'essence consommée vers le pays de destination[27], ni, à notre estime, un migrant aidant un passeur dans l'unique espoir de continuer son voyage.

La poursuite en tant que participants à l'infraction de trafic d'êtres humains de ceux qui auraient agi sans intention aucune d'abuser de la vulnérabilité des migrants apparaît également contraire aux intentions du législateur. Celui-ci affirmait vouloir réprimer les groupes criminels organisés qui mettent en place des filières de migration clandestine dans un but de profit matériel, et non ceux qui viendraient en aide aux migrants[28]. Il n'était pas question, dans les travaux préparatoires de la loi, de sanctionner ceux qui, comme c'est le cas de citoyens hébergeurs ou de membres de la famille d'étrangers en situation irrégulière, leur offrent aide et assistance dans un souci de protection. Dès lors, bien que la poursuite du chef de trafic d'êtres humains ou de participation à l'infraction de personnes ayant agi dans un souci de protection ne soit pas, dans tous les cas de figure, proscrite par l'article 77*bis*,

(18) Cass., 13 mai 1998, R.G., n° P.98.0149.F, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 1036.
(19) Soit en ayant coopéré directement à l'exécution de l'infraction, apporté une aide indispensable à celle-ci ou provoqué à l'infraction (conformément à la définition de la corréité de l'article 66 du Code pénal), soit en ayant fourni des instructions ou des moyens pour la commission de l'infraction ou en ayant « avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs du crime ou du délit dans les faits qui l'ont préparé ou facilité, ou dans ceux qui l'ont consommé » (conformément à la définition de la complicité de l'article 67 du Code pénal).
(20) M.-A. Beernaert et P. Lecocq, *op. cit.*, p.396.
(21) Voy. projet de loi du 14 janvier 2005, n° 1560/001, précité, p. 7.
(22) La portée d'une disposition ressortant de l'ensemble de son texte, des motifs qui ont présidé à son adoption et des travaux préparatoires » (voy. F. Kuty, *Principes généraux de droit pénal belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 213).
(23) Voy. en ce sens C. Hubert, « Les innovations de la loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil », *J.D.J.*, n° 251, 2006, p. 14.
(24) C.-E. Clesse, *op. cit.*, p. 185.
(25) *Ibidem*, citant Corr. Charleroi, 5 novembre 2010, inédit, n° du greffe 3079.
(26) Gand, 3 avril 2006, www.diversite.be et Corr. Termonde, 17 octobre 2006, www.diversite.be.
(27) Voy. en ce sens C. Hubert, *op. cit.*, p. 14.
(28) Voy. projet de loi du 14 janvier 2005 précité, n° 1560/001, p. 7. Le législateur y affirme vouloir lutter contre « les groupes criminels organisés » qui « ont mis en place des réseaux extrêmement sophistiqués de trafic de migrants, exploitant la misère humaine, tirant des profits considérables et mettant souvent en danger la vie et la sécurité des migrants lors des transports clandestins ». Il souligne assurer, par-là, la mise en œuvre du protocole des Nations unies contre le trafic de migrant « dont le principe fondateur n'est pas d'organiser la poursuite ou la prise de mesures contre les migrants pour migration illicite, mais de réprimer les groupes criminels organisés qui mettent en place des filières de migration clandestine, dans un but de profit matériel. Ainsi, le protocole criminalise le trafic de migrants, tout en reconnaissant dans le préambule que l'émigration n'est pas un crime en soi, qu'une action efficace contre le trafic de migrants nécessite une coopération internationale également dans l'aide au développement et que les migrants doivent être traités avec humanité et ont parfois besoin de protection ».

elle est manifestement contraire à la *ratio legis* de ce texte et, par conséquent, à exclure en pratique.

2 L'article 77 de la loi du 15 décembre 1980 et l'aide à l'immigration illégale

L'article 77 de la loi du 15 décembre 1980 punit quiconque « aide sciemment ou tente d'aider » « à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique ou à transiter par le territoire d'un tel État », « une personne non ressortissante d'un État membre de l'Union européenne en violation de la législation de cet État (...) », sauf « si l'aide est offerte principalement pour des raisons humanitaires ». L'infraction est punie d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de mille sept cents EUR à six mille EUR.

Contrairement à l'article 77*bis*, cette disposition ne fait pas référence à un avantage patrimonial[29]. C'est essentiellement en cela que l'infraction d'aide à l'immigration illégale se distingue de l'infraction de trafic d'êtres humains. Alors que l'infraction de trafic d'êtres humains exige la poursuite d'un but de lucre dans le chef de son auteur, l'aide à l'immigration illégale est punissable même à supposer qu'elle soit offerte de manière désintéressée. Le texte a, dès lors, *a priori*, un champ d'application plus large que l'article 77*bis*.

