



Des faits plutôt que des mythes N° 136 / 18 octobre 2018

La solidarité, un délit ?

Par Karin Mathys, rédactrice à l'OSAR

Dans le débat public, les personnes qui facilitent l'entrée ou le séjour des migrant-e-s en situation irrégulière en Europe sont souvent considérées comme des criminelles ou accusées de complicité avec les passeurs. Ce point de vue est conforme au droit suisse. En s'appuyant sur une comparaison du cadre législatif européen et international, cette contribution vise à montrer que la loi n'incrimine pas partout ces défenseur-e-s des droits des migrants et qu'elle peut même parfois encourager la solidarité.

Depuis [quelques années](#), l'engagement des bénévoles et des organisations de soutien aux migrants est rendu difficile avec la [criminalisation accrue de la solidarité en Europe](#). En août dernier, en Suisse, le [pasteur Norbert Valley](#) a été sanctionné par le tribunal neuchâtelois pour avoir offert un toit et de la nourriture à un Togolais qui séjournait illégalement sur le territoire. Son cas ne semble pas isolé. En 2017, [selon les statistiques de l'OFS](#), 785 adultes ont été condamnés en Suisse pour avoir enfreint [l'article 116 de la Loi fédérale sur les étrangers \(LEtr\)](#). Bien qu'il ne soit pas possible de distinguer les motifs réels qui se cachent derrière ces infractions, les chiffres interpellent. Si certains de ces adultes ont probablement agi en essayant de tirer profit des migrant-e-s en situation irrégulière, d'autres ont été motivés par une forme de solidarité, en hébergeant par exemple quelqu'un dans le besoin.

En Suisse, ces derniers seront condamnés au même titre que les premiers, sans égard à la nature de leurs actions. En effet, [selon la formulation de l'actuel art. 116 LEtr](#), quiconque facilite en Suisse ou à l'étranger l'entrée, la sortie ou le séjour illégal d'un étranger ou participe à des préparatifs dans ce but est passible d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. En d'autres termes, la loi ne prévoit aucune exemption de peine, même pour les cas de peu de gravité, lorsque l'aide à un étranger en situation illégale n'est fournie que dans un but humanitaire et un mobile honorable. Pourtant, avant que la loi révisée n'entre en vigueur en 2008, l'ancienne loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) prévoyait, par exemple, qu'en cas d'aide à l'entrée illégale, celui qui prêtait assistance n'était pas punissable si ses mobiles étaient honorables.

Actuellement, la législation suisse ne fait pas figure d'exception en Europe. [La Bulgarie, la Roumanie, l'Estonie, la Lettonie ou le Danemark](#) punissent également toute aide à l'entrée ou au séjour irrégulier. En Hongrie, un [paquet législatif](#), adopté par le Parlement en juin 2018, a d'ailleurs fait de l'aide à la « migration illégale » une infraction pénale.

Des lois plus solidaires

Cependant, [plusieurs États européens](#), comme la Belgique ([art. 77](#)), l'Italie ([art.12](#)) ou l'Espagne ([art. 318 bis](#)), considèrent explicitement qu'il faut libérer de toute peine les

personnes qui agissent pour des raisons principalement humanitaires. A cette liste s'ajoutent [la Grèce, le Royaume-Uni, l'Irlande, Malte, la Croatie et la Finlande](#). A noter aussi le récent changement opéré en France. Après plus de deux ans de bataille judiciaire entre des citoyen-ne-s solidaires et l'État français, le Conseil constitutionnel a censuré en juillet 2018 le principe du « délit de solidarité » en [décrétant qu'une aide désintéressée au « séjour irrégulier » ne saurait être passible de poursuites au nom du « principe de fraternité »](#).

Le cadre européen et international

Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée prévoit également une exception en ce sens, lorsqu'il définit « le trafic illicite » comme assurant un avantage financier ou matériel ([art. 3a](#)). En revanche, la [directive européenne adoptée en 2002 « définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers »](#) laisse aux États membres la possibilité de décider s'ils veulent imposer ou non des sanctions, dans les cas où le comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire ([art. 1.2](#)). C'est donc de cet écart entre les deux instruments internationaux que dérivent les différentes attitudes des législateurs nationaux envers les « délits de solidarité ».

Quelque chose est néanmoins en train de changer au niveau européen. Dans deux affaires concernant [l'Allemagne](#), l'Avocat général de la Cour de justice de l'Union européenne a souligné que : « le législateur a entendu condamner non pas celui qui prend le risque d'aider une personne en situation irrégulière à entrer sur le territoire (dol éventuel), mais bien celui qui est animé par l'intention criminelle de commettre l'acte précisément interdit par la loi (dol spécial) ». Même son de cloche du côté du Parlement européen, qui appelait la Commission européenne, dans une [résolution](#) adoptée le 5 juillet, à mettre de l'ordre dans les règles en matière d'aide aux migrants, utilisées à tort par certains États membres pour pénaliser l'aide humanitaire.

En choisissant de criminaliser toute aide bénévole à l'entrée ou au séjour, la Suisse intègre le groupe des États européens les plus sévères et rigides en la matière. Elle s'éloigne de la position de l'ONU, qui invite clairement à sanctionner les passeurs, et non celles et ceux qui s'engagent en faveur des personnes migrantes pour des raisons humanitaires.