

Solidarité et désobéissance civile : la place du droit ?

par Sophie MERCIER

Assistante à la Faculté de droit et de criminologie de l'UCLouvain

RÉSUMÉ

Cette contribution interroge la place du droit vis-à-vis de la solidarité et de la désobéissance civile et, en particulier, vis-à-vis de ce qui est communément appelé « délit de solidarité ». Cette notion renvoie à l'aide apportée par des citoyen·nes à des personnes étrangères en situation irrégulière, cette aide ayant été criminalisée dans de nombreux pays européens à de multiples reprises ces dernières années. La Belgique n'y a pas fait exception, puisque s'est clôturé le 26 mai 2021 le procès en appel de l'affaire dite « le procès des douze ».

Notre analyse se divise en deux temps. D'une part, nous revenons sur le contenu des décisions relatives au procès des douze et sur les critiques pouvant être formulées à l'encontre des articles 77 et 77bis de la loi du 15 décembre 1980. Cette première partie nous permet alors de comprendre la place que le droit prend dans la criminalisation des actes de solidarité ou qu'il ne prend pas pour empêcher celle-ci.

D'autre part, après le constat que ni le cadre légal belge, ni la jurisprudence actuelle ne permettent d'exclure toute criminalisation de la solidarité, nous nous penchons alors sur la question d'une reconnaissance en droit de la désobéissance civile. Seule cette dernière pourrait, selon nous, protéger complètement les personnes venant en aide dans un but exclusivement altruiste aux personnes étrangères en situation irrégulière. Dans cette seconde partie, nous exposons donc les arguments en faveur d'une telle reconnaissance, à un niveau constitutionnel, mais également ses limites.

ABSTRACT

This contribution questions the place of law in relation to solidarity and civil disobedience, and in particular in relation to what is commonly referred to as the « crime of solidarity ». This notion refers to the assistance provided by citizens to foreigners in an irregular situation, which has been criminalised in many European countries on several occasions in recent years. Belgium was no exception, as the appeal of the so-called « trial of the twelve » came to an end on 26 May 2021.

Annales de Droit de Louvain, vol. 82, 2021, n° 1

Our analysis is divided into two parts. On the one hand, we look back at the content of the decisions relating to the trial of the twelve and at the criticisms that can be made of Articles 77 and 77bis of the Law of 15 December 1980. This first part allows us to understand the role of the law in criminalising acts of solidarity, and the role of the law in preventing this.

On the other hand, after noting that neither the Belgian legal framework nor the current jurisprudence makes it possible to exclude any criminalisation of solidarity, we then turn to the question of the legal recognition of civil disobedience. Only the latter could, in our opinion, fully protect those who come to the aid of foreigners in an irregular situation with an exclusively altruistic aim. In this second part, we therefore set out the arguments in favour of such recognition, at a constitutional level, but also its limitations.

La solidarité et la désobéissance civile ont toujours été intrinsèquement liées. En effet, cette dernière est une action notamment caractérisée par le fait d'être un mouvement collectif poursuivant des fins innovatrices et faisant appel à des principes moraux¹. Il ne semble donc pas incongru de voir ces deux notions être associées au sein d'une même question de recherche. Nous ne pouvons pas en dire autant de leur lien avec le droit, celui-ci étant, en apparence du moins, réellement distinct de ces notions.

Pourtant, l'actualité européenne de ces dernières années, tant médiatique que judiciaire, a été marquée par des faits souvent qualifiés de « délits de solidarité ». Il s'agit de différents actes réalisés par des citoyen·nes solidaires en vue d'aider des personnes étrangères en situation irrégulière. Sans que cette qualification n'ait été reconnue légalement, de nombreuses associations de défense des droits humains et des migrant·es² l'utilisent afin de dénoncer la criminalisation croissante de la solidarité par les États européens³.

Parmi les personnes poursuivies et parfois condamnées pour leurs actions solidaires, on dénombre Carola Rackete et le maire de Riace en Italie, Cédric Herrou

¹ Il existe également d'autres caractéristiques dégagées par François Ost en ce qui concerne la désobéissance civile : une infraction consciente et intentionnelle, réalisée avec une attitude publique, utilisant des moyens non violents, le risque de sanction étant assumé par les individus auteurs de l'acte de désobéissance. Voy. F. OST, « La désobéissance civile : jalons pour un débat », in P.-A. PERROUTY (dir.), *Obéir et désobéir — Le citoyen face à la loi*, Bruxelles, Édition de l'Université libre de Bruxelles, 2000, pp. 16-17.

² C'est le cas du Groupe d'information et de soutien des immigrés qui est à l'origine du manifeste des délinquants de la solidarité où les signataires déclaraient avoir aidé des migrants et concluaient par : « Alors, si la solidarité devient un délit, je demande à être poursuivi pour ce délit », voy. GISTI, « Manifeste des délinquants de la solidarité », disponible sur : www.gisti.org, 27 mai 2003.

³ M. R. DONNARUMMA, « Le "délit de solidarité", un oxymore indéfendable dans un État de droit », *RFD const.*, 2019/1, n° 117, pp. 45-58.

et les « sept de Briançon »⁴ en France, les « quinze de Stansted »⁵ en Angleterre, Salam Aldeen en Grèce, Norbert Valley et Annie Lanz en Suisse, Lise Ramslog au Danemark... La Belgique n'a pas, non plus, échappé à cette vague de poursuites et de condamnations, en atteste le « procès des douze »⁶, dont le jugement d'appel a été rendu le 26 mai 2021⁷.

Dans le cadre de la présente contribution, nous nous poserons donc la question de la place du droit en matière de criminalisation de la solidarité, en nous focalisant sur les aspects belges de la question. Nous analyserons, d'une part, les tenants et aboutissants du procès des douze et, d'autre part, la législation belge en droit des étrangers ayant permis d'incriminer des personnes solidaires et les critiques qui peuvent en être faites (I). Cela nous permettra d'envisager, ensuite, les actes de solidarité comme actions de désobéissance civile et de proposer, afin de protéger les désobéissant·es civil·es et les principes et valeurs qui sous-tendent leurs actions, la reconnaissance d'un droit à désobéir civilement (II).

I. — CRIMINALISATION DE LA SOLIDARITÉ EN BELGIQUE

Si plusieurs personnes, ayant agi solidairement avec des personnes migrantes, ont été visées par des poursuites⁸ ces dernières années en Belgique, le procès des douze est l'affaire qui a été la plus commentée par les médias et par la doctrine, notamment à cause du contexte dans lequel se sont déroulées leurs arrestations et du profil de quatre des inculpé·es (des hébergeur·euses parmi lesquelles deux journalistes). C'est également pour ces raisons et parce que cette affaire illustre parfaitement la question de la criminalisation de la solidarité que nous avons fait le choix de l'étudier. Nous concentrerons notre analyse sur le déroulement des poursuites et

⁴ Les « sept de Briançon » sont sept militant·es condamné·es en 2018 pour avoir facilité l'entrée en France d'une vingtaine de migrant·es lors d'une manifestation. Pour plus d'informations, voy. « Aide aux migrants : les "sept de Briançon" relaxés par la justice », *Le Monde*, 9 septembre 2021, disponible sur : www.lemonde.fr/societe/article/2021/09/09/aide-aux-migrants-les-sept-de-briancon-relaxes-par-la-justice_6094068_3224.html.