L'article 77, alinéa 2, vient toutefois sensiblement restreindre ce champ d'application en instaurant une exception humanitaire. L'aide à l'immigration illégale n'est pas punissable dans le cas où elle « est offerte pour des raisons principalement humanitaires ».

Cette exception humanitaire est tirée de la directive 2002/90/CE définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour dont l'article 77 constitue la transposition[30]. L'introduction de cette clause humanitaire dans le texte de la directive résulte d'un compromis dégagé au niveau européen. La suppression de la référence au but de lucre dans la définition de l'aide à l'immigration illégale, réclamée par certains États membres, était sévèrement critiquée par le Parlement européen. Celui-ci craignait que cela ne revienne à rendre punissable l'aide apportée par des proches ou des associations humanitaires[31]. Le compromis finalement trouvé a été de limiter la suppression de la référence au but de lucre à l'aide à *l'entrée* et au *transit* tout en prévoyant, dans ces cas, la possibilité d'introduire dans la loi une exception humanitaire. L'article 1er, alinéa 2, de la directive, résultat de ce compromis, autorise les États membres à ne pas sanctionner les comportements d'aide à l'entrée ou au transit qui « ont pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée »[32].

C'est la voie choisie par le législateur belge, qui a même été plus loin que la directive en étendant l'exception humanitaire à l'aide au *séjour* et en faisant référence à des raisons « principalement » humanitaires, termes plus souples que ceux utilisés par la directive.

Reste à déterminer en quoi peuvent consister ces raisons « principalement » humanitaires. À s'en tenir aux travaux préparatoires de la loi, le législateur a prôné une interprétation large du concept, censé recouvrir « tout but non économique ou non criminel »[33].

Ce concept étant strictement interprété par certaines juridictions, une circulaire du collège des procureurs généraux a été adoptée afin d'en repréciser les contours et la portée[34]. La circulaire revient sur les différentes modifications législatives intervenues à propos de l'article 77, mettant en exergue une volonté législative de conférer à la cause de justification visée à l'article 77, alinéa 2, la portée la plus large possible, ce qu'illustre notamment l'attribution de la charge de la preuve en la matière au ministère public. Alors que la directive européenne était muette à cet égard, l'exposé des motifs de la loi belge du 10 avril 2005 précise en effet que lorsqu'un prévenu invoque l'exception humanitaire et que son allégation n'est pas dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, il appartient au ministère public d'en prouver l'inexactitude[35]. La partie poursuivie n'a donc pas à établir qu'elle a agi pour des raisons humanitaires mais uniquement à soulever l'exception avec une certaine vraisemblance.

La circulaire revient, par ailleurs, sur les travaux préparatoires de la loi de 1999[36] qui a introduit le terme « principalement » dans le texte de l'article 77, alinéa 2, en vue d'élargir la portée de l'exception humanitaire[37]. Certaines juridictions avaient considéré que cette clause humanitaire ne pouvait être appliquée lorsque l'aide avait été apportée en raison de liens amoureux ou familiaux, alors que les travaux préparatoires de la loi de 1999 font apparaître qu'il n'était pas question de sanctionner les relations amoureuses[38]. L'objectif était, en outre, d'exclure de manière absolue du champ d'application de cette disposition les organisations sociales ou les individus qui aident ou assistent des étrangers en séjour illégal par souci humanitaire, même dans le cas où il en est tiré un avantage[39]. Ainsi l'auteur de la proposition ayant conduit à l'adoption de la loi de 1999 précisait « qu'à l'aide apportée à l'étranger, visée à l'article en question, peuvent être liés de petits avantages économiques (la réalisation d'un petit travail, une aide dans le cadre des tâches ménagères) à ceux qui l'apportent », dans la mesure où « ces avantages ne constituent pas la raison essentielle pour laquelle ils ont dispensé cette aide »[40].

En conclusion et au terme de cette circulaire, le collège des procureurs généraux appelle les parquets à éviter que des poursuites ne soient diligentées sur pied de l'article 77 lorsque des organisations, des travailleurs sociaux ou des individus apportent l'aide visée à l'article 77 en dehors de tout objectif économique ou criminel.

Le collège des procureurs généraux a donc clairement souhaité exclure toute poursuite du chef de l'infraction visée à l'article 77 en dehors de situations d'abus. Reste à déterminer si la référence à l'absence de but économique ou criminel est suffisante à cet égard.

Si la référence à l'absence de but économique nous paraît à même d'exclure du champ d'application de l'article 77 l'aide à l'immigration illégale apportée de manière principalement altruiste, nous sommes plus réservée quant à la référence à l'absence de but criminel.

Certes, la référence à la poursuite d'un but criminel n'est pas dépourvue de toute utilité puisqu'elle permet de poursuivre, sur la base de l'article 77, les réseaux de passeurs abusant de la vulnérabilité d'autrui ne rentrant pas dans le champ d'application de l'article 77*bis*. Un passeur qui abuserait sexuellement de migrants en échange de ses services pourrait, ainsi, à défaut de faire l'objet de poursuites sur la base de l'article 77*bis*, être poursuivi sur pied de l'article 77. Ceci donnerait sens à l'existence de cette disposition au regard de l'objectif de lutte contre les réseaux criminels de passeurs ayant présidé à son adoption.

La même référence permet toutefois également de réintégrer dans le champ d'application de l'article 77, ceux qui, tout en agissant pour

(29) Le Conseil d'État s'interrogeait, lors des travaux préparatoires de la loi du 10 avril 2005 sur l'étendue de cette incrimination. L'incrimination par le législateur belge de l'aide au *séjour* sans exiger que celle-ci ne poursuive un avantage patrimonial lui paraissait contestable au regard du droit européen. L'article 77 constitue une transposition de la directive 2002/90/CE (directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *J.O.C.E.*, 2002, L328/17). Or, celle-ci n'envisage la sanction de l'aide au *séjour* que dans le cas où elle poursuit un but de lucre. Le Conseil d'État regrettait que le texte de l'article 77 en projet s'éloigne du texte de la directive sur ce point (avis du Conseil d'État, n° 1560/001, *Doc. parl.*, Chambre, sess.ord., 2004- 2005). Cette remarque n'a toutefois pas été prise en considération par le législateur qui a persisté dans son choix d'incriminer l'aide au séjour sans exiger que celle-ci n'ait été apportée dans un but de lucre.
(30) Voy. directive 2002/90/CE précitée.
(31) M.-A. Beernaert et P. Lecocq, *op. cit.*, pp. 346-347.
(32) Directive 2002/90/CE précitée, article 1er, § 2.
(33) Projet de loi du 14 janvier 2005 précité, n° 1560/001, p.29.
(34) Voy. circulaire n° COL 10/2010 du collège des procureurs généraux près des cours d'appel du 18 mai 2010.
(35) Voy. projet de loi du 14 janvier 2005 précité, n° 1560/001, p. 29.
(36) Loi du 29 avril 1999 modifiant l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (*M.B.*, 26 juin 1999, p. 24126).
(37) Proposition de loi du 30 mai 1997 interprétative de l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, n° 648/001, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1998-1999.
(38) *Ibidem*, p. 2.
(39) *Ibidem*.
(40) Proposition de loi du 30 mai 1997 interprétative de l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur et des affaires administratives, n° 648/004, *Doc. parl.*, Sénat., sess. ord., 1998-1999, p. 3.

des motifs altruistes, poursuivraient, dans le même temps, un but criminel. N'en est-il pas ainsi d'une personne qui aurait aidé sciemment et volontairement à l'entrée, au transit ou au séjour d'un étranger en séjour irrégulier sans volonté quelconque d'en abuser ? On pense aux membres de la famille d'un migrant en situation irrégulière ou de citoyens hébergeurs qui sachant que l'aide au séjour, au transit ou à l'entrée d'un migrant en situation irrégulière est interdite par la loi, agiraient néanmoins en ce sens. Une telle interprétation serait à notre sens contraire à l'esprit de la loi puisqu'elle priverait de toute utilité la clause humanitaire figurant à l'article 77, alinéa 2. Elle témoigne toutefois de l'inconsistance de ce texte. Celui-ci mériterait à gagner en précision de manière à traduire fidèlement les intentions du législateur en excluant, de manière absolue, de son champ d'application, les personnes ayant fourni une aide à l'entrée, au séjour ou au transit d'étrangers en séjour irrégulier, sans intention aucune d'abuser de leur vulnérabilité.

Conclusion

Il ressort de notre analyse que le texte actuel des articles 77 et 77*bis* de la loi du 15 décembre 1980 ne permet pas d'exclure clairement du filet pénal l'aide à l'immigration illégale uniquement motivée par un souci d'humanité.

Il ne semble pourtant, à aucun moment, être entré dans les intentions du législateur belge de sanctionner l'aide « gratuite » ou « désintéressée » à l'immigration illégale. Que du contraire.

Reste que, pour que ces intentions ressortent à suffisance des textes, ces dispositions auraient dû être rédigées autrement.

On aurait pu ne sanctionner l'aide à l'immigration illégale qu'à la condition que cette aide soit apportée dans une finalité d'exploitation. On aurait pu aller encore un peu plus loin, et ne sanctionner l'aide à l'immigration illégale qu'à supposer qu'elle s'accompagne d'un abus de vulnérabilité, ce qui aurait levé, d'emblée, toute ambiguïté sur le public visé par cette disposition. Ceci aurait permis, d'une part, d'inclure dans le champ d'application de cette infraction tout passeur abusant de la vulnérabilité de migrants peu importe la nature de cet abus et, d'autre part, d'en exclure clairement les personnes animées uniquement de louables intentions.