⁵ Les « quinze de Stansted » sont quinze militant·es ayant tenté d'empêcher l'expulsion d'une soixantaine de migrant·es depuis l'aéroport de Stansted en 2017. Il·Elles ont été poursuivi·es pour « atteinte à la sécurité des aéroports ». Pour plus d'informations, voy. D. GAYLE, « Stansted 15: No Jail for Activists Convicted of Terror-Related Offences », *The Guardian*, 6 février 2019, disponible sur : www.theguardian.com/global/2019/feb/06/stansted-15-rights-campaigners-urge-judge-to-show-leniency.

⁶ Les « douze » sont quatre hébergeur·euses et huit migrant·es ayant été poursuivi·es et condamné·es pour trafic d'êtres humains. Pour plus d'informations, voy. les développements faits ci-dessous.

⁷ Bruxelles (14^e ch.), 26 mai 2021, R.G. n° 2019/CO/50, inéd.

⁸ C'est notamment le cas de six personnes qui étaient poursuivies pour entrave méchante à la circulation aérienne pour s'être levées et avoir montré leur indignation face à l'expulsion violente d'une personne maintenue sous la contrainte à bord de leur vol. Faute de preuves de leurs refus de se conformer aux instructions du commandant de bord de l'avion, ces personnes ont été acquittées. Voy. Corr. fr. Bruxelles (57^e ch.), 13 décembre 2017, *J.L.M.B.*, 2018/3, pp. 139-141.

Le 12 décembre 2018, le tribunal de première instance de Bruxelles a rendu son verdict.

Les migrants poursuivis ont été reconnus coupables. Le tribunal a en effet considéré que les éléments matériels des infractions étaient réunis dans le chef des huit personnes en séjour irrégulier, car, selon lui, toutes ont posé des actes permettant le trafic ¹⁴. Par une interprétation très large, le tribunal a estimé que la promesse d'un voyage gratuit ou à un tarif réduit vers l'Angleterre était constitutive d'un avantage patrimonial indirect au sens de l'article 77bis de la loi du 15 décembre 1980. Il les a donc condamnées pour trafic d'êtres humains et participation à une association de malfaiteurs à des peines pouvant aller d'un an à trois ans, certaines avec sursis, et à des amendes, oscillant entre 48 000 euros et 360 000 euros avec sursis ¹⁵.

Les hébergeur·euses, M. B., A. V., W. C. et Z. S., ont toutes les quatre été acquittées. Poursuivies sur la base de l'article 77bis de la loi du 15 décembre 1980, il leur était reproché d'avoir « permis l'entrée, le transit ou le séjour d'une personne non-ressortissante de l'Union européenne [...] en vue d'obtenir, directement ou indirectement un avantage patrimonial » ¹⁶. Le tribunal a, pour chacune, souligné que leur engagement social fort était évident, que le fait de venir en aide à une personne en séjour illégal en l'hébergeant ne pouvait être sanctionné, que toutes avaient consacré de leur temps et de leur argent pour venir en aide à des personnes en séjour illégal en leur donnant à manger, en leur payant des tickets de transport en commun, en leur fournissant des médicaments, en lavant leurs vêtements... et qu'ainsi aucun élément du dossier ne pouvait laisser penser qu'une de ces personnes aurait retiré un quelconque avantage patrimonial, bien au contraire ¹⁷. Dans les cas de M. B. et Z. S., à l'audience publique, le ministère public a estimé qu'elles n'avaient certes pas retiré d'avantage patrimonial, mais elles avaient participé au trafic en apportant une aide indispensable à la commission de l'infraction. En vertu des articles 66 et suivants du Code pénal ¹⁸, une des conditions *sine qua non* prévues par le législateur pour qu'il y ait participation punissable est la connaissance et la volonté de participer à l'infraction. Or, il a été établi à suffisance par le tribunal qu'elles n'avaient ni la volonté ni la conscience de participer à la commission d'une infraction de trafic d'êtres humains ¹⁹.

¹⁴ MYRIA, *Rapport annuel traite et trafic des êtres humains*, 2019, pp. 143-144 : « L'enquête a permis de mettre au jour un modus operandi relativement constant. Les personnes en séjour illégal qui souhaitent se rendre au Royaume-Uni contactent un des prévenus, par téléphone ou en direct via des connaissances. Le prix du passage est négocié et un rendez-vous est fixé dans une gare. Elles sont acheminées par voie ferrée et ensuite à pied jusqu'aux parkings. Elles y sont prises en charge par un autre passeur qui les fait monter dans "les bons camions" (ceux qui se rendent vers le Royaume-Uni) et en referme les portes ».

¹⁵ Corr. fr. Bruxelles (47^e ch.), préc., pp. 61-71.

¹⁶ Art. 77bis de la loi du 15 décembre 1980, préc.

¹⁷ Corr. fr. Bruxelles (47^e ch.), préc., pp. 53-57.

¹⁸ Art. 66 et s. C. pén.

¹⁹ Corr. fr. Bruxelles (47^e ch.), préc., pp. 53-57.

Comme le résume très bien C. Macq, « la décision est claire quant au fait que des hébergeurs ne peuvent être condamnés pour avoir uniquement hébergé des migrants, même à supposer que les étrangers qu'ils hébergent soient impliqués dans des faits de trafic d'êtres humains. Par ailleurs, l'aide apportée de manière involontaire à la commission de cette infraction, notamment par le prêt de matériel (téléphone, ordinateur) ou par la fourniture de renseignements (localisation d'un parking, déchiffrement d'une étiquette de camion) ne peut constituer un acte de participation à une infraction de trafic d'êtres humains »²⁰.

Comment interpréter alors la décision du parquet de la cour d'appel de Bruxelles d'interjeter appel de ce jugement pour l'ensemble des prévenu·es, d'autant qu'en première instance le ministère public avait demandé l'acquittement de deux hébergeur·euses ? On peut dès lors considérer que l'objectif — à peine caché — de ce procès est d'en faire un procès politique qui contribuerait à dissuader les citoyen·nes à poursuivre leurs actions solidaires²¹.

Par un arrêt du 26 mai 2021, la cour d'appel de Bruxelles a rendu sa décision, dans laquelle elle confirme, concernant M. B. et Z. S., le jugement pris par le tribunal de première instance en déclarant qu'« aucun élément dans le dossier ne permet d'impliquer, d'une manière ou d'une autre, ni comme auteur ou co-auteur, ni même comme complice »²², l'une d'elles. Le ministère public a décidé, au moment des débats, de ne plus contester l'acquittement de W. C. et d'A. V.²³.

Dans sa décision, la cour rappelle également que la seule circonstance que les intéressés aient hébergé des personnes en séjour illégal et/ou précaire sur le territoire, aient apporté leur soutien aux migrants, notamment en veillant à ce qu'ils aient des médicaments, et/ou aient prêté leur G.S.M. aux personnes logeant chez eux n'est pas de nature à établir une quelconque participation aux faits répréhensibles de la cause et ce, à quelque titre que ce soit²⁴. Les quatre hébergeur·euses ont donc été acquittées.