On aurait pu... et on le peut encore !

À l'heure où le Conseil constitutionnel invite le législateur français à exclure définitivement des textes le délit de solidarité, n'est-il pas temps pour le législateur belge de repenser le texte de ces dispositions de manière à en exclure sans aucune ambiguïté ceux qui n'offrent aux migrants qu'une aide désintéressée ?

En attendant, le manque de clarté des dispositions existantes ainsi que le décalage entre l'étendue des comportements visés par celles-ci et les intentions exprimées par le législateur doivent inciter à la plus grande prudence[41], et l'exception humanitaire recevoir l'application la plus large possible[42]. Il n'a jamais été question, lors des travaux parlementaires ayant présidé à l'adoption de ces textes, de poursuivre ou sanctionner des personnes offrant aide et assistance à des étrangers en séjour irrégulier dans un souci d'humanité. Il devrait, par conséquent, être exclu que ces dispositions puissent, aujourd'hui, être utilisées à cette fin.

Christelle MACQ
Assistante-doctorante UCL (CRID&P-EDEM)

(41) Conformément au principe d'interprétation stricte qui contraint le juge, en cas de doute sur la portée des termes utilisés par le législateur, à leur donner une interprétation restrictive sauf lorsqu'elle a lieu en faveur de la personne poursuivie.

(42) Voy. sur l'interprétation par analogie des textes favorables au prévenu : F. KUTY, *Principes généraux de droit pénal belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 241-248, citant J.J. HAUS, rapporteur de la Commission à l'origine de notre Code pénal, qui « enseignait que "les lois qui concernent les causes de justification, les causes d'excuses et les circonstances atténuantes doivent recevoir une application extensive en faveur du prévenu ou de l'accusé lorsque leur motif s'étend au-delà de leurs termes", le principe de l'interprétation stricte du droit pénal n'étant pas d'application lorsqu'il s'agit des dispositions établies en faveur de la personne poursuivie ».

Jurisprudence

DROITS DE L'HOMME
- Liberté religieuse
- Port d'un foulard à l'audience
- Exclusion pour ce seul motif
- Violation de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme

C.E.D.H., 18 septembre 2018

Siég. : R. Spano (prés.), P. Lemmens, I. Karaka, N. Vuini, V. Grico, J. F. Kjølbro et S. Mourou-Vikström (juges).

Plaid. : M[e] R. de Beco.

(L. c. Belgique — requête n[o] 3413/09).

L'exclusion d'une personne de la salle d'audience où se juge une affaire dans laquelle elle s'est portée partie civile, au seul motif qu'elle porte, par conviction religieuse, un foulard masquant ses cheveux, constitue une violation de son droit à la liberté religieuse garanti par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(Extraits)

En fait.

I. Les circonstances de l'espèce.

[...]

1. (...), le 20 juin 2007, la requérante, de confession musulmane, se rendit à l'audience de la chambre des mises en accusation vêtue d'un foulard islamique ou *hijab*.

2. Au moment de faire entrer les parties, l'huissier d'audience s'adressa à la requérante au nom de la présidente de chambre en lui signifiant que si elle n'enlevait pas son foulard, elle ne pourrait pas entrer dans la salle d'audience.

3. En réponse à la demande d'explication formulée par le représentant de la requérante, la présidente de la chambre des mises en accusation confirma qu'elle avait pris cette décision en application de l'article 759 du Code judiciaire.

4. La requérante refusa d'obtempérer et fit défaut à l'audience.

5. Son représentant formula dans la hâte des conclusions manuscrites au nom des parents de la requérante, également parties civiles, faisant valoir que l'exclusion de la requérante de la salle d'audience était une violation du principe d'égalité des citoyens devant la loi, consacré par la Constitution belge, ainsi que de l'article 6 de la Convention.

6. Par un arrêt du 12 septembre 2007, la chambre des mises en accusation décida que les éléments de fait de la cause ne permettaient pas de retenir l'inte+ntion d'homicide et déclara les appels recevables mais non fondés. En ce qui concerne l'exclusion de la requérante de la salle d'audience, la chambre des mises en accusation s'exprima comme suit :

« Attendu qu'à l'audience du 20 juin 2007, la partie civile L. H., n'ayant pas accédé à la demande de la Présidente de se découvrir pour comparaître devant la cour, conformément à l'article 759 du code judiciaire, a été invitée à quitter la salle d'audience ;

» (...)

» Attendu qu'il n'est pas douteux que le juge doit répondre aux conclusions des parties ;

» Que toutefois cette obligation n'est pas absolue et comporte des limites formelles et des limites matérielles ;