Les peines des migrants poursuivis ont, quant à elles, été allégées²⁵, la cour ayant considéré que tous ces prévenus étaient aussi, et en premier ordre, des victimes des réseaux de passeurs et de trafic d'êtres humains²⁶. Cette avancée

²⁰ C. MACQ, « Procès des hébergeurs : hébergeurs acquittés, migrants condamnés », 23 février 2019, disponible sur : www.justice-en-ligne.be/Proces-des-hebergeurs-hebergeurs.

²¹ Ce qui crée donc un *chilling effect*. Celui-ci peut être défini comme étant un effet dissuasif ou décourageant. « En d'autres mots, la simple perspective du risque — aussi minime soit-il — de devoir se confronter au procès, contribue déjà en soi à décourager », voy. M. HARDT, « Les difficultés d'appréhension et espaces d'instrumentalisation de la lutte contre l'immigration irrégulière. Procès des douze : qui incrimine-t-on ? », *op. cit.*, p. 530.

²² Bruxelles (14^e ch.), préc., p. 41.

²³ *Ibid.*, pp. 22-23.

²⁴ *Ibid.*, p. 41.

²⁵ Mise à part la peine de T.I., qui a fait défaut tant en première instance qu'en appel.

²⁶ Bruxelles (14^e ch.), préc., p. 43.

jurisprudentielle est à saluer, d'autant que cette interprétation permet de rester fidèle aux instruments internationaux et aux travaux préparatoires de la loi du 10 août 2005 qui rappellent que l'objectif premier 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 »²⁷.

2. Criminalisation de l'aide aux migrant-es : que dit la loi belge ?

Si des procès tels que ceux que l'on vient de commenter ont pu avoir lieu, les manques et incohérences du cadre juridique belge, et plus particulièrement des articles 77 et 77bis de la loi du 15 décembre 1980²⁸, n'y sont pas pour rien. Si ces articles sont parfois confondus, ils couvrent pourtant deux aspects très différents de la matière, l'article 77 visant l'aide à l'entrée, au séjour et au transit irréguliers et l'article 77bis ne visant que le trafic d'êtres humains²⁹. Bien que seul l'article 77bis ait été mobilisé dans l'affaire précédemment commentée, l'article 77 mérite également d'être étudié car il est amené à jouer un rôle dans la question de la criminalisation de la solidarité.

Ainsi, l'article 77 de la loi du 15 décembre 1980 permet de sanctionner « quiconque aide sciemment [ou tente d'aider] une personne non ressortissante d'un État membre de l'Union européenne à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'un État membre [...] ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État [...]. L'alinéa 1^{er} ne s'applique pas si l'aide est offerte pour des raisons principalement humanitaires ».

À la lecture de cette disposition, il convient de relever plusieurs pierres d'achoppement qui constituent dès lors, selon nous, une limite à une application adéquate, cohérente et proportionnée de cet article.

Premièrement, il est assez clair que la notion d'« aide au séjour » vise les personnes fournissant de faux papiers, de fausses identités, ou permettant l'accès à des filières clandestines de travailleur·euses³⁰. Toutefois, qu'en est-il de l'aide

²⁷ Projet de loi du 14 janvier 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic d'êtres humains, *Doc.*, Ch., 2004-2005, n° 1560/001 ; pour plus de développements, voy. aussi S. BENKHELIFA et D. TATTI, *Trafic des êtres humains : confusion entre les victimes et les auteurs de l'infraction*, Bruxelles, Wolters Kluwer, 2019.

²⁸ Art. 77 et 77bis de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980.

²⁹ L'article 77bis visait précédemment des situations de traite et de trafic des êtres humains, mais uniquement quand elles étaient accompagnées de manœuvres frauduleuses, de violence, de menaces ou d'une forme quelconque de contrainte. Voy. art. 1^{er} de la loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite et du trafic d'êtres humains, *M.B.*, 25 avril 1995.

³⁰ F. MALCHAIR, « Aider les sans-papiers : délit ou solidarité ? », *Étude 2010*, Commission justice et paix, Bruxelles, 2010, p. 19.

matérielle, physique ou morale, comme l'hébergement, les soins médicaux et les conseils juridiques³¹ ? Ces formes d'assistance n'ayant pas été explicitement exclues par la disposition, doit-on comprendre qu'elles sont aussi visées en ce qu'elles représentent réellement une aide au séjour ?

Deuxièmement, le pouvoir législatif n'a pas fait de différence entre l'aide à l'immigration illégale dans un but de lucre et l'aide désintéressée (où l'intention d'obtenir un quelconque avantage patrimonial n'est pas requise³²). Cela a rendu le champ de cet article plus large que ce qu'avait conseillé le Conseil d'État. En effet, lors des travaux préparatoires de la loi du 10 avril 2005 sur l'étendue de cette incrimination, il lui a paru contestable d'incriminer l'aide au séjour sans exiger que celle-ci ne poursuive un avantage patrimonial, puisque l'article 77 constitue une transposition de la directive européenne 2002/90³³. Or, celle-ci n'envisage la sanction de l'aide au séjour que dans le cas où elle poursuit un but de lucre³⁴. Le Conseil d'État regrettait que le texte de l'article 77 en projet s'éloigne du texte de la directive sur ce point³⁵.

Troisièmement, il est prévu à l'alinéa 2 de l'article 77 de la loi de 1980 une exception humanitaire. Cette exception constitue donc une cause de justification³⁶ reposant sur un mobile humanitaire, ce qui implique que le comportement visé n'est plus considéré comme fautif, mais, à l'inverse, comme conforme à la loi³⁷. À ce niveau, la loi belge va plus loin que ce que prévoit la directive européenne puisqu'elle fait référence à des raisons *principalement* humanitaires, alors que la directive ne parle que d'aide « humanitaire »³⁸. Si l'on peut se réjouir de cette protection davantage étendue, l'on peut également regretter que cette exception n'ait pas été formulée en des termes plus clairs. Dès lors, plusieurs interprétations coexistent, et avec elles de possibles dérives, notamment de la part de juges qui souhaiteraient interpréter cette clause très restrictivement. D'après les travaux préparatoires, il faut la lire « de la façon la plus large possible » et elle doit comprendre « tout but non économique ou non criminel »³⁹. Bien que cette

³¹ *Ibid.*

³² Cass., 8 septembre 1998, *Bull.*, 1998, p. 922.

³³ Directive 2002/90/CE du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *J.O.U.E.*, 5 décembre 2002.

³⁴ *Ibid.*, art. 1, al. 1, b).

³⁵ C. MACQ, « L'aide désintéressée au séjour et à la circulation d'un étranger en séjour irrégulier : passible de sanctions pénales ? », *op. cit.*, p. 263 ; avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2004-2005, n° 1560/001.

³⁶ F. KUTY, « La cause de justification déduite du mobile humanitaire dans l'hypothèse de l'aide apportée à l'entrée, au transit ou au séjour illégal sur le territoire belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 2019, n° 7-8, p. 850 ; Projet de loi du 14 janvier 2005, préc., p. 29.

³⁷ F. KUTY, « La cause de justification déduite du mobile humanitaire dans l'hypothèse de l'aide apportée à l'entrée, au transit ou au séjour illégal sur le territoire belge », *op. cit.*, p. 860.

³⁸ Art. 1, al. 2, de la directive 2002/90/CE du Conseil de l'Union européenne, préc.

³⁹ Projet de loi du 14 janvier 2005, préc., p. 29.

interprétation soit considérée comme large, elle constitue un vrai retour en arrière par rapport à l'intention du législateur. En effet, en 1997, celui-ci avait considéré qu'en échange de l'aide apportée, certains petits avantages économiques (la réalisation d'un petit travail, une aide dans le cadre des tâches ménagères) étaient acceptés, dans la mesure où ces avantages ne constituent pas la raison essentielle pour laquelle les personnes ont dispensé cette aide⁴⁰. À l'heure actuelle, « les personnes amenées à recevoir de petites sommes en contrepartie d'une aide qualifiable de "principalement humanitaire" ne se voient plus protégées »⁴¹. Quant au but criminel, s'il permet de poursuivre des personnes qui ne seraient pas tombées sous le champ de l'article 77*bis*, il permet également la poursuite de personnes qui ont aidé, sciemment et volontairement, pour des motifs altruistes. Ce second alinéa « 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 »⁴².

L'article 77*bis* dispose, quant à lui, que « constitue l'infraction de trafic des êtres humains, 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 [...], en vue d'obtenir, directement ou indirectement, un avantage patrimonial. L'infraction prévue à l'alinéa 1^{er} sera punie d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de cinq cents euros à cinquante mille euros. La tentative de commettre l'infraction visée à l'alinéa 1^{er} sera punie d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de cent euros à dix mille euros »⁴³. L'amende sera appliquée autant de fois qu'il y a de victimes ».

Ici aussi, plusieurs critiques peuvent être formulées.

Premièrement, la limite principale à une application adéquate, cohérente et proportionnée de cette disposition réside dans l'élément constitutif de « recherche d'un avantage patrimonial direct ou indirect ». Il est important de souligner que le législateur belge a préféré l'appellation « avantage patrimonial » à celle de « but lucratif », pourtant employée dans la directive 2002/90, ou l'appellation « avantage financier ou un autre avantage matériel » que prévoit l'article 3 du

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, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 648/004, p. 3.

⁴¹ M. HARDT, « Les difficultés d'appréhension et espaces d'instrumentalisation de la lutte contre l'immigration irrégulière. Procès des douze : qui incrimine-t-on ? », *op. cit.*, p. 502.

⁴² C. MACQ, « L'aide désintéressée au séjour et à la circulation d'un étranger en séjour irrégulier : passible de sanctions pénales ? », *op. cit.*, p. 264.

⁴³ Le fait de ne pas être parvenu à amener les personnes en Grande-Bretagne n'entraîne pas la qualification de tentative, voy. Bruxelles (13^e ch.), 12 mars 2014, disponible sur : www.myria.be/files/h14-03-12_a_Brussel.pdf.

protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée ⁴⁴. Les travaux préparatoires de cette Convention permettent de faire le jour sur l'intention des États-parties au moment de choisir ces termes : « [L]a référence à un avantage financier ou un autre avantage matériel a été introduite afin de souligner que l'intention était d'inclure dans la définition les activités menées à des fins lucratives par des groupes criminels organisés, mais d'en exclure les activités des personnes apportant une aide aux migrants pour des motifs humanitaires ou en raison de liens familiaux étroits » ⁴⁵. Le choix du législateur belge peut dès lors étonner, d'autant que la terminologie choisie par ses soins est « malaisée à circonscrire » ⁴⁶, pouvant être considérée comme trop restreinte ou trop large ⁴⁷.

D'une part, trop restreinte, car l'avantage patrimonial en matière de trafic des êtres humains est de nature économique ⁴⁸, excluant de ce fait d'autres avantages que pourrait obtenir un·e trafiquant·e, par exemple des relations sexuelles en échange de ses services ⁴⁹.

D'autre part, trop large, car la recherche d'un avantage patrimonial est un critère très vite atteint. Cela crée un risque d'incriminer plusieurs personnes agissant pourtant avec de bonnes intentions. Cela pourrait être le cas d'un chauffeur de taxi qui accepterait de transporter un migrant en situation irrégulière en contrepartie d'une rémunération tout à fait raisonnable pour ses services ⁵⁰. Il faudrait

⁴⁴ Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, New York, 15 novembre 2000, signé à Palerme le 12 décembre 2002, approuvé par la loi du 24 juin 2004, *M.B.*, 13 octobre 2004, art. 3, a).

⁴⁵ 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, 55^e session, 3 novembre 2000, A/55/383/Add.1, p. 18 ; 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.

⁴⁶ Avis du Conseil d'État n° 50.037 du 16 avril 2013 concernant un projet de loi relative à la vente à découvert d'instruments financiers, mettant en œuvre le règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, cité par P. DELGRANGE et O. STEIN, « L'incrimination du trafic des êtres humains et de l'aide à l'entrée et au séjour : protection des victimes ou lutte contre l'immigration irrégulière ? Le point sur le cadre légal », *R.D.D.E.*, 2018, p. 496.

⁴⁷ 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 », *op. cit.*, p. 395.

⁴⁸ Une analogie peut être faite avec l'avantage patrimonial obtenu en matière de blanchiment, c'est-à-dire « tout avantage économique qui peut être tiré d'une infraction quelconque », voy. J. VAN DROOGBROECK, « Le blanchiment d'avantages patrimoniaux illicites provenant d'infractions par le biais des honoraires des experts-comptables et des conseils fiscaux », *Acc. & Tax*, 2007/2, p. 22.

⁴⁹ 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 », *op. cit.*, p. 396.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 395.

dès lors additionner à ce critère la preuve d'une intention criminelle dans le chef de l'auteur·e pour que ce risque soit restreint. De plus, alors que la définition de cette notion est déjà vaste, les juridictions semblent retenir une interprétation qui l'est encore plus. Comme nous l'avons vu précédemment, dans le procès des douze, tant le tribunal de première instance que la cour d'appel de Bruxelles ont considéré que les prévenus ont, à tout le moins, obtenu un avantage patrimonial indirect consistant au financement, en nature, de leurs passages personnels au Royaume-Uni⁵¹. Le tribunal a en effet considéré dans son jugement que de tels agissements ne peuvent être considérés comme particulièrement lucratifs. À nos yeux, cela pose problème : une telle interprétation n'est pas compatible avec la notion de but lucratif reprise dans la directive européenne 2002/90⁵².

Deuxièmement, un autre aspect problématique de cette disposition se situe au niveau de la notion de complicité. Il suffit pour une personne de prêter sciemment et volontairement son aide à l'exécution de cette infraction pour faire l'objet de poursuites. Néanmoins, le juge n'appliquera pas les mêmes critères que pour la ou les personne(s) considérée(s) comme auteur(s) ou coauteur(s). D'une part, en effet, « une des conditions imposées par le législateur pour qu'il y ait participation punissable est donc que le participant avait bien la connaissance et la volonté de participer à la commission de l'infraction »⁵³. Il semblerait en effet impossible — ou du moins disproportionné — de poursuivre tout ce qui aurait d'une manière ou d'une autre contribué à la commission de l'infraction. D'autre part, il n'est pas requis, pour qu'un prévenu puisse être condamné en tant qu'auteur ou coauteur, qu'il ait tenté d'obtenir un avantage personnel⁵⁴. Cela peut s'avérer problématique, car le législateur avait prévu la recherche d'un avantage comme une exception et une garantie qui visait à empêcher qu'une personne qui agissait pour des raisons humanitaires ne soit poursuivie et condamnée. Ainsi, comme le relèvent P. Delgrange et O. Stein, « le complice n'est donc pas protégé par le fait qu'il ne cherchait pas d'avantage patrimonial alors que l'auteur peut se prévaloir de cet argument. Cela pose question au regard des principes d'égalité et de non-discrimination »⁵⁵.

⁵¹ Corr. fr. Bruxelles (47^e ch.), préc., p. 39 ; Bruxelles (14^e ch.), préc., p. 34.

⁵² Le but lucratif, tel qu'entendu dans la directive 2002/90, est nécessairement financier et implique un bénéfice important. Voy. P. DELGRANGE et O. STEIN, « L'incrimination du trafic des êtres humains et de l'aide à l'entrée et au séjour : protection des victimes ou lutte contre l'immigration irrégulière ? Le point sur le cadre légal », *op. cit.*, p. 496.

⁵³ P. DELGRANGE et O. STEIN, « L'incrimination du trafic des êtres humains et de l'aide à l'entrée et au séjour : protection des victimes ou lutte contre l'immigration irrégulière ? Le point sur le cadre légal », *op. cit.*, p. 497.

⁵⁴ N. BLAISE, « La participation par omission et sa jurisprudence », *J.T.*, 2009, p. 694 ; Cass., 13 mai 1998, R.G. n° P.98.0149.F, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 1036.

⁵⁵ P. DELGRANGE et O. STEIN, « L'incrimination du trafic des êtres humains et de l'aide à l'entrée et au séjour : protection des victimes ou lutte contre l'immigration irrégulière ? Le point sur le cadre légal », *op. cit.*, p. 498.

3. Quels enseignements ?

À l'aune de ce qui vient d'être rappelé concernant tant l'analyse du procès des douze que les dispositions de la loi du 15 décembre 1980, plusieurs enseignements peuvent être tirés.

Premièrement, les articles 77 et 77bis de la loi du 15 décembre 1980 constituent une réelle menace pour les personnes agissant par solidarité avec les personnes migrantes. En effet, s'écartant de la *ratio legis* des instruments juridiques internationaux et européens, le législateur belge a durci certains aspects de ces infractions tout en en rendant d'autres plus vagues. Ainsi, de ce flou englobant les notions de « principalement humanitaires » et d'« avantage patrimonial direct ou indirect » résulte l'échec de la protection des personnes animées de bonnes intentions et des victimes. Comme le rappelle M. Hardt, « de surcroît, l'absence d'intention criminelle comme élément d'interprétation de l'exemption humanitaire n'est en soi pas de nature à protéger la société civile »⁵⁶. En sus de consister en une véritable incohérence, cela consiste également en une augmentation de l'insécurité juridique, nul ne sachant réellement comment ces termes seront interprétés par les juges.

Deuxièmement, si les juges, justement, ont fait le choix, à l'occasion du procès des douze, d'acquitter les quatre hébergeur·euses, et même, en degré appel, de considérer les personnes migrantes d'abord comme victimes de trafic, ils·elles n'excluent pas pour autant toute criminalisation de l'aide à l'immigration illégale. Ainsi que le fait remarquer C. Macq, les hébergeur·euses acquitté·es l'ont été car aucun·e n'avait pris sciemment et volontairement part à ce trafic d'êtres humains. Mais quelle aurait été la décision de ces juridictions si l'un·e de ces hébergeur·euses avait « consciemment pris part à un trafic d'êtres humains dans l'unique intention de venir en aide aux étrangers qu'ils hébergent ? Nous pensons par exemple à celui qui, dans un but exclusivement altruiste, déposerait, en connaissance de cause, l'étranger qu'il héberge sur un de ces parkings ou lui prêterait du matériel utile à l'organisation de ce trafic. Ne pourrait-il être poursuivi, voire condamné, en tant que participant à un trafic d'êtres humains dès lors qu'il aurait, en conscience, fourni une aide utile ou indispensable aux passeurs »⁵⁷ ?

Troisièmement, si ni la loi du 15 décembre 1980, ni les juridictions ne peuvent servir d'office de rempart face à la criminalisation de la solidarité, le contexte politique et législatif actuel n'augure certainement pas la fin de celle-ci. En effet,

⁵⁶ M. HARDT, « Les difficultés d'appréhension et espaces d'instrumentalisation de la lutte contre l'immigration irrégulière. Procès des douze : qui incrimine-t-on ? », *op. cit.*, p. 510.

⁵⁷ C. MACQ, « Procès des hébergeurs : hébergeurs acquittés, migrants condamnés », *op. cit.*, n° 14.

au cours de la législature 2014-2019, un projet de loi ⁵⁸ visant à autoriser les forces de l'ordre à entrer dans le domicile des personnes en séjour irrégulier, y compris le domicile des personnes qui les hébergent, a été déposé à la Chambre par le gouvernement. Outre le fait que ce projet ne comprenait pas les garanties nécessaires pour respecter le droit à la vie privée ⁵⁹, on peut clairement y voir une mesure pour décourager la solidarité dont font ou ont fait preuve plusieurs citoyens belges. À la suite d'une forte mobilisation ⁶⁰, le projet a été abandonné, mais pas l'idée d'incriminer l'aide aux personnes migrantes ⁶¹. Et effectivement, lors de la législature actuelle deux propositions de lois ont été déposées, l'une proposant une nouvelle fois l'autorisation des visites domiciliaires ⁶² et l'autre concernant l'incrimination de l'entrée ou l'intrusion de toute personne non habilitée ou non autorisée dans un véhicule, un navire, un wagon ou un avion ⁶³. Myria, le centre fédéral migration, a eu l'occasion de rendre deux avis concernant ces propositions, les estimant comme disproportionnées et comme atteignant gravement les droits fondamentaux ⁶⁴. À ce sujet, Myria met notamment en évidence dans son rapport que « la répression de la tentative permettrait de réprimer les personnes qui tentent d'entrer dans un véhicule sans y parvenir. Ceci pose question sur l'interprétation de cette nouvelle incrimination en pratique. Pourrait-on par exemple considérer que la simple présence de migrants sur un parking d'autoroute ou à proximité dans l'intention de pénétrer dans un véhicule sans autorisation constituerait une telle tentative punissable ? » ⁶⁵.

⁵⁸ Projet de loi du 7 décembre 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de garantir l'exécution des mesures d'éloignement, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 2798/001.

⁵⁹ Voy. en ce sens MYRIA, « La nécessité et la proportionnalité des visites domiciliaires doivent être réexaminées », communiqué de presse, 30 janvier 2018, disponible sur : www.myria.be.

⁶⁰ A. LENDARO, C. RODIER et Y. L. VERTONGEN, *La crise de l'accueil — Frontières, droits, résistances*, Paris, La Découverte, 2019, p. 25.

⁶¹ C. LALLEMAND, « Ce qu'il faut retenir du procès des hébergeurs », *Le Vif/L'Express*, 12 novembre 2018, disponible sur : www.levif.be/actualite/belgique/ce-qu-il-faut-retenir-du-proces-des-hebergeurs/article-normal-1052491.html.

⁶² Proposition de loi du 9 juillet 2019 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de garantir l'exécution des mesures d'éloignement, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0066/001.

⁶³ Proposition de loi du 12 février 2020 modifiant le Code pénal en vue d'incriminer l'entrée ou l'intrusion de toute personne non habilitée ou non autorisée dans un véhicule, un navire, un wagon ou un avion, *Doc. parl.*, Ch., 2019-2020, n° 1013/001.

⁶⁴ MYRIA, « Avis de Myria, le centre fédéral migration, sur la proposition du 9 juillet 2019 modifiant la loi du 15 décembre 1980 [...] afin de garantir l'exécution des mesures d'éloignement (DOC 55-66/001) », 27 avril 2021 ; *id.*, « Avis de Myria, le centre fédéral migration, sur la proposition de loi modifiant le Code pénal en vue d'incriminer l'entrée ou l'intrusion de toute personne non habilitée ou non autorisée dans un véhicule, un navire, un wagon ou un avion (Doc 55/1013/001) », 1^{er} février 2021.

⁶⁵ MYRIA, « Avis de Myria, le centre fédéral migration, sur la proposition de loi modifiant le Code pénal en vue d'incriminer l'entrée ou l'intrusion de toute personne non habilitée ou non autorisée dans un véhicule, un navire, un wagon ou un avion (Doc 55/1013/001) », *op. cit.*, p. 2.

II. — DÉLIT DE SOLIDARITÉ COMME DÉSOBÉISSANCE CIVILE, UN DROIT À CONSACRER ?

Le 15 mai 2021, Françoise Tulkens déclarait au sujet de Carola Rackete ⁶⁶ qu'« elle avait absolument raison ! Par moments, pour être fidèle à la loi, il faut accepter qu'on désobéisse à la loi. La désobéissance civile, ce n'est pas la révolution, c'est rappeler le droit à ses promesses » ⁶⁷.

Nous partageons également cet avis et, dans le contexte précis de l'aide aux personnes migrantes, nous pensons qu'une telle déclaration est essentielle.

Car si les actes de solidarité avec les migrant·es suscitent autant l'hostilité des États c'est parce que ces actes incarnent « le désaccord de milliers de citoyens avec les politiques migratoires, ces actes vont au-delà de la dénonciation publique de leurs effets néfastes. En allant à l'encontre des lois qui les sanctionnent, ils obligent les juges à se prononcer sur la compatibilité entre ces lois et des principes fondamentaux censés être inaliénables dans un régime démocratique. La solidarité, quand elle se traduit par des actes de désobéissance, vient ainsi questionner sur la place publique et dans les tribunaux la légitimité des décisions politiques et judiciaires en matière d'immigration, d'asile et plus généralement de libertés fondamentales » ⁶⁸.

Agir en solidarité avec les personnes migrantes, que cela soit en enfreignant la loi ⁶⁹ ou en accomplissant des actes légaux mais placés dans un contexte de trafic d'êtres humains ⁷⁰, c'est donc remplir un rôle actif de citoyen·ne, lutter pour la démocratie et le respect de principes fondamentaux.

La consécration du principe de fraternité par le Conseil constitutionnel français au terme de la saga judiciaire « Cédric Herrou » en est une véritable reconnaissance. Pour rappel, ce dernier avait été poursuivi pour aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger en France et pour l'installation en réunion sur le terrain d'autrui, sans autorisation, en vue d'y habiter ⁷¹. À la suite

⁶⁶ Célèbre capitaine du Sea-Watch 3 qui est entré dans le port de Lampedusa en dépit des injonctions des forces de police qui le lui interdisaient.

⁶⁷ L. HERMANT, « Le Grand Oral de Françoise Tulkens : "Parfois pour être fidèle à la loi il faut accepter de lui désobéir" », *Le Soir*, publié le 15 mai 2021.

⁶⁸ A. LENDARO, C. RODIER et Y. L. VERTONGEN, *La crise de l'accueil*, op. cit., pp. 25-26.

⁶⁹ Le cas d'une personne qui refuserait de boucler sa ceinture pour empêcher un avion de décoller et ainsi empêcher une expulsion : art. 30bis de la loi du 27 juin 1937 portant révision de la loi du 16 novembre 1919 relative à la réglementation de la navigation aérienne et art. 27, § 2, al. 1^{er}, de la même loi.

⁷⁰ Le cas d'un chauffeur de taxi qui accepterait de transporter un migrant en situation irrégulière en contrepartie d'une rémunération tout à fait raisonnable pour ses services voy. ce qui a été dit précédemment à ce sujet.

⁷¹ Corr. Nice (6^e ch.), 10 février 2017, *J.L.M.B.*, 2017, pp. 519 et s.

de sa condamnation par la cour d'appel d'Aix-en-Provence⁷², Cédric Herrou a introduit un pourvoi en cassation afin qu'une question prioritaire de constitutionnalité puisse être posée⁷³. Le Conseil constitutionnel français s'est alors prononcé sur celle-ci et a consacré pour la première fois la valeur constitutionnelle du principe de fraternité qui figure comme « idéal commun » dans la devise républicaine⁷⁴ et dont découle « la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national »⁷⁵.

Si la réponse du Conseil constitutionnel français peut être considérée comme une victoire pour la solidarité, tout comme l'issue donnée au procès des douze par la cour d'appel de Bruxelles, nous estimons qu'il est plus que nécessaire d'offrir une reconnaissance en droit à la désobéissance civile, pour protéger réellement les désobéissant·es civil·es du risque d'une condamnation, et des procès chronophages et infamants, tout en donnant un poids démocratique à leurs actions.

Dans la suite de cette section, nous définirons brièvement la désobéissance civile (1) avant de nous pencher sur les arguments en faveur de la reconnaissance en droit de la désobéissance civile (2). Nous terminerons par exposer les limites qu'une telle reconnaissance pourrait rencontrer (3).

1. Désobéissance civile : définition et contexte

La désobéissance civile se trouve à la croisée de plusieurs disciplines, notamment du droit, de la théorie politique, de la philosophie politique et de la sociologie. Chacune la traite selon une perspective singulière⁷⁶.

Néanmoins, une partie de la doctrine, concevant la désobéissance civile comme un moyen de protéger les droits fondamentaux, s'accorde autour de la définition proposée par le philosophe John Rawls : « La désobéissance civile peut être définie comme un acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique,

⁷² Pour plus de développements, voy. P. MARTENS, « Sur la défondamentalisation des droits humains », *J.L.M.B.*, 2017/29, pp. 1381-1383.

⁷³ Cette question était libellée comme suit : « En édictant les dispositions combinées des articles L. 622-1 et L. 622-4 du Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile, en ce que, d'une part, elles répriment le fait pour toute personne d'avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France même pour des actes purement humanitaires qui n'ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et, d'autre part, elles ne prévoient une possible exemption qu'au titre du seul délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France et non pour l'aide à l'entrée et à la circulation, le législateur a-t-il porté atteinte au principe constitutionnel de fraternité [...] ? », voy. Cass. fr., 9 mai 2018, *J.L.M.B.*, 2018/26, p. 1243.

⁷⁴ E. MAUPIN, « La fraternité, un principe à valeur constitutionnelle », *Dalloz Actualité*, 10 juillet 2018, disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr>.

⁷⁵ Cons. const., 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre*, décision n° 2018717/718 Q.P.C., disponible sur : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm.

⁷⁶ G. HAYES et S. OLLITRAULT, *La désobéissance civile*, Paris, Presse de Sciences Po, 2013, p. 13.

contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener un changement dans la loi ou dans la politique du gouvernement »⁷⁷.

À partir de cette définition, François Ost identifie sept éléments, que nous avons déjà évoqués, caractérisant la désobéissance civile : une infraction consciente et intentionnelle ; réalisée avec une attitude publique ; le tout dans un mouvement collectif ; poursuivant des fins innovatrices ; faisant appel à des principes moraux ; utilisant des moyens non violents ; le risque de sanction étant assumé par les individus auteurs de l'acte de désobéissance⁷⁸.

D'autres définitions mettent, elles, en avant la distinction cruciale entre désobéissance civile directe et indirecte. La désobéissance civile directe suppose que l'individu ou le groupe soit directement visé, touché par une politique et que cela soit cette loi contestée qu'il enfreint (exemple de Rosa Parks directement victime de la ségrégation raciale dans les bus de son État). La désobéissance civile indirecte, quant à elle, s'apparente à une action altruiste, et demande un autre type de légitimation, l'individu n'étant pas directement victime de la politique contestée et enfreint une autre loi que celle contestée (exemple de la destruction de champs O.G.M., cela transgresse la propriété privée, mais ce n'est pas le but principal de la mobilisation⁷⁹).

Si la désobéissance civile directe peut être le fait d'un seul objecteur de conscience, la désobéissance civile indirecte ne prend de sens que si elle émane de la décision d'un groupe.

Lorsqu'on évoque la désobéissance civile, l'on pense très rapidement à des mouvements tels que celui de Gandhi (la marche du sel) ou celui de Martin Luther King (contre la ségrégation raciale), des mouvements qui sont nés dans des situations très éloignées des démocraties libérales que l'on peut connaître aujourd'hui.

Pourtant, désobéissance civile et démocratie ne sont pas antinomiques. En effet, si l'acte désobéissant est nécessairement contraire à la loi, « la désobéissance civile ne prend sa pleine signification qu'à condition, paradoxalement, de reconnaître l'obéissance à la loi comme la règle et la désobéissance comme une exception à cette règle. Son but est de promouvoir des réformes spécifiques et limitées de la loi, et cela à l'intérieur d'un régime d'institutions politiques et légales considérées comme presque justes. La désobéissance civile ne vise donc pas le renversement de l'État de droit : elle cherche, selon cette conception, à corriger les carences du système démocratique en place »⁸⁰.

⁷⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Édition du Seuil, 1997, p. 405.

⁷⁸ F. OST, « La désobéissance civile : jalons pour un débat », in P.-A. PERROUTY (dir.), *Obéir et désobéir — Le citoyen face à la loi*, Bruxelles, Édition de l'Université Libre de Bruxelles, 2000, pp. 16-17.

⁷⁹ G. HAYES et S. OLLITRAULT, *La désobéissance civile*, op. cit., p. 19.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 17.

2. Pour la consécration d'un droit à la désobéissance civile

Parce que nous pensons que la désobéissance civile est une nécessité en démocratie, nous estimons qu'elle doit être reconnue juridiquement. Bien qu'il puisse paraître délicat pour le droit d'encadrer une dérogation au droit, en identifiant certains critères, il reste possible de cerner les hypothèses où la désobéissance civile ne devrait pas être sanctionnée ⁸¹.

Premièrement, la consécration de la désobéissance civile en un droit est, à l'heure actuelle, toujours nécessaire. Bien qu'on pourrait faire valoir que le pouvoir législatif a déjà autorisé certaines personnes, pour des raisons de conscience, à s'abstenir d'accomplir certains actes, comme les avocats ou les médecins dans le cadre de leurs professions ⁸², de telles dérogations, appelées clauses de conscience, ne suffiraient pas à encadrer la désobéissance civile.

D'une part, il est impossible pour le pouvoir législatif de créer des clauses de conscience dans tous les domaines afin de garantir la liberté de conscience, d'autant plus que créer une liste exhaustive est inenvisageable et, d'autre part, « une énumération par domaines des normes susceptibles de faire l'objet d'une désobéissance civile semble contraire à la nature même de la désobéissance civile puisqu'elle vise à assurer la mise en perspective critique de toute norme existante » ⁸³.

De plus, les actes de désobéissance ne pourraient y être assimilés complètement, puisque, de par leur objet, ils sont tournés vers la recherche de l'intérêt général, alors que les clauses de conscience sont des démarches morales personnelles.

Il convient donc de bien d'instituer la désobéissance civile en tant que droit à part entière.

Deuxièmement, une telle reconnaissance « permettrait d'assurer le caractère démocratique du système sans pour autant remettre en question sa stabilité » ⁸⁴.

En effet, la désobéissance civile apparaît comme une exigence découlant du caractère démocratique d'un système puisqu'il n'existe en démocratie qu'une présomption de rationalité à l'égard du droit produit dans le cadre d'une procédure institutionnelle légitime, que la désobéissance civile vient questionner et, parfois, renverser.

⁸¹ C. AGUILON, « La reconnaissance de la désobéissance civile en démocratie », *Juridictoria*, 2016, n° 13, p. 25.

⁸² À titre d'exemples : art. 5 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007 ; art. 14 de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002.

⁸³ C. AGUILON, « La reconnaissance de la désobéissance civile en démocratie », *op. cit.*, p. 24.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 32.

Néanmoins, la désobéissance civile consiste en une transgression de la loi. Si elle est sanctionnée de manière systématique, cela nuirait à la démocratie. Toutefois, si aucune sanction n'est appliquée, cela reviendrait à remettre en question l'autorité de la norme enfreinte, et même du droit de manière générale. Une insécurité normative en découlerait. « Il s'agit donc d'encadrer les conditions dans lesquelles le non-respect d'une norme pourrait être légalement considéré comme une objection de conscience ou un acte de désobéissance civile afin d'éviter que l'État de droit ne soit menacé »⁸⁵.

Troisièmement, donner un cadre légal à la désobéissance civile empêcherait des acteur·rices rejetant des principes démocratiques de l'utiliser, pour se donner une forme de légitimité et s'ériger en victimes lorsqu'il·elles seront sanctionné·es. Il faut s'assurer, dès lors, que les revendications correspondent à la volonté générale, afin d'éviter toute dérive démocratique. Pour ce faire, il faut établir des critères et les consacrer en droit.

Quatrièmement, tel que le pensait Montesquieu⁸⁶, la reconnaissance d'un droit à la désobéissance civile, clairement défini, pourrait, à l'inverse, avoir pour effet de renforcer l'autorité des lois légitimes : « En effet, tout acte juridique dont le non-respect sera sanctionné sera considéré comme légitime. L'obéissance à une norme par les citoyens, au lieu d'être réduite à une crainte de la sanction, permettra de présumer de sa légitimité. La conviction que leur comportement pourra influencer sur l'autorité d'une loi ou d'un règlement ne manquera pas de responsabiliser les citoyens qui seront amenés à envisager les normes dans une perspective critique »⁸⁷. Cette responsabilisation pourrait donc réconcilier les citoyen·nes avec la politique et permettre de réaffirmer leur place dans le contrôle des lois et leur participation à la constante évolution de la société.

Au-delà du fait que la reconnaissance de la désobéissance civile devrait se faire par le droit, nous pensons qu'elle devrait être reconnue constitutionnellement. En effet, comme l'a écrit Hannah Arendt, la désobéissance civile est une forme de réappropriation par le peuple de l'acte inaugural de fondation du politique⁸⁸, et elle peut également être considérée comme une confrontation entre le pouvoir constituant et le pouvoir constitué permettant d'éviter une spoliation du pouvoir du premier par le second⁸⁹. Il est donc logique que cette reconnaissance se fasse au niveau constitutionnel, au vu de ces interpénétrations avec la souveraineté populaire, la démocratie, la séparation des pouvoirs, la théorie de l'institution...

⁸⁵ *Ibid.*, p. 34.

⁸⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1993, p. 486.

⁸⁷ C. AGUILON, « La reconnaissance de la désobéissance civile en démocratie », *op. cit.*, p. 34.

⁸⁸ H. ARENDT, *Du mensonge à la violence*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, pp. 78 et 79.

⁸⁹ H. ARENDT, « Ziviler Ungehorsam », in *Zur Zeit*, Hamburg, 1986, pp. 119-160 ; E. BALIBAR, *Sur la désobéissance civile*, Paris, Droit de cité, 2002, pp. 17-22.

La constitutionnalisation de ce processus permettrait également d'éviter un conflit de normes que le juge devrait trancher et lui laisserait le choix de refuser de sanctionner un acte désobéissant civil ou non. À ce sujet, comme le rappelle C. Aguilon, « si une loi ordinaire autorisait l'objection de conscience, le juge se trouverait face à la délicate tâche de devoir choisir entre la norme enfreinte, sous prétexte d'objection de conscience, et celle créant un droit à l'objection de conscience »⁹⁰.

3. Plusieurs limites...

Cette approche connaît plusieurs limites, dont nous sommes bien conscientes.

Effectivement, une telle juridicisation pose le problème de sa transposition dans une norme écrite, et ainsi des critères qui la constituent et la distinguent d'autres formes de désobéissance n'exprimant pas la volonté générale. Quels seraient ces critères ? Qui les établirait et/ou les contrôlerait ?

Est-ce le juge qui, en décidant de ne pas sanctionner le respect d'une norme, établit ces critères ? Comment fait-il pour distinguer la volonté générale des intérêts privés ? En faisant cela, ne risquerait-il pas de se substituer au pouvoir législatif et d'ainsi former, ce que l'on a longtemps craint, un gouvernement des juges ?

Pour que cela puisse fonctionner, il faudrait réaffirmer le principe de séparation des pouvoirs. Une indépendance marquée du pouvoir juridictionnel semble donc un prérequis pour une reconnaissance de ce droit⁹¹. Pour parer aux risques évoqués ci-dessus, il faut également élaborer des critères, ce qui ne s'avère pas chose aisée. En effet, cela nécessiterait un consensus sur une délimitation claire de la désobéissance civile. Or, comme l'a dit Albert Ogien, il s'agit d'un concept imprévisible, changeant en fonction des époques, des enjeux, des lieux et des acteurs⁹².

Bien que certaines se soient prêtées au jeu, de nombreuses incertitudes persistent notamment quant à la délimitation de la non-violence (faut-il prendre en compte les violences psychologiques, un slogan peut-il être considéré comme violent)⁹³. De même, qu'en est-il de l'objectif d'intérêt général dès lors qu'il n'y a pas de référent politique et moral dans une société pluraliste ?

⁹⁰ C. AGUILON, « La reconnaissance de la désobéissance civile en démocratie », *op. cit.*, p. 35.

⁹¹ *Ibid.*, p. 33.

⁹² A. OGIEN, « La désobéissance civile peut-elle être un droit ? », *Dr. et société*, 2015/3, n° 91, p. 591.

⁹³ « La jurisprudence des tribunaux allemands, durant les "London Riots" au mois d'août 2011, a estimé que le fait d'exercer une pression psychologique sur autrui constituait directement ou indirectement un acte de contrainte et de violence incompatible avec l'exercice d'une protestation pacifique et non violente », *cf.* le texte de C. AGUILON, « La reconnaissance de la désobéissance civile en démocratie », *op. cit.*, p. 38.

D'autres critiques de cette approche ont aussi été formulées par Albert Ogien, qui considère qu'une fois érigée en droit, il sera bien plus complexe d'en interdire l'exercice à des personnes qui, pourtant, défendent des valeurs complètement antidémocratiques. Il estime également, à l'instar de John Rawls⁹⁴, que la nature réelle de la désobéissance civile est politique et que cette nature permet aux citoyen·nes « d'exercer leur vigilance à l'égard du contenu pratique des textes législatifs et réglementaires et d'accroître les sphères de la décision politique ouvertes au débat public (en revendiquant, par exemple, le droit d'intervenir dans les grands choix stratégiques ou la définition du budget de la nation) »⁹⁵.

L'élaboration de critères précis permettrait de contrecarrer, à notre sens, les arguments développés par Albert Ogien, mais, comme nous venons de le démontrer de manière non exhaustive, cette solution doit s'affranchir de plusieurs obstacles avant de pouvoir être réellement envisagée.

CONCLUSION

L'un des plus grands mérites de la désobéissance civile, est de susciter d'une certaine manière de l'intérêt pour la politique et les grandes prises de décisions sociétales. Elle vient redynamiser la démocratie et ramener la volonté populaire au centre des débats.

Cela n'a cependant d'intérêt que lorsque cet appel citoyen est entendu, discuté. Selon nous, trop souvent, les actes et les messages portés par les désobéissant·es civil·es sont discrédités et marginalisés par le pouvoir en place, sont qualifiés (juridiquement ou non) de crimes, de terrorisme⁹⁶, c'est évidemment le cas de la criminalisation de l'aide aux migrant·es.

Alors que les incohérences et insécurités des articles 77 et 77bis de la loi du 15 décembre 1980 sont depuis longtemps critiquées, et les procès politiques basés sur ces dispositions sont également dénoncés, la consécration en droit de la désobéissance civile devient l'ultime rempart pour permettre aux citoyen·nes solidaires d'exercer un contre-pouvoir et d'ainsi continuer à défendre des droits et valeurs fondamentales.

⁹⁴ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 405.

⁹⁵ A. OGIEN, « La désobéissance civile peut-elle être un droit ? », op. cit., p. 592.

⁹⁶ Exemple de Steve Kurtz qui a été inculpé pour « bioterrorisme » en 2004 avant que ne soient abandonnées toutes charges contre lui en 2008. Pour plus d'informations voy. M. E. KOSAL, « Art or Bioterrorism? The Implications of the Kurtz Case », *James Martin Center for Nonproliferation Studies*, 27 juillet 2004, disponible sur : <https://nonproliferation.org/art-or-bioterrorism-the-implications-of-the-kurtz-case/>.

À une époque où les populismes gagnent du terrain et les droits fondamentaux en perdent, à une époque où les inégalités se creusent, à une époque où les luttes sociales et environnementales se font de plus en plus urgentes, consacrer la désobéissance civile en un droit, et établir des critères clairs, va plus loin qu'un simple débat théorique, il s'agit d'une nécessité